

En relación al borrador de elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos, la República Argentina remite las siguientes consideraciones:

COMENTARIOS GENERALES:

- Si bien se comparte el objetivo de elevar los estándares de derechos humanos en esta materia, se estima conveniente avanzar en el tema en base al trabajo ya realizado (en el marco del cual se han aprobado numerosas resoluciones, entre las que se pueden mencionar la adopción de los "Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'Proteger, Respetar y Remendar'") y tomando en consideración la complementariedad de ambas iniciativas, para favorecer la coherencia y evitar superposiciones.
- Asimismo, se sugiere tener también en cuenta en este ejercicio a las "Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales", a las cuales se adhiriera Argentina en 1997 y cuyo Punto Nacional de Contacto (PNCA) funciona en el ámbito del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En tal sentido, se hace notar que en el proyecto no se mencionan tales lineamientos OCDE entre los instrumentos pertinentes referidos a la conducta empresarial responsable.

Las "Líneas Directrices" de la OCDE establecen los principios y buenas prácticas empresariales que comparten los gobiernos adherentes y proporcionan puntos de referencias para las empresas en temas como: derechos humanos, publicación de informaciones (transparencia), empleo y relaciones laborales, medio ambiente, soborno, intereses de los consumidores, ciencia y tecnología, competencia y fiscalidad. Estos principios son de carácter voluntario para las empresas y buscan generar una conducta empresarial responsable compatible con las disposiciones legales aplicables.

La Argentina adhirió en 1997 a la "Declaración sobre Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales" de la OCDE, lo cual hizo a nuestro país signatario de las "Líneas Directrices OCDE para Empresas Multinacionales", que constituyen un anexo de dicha "Declaración".

Actualmente, los países signatarios de la "Declaración" son los 35 miembros de la OCDE y 12 adherentes, no miembros del organismo, a saber: Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Costa Rica, Lituania, Egipto, Jordania, Marruecos, Rumania, Túnez y Ucrania.

Si bien las "Líneas Directrices" no son jurídicamente vinculantes, los países adherentes se comprometen a crear Puntos Nacionales de Contacto (PNC) que se encargan de la observancia de las "Líneas Directrices" realizando actividades de promoción, respondiendo a las solicitudes de información y ofreciendo un espacio de mediación y conciliación destinado a resolver los problemas relacionados con supuestos incumplimientos de las Directrices. Esta característica las convierte en el único instrumento internacional de responsabilidad de las empresas que dispone de un mecanismo de aplicación nacional para el tratamiento de los reclamos.

En el año 2011, las Directrices se actualizaron, incorporándose el capítulo de Derechos Humanos (capítulo IV), realizado en base a las recomendaciones del profesor John Ruggie, entonces Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Empresas Transnacionales.

Las recomendaciones de las Directrices sobre Derechos Humanos son las siguientes:

Los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos. Dentro del marco de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por los países en los que las empresas ejercen su actividad, así como en el marco de las leyes y regulaciones nacionales pertinentes, las empresas deberán:

1. Respetar los derechos humanos, lo que significa que han de velar por no vulnerar los derechos de los demás y hacer frente a los impactos negativos sobre los derechos humanos en los que se vean implicadas.
2. En el marco de sus actividades propias, evitar causar impactos negativos sobre los derechos humanos o contribuir a que se generen y resolver dichos impactos si los hubiera.
3. Esforzarse por prevenir y atenuar los impactos negativos sobre los derechos humanos directamente vinculados con sus actividades, bienes o servicios en virtud de una relación comercial con otra entidad, incluso si las empresas no contribuyen a generar dichos impactos.
4. Elaborar una política que formule su compromiso con el respeto de los derechos humanos.
5. Ejercer la debida diligencia en materia de derechos humanos en función de su tamaño, de la naturaleza y el contexto de sus actividades y de la gravedad de los riesgos de impactos negativos sobre dichos derechos.
6. Establecer mecanismos legítimos o cooperar mediante estos mecanismos para poner remedio a los impactos negativos sobre los derechos humanos cuando se descubra que han causado dichos impactos o que han contribuido a generarlos."

COMENTARIOS ESPECÍFICOS:

El documento en el punto 1.1 refiere a diferentes instrumentos jurídicos que podría incluir el proyecto en el preámbulo, como tratados internacionales en materia de Derechos Humanos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

Asimismo se pretenden incluir los "Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y derechos humanos" adoptados por la Resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos, los cuales se aplican a todos los Estados y a todas las empresas, tanto transnacionales como de

otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura.

También se incluiría la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 56/83 sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147), la Declaración tripartita de principios de la OIT sobre las empresas multinacionales y la política social, entre otros documentos.

En el punto 1.3 se prevé el propósito del instrumento, que tiene por fin: Asegurar la responsabilidad civil, administrativa y penal de las empresas transnacionales (ETs) y otras empresas (Oes) en relación con violaciones a derechos humanos; incluir mecanismos que garanticen el acceso a la justicia y una reparación efectiva por esas violaciones o abusos de los derechos humanos; incluir obligaciones para prevenir impactos adversos a los derechos humanos; reafirmar que las obligaciones de los Estados Partes en relación a la protección de los derechos humanos no terminan en sus fronteras territoriales. En este sentido, el proyecto prevé obligaciones para los Estados, las empresas y las organizaciones internacionales.

Por otra parte, el documento menciona que los derechos protegidos son "todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos". Cabe destacar que el proyecto no pretende establecer una definición jurídica de los conceptos de "empresas transnacionales y otras empresas".

En el punto 7 del proyecto se menciona la inclusión de un concepto amplio de jurisdicción que permitirá a las víctimas de violaciones o abusos por parte de las corporaciones transnacionales acceder a la justicia y obtener reparaciones en el foro donde el daño fue causado o en el foro donde la empresa matriz está radicada.

Consideraciones sobre las empresas como sujetos de obligaciones en materia de derechos humanos

Resulta importante destacar que la mayor parte de los instrumentos internacionales de derechos humanos no generan obligaciones para los individuos y tampoco para las personas jurídicas sino para los Estados, como los principales sujetos de derecho internacional obligados a respetar y garantizar los derechos humanos en su territorio y/o jurisdicción.

En este sentido, es importante destacar que se encuentra cuestionada la personalidad internacional de las personas jurídicas en el derecho internacional. Dicho ordenamiento les reconoce ciertos derechos y obligaciones, por ejemplo el tener la posibilidad de accionar en el plano internacional (por ejemplo CIADI), pero esta subjetividad internacional es limitada en relación a otros sujetos.

En particular, respecto de las personas jurídicas, existen recomendaciones para que respeten en sus actividades los derechos humanos garantizados en instrumentos internacionales, pero requieren que las empresas se sometan de manera voluntaria a dichos principios orientadores/recomendaciones- por lo que, carecen de carácter vinculante.

Asimismo, algunos tratados internacionales relacionados con el medio ambiente colocan la responsabilidad por daños causados por la operación o explotación de actividades peligrosas en el operador, aunque la eventual responsabilidad y reparación será determinada de acuerdo con el derecho interno. Por ejemplo la Convención de la OCDE sobre Responsabilidad civil en materia de energía nuclear (1960) y la Convención de Viena sobre Responsabilidad civil por daños nucleares (1963).

También existen tratados internacionales que reconocen la responsabilidad de personas jurídicas como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNDOT) y la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE.

En el ámbito del derecho de las inversiones existen iniciativas para incorporar obligaciones para los inversores extranjeros en los tratados bilaterales de inversión (TBI), mediante los TBI de tercera generación, lo

que daría lugar a una responsabilidad internacional susceptible de ser reclamada por el Estado.

Respecto del marco jurídico aplicable a las empresas en la actualidad, con relación a sus obligaciones en materia de derechos humanos, como se mencionó anteriormente, se trata principalmente de recomendaciones que carecen de carácter vinculante (instrumentos de soft law), entre las que cabe destacar:

Las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales, a las cuales Argentina ha adherido. Son recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales que operan en países adherentes o que tienen su sede en ellos. Asimismo, se destacan los "Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y derechos humanos" y la Guía de Principios sobre Responsabilidad Social de las Empresas en el Campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas del Comité Jurídico Interamericano. En el ámbito de la Asamblea General de la OEA se adoptó la Resolución 2840 (XLIV-O/14) titulada "Promoción y protección de los Derechos Humanos en el ámbito empresarial", que resolvió continuar promoviendo la aplicación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, exhortando a los Estados Miembros de la OEA a que den la mayor difusión posible a estos principios.

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se adoptaron la "Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento" y la "Declaración tripartita sobre principios que conciernen a las empresas multinacionales de la OIT". Al igual que las directrices de la OCDE, son principios relevantes para empresas multinacionales, así como nacionales, con la especificidad de que son relativos a derechos laborales para la mejora de las condiciones en el trabajo.

Atribución de responsabilidad al Estado

Con relación a la responsabilidad del Estado respecto de las obligaciones cometidas por las empresas en su territorio y/o su jurisdicción, el principio 1 de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y

derechos humanos prevé: "Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia".

El principio 4 dispone: "Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos".

En base a los citados principios, el Estado tiene la obligación de prevenir violaciones de derechos humanos de las empresas que se encuentran en su territorio, y también prevenir abusos de aquellas que se encuentran bajo su jurisdicción, como puede ser el caso de las empresas con participación estatal.

En primer lugar, se debe tener en consideración que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos existe amplio consenso en que la admisión de las hipótesis a través de las cuales se podría atribuir responsabilidad internacional extraterritorial a los Estados es sumamente restrictiva; limitada exclusivamente a los escenarios en los que dicha responsabilidad se deriva del ejercicio del poder o del control eficaz de los agentes de un Estado que actúa fuera de su territorio y ejerce un efectivo sometimiento a su jurisdicción de las personas que habitan ese ámbito extraterritorial.

Con respecto a la responsabilidad que se puede derivar de empresas del Estado con participación estatal, se recuerda el artículo 8 del Proyecto de artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, que prevé: "Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de

hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento".

Atento a ello, si la empresa estatal actúa en violación de obligaciones internacionales del Estado que es dueño y la controla, el Estado podría ser responsable ya que autorizó el accionar de la empresa, como resultado de su capacidad de dirigir y controlar las acciones de esa entidad. Sin perjuicio de ello, el ejercicio de poderes públicos por parte de la empresa podría dar lugar a un reclamo de la correspondiente inmunidad del Estado, pero eso dependerá de un análisis caso por caso, si los actos realizados por la empresa califican como soberanos (*iure imperii*), o si son actividades netamente comerciales (*iure gestionis*).

Otra hipótesis que se puede presentar es si el Estado no actuó con la debida diligencia para evitar el accionar de las empresas, en este sentido distintos órganos de protección de derechos humanos se han expedido, destacando que esta responsabilidad se presenta con determinados límites.

La CIDH ha destacado que un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional bajo la Declaración Americana en determinadas circunstancias al no actuar con la debida diligencia necesaria para proteger a personas de violaciones de derechos humanos cometidas por particulares o actores no estatales (Punto 49 Informe CIDH Pueblos Indígenas, Comunidades afrodescendientes e Industrias extractivas 2015). En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos, ha señalado que: "las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto en la medida en que son susceptibles de aplicación entre personas o entidades privadas. Puede haber circunstancias en las que, por no haberse garantizado los derechos reconocidos en el Pacto como se dispone en el artículo 2, los Estados Parte infrinjan estos derechos permitiendo que particulares o entidades cometan tales actos o no adoptando las medidas apropiadas o no ejerciendo el cuidado debido para prevenir, castigar,

investigar o reparar el daño así causado". (Punto 51 Informe CIDH Pueblos Indígenas, Comunidades afrodescendientes e Industrias extractivas - 2015 - Observación general No. 31 del Comité de Derechos Humanos - punto 8).

Al respecto, han advertido los órganos del sistema interamericano que es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo (Punto 48 - Informe CIDH Pueblos Indígenas, Comunidades afrodescendientes e Industrias extractivas - 2015).

Atribución de responsabilidad a la empresa

Como se señaló anteriormente en los tratados internacionales de derechos humanos no se le imponen obligaciones a las personas jurídicas, sino que son los Estados los principales sujetos obligados a respetar y garantizar los derechos humanos. En la actualidad existen normas de carácter no vinculante que recomiendan a las empresas que en el ejercicio de sus actividades respeten los derechos humanos.

Jurisdicción

Llama la atención la inclusión, en el documento de elementos, de un concepto amplio de jurisdicción en el punto 7, y se señala en el propósito (1.3): "Reafirmar que las obligaciones de los Estados Partes en relación a la protección de los derechos humanos no terminan en sus fronteras territoriales".

Sobre este punto, se recuerda que en el ámbito del derecho internacional, y en particular de acuerdo a lo dispuesto por los tratados de derechos humanos (art. 2 PIDCP - art. 1.1 CADH) y la interpretación desarrollada por distintos órganos internacionales, la jurisdicción es esencialmente territorial y excepcionalmente cabe aceptar la extraterritorialidad cuando se demuestran que se cumplen los requisitos de autoridad o control efectivo.

Conclusiones

De acuerdo a lo señalado en los puntos anteriores, respecto de los sujetos de obligaciones del documento, en la actualidad las empresas se encuentran obligadas a respetar los derechos humanos en su accionar, sólo a través de recomendaciones que carecen de fuerza vinculante. Los Estados tienen a su cargo el deber de diligencia sobre el accionar de las empresas que realizan actividades en su territorio y/o jurisdicción, y en determinados supuestos se le podría atribuir responsabilidad por el accionar de empresas de su propiedad o control.

En cuanto al concepto y alcance de la jurisdicción que se pretenda incluir en el documento, y teniendo presente también las distintas hipótesis de responsabilidad que se podrían presentar en cabeza del Estado, se estima necesario analizar este punto con cautela y precisión, en armonía con las normas de derecho internacional aplicables, y teniendo presente que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos la admisión de hipótesis donde se pueda atribuir responsabilidad internacional extraterritorial al Estado es sumamente restrictiva.