

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

VOLUME 16 • N. 3 • 2019
EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Marcelo Dias Varella

Nitish Monebhurrin

Ardyllis Alves Soares

Editores convidados:

Danielle Pamplona

Franz Christian Ebert

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 16	n. 3	p. 1-134	dez	2019
--	----------	-------	------	----------	-----	------

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Programa de Mestrado e Doutorado em Direito

Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor

Marcelo Dias Varella

Linha editorial

A Revista de Direito Internacional (RDI) foi criada como instrumento de veiculação de trabalhos acadêmicos relacionados a temáticas tratadas pelo Direito Internacional Público e Privado. A revista é sucessora da Revista Prismas, que foi dividida em dois periódicos (junto com a Revista Brasileira de Políticas Públicas), em virtude do aumento do impacto e interesse dos autores em submeter artigos. Na busca pelo desenvolvimento e construção de visões críticas a respeito do Direito Internacional, a RDI possui sua linha editorial dividida em dois eixos:

1. Proteção internacional da pessoa humana: abrange questões referentes ao direito internacional ambiental, direito humanitário, internacionalização do direito, além de pesquisas sobre a evolução do direito dos tratados como forma de expansão do direito internacional contemporâneo.
2. Direito Internacional Econômico: abrange questões referentes aos sistemas regionais de integração, direito internacional econômico e financeiro e solução de controvérsias comerciais e financeiras. A RDI busca incentivar a pesquisa e divulgação de trabalhos relacionados às disciplinas voltadas para o estudo do Direito Internacional publicando artigos, resenhas e ensaios inéditos. A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas impulsionando a divulgação, o estudo e a prática do Direito Internacional.

Editor Gerente

Marcelo D. Varella, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Editor Adjunto

Nitish Monebhurrn, Centro Universitário de Brasília, Revista de Direito Internacional, Brasília/DF, Brasil

Comitê editorial

Alice Rocha da Silva, Centro Universitário de Brasília

Cláudia Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul

José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo

Julia Motte Baumvol, Université d'Evry Val d'Essonne

Nádia de Araújo, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Sandrine Maljean-Dubois, Universidade Aix-Marseille, França

Carolina Olarte Bacares, Universidade Javeriana, Colômbia

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

www.rdi.uniceub.br

Circulação

Acesso aberto e gratuito.

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 16, número 3 - . Brasília : UniCEUB, 2011- .

Quadrimestral.

ISSN 2237-1036

Disponível também on-line: <http://www.rdi.uniceub.br/>

Continuação de: Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.

1. Direito Internacional. 2. Políticas Públicas. 3. Mundialização. I. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB. II. Centro Universitário de Brasília.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Endereço para Permuta

Biblioteca Reitor João Herculino

SEPN 707/907 Campus do UniCEUB

Cep 70790-075 Brasília-DF

Fone: 61 3966-1349

E-mail: biblioteca@uniceub.br

Sumário

EDITORIAL	2
Business and Human Rights: Taking Stock of Trends in International Governance and Domestic Litigation	2
Danielle Anne Pamplona e Franz Christian Ebert	
1 The context	2
2 Exploring the potential of international governance instruments relating to business and human rights	3
3 The potential of domestic litigation for human rights accountability of business actors	6
OS SIGNIFICADOS DOS CASOS KIOBEL E VEDANTA PARA A PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS	10
Patricia Almeida de Moraes e Danielle Anne Pamplona	
1 Introdução	11
2 Contextualizando as decisões	12
2.1 Os antecedentes judiciais do caso Kiobel.....	13
2.2 O julgamento do caso Kiobel na Suprema Corte Americana	14
2.3 Antecedentes judiciais do caso Vedanta.....	16
2.4 O julgamento de admissibilidade do caso Vedanta pela Suprema Corte Britânica.....	17
3 O futuro pós-Kiobel e Vedanta	18
4 Considerações Finais	21
Referências	21
DECLARACIONES EMPRESARIALES “VOLUNTARIAS” SOBRE DERECHOS HUMANOS, Y LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN INSTITUCIONAL (INTERNACIONAL E INTERNA) EXTERNA	24
Nicolás Carrillo Santarelli	
1 Introducción.....	25
2 Noción, efectividad y relevancia de las manifestaciones voluntarias de compromiso empresarial en materia de derechos humanos.....	27
3 Los límites de los estándares voluntarios en materia de empresas y derechos humanos	32
4 Factores normativos, de legitimidad y sociales que pueden potenciar la posible complementariedad positiva de los estándares voluntarios	38
Conclusiones.....	44
Referências.....	46

LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS CLIMÁTICA 51

Daniel Iglesias Márquez

1 Introducción.....	52
2 La litigación climática en contra de las empresas.....	53
3 Litigación climática, derechos humanos y empresas.....	57
3.1 Philippines Reconstruction Movement y Greenpeace v. Carbon Majors.....	59
3.2 Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc.....	61
3.3 Notre Affaire à Tous y Otros v. Total.....	63
3.4 Lliuya v. RWE.....	64
4 La diligencia debida en materia derechos humanos en la era del cambio climático	67
5 Conclusiones.....	72
Referencias.....	73

EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADA Y DERECHOS HUMANOS76

Humberto Cantú Rivera

1 Introducción.....	77
2 Derechos humanos y empresas: el marco jurídico internacional	78
3 Las obligaciones del Estado en materia de seguridad en el contexto de las actividades empresariales	81
3.1 Aspectos generales	81
3.2 La adecuación del marco jurídico y político interno como obligación del Estado.....	86
4 La responsabilidad de las empresas de seguridad en materia de derechos humanos	87
5 Conclusión	90
Referencias.....	91

O PLANO NACIONAL DE AÇÃO SOBRE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS DO CHILE: UM BALANÇO SOBRE O SEU IMPACTO DISCURSIVO E REAL.....94

Judith Schönsteiner

1 Introdução.....	95
2 Obrigações estatais em matéria de direitos humanos e empresas.....	96
3 Principais compromissos do Estado do Chile e sua conformidade com o marco jurídico internacional.....	97
3.1 Elaboração do Plano e normas processuais.....	98
3.2 Conteúdo do Plano.....	99
3.3 Institucionalidade e coerência	103
3.4 Mecanismo de revisão e acompanhamento.....	105

4 Implementação de medidas.....	106
5 Considerações finais	107
Referências.....	109

ZARA, M. OFFICER, PERNAMBUCANAS E SERAFINA/COLLINS: O PADRÃO CONDENATÓRIO POR CONDIÇÕES DEGRADANTES DA MÃO DE OBRA EM REDES CONTRATUAIS DO SETOR DE VESTUÁRIO112

Laura Germano Matos e João Luis Nogueira Matias

1 Introdução	113
2 As redes contratuais e o problema da responsabilização de cadeias produtivas	114
2.1 A regulamentação da terceirização trabalhista	115
2.2 Pressupostos gerais aplicáveis da teoria de responsabilidade civil.....	116
3 Casos emblemáticos de condenações no setor de vestuário	117
4 A sistematização e interpretação dos critérios condenatórios	120
5 Uma perspectiva internacional do tema	126
6 Considerações finais	129
Referências.....	130

NORMAS EDITORIAIS..... 132

Envio dos trabalhos:.....	133
www.rdi.uniceub.br.....	134

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editorial

Danielle Anne Pamplona
Franz Christian Ebert

VOLUME 15 • N. 3 • 2018
HISTORY OF INTERNATIONAL LAW

Editorial

BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: TAKING STOCK OF TRENDS IN INTERNATIONAL GOVERNANCE AND DOMESTIC LITIGATION*

Danielle Anne Pamplona**

Franz Christian Ebert***

1 THE CONTEXT

Ensuring that business actors observe rather than violate human rights in the course of their operations remains a major challenge of our time. With budgets oftentimes exceeding those of smaller states,¹ multinational corporations can have a profound and multifold impact on local populations. While holding considerable potential for contributing to the realization of human rights,² their activities continue to produce significant adverse impacts in this regard,³ which tend to be particularly pronounced in the Global South.⁴ This includes widely publicized disasters, such as the collapse of the Rana Plaza building and its garment factories in Dhaka, Bangladesh, which killed more than 1000 workers in 2013,⁵ or the 2015 Fundão tailings dam collapse in Brazil, causing 19 casualties in addition to substantial environmental damage.⁶ Questions such as how to ensure respect for labor rights in global supply chains⁷ or how to avoid human rights violations of indigenous

¹ See, e.g., the examples provided by BELINCHÓN, Fernando and MOYNIHAN, Ruqayyah. 25 Giant Companies That Are Bigger Than Entire Countries, available at: <https://www.businessinsider.com/25-giant-companies-that-earn-more-than-entire-countries-2018-7#walt-disneys-takings-exceeded-bulgarias-gdp-11>, accessed on Nov 30, 2019.

² A number of companies have set up specific programs in this regard, e.g. offering professional training on sustainability for school teachers or tackling gender discrimination among their employees. See the examples on the website of Pacto Global. Rede Brasil, available at <https://www.pactoglobal.org.br/solucao/5>, accessed on Nov 30, 2019.

³ This concerns civil and political rights as well as economic, social and cultural rights. See further, NOLAN, Justine, and TAYLOR, Luke. Corporate Responsibility for Economic, Social and Cultural Rights: Rights in Search of a Remedy? *Journal of Business Ethics*, vol. 87, n. 2, pp. 433-451, 2009.

⁴ See, e.g., DIXON, Chris J., DRAKAKIS-SMITH, David and WATTS, H. Doug. Multinational Corporations and the Third World, Routledge, 2012; WEINSTEIN, Franklin B., Multinational Corporations and the Third World: the Case of Japan and Southeast Asia. *International Organisation*, vol. 30, n. 3, pp. 373-404, 1976.

⁵ See SIDDIQUI, Javed and UDDIN, Shahzad. Human rights disasters, corporate accountability and the state. Lessons learned from Rana Plaza. *Accounting, Auditing & Accountability Journal*. vol. 29, n. 4, pp. 679-704, 2016.

⁶ This was the world's biggest disaster involving a tailings dam and the Brazilian industrial disaster with the greatest environmental impact: around 32 million cubic meter of tailings were dumped into the environment. For relevant data, see the websites of Instituto Humanitas Unisinos, available at: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/575851-infografico-tragedia-de-mariana-entenda-os-impactos-ambientais-causados-pelo-desastre>, accessed on Nov 30, 2019, and Jornal da Unicamp, available at: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/noticias/2018/09/12/o-desastre-ambiental>, accessed on Nov 30, 2019.

⁷ See in this regard COMPA, Lance. Corporate Social Responsibility and Workers' Rights. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 30, n. 1, pp. 1-10, 2008; MOSLEY, Layna. Workers' Rights in Global Value Chains: Possibilities for Protection and for Peril. *New Political*

* Guest Editors

** Tenured Professor at the Pontifical Catholic University of Paraná; Post-Doctorate from the American University, Washington, DC (2015-2016); Visiting Scholar at the Max Planck Institute, Heidelberg, Germany (2019); PhD in Law from the Federal University of Santa Catarina; Vice-President of the Latin American branch of the Global Business and Human Rights Scholars Association; Coordinator of the Human Rights Clinic of PPGD / PUCPR. E-mail: danielle.pamplona@pucpr.br

*** Research Fellow Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law Heidelberg, Germany ebert@mpil.de

peoples⁸ and local communities⁹ in the context of the extraction of natural resources have garnered the attention of activists, human rights institutions and scholars alike.¹⁰ In this vein, human rights-related conduct by corporations also presents major challenges for the projects of transformative constitutionalism, which have emerged in Latin America and other regions.¹¹

The present symposium explores the complicated relationship between human rights and business actors from a legal perspective. It thereby adds to a rapidly growing body of literature,¹² which has given rise to a multidisciplinary debate connecting academic strands ranging from business studies and ethics to sociology, anthropology and the law.¹³ The six contributions in this symposium explore different aspects of international governance related to business and human rights and examine efforts to hold corporations accountable for human rights issues through domestic litigation. In the following, we briefly contextualize the contributions and provide an overview of their content.

2 EXPLORING THE POTENTIAL OF INTERNATIONAL GOVERNANCE INSTRUMENTS RELATING TO BUSINESS AND HUMAN RIGHTS

In the last decades, problems relating to the conduct of multinational and other corporations have led to the adoption of a plethora of regulatory arrangements beyond the State designed to prevent or address adverse social impacts caused by them. Since 2011, the main international standard of reference consists of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights¹⁴ whose three pillars deal with the states' duty to protect human rights, corporations' responsibility to respect them, and the access to redress mechanisms for victims, respectively.¹⁵ This adds to earlier standards for the conduct of business actors

Economy, vol. 22, n. 2, pp. 153-168, 2017.

⁸ See, e.g., SCHILLING-VACAFLOR, Almut. Norm Contestation and (Non-)Compliance: The Right to Prior Consultation and FPIC in the Extractive Industries. In: FEICHTNER, Isabelle, KRAJEWSKI, Markus and ROESCH, Ricarda (eds.). *Human Rights in the Extractive Industries. Interdisciplinary Studies in Human Rights*, Springer, Cham, pp. 311-337, 2019.

⁹ See, e.g., FRYNAS, Jędrzej George, The Oil Industry in Nigeria: Conflict between Oil Companies and Local People. In: FRYNASM, Jędrzej George and PEGG, Scott (eds.). *Transnational Corporations and Human Rights*, Palgrave, Basingstoke et al., pp. 99-114, 2003.

¹⁰ See, e.g., JOSEPH, Sarah. Protracted Lawfare: The tale of Chevron Texaco in the Amazon. *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 3, n. 2, pp. 70-91, 2012; POWELL, Stephen Joseph. Coal and Gold, Hard and Cold: Using Trade Agreements to Resolve Human Rights Violations in the Caribbean Colombia Mineral Extraction Industry. *Intercultural Human Rights Law Review*, vol. 10, pp. 55-68, 2015; INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Indigenous Peoples, Afro-Descendent Communities, and Natural Resources. Human Rights Protection in the Context of Extraction, Exploitation, and Development Activities, Washington, 2015, available at: http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2016/048.asp, accessed on Nov 30, 2019.

¹¹ See, e.g., GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. El Constitucionalismo Interamericano y la Fragmentación del Derecho Internacional. Posicionando al ICCAL en el Debate sobre Colisiones de Regímenes Normativos. In: *El Constitucionalismo Transformador en América Latina y el Derecho Económico Internacional. De la Tensión al Diálogo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City, pp. 33-57, 2018. See on transformative constitutionalism in Latin America in general the contributions in VON BOGDANDY, Armin, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MORALES ANTONIAZZI, Mariela, PIOVESAN, Flávia and SOLEY, Ximena (eds.). *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, Oxford, 2017. On transformative constitutionalism outside Latin America see, e.g., Christiansen, Eric C. Transformative Constitutionalism in South Africa: Creative Uses of Constitutional Court Authority to Advance Substantive Justice, *Journal of Gender, Race & Justice*, vol. 13, n. 3, pp. 575-614, 2010.

¹² This is exemplified by the inauguration of the Business and Human Rights Journal in 2016.

¹³ See, e.g., SANTORO, Michael A., Business and Human Rights in Historical Perspective. *Journal of Human Rights*, vol. 14, pp. 155-161, 2015.

¹⁴ The Guiding Principles are based on a report by the Special Representative of the UN Secretary-General for Business and Human Rights, John Ruggie, which had been submitted to the Human Rights Council three years earlier. The implementation of the Guiding Principles is to be facilitated, among others, by a Working Group on Business and Human Rights which, being composed of five independent experts, is tasked with the promotion of these Principles, through dissemination, capacity building and similar activities. See ADDO, Michael K. The Reality of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights. *Human Rights Law Review*, vol. 14, pp. 133-147, 2014.

¹⁵ See further on the content and meaning of the principles FRETAS, Ana Rachel, PAMPLONA, Danielle Anne. Os Princípios

adopted under the auspices of international organizations, in particular the OECD Guidelines for Multinational Enterprises,¹⁶ the ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy,¹⁷ and the United Nations Global Compact.¹⁸ In addition, a multitude of private governance instruments has emerged, such as codes of conduct at the company¹⁹ or industry level,²⁰ multi-stakeholder initiatives²¹ as well as international framework agreements concluded between companies and global union federations.²²

The uncertain fate of the negotiations on the envisaged business and human rights treaty²³ highlights the need to better understand the potential of the existing governance instruments in the area of business and human rights. One aspect of relevance pertains to the precise reach and content of the requirements

Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos: houve avanços? In: BENACCHIO, Marcelo (ed.). *A Sustentabilidade da Relação entre Empresas Transnacionais e Direitos Humanos*, Editora CRV, Curitiba, pp. 147-168, 2016.

¹⁶ Adopted in 1976, the Guidelines have been containing a dedicated chapter on human rights since 2011. Importantly, these Guidelines involve the creation of National Contact Points which can deal with submissions from civil society concerning companies that are based on the country's territory. See OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2011 Edition, Part II, available at <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>, accessed on Nov 30, 2019, and further RUGGIE, John Gerard and NELSON, Tamaryn. *Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementations Challenges*. *Brown Journal of World Affairs*, vol. 22, n. 1, pp. 99-128, 2015.

¹⁷ Adopted in 1977 and most recently amended in 2017, the Declaration focuses on issues pertaining to labor and social concerns. Its implementation framework involves, among others, the creation of national tripartite focal points, dialogue between companies and trade unions and an interpretation procedure but lacks a mechanism for submissions by affected parties. See at: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf, accessed on Nov 30, 2019, and further ČERNIČ, Jernej Letnar. *The ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy Revisited: Is There a Need for Its Reform?* *European Yearbook of International Economic Law*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2019, advanced view, available at: https://link.springer.com/chapter/10.1007/8165_2019_30, accessed on Nov 30, 2019.

¹⁸ Launched in 2000 by the UN Director General, the Global Compact commits participant companies to abide by ten principles relating to human rights, labour standards, environmental protection and the fight against corruption; see at: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>, accessed on Nov 30, 2019. Apart from capacity building projects and dialogue mechanisms, this initiative involves the submission of reports and comes with a complaint mechanism that can result in the withdrawal of participant status; see e.g. WESCHKA, Marion. *Human Rights and Multinational Enterprises: How Can Multinational Enterprises Be Held Responsible for Human Rights Violations Committed Abroad?* *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 66, pp. 625-661, 2006.

¹⁹ See, e.g., WAWRYK, Alex. *Regulating Transnational Corporations through Corporate Codes of Conduct*. In: FRYNAS, Jędrzej George and PEGG, Scott, *Transnational Corporations and Human Rights*, Palgrave, Basingstoke et al., pp. 53-78, 60, 2003; and for a historical perspective CHANCE, Steven K. *Codes of Conduct for Multinational Corporations*. *The Business Lawyer*, vol. 33, n. 3, pp. 1799-1820, 1978.

²⁰ See, e.g., the Environmental Stewardship Program of the American Petroleum Institute. See at: <https://www.api.org/oil-and-natural-gas/environment/environmental-performance/environmental-stewardship>, accessed on Nov 30, 2019. Similarly, a number of financial institutions have endorsed the Equator Principles, which provide standards for due diligence and monitoring in the area of project finance. See, e.g., RIEGNER, Michael. *The Equator Principles on Sustainable Finance Assessed from a Critical Development and Third World Perspective*. *Transnational Legal Theory*, vol. 5, n. 3, pp. 489-510, 2014.

²¹ Examples are Social Accountability International and the Ethical Trading Initiative; see at <http://www.sa-intl.org/> and <https://www.ethicaltrade.org>, respectively, accessed on Nov 30, 2019. Some NGOs also monitor the implementation of such codes, such as the Fair Labor Association or the Fair Wear Foundation. See TER HAAR, Beryl & KEUNE, Maarten. *One Step Forward or More Window-Dressing? A Legal Analysis of Recent CSR Initiatives in the Garment Industry in Bangladesh*. *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 30, n. 1, pp. 5-26, 8, 2014.

²² See DEHNEN, Veronika and PRIES, Ludger. *International Framework Agreements: A thread in the web of transnational labour regulation*. *European Journal of Industrial Relations*, vol. 20, n. 4, pp. 335-350, 2014. Most of the companies involved are based in Europe. See KRAUSE, Rüdiger. *The Promotion of Labour Standards Through International Framework Agreements*. In: GÖTTI, Henner (ed.). *Labour Standards in International Economic Law*, Springer, Cham, pp. 319-339, 322-323, 2018.

²³ The negotiation process began with Ecuador and South Africa presenting a draft resolution to the Human Rights Council that would allow the creation of an open-ended Intergovernmental working group to draft a treaty on business and human rights. Meanwhile five sessions have been held, with a revised zero draft having been presented in July 2019. On the negotiation process see SUÁREZ FRANCO, Ana María and FYFE, Daniel. *Voluntary vs. Binding: Civil Society's Claim for a Binding Instrument*. In: ČERNIČ, Jernej Letnar and CARRILLO-SANTARELLI, Nicolás (eds.). *The Future of Business and Human Rights. Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*, Intersentia, Cambridge et al., pp. 139-159, 2018. On the rationale behind the proposed treaty see SIMONS, Penelope. *The Value-Added of a Treaty to Regulate Transnational Corporations and Other Business Enterprises Moving Forward Strategically*. In DEVA, Surya and BILCHITZ, David (eds.). *Building a Treaty on Business and Human Rights. Context and Contours*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 48-78, 2019.

under these instruments with regard to specific business sectors and groups of actors. **Humberto Cantú Rivera** provides insights in this regard by addressing human rights issues relating to private security companies, whose activities have affected local populations in the context of natural resource extraction projects,²⁴ among others.²⁵ After laying out the relevant international framework, the author provides an in-depth analysis of the State obligations with regard to business activities in conflict areas. He also examines the responsibility of private security companies with regard to human rights matters under relevant international soft law instruments. The author then scrutinizes the obligations incumbent on the State to adjust the domestic legal and institutional framework to avoid adverse impacts by the aforesaid actors and concludes by highlighting the dynamic nature of the law in this area.

Furthermore, a need persists to fathom out in more depth how the international instruments in the area of business and human rights interact with countries' legal and institutional frameworks²⁶ and to which extent these instruments translate into concrete action at the domestic level.²⁷ With regard to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights a debate has notably emerged about the potential and shortcomings of the National Business and Human Rights Action Plans, which have, among others, been requested by the UN Human Rights Council.²⁸ **Judith Schönsteiner** furthers our understanding of this subject by providing an in-depth analysis of the Chilean National Action Plan (NAP) on Business and Human Rights and its institutional setting. Based on a brief review of the relevant international instruments and the NAP's adoption process, she examines the NAP's main content, pointing to a number of deficiencies in this regard. The author subsequently analyses the NAP's institutional framework, identifying a lack of institutional coherence that may create obstacles for the NAP's implementation in practice. Schönsteiner then critically examines the experiences so far with the NAP's implementation. While highlighting some positive aspects, in particular concerning the stakeholder participation in the NAP's preparatory process, she points to a number of steps that would be required for Chile to fully live to its commitments under the UN Guiding Principles.

A key controversy in the field of business and human rights relates to the potential of private governance instruments to help prevent or address human rights violations in global supply chains. A number of critics have highlighted limitations in the design of these mechanisms²⁹ while others point to a rather mixed human rights impact on the ground.³⁰ In this context, **Nicolas Carillo Santarelli analyses the potential**

²⁴ See SZABLOWSKIA, David and CAMPBELL, Bonnie. Struggles over extractive governance: Power, discourse, violence, and legality. *The Extractive Industries and Society*, vol. 6, n. 3, pp. 635-641, 639, 2019.

²⁵ See, e.g., KONTOS, Alexis P. Private Security Guards: Privatized Force and State Responsibility under International Human Rights Law. *Non-State Actors and International Law*, vol. 4, n. 2, pp. 199-238, 202-204, 2004.

²⁶ For example, the Colombian Constitutional Court has relied on the UN Guiding Principles on a number of occasions; see CORREA HENAO, Magdalena and ROA ROA, Jorge Ernesto. Derechos Humanos, Responsabilidad Social Empresarial y Principios Ruggie en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana. In: MARTÍNEZ, Julián Tole (ed.). *Derechos Humanos y la actividad empresarial en Colombia: Implicaciones para el Estado Social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 151-194, 2019.

²⁷ See in this regard, e.g., GLINSKI, Carola. The Ruggie Framework, Business Human Rights Self-Regulation and Tort Law: Increasing Standards through Mutual Impact and Learning. *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 35, n. 1, pp. 15-34, 2017; HILL, Christina and LILLYWHITE, Serena. The United Nations' Protect, Respect and Remedy' Framework: Six Years on and What Impact Has It Had? *The Extractive Industries and Society*, vol. 2, n. 1, pp. 4-6, 2015.

²⁸ See, e.g., METHVEN O'BRIEN, Claire, MEHRA, Amol, BLACKWELL, Sara and POULSEN-HANSEN, Cathrine Bloch. National Action Plans: Current Status and Future Prospects for a New Business and Human Rights Governance Tool. *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, n. 1, pp. 117-126, 119-120, 2015.

²⁹ Perceived limitations include "the selective content, lack of monitoring appliances and implementation mechanisms"; YIANNAROS, Andreas, NYOMBI, Chrispas and LEWIS, Rhidian. Corporate Personality, Human Rights and Multinational Corporations. *International Company and Commercial Law Review*, vol. 27, n. 7, pp. 234-251, 243, 2016.

³⁰ With regard to workplace-related human rights, see EGELS-ZANDÉN, Niklas and LINDHOLM, Henrik. Do Codes of Conduct Improve Worker Rights in Supply Chains? A Study of Fair Wear Foundation. *Journal of Cleaner Production*, vol. 107, pp. 31-40, 2015; HOANG, Dong and JONES, Bryn. Why Do Corporate Codes of Conduct Fail? Women Workers and Clothing Supply Chains in Vietnam. *Global Social Policy*, vol. 12, n. 1, pp. 67-85, 2012; KIM, Jee Young. The Politics of Code Enforcement and Implementation in Vietnam's Apparel and Footwear Factories. *World Development*, vol. 45, pp. 286-295, 2013; LOCKE, Richard M., QIN, Fei and BRAUSE, Alberto. Does Monitoring Improve Labor Standards? Lessons from Nike. *Industrial and Labor Relations Review*, vol.

of company codes of conducts and reflects on their role within the broader international governance framework with regard to business and human rights. Based on a brief description of the relevant mechanisms, the author assesses possible benefits and structural limitations of those instruments. He highlights factors that determine the effectiveness of company codes of conduct and argues that they can complement but not replace other regulatory arrangements. Carillo Santarelli then reflects on options to increase their credibility of company codes of conduct, to foster synergetic interactions between them and other relevant governance instruments, and to help to avoid that such codes of conduct are mainly used as a device of window dressing.

3 THE POTENTIAL OF DOMESTIC LITIGATION FOR HUMAN RIGHTS ACCOUNTABILITY OF BUSINESS ACTORS

Domestic courts remain a vital – indeed in many cases the only –³¹ forum for holding business actors legally accountable for human rights violations. Recent years have seen several legislative innovations in this regard. Notably, the French *Loi sur le devoir de vigilance* of 2017³² requires certain French companies to prepare, disclose, and implement a “*plan de vigilance*”³³ and a popular initiative for a similar law was at the time of writing pending in Switzerland.³⁴ Tort law cases against multinational companies involving violations by their subsidiaries or in their supply chain have been filed in a number of jurisdictions, including before US,³⁵ UK,³⁶ Canadian,³⁷ Dutch³⁸ and German courts³⁹, albeit so far with limited results in term of substantial re-

61, n. 1, pp. 3-31, 2007. For similar findings regarding certain multi-stakeholder initiatives see e.g., BARRIENTOS, Stephanie and SMITH, Sally. Do Workers Benefit from Ethical Trade? Assessing Codes of Labour Practice in Global Production System. *Third World Quarterly*, vol. 28, n. 4, pp. 713-729, 2007; SHEEHY, Benedict. Understanding CSR: An Empirical Study of Private Regulation. *Monash University Law Review*, vol. 38, n. 2, pp. 103-127, 117-119, 2012.

³¹ While corporate officials can be brought before the International Criminal Court (ICC), its jurisdiction under the Rome Statue does not extend to legal persons such as corporations; see on this KALECK, Wolfgang and SAAGE-MAASS, Miriam. Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes the Status Quo and Its Challenges. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, pp. 699-724, 710, 2010. On the difficulties with trying corporate officials for human rights violations before the ICC see, e.g., WHEELER, Caleb H. Re-Examining Corporate Liability at the International Criminal Court through the Lens of the Article 15 Communication against Chiquita Brands International. *Melbourne Journal of International Law*, vol. 19, n. 1, pp. 369-388, 2018.

³² On the underlying rationale see MAVOUNGOU, Larios, Les pouvoirs privés économiques à l'épreuve de la loi française sur le devoir de vigilance. *Revue internationale de droit économique*, vol. XXIII, n. 1, pp. 49-62, 2019.

³³ As Cossart, Chaplier and Beau de Lomenie explain, this applies to “companies incorporated or registered in France for two consecutive fiscal years that either employ at least 5,000 people themselves and through their French subsidiaries, or employ at least 10,000 people themselves and through their subsidiaries located in France and abroad”; COSSART, Sandra, CHAPLIER, Jérôme and BEAU DE LOMENIE, Tiphaine. The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All. *Business and Human Rights Journal*, vol. 2, n. 2, pp. 317–323, 320, 2017.

³⁴ For a legal analysis of the law proposed by the popular initiative and the parliamentary counter-proposal see WERRO, Franz. The Swiss Responsible Business Initiative and the Counter-Proposal, *Journal of European Tort Law*, vol. 10, n. 2, pp. 166–182, 2019. For a chronology and outlook of the initiative see at: <https://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-suisse/interieure/initiatives-parlement/multinationales-responsables/initiative-multinationales-responsables-chronologie>, accessed on Nov 30, 2019.

³⁵ See, e.g., SALAZAR, Claudia T. Applying International Human Rights Norms in the United States: Holding Multinational Corporations Accountable in the United States for International Human Rights Violations under the Alien Tort Claims Act. *Journal of Civil Rights and Economic Development*, vol. 19, n. 1, pp. 111-157, 2004.

³⁶ See in this regard HOPKINS, Samantha. Vedanta Resources plc and Another v Lungowe and Others. *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 70, n. 3, pp. 371-375, 374, 2019.

³⁷ See LAUZON, Jolane T. Araya v. Nevsun Resources: Remedies for Victims of Human Rights Violations Committed by Canadian Mining Companies Abroad. *Quebec Journal of International Law*, vol. 31, n. 1, pp. 143-169, 2018.

³⁸ See DE GROOT, Cees. The ‘Shell Nigeria Issue’: Judgments by the Court of Appeal of The Hague, The Netherlands. *European Company Law*, vol. 13, n. 3, pp. 98-104, 2016.

³⁹ See WESCHE, Philipp and SAAGE-MAASS, Miriam. Holding Companies Liable for Human Rights Abuses Related to Foreign Subsidiaries and Suppliers before German Civil Courts: Lessons from Jabir and Others v KiK. *Human Rights Law Review*, vol. 16, n. 2, pp. 370–385, 2016.

dress for the victims concerned.⁴⁰ Increasingly, scholars and practitioners are also exploring the potential of criminal law,⁴¹ consumer and competition law,⁴² among others.

Several recent court decisions merit reflection with regard to their implications for human rights-related corporate accountability. In particular, the United States' Alien Tort Statute (ATS) – for many years a major vehicle for holding corporate actors accountable for human rights violations committed outside US territory –⁴³ has seen its potential narrowed by several US Supreme Court decisions, establishing, among others, a “presumption against extraterritorial application”⁴⁴ and excluding foreign companies from its scope.⁴⁵ Meanwhile, the UK Supreme Court ruled in a decision of 2019 that UK companies can have a duty of care vis-à-vis the stakeholders of their foreign subsidiaries and that UK courts can be competent to hear cases alleging a breach thereof.⁴⁶

Against this backdrop, **Patricia Almeida de Moraes and Danielle Anne Pamplona** explore the background and rulings of two key domestic law cases for Business and Human Rights Scholars, namely the Kiobel case, decided by the US Supreme Court, and the Vedanta case, handed down by the UK Supreme Court. Both decisions concern the admissibility of claims against corporations in these countries relating to actions carried out abroad by their subsidiaries. In this sense, the text explores the results from Kiobel and explains the reasons for which it has been received by business and human rights community as a setback, which contrasts with the potentially more promising results of the ruling in Vedanta. However, as much as Vedanta may be perceived as an important step forward, it is not unlikely that corporations will be adjusting their business structures in order to not fall within the decision's scope in the future.

A key challenge for domestic courts consists of allocating responsibility to corporations for human rights violations in their supply chain.⁴⁷ This includes questions about the duty of care that corporations have under domestic law vis-à-vis their suppliers and about the degree of influence that is required in this

⁴⁰ See, e.g., ENNEKING, Liesbeth F. H. Transnational Human Rights and Environmental Litigation: A Study of Case Law Relating to Shell in Nigeria. In: FEICHTNER, Isabell, KRAJEWSKI, Markus and RÖSCH, Ricarda (eds.). *Human Rights in the Extractive Industries*, Springer, Cham, pp. 511-551, 549-550, 2019.

⁴¹ See, e.g., MÜLLER-HOFF, Claudia. Unternehmen als Täter – internationale Perspektiven und Herausforderungen für das deutsche Straf- und Prozessrecht. In: KRAJEWSKI, Markus, OEHM, Franziska, SAAGE-MASS, Miriam (eds.). *Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, Interdisziplinäre Studien zu Menschenrechten*, Springer, Berlin/Heidelberg, pp. 223-246, 2018.

⁴² See RÜHMKORF, Andreas. *Corporate social responsibility, private law and global supply chains*, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 126-163, 2015. In Germany, a group of NGOs has relied on German competition law to hold the retailer Lidl to account for making false statements about the observance of labour standards in its supply chains, leading the company to retract the relevant statements. See MÜLLER-HOFF, Claudia. Making Corporations Respond to the Damage They Cause: Strategic Approaches to Compensation and Corporate Accountability. Brot für die Welt, Misereor, ECCHR, p. 19, undated.

⁴³ See, e.g., CLEVELAND, Sarah H. The Alien Tort Statute, Civil Society, and Corporate Responsibility. *Rutgers Law Review*, vol. 56, n. 4, pp. 971-988, 2004.

⁴⁴ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 133 S.Ct. 1659; 569 U.S., 2013. See further, e.g., SEIBERT-FOHR, Anja. Transnational Labour Litigation: The Ups and Downs Under the Alien Tort Statute. In: GÖTTI, Henner (ed.). *Labour Standards in International Economic Law*, Springer, Cham, pp. 341-354, 351, 2018.

⁴⁵ *Jesner v Arab Bank* 138 S Ct 1386, 1407, 2018. See further DODGE, William S. Corporate Liability Under the US Alien Tort Statute: A Comment on *Jesner v Arab Bank*. *Business and Human Rights Journal*, vol. 4, n. 1, pp. 131-137, 2019. A number of other options for filing human rights-related lawsuits against US companies under US law exist under US tort law, which are however more complex than those under the ATS and have yet to be fully explored. See in this regard REIMANN, Mathias. Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen in den USA jenseits des Alien Tort Claims Act. In: KRAJEWSKI, Markus et al. (eds.). *Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, Interdisziplinäre Studien zu Menschenrechten*, Springer, Berlin/Heidelberg, pp. 101-145, 2018.

⁴⁶ *Vedanta Resources plc and Another v Lungowe and Others*, UKSC 20, 2019. This will, however, highly depend on the control the parent company exercises on the subsidiary. For discussion of this and further case law see SANGER, Andrew. Transnational Corporate Responsibility in Domestic Courts: Still Out of Reach? *American Journal of International Law Unbound*, vol. 113, pp. 4-9, 5-7.

⁴⁷ Concerning the significant technical and practical barriers that remain in this regard see ULFBECK, Vibe and EHLERS, Andreas. Tort Law, Corporate Groups and Supply Chain Liability for Workers' Injuries: The Concept of Vicarious Liability. *European Company Law*, vol. 13, n. 5, pp. 167-174, 173-174, 2016; CABRELLI, David. Liability for the Violation of Human Rights and Labour Standards in Global Supply Chains: A Common Law Perspective. *Journal of European Tort Law*, vol. 10, n. 2, pp. 108-129, 113-117, 2019.

regard.⁴⁸ **Laura Germano Matos and João Luis Nogueira Matias** contribute to this debate by **providing insights from the Brazilian judicial practice**. Focusing on three cases studies, they analyze the criteria that Brazilian labor courts have employed to establish liability of textile companies for breaches of workers' rights by their suppliers. Seven criteria are identified that have – in the absence of specific guidance in the Brazilian legislature – mostly been elaborated by the courts through interpretation. The authors show that these criteria correspond largely to the concept of sphere of influence that is embodied in several international instruments dealing with business and human rights. In the view of the authors, this strengthens the role of due diligence by buyer companies for their supply chain and highlights their indirect co-responsibility for the labor conditions of the workers that are part of their production processes.

Finally, the question arises to which extent domestic litigation can serve as a means for tackling broader challenges such as the climate impact of corporate actors⁴⁹ and the multiple human rights effects this can entail.⁵⁰ In this regard, **Daniel Iglesias Márquez** explores the reach of corporations' obligations to address adverse human rights effects stemming from the greenhouse gas emissions caused by – or directly related to – their activities. The author first surveys instances of domestic litigation where adverse climate impacts caused by business actors were at stake. Subsequently, he provides an in-depth examination of four cases from the Philippines, the Netherlands, France, and Germany, respectively, involving a nexus between human rights and climate matters. This above analysis is then placed in the context of the international *acquis* concerning human rights due diligence to be carried out by corporate actors. The author concludes by emphasizing the need to refine corporate due diligence practices in light of these international standards and to devise more comprehensive measures to prevent and remedy adverse human rights impacts caused by their greenhouse gas emissions.

⁴⁸ See, e.g., ROIT, Peter and ULFBECK, Vibe. Supply Chain Liability of Multinational Corporations? *European Review of Private Law*, vol. 23, n. 3, pp. 415-436, 2015; TERWINDT, Carolijn, LEADER, Sheldon, YILMAZ-VASTARDIS, Anil and WRIGHT, Jane. Supply Chain Liability: Pushing the Boundaries of the Common Law? *Journal of European Tort Law*, vol. 8, n. 3, pp. 261-296, 2017.

⁴⁹ See in general AVERCHENKOVA, Alina, CRICK, Florence, KOCORNIK-MINA, Adriana, LECK, Hayley and SURMINSKI, Swenja. Multinational and Large National Corporations and Climate Adaptation: Are We Asking the Right Questions? A Review of Current Knowledge and a New Research Perspective. *Wiley Independent Reviews: Climate Change*, vol. 7, n. 4, pp. 517-536; CLARKE, Thomas, Developing Global Institutional Frameworks for Corporate Sustainability in the Context of Climate Change: The Impact upon Corporate Policy and Practice. In: SALES, Arnaud (ed.). *Corporate Social Responsibility and Corporate Change. Ethical Economy*, vol. 57, pp. 161-175, 2019.

⁵⁰ See, e.g., SECK, Sara L. and SLATTERY, Michael. Business, Human Rights and the IBA Climate Justice Report. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 34, n. 1, pp. 75-85, 2016.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Os significados dos casos Kiobel
e Vedanta para a proteção de
direitos humano**

Patricia Almeida de Moraes

Danielle Anne Pamplona

Os significados dos casos Kiobel e Vedanta para a proteção de direitos humanos

Patricia Almeida de Moraes**

Danielle Anne Pamplona***

Resumo

As corporações são reconhecidamente detentoras de grande poder econômico, capacidade de gerar desenvolvimento e de potencial para violar direitos humanos. No geral, a responsabilização por tais violações deverá encontrar guarida no âmbito doméstico do local da violação. Todavia, uma antiga legislação americana, o Alien Tort Statute (ATS) vinha sendo interpretado para permitir que vítimas de violações de direitos humanos pudessem propor pedidos de indenização em solo americano, ainda que os atos e danos tivessem ocorrido fora daquele território, o que é conhecido como extraterritorialidade. O Caso Kiobel foi decidido pela Suprema Corte Norte-americana de modo a interromper essa prática, com fundamento na ‘presunção contra a extraterritorialidade’, pondo por terra a pretensão de muitas vítimas de encontrar resposta para os danos suportados. Por outro lado, uma decisão de admissibilidade de ação em corte inglesa, no caso chamado Vedanta, parece renovar a esperança no uso de medidas judiciais como instrumento para dar uma resposta às vítimas de abusos de corporações. Este texto explica o modo de aplicação do ATS antes e depois de Kiobel e a decisão no caso Vedanta e indica os pontos positivos e negativos do desenvolvimento em solo inglês. A metodologia utilizada foi dedutiva, a partir dos casos.

Palavras-chave: corporações; direitos humanos; Caso Kiobel; Caso Vedanta.

* Editores Convidados/Guest Editors

** Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pesquisadora no Grupo Direitos Humanos e Direito Internacional: convergências e divergências. Membro da Clínica de Direitos Humanos PPGD/PUCPR e do Global Business and Human Rights Scholars Association. Advogada. E-mail: patricia.almeidademoraes@hotmail.com.

*** Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Pós-Doutora pela American University em Washington, DC (2015-2016); Visiting Scholar no Max Planck Institute em Heidelberg, Alemanha (2019); Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Vice-Presidente do braço latino-americano da Global Business and Human Rights Scholars Association; Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos do PPGD/PUCPR. E-mail: danielle.pamplona@pucpr.br

Abstract

Corporations hold great economic power, development building capacity and potential to violate human rights. In general, accountability for such violations should be found domestically on the place of violation. However, former US legislation, the Alien Tort Statute (ATS), was being interpreted to allow victims of human rights violations to propose damages on American soil, even if the acts had taken place outside that territory, what is known as extraterritoriality. The Kiobel Case was decided by the North-American Supreme Court to stop that practice, based on the ‘presumption against extraterritoriality’, overturning the claim of many victims to find an answer to the damage sustained. On the other hand, a decision of admissibility in English court, in the case called Vedanta, seems to renew hope in the use of judicial measures as an instrument to respond to the victims of corporation abuse. This text explains the application of the ATS before and after Kiobel and the ruling in the Vedanta case and indicates strengths and weaknesses of the decision on English soil. The methodology used was deductive as from the cases.

Keywords: corporations; human rights; Kiobel case; Vedanta case.

1 Introdução

Não é exatamente uma novidade afirmar que as grandes corporações são um ator importante na discussão acerca de violações de direitos humanos no mundo. A globalização econômica, a expansão de suas atividades para além das fronteiras dos países em que têm sede e o aprofundamento das necessidades capitalistas de aumento de lucro e de novos mercados são fatores que elevaram as grandes corporações a um patamar diferenciado de poder.

Especialmente a partir dos anos 1970 houve uma grande expansão do alcance e da função das corporações multinacionais, de forma que elas começaram a atuar em diversos países e desenvolveram inovadoras e distantes redes de produção transnacionais. Assim, essas companhias instalam suas afiliadas, ou contratam parte ou a totalidade de sua cadeia produtiva, em países com menor expressividade político-econômica internacional e que, frequentemente, possuem governança e/ou instituições internas fracas e/ou legislações pouco protetivas dos indivíduos. É nestes países que a incidência de abusos de direitos humanos relacionados a empresas é significativamente mais alta, pois não há leis locais de proteção ou garantia de que as leis existentes sejam aplicadas.

No mundo globalizado, portanto, é possível encontrar grandes empresas que terão sede em um país, mas que desenvolvem sua atividade em outro, por si ou por outras pessoas jurídicas. Na ocorrência de uma violação de direitos humanos, sendo o direito internacional subsidiário ao direito doméstico, a primeira resposta deve vir deste. Ocorre que a maioria dos Estados onde essas empresas buscam exercer sua atividade são escolhidos justamente pela flexibilidade de aplicação de normas protetivas ou por sua inexistência. Assim, não é raro que as vítimas de violações resem sem qualquer possibilidade de remediação para os danos que sofrem, quedando-se totalmente desamparadas por seus próprios Estados.

Uma das situações discutida neste artigo, o julgamento do caso denominado Kiobel, reflete um dos maiores obstáculos para a utilização de um importante

instrumento para responsabilização de empresas por violações de direitos humanos. Algumas vítimas dessas violações encontraram uma possibilidade de responsabilizar a corporação violadora fora do território onde ocorreu a violação, neste caso, no território sede da corporação. Essa possibilidade, como restará demonstrado, foi aberta pela existência, nos Estados Unidos da América, de uma legislação específica que parece permitir que pessoas proponham ações para responsabilizar outras por atos cometidos fora do território americano. Esse é o teor da chamada Lei de Responsabilidade Civil por Ato Ilícito no Estrangeiro (Alien Tort Statute ou Alien Tort Claims Act, doravante ATS). Por três décadas, estrangeiros utilizaram esta legislação para fundamentar ações contra réus que violaram direitos humanos fora do território americano.

E assim ocorreu até 2013 quando a Suprema Corte americana resolveu o litígio denominado *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co.* e alterou significativamente o modo de aplicação desta legislação. O presente texto discute as consequências desta decisão para inúmeras vítimas de violações. Na ausência de procedimentos, instituições ou legislação que permitam às vítimas a compensação pelos danos que sofrem em seus próprios Estados, onde a violação ocorreu, o ATS era a possibilidade a que se apegavam para requerer a condenação em um país com instituições fortes. Assim, o texto busca analisar a decisão para concluir acerca dos reais danos causados às possibilidades de novos litígios e da extensão do retrocesso representado por esta decisão. A discussão é atual e necessária eis que ou Kiobel não terá reflexos maiores para a responsabilização de empresas por violações de direitos humanos; ou ela representa um claro retrocesso. Não é preciso dizer que a solução dada ao caso foi recebida com muita tristeza pela comunidade de defensores de direitos humanos.

Já no Caso *Vedanta v. Lungowe*, a decisão da Suprema Corte Inglesa foi em sentido contrário, não exatamente – ainda, ao menos - de forma favorável a proteção dos direitos humanos. Em verdade, a decisão admite a discussão sobre a responsabilidade de empresa que alegadamente violou direitos humanos na África, em solo inglês, por estarem presentes determinados requisitos.

Ambos os casos serão tratados no presente artigo, buscando-se analisar a influência de cada um deles no panorama internacional de proteção dos direitos huma-

nos e o que esperar das Cortes e das empresas diante destes dois importantes casos cuja admissibilidade foi definida de maneira oposta.

O método utilizado para a pesquisa foi o indutivo com a análise de dois casos nos quais se alega que multinacionais violaram direitos humanos. Pela análise se busca inferir como as Cortes e as empresas poderão se manifestar no futuro, em caso análogos.

2 Contextualizando as decisões

O caso Kiobel é representativo das dificuldades que se apresentam às vítimas de grandes corporações e também por isso é relevante. Em verdade, os fatos ocorridos e que culminaram na ação judicial levada à Suprema Corte americana contribuíram para a movimentação da comunidade internacional em torno do tema de empresas e direitos humanos, tornando-o um caso paradigmático. O caso se inclui entre outros tantos que promoveram o debate internacional sobre o real papel das corporações e que despertaram a atenção internacional para o surgimento deste novo ator, não somente por seus impactos positivos na economia e na sociedade, mas também pelos negativos.

Os fatos que levaram ao caso perante a Suprema Corte americana ocorreram a milhares de quilômetros de Washington, DC. Eles ocorreram em uma região conhecida como Ogoniland, uma área de cerca de mil quilômetros quadrados no estado de Rivers na Nigéria, onde viviam, à época, 500 mil pessoas do povo chamado Ogoni.

A empresa Shell começou a extrair petróleo nessa área na década de 50 do século passado. A companhia mantinha sua licença legal¹ para operar em Ogoniland, por meio da Shell Petroleum Development Company (SPDC), uma *joint venture* constituída entre a Royal Dutch Shell e a Nigerian National Petroleum Corporation, empresa estatal nigeriana de exploração de petróleo. Desde o início, a exploração e produção de petróleo causaram danos ambientais no território. A poluição do solo e da água, causada pelos vazamentos de petróleo, prejudicou a subsistência daqueles que dependiam da

agricultura e da pesca, com impactos diversos em seus direitos humanos. Além disso, os moradores da área tinham de conviver com os queimadores de gás residual todo o tempo, além da respirar poluição atmosférica, que causava chuva ácida e problemas respiratórios.²

Na década de 70, os líderes do povo Ogoni escreveram para a Shell e para o governador militar do estado de Rivers, manifestando o descontentamento do povo com a degradação ambiental, mas não obtiveram resposta. Apesar dos empregos criados para os moradores da região, as comunidades locais pagavam um alto preço e usufruíam de poucos benefícios, enquanto bilhões de dólares em petróleo eram extraídos do solo da região (5,2 bilhões de dólares durante a duração da concessão, segundo a Shell).³

De forma gradual a agitação civil foi aumentando eis que apesar das contínuas demandas, o povo não obtinha qualquer resposta satisfatória e muito menos, a solução para alguns dos problemas que apresentavam. A Shell tentou reduzir as tensões que só cresciam, elaborando projetos para o desenvolvimento da comunidade, como a construção de escolas e clínicas, a perfuração de poços de água potável e a construção de tanques de armazenamento de água. Mas a gestão dos produtos destes projetos só contribuiu para piorar a situação, eis que em algumas dessas iniciativas certos grupos se beneficiaram em detrimento de outros, aumentando as rivalidades.⁴

A agitação civil se transformou em vandalismo e violência generalizadas, então tropas do governo foram chamadas para proteger as instalações da Shell, como gasodutos de superfície em todo o território, que eram danificados para venda de petróleo roubado. Em 1993, a Shell suspendeu suas operações na região, e em resposta a isso, o governo nigeriano iniciou uma grande ofensiva em Ogoni: aldeias foram queimadas, mulheres estupradas e cerca de duas mil pessoas mortas. As ações foram do governo nigeriano, todavia, as investigações demonstraram que houve participação da empresa de diferentes maneiras, e a própria Shell admitiu ter auxi-

¹ A expressão é aqui utilizada para distinguir da chamada licença social, que é aquela obtida na comunidade nas quais as atividades empresariais se desenvolvem; é a concordância da comunidade com a instalação das atividades.

² RUGGIE, John Gerard. Quando negócios não são apenas negócios – as corporações multinacionais e os Direitos Humanos. Editora: Planeta Sustentável. São Paulo. 2014.p. 65.

³ INTERNATIONAL CRISIS GROUP. Nigeria: Ogoni Land after Shell. Africa Briefing n° 54. 18 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://www.crisisgroup.org/africa/west-africa/nigeria/nigeria-ogoni-land-after-shell>> Acesso em 01 de setembro de 2018.

⁴ RUGGIE, John Gerard. Quando negócios não são apenas negócios – as corporações multinacionais e os Direitos Humanos. Editora: Planeta Sustentável. São Paulo. 2014, p. 65.

liado os militares ao menos uma vez.⁵

Já o Caso conhecido como Vedanta é, em verdade, o caso *Lungowe and others v. Vedanta Resource Plc*, julgado pela Suprema Corte Inglesa. Vedanta Resource é uma companhia de mineração inglesa que opera na Zâmbia desde 2004, quando adquiriu participação de 51% na Konkola Copper Mines (KCM), uma das empresas estatais mais importantes da Zâmbia que conta ainda com a participação de investidores privados. Atualmente, a Vedanta possui 80% da KCM e investiu pesadamente no aumento da produção de cobre, tornando a KCM uma das maiores produtoras de cobre da África, com minas em três locais.⁶

Em anos de atividade extrativista na Zâmbia, a empresa poluiu rios e territórios. Assim, em 2015, 1826 pessoas (“Lungowe e outros”) de três aldeias, ingressaram com demanda na justiça britânica.⁷

É relevante destacar que a extração de cobre tem impulsionado a economia do país desde a década 20 do século passado, e atualmente 60% dos ganhos com exportação vem desta atividade, chegando a 10% do PIB do país. Quando o governo da Zâmbia privatizou a indústria de mineração nos anos 90, após o declínio econômico e a pressão de investidores estrangeiros, um fluxo constante de investimentos começou a fluir. Isso fez com que os zambianos que vivem ao redor das minas experimentassem um dilúvio de produtos químicos tóxicos, descarregados no ar e na água.⁸

Casos julgados pelo Tribunal da Zâmbia envolvendo violações de direitos por multinacionais não foram bem sucedidos. Em 2011, o Tribunal Superior de Lusaka ordenou que a Vedanta e sua subsidiária KCM pagassem

cerca de 1,3 milhões de libras a 2.000 pessoas, depois que a mina de Chingola descarregou ácido sulfúrico e outros produtos químicos em um afluente do rio Kafue em 2006. Todavia, o Supremo Tribunal da Zâmbia, apesar de ter confirmado a sentença, reduziu vertiginosamente o valor da compensação.⁹

Assim, os problemas continuavam e os agricultores das aldeias de Shimulala Hippo Pool, Hellen e Kakosa, afetados pelos produtos químicos que transformaram sua fonte de água em um rio de ácido, decidiram levar sua batalha legal para Londres.

Vedanta se defendeu na Corte inglesa, afirmando que lhe faltava jurisdição para avaliar o caso levado pelos agricultores zambianos eis que eles deveriam buscar a solução nas cortes daquele país. Em 2016, o Supremo Tribunal do Reino Unido rejeitou esse argumento, constatando que apesar das recentes reformas no sistema de justiça da Zâmbia, os requerentes não tinham chance de obter justiça se levassem a KCM ao poder judiciário na Zâmbia¹⁰. Dois anos depois, após um novo apelo da Vedanta, o Tribunal de Apelação confirmou a decisão do Supremo Tribunal. A Vedanta recorreu novamente e em 10 de abril de 2019, a Suprema Corte decidiu que o caso dos moradores da Zâmbia contra a Vedanta Resources pode ser julgado pelos tribunais ingleses, com os fundamentos que serão abaixo apontados.¹¹

2.1 Os antecedentes judiciais do caso Kiobel

O ATS permaneceu adormecido nos EUA até 1980, quando o Tribunal de Apelação para o Segundo Circuito julgou o caso *Filartiga v. Pena-Irala* e definiu que o ATS estabelecia um foro federal para as discussões sobre direitos humanos. Neste caso, Joel e Dolly Filartiga, pai e irmã de Joelito Filartiga, alegaram que Americo

⁵ Ibidem, p. 67

⁶ ELDRIDGE, Louise. The Zambian farmers who are suing a mining company in a British Court. In: Africa is a country. 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://africasacountry.com/2019/02/THE-ZAMBIAN-FARMERS-WHO-ARE-SUING-A-MINING-COMPANY-IN-A-BRITISH-COURT>>. Acesso em 05 de maio de 2019.

⁷ UNITED KINGDON. Supreme Court. Judgment Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v Lungowe and others (Respondents). Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>>. Acesso em 05 de maio de 2019.

⁸ ELDRIDGE, Louise. The Zambian farmers who are suing a mining company in a British Court. In: Africa is a country. 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://africasacountry.com/2019/02/THE-ZAMBIAN-FARMERS-WHO-ARE-SUING-A-MINING-COMPANY-IN-A-BRITISH-COURT>>. Acesso em 05 de maio de 2019.

⁹ The Guardian. ‘I drank the water and ate the fish. We all did. The acid has damaged me permanently’. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/global-development/2015/aug/01/zambia-vedanta-pollution-village-copper-mine>> Acesso em 10 de maio de 2019.

¹⁰ ELDRIDGE, Louise. The Zambian farmers who are suing a mining company in a British Court. In: Africa is a country. 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://africasacountry.com/2019/02/THE-ZAMBIAN-FARMERS-WHO-ARE-SUING-A-MINING-COMPANY-IN-A-BRITISH-COURT>>. Acesso em 05 de maio de 2019.

¹¹ Bussines & Human Rights Resource Centre. Vedanta Resources lawsuit (re water contamination, Zambia). Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/en/vedanta-resources-lawsuit-re-water-contamination-zambia>>. Acesso em 12 de maio de 2019.

Pena-Irala, um inspetor policial no Paraguai, havia torturado até a morte Joelito, em retaliação pelas atividades políticas de seu pai. Pena-Irala, mais tarde, estabeleceu-se nos Estados Unidos, mas seu visto venceu e antes de ser deportado para o Paraguai, foi processado pelos familiares de Joelito Filartiga¹².

Com respaldo em um memorando do governo americano, o Segundo Circuito concluiu que o ATS dava jurisdição às cortes americanas sobre o caso, uma vez que os Filartiga eram estrangeiros, o pedido era de responsabilidade civil e a tortura violava a lei internacional consuetudinária, equivalente ao “direito das nações” a que o ATS se refere¹³. Veja-se a letra da lei, publicada em 1789:

As cortes distritais terão jurisdição originária sobre qualquer ação civil ilícita de um estrangeiro, cometida em violação do direito das nações ou de um tratado dos Estados Unidos.¹⁴

O caso Filartiga marcou o início da era dos litígios em direitos humanos nos tribunais dos Estados Unidos¹⁵. A partir dele, os estrangeiros vítimas de violações poderiam ajuizar ações em solo americano – o que, muitas vezes, representa um ganho diante da capacidade de seu ordenamento doméstico – para se ver reparados por violações ocorridas no exterior.

Em 1984 outro caso foi levado a julgamento baseado no ATS, *Tel-Oren vs. Libyan Arab Republic*. Neste caso, os demandantes processaram a Organização pela Libertação da Palestina (OLP) por um ataque terrorista ocorrido em Israel. Os juízes não admitiram o caso, mas não chegaram a um acordo sobre os fundamentos para a não admissão. Por um lado, houve quem defendesse que a tortura oficial – como a do caso Filartiga – viola o direito internacional consuetudinário, mas que os

atos não oficiais realizados pela OLP não implicavam em ofensa ao direito das nações. Por outro lado, houve quem defendesse que os autores não tinham causa de agir, porque ela não estava prevista no direito internacional ou no direito federal. Assim, a ação não foi admitida em juízo, apesar da ocorrência dos atos de tortura¹⁶.

As primeiras ações contra corporações baseadas no ATS foram propostas a partir 1996. O caso mais famoso é *Doe v. Unocal*, em que nacionais de Mianmar alegaram que uma companhia de petróleo americana ajudou e incentivou os militares de Mianmar a sujeitar pessoas a trabalho forçado, além de terem cometido assassinatos, estupros e tortura, enquanto a Unocal construía um oleoduto. Esse caso apresentou aos Tribunais uma nova questão, qual seja a da possibilidade de considerar-se uma corporação responsável, não por ter cometido violações de direitos humanos diretamente, mas por ter auxiliado e direcionado os atores que as cometeram. O Nono Circuito considerou que o auxílio e o incentivo às violações de direitos humanos eram uma violação às leis costumeiras internacionais, podendo assim a situação ser levada à juízo com fundamento no ATS¹⁷.

Nenhuma destas ações chegou à Suprema Corte. De fato, a primeira vez que a Suprema Corte precisou se manifestar sobre a aplicação do ATS foi em um caso que não envolvia a responsabilidade de corporações¹⁸. Apesar de outros casos terem discutido a aplicação do ATS, o mérito não foi julgado porque a corte não tinha jurisdição ou porque as corporações preferiram encerrar os casos com um acordo.

2.2 O julgamento do caso Kiobel na Suprema Corte Americana

As estruturas governamentais e judiciais da Nigéria não são adequadas para que as vítimas obtenham reparação. Assim, as vítimas e familiares, contabilizando doze

¹² O caso é chamado de Filartiga v. Pena-Irala, julgado definitivamente em 1980, disponível em <https://www.casebriefs.com/blog/law/international-law/international-law-keyed-to-damrosche/chapter-4/filartiga-v-pena-irala/>, acesso em 15.jun.18.

¹³ CAMARENA, Fernando Pérez Correa. El Alien Tort Statute: el imperialismo judicial de los valores occidentales. Revista de la Facultad de Derecho de México. Vol 63, n. 260 (2013), p. 390. Disponível em: < <http://revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60710/53588>> Acesso em 04 de setembro de 2017.

¹⁴ Tradução das autoras. No original: The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.

¹⁵ DODGE, William. Business and human rights litigation in US courts before and after Kiobel. In BAUMANN-PAULY, Dorothee; NOLAN Justine. Business and Human Rights From Principles to Practice. Routledge. New York 2016, pp. 244-252, p. 245.

¹⁶ Disponível em <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/937/Tel-Oren-v-Libya/>, acesso em 15 jul 2019.

¹⁷ DODGE, William. Business and human rights litigation in US courts before and after Kiobel. In BAUMANN-PAULY, Dorothee; NOLAN Justine. Business and Human Rights From Principles to Practice. Routledge. New York 2016, pp. 244-252, p. 245.

¹⁸ O caso discutiu a responsabilidade de um mexicano por ter participado, sob a coordenação da Agência de Controle de Drogas americana, do rapto de um médico mexicano acusado de matar um funcionário da Agência. O caso está disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/03pdf/03-339.pdf>, acesso em 01. maio.18.

cidadãos nigerianos, iniciaram um processo judicial com fundamento no ATS contra as empresas Royal Dutch Petroleum Company (holandesa), Shell Transport e Trading Company (britânica), e sua subsidiária Shell Petroleum Development Company (nigeriana), em razão de sua colaboração para com o regime ditatorial daquele país no cometimento de violações de direitos humanos durante os anos de 1992 e 1995. Os autores alegaram que os réus tinham utilizado o governo nigeriano para suprimir manifestações contra suas operações de petróleo no Delta do Níger; que o exército e a polícia da Nigéria atacaram as aldeias Ogoni, batendo, estuprando e matando seus residentes, enquanto defendiam os bens da companhia, além de terem concordado na utilização de sua propriedade como base para as atividades governamentais¹⁹.

Apesar de ser bastante antigo, o ATS permaneceu em desuso por dois séculos, até que os tribunais norte-americanos foram provocados, como no caso *Filartiga V. Pena Irala*, visto acima. A alegação no caso Kiobel, resumidamente, era de que a corporação tinha auxiliado e dirigido as ações do governo nigeriano que constituem as violações de direitos humanos mencionadas. O Tribunal do Segundo Circuito decidiu que corporações não poderiam, em qualquer hipótese, ser réus com fundamento no ATS porque o direito costumeiro internacional rejeitava a noção de responsabilidade corporativa. A Suprema Corte admitiu o caso para definir se as corporações poderiam ou não ser réus com fundamento no ATS e para definir se as cortes poderiam reconhecer a existência de uma causa de agir por violações do direito internacional em território de um país que não fosse os Estados Unidos. Em outras palavras, o caso foi admitido para que a Corte pudesse se manifestar sobre a extraterritorialidade, ou seja, a aplicação da lei americana em fatos ocorridos fora de seu território. Ao final, a Suprema Corte americana rejeitou o caso por um motivo diferente, afirmando que as violações não tocaram²⁰ e não diziam respeito ao território dos EUA com força suficiente para deslocar a presunção contra extraterritorialidade²¹.

¹⁹ DODGE, William. Business and human rights litigation in US courts before and after Kiobel. In BAUMANN-PAULY, Dorothee; NOLAN Justine. Business and Human Rights From Principles to Practice. Routledge. New York 2016, pp. 244-252, p. 247

²⁰ O termo utilizado pela Corte, em inglês, foi 'touch'. Ver nota de rodapé 28, infra.

²¹ CABOT, Francisco Javier Zamora. Kiobel v. Royal Dutch Corp. y los Litigios Transnacionales sobre Derechos Humanos. Universitat

Dois pontos controversos permearam o julgamento pela Suprema Corte americana: se o ATS era aplicável a empresas ou apenas a pessoas físicas, e se a referida lei tinha um alcance extraterritorial, com relação a atos cometidos fora da jurisdição dos EUA e com os quais não há ligação.²²

O debate inicial concentrou-se sobre o fato de as corporações transnacionais poderem ser processadas com fundamento no ATS nos tribunais dos EUA, alguns consideraram que havia possibilidade de submeter as empresas às obrigações derivadas do *jus cogens*, enquanto outros optaram por não lhes conferir personalidade jurídica, uma vez que o direito internacional positivo (*hard law*) só reconhece a personalidade jurídica dos Estados, e das organizações internacionais e indivíduos em certos casos²³.

Mas a questão que parece ser central para os futuros casos similares envolve a extraterritorialidade da lei. Explica-se. Era o ano de 1991 quando a Suprema Corte definiu que a presunção de extraterritorialidade significa que 'a legislação produzida pelo Congresso, exceto se o contrário é claro, é feita para ser aplicada somente nos limites da jurisdição territorial dos Estados Unidos'²⁴, o que implica dizer que o Congresso, normalmente, edita leis para serem aplicadas domesticamente. Ocorre que, até então, essa presunção não tinha sido discutida nos julgamentos envolvendo o ATS, e foi exatamente isso o que mudou com o julgamento do caso Kiobel.

Nele, prevaleceu a regra da presunção contra a extraterritorialidade, restando estabelecido que a legislação americana é aplicada somente no território do país, a

Jaume I, España, 1 January 2011, p. 04. Disponível em: <<https://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/kiobel-commentario-zamora-cabot-2011.pdf>> Acesso em 04 de setembro de 2017.

²² RIVERA, Humberto Fernando Cantú. El caso Kiobel en la Suprema Corte de los Estados Unidos de América: extraterritorialidad y responsabilidad corporativa en materia de derechos humanos. Muframex Maison Universitaire Franco-Mexicaine, p. 01 Disponível em: < http://www.mufr.fr/sites/mufrm.univ-toulouse.fr/files/eventement/symposium/ponencias/humberto_fernando_cantu_rivera.pdf> Acesso em: 20 de junho de 2017.

²³ RIVERA, Humberto Fernando Cantú. El caso Kiobel en la Suprema Corte de los Estados Unidos de América: extraterritorialidad y responsabilidad corporativa en materia de derechos humanos. Muframex Maison Universitaire Franco-Mexicaine, p. 05 Disponível em: <http://www.mufr.fr/sites/mufrm.univ-toulouse.fr/files/eventement/symposium/ponencias/humberto_fernando_cantu_rivera.pdf> Acesso em: 20 de junho de 2017.

²⁴ Nesse sentido, em EEOC v. Arabian Am. Oil Co. 499 US 244, 248 (1991).

menos que exista uma indicação clara para que seja feito o contrário. O presidente da Corte ainda declarou²⁵:

On these facts, all the relevant conduct took place outside the United States. And even where the claims touch and concern the territory of the United States, they must do so with sufficient force to displace the presumption against extraterritorial application. Corporations are often present in many countries, and it would reach too far to say that mere corporate presence suffices. If Congress were to determine otherwise, a statute more specific than the ATS would be required.²⁶

É certo que a presunção contra a extraterritorialidade está definida, no entanto, esse parágrafo deixa em aberto algumas possibilidades. Como aponta William Dogde, se a mera presença corporativa não é suficiente, talvez o seu domicílio seja – o que deverá ser enfrentado se a alegação de violação de direitos humanos for feita em face de corporação americana.

Apesar de o julgamento ter comportado diferentes opiniões, quatro julgadores votaram por extinguir o processo sem resolver o mérito por falta de competência para decidir questões puramente estrangeiras. Em uma coisa todos os julgadores concordaram: o ATS não deveria ser interpretado de forma a permitir jurisdição internacional, da forma como os tribunais vinham interpretando nos últimos trinta anos²⁷.

É claro que essa é uma alteração importante. A inexistência ou a fraqueza de sistemas jurídicos em países onde ocorrem violações de direitos humanos por corporações leva, inevitavelmente, à impunidade. A interpretação anterior do ATS abria uma possibilidade para tais vítimas. É, de fato, um claro retrocesso nas possibilidades de responsabilização de empresas.

²⁵ DODGE, William. Business and human rights litigation in US courts before and after Kiobel. In BAUMANN-PAULY, Dorothee; NOLAN Justine. Business and Human Rights From Principles to Practice. Routledge. New York 2016, pp. 244-252, p. 247.

²⁶ Tradução livre das autoras: Nesses fatos, toda a conduta relevante ocorreu fora dos Estados Unidos. E mesmo quando as reivindicações tocam e dizem respeito ao território dos Estados Unidos, devem fazê-lo com força suficiente para deslocar a presunção contra a aplicação extraterritorial. As empresas estão frequentemente presentes em muitos países, e seria ir muito longe afirmar que a mera presença corporativa é suficiente. Se o Congresso quisesse determinar o contrário, um estatuto mais específico do que o ATS seria necessário.

²⁷ DIREITO AMERICANO. Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 133 S. Ct. 1659. Disponível em: <http://www.direitoamericano.com/decisoes-recentes/#Kiobel_v_Royal_Dutch_Petroleum_> Acesso em: 20 de junho de 2017.

2.3 Antecedentes judiciais do caso Vedanta

O resultado do julgamento de admissibilidade da competência do caso Vedanta, resulta da ideia de que a empresa tem um dever de cuidado em relação àqueles zambianos que se dizem vítimas. Os tribunais britânicos estiveram às voltas com vários casos semelhantes nos últimos 25 anos²⁸.

A relevância deste caso é a alteração no entendimento do tribunal, eis que em casos anteriores entendeu-se que os tribunais ingleses não possuíam jurisdição sobre reclamações contra uma empresa-matriz no Reino Unido por atos de sua subsidiária no exterior.

O caso Okpabi e outros v. Royal Dutch Shell plc e outro foi gerado pelos mesmos fatos que levaram ao litígio Kiobel, e os autores alegavam que a Royal Dutch Shell (RDS) e sua subsidiária local, Shell Petroleum Development Company da Nigéria Limited (SPDC), eram responsáveis por negligência, demandando da RDS um dever de cuidado porque controlava a operação dos dutos e infraestrutura a partir da qual os vazamentos que poluíram os rios ocorreram e porque tinha assumido a responsabilidade direta de proteger os defensores de direitos ambientais e humanos²⁹.

A Corte de Apelação, por maioria, decidiu que o caso não poderia ser julgado pelas cortes inglesas, afirmando que os autores não haviam conseguido provar que a RDS controlava as operações da SPDC ou que a RDS era responsável pelos procedimentos que supostamente causaram os danos alegados³⁰.

Posição semelhante foi adotada no caso AAA & Others/Unilever PLC e Unilever Tea Kenya Limited. Neste caso os autores demandavam a responsabilidade da matriz britânica pela falta de adoção de salvaguardas em favor de seus funcionários que pudessem protege-

²⁸ HOLLY, Gabrielle; STRATEGY, Omnia. Zambian farmers can take Vedanta to court over water pollution. What are the legal implications?. In: Business & Human Rights Resource Centre. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/en/zambian-farmers-can-take-vedanta-to-court-over-water-pollution-what-are-the-legal-implications>. Acesso em 19 de abril de 2019.

²⁹ UNITED KINGDOM. Supreme Court. Lucky Alame and others v. Royal Dutch Shell Plc. Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2018/191.htm>. Acesso em 05 de junho de 2019.

³⁰ UNITED KINGDOM. Supreme Court. Lucky Alame and others v. Royal Dutch Shell Plc. Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2018/191.htm>. Acesso em 05 de junho de 2019.

-los da violência étnica que eclodiu no Quênia após as eleições presidenciais de 2007.³¹ O Tribunal decidiu que a matriz não tinha tal dever de cuidado especialmente porque os eventos em questão não eram suficientemente previsíveis para a matriz ou para a subsidiária, e não seria justo e razoável impor-lhes tal obrigação³².

Entretanto, a extensão do dever de cuidado foi interpretada de maneira diversa no caso *Chandler V. Cape plc.* Nesta situação, o autor havia trabalhado na subsidiária entre 1959 e 1962, e anos depois desenvolveu asbestose como resultado da exposição ao amianto. A subsidiária já não existia mais e não possuía apólice de seguro. O fundamento do pedido era o dever de cuidado que a matriz deveria ter em relação aos funcionários de sua subsidiária³³. A corte britânica entendeu que o dever de cuidado existia diante do conhecimento, pela matriz, das reais condições de trabalho dos funcionários da subsidiária e do risco causado pelo amianto³⁴.

Essa decisão representou um grande avanço na proteção dos direitos humanos por ter permitido que uma matriz fosse responsabilizada por atos de suas subsidiárias, eis que a adoção de pessoas jurídicas distintas leva à aplicação da regra geral de que não há confusão entre elas.

No caso *Vedanta*, a empresa usou as mesmas alegações de casos anteriores, afirmando a ausência do dever de cuidado ou de responsabilidade pelos atos da subsidiária por força da distinção de pessoas jurídicas. Todavia, os autores foram capazes de produzir documentos, como os relatórios de sustentabilidade, que demonstraram que a matriz exercia um nível incomum de controle, direção e conhecimento sobre os atos da subsidiária³⁵.

O caso é emblemático ao demonstrar como é difícil para vítimas conseguir resposta adequada: são pessoas diferentes com estruturas corporativas complexas; a existência de dever de cuidado não é clara; as provas que podem ser produzidas, no geral, estão nas mãos da própria empresa³⁶. Isso faz com que a empresa-matriz esteja blindada da responsabilização pelos impactos negativos que suas subsidiárias possam ter nas pessoas.

2.4 O julgamento de admissibilidade do caso *Vedanta* pela Suprema Corte Britânica

Como mencionado, em 2019 a Suprema Corte da Grã-Bretanha foi chamada a se manifestar para fazer o juízo de admissibilidade do caso. As alegações essenciais de cada lado eram, pelos autores, no sentido de que a ação fosse admitida em solo inglês, de outro, a empresa afirmando a necessidade de respeito à distinção de personalidade jurídica entre matriz e subsidiária.

Apesar de ser uma decisão somente acerca da admissibilidade, é justamente aí que está a sua relevância. Quando foi proferida a decisão em *Kiobel*, logo se percebeu que fechavam-se as portas às vítimas de abusos cometidos por corporações fora do solo norte-americano, reduzindo as possibilidades para que obtivessem alguma resposta satisfatória do judiciário. No caso *Vedanta*, no entanto, a decisão da Suprema Corte inglesa vai no sentido oposto, para admitir a discussão acerca de fatos ocorridos fora do território inglês. A relevância da questão decidida está em avaliar os fundamentos pelos quais foi afastada a regra geral que determina que a questão deve ser resolvida pela jurisdição do local onde ocorreram os danos. O debate centra-se na possibilidade, ou não, de obrigar a matriz inglesa a responder, em solo inglês, pelos atos da subsidiária por conferir-lhe um dever legal de cuidado em relação àqueles nacionais do Zâmbia. As vítimas alegaram que a matriz tem um dever de cuidado em relação àquelas pessoas que são afetadas pelas atividades de suas subsidiárias. Esse cuidado deriva do fato de que a empresa matriz tem ingerência sobre sua subsidiária, participando ativamente das decisões tomadas que a afetem. A decisão inglesa é relevante porque determina que não é necessário que a matriz exerça seu poder de interferência para que exista o dever de cuidado. Em verdade, a Corte afirma que é suficiente que a matriz tenha afirmado que tem o poder

³¹ UNITED KINGDOM. Supreme Court. *AAA e outros V. Unilever PLC (2) Unilever Tea Kenya Limited*. Disponível em: < <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2018/1532.html>>. Acesso em 05 de junho de 2019.

³² *Idem*.

³³ UNITED KINGDOM. Supreme Court. *David Brian Chandler V. Cape plc.* Disponível em: < <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/525.html>>. Acesso em 05 de junho de 2019.

³⁴ UNITED KINGDOM. Supreme Court. *David Brian Chandler V. Cape plc.* Disponível em: < <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/525.html>>. Acesso em 05 de junho de 2019.

³⁵ ELDREDGE, Louise. *The Zambian farmers who are suing a mining company in a British Court*. In: *Africa is a country*. 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://africasacountry.com/2019/02/THE-ZAMBIAN-FARMERS-WHO-ARE-SUING-A-MINING-COMPANY-IN-A-BRITISH-COURT>>. Acesso em 05 de maio de 2019 e o quanto indicado nos parágrafos 55 e 58 da decisão, disponível em <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>, acesso em 15 jun 19.

³⁶ *Idem*.

de ingerência sobre a subsidiária, ou seja, ainda que não o tenha exercido – ao admitir a existência desse poder – passa a ter, também, o dever de cuidado³⁷. E no caso Vedanta, os autores procuraram demonstrar que havia um alto nível de ingerência da matriz em sua subsidiária, utilizando-se dos relatórios de sustentabilidade produzidos pela própria empresa. De fato, no relatório trazido aos autos, denominado “Embedding Sustainability”, a matriz inglesa expressamente afirmava sua responsabilidade pela manutenção dos padrões de qualidade nas atividades da subsidiária, incluindo sua implementação por meio de treinamentos e fiscalização³⁸. Ser a matriz dá o direito da corporação em interferir na subsidiária, mas não lhe impõe um dever para tanto³⁹.

A decisão de aceitar o caso e afastar a alegação da companhia acaba por estender o dever de cuidado das empresas-matriz em relação àquelas comunidades que estão ao redor das atividades de suas subsidiárias. Os juízes, neste caso, expressamente indicaram situações em que há verdadeiro controle da matriz, o que pode ocorrer quando a matriz estabelece políticas a serem seguidas por todos os componentes de seu grupo, ou quando as empresas-matriz fazem declarações públicas manifestando seus compromissos com os serviços prestados e as áreas exploradas por suas subsidiárias. Foi exatamente esta característica que levou os juízes a entender que havia controle da Vedanta sobre a KCM eis que os compromissos tornados públicos pela Vedanta levavam à conclusão de que controlava as atividades da KCM.

3 O futuro pós-Kiobel e Vedanta

Já é possível discutir, em alguma medida, os reflexos do julgamento de Kiobel, eis que, como se verá abaixo, depois dele outros casos similares foram julgados.

No caso *Cardona v. Chiquita Brands Internacional, Inc.*, decidido em 2014, cidadãos colombianos acionaram as empresas Chiquita Brands Internacional Inc. e Chiquita

Fresh North LLC. - ambas criadas e sediadas nos EUA – com fundamento no ATS, entre outros. Os demandantes alegaram que os réus, dos seus escritórios nos EUA, aprovaram os pagamentos à organização terrorista Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) e facilitaram as transferências de armas e munições com o objetivo de auxiliar e matar, para suprimir o ativismo trabalhista e a concorrência local. Em uma acusação criminal separada nos EUA, Chiquita se declarou culpada pelos pagamentos ilegais à organização terrorista, mas argumentou que isso ocorreu devido a ameaças aos seus empregados e suas propriedades. Em apelação, o Décimo Primeiro Circuito concluiu, e a Suprema Corte confirmou, como em Kiobel, que toda a conduta relevante ocorreu fora dos EUA. A Corte considerou ainda que a nacionalidade americana dos réus não era suficiente, por si só, para deslocar a presunção contra a extraterritorialidade, e que o caso deveria, portanto, ser rejeitado.⁴⁰

Em 2018, ao decidir o caso *Al-Shimari v. CACI Premier Technology Inc.*, o Quarto Circuito permitiu que um processo baseado no ATS prosseguisse contra a empresa CACI Premier Technology Inc., pelos atos de tortura cometidos por um de seus funcionários em Abu Ghraib, conhecida prisão situada na cidade homônima, no Iraque. A Corte de Apelação constatou que as reivindicações envolvendo violações de direitos humanos no exterior se relacionavam fortemente com os Estados Unidos a ponto de deslocar a presunção contra a extraterritorialidade. A Corte considerou, entre outras coisas, que a nacionalidade americana tanto da corporação como de seus funcionários, o contrato de serviços de interrogatório com o governo dos EUA e as alegações de que pessoas nos Estados Unidos deram aprovação tácita à tortura, eram suficientes para que o fato fosse julgado a partir do ATS.⁴¹ É uma decisão que mantém a interpretação dada por anos ao ATS, todavia, ainda deverá ser levada à Suprema Corte para que ela se manifeste se há relação suficiente com os Estados Unidos para fundamentar uma decisão naquele país.

O caso Kiobel representa uma mudança de paradigma no entendimento da Suprema Corte Americana, vez que a análise dos requisitos para que um caso envol-

³⁷ Nesse sentido, o parágrafo 53 da decisão, disponível em <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>, acesso em 15 jun 19.

³⁸ Fato extraído da decisão, no parágrafo 58, disponível em <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>, acesso em 15 jun 19.

³⁹ Nesse sentido, o parágrafo 49 da decisão, disponível em <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>.

⁴⁰ A decisão está disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca11/12-14898/12-14898-2014-07-24.html>, acesso em 15.mai.18.

⁴¹ O sumário do caso e as decisões estão disponíveis em <https://ccrjustice.org/home/what-we-do/our-cases/al-shimari-v-caci-et-al>, acesso em 15.ago.18.

vendo violações da lei internacional consuetudinária, incluindo violações aos direitos humanos por companhias multinacionais, tornou-se muito mais rígida. A admissão para julgamento de companhias a partir do ATS pelos tribunais americanos diminuiu muito após o caso Kiobel. Os requerentes devem convencer o tribunal de que as empresas são passíveis de serem convocadas ao abrigo do ATS, demonstrando que a conduta nos Estados Unidos é suficiente para deslocar a presunção contra a extraterritorialidade. Portanto, o número de casos susceptíveis de sucesso parece ser pequeno.

Em Kiobel restou definido que é preciso demonstrar, sem qualquer dúvida, a ingerência da corporação americana sobre suas subsidiárias para que a subsidiária possa ser ré nos Estados Unidos. Nesse sentido, a subsidiária nigeriana foi excluída da lide logo no início. Restou a considerável disputa entre os tribunais americanos acerca da possibilidade de responsabilizar corporações por violações de direitos humanos eis que, ainda se discute, no direito internacional, a qualidade de sujeitos das corporações. Kiobel também não resolveu o que é preciso demonstrar, ou que provas precisam ser produzidas para que uma empresa possa ser responsabilizada quando a alegação dos autores é de que sua atuação auxiliou ou foi mesmo determinante para a ocorrência das violações. Em verdade, está definido que o ATS admite essas alegações, mas a partir da decisão em Kiobel não é possível determinar o que é necessário para que seja configurada a responsabilidade, ou se é preciso demonstrar o conhecimento ou a motivação da corporação para contribuir com a violação. Por fim, há a questão do significado da expressão do ATS que estabelece que ele será aplicado quando o ato ilícito ‘tocar e importar para os Estados Unidos’. Esse dilema também não está definido, eis que os tribunais disputam se a nacionalidade americana das empresas ré é relevante ou é suficiente para estabelecer a sua competência para o julgamento. A julgar pelos casos posteriores a Kiobel, no entanto, parece que a demonstração de que a situação realmente diga respeito aos Estados Unidos é muito difícil de ser feita. É preciso lembrar que a presunção é contrária à aplicação da lei em ato ocorrido fora do país. E derrubar essa presunção não é tarefa simples.

Assim, trata-se de buscar regulamentar a atividade de corporações que acabam adquirindo poder para influenciar os governos de diversas formas: elas podem ameaçar retirar seus investimentos dos países em que operam, ou ameaçar se retirar dos países onde foram

fundadas, para evitar forte regulamentação interna.⁴² Se não obtiverem o retorno de seus investimentos no prazo e volume esperados, por força de alguma disposição legal ou decisão do governo doméstico, podem, ainda, levar os governos das nações que as hospedam à uma arbitragem internacional, demandando que as disposições domésticas sejam reconhecidas como quebra do contrato de investimento. Ademais, suas subsidiárias têm acesso facilitado, por meio da empresa sede, às instituições financeiras internacionais, das quais o país hospedeiro depende para conseguir auxílio financeiro.

Tratados internacionais de Direitos Humanos impõem deveres aos Estados que os ratificam e a eles se vinculam. No entanto, nem todos os tratados internacionais são ratificados por todos os países. Isso já é suficiente para que existam diferenças na aplicação de normas internacionais de direitos humanos⁴³. Além disso, o próprio direito doméstico também tem disposições que variam de um país para outro, de forma que as corporações poderão estar sujeitas a normas diferentes, e até mesmo contraditórias, dependendo do país onde atuam.

Como tratados internacionais apenas vinculam Estados, não há um mecanismo reconhecido em direito internacional para resolver esse conflito de padrões e fazer com que as corporações, independentemente de sua nacionalidade ou do local onde atuem, sigam um mesmo padrão de respeito e proteção aos direitos humanos. Dessa forma, as grandes corporações com atividades transnacionais, aquelas que atuam em mais de um país, ficam sujeitas aos padrões e às normas do Estado onde estão instaladas suas afiliadas.

Assim, como em alguns países não há punição a essas corporações por violações à direitos humanos – seja por falta de legislação ou pela precariedade em sua implementação - e como os tratados internacionais não as obrigam, o direito não as alcança, deixando-as impunes.

A incapacidade de dar resposta adequada a estas violações é normalmente observada em países com instituições fracas. Portanto, é de se esperar que os países com instituições fortes, com elaboração e aplicação de leis de forma adequada, busquem alguma resposta a ser dada às vítimas de violações de direitos humanos.

⁴² RUGGIE, John Gerard. Quando negócios não são apenas negócios – as corporações multinacionais e os Direitos Humanos. Editora: Planeta Sustentável. São Paulo. 2014, p. 37.

⁴³ Ibidem, p. 35

A possibilidade, nos Estados Unidos, de aplicar o ATS a estas empresas era, sem dúvida, um grande instrumento nas mãos dos litigantes na área de direitos humanos.

No tocante ao discutido neste texto, a necessidade premente é que se dê acesso à justiça às vítimas de abusos de grandes corporações. Em Kiobel, as possibilidades foram diminuídas, todavia a decisão do caso Vedanta traz um novo folego para aqueles que não podem, ou não conseguem, buscar a remediação por danos em seus sistemas judiciais domésticos. Sob o ponto de vista do acesso à justiça, a decisão no caso Vedanta é promissora, na medida em que abre portas para a litigância diretamente contra a matriz, no país de sua sede. Ainda é preciso aguardar a decisão de mérito do caso Vedanta, no entanto, o entendimento da Suprema Corte britânica aceitando sua jurisdição para o julgamento do caso, apesar de o dano ter sido causado por uma subsidiária na África, é um inegável avanço para os que discutem as possibilidades sob o ponto de vista da Responsabilidade Civil.

É preciso mencionar, no entanto, que se reconhece que as decisões judiciais são passíveis de sofrer um *backlash*⁴⁴, ou seja, uma reação forte e adversa dos afetados por ela. Os afetados, aqui, são as corporações que poderão ser responsabilizadas com fundamento no dever de cuidado quando, mesmo sem se envolver em quaisquer decisões tomadas pela subsidiária, reste demonstrado que poderiam ter se envolvido eis que detinham o poder para tanto. É o que expressamente diz a decisão:

... parece que a matriz pode incorrer em relevante responsabilidade diante de terceiros se, em materiais publicados, ela expõe exercer esse grau de supervisão e controle de suas subsidiárias, mesmo que de fato não o faça. Em tais circunstâncias, sua própria omissão pode constituir a abdicação de uma responsabilidade que assumiu publicamente.⁴⁵

⁴⁴ A capacidade de decisões judiciais criarem o efeito *backlash* já foi bastante discutida em diferentes contextos na doutrina. Veja-se T. M. Keck, “Beyond Backlash: Assessing the Impact of Judicial Decisions on LGBT Rights; Law and Society Review 43, no. 1 (2009): 151; John G. Ruggie, A UN Business and Human Rights Treaty Update, Harvard Kennedy School 2 (May 1, 2014), Disponível em <http://businesshumanrights.org/sites/default/files/media/documents/ruggie-un-business-humanrights-treaty-update-1-may-2014.pdf>; POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and the backlash. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, v. 42, n. 2, p. 373-433, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968. Acesso em 22 set 19.

⁴⁵ Essa é a letra do parágrafo 53 da decisão. No original: “...it

É fácil antever que os gestores destas corporações poderão pensar que a melhor solução para evitar que respondam por danos causados por suas subsidiárias seja a adoção de conduta que deixe à subsidiária toda a margem de decisões⁴⁶. Assim, a subsidiária estaria livre para definir suas condutas e, conseqüentemente, a adoção ou não de padrões de respeito à normas ambientais e de direitos humanos, o que, em última *ratio*, dependeria da regulamentação doméstica do país onde está operando a subsidiária. A decisão indica que a existência ou não de um dever de cuidado dependerá dos fatos demonstrados em cada caso. Por isso, sob o ponto de vista do direito internacional dos direitos humanos, no quanto procura responsabilizar corporações por danos causados por suas atividades ou de suas subsidiárias, a decisão pode causar um *backlash* prejudicial à causa⁴⁷.

A decisão em Vedanta reflete a relevância da discussão sobre responsabilização de corporações. Até então, a jurisprudência indicava que as grandes corporações com atividades transnacionais estavam blindadas por suas estruturas corporativas complexas, de forma que não seria possível responsabilizar uma controladora instalada em um país desenvolvido quando a violação se deu por uma subsidiária em um país pobre que não teve força para responsabilizada adequadamente.

Assim, além de as empresas não serem responsabilizadas, continuavam a cometer contínuas violações de direitos humanos e as vítimas não recebiam a reparação adequada a que tinham direito. Com a mudança de entendimento, ainda que apenas da justiça britânica, surge

seems to me that the parent may incur the relevant responsibility to third parties if, in published materials, it holds itself out as exercising that degree of supervision and control of its subsidiaries, even if it does not in fact do so. In such circumstances its very omission may constitute the abdication of a responsibility which it has publicly undertaken.” Disponível em <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>, acesso em 15 jul 19.

⁴⁶ Ainda que conclua que essa não é a melhor saída, essa racionalidade é expressada, por exemplo, em ‘Business for Social Responsibility’, em ‘How companies should respond to the Vedanta ruling’, disponível em <https://www.bsr.org/en/our-insights/blog-view/how-companies-should-respond-to-the-vedanta-ruling>, acesso 18 ago 19; ou em Ethical Corporation, em ‘UK multinationals will face greater scrutiny after the Vedanta decision’, disponível em <http://www.ethicalcorp.com/uk-multinationals-will-face-greater-scrutiny-after-vedanta-decision>, acesso em 18 ago 19.

⁴⁷ Nesse sentido, Doug Cassel em Vedanta v. Lungowe Symposium: Beyond Vedanta – Reconciling Tort Law with International Human Rights Law, Disponível em <http://opiniojuris.org/2019/04/19/vedanta-v-lungowe-symposium-beyond-vedanta-reconciling-tort-law-with-international-human-rights-norms%E0%BB%BF/>, acesso 18 jun 19.

uma nova esperança, de que as multinacionais comecem a ser responsabilizadas de fato pelos danos que causam.

É de se esperar que Cortes em outros países sedes de corporações matrizes adotem o mesmo entendimento, ou entendimento semelhante ao aplicado no caso Vedanta. A tendência é que se busque utilizar como parâmetro as decisões mais atuais, de forma a decisão do caso Vedanta se torne paradigmática. Se dessa forma ocorrer, haverá uma grande evolução na proteção dos direitos humanos, vez que as empresas irão a sofrer as consequências de fato pelos danos que suas subsidiárias causam, e começarão a adotar medidas preventivas para que novas violações não ocorram, pois saberão que irão sofrer consequências proporcionais.

4 Considerações Finais

O ATS foi um instrumento utilizado por autores, por três décadas, para acionar réus por violações de direitos humanos ocorridas fora dos Estados Unidos. Diante da evidente falência de muitos sistemas jurídicos domésticos para remediar as violações que ocorrem em seus países, a possibilidade de buscar reparação em um país de instituições fortes representava um alento para a comunidade.

A decisão do caso Kiobel, ao estabelecer que deve ser respeitada a presunção de não extraterritorialidade das leis americanas, e que ela só pode ser derrubada em casos extremos – sem estabelecer quando eles ocorrem –, passa a impedir o julgamento sobre o dever de reparação de danos por violações de direitos humanos cometidas por corporações fora do território estadunidense.

A decisão do caso Vedanta trás uma nova possibilidade sob o ponto de vista da responsabilidade civil das corporações, vez que se abre a possibilidade de uma empresa-matriz ser julgada pelo tribunal do país onde está instalada por uma violação cometida em outro país por sua subsidiária. Assim, as vítimas passam a ter a real chance de que seu pleito seja julgado por um judiciário com condições institucionais para tanto.

O julgamento do caso Vedanta representa um importante passo, no entanto ainda não se pode dizer que este é um entendimento consolidado. A maior parte das decisões sobre este assunto ainda negam a jurisdição do país da matriz, portanto verifica-se um panorama

de insegurança jurídica. Apesar do alento trazido pelo julgamento no caso Vedanta, é preciso estar ciente da existência da possibilidade de que as corporações internalizem os sinais desta decisão para evitar responsabilizações futuras.

Referências

Bussines & Human Rights Resource Centre. Vedanta Resources lawsuit (re water contamination, Zambia). Disponível em: < <https://www.business-humanrights.org/en/vedanta-resources-lawsuit-re-water-contamination-zambia>>. Acesso em 12 de maio de 2019.

Business for Social Responsibility. How companies should respond to the Vedanta ruling. Disponível em <https://www.bsr.org/en/our-insights/blog-view/how-companies-should-respond-to-the-vedanta-ruling>, acesso 18 ago 19.

CABOT, Francisco Javier Zamora. Kiobel v. Royal Dutch Corp. y los Litigios Transnacionales sobre Derechos Humanos. Universitat Jaume I, España, 1 January 2011. Disponível em: <<https://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/kiobel-commentario-zamora-cabot-2011.pdf>> Acesso em 04 de setembro de 2017.

CAMARENA, Fernando Pérez Correa. El Alien Tort Statute: el imperialism judicial de los valores occidentales. Revista de la Facultad de Derecho de México. Vol 63, n. 260 (2013). Disponível em: < <http://revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60710/53588>> Acesso em 04 de setembro de 2017.

CASE BRIEFS LLC. Filartiga v. Pena-Irala. Disponível em <https://www.casebriefs.com/blog/law/international-law/international-law-keyed-to-damrosche/chapter-4/filartiga-v-pena-irala/>, Acesso em 15.jun.18.

CASSEL, Doug. Vedanta v. Lungowe Symposium: Beyond Vedanta – Reconciling Tort Law with International Human Rights Law, *Opinio Juris*. Disponível em <http://opiniojuris.org/2019/04/19/vedanta-v-lungowe-symposium-beyond-vedanta-reconciling-tort-law-with-international-human-rights-norms%EF%BB%BF/>, acesso 18 jun 19.

DIREITO AMERICANO. Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 133 S. Ct. 1659. Disponível em: < <http://www.direitoamericano.com/decisoes->

recentes/#Kiobel_v_Royal_Dutch_Petroleum_> Acesso em: 20 de junho de 2017.

DODGE, William. Business and human rights litigation in US courts before and after Kiobel. In BAUMANN-PAULY, Dorothee; NOLAN Justine. Business and Human Rights From Principles to Practice. Routledge. New York 2016, pp. 244-252.

Ethical Corporation. UK multinationals will face greater scrutiny after the Vedanta decision. Disponível em <http://www.ethicalcorp.com/uk-multinationals-will-face-greater-scrutiny-after-vedanta-decision>, acesso em 18 ago 19.

ELDRIDGE, Louise. The Zambian farmers who are suing a mining company in a British Court. In: Africa is a country. 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://africasacountry.com/2019/02/THE-ZAMBIAN-FARMERS-WHO-ARE-SUING-A-MINING-COMPANY-IN-A-BRITISH-COURT>>. Acesso em 05 de maio de 2019.

ESTADOS UNIDOS, CORTE DE APELAÇÃO PARA O 11º. DISTRITO. *Cardona v. Chiquita Brands Internacional, Inc.* Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca11/12-14898/12-14898-2014-07-24.html>, acesso em 15.mai.18.

ESTADOS UNIDOS, CORTE DE APELAÇÃO DO DISTRITO DE COLUMBIA. Hanoch Tel-Oren, et al., Appellants, v. Libyan Arab Republic, et al. Disponível em <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/937/Tel-Oren-v-Libya/>, Acesso em 15 jul.19.

ESTADOS UNIDOS, TRIBUNAL DISTRITAL DO LESTE DA VIRGÍNIA. *Al Shimari v. CACI et al.* Disponível em <https://ccrjustice.org/home/what-we-do/our-cases/al-shimari-v-caci-et-al>, acesso em 15.ago.18.

HOLLY, Gabrielle; STRATEGY, Omnia. Zambian farmers can take Vedanta to court over water pollution. What are the legal implications?. In: Business & Human Rights Resource Centre. Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/en/zambian-farmers-can-take-vedanta-to-court-over-water-pollution-what-are-the-legal-implications>>. Acesso em 19 de abril de 2019.

INTERNATIONAL CRISIS GROUP. Nigeria: Ogoni Land after Shell. Africa Briefing nº 54. 18 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://www.crisisgroup.org/africa/west-africa/nigeria/nigeria-ogoni-land-af>

ter-shell> Acesso em 01 de setembro de 2018.

RIVERA, Humberto Fernando Cantú. El caso Kiobel en la Suprema Corte de los Estados Unidos de América: extraterritorialidad y responsabilidad corporativa en materia de derechos humanos. Muframex Maison Universitaire Franco-Mexicaine. Disponível em: < http://www.mufram.fr/sites/mufram.univ-toulouse.fr/files/eventement/symposium/ponencias/humberto_fernando_cantu_rivera.pdf> Acesso em: 20 de junho de 2017.

RUGGIE, John Gerard. Quando Negócios não são Apenas Negócios, as corporações multinacionais e os Direitos Humanos. Editora Planeta Sustentável. 2014. São Paulo.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. EEOC v. Arabian Am. Oil Co. 499 US 244, 248 (1991). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/244/>, acesso em 15.mai.18.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. SOSA vs. Alvarez Machain. 29.06.2004. Disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/03pdf/03-339.pdf>, acesso em 01. maio.18.

The Guardian. 'I drank the water and ate the fish. We all did. The acid has damaged me permanently'. Disponível em: < <https://www.theguardian.com/global-development/2015/aug/01/zambia-vedanta-pollution-village-copper-mine>> Acesso em 10 de maio de 2019.

UNITED KINGDOM. Supreme Court. AAA e outros V. Unilever PLC (2) Unilever Tea Kenya Limited. Disponível em: < <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2018/1532.html>>. Acesso em 05 de junho de 2019.

UNITED KINGDOM. Supreme Court. David Brian Chandler V. Cape plc. Disponível em: < <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/525.html> >. Acesso em 05 de junho de 2019.

UNITED KINGDOM. Supreme Court. Lucky Alame and others v. Royal Dutch Shell Plc. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2018/191.htm>>. Acesso em 05 de junho de 2019.

UNITED KINGDOM. Supreme Court. Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v Lungowe and others (Respondents). Disponível em: < <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>>. Acesso em 05 de maio de 2019.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Declaraciones empresariales
"voluntarias" sobre derechos
humanos, y la necesidad de
una regulación institucional
(internacional e interna) externa**
**"Voluntary" corporate
declarations on human rights,
and the necessity of external
institutional (international and
domestic) regulation**

Nicolás Carrillo Santarelli

Declaraciones empresariales “voluntarias” sobre derechos humanos, y la necesidad de una regulación institucional (internacional e interna) externa

“Voluntary” corporate declarations on human rights, and the necessity of external institutional (international and domestic) regulation

Nicolás Carrillo Santarelli**

Resumen

Los códigos y declaraciones empresariales que abordan cuestiones sobre derechos humanos constituyen una manifestación de regulación voluntaria privada que puede tener impactos positivos sobre la conducta corporativa. Ello es más probable cuando los códigos son aprobados por las directivas de una empresa e internalizados por sus distintos agentes; cuando se observan condiciones sobre legitimidad pública; cuando hay actualizaciones y concreciones frente a los desafíos concretos de los contextos en los que se opera; y cuando existe un control sobre la efectividad y veracidad de los compromisos asumidos. En caso contrario, los códigos empresariales pueden terminar operando como instrumentos que desvían la atención de la necesidad de generar normas vinculantes para suplir vacíos de protección que incrementan los riesgos de desprotección y elusión de controles estatales. Por las anteriores razones, la relevancia de los códigos empresariales no debe ser descartada, en tanto puede generar interesantes efectos, expresivos y de otra índole, que aborden dimensiones no tratadas por las estrategias judiciales; pero ello no puede suponer que los mismos han de ser considerados como iniciativas que reemplazan o satisfacen de forma plena y suficiente las necesidades de una regulación externa vinculante referente al pilar de respeto empresarial y de recursos judiciales, exigiéndose así complementarlas con otras estrategias e iniciativas en un plano multi-nivel y policéntrico.

Palabras clave: códigos empresariales, pilar de respeto empresarial, debida diligencia, tratado vinculante, declaraciones voluntarias, derecho no estatal.

Abstract

Corporate codes of conduct and declarations addressing human rights issues and concerns can be deemed as an expression of private regulation which may, in turn, have a positive impact on conduct. This is more likely when those codes are approved by directives and internalized by the different corporate agents; when conditions of public legitimacy are observed;

* Nicolás Carrillo-Santarelli holds a PhD degree on International Law and International Relations from the Autónoma de Madrid University, an LLM on Human Rights from Alcalá University, a Law degree from the Externado de Colombia University, and Courses on Human Rights Law and International Humanitarian Law from American University. He is currently a Professor of International Law at La Sabana University, Colombia. He has conducted research and published on non-state actors and international legal issues as human rights law, humanitarian and criminal law, business and human rights, among others. His recent publications include several articles on peer-reviewed journals, the book *Direct International Human Rights Obligations of non-State Actors: A Legal and Ethical Necessity* and his soon-to-be co-edited book *The Future of Business and Human Rights: Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*. He has worked in Colombian and Spanish Universities, at the Colombian Constitutional Court; and has been an intern in international NGOs. Email: nicolas.carrillos@gmail.com

when updates and concrete steps are implemented; and when there is control and supervision over the effectiveness and truthfulness of the commitments found in them. Otherwise, codes and other declarations may simply amount to instruments and strategies that deviate attention away from the need of having binding standards that fill gaps and shortcomings generated by risks of lack of protection or circumvention of state control, which do not vanish because of the existence of private standards. Therefore, while corporate codes of conduct can indeed be relevant and generate expressive and other effects that address dimensions not dealt with by judicial strategies, they should not be seen as initiatives that satisfactorily and fully replace or fulfill the needs of robust external corporate responsibility regulations and judicial actions. Hence, they must be complemented by other strategies, preferably in a multi-level and polycentric fashion.

Keywords: corporate codes, pillar of respect, due diligence, business and human rights treaty, voluntary declarations, non-state standards.

1 Introducción

Distintos autores se han ocupado del análisis de la juridicidad (o su ausencia) de los estándares no estatales y las llamadas manifestaciones de *private governance*, *private ordering* o *private law*, entre las que pueden incluirse los códigos empresariales.¹ Si bien es posible abordar la cuestión desde esa óptica, en términos de empresas y derechos humanos resulta sumamente interesante indagar si los estándares y declaraciones adoptados por las empresas en términos de la asunción de “compromisos”, o creados por terceros con pretensiones de que las empresas sigan determinados lineamientos, pueden ofrecer beneficios en términos del respeto y promoción de los derechos humanos o, incluso, si satisfacen las necesidades de regulación relativas a los pilares de respeto

¹ S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, “United Nations Global Compact: The Promise—Performance Gap”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 122, 2014, p. 194; Barak D. Richman, *Stateless Commerce: The Diamond Network and the Persistence of Relational Exchange*, Harvard University Press, 2017, pp. 21, 29-32, 57, 379; Khaled Fayyad, “The Kimberley Process and the Unfulfilled Promise of a Conflict-Free Diamond Industry”, *Seminar on Corporations & International Law*, 2018, disponible en <<https://sites.duke.edu/corporations/2018/05/07/the-kimberley-process-and-the-unfulfilled-promise-of-a-conflict-free-diamond-industry/>>, última visita: 10 de junio de 2019.

(empresarial) y reparación.

Las respuestas a los anteriores interrogantes, por preliminares que sean, no carecen de relevancia, la cual es en muchos casos dramática. Esto se pone de manifiesto con el caso de los trágicos accidentes de aviones Boeing 737 Max, en tanto para algunos analistas un factor que pudo influir en su causación se relaciona con un contexto socioeconómico desregulador en el que gran parte de la determinación de estándares se dejó a las propias empresas, y que pudo haber sido creado debido a presiones ejercidas por Estados de nacionalidad o con relaciones con determinadas empresas influyentes. De ser cierto lo anterior, se confirmaría cuán imprescindible es contar con una regulación externa, que podríamos llamar “institucional”, como consecuencia de los límites de la auto-regulación privada.²

De hecho, estudios sobre la efectividad de los códigos de conducta empresarial han sugerido que “The assumption that companies with codes will less frequently violate laws is not valid. Companies will have additional reasons for developing a business code when they face the threat of legal action”.³ Adicionalmente, podría pensarse que el hecho de que el sistema internacional actual, que favorece a los inversores al permitirles demandar directamente a los Estados que así lo acepten pero es reacio a admitir la responsabilidad directa de las empresas de forma general o abierta (lo que no deja de tener ironía y demuestra un inaceptable doble rase-

² Will Hutton, “The Boeing scandal is an indictment of Trump’s corporate America”, *The Guardian*, 7 de abril de 2019; Jeff Wise, “When the Rules Disappear: How the American fervor for deregulation contributed to the 737 Max crashes”, *Slate*, 21 de marzo de 2019; Barak D. Richman, op. cit., pp. 105, 150-151, 382, 460-461, en donde se dice que: “for personal exchange to support a lucrative industry, it *must* develop mechanisms that can enforce contracts between large numbers of merchants even though familiarity inevitably declines as the number of merchants rises [...] business partners [...] exhibit a reluctance to trust [...] but they ultimately do trust—or show confidence in—the institutions that support the trade, and for that reason have been able to sustain a remarkably vibrant market [...] mobilizing reputational sanctions [...] requires a reliable informational infrastructure, a robust menu of acute sanctions, and a deeply interconnected merchant community that is committed to long-term exchange [...] sustaining a large-scale reputation mechanism in a global industry requires a rigorous set of institutions that can share information [...] reputation mechanisms do not emerge by themselves and are not sustainable without the requisite institutional supports”.

³ Muel Kaptein y Mark S. Schwartz, “The Effectiveness of Business Codes: A Critical Examination of Existing Studies and the Development of an Integrated Research Model”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 77, 2008, p. 121.

ro que se traduce en el contenido actual del derecho internacional y las posibilidades que el mismo ofrece, merced a decisiones con tinte político), obedece a la protección preferente de ciertos intereses (por ejemplo, de propiedad) frente a otros, como se ha sugerido en estudios sobre “derecho internacional y revolución” o sobre la influencia del derecho internacional sobre ciertas dinámicas sociales que se perpetúan, existiendo en aquel derecho una serie de compromisos entre los intereses de quienes detentan el poder hegemónico y aquellos que, sin hacerlo, apoyan el sistema a cambio de ciertos reconocimientos.⁴

En el ámbito de los derechos humanos se han presentado diversos debates sobre la necesidad o conveniencia de regular directamente la conducta empresarial por medio de un tratado u otro tipo de fuente del derecho internacional o de los ordenamientos jurídicos internos. Al respecto, algunos autores han afirmado que parte de la resistencia del sector empresarial (y de ciertos Estados) a la regulación directa se basa en la idea de que sería, aparente o supuestamente, *innecesario* emplear este tipo de regulación *externa* en términos de *hard law* debido a la presunta suficiencia de los compromisos *asumidos* o *aceptados* por las empresas o a supuestos “inconvenientes” generados por la existencia de normas vinculantes frente a la implementación de los estándares voluntarios (lo cual no deja de sorprender, pues no son mutuamente excluyentes las normas de derecho duro y aquellas de *soft law*, como acontece incluso en cuestiones interestatales).⁵

En consecuencia, desde la perspectiva de la ética empresarial, los interrogantes subyacentes a aquellas objeciones apuntan, entre otros aspectos, a una *supuesta* tensión entre las estrategias regulatorias *voluntarias* y las jurídicas y a los límites que pueden tener unas y otras.

Es necesario clarificar que la noción de voluntariedad a la que me he venido refiriendo y se manejará en este texto se refiere a la facultad de las empresas y otros actores de adoptar estándares complementarios, diferentes o que vayan incluso más allá de los encontrados en los derechos positivos. Al respecto, se ha dicho que:

“[T]he sense of ‘voluntary’ [...] is a legal—not a moral—one [...] responsibilities are voluntary

⁴ Douglas Guilfoyle, “The Future of International Law in an Authoritarian World”, *EJIL Talk*, 3 de junio de 2019; Umut Özsu, “B. S. Chimni’s “Relatively Autonomous” International Law”, *EJIL Talk*, 27 de diciembre de 2017.

⁵ Antonio Remiro Brotons *et al.*, *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 548-555.

[when] there are no international (legal) laws by which businesses could be brought to court, tried, and (if found guilty of a human rights violation) punished. In contrast, the Draft Norms [on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with regard to Human Rights] sought to tie human rights with various laws or legal mechanisms. Weissbrodt called the norms ‘soft law’ but sought to link them [...] with various international treaties and laws. However, the strong objections raised by business against the Draft Norms proposed view of human rights as direct international legal obligations led to the collapse of this initiative. Business’s objections were importantly self-interested in nature, though some might also say that they were philosophical in the sense of defending a view of the international order in which states have sole legal responsibility for human rights. In short, they could also be seen as defending a Westphalian view of the international order. Those who view human rights as fundamentally moral in nature (Donaldson, Sen, etc.) take a very different tack. They interpret the demands that human rights place on those responsible for them as being morally mandatory, not simply voluntary”⁶ (subrayado añadido).

Para resolver los interrogantes referentes a las contribuciones y límites de las normas voluntarias en materia de empresas y derechos humanos, es imprescindible indagar sobre diversas cuestiones que serán examinadas en este escrito, que por esta razón se ocupará, en un primer lugar, de ofrecer una breve descripción sobre los tipos de estándares no estatales en el ámbito de las empresas y los derechos humanos que pueden tener relevancia en términos de responsabilidades “voluntarias” y regulación privada, a saber: aquellos creados por medio de iniciativas de auto- o hetero-normación mediante declaraciones, promesas, códigos empresariales o estándares de terceros a los que se adhieren las empresas (ej. Pacto Mundial). Con posterioridad, en la primera sección también me ocuparé del análisis de los aspectos positivos que pueden tener aquellas manifestaciones voluntarias sobre la cultura y la conducta corporativa, los cuales pueden *complementar* (que no reemplazar) en cierta medida el impacto de estrategias judiciales o de derecho duro. Concluidas las observaciones al respecto, en la segunda sección del escrito se analizarán las deficiencias, límites y condicionalidades de los estándares voluntarios en materia de empresas y derechos humanos. En últimas, se concluye que debido a sus posibles beneficios y limitaciones, los mismos constituyen una de las distin-

⁶ George G. Brenkert, “Business Ethics and Human Rights: An Overview”, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1, 2016, p. 294.

tas estrategias e iniciativas que pueden complementarse (en lo que se ha llamado un *smart mix*) para reforzar la protección de los derechos humanos e incrementar las posibilidades de su respeto efectivo.

A continuación, tras las anteriores secciones descriptivo-críticas, una tercera sección, de naturaleza propositiva, estudiará, precisamente, algunos elementos que permiten que aquella complementariedad exista e interactúen los estándares voluntarios con otros mecanismos de forma sinérgica. En cuanto a la complementariedad, puede decirse que, lejos de descartar o hacer innecesaria la generación de derecho duro (a diferencia de lo que sugieren algunas empresas y ciertos Estados con estrategias de captura corporativa), las iniciativas voluntarias pueden funcionar correctamente si se complementan con acciones de regulación externa (interna o internacional), logrando que interactúen unas con otras. Esto puede generar fortalecimientos mutuos gracias a una sinergia que permita, por ejemplo, mejorar la legislación interna y externa *de lege ferenda* teniendo presente, entre otras cuestiones, los desarrollos en iniciativas y normativas privadas o las deficiencias y vacíos regulatorios que ellas revelen, lo que permite analizar cómo robustecer el derecho positivo a la luz de la identificación de necesidades de llenado de vacíos de protección puestos de manifiesto por patrones de abusos corporativos y casos de impunidad, vulnerabilidad y desprotección.

Al respecto, por ejemplo, Doug Cassel ha señalado que es posible que una aproximación gradual y creciente entre los desarrollos de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (cuyo pilar de respeto, en los contornos estrictos de los mismos, no es siempre vinculante)⁷ y el *hard law* en el derecho interno reduzcan los espacios de impunidad o elusión de responsabilidad.⁸ Si bien el derecho interno es necesario, no es suficiente a efectos de lograr una protección plenamente efectiva en un contexto social en el que la

interdependencia económica y la erosión de fronteras relacionada con las actividades económicas y figuras del derecho corporativo permiten ciertas elusiones de controles internos. Ello hace que sea necesario incluir una dimensión jurídica internacional a efectos de garantizar una armonización mínima en la cual se prevenga la existencia de vacíos de protección y coordinación en ciertas jurisdicciones. A la luz de las anteriores consideraciones, en la tercera sección se analizarán algunos factores alusivos a condiciones de legitimidad y mecanismos concretos que pueden dotar de credibilidad y efectos complementarios a los estándares voluntarios, e igualmente contribuyan a impedir que los mismos se empleen como mera estrategia de *bluwashing* o *window dressing*.

2 Noción, efectividad y relevancia de las manifestaciones voluntarias de compromiso empresarial en materia de derechos humanos

En la práctica, bien sea por convicción o como mera estrategia de imagen y relaciones públicas, las empresas pueden optar por aceptar estándares *voluntarios* (en el sentido descrito en la introducción) de conducta creados por ellas mismas de forma aislada, por un grupo de empresas (ej. un sector de la industria) o por terceros entre los que pueden incluirse tanto Estados como ONGs u organizaciones internacionales, entre otros. Cuando una empresa proclama que procurará regir su conducta según estándares creados por ella misma, se presenta un fenómeno de *auto-regulación*; mientras si ella se acoge a parámetros de conducta diseñados por terceros la dinámica corresponde a una de hetero-normación. Ambas opciones están al alcance de todos los actores no estatales, tal y como ha sido descrito por Pérez-Prat,⁹ y pueden emplearse a efectos de comprometerse por determinados lineamientos que tengan relevancia en materia de derechos humanos.

Además de acogerse a estándares de conducta, contenidos bien sea en un único instrumento o en distin-

⁷ Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, Naciones Unidas, 2011, comentario al Principio 12, en el que se dice que “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se diferencia de las cuestiones de responsabilidad legal y el cumplimiento de las leyes, que siguen dependiendo en gran medida de las disposiciones legislativas nacionales en las jurisdicciones pertinentes”.

⁸ Doug Cassel, “Vedanta v. Lungowe Symposium: Beyond Vedanta – Reconciling Tort Law with International Human Rights Norms”, *Opinio Juris*, 19 de abril de 2019.

⁹ Luis Pérez-Prat Durbán, “Actores no estatales en la creación y aplicación del Derecho Internacional”, en Victoria Abellán Honrubia y Jordi Bonet Pérez (eds.), *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público: los actores no estatales: ponencias y estudios*, Bosch, 2008, p. 33.

tas fuentes no normativas, las empresas con frecuencia emiten declaraciones programáticas sobre políticas, aseveraciones de calidad o responsabilidad, o planes de acción con relevancia desde una perspectiva de derechos humanos que, sin ser normativos en sentido estricto, sí pueden ser relevantes en términos de la generación de expectativas sociales y por parte de terceros e, incluso, de posibles efectos jurídicos indirectos o directos frente a ellos como consecuencia de la aplicación del principio de buena fe, como se analizará más adelante en este escrito. Lo anterior no deja de ser interesante si se tiene en cuenta la férrea defensa que hacen los inversores extranjeros de sus expectativas razonables a la luz del estándar del “trato justo y equitativo”, que formalmente exige a los estados respetar las expectativas razonables y legítimas de los inversores extranjeros en las que ellos hayan confiado en las relaciones concretas con un Estado,¹⁰ el cual por su amplitud puede suscitar reclamaciones discutibles en ocasiones cuando un Estado otorgue prioridad a intereses públicos.

De hecho, en el ámbito de las empresas y los derechos humanos algunos autores han defendido la importancia de que se respeten las expectativas sociales.¹¹ Alexandra Gatto, por su parte, ha identificado distintas clases de pronunciamientos que encajan en el tipo de prácticas descrito en este párrafo, como por ejemplo los *social labels* u otras declaraciones de calidad o relativas al seguimiento de determinada conducta en la manufactura de un producto o en las operaciones empresariales.¹²

En cuanto a los estándares normativos voluntarios, es posible decir que ellos pueden estar contenidos, entre otros, en códigos de conducta, los cuales han tenido distintas denominaciones en la práctica empresarial. Según la postura de Muel Kaptein y Mark S. Schwartz, la expresión *business codes* es preferible a otras que se emplean en la práctica, en tanto abarcan más manifestaciones normativas y permiten su distinción frente a los llamados códigos externos (“*external codes*”), los cuales

son creados en dinámicas de hetero-normación. Según aquellos autores, los códigos empresariales pueden ser entendidos como:

“[C]ollections of rules and regulations [...] developed by and for a given company [...] the code applies to those who represents the company [...] as a formulation of behavioral prescriptions for doing business, is for all those people that make the business work and run, which includes at least the management and employees of the company [...] The adjective “business” also implies that a business code prescribes, in a more or less coherent way, multiple behavioral items that are relevant for the company”.¹³

Los códigos empresariales, así las cosas, constituyen una manifestación de la facultad práctica que tienen los actores no estatales de operar como *standard setters*¹⁴ y de incurrir en actividades de regulación privada. Al respecto, S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers han dicho que “[a] voluntary code of conduct is in the nature of “private law”.”¹⁵ Esto no excluye ni la necesidad de verificar su cumplimiento genuino ni la posibilidad (e importancia) de que existan regulaciones obligacionales externas, incluso en términos de *hard law*, toda vez que, como han dicho algunos autores, puede haber una complementariedad entre estrategias vinculantes, voluntarias y de políticas públicas u otra índole en el campo de las empresas y los derechos humanos.¹⁶ Otro argumento

¹³ Muel Kaptein y Mark S. Schwartz, op. cit., pp. 112-113.

¹⁴ Math Noortmann y Cedric Ryngaert, “Introduction: Non-State Actors: International Law’s Problematic Case”, en Math Noortmann y Cedric Ryngaert (eds.), *Non-State Actors Dynamics in International Law: From Law-Takers to Law-Makers*, Ashgate, 2010, pp. 1-5; Anne Peters, Lucy Koechlin y Gretta Fenner, “Non-state actors as standard setters: framing the issue in an interdisciplinary fashion”, en Anne Peters et al. (eds.), *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge University Press, 2009, p. 23, en donde se dice: “Today, the authority to set standards is dispersed amongst and between actors. These actors operate on a continuum between state and non-state spheres”.

¹⁵ S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, op. cit., p. 194.

¹⁶ SHIFT, “Fulfilling the State Duty to Protect: A Statement on the Role of Mandatory Measures in a “Smart Mix”, 21 de febrero de 2019; Sara Blackwell y Nicole Vander Meulen, “Two Roads Converged: The Mutual Complementarity of a Binding Business and Human Rights Treaty and National Action Plans on Business and Human Rights”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Vol. 6, 2016, p. 68; Nicolás Carrillo Santarelli, “A Defence of Direct International Human Rights Obligations of (All) Corporations”, en Jernej Letnar Čeranič y Nicolás Carrillo Santarelli (eds.), *The Future of Business and Human Rights: Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*, Intersentia, 2018, pp. 42-43; Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse”, A/HRC/32/19, 10 de mayo de 2016, párr. 12.

¹⁰ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, procedimiento entre Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A (Demandantes) y la República Argentina (Demandada), Caso CIADI N° ARB/03/19, Laudo, 30 de julio de 2010, párrs. 221, 226, 228, 230.

¹¹ George G. Brenkert, op. cit., pp. 283, 302; Andrew Clapham y Scott Jerbi, “Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses”, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 24, 2001, pp. 339, 341, 347-349.

¹² Alexandra Gatto, “Corporate Social Responsibility in the External Relations of the EU”, *Yearbook of European Law*, Vol. 24, 2005, pp. 425-430.

a favor de la necesidad de un complemento a las regulaciones privadas es aquel según el cual:

“The private law carácter of voluntary codes does not reduce the obligations of the [sponsoring organizations], whether they are individual companies, industry sectors, or other types of groups. Rather, it increases their burden to ensure that skeptical critics and public-at-large believe in the responses and performance claims of the SOs”.¹⁷

En lo concerniente al contenido que pueden tener aquellos códigos, sin duda alguna los mismos pueden ocuparse, entre otros aspectos, del respeto de los derechos humanos y de la responsabilidad social corporativa, cuestiones que tienen una naturaleza, fundamentos y objetivos diferenciados. Si bien ambas cuestiones pueden contribuir a la satisfacción de necesidades humanas, los derechos humanos responden exigencias mínimas y la responsabilidad social corporativa puede traducirse en beneficios sociales que no afirman ni niegan la posible existencia de abusos en materia de derechos humanos, en tanto son conceptos diferentes.¹⁸ Ciertamente, la regulación privada puede identificar conductas relevantes para una empresa (a las que alude la definición ofrecida por Kaptein y Schwartz), en términos, por ejemplo, de los impactos negativos en el goce de derechos humanos que deben evitarse, para hablar en términos de la lógica de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. En este sentido, cabe recordar que el Principio 15 de aquellos Principios dispone que:

“Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber:

- a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos;
- b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos”.

Dicho lo anterior, es posible que las empresas se refieran a sus compromisos, políticas y responsabilidades relacionadas con derechos humanos por medio de otras expresiones que no necesariamente constituyan un código empresarial. Por tal razón, al hablar de la “regulación privada” en términos de auto-normatividad con rele-

vancia en el ámbito de los derechos humanos, es preferible incluso no restringirnos a los códigos de conducta. De hecho, esta es la lógica empleada el comentario al Principio 16 de los Principios Rectores, que se ocupa de unas características que se espera tengan todas aquellas manifestaciones, que están comprendidas en la noción más amplia de “declaraciones”. En aquel comentario se dice, al respecto, que “[e]l término “declaración” se utiliza de forma genérica en referencia a cualquier medio que elija la empresa para dar a conocer públicamente (lo cual es relevante debido a la posible generación de expectativas de buena fe) sus responsabilidades, compromisos y expectativas”. El Principio en cuestión dispone, por su parte, que:

“Para asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben expresar su compromiso con esta responsabilidad mediante una declaración política que:

- a) Sea aprobada al más alto nivel directivo de la empresa;
- b) Se base en un asesoramiento especializado interno y/o externo;
- c) Establezca lo que la empresa espera, en relación con los derechos humanos, de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios;
- d) Se haga pública y se difunda interna y externamente a todo el personal, los socios y otras partes interesadas;
- e) Quede reflejada en las políticas y los procedimientos operacionales necesarios para inculcar el compromiso asumido a nivel de toda la empresa” (subrayado añadido, que sugiere la posible influencia de las declaraciones en cuestión en la relevante cultura corporativa).

Las anteriores características mínimas que, según los Principios Rectores, deberían tener las declaraciones de auto-normación coinciden con algunos elementos identificados en estudios sobre su efectividad que aluden a aspectos que, de estar presentes, pueden tener un impacto positivo en el cumplimiento de las declaraciones voluntarias en la práctica.

En aquel sentido, por ejemplo, puede decirse que si bien los estudios empíricos no han sido unánimes en cuanto a las conclusiones sobre la efectividad de los códigos empresariales y los factores que pueden incidir en ella, algunos sugieren que parece ser importante que se entienda y perciba por los agentes de las empresas (trabajadores, etc.) que las políticas de auto-regulación han sido adoptadas y son seguidas por quienes se encuen-

¹⁷ S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, op. cit., p. 194.

¹⁸ Humberto Cantú Rivera, “National Action Plans on Business and Human Rights: Progress or Mirage?”, *Business and Human Rights Journal*, 2019, p. 5.

tran en los niveles directivos de las empresas teniendo presentes objetivos de la compañía (y prestando atención a “códigos externos” y expectativas de terceros) con tal de que ellos gocen de efectividad.¹⁹

Dicho lo anterior, existen otros factores que pueden tener una incidencia considerable sobre la efectividad de las declaraciones o códigos empresariales y no se identifican ni expresa ni implícitamente en el Principio 16. Así, por ejemplo, se ha estudiado que cuando los actores de los niveles directivo o gerencial no demuestran un compromiso con ellas en sus operaciones; cuando no hay una actualización constante de su contenido; cuando los códigos tienen demasiada generalidad y no abordan de forma específica los desafíos y las expectativas frente a las actividades, retos, contextos y operaciones concretas de cada empresa; cuando no tienen un suficiente monitoreo en un período de tiempo significativo o no son evaluados en cuanto a su adecuación frente a expectativas, sobre su implementación o no son actualizados; o si no hay una evaluación significativa de desempeño o consecuencias significativas frente a las transgresiones (lo que, como dicen algunos, no sin razón, acontece con el *Global Compact*, generando dinámicas acrílicas que incluso han llevado a escenarios de *bluwashing*), se disminuyen su relevancia y capacidad de influir de forma efectiva²⁰ en las operaciones y cultura corporativas, que pueden ser cruciales en términos de la obtención de una conducta empresarial consistente con las exigencias de los derechos humanos, razón por la cual el mismo John Ruggie y otros autores le han dedicado mucha atención.²¹

¹⁹ Muel Kaptein y Mark S. Schwartz, op. cit., pp. 118-119.

²⁰ S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, op. cit., pp. 196-198; Mark S. Schwartz, “Effective Corporate Codes of Ethics: Perceptions of Code Users”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 55, 2004, p. 332; Muel Kaptein y Mark S. Schwartz, op. cit., pp. 119, 122 (“Weller (1988) even considers a relationship between the frequency of revisions and the effectiveness of codes”); César A. Rodríguez Garavito, “Códigos de conducta y derechos laborales en maquilas de México y Guatemala”, *CJ*, No. 1, 2007, pp. 28, 35; S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, op. cit., pp. 199-200, 206-207.

²¹ John F. Sherman III, “Rights-respecting Corporate Culture: Identifying the cultural norms and values that underpin business respect for human rights”, SHIIFT, 2019, pp. 3-10, 12-14, 16-18; Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Empresa y derechos humanos: nuevas medidas para la puesta en práctica del marco “proteger, respetar y remediar””, A/HRC/14/27, 9 de abril de 2010, párrs. 19, 33-43; Consejo de Derechos Humanos, “Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. Informe del Representante Especial del

En consecuencia, en cuanto a la relevancia de identificar las exigencias concretas de cada empresa que adopte una declaración, puede identificarse una similitud con lo que acontece con los Planes Nacionales de Acción sobre empresas y derechos humanos, en el sentido de que, como ha señalado Humberto Cantú Rivera:

“[P]ublic policies must go through permanent and continuous cycles of analysis, implementation and assessment, in an effort to try to resolve the issues that may exist in a specific society [...] [there is a] need for the NAP to address some of the specific areas of concern for the state, thus having a more tailored approach to the national context and situation”.²²

En la medida en que una declaración auto-normativa sea efectiva, puede cobrar gran relevancia, toda vez que, entre otros aspectos, puede influir en un aspecto que resulta ser crucial en cuanto a la promoción del respeto de los derechos humanos por parte de las empresas: la *cultura* corporativa; toda vez que al ser trazada por las directivas, recordada por mandos medios y/o generada o impulsada por las dinámicas en que participen terceros (ej. comunidades) o distintos agentes de las empresas como los empleados (y cumplida por ellos de forma coherente con lo descrito en las respectivas declaraciones) y sea exigida por las empresas frente a quienes interactúan con ella, incluso aquellos participantes en la cadena de suministros,²³ es posible que se vaya generando un entramado de expectativas sobre la conducta empresarial responsable exigible en determinada medida por actores internos y externos.

Las dinámicas al respecto pueden generarse por los efectos simbólicos o expresivos de los estándares en cuestión, por la motivación al cumplimiento que se genera cuando coinciden el autor de una norma y su destinatario (lo que supone una aceptación de contenido y exigencias que facilita el cumplimiento espontáneo, como puede acontecer en el derecho internacional en términos generales²⁴) o, además (entre otras razones), y atendiendo a consideraciones sobre derechos humanos y su *internalización* por los distintos agentes de una empresa, con ocasión de procesos de socialización, influencia, persuasión y aculturación, entre otros,²⁵ los cuales

Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie”, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008, párrs. 27, 29-32, 105.

²² Humberto Cantú Rivera, op. cit., pp. 8, 19.

²³ John F. Sherman III, op. cit., pp. 5-6, 11, 14.

²⁴ Antonio Remiro Brotons *et al*, op. cit., p. 50.

²⁵ Robert D. Cooter, “Three Effects of Social Norms on Law:

pueden ser potenciados no sólo por la empresa sino, además, por distintos actores de la industria y el interés en participar en determinados grupos o sectores económicos que promuevan determinados estándares. Ciertamente, los agentes de las empresas pueden interiorizar postulados de derechos humanos y asumir su respeto como un deber propio. Este posible factor conducente al cumplimiento de compromisos puede contribuir a la consecución del cumplimiento de la exigencia de que se impactos negativos frente al goce de *cualquier* derecho humano²⁶ por parte de las empresas (que, para cumplir con tal deber de respeto, no sólo deben abstenerse de ciertas conductas sino, además, han de desplegar ciertas acciones positivas con miras a evitar impactos de tal naturaleza²⁷). Los ajustes de conducta y políticas en el anterior sentido pueden obedecer en mayor o menor medida la adquisición de una consciencia de grupo de que la conducta corporativa no puede afectar de forma negativa el goce y ejercicio de derechos humanos y de que el Estado no es el único actor que puede tener un impacto de esta índole en términos fácticos. Al respecto, John F. Sherman III ha afirmado que existe un:

[F]oundational role of culture in supporting a key aspect of responsible business conduct [...] corporate culture consists of shared norms and values that explain how things are actually done in a company. They are not aspirational, but authentic.

Expression, Deterrence, and Internalization”, *Oregon Law Review*, Vol. 79, 2000, pp. 3, 17, 19; Dana Zartner, “Internalization of International Law”, *Oxford Research Encyclopedia of International Studies*, 2017; Ryan Goodman y Derek Jinks, “Incomplete Internalization and Compliance with Human Rights Law: A Rejoinder to Roda Mushkat”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, 2009; Harold Hongju Koh, “Internalization through Socialization”, *Duke Law Journal*, Vol. 54, 2005; David Capie, “Influencing Armed Groups: Are there Lessons to Be Drawn from Socialization Literature?”, en Geneva Call (ed.), *Exploring Criteria & Conditions for Engaging Armed Non-State Actors to Respect Humanitarian Law & Human Rights Law*, Geneva Call, 2008, pp.87-89.

²⁶ Consejo de Derechos Humanos, “Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie”, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008, párr. 6

²⁷ Esto se debe a que la responsabilidad empresarial, según los principios rectores, les exige a las empresas emprender acciones de prevención y cesación, de suministro de remedios, e incluso obrar con diligencia para buscar impedir posibles impactos negativos sobre el goce y ejercicio de derechos humanos proveniente de terceros con los cuales se relacionen, según puede leerse en: Jonathan Bonnitcha y Robert McCorquodale, “The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Rejoinder to John Gerard Ruggie and John F. Sherman III”, *European Journal of International Law*, Vol. 28, 2017, pp. 931-933.

Having and sustaining the right culture is critical to a company’s ability to meet its goals, since ‘culture eats strategy for breakfast.’ Shaping and sustaining the right culture is a top down, bottom up process that involves the participation of the board, senior executive leadership, middle management, and workers”²⁸.

En la medida en la que un código empresarial u otro tipo de declaración que encuadre con los compromisos a los que se refieren el Principio Rector 16 u otros factores identificados en estudios sobre su efectividad contribuya en alguna medida, incluso potencialmente, a la generación de una cultura corporativa coherente con los derechos humanos y a la modificación de la conducta empresarial o incluso a la mejora de la normativa interna o internacional cuando los Estados se convengan de los beneficios de determinados estándares sobre empresas y derechos humanos generados por actores corporativos o de otra naturaleza (merced a los posibles efectos expresivos de los estándares y a iniciativas que podrían incluso tener como emprendedores normativos plurales o de grupo²⁹), se habrá obtenido un gran logro que no puede ser menospreciado. Por tal razón, de ninguna manera se rechazan en este texto la adopción y existencia de códigos y declaraciones empresariales. Por el contrario, considero que ellos *pueden* constituir *una* entre diversas iniciativas con potencial relevancia en términos de la promoción del respeto de los derechos humanos por parte de las empresas, pudiendo incluso contribuir al despliegue de acciones y dinámicas que suplan los límites de las acciones judiciales o jurídicas, las cuales en sí mismas, como consecuencia de ciertos límites procesales y de impacto social, en ocasiones no necesariamente tienen de forma aislada la capacidad de generar cambios sociales en términos de mejoras frente a la observancia y el respeto de los derechos humanos. Amartya Sen ha considerado, por ejemplo que muchos cambios sociales que contribuyen a una mayor efectividad del goce y ejercicio de los derechos humanos pueden alcanzarse de distintas maneras y a través de diversas iniciativas, incluso particulares, en tanto:

²⁸ John F. Sherman III, “Rights-Respecting Corporate Culture: Identifying the cultural norms and values that underpin business respect for human rights”, Shift Project, 2019.

²⁹ Elizabeth S. Anderson y Richard H. Pildes, “Expressive Theories of Law: A General Restatement”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 148, 2000, pp. 1514-1520; Alan Strudler, “The Power of Expressive Theories of Law”, *Maryland Law Review*, Vol. 60, 2001; Cass R. Sunstein, “On the Expressive Function of Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 144, 1996, p. 2034.

“Because of the importance of communication, advocacy, exposure and informed public discussion, human rights can have influence *without* necessarily depending on coercive legislation”.³⁰

Adicionalmente, es posible que los códigos o estándares voluntarios llenen (temporalmente) vacíos existentes en los derechos internos e internacional frente al pilar de respeto empresarial de los derechos humanos. Hago hincapié en el hecho de que su creación no constituye una excusa frente a la necesidad de que aquellos vacíos sean llenados cuanto antes. Por otra parte, es posible que los estándares voluntarios vayan más allá de lo que disponga el mínimo común denominador armónico y unificador del derecho internacional. En relación con estas ideas, se ha dicho que:

“[P]lethora of voluntary initiatives by companies, industry groups, and regional and global bodies that call for creating voluntary standards in those aspects of corporate conduct that are inadequately addressed in prevailing legal and regulatory mandates”.³¹

Dicho todo lo anterior, además de compartir características sobre regulación privada y voluntariedad, las declaraciones auto-normativas comparten algunas limitaciones y riesgos con las estrategias hetero-reguladoras voluntarias a las que se pueden acoger las empresas, según se analizará a continuación.

3 Los límites de los estándares voluntarios en materia de empresas y derechos humanos

Si bien no puede desconocerse que los estándares voluntarios en materia de empresas y derechos humanos pueden tener importantes efectos relacionados con cambios en la cultura corporativa y el llenado de vacíos, también debe reconocerse que ellos adolecen de limitaciones. En consecuencia, su existencia en modo alguno hace innecesaria la creación de estándares vinculantes en el derecho interno e internacional. En este sentido, por ejemplo, la Oficina del Alto Comisionado de los

Derechos Humanos para las Naciones Unidas y agentes del Pacto Mundial han afirmado que, en relación con los vacíos que puede tener el derecho positivo:

“Voluntary initiatives are not a panacea to this problem. They are primarily an effort to fill the gap and therefore must be formed and fashioned in such a way as to simulate improvement in public policy so that the root causes of the problem are tackled. Enhancing the contribution of business to sustainable development is a complex goal that requires a range of different methodologies. In this context, both regulatory and voluntary approaches play an important role. The Global Compact is designed to complement, and not substitute, regulatory frameworks by encouraging voluntary, innovative corporate practices”³² (subrayado añadido).

A pesar de los posibles beneficios e impactos positivos que *pueden* tener en ocasiones las declaraciones empresariales en materia de derechos humanos, su existencia no hace en modo alguno que sea innecesario contar con herramientas jurídicas, tanto de derecho interno e internacional, judiciales y extrajudiciales (según se reconoce en los Principio Rectores 26 y 27). Por tal razón, considero que es indispensable que haya legislación *externa*, la cual para mi es imprescindible y hace que sea indispensable la existencia de mecanismos judiciales de protección (siendo interesantes las propuestas sobre la creación de mecanismos de arbitraje sobre empresas y derechos humanos como alternativa frente a la solución de diferencias),³³ según se desprende de lo dicho por el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³⁴ Esto obedece a distintas razones, incluyendo la obligatoriedad, independencia y garantías del debido proceso que han de acompañar a la administración de justicia. Dicho esto, es posible que se adopten e implementen mecanismos complementarios de recla-

³² United Nations Global Compact and Office of the High Commissioner for Human Rights, “Embedding Human Rights into Business Practice,” n.d.

³³ Ver, por ejemplo: The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, “Summary of Sounding Board Consultation Round 1 – Results Elements Paper on the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration”, junio de 2019.

³⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales”, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párr. 38-39, 51 (en aquella observación general se recuerda que “los demás medios [de asegurar la rendición de cuentas] utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales”).

³⁰ Amartya Sen, “Elements of a Theory of Human Rights”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 32, 2004, p. 345.

³¹ S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, “Developing a framework for critiquing multi-stakeholder codes of conduct”, en Knut J. Ims y Lars Jacob Tynes Pedersen, *Business and the Greater Good: Rethinking Business Ethics in an Age of Crisis*, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 202.

mación frente a posibles abusos, o vías para promover o cambios o análisis de políticas corporativas, incluso a través de vías no judiciales o no estatales, como pueden serlo, entre otros, mecanismos de queja como el implementado por Adidas, iniciativas de accionistas, u otras estrategias, que incluso pueden tener cierta celeridad que complementa a las acciones judiciales mientras se espera su resultado.³⁵

Pese a lo anterior, los mecanismos no judiciales no suplen las acciones institucionales, porque no siempre constituyen una base confiable a la que pueden acudir con seguridad los afectados por determinada conducta corporativa, y porque adolecen de límites como, por ejemplo, el hecho de que la transgresión de los estándares voluntarios no genera consecuencias jurídicas o exigibilidad en términos de acceso a la justicia y reparaciones por parte de los afectados, salvo en términos indirectos, como se examinará más adelante. Puede ocurrir, además, que las asimetrías de poder (a las que se ha referido César Rodríguez Garavito como un factor con incidencia problemática en sus estudios sobre los códigos corporativos³⁶) sean una causa de la existencia de estándares voluntarios sin una contrapartida de *hard law* en múltiples Estados o de la excesiva vaguedad o poca ambición de su contenido; o un factor que incida en la falta de “dientes”, ambición o efectividad de los códigos o declaraciones empresariales cuando no haya un interés y compromiso genuino frente a ellos.

Por otra parte, es posible que la cultura corporativa tampoco pueda ser generada acudiendo de forma exclusiva a estándares voluntarios, en tanto, como ha considerado Jim Deloach:

³⁵ Vid., por ejemplo, “Third Party Complaint Process for Breaches to the Adidas Group Workplace Standards or Violations of International Human Rights Norms”, disponible en <https://www.adidas-group.com/media/filer_public/3a/a8/3aa87bcf-9af9-477b-a2a5-100530e46b19/adidas_group_complaint_process_october_2014.pdf>, última visita: 2 de diciembre de 2019; y Michael Kourabas, “Adidas Creates Human Rights Complaint Process”, *Triple Pundit*, 6 de noviembre de 2014, disponible en <https://www.adidas-group.com/media/filer_public/3a/a8/3aa87bcf-9af9-477b-a2a5-100530e46b19/adidas_group_complaint_process_october_2014.pdf>, última visita: 2 de diciembre de 2019, a la luz de los comentarios a los principios 25 a 28 de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de 2011, donde se clarifica que puede haber mecanismos no judiciales y no estatales de reclamación que complementen a los jurisdiccionales, por ejemplo para reforzarlos, ofrecer posibilidades más amplias de reparación o facilitar el examen de numerosas reclamaciones, entre otras posibilidades.

³⁶ César A. Rodríguez Garavito, “Códigos de conducta y derechos laborales en maquilas de México y Guatemala”, op. cit., pp. 5-7, 13.

“While a written code formalizes certain aspects of the organization’s commitment to ethical behavior and is an integral part of the governance process, it is neither a panacea, nor a substitute for a commitment at all levels of the organization to align personal interests with the organization’s interest” (subrayado añadido).³⁷

Adicionalmente, en lo concerniente a la generación de cambios sociales y culturales, tampoco puede ignorarse que las normas despliegan en ocasiones efectos expresivos o simbólicos, especialmente cuando hay agentes normativos en los que se confía en la sociedad.³⁸ Curiosamente, algunos códigos empresariales pueden contener disposiciones o experiencias interesantes que puedan ser emuladas, respaldadas o potenciadas desde el Estado o el derecho internacional, pudiéndose convertir así las empresas u otros actores no estatales que adoptan estándares en emprendedores normativos privados. A su vez, tampoco es conveniente considerar que una mera reiteración acrítica por parte del derecho interno o internacional de lo que digan los códigos empresariales necesariamente constituye un esfuerzo suficiente de regulación institucional suficiente, en tanto ellos pueden ser poco ambiciosos o reflejar meramente un interés propio y egoísta de quienes los adoptan, sin que necesariamente puedan considerarse como un desarrollo progresivo.

En cuanto a los límites de la regulación privada voluntaria, distintas experiencias pueden ser reveladoras. Por ejemplo, los estudios sobre derecho y literatura han explicado cómo en las obras literarias pueden encontrarse interesantes análisis críticos sobre cómo el derecho es percibido e impacta en la vida cotidiana de los seres humanos, y cómo se describe y piensa sobre el derecho por parte de diversos actores sociales (a esto alude el binomio *law in literature* y *law as literature*).³⁹ Al respecto, y en cuanto al tema que nos ocupa, existe una interesante novela escrita por Corban Addison (abogado ac-

³⁷ Jim Deloach, “The Code of Conduct – A Cornerstone for Effective Governance”, *Corporate Compliance Insights*, 30 de junio de 2016, disponible en <<https://www.corporatecomplianceinsights.com/code-conduct-cornerstone-effective-governance/>>, última visita: 10 de junio de 2019.

³⁸ Cass R. Sunstein, “On the Expressive Function of Law”, op. cit., pp. 2025, 2030-2031.

³⁹ Ver, por ejemplo, la presentación de la profesora Melanie Williams en: Schuchlich Law, Exeter School of Law, “The Utility of ‘Law and Literature’ to Legal Education”, *YouTube*, 18 de marzo de 2014, disponible en <<https://www.youtube.com/watch?v=WHFFzZIKuDI&t=334s>>, última visita: 10 de junio de 2019.

tivista) titulada *A Harvest of Thorns*, en la que se narra, entre otras cosas, el aprovechamiento y beneficio frente a abusos de derechos humanos y derechos laborales por parte de una empresa en su cadena de suministro, y cómo muchas declaraciones de “voluntad” pueden ser meros ejercicios de imagen y relaciones públicas que no inciden en la práctica, al no tener la misma prioridad que si tienen los objetivos de lucro trazados por los actores corporativos. Al respecto, son interesantes las siguientes líneas de la novela:

“So now the discussion has turned from profits to losses, from trading on our positive brand image and generating historic fourth-quarter sales, to piecing together the shards of our corporate dignity and shoring up investor confidence before our market cap falls off a cliff [...] Now Josh was beginning to understand. The story Presto had delivered to the world, a story about authorized suppliers and color-coded lists and the company’s unwavering commitment to worker safety, was not merely a half-truth packaged for public consumption.

It was a bald-faced lie”.⁴⁰

Efectivamente, existen tres riesgos interrelacionados que pueden generarse si se considera que las declaraciones empresariales constituyen marcos normativos suficientes en términos de garantizar el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas: (i) su posible empleo estratégico para ofrecer una imagen positiva de las empresas incluso cuando no ofrezca resultados significativos o un compromiso real, (ii) la denominada captura corporativa y (iii) la generación de la creencia de que es innecesaria una regulación internacional, proveniente de un tratado u otra fuente.

En cuanto a lo primero, estando preponderantemente motivadas por el afán de lucro, las empresas pueden percibir que es posible obtener beneficios si ofrecen una *aparencia* de respeto de los derechos humanos, con independencia de si su compromiso (factor crucial en términos de la efectividad de las declaraciones empresariales)⁴¹ es real o no, tal y como se pone

de manifiesto en estudios que se han realizado sobre cómo *convencer* al público y a los consumidores, mediante manipulaciones (no siendo los seres humanos agentes plenamente racionales ni con plena información y libertad⁴²), sobre su responsabilidad social, tal y como ha sido denunciado por parte de algunos.⁴³ Este riesgo de manipulación exige no dejarse distraer por alegaciones sobre una falsa y supuesta falta de necesidad de crear y supervisar estándares de “derecho duro” que obedecería a la existencia de declaraciones y códigos empresariales; y también hace que siempre sea necesario que terceros de forma crítica la veracidad y efectividad de las declaraciones emitidas por las empresas, según se apunta en la sección 3. Por otra parte, se ha dicho que las declaraciones empresariales pueden carecer de un impacto real cuando:

“Business codes do not influence behavior because as Ladd posits “those to whom it is addressed and who need it the most will not adhere to it anyway [...] Moreover, business codes are viewed as mere window-dressing [...], providing “superficial and distracting answers” to the question of how to promote ethical behavior in corporate life” [...] and are less effective than sector codes or laws”⁴⁴ (subrayado añadido).

Lo anterior obedece a distintas razones. Por una parte, en virtud de la voluntariedad de las declaraciones, el hecho de que los códigos empresariales no suelen ser en sí mismos jurídicamente vinculantes impide a los afectados reclamar directamente su violación e invocar

⁴² Konstantinos Efstathiou, “An irrational choice: behavioural economist wins Nobel Prize”, *Bruegel.org*, 16 de octubre de 2017.

⁴³ Vid. George Monbiot, “Advertising and academia are controlling our thoughts. Didn’t you know?”, *The Guardian*, 31 de diciembre de 2018 (“Another paper considered how to persuade sceptical people to accept a company’s corporate social responsibility claims, especially when these claims conflict with the company’s overall objectives. (An obvious example is ExxonMobil’s attempts to convince people that it is environmentally responsible, because it is researching algal fuels that could one day reduce CO2 – even as it continues to pump millions of barrels of fossil oil a day). I hoped the paper would recommend that the best means of persuading people is for a company to change its practices. Instead, the authors’ research showed how images and statements could be cleverly combined to “minimise stakeholder scepticism””), criticando escritos como: Jeff Joreiman, Richie Liu y Ioannis Kareklas, “Images Paired with Concrete Claims Improve Skeptical Consumers’ Responses to Advertising Promoting a Firm’s Good Deeds”, *Journal of Marketing Communications*, Vol. 24, 2016 (donde se dice “it is possible that the beneficial impact of images in the present study may be due, in part, to their ability to grab the reader’s attention. If true, ads with images backing up a company’s CSR claims could increase the likelihood that skeptical consumers would process such ads. Future research using eye-tracking software could prove useful in testing this proposition”).

⁴⁴ Muel Kaptein y Mark S. Schwartz, op. cit., p. 112.

⁴⁰ Corban Addison, *A Harvest of Thorns*, Regulus Books, 2017.

⁴¹ Al respecto, se ha dicho que “Strong outcome effectiveness depends on the serious commitment of business actors, top management in particular, and must involve not only external communicative efforts but also strong and strategic leadership inside the organizations involving the strategic measurement of goal attainment and effective employee trainings”. Fuente: Sarah Margaretha Jastram y Jenny Klingenberg, “Assessing the Outcome Effectiveness of Multi-Stakeholder Initiatives in the Field of Corporate Social Responsibility – The Example of the United Nations Global Compact”, *Journal of Cleaner Production*, Vol. 189, 2018, p. 782.

derechos basados en ellos como base de pretensiones jurídicas *directas*. No obstante, frente a los posibles efectos indirectos (no suficientes) es cierto que, como ha afirmado la *International Law Association*:

“Many non-State actors, e.g. corporations and armed opposition groups, commit themselves to upholding international law. However, they tend to do so as a matter of policy/soft law than as a matter of hard law. In so doing, they may avoid legal accountability. There may nevertheless be doctrines and principles that could be used to harden these soft commitments into hard law (duty of care/negligence/ corporate organization/legitimate expectations/good faith/unilateral act...)”⁴⁵ (subrayado añadido).

En un sentido igualmente relevante, se dijo por parte de la Corte Suprema del Reino Unido en el caso *Vedanta* que es posible tener en cuenta las declaraciones públicas (“published statements”) de una empresa al momento de analizar, por ejemplo, su grado de intervención en las operaciones de una empresa subsidiaria.⁴⁶

¿Y qué puede decirse de los informes de las empresas que pregonan mejoras en su desempeño en términos de derechos humanos a la luz de instrumentos voluntarios de hetero- o auto-regulación? Este tipo de proclamas pueden constituir lo que se ha denominado como *window-dressing* y *bluwashing*, conceptos que aluden a estrategias consistentes en resaltar aspectos positivos, por mínimos que sean, como meros distractores que ocultan la existencia de deficiencias o problemas que pueden ser, incluso, graves. Este panorama especialmente problemático cuando haya una ausencia de mecanismos objetivos e independientes de supervisión y control. Al respecto, Estefanía Amer ha dicho, en relación con un ejemplo de hetero-regulación *voluntaria* como lo es el Pacto Mundial o *Global Compact*, que:

“[C]ritics report that (a) the UNGC principles are incomplete and vaguely defined and (b) their implementation is company-controlled and there are no external verification or sanction mechanisms [...] the fact that companies do not have to report on each of the 10 principles is a significant deficiency of the COP policy (Sethi & Schepers, 2014) that increases the risk of “bluewashing.” The vagueness of the principles and the lack of clear reporting guidelines also result in a high level of heterogeneity

⁴⁵ International Law Association, Non-State Actors Committee, Report: Preliminary issues for the ILA Conference in Rio de Janeiro, August 2008, 2008, p. 3.

⁴⁶ Corte Suprema del Reino Unido, *Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v Lungowe and others (Respondents)*, Sentencia, 10 de abril de 2019, párrs. 55, 58-59.

in the COP’s content, format, and quality that facilitates “bluewashing” [...] The effectiveness of the UNGC and the COP mechanism to achieve transparency, accountability, and long-term sustainability [...] relies on the stakeholders’ ability to expose business participants that fail to comply with the COP policy and/or “bluewash” by selectively disclosing positive information about their implementation of UNGC principles, while omitting negative information on their failings in the domain of CSR (Lyon & Maxwell, 2011). Indeed, even UNGC advocates such as Kell and Levin (2003) report that, apart from the COPs and the public scrutiny of the business participants’ behavior, little else prevents these participants from “bluewashing.” [...] literature reports that private actors, such as NGOs and other civil society members, consumers, the media, and investors, are able to pressure companies to become more socially and environmentally responsible”.⁴⁷

Como pone de manifiesto la anterior cita, los riesgos de que los códigos empresariales se usen como distractores frente a la necesidad de que se expidan normas en los derechos e internacional se incrementan en la medida en que los estándares voluntarios sean más vagos y en cuanto menor sea la supervisión de su cumplimiento. Esta consideración coincide con lo concluido en estudios del economista Barak D. Richman en su libro *Stateless Commerce: The Diamond Network and the Persistence of Relational Exchange*. En esta obra, el autor sostiene que los estándares de regulación privada tienen mayor efectividad y existe mayor confianza frente a ellos, incluso por parte de los participantes que los adoptan, en tanto haya un elemento institucional de supervisión e implementación de sus disposiciones, lo cual incluso fue relevante en relación con la llamada *lex mercatoria*.⁴⁸ En un sentido similar, César Rodríguez Garavito ha considerado que las asimetrías de poder entre Estados, empresas e individuos exigen que se concedan garantías y protección por parte de mecanismos institucionales a

⁴⁷ Estefanía Amer, “The Penalization of Non-Communicating UN Global Compact’s Companies by Investors and Its Implications for This Initiative’s Effectiveness”, *Business & Society*, Vol. I-37, 2015, pp. 6-7, 9.

⁴⁸ Vid. nota 2, supra; Barak D. Richman, op. cit., pp. 357-358 (“Some argue that what makes *lex mercatoria* work is that it arises from autonomous communities and not from formal political bodies [...] Several scholars have observed, however, that medieval trade did not not and could not have relied on the self-policing of merchants, and that enforcement of medieval commercial trade was not as divorced from sovereign authority as some have argued. Stephen Sachs (2006), for example, points to the thirteenth-century abbey of Saint Ives and reports that merchants invoked the coercive power of local courts to adjudicate their dispute and enforce judgments”).

favor de los afectados.⁴⁹

Sobre estas cuestiones, distintas opiniones concuerdan en resaltar la necesidad, y no una mera conveniencia, de que exista un mecanismo independiente de verificación del cumplimiento de los compromisos asumidos por distintos actores en esquemas voluntarios de regulación. Esto obedece al hecho de que, en caso contrario, su efectividad podría quedar menoscabada. En este sentido, por ejemplo, Khaled Fayyad ha sostenido, en relación con el proceso de Kimberley, que:

“The success of the Kimberley Process depends, in large part, on voluntary participation, self-policing and peer-review [...] Without an independent entity to provide effective oversight and enforce the certification requirements, states are left with little incentive to adhere to them”.

Siendo esto así, se debe preguntar qué efectos, deseados conscientemente o no, pueden producirse como consecuencia de la distracción generada por las estrategias e iniciativas de regulación voluntaria. Uno de ellos alude al segundo de los riesgos que pueden generarse si se cree que las declaraciones empresariales son suficientes para lidiar con asuntos de derechos humanos, los cuales fueron mencionados líneas atrás: el riesgo de la denominada “captura corporativa”. Este concepto corresponde a una dinámica identificada por órganos de la sociedad civil como *Friends of the Earth* y *ESCR-Net*,⁵⁰ definida de la siguiente manera:

“Conceptually, ‘corporate capture’ refers to the means by which an economic elite undermine the realization of human rights and the environment by exerting undue influence over domestic and international decision-makers and public institutions. In this sense, corporate capture acts as a ‘root cause’ of many corporate human rights abuses”.⁵¹

La captura corporativa consistiría, entonces, en la excesiva incidencia de las empresas en la determinación del contenido y naturaleza de los estándares relativos a su conducta, entre otras, en términos de derechos humanos, y su amoldamiento a *sus* intereses (no necesaria-

mente a aquellos sobre protección de la dignidad humana). Al tener un interés propio frente a las iniciativas de regulación, su incidencia jamás debería ser excesiva ni del todo determinante, pues ello puede redundar en perjuicio de las perspectivas de conseguir una regulación efectiva que ataje deficiencias y vacíos normativos de manera apropiada. Así, por ejemplo, George G. Brenkert ha sostenido que:

“[T]he strong objections raised by business against the Draft Norms [on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with regard to Human Rights] proposed view of human rights as direct international legal obligations led to the collapse of this initiative. Business’s objections were importantly self-interested in nature”.⁵²

Además del riesgo que supone dejar la determinación del contenido de estándares de respeto de los derechos humanos a los actores destinatarios de aquellas normas, consistente en la posibilidad de que diseñen normas sin un contenido significativo o que, ante la ausencia de potenciales consecuencias relevantes ante la inacción o la desidia empresarial, las corporaciones opten por no asumir compromisos relevantes,⁵³ el interés de las empresas podría llevarles a ellas, o incluso a otros actores (como los Estados, por ejemplo) con intereses de por medio, a argumentar que supuestamente es innecesaria la regulación de la conducta empresarial a través de normas vinculantes de derecho interno o internacional cuando existan estándares voluntarios.⁵⁴

Dicho lo anterior, si bien se defiende en este escrito la necesidad de adoptar regulaciones vinculantes complementarias, conviene mencionar que algunos autores sostienen que las empresas siempre están obligadas

⁴⁹ César Rodríguez Garavito, “Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning”, en César Rodríguez Garavito (ed.), *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, Oxford University Press, 2017, pp. 24-25.

⁵⁰ Friends of the Earth International, “Corporate capture explained”, disponible en <<https://www.foei.org/what-we-do/corporate-capture-explained>>, última visita: 10 de junio de 2019.

⁵¹ ESCR-Net, “About Corporate Capture”, disponible en <<https://www.escr-net.org/corporateaccountability/corporatecapture/about>>, última visita: 10 de junio de 2019.

⁵² Khaled Fayyad, “The Kimberley Process and the Unfulfilled Promise of a Conflict-Free Diamond Industry,” *Seminar on Corporations & International Law*, 2018, disponible en <<https://sites.duke.edu/corporations/2018/05/07/the-kimberley-process-and-the-unfulfilled-promise-of-a-conflict-free-diamond-industry/>> (última visita: 30 de abril de 2019).

⁵³ S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, op. cit., p. 200 (“Corporate leaders had correctly realized that Kofi Annan did not have strong support from other UN bodies and thus participation in the UNGC would not temper criticism from the UN Program agencies. Hence, they were unwilling to make a meaningful commitment to the UNGC”).

⁵⁴ Se ha dicho, por ejemplo, que las declaraciones voluntarias de las empresas “engender public trust through “reputation effect” [...] From the public’s perspective, voluntary codes avoid the need for further governmental regulation with the prospect of onerous regulatory conditions”. Fuente: S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, op. cit., p. 195.

por un deber de no contravenir de derecho imperativo o *ius cogens*, según ha afirmado, por ejemplo, Roland Portmann;⁵⁵ y que las empresas pueden tener obligaciones implícitas en materia de derechos humanos, según ha argumentado Jordan Paust⁵⁶ y se sostuvo por un tribunal arbitral en el marco del CIADI en el caso Urbaser.⁵⁷ Efectivamente, si el derecho imperativo es absoluto y no admite ninguna excepción a su prevalencia, y hay actores capaces de violarlo en la práctica, puede argumentarse que así como hay poderes implícitos de sujetos como las organizaciones internacionales, también podrían tener obligaciones implícitas de respetar el derecho imperativo, en tanto el mismo no admite excepción alguna.⁵⁸

En cuanto a la invocación de los estándares voluntarios como excusa para justificar una supuesta (que rechazo) inconveniencia o falta de necesidad de adoptar regulaciones vinculantes, algunos académicos han dicho que a las empresas (pero no a las víctimas, olvidan decir) les “conviene” tener códigos empresariales, toda vez que los mismos tienen como un posible beneficio el hecho de que su existencia les permite “encourage the authorities to relax onerous regulations and controls”.⁵⁹ Esta alusión a la conveniencia deja entrever una noción de cálculo en términos de costo-beneficio y la elusión de cargas adicionales que impide la internalización de externalidades nocivas.⁶⁰ Tal lógica no coincide con

aquella referente a la protección efectiva e incondicional de la dignidad humana frente a *cualquier* actor que pueda afectar negativamente el goce y ejercicio de los derechos basados en ella, exigencia que subyace al derecho internacional de los derechos humanos.⁶¹

En últimas, existe un riesgo de que las empresas, o los Estados que busquen proteger sus intereses, invoquen la existencia de códigos “voluntarios”, no obstante sus limitaciones, para argumentar que no es necesario regular deberes de respeto corporativo en materia de derechos humanos en el derecho internacional a través, por ejemplo, de un tratado, o para sostener que el mismo podría afectar las iniciativas voluntarias. No concuerdo con este argumento, que ignora tanto la posible complementariedad que pueden tener las iniciativas voluntarias y obligatorias como la potencial captura corporativa y la elusión de regulación. Algunos de estos problemas han sido identificados por autores como César Rodríguez Garavito⁶² (quien alude a la “cooptación”) y Jens Martens. Este último autor ha identificado distintas estrategias empresariales y estatales contrarias a las iniciativas obligatorias que han sido empleadas en distintas etapas de la evolución del campo de las empresas y los derechos humanos para oponerse a distintas iniciativas de regulación directa o indirecta⁶³ de conductas o asuntos empresariales (incluso en relación con la propuesta de tratado presentada por Ecuador con apoyo sudafricano). Según Martens:

“TNCs and their interest groups used various strategies to undermine the initial efforts of the UN to hold companies accountable [...] The focus on values and joint learning rather than rules has remained the leitmotif of the Global Compact until today [...] The working group and its proposed Norms met with vehement opposition from corporate lobby groups [...] they used the Global Compact to campaign against their adoption [...] the ICC and the IOE described the proposed Norms as “(...) counterproductive to the UN’s ongoing efforts to encourage companies

⁵⁵ Roland Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 153, 166, 280.

⁵⁶ Jordan J. Paust, Human Rights Responsibilities of Private Corporations”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 35, 2002, pp. 812-817, 821-825; Jordan J. Paust, “The Reality of Private Rights, Duties, and Participation in the International Legal Process”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, 2004, pp. 1242-1243.

⁵⁷ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, procedimiento entre Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa (Demandantes) y la República Argentina (Demandada), Caso CIADI N° ARB/07/26, Laudo, 8 de diciembre de 2016, párrs. 1159-1161 (“La Declaración [Universal de los Derechos Humanos] no incluye ninguna referencia sobre quién sería responsable por los derechos y obligaciones resultantes de ella. Sin embargo, su lectura deja en claro que dichas obligaciones no son vinculantes únicamente para los Estados [...] los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional son vinculantes para los individuos y, por lo tanto, también para las sociedades”).

⁵⁸ Nicolás Carrillo Santarelli, *Direct International Human Rights Obligations of Non-State Actors: A Legal and Ethical Necessity*, Wolf Legal Publishers, 2017, pp. 302-306.

⁵⁹ Muel Kaptein y Mark S. Schwartz, op. cit., p. 111.

⁶⁰ Ugo A. Mattei, Luisa Antonioli y Andrea Rossato, “Comparative Law and Economics”, en Boudewijn Bouckaert y Gerrit de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, vol. 1: The History and*

Methodology of Law and Economics, Edward Elgar Publishing, 2000, pp. 515-516; Florian Faust, “Comparative Law and Economic Analysis of Law”, en Matthias Reimann y Reinhard Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 840-841.

⁶¹ Nicolás Carrillo Santarelli, *Direct International Human Rights Obligations of Non-State Actors: A Legal and Ethical Necessity*, op. cit., pp. 20, 34-36, 41, 48, 53, 57, 69.

⁶² César A. Rodríguez Garavito, “Códigos de conducta y derechos laborales en maquilas de México y Guatemala”, op. cit., pp. 12, 14, 17.

⁶³ John H. Knox, “Horizontal Human Rights Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 102, 2008, pp. 18-31.

to support and observe human rights norms by participating in the Global Compact.” [...] Over the past four decades, the United Nations has experienced several waves of efforts to introduce legally binding instruments to hold transnational corporations accountable and liable for violations of environmental, social and human rights standards [...] All these efforts met with vigorous opposition from powerful business interests and some governments. Transnational corporations and their business associations had a significant impact on shaping the agenda and the discourse at the UN and in convincing Governments [...] While opponents of legally binding instruments for TNCs declared the establishment of an international court for corporations absolutely unrealistic, investor-state dispute mechanisms have been established that enable TNCs to sue states and get compensation even for unrealized future profits [...] Since the 1980s, corporate PR experts have been extremely successful in implementing “issue management” strategies that helped to present business enterprises as good corporate citizens willing to dialogue with Governments, the UN and decent concerned stakeholders [...] ‘Multi-stakeholderism’ became the flavor of the day, and the Global Compact as well as the UN Guiding Principles on Business and Human Rights were referred to as prime examples of an approach based on consensus, dialogue and partnership with the corporate sector – in contrast to what was portrayed as old-fashioned state-centered “command and control” approaches. But this type of governance model, with its emphasis on partnerships and consensus, denies the existing conflicts between social actors [...] Labeling all actors ‘stakeholders’, as if all were equal and had the same interests, obscures the power imbalances [...] At the level of the UN, this requires, inter alia, the following steps: 1. Reversing the “corporate capture” of the UN and preventing undue influence of corporate actors on the global public agenda [...] The key question remains whether the current mainstream approach based on voluntarism and a broad consensus of all ‘stakeholders’ – a term which includes victims as well as offenders of human rights violations – is the right way to go. The evidence of ongoing human rights violations and aggressive lobbying strategies by transnational corporations suggests that it is not” (subrayado añadido).⁶⁴

De hecho, en cuanto a los actores de la sociedad civil, el mismo autor ha descrito cómo:

“Many CSOs raised more fundamental concerns over the forum. They don’t expect dialogue in a multi-stakeholder forum to lead to real changes in corporate practice and prefer other approaches and fora. Some of them were among the more than

140 participants from various CSOs around the world who gathered in Vienna, in June 2013, on the occasion of the 20th anniversary of the 1993 World Conference on Human Rights. In their Vienna+20 CSO Declaration, they criticized “non-binding, voluntary approaches that provide ‘guidance’ and recommend good corporate practice, but avoid sanctions and allow corporate abuse to continue.”⁶⁵

Por todas las anteriores razones, es posible decir que los códigos empresariales, y otras estrategias de hetero- y auto-regulación, y a pesar de las posibles ventajas que ciertamente *pueden* ofrecer en algunos casos, adolecen de límites que, en modo alguno, hacen innecesaria o desaconsejable la regulación vinculante de la conducta empresarial en los derechos interno e internacional y, de forma complementaria a ellos, a través de otras estrategias sociales. A continuación, se examinarán algunas estrategias y factores que pueden llenar vacíos de protección de los estándares voluntarios.

4 Factores normativos, de legitimidad y sociales que pueden potenciar la posible complementariedad positiva de los estándares voluntarios

El análisis que se ha venido ofreciendo hasta este momento postula que las declaraciones empresariales en términos de políticas frente a los derechos humanos pueden generar ciertos efectos positivos en términos de cultura y conducta, pero que no conviene ni puede confiarse el respeto empresarial de los derechos humanos exclusivamente a ellas.

Después de todo, al hablar de estándares normativos, conviene recordar que autores como Hans Kelsen han hecho hincapié en el hecho de que, frente al deber ser trazado por las normas, es menester recordar que ellas pueden ser transgredidas en la práctica por sus destinatarios. Esta es la razón por la cual se prevén sanciones y otras consecuencias en el propio derecho frente a los incumplimientos.⁶⁶ El anterior análisis también

⁶⁵ Ibid., p. 22.

⁶⁶ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Eudeba – Universidad de Buenos Aires, 2009, pp. 54 y ss., en donde se dice que: “la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión “debe ser” está desprovista de todo sentido moral [...] En una regla de derecho la consecuencia imputa-

⁶⁴ Global Policy Forum et al, “Corporate Influence on the Business and Human Rights Agenda of the United Nations,” Working Paper, 2014, pp. 7, 9-11, 27-29.

puede predicarse de estándares no jurídicos. En otras palabras, las normas pueden ser fácticamente violadas sin que ello niegue su existencia. Precisamente, siempre se corre un riesgo de que los actores que tengan responsabilidades expresas o implícitas frente a los derechos humanos, como lo son las empresas, contravengan las normas en las que ellas se prevén. Las obligaciones en pueden ser *correlativas* a la posibilidad de goce y ejercicio efectivos de los derechos humanos, tal y como ha explicado John H. Knox al estudiar la horizontalidad del derecho internacional de los derechos humanos.⁶⁷ Si esto es así, también puede darse el caso de que las empresas contravengan estándares no vinculantes, máxime cuando su desconocimiento no les acarrea un riesgo real de condena jurídica. Esto exige fomentar presiones y controles por parte de terceros, como se explica más adelante.

En resumen, puede decirse que las empresas, a través de sus agentes, tienen la capacidad fáctica de transgredir con su conducta estándares referentes a los derechos humanos. Ellos pueden encontrarse tanto en el derecho interno e internacional como en el ámbito del *soft law* o de normas no vinculantes, incluidas las plasmadas en códigos empresariales u otras categorías de declaraciones de regulación privada. Este panorama permite corroborar la importancia y necesidad de que se complementen los estándares no obligatorios normas “duras” o vinculantes, en virtud de dos razones. Por una parte, porque si estas últimas no existiesen, no habría ninguna consecuencia jurídica *directa* del incumplimiento de los estándares *voluntarios*. Otra cosa acontece con los efectos indirectos que pueden tener las declaraciones empresariales, que merced al juego del principio general de la buena fe pueden constituir el fundamento de reclamaciones basadas en el respeto a la palabra dada o a las *expectativas legítimas* (expresión que tanto gusta al inversor extranjero en cuanto al trato justo y equitativo, esto sí, para reclamar, y no para responder, ¿doble rasero?), por ejemplo en el ámbito de la protección del consumidor en el derecho interno o en virtud de la aplicación del

da a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos”.

⁶⁷ John H. Knox, op. cit., pp. 2-3.

estoppel u otras figuras propias del derecho internacional basadas, por ejemplo, en el principio general de la buena fe, como ha argumentado la *International Law Association*, según se expuso párrafos atrás.

Esta situación relativa a la posible ausencia de un mecanismo de reclamación directamente basado en el incumplimiento de un estándar voluntario, en caso de acompañarse de la ausencia de normas vinculantes sobre responsabilidad empresarial, dejaría desamparadas a las personas afectadas por determinadas conductas corporativas. Tal vacío de protección no se compadece con la exigencia de que la dignidad humana sea protegida de forma *incondicional y efectiva*, características que incluyen la exigencia de protección frente a cualquier amenaza, independientemente de la identidad del agresor.⁶⁸ En consecuencia, es menester identificar las normas existentes en la *lex lata* y esforzarse por complementarlas mediante regulaciones que ofrezcan aclaraciones y, además, llenen vacíos de protección *de lege ferenda*. Entre estos esfuerzos, puede identificarse la iniciativa del proyecto de tratado sobre empresas y derechos humanos que, no obstante, no puede ser considerado como la única posible fuente o iniciativa posible en el ámbito, especialmente por los límites de contenido que tendrá (en caso de que algún día culmine con éxito), probablemente como consecuencia del juego de la política en la fase inicial de negociación.

En segundo lugar, incluso en caso de identificarse normas vinculantes cuya obediencia pueda exigirse (en términos *erga omnes*, por los intereses en juego) a las empresas, cabe decir que la capacidad fáctica que tienen las empresas y otros actores de incumplirlas llama la atención sobre la importancia de que existan mecanismos de reclamación que permitan ventilar las controversias y permitir la reclamación de reparaciones y cumplimiento. Este requisito es especialmente importante debido al hecho de que en el derecho internacional las normas sustantivas no siempre van acompañadas de otras de naturaleza procedimental que permitan hacer efectivo su cumplimiento, según han explicado Higgins y Clapham.⁶⁹ En consecuencia, y concordando con lo expresado al respecto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, considero que es indispensable que siempre debe garantizarse, cuando menos,

⁶⁸ Vid. nota 61, supra.

⁶⁹ Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006, p. 74.

el acceso a recursos judiciales de reclamación, en virtud de las garantías de independencia, imparcialidad y acceso a la justicia que ellos deben ofrecer, y por la expectativa de un resultado *vinculante* para las partes en la controversia.

Dicho esto, no puede desconocerse que, por un lado, los cambios sociales, reivindicativos y estructurales en términos de derechos humanos no pueden generarse exclusivamente por medio de acciones como las judiciales u otras basadas en el derecho positivo, las cuales en ocasiones resuelven **únicamente casos puntuales** y tienen un impacto limitado⁷⁰ que, no obstante, es necesario garantizar. No obstante, conviene reconocer que los pronunciamientos judiciales pueden tener un impacto más amplio a la luz de consideraciones sobre control de convencionalidad, decisiones piloto o exigencias de enfrentar situaciones (“estados de cosas”) inconstitucionales, siguiendo criterios esbozados por las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos y la Constitucional de Colombia.⁷¹

Las decisiones judiciales, adicionalmente, han de basarse en buena medida en verdaderas *fuentes* del derecho o procesos de creación normativa vinculantes y exigibles, confirmándose así la necesidad de que exista un *hard law* aplicable a las empresas, tanto interno como internacional. Este último cumplir funciones de armonización (no necesariamente con uniformidad), integración y/o unificación (de estándares y valores, en términos de mínimo común denominador, compromiso o la identificación de la “mejor solución”),⁷² según el caso. Las necesidades de protección exigen la existencia de acciones judiciales con resultados obligatorios y procedimientos vinculantes; y ellas requieren, a su vez, normas que sean vinculantes para las empresas.

⁷⁰ Vid. Amartya Sen, op. cit., pp. 319, 321, 329, 342-345.

⁷¹ Vid. María Carmelina Londoño Lázaro y Nicolás Carrillo Santarelli, “The Control of Conventionality: Developments in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights and Its Potential Expanding Effects in International Human Rights Law”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 22, 2019, pp. 320-330; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Factsheet – Pilot judgments”, Press Unit, 2019; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025/04, 22 de enero de 2004.

⁷² Rainer Arnold, “European constitutional law: its notion, scope and finalities”, en Antonina Bakardjieva Engelbrekt y Joakim Nergelius, *New Directions in Comparative Law* (eds.), Edward Elgar, 2009, p. 106; Mathias Siems, *Comparative Law*, segunda edición, Cambridge University Press, 2018, p. 5; Martin Gebauer, “Unification and Harmonization of Laws”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2009.

El derecho internacional puede contribuir a evitar que existan vacíos de coordinación que permiten a las empresas y sus agentes incurrir en acciones como los “saltos de jurisdicción” (riesgo del que incluso se ha hablado en el seno del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos)⁷³ y la elusión de controles internos con aprovechamiento de figuras propias del derecho societario. También puede ayudar a desestimular o prevenir dinámicas de *forum shopping* y *race to the bottom* desencadenadas, entre otras posibilidades, por el afán de atraer más inversión cuando no existan estándares comunes regionales o mundiales. Ciertamente, en el seno del derecho internacional pueden desarrollarse estándares comunes básicos o mínimos que sean exigibles en determinada región (como puede acontecer en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos) y a nivel global en el derecho internacional general (consuetudinario o vía principios generales, por ejemplo), previniendo e impidiendo una bilateralización excesiva de las negociaciones sobre estándares aplicables que termine socavando garantías de los derechos humanos cuando una parte hegemónica impida su inclusión o reconocimiento. Sobre este papel del derecho internacional y su potencial de facilitar la obtención de un objetivo de “*levelling the playing field*”, Estefanía Amer ha manifestado que:

“The emergence of voluntary initiatives such as the UNGC is due, at least in part, to the belief that state actors and international organizations, even if they cooperated, are presently unable to handle global problems alone (Deva, 2006). Governments often lack the capacity and the will to regulate at the national level to protect the environment and society from the impact of business activity because such regulation could render their nations less attractive to global investors (Nolan, 2005). Moreover, economic globalization has created “global governance gaps” (Voegtlin & Pless, 2014, p. 179), and the complexity and interdependency of the global governance challenges call for a “multistakeholder solution” (Baccaro & Mele, 2011, p. 457), in which different types of public and private actors with different types of expertise

⁷³ Consejo de Derechos Humanos, “Informe del primer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante”, A/HRC/31/50, 5 de febrero de 2016, párr. 50, en donde se expresó preocupación por parte de un Estado por el hecho de que “las empresas podían cambiar de jurisdicción” (en la versión en inglés, quizás más dicente y clarificadora, se narra que el Estado en cuestión “noted that national action plans were neither integrated nor uniform, and that companies could jump from one jurisdiction to another”).

cooperate across borders and generate rules about the business sector's role and practices (Willke, 2009). Although national and global governance regimes rely both on hard and soft approaches to regulation, such as mandatory disclosure schemes, to achieve environmental and social targets (Lyon, 2009), hybrid systems in which the public sector, civil society, and the private sector form a coalition to address specific issues are an interesting and potentially effective response to an increasing demand for governance able to achieve sustainable development (Delmas & Young, 2009).⁷⁴ (subrayado añadido).

Dicho todo lo anterior, como también se argumentó líneas atrás, no puede negarse que las declaraciones empresariales en materia de derechos humanos tienen en ocasiones el *potencial* de contribuir a complementar otros esfuerzos en pos de generar cambios que incrementen y robustezcan las perspectivas de respeto empresarial (el cual exige no sólo omisiones y abstenciones sino, además, que las empresas incurran en esfuerzos para evitar impactos negativos).⁷⁵ A nuestro juicio, existen una serie de factores que pueden incrementar las probabilidades de que ello sea así.

En primer lugar, y teniendo en cuenta la importancia, incluso en términos de *rule of law*, de regular la conducta de actores no estatales que (como las empresas) tienen un poder fáctico que les hace ser capaces de afectar arbitrariamente el goce y ejercicio de intereses como los derechos humanos,⁷⁶ resulta interesante tener en cuenta, de forma análoga, criterios de “publicness” o publicidad que, a juicio de Benedict Kingsbury, han de ser observados por aquellos actores que tengan la capacidad fáctica de operar como cuasi-administradores en un espacio jurídico global, con el fin de evitar abusos, facilitar posibilidades de revisión y reclamación, e incrementar las garantías de los afectados y *stakeholders*.⁷⁷

Según Kingsbury,⁷⁸ los criterios en cuestión responden a exigencias básicas del derecho público, y consisten en los siguientes requerimientos que podemos ajustar al ámbito examinado de la siguiente manera: legalidad,

alusiva a una carga de actuar de conformidad con reglas del sistema, lo que supone en el caso de las empresas y los derechos humanos que ellas se comprometan con cumplir con su deber de respeto, tanto frente a expectativas sociales como a exigencias jurídicas y, además de observar este segundo pilar de las empresas y los derechos humanos, también supone que las empresas no emprendan acciones que puedan menoscabar los dos restantes (exigiéndoles, por ejemplo, no hacer *lobby* ni ejercer presión para disminuir controles y recursos de los Estados); racionalidad, o deber de explicar las razones tras las decisiones tomadas por determinado actor, pudiendo efectuar las empresas la promesa de comportarse de esta manera y, yendo más allá de lo exigido estrictamente por el principio, pueden comprometerse a actuar con transparencia y honestidad (por ejemplo, en materia de publicidad o acciones de las empresas de tecnología que tienen a su cargo redes sociales), lo cual favorecerá la posibilidad de que haya un acceso efectivo a remedios y reclamaciones (de nuevo se observa cómo, según ocurre con la legalidad, hay una interrelación entre los tres pilares de las empresas y los derechos humanos y las declaraciones empresariales pueden favorecerlos a todos, no sólo al de respeto empresarial); tener en cuenta consideraciones de proporcionalidad en la toma de decisiones (lo que se relaciona con ponderaciones y **análisis de proporcionalidad** entre principios o derechos, dinámica y requisito que, para algunos autores, se exige incluso en relaciones entre particulares y no sólo cuando actúa el Estado, según ha expuesto Andrew Clapham);⁷⁹ respeto de los derechos humanos (lo que es evidentemente pertinente en el presente estudio) y, por último, el respeto de criterios de legitimidad procesal a la hora de tomar decisiones, que puede (y debe) no sólo ser prometido por parte de las empresas sino también exigido a ellas por los derechos interno e internacional. Esta legitimidad procesal puede manifestarse de diversas maneras relevantes en el ámbito de los derechos humanos, incluso en conexión con conductas exigidas a las empresas, como por ejemplo en términos del deber de efectuar consultas previas o informar a las comunidades afectadas, cuestión que incluso ha tenido en cuenta la Corte Constitucional colombiana como pertinente a la hora de determinar el cumplimiento de la debida diligencia empresarial.⁸⁰

⁷⁴ Estefanía Amer, op. cit., p. 4.

⁷⁵ Vid. nota 27, supra.

⁷⁶ Janne E. Nijman, “Non-state actors and the international rule of law: Revisiting the ‘realist theory’ of international legal personality”, *Amsterdam Center for International Law Research Paper Series*, 2010, pp. 5-16, 40.

⁷⁷ Benedict Kingsbury, “The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, 2009, pp. 25-26, 28-31, 33, 38-41.

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 31-33.

⁷⁹ Andrew Clapham, op. cit., p. 531.

⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU123-18, Expediente No. T-4.926.682, Magistrados ponentes Alberto Rojas Ríos y

He realizado la alusión a la legitimidad en conexión con criterios procesales de forma deliberada, en tanto estimo que cuanto mayor sea la percepción de la legitimidad de los procesos de toma de decisiones sobre la conducta empresarial, de las promesas y declaraciones corporativas y de las normas internas e internacionales que regulen directa e indirectamente aquella conducta, mayores probabilidades habrá de que las distintas iniciativas complementarias, incluyendo a los códigos empresariales, sean interiorizados y seguidos por los agentes de las empresas y, además, exigidos y valorados positivamente por terceros. Esto es así toda vez que el grado de legitimidad de un estándar (el cual, según argumentó Thomas Franck,⁸¹ además de ser evaluado en cuanto a dimensiones procesales también puede ser analizado desde un punto de vista sustantivo referente a su contenido) puede incidir en el nivel de obediencia del mismo, según ha sido estudiado por Harold Koh.⁸²

En cuanto a la legitimidad procesal, conviene considerar que se ha dicho que, con respecto a la efectividad, "A code is nothing, coding is everything";⁸³ y además se ha resaltado la importancia de la participación de empleados y comunidades afectadas en la etapa de monitoreo, lo que se relaciona con "pesos y contrapesos" a la actividad empresarial⁸⁴ y, además, con un incremento de la legitimidad que puede contribuir a una mayor efectividad de los estándares aplicables.⁸⁵ Adicionalmente, en relación

con la percepción de la justificación de los códigos empresariales y su impacto en su observancia, se ha afirmado lo siguiente:

"[M]any standards are either not clearly tied to business integrity or done so rather marginally. Oftentimes, this means employees view standards of conduct simply as additional company policies with little rhyme or reason to them. At worst, employees may see such standards as whimsical and arbitrary. Employees are more likely to see standards that clearly link with business integrity as the right thing to do and good for the business because the standards are appropriately justified [...] Typical linkages may include with: (i) the company's values, (ii) such generic principles as integrity, honesty, trust or fairness, (iii) an activity's impact on constituents, including stakeholders, (iv) to potential risks to inappropriate actions, or (v) to external standards, such as industry or legal rules"⁸⁶ (subrayado añadido).

Por otra parte, también se ha dicho que los fenómenos de regulación privada no pueden ser considerados como legítimos si no cumple con objetivos relacionados con ciertas nociones de "justicia";⁸⁷ y que la legitimidad de los estándares creados por los actores no estatales puede ser examinada desde perspectivas tanto de aceptación social como ética, moral y jurídica.⁸⁸

Junto a los criterios de "publicidad" o *publicness*, y precisamente debido a la posibilidad de que haya exigencias de cumplimiento que provengan de terceros (incluyendo a afectados y activistas), merced a iniciativas de *shaming* y *naming* y a estrategias no confrontacionales de socialización y persuasión,⁸⁹ una segunda categoría de factores que pueden incrementar la efectividad de las declaraciones empresariales sobre derechos humanos se relaciona con la estimulación y no obstaculización de un ambiente de "pesos y contrapesos"⁹⁰ o control de la conducta no estatal, incluyendo la empresarial, que complementa las acciones judiciales (que tienen límites en cuanto a sus tiempos e impacto inmediato frente a múltiples sujetos) e incluso pueda provenir de otros

Rodrigo Uprimny Yepes, 15 de noviembre de 2018, párrs. 13.1-13.9, 16.6, 17.9-17.10, 17.16, 22.10-23.6, 25.5.

⁸¹ Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford University Press, 2002, pp. 3-9.

⁸² Harold Hongju Koh, "Why Do Nations Obey International Law?", *The Yale Law Journal*, Vol. 106, 1997, p. 2601.

⁸³ Muel Kaptein y Mark S. Schwartz, op. cit., p. 119.

⁸⁴ César A. Rodríguez Garavito, "Códigos de conducta y derechos laborales en maquilas de México y Guatemala", pp. 28, 36.

⁸⁵ Steven Weller, "The Effectiveness of Corporate Codes of Ethics", *Journal of Business Ethics*, Vol. 7, 1988, p. 391.

⁸⁶ Jason Lunday, "Typical Weaknesses of Codes of Conduct", *Corporate Compliance Insights*, 17 de junio de 2010, disponible en <<https://www.corporatecomplianceinsights.com/typical-weaknesses-of-codes-of-conduct/>>, última visita: 11 de junio de 2019.

⁸⁷ Steven L. Schwarcz, "Private Ordering", *Northwestern University Law Review*, Vol. 97, 2002, p. 322.

⁸⁸ Anne Peters, Lucy Koechlin y Gretta Fenner, op. cit., pp. 18-19.

⁸⁹ Vid. nota 25, supra.

⁹⁰ Nicolás Carrillo Santarelli, *Direct International Human Rights Obligations of Non-State Actors: A Legal and Ethical Necessity*, op. cit., pp. 18, 100, 139, 152, 211, 350, 378.

actores. Entre ellos pueden encontrarse incluso entes pertenecientes a la industria u ONGs, consumidores, grupos de presión, los mismos Estados y otros entes, incluyendo a las propias organizaciones internacionales, que presenten demandas que consistan en exigencias genuinas de hacer lo prometido (“*walk the talk*”) y no en simples reacciones que no sean más que un simple respaldo acrítico y carente de requerimientos. Lamentablemente, tal parece ser el caso del Pacto Mundial en lo concerniente a la remoción del listado de empresas participantes (entre otros aspectos relativos a exigencias), lo que, por tal razón, contribuye a su escaso impacto positivo.⁹¹

Los controles que terceros (estatales y no estatales) efectúen pueden, por ejemplo, poner de manifiesto falsedades en las declaraciones de las empresas, algo que ya se ha verificado en medios de comunicación en el pasado en temas como el origen de productos⁹² y podría también encontrarse en relación con declaraciones sobre desempeño en materia del respeto debido a los derechos humanos. Adicionalmente, el monitoreo por parte de terceros (empleados, etc.) podría suponer, con las adecuadas estrategias, un ejercicio de presión para que un código corporativo adoptado sin gran compromiso por parte de una empresa sea implementado de forma efectiva y, de esta manera, cobre relevancia (la presión puede incluso conducir a la propia creación de códigos o mecanismos de verificación).⁹³ Incluso podría acontecer que se identifique que la perspectiva de una empresa sobre qué supone la aplicación de derechos humanos, cuando tenga una perspectiva primordial que busque maximizar ganancias, no sea robusta o incluso contradiga lo que han dicho órganos y autoridades internacionales. Así, por ejemplo, Amnistía Internacional ha cuestionado ciertas políticas empresariales en territorios palestinos ocupados, aún a pesar de que los respectivos códigos de conducta proclaman el respeto de las normas aplicables o de los derechos humanos.⁹⁴ En un sentido similar, se han cuestionado pronunciamien-

tos (*statements*) empresariales alusivos a la ausencia de un impacto negativo sobre el goce y ejercicio de derechos humanos que no han sido veraces o transparentes (por ejemplo, en materia de toxicidad o contaminación).⁹⁵

Al respecto, puede decirse que los diversos actores que pueden incurrir en este tipo de exigencias frente a las empresas son tanto aquellos clasificados⁹⁶ como teniendo un origen público o privado, local o internacional y con fines de lucro o públicos. En otras palabras, todos los actores, estatales y no estatales, están legitimados para exigir un comportamiento concorde con los derechos humanos, siendo importante permitirles a todos hacerlo para suplir las deficiencias de impacto o alcance que unos y otros puedan tener (por ejemplo, el consumidor puede tener intereses y preferencias en cuanto a costos que le hagan no asumir determinadas posturas; y una empresa puede influir en la conducta de contratantes al exigirles una conducta responsable) y complementarse mutuamente en cuanto a la generación de estímulos al cumplimiento del pilar de respeto por parte de las empresas, que pueden tener deseos de obtener ciertas reacciones y resultados de determinados actores y evitar otros: por ejemplo, para evitar la exclusión del mercado o de negocios con terceros (algo discutido en relación con la llamada *lex mercatoria*) o para mantener u obtener el acceso a financiación o préstamos de determinados fondos, lo cual puede ser un aliciente bastante relevante.⁹⁷ La relevancia del “control” de distintos actores (empresariales o no) en términos de

⁹⁵ Amnistía Internacional, *Injustice Incorporated: Corporate Abuses and the Human Right to Remedy*, 2014, pp. 37, 88.

⁹⁶ Bob Reinalda, “Private in Form, Public in Purpose: NGOs in International Relations Theory”, en Bas Arts, Math Noortmann y Bob Reinalda (eds.), *Non-State Actors in International Relations*, Ashgate, 2001, p. 12-15; Daniel Thürer, “The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State”, en Rainer Hofmann (ed.), *Non-State Actors as New Subjects of International Law*, Duncker & Humblot, 1999, pp. 46-47.

⁹⁷ Norges Bank Investment Management, “Human Rights: Expectations Towards Companies”, disponible en <<https://www.nbim.no/contentassets/0ff34e35ba1a44c3b6c2039466ccbec7/human-rights-expectations-document2.pdf>>, última visita: 11 de junio de 2019; Rob Davies, “Norway’s \$1tn wealth fund to divest from oil and gas exploration”, *The Guardian*, 8 de marzo de 2019; “Norges Bank Excludes Evergreen from Pension Fundo ver Scrapping Practices”, *Container Management*, disponible en <<https://container-mag.com/2018/01/18/norges-bank-excludes-evergreen-pension-fund-scrapping-practices/>>, última visita: 11 de junio de 2019; Nicolás Carrillo Santarelli, “La responsabilidad internacional de las empresas por complicidad en violaciones graves de derechos humanos”, en Juan Pablo Bohoslavsky (ed.), *El negocio del terrorismo de Estado: Los cómplices económicos de la dictadura uruguayana*, Debate, 2016, p. 243.

⁹¹ S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, op. cit., 206-207; Estefanía Amer, op. cit., pp. 3, 10-13, 27-28.

⁹² Annie Karni, “Companies Falsely Labeled Products ‘Made in U.S.A.’ Their Financial Penalty? \$0”, *The New York Times*, 5 de marzo de 2019.

⁹³ César A. Rodríguez Garavito, “Códigos de conducta y derechos laborales en maquilas de México y Guatemala”, op. cit., pp. 3, 6, 43-44.

⁹⁴ Amnistía Internacional, *Destination: Occupation. Digital Tourism and Israel’s Illegal Settlements in the Occupied Palestinian Territories*, 2019, Capítulo 7, p. 80.

la verificación del cumplimiento real de lo manifestado en las declaraciones empresariales, o de exigirles la asunción de compromisos y cambios, ha sido puesta de manifiesto por autores como Estefania Amer, quien ha dicho al respecto lo siguiente:

“[I]f civil society organizations, in their watchdog role, checked the COPs’ content and exposed “bluewashers,” they could pressure these business participants to actually “walk the talk” and implement the 10 principles into their operation. Although the UNGC does not allow civil society organizations and individuals to comment on corporate activities on the COPs’ webpage (Sethi & Schepers, 2014), civil society members are already voicing their discontent about some UNGC business participants’ poor ESG records and exercising their role of corporate watchdogs in the Global Compact Critic blog (United Nations Global Compact Critics, 2012) and other communication media [...] although the mandate of the UNGC does not allow the implementation of external monitoring and sanction mechanisms to prevent its participants from “bluewashing,” the role of private actors such as investors in terms of monitoring companies and penalizing those that do not “walk the talk” could actually be the key to promoting the implementation of the 10 principles by the UNGC’s business participants”⁹⁸ (subrayado añadido).

Por último, es posible considerar que un tercer conjunto de elementos que pueden incrementar la efectividad de los códigos y declaraciones empresariales que tengan componentes sobre derechos humanos y sean, así, *complementarios* a otras estrategias, incluyendo a las irrenunciables garantías judiciales (que pueden tener ciertos límites en cuanto a la prevención, salvo frente a medidas cautelares, y a la *culturización*, si no gozan de efectos simbólicos o expresivos en cuanto a su aceptación o influencia generalizada desbordando a las partes del caso concreto), es el concerniente a los aspectos identificados en la sección 1 de este artículo en relación con las exigencias del Principio Rector 16 de los Principios Rectores y otros factores que, pese a no haber sido mencionados en él, si han sido identificados en estudios sobre la efectividad de los códigos empresariales, tales como los referentes a su actualización y concreción y a la coherencia de los directivos, terceros y empleados con ellos.

⁹⁸ Estefania Amer, op. cit., pp. 10-27.

Conclusiones

César Rodríguez Garavito ha defendido una estrategia policéntrica en el ámbito de las empresas y los derechos humanos, en la que se agreguen mecanismos tanto vinculantes que enfrenten los abusos más graves y las responsabilidades de los Estados, como iniciativas de otra naturaleza, incluso de *soft law*, las cuales a su juicio no deben dejar de ser tenidas en cuenta.⁹⁹

En el presente escrito he defendido una línea argumentativa que coincide con la anterior apreciación y acoge la postura de que la protección de la dignidad humana debe además emplear herramientas de distintos niveles normativos,¹⁰⁰ toda vez que, lejos de considerar que las declaraciones y códigos empresariales deben ser rechazados y han de ser considerados *siempre* como inútiles o problemáticos en el sentido de que distraen frente a iniciativas vinculantes, los estudios sobre ellos sugieren que aquellas iniciativas de naturaleza normativa privada voluntaria pueden tener impactos positivos en términos de la posible generación de una cultura corporativa de respeto y de la creación de pasos concretos que ofrezcan, por ejemplo, mecanismos de reclamación voluntarios no judiciales que no excluyan ni nieguen la posibilidad de acudir a los jurisdiccionales y los complementen, al abordar dimensiones con las que ellos no siempre son capaces de lidiar plenamente.

Cuando ello sea así, la legislación interna e internacional debe apoyar las declaraciones en cuestión, que incluso pueden ser invocadas indirectamente en virtud de efectos relacionados con el principio general de la buena fe y normas internas sobre protección de derechos fundamentales o del consumidor (entre otras), cuando ello sea relevante y aplicable; o sobre debida diligencia.

Dicho esto, las iniciativas privadas no siempre generan los efectos positivos antes referidos, y tampoco constituyen una base suficiente que siempre pueda ser invocada directamente por las víctimas, lo cual podría generar impunidad y vacíos de protección si ellas se considerasen como los únicos estándares posibles *apli-*

⁹⁹ César Rodríguez Garavito, “Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning”, op. cit., pp. 39-, 44-45.

¹⁰⁰ Anne Peters, “Humanity as the A and Ω of Sovereignty”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, 2009, pp. 535-536, 544; Nicolás Carrillo Santarelli, “Enhanced Multi-Level Protection of Human Dignity in a Globalized Context through Humanitarian Global Legal Goods”, *German Law Journal*, Vol. 13, 2012, pp. 834, 861-863, 865-866.

cables directamente a las empresas en términos de derechos humanos. Por tal razón, es menester complementarlas con el fin de proteger la dignidad humana. En consecuencia, no es admisible o justificable ni esgrimir que esto no es necesario, ni argumentar que una regulación de *hard law* necesariamente menoscabará la posibilidad de que las empresas *vayan más allá* de lo exigido en el derecho positivo (interno o internacional) o aborden dimensiones distintas a las responsabilidades *de derechos humanos* exigidas jurídicamente *de lege lata* o *de lege ferenda* (siendo esto relevante, por ejemplo, frente a la llamada responsabilidad *social* corporativa).

Además, es posible que no sólo la legislación, sino además distintos actores, incluso empresariales y participantes en la industria y el mercado y agentes que otorgan préstamos o certificaciones, como autoridades estatales e internacionales, influyan en una modificación de la cultura y los impactos corporativos a través de sus reacciones, influencia y políticas, incidiendo tanto en cambios *ex ante* como en ajustes generados *ex post facto*, obtenidos estos últimos a través de condenas tanto institucionales como no oficiales que, además de avergonzar e identificar a las empresas responsables, puede desencadenar incluso reacciones como *boycotts* o cambios por parte de las empresas involucradas en un abuso, pudiendo llevarles a suministrar el componente de satisfacción, mediante disculpas o reconocimientos públicos, u otras modalidades de reparación. Esto es crucial, toda vez que es imposible que haya reparación integral si en ella no participan los actores no estatales que se hayan visto involucrados¹⁰¹ en una *violación* (término que prefiero al de abuso, en tanto es más claro en cuanto a la identificación de una inadmisibles transgresión de estándares de derechos humanos y no de un mero acto “inapropiado”).

Por otra parte, es posible que el derecho y terceros actores, o las mismas empresas, sugieran o reclamen la adopción de elementos que pueden incrementar la posibilidad de que las declaraciones empresariales sobre derechos humanos complementen de forma positiva a otro tipo de estrategias. Los factores que pueden ser relevantes a este incluyen la coherencia por parte del sector directivo y de trabajadores y terceros (como los participantes en la cadena de suministro) con lo expresado

en un código corporativo u otro tipo de declaración interna o externa voluntaria (toda vez que se ha encontrado que los “[e]mployees are concerned about standards being applied inconsistently, especially where management is ostensibly sanctioned more leniently”);¹⁰² revisiones periódicas de los compromisos; concreciones y ajustes a la luz de las exigencias y situaciones que enfrentan las empresas; mecanismos para facilitar las acciones de quienes denuncian posibles incumplimientos y protegerles;¹⁰³ o la conformidad con criterios de “publicidad” tales como los referentes a explicaciones (racionalidad), legalidad y revisión de conductas, entre otras posibilidades. En últimas, los códigos empresariales y otras iniciativas pueden tener un impacto en la conducta corporativa, que es tan relevante en el ámbito de los derechos humanos, si están diseñadas de forma adecuada. Esto puede estimularse por los propios agentes corporativos y por terceros, incluyendo al Estado y a actores transnacionales como ONG u otros, que generen dinámicas de persuasión y emulación, entre otras. Al respecto, se ha dicho que:

“The right tone can, among other benefits, better reinforce management’s intentions for the standards, create a more welcoming feel for employees and better connect the standards to the company’s principal objectives and culture.”

Para concluir, me parece conveniente recordar que el análisis de los códigos empresariales u otros aspectos de las empresas y los derechos humanos *no* tiene a las empresas como los verdaderos protagonistas: si lo son, por el contrario, los seres *humanos*, cuya dignidad incondicional debe ser defendida frente a sus abusos actuales y potenciales. El hecho de que las empresas puedan contribuir a su bienestar en algún caso puntual no debe desviar la mirada de la importancia y necesidad de evitar aquellas violaciones, lo cual exige como mínimo reconocer unos estándares vinculantes básicos aplicables a Estados y empresas, sobre cuya base puedan construirse mecanismos y estándares adicionales. La protección efectiva e integral de los seres humanos constituye el objetivo que hay que tener presente al examinar críticamente la legitimidad, efectividad y complementariedad de las manifestaciones de regulación privada voluntaria que provenga de los actores corporativos.

¹⁰¹ Nicolás Carrillo Santarelli, *Direct International Human Rights Obligations of Non-State Actors: A Legal and Ethical Necessity*, op. cit., pp. 4, 7, 366-369.

¹⁰² Jason Lunday, op. cit.

¹⁰³ Steven Weller, op. cit., p. 394.

Referências

- Alan Strudler, “The Power of Expressive Theories of Law”, *Maryland Law Review*, Vol. 60, 2001.
- Alexandra Gatto, “Corporate Social Responsibility in the External Relations of the EU”, *Yearbook of European Law*, Vol. 24, 2005.
- Amartya Sen, “Elements of a Theory of Human Rights”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 32, 2004.
- Amnistía Internacional, *Destination: Occupation. Digital Tourism and Israel’s Illegal Settlements in the Occupied Palestinian Territories*, 2019.
- Amnistía Internacional, *Injustice Incorporated: Corporate Abuses and the Human Right to Remedy*, 2014.
- Andrew Clapham y Scott Jerbi, “Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses”, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 24, 2001.
- Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006.
- Anne Peters, “Humanity as the A and Ω of Sovereignty”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, 2009.
- Anne Peters, Lucy Koechlin y Gretta Fenner, “Non-state actors as standard setters: framing the issue in an interdisciplinary fashion”, en Anne Peters *et al.* (eds.), *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge University Press, 2009.
- Annie Karni, “Companies Falsely Labeled Products ‘Made in U.S.A.’ Their Financial Penalty? \$0”, *The New York Times*, 5 de marzo de 2019.
- Antonio Remiro Brotóns *et al.*, *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, 2007.
- Barak D. Richman, *Stateless Commerce: The Diamond Network and the Persistence of Relational Exchange*, Harvard University Press, 2017.
- Benedict Kingsbury, “The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, 2009.
- Bob Reinalda, “Private in Form, Public in Purpose: NGOs in International Relations Theory”, en Bas Arts, Math Noortmann y Bob Reinalda (eds.), *Non-State Actors in International Relations*, Ashgate, 2001.
- Cass R. Sunstein, “On the Expressive Function of Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 144, 1996.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, procedimiento entre Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A (Demandantes) y la República Argentina (Demandada), Caso CIADI N° ARB/03/19, Laudo, 30 de julio de 2010.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, procedimiento entre Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaier Ur Partzuergoa (Demandantes) y la República Argentina (Demandada), Caso CIADI N° ARB/07/26, Laudo, 8 de diciembre de 2016.
- César A. Rodríguez Garavito, “Códigos de conducta y derechos laborales en maquilas de México y Guatemala”, *CS*, No. 1, 2007.
- César Rodríguez Garavito, “Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning”, en César Rodríguez Garavito (ed.), *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, Oxford University Press, 2017.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales”, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse”, A/HRC/32/19, 10 de mayo de 2016.
- Consejo de Derechos Humanos, “Informe del primer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante”, A/HRC/31/50, 5 de febrero de 2016.
- Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Empresa y derechos humanos: nuevas medidas para la puesta en práctica del marco “proteger, respetar y remediar””, A/HRC/14/27, 9 de abril de 2010.

- Consejo de Derechos Humanos, “Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie”, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008.
- Corban Addison, *A Harvest of Thorns*, Regulus Books, 2017.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU123-18, Expediente No. T-4.926.682, Magistrados ponentes Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes, 15 de noviembre de 2018.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025/04, 22 de enero de 2004.
- Corte Suprema del Reino Unido, *Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v Lungowe and others (Respondents)*, Sentencia, 10 de abril de 2019.
- Dana Zartner, “Internalization of International Law”, *Oxford Research Encyclopedia of International Studies*, 2017.
- Daniel Thürer, “The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State”, en Rainer Hofmann (ed.), *Non-State Actors as New Subjects of International Law*, Duncker & Humblot, 1999.
- David Capie, “Influencing Armed Groups: Are there Lessons to Be Drawn from Socialization Literature?”, en Geneva Call (ed.), *Exploring Criteria & Conditions for Engaging Armed Non-State Actors to Respect Humanitarian Law & Human Rights Law*, Geneva Call, 2008.
- Doug Cassel, “Vedanta v. Lungowe Symposium: Beyond Vedanta – Reconciling Tort Law with International Human Rights Norms”, *Opinio Juris*, 19 de abril de 2019.
- Douglas Guilfoyle, “The Future of International Law in an Authoritarian World”, *EJIL Talk*, 3 de junio de 2019; Umut Özsu, “B. S. Chimni’s “Relatively Autonomous” International Law”, *EJIL Talk*, 27 de diciembre de 2017.
- Elizabeth S. Anderson y Richard H. Pildes, “Expressive Theories of Law: A General Restatement”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 148, 2000.
- Estefania Amer, “The Penalization of Non-Communicating UN Global Compact’s Companies by Investors and Its Implications for This Initiative’s Effectiveness”, *Business & Society*, Vol. I-37, 2015.
- Florian Faust, “Comparative Law and Economic Analysis of Law”, en Matthias Reimann y Reinhard Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2008.
- George G. Brenkert, “Business Ethics and Human Rights: An Overview”, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1, 2016.
- George Monbiot, “Advertising and academia are controlling our thoughts. Didn’t you know?”, *The Guardian*, 31 de diciembre de 2018.
- Global Policy Forum et al, “Corporate Influence on the Business and Human Rights Agenda of the United Nations,” Working Paper, 2014.
- Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Eudeba – Universidad de Buenos Aires, 2009.
- Harold Hongju Koh, “Internalization through Socialization”, *Duke Law Journal*, Vol. 54, 2005.
- Harold Hongju Koh, “Why Do Nations Obey International Law?”, *The Yale Law Journal*, Vol. 106, 1997.
- Humberto Cantú Rivera, “National Action Plans on Business and Human Rights: Progress or Mirage?”, *Business and Human Rights Journal*, 2019.
- International Law Association, Non-State Actors Committee, Report: Preliminary issues for the ILA Conference in Rio de Janeiro, August 2008, 2008.
- Janne E. Nijman, “Non-state actors and the international rule of law: Revisiting the ‘realist theory’ of international legal personality”, *Amsterdam Center for International Law Research Paper Series*, 2010.
- Jason Lunday, “Typical Weaknesses of Codes of Conduct”, *Corporate Compliance Insights*, 17 de junio de 2010.
- Jeff Joreiman, Richie Liu y Ioannis Kareklas, “Images Paired with Concrete Claims Improve Skeptical Consumers’ Responses to Advertising Promoting a Firm’s Good Deeds”, *Journal of Marketing Communications*, Vol. 24, 2016.
- Jeff Wise, “When the Rules Disappear: How the American fervor for deregulation contributed to the 737 Max crashes”, *Slate*, 21 de marzo de 2019.
- Jim Deloach, “The Code of Conduct – A Cornerstone for Effective Governance”, *Corporate Compliance Insights*, 30 de junio de 2016.

- John F. Sherman III, “Rights-respecting Corporate Culture: Identifying the cultural norms and values that underpin business respect for human rights”, SHIFT, 2019.
- John F. Sherman III, “Rights-Respecting Corporate Culture: Identifying the cultural norms and values that underpin business respect for human rights”, Shift Project, 2019.
- John H. Knox, “Horizontal Human Rights Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 102, 2008.
- Jonathan Bonnitcha y Robert McCorquodale, “The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Rejoinder to John Gerard Ruggie and John F. Sherman III”, *European Journal of International Law*, Vol. 28, 2017.
- Jordan J. Paust, “The Reality of Private Rights, Duties, and Participation in the International Legal Process”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, 2004.
- Jordan J. Paust, Human Rights Responsibilities of Private Corporations”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 35, 2002.
- Khaled Fayyad, “The Kimberley Process and the Unfulfilled Promise of a Conflict-Free Diamond Industry”, *Seminar on Corporations & International Law*, 2018.
- Khaled Fayyad, “The Kimberley Process and the Unfulfilled Promise of a Conflict-Free Diamond Industry”, *Seminar on Corporations & International Law*, 2018.
- Konstantinos Efstathiou, “An irrational choice: behavioural economist wins Nobel Prize”, *Bruegel.org*, 16 de octubre de 2017.
- Luis Pérez-Prat Durbán, “Actores no estatales en la creación y aplicación del Derecho Internacional”, en Victoria Abellán Honrubia y Jordi Bonet Pérez (eds.), *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público: los actores no estatales: ponencias y estudios*, Bosch, 2008.
- María Carmelina Londoño Lázaro y Nicolás Carrillo Santarelli, “The Control of Conventionality: Developments in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights and Its Potential Expanding Effects in International Human Rights Law”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 22, 2019.
- Mark S. Schwartz, “Effective Corporate Codes of Ethics: Perceptions of Code Users”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 55, 2004.
- Martin Gebauer, “Unification and Harmonization of Laws”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2009.
- Math Noortmann y Cedric Ryngaert, “Introduction: Non-State Actors: International Law’s Problematic Case”, en Math Noortmann y Cedric Ryngaert (eds.), *Non-State Actors Dynamics in International Law: From Law-Takers to Law-Makers*, Ashgate, 2010.
- Mathias Siems, *Comparative Law*, segunda edición, Cambridge University Press, 2018.
- Michael Kourabas, “Adidas Creates Human Rights Complaint Process”, *Triple Pundit*, 6 de noviembre de 2014.
- Muel Kaptein y Mark S. Schwartz, “The Effectiveness of Business Codes: A Critical Examination of Existing Studies and the Development of an Integrated Research Model”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 77, 2008.
- Nicolás Carrillo Santarelli, “A Defence of Direct International Human Rights Obligations of (All) Corporations”, en Jernej Letnar Čerňič y Nicolás Carrillo Santarelli (eds.), *The Future of Business and Human Rights: Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*, Intersentia, 2018.
- Nicolás Carrillo Santarelli, “Enhanced Multi-Level Protection of Human Dignity in a Globalized Context through Humanitarian Global Legal Goods”, *German Law Journal*, Vol. 13, 2012.
- Nicolás Carrillo Santarelli, “La responsabilidad internacional de las empresas por complicidad en violaciones graves de derechos humanos”, en Juan Pablo Bohoslavsky (ed.), *El negocio del terrorismo de Estado: Los cómplices económicos de la dictadura uruguaya*, Debate, 2016.
- Nicolás Carrillo Santarelli, *Direct International Human Rights Obligations of Non-State Actors: A Legal and Ethical Necessity*, Wolf Legal Publishers, 2017.
- Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, Naciones Unidas, 2011.
- Rainer Arnold, “European constitutional law: its notion, scope and finalities”, en Antonina Bakardjieva Engelbrekt y Joakim Nergelius, *New Directions in Comparative Law* (eds.), Edward Elgar, 2009.

- Rob Davies, “Norway’s \$1tn wealth fund to divest from oil and gas exploration”, *The Guardian*, 8 de marzo de 2019.
- Robert D. Cooter, “Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence, and Internalization”, *Oregon Law Review*, Vol. 79, 2000.
- Roland Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge University Press, 2010.
- Ryan Goodman y Derek Jinks, “Incomplete Internalization and Compliance with Human Rights Law: A Rejoinder to Roda Mushkat”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, 2009.
- S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, “Developing a framework for critiquing multi-stakeholder codes of conduct”, en Knut J. Ims y Lars Jacob Tynes Pedersen, *Business and the Greater Good: Rethinking Business Ethics in an Age of Crisis*, Edward Elgar Publishing, 2015.
- S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, “United Nations Global Compact: The Promise—Performance Gap”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 122, 2014.
- Sara Blackwell y Nicole Vander Meulen, “Two Roads Converged: The Mutual Complementarity of a Binding Business and Human Rights Treaty and National Action Plans on Business and Human Rights”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Vol. 6, 2016.
- Sarah Margaretha Jastram y Jenny Klingenberg, “Assessing the Outcome Effectiveness of Multi-Stakeholder Initiatives in the Field of Corporate Social Responsibility – The Example of the United Nations Global Compact”, *Journal of Cleaner Production*, Vol. 189, 2018.
- SHIFT, “Fulfilling the State Duty to Protect: A Statement on the Role of Mandatory Measures in a “Smart Mix”, 21 de febrero de 2019.
- Steven L. Schwarcz, “Private Ordering”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 97, 2002.
- Steven Weller, “The Effectiveness of Corporate Codes of Ethics”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 7, 1988.
- The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, “Summary of Sounding Board Consultation Round 1 – Results Elements Paper on the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration”, junio de 2019.
- Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford University Press, 2002.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Factsheet – Pilot judgments”, Press Unit, 2019.
- Ugo A. Mattei, Luisa Antonioli y Andrea Rossato, “Comparative Law and Economics”, en Boudewijn Bouckaert y Gerrit de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, vol. 1: The History and Methodology of Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, 2000.
- United Nations Global Compact and Office of the High Commissioner for Human Rights, “Embedding Human Rights into Business Practice,” n.d.
- Will Hutton, “The Boeing scandal is an indictment of Trump’s corporate America”, *The Guardian*, 7 de abril de 2019.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**La responsabilidad de las
empresas de respetar los
derechos humanos en el
contexto de la crisis climática**
The corporate responsibility
to respect human rights in the
climate crisis

Daniel Iglesias Márquez

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos en el contexto de la crisis climática*

The corporate responsibility to respect human rights in the climate crisis

Daniel Iglesias Márquez**

Resumen

Las emisiones de gases de efecto invernadero de las empresas contribuyen al calentamiento global, lo que a su vez plantea una amenaza para el pleno ejercicio de una amplia gama de derechos humanos. En este sentido, las empresas están cada vez más expuestas a ser objeto de litigios climáticos por afectar las condiciones necesarias para el disfrute de los derechos humanos debido a la falta de acciones más ambiciosas para hacer frente al cambio climático. El presente artículo reflexiona sobre en qué medida la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos implica la adopción de acciones necesarias para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de las consecuencias negativas, reales o potenciales, para los derechos humanos de sus emisiones de gases de efecto invernadero que hayan sido producidas por sus propias actividades o por las operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales.

Palabras clave: Empresas. Derechos humanos. Cambio climático. Litigación climática. Debida diligencia.

Abstract

Greenhouse gases emitted by corporations contribute to global warming, which in turn threatens the full enjoyment of a wide range of human rights. In this sense, corporations are increasingly exposed to being subject to climate change litigation because they affect the necessary conditions for the enjoyment of human rights due to the lack of more ambitious actions to tackle climate change. This article reflects on the extent to which the responsibility of corporations to respect human rights implies the adoption of necessary measures to identify, prevent, mitigate and account for how they address potential and actual impacts on human rights caused by the greenhouse gasses emissions from their own activities, or directly linked to their operations, products or services by their business relationships.

Keywords: Business. Human rights. Climate change. Climate litigation. Due diligence.

* Recibido em 28/07/2019
Aprovado em 19/09/2019

** Investigador posdoctoral “Juan de la Cierva” del Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Sevilla. Email: dimarquez@us.es. El presente estudio ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “Gobernanza y Aplicación de la Responsabilidad Social Empresarial en la Unión Europea” (DER2017-85834-R) y del Grupo de Investigación SEJ 055 “Nuevos sujetos, nuevos derechos, nuevas responsabilidades: derechos humanos en la sociedad global”.

1 Introducción

Los estudios de Richard HEEDE mapean las emisiones acumuladas de las 90 mayores empresas emisoras de gases de efecto invernadero (GEI) y concluyen que su contribución histórica al cambio climático es de 71% de las emisiones globales de GEI industriales desde 1988.¹ Este grupo de 90 empresas son conocidas como *Carbon Majors* y lo conforman tanto empresas privadas como estatales productoras de crudo o gas natural, de carbón y de cemento. Las investigaciones científicas, como las de HEEDE, permiten, por tanto, identificar a los principales actores que aceleran el calentamiento global y que, a su vez, se benefician de ello. La actualización del estudio de los *Carbon Majors* en 2017 permitió precisar aún más cuales son las principales empresas que han contribuido con más de la mitad de las emisiones globales de CO₂ desde 1988.²

Las emisiones de GEI que son resultado de las actividades empresariales, como las de los *Carbon Majors*, tienen efectos cualitativos en las condiciones necesarias para el ejercicio de una gran variedad de derechos humanos. En este sentido, está ampliamente reconocido que el cambio climático tiene consecuencias claras e inmediatas para el pleno disfrute de los derechos humanos, en especial para el derecho a la vida, a un nivel de vida adecuado y al disfrute del más alto nivel posible de salud. Estos impactos negativos sobre los derechos humanos se sienten con más fuerza y de manera diferenciada en los sectores de la población que ya se encuentran en situaciones vulnerables o de marginación, como los pueblos indígenas, los niños y niñas, las personas viviendo en situación de extrema pobreza, las minorías, las personas con discapacidad y las mujeres, entre otros, especialmente en los Estados del Sur Global. Por tanto, a día de hoy, no se puede obviar que el cambio climático es una cuestión de derechos humanos y que el paradigma del “*business as usual*” invita al desastre, como ha señalado el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre pobreza extrema y derechos humanos.³

En un contexto de clima cambiante, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos (en adelante Principios Rectores) se aprobaron de manera unánime, mediante la Resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos (CDH) en 2011. Estos Principios ponen en práctica los tres pilares del Marco de las Naciones Unidas: “Proteger, Respetar y Remediar.”⁴ Los Principios Rectores se han convertido en el marco de referencia en el ámbito y la agenda –nacional e internacional– en materia de empresas y derechos humanos. Este instrumento de *soft law* reconoce explícitamente la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Para ello, se espera que las empresas adopten procesos continuos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de sus impactos directos e indirectos sobre los derechos humanos.

A pesar de que las empresas contribuyen sustancialmente al cambio climático, que afecta las condiciones necesarias para el disfrute de estos derechos, no está del todo claro en qué medida su responsabilidad de respetar los derechos humanos implica la adopción de medidas para controlar, reducir y rendir cuentas de sus emisiones de GEI, con el fin de contribuir a lograr los objetivos del Acuerdo de París: mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales.⁵ Por lo general, las empresas tratan las políticas en materia de derechos humanos como una cuestión separada de sus objetivos climáticos.

Partiendo del reconocimiento consolidado de la estrecha relación entre el cambio climático y los derechos humanos y en la evidencia científica que demuestra la contribución de las empresas a este fenómeno, el objetivo del presente artículo es aportar elementos que permitan clarificar en qué medida la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos implica la adopción de medidas para hacer frente al cambio climático y a sus efectos negativos sobre las personas y el medio ambiente. Para ello, se utiliza una metodología

¹ HEEDE, Richard. Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers, 1854-2010. *Climatic Change*, v. 122, n. 1-2, p. 229-241, 2013.

² GRIFFIN, Paul. *The Carbon Majors Database*. CDP Carbon Majors Report 2017. Londres: CPD UK, 2017. p. 8.

³ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Climate change and poverty. Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights. A/HRC/41/39 (25 de junio de 2019).

⁴ Representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011).

⁵ Sobre el Acuerdo de París en la gobernanza climática global, véase MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; WEMAËRE, Matthieu. “Complex is beautiful”: What role for the 2015 Paris Agreement in making the Effective Links within the Climate Regime Complex? *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 3, p. 21-29, 2017.

deductiva y comparativa de casos e instrumentos que sirven de guía para orientar y fortalecer la acción climática de las empresas desde una perspectiva de derechos humanos.

El artículo parte de una aproximación de la litigación climática en contra de las empresas que tiene como objetivo general mejorar sus políticas y metas climáticas. Posteriormente, se analiza el aumento en el uso de argumentos de derechos humanos en la litigación climática. En este sentido, se examinan una serie de litigios climáticos en los que se alega de manera directa o indirecta que la empresa incumple su responsabilidad de respetar los derechos humanos de conformidad con los Principios Rectores. Se aborda, por tanto, el alcance de estos casos emblemáticos para influir en la acción climática de las empresas desde una perspectiva de derechos humanos. Seguidamente, se aportan algunas reflexiones y orientaciones sobre como incluir cuestiones climáticas en los procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos de las empresas. Finalmente, se concluye que, sin lugar a dudas, las políticas y medidas climáticas de las empresas se enmarcan dentro su responsabilidad de respetar los derechos humanos y, por ello, deben alinearse con los estándares nacionales e internacionales desarrollados en el ámbito de empresas y derechos humanos.

2 La litigación climática en contra de las empresas

En julio de 2019 se publicó el informe *Global trends in climate change litigation: 2019 snapshot*, que registra un total de 1.325 litigios climáticos entre 1990-2019. Estos casos tienen lugar no solo en las jurisdicciones de los Estados del Norte Global y del Sur Global, sino también se presentan en jurisdicciones supranacionales como en el Tribunal de la Unión Europea de Justicia, en los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) e incluso en el Comité de Derechos Humanos y el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.⁶ Por tanto, a pesar de que el alcance e impacto

⁶ Algunos de los litigios climáticos más significativos en los que se alega que los impactos asociados al cambio climático se deben a que los Estados han incumplido sus obligaciones internacionales son: la petición de los isleños del Estrecho de Torres en contra del Gobierno de Australia ante el Comité de Derechos Humanos (2019); la queja interpuesta por Greta Thunberg y otros jóvenes activistas

de la litigación climática es aún incierto, es un hecho evidente que su expansión continúa como mecanismo para fortalecer y mejorar la acción climática de diversos actores o bien para obtener una compensación por los daños asociados a los impactos negativos del cambio climático.

Los orígenes de la litigación climática están asociados a las acciones de responsabilidad civil interpuestas por comunidades o individuos en contra de las grandes empresas del sector de hidrocarburos y energético por los daños causados por sus contribuciones históricas al cambio climático.⁷ No obstante, a día de hoy, los Gobiernos y las autoridades públicas son los principales objetivos de este tipo de litigación estratégica, con el fin de que sean más ambiciosos en sus políticas de mitigación y adaptación al cambio climático, de acuerdo con sus compromisos y obligaciones internacionales.⁸ Esto, a su vez, implica que los Estados deben adoptar y aplicar marcos jurídicos e institucionales para regular y limitar las actividades empresariales que emiten altas grandes cantidades de emisiones de GEI que interfieran o puedan interferir en el disfrute de los derechos humanos.

A pesar de lo anterior, el informe *Global trends in climate change litigation* (2019) identifica que cada vez son más los litigios climáticos en contra de las principales empresas emisoras de GEI, es decir, en contra de los *Carbon Majors*.⁹ Según la base de datos del *Sabine Centre*, existen casi 50 casos de este tipo en diversas jurisdicciones, como la de Estados Unidos, Australia, Alemania, Canadá, Francia, Países Bajos y Filipinas, entre otros.¹⁰

en contra de Alemania, Argentina, Brasil, Francia y Turquía ante el Comité de los Derechos del Niño (2019); la petición de los pueblos Inuit (2005) y Athabaskan (2013) ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra de los Estados Unidos y Canadá, respectivamente; y el asunto Armando Carvalho y otros en contra del Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (T-330/18) en el Tribunal General de la Unión Europea (2018). Para un panorama general de estos casos véase SETZER, Joana; BYRNES, Rebecca. *Global trends in climate change litigation: 2019 snapshot*. Londres: Grantham Research Institute on Climate Change-Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy-London School of Economics and Political Science, 2019. p. 3-4.

⁷ GANGULY, Geetanjali; SETZER, Joana; HEYVAERT, Veerle. If at first you don't succeed: suing corporations for climate change. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 38, n. 4, p. 841-868, 2018.

⁸ IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel. La litigación climática en contra de los *Carbon Majors* en los Estados de origen: apuntes desde la perspectiva de empresas y derechos humanos. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 37, p. 1-37, 2019.

⁹ SETZER, Joana; BYRNES, Rebecca. *op. cit.*, p. 8.

¹⁰ Para consultar la base de datos sobre litigios climáticos en los

Uno de los elementos característicos de los litigios climáticos en contra de las empresas es que las acciones son interpuestas no solo por individuos y organizaciones de la sociedad civil, sino también por entidades gubernamentales, accionistas institucionales o privados y asociaciones industriales privadas.¹¹

El principal objetivo de los litigios climáticos en contra de las empresas ha sido que los demandantes obtengan una compensación por los daños sufridos asociados a los impactos del cambio climático, así como cubrir los costes de las medidas preventivas adoptadas por las personas afectadas o por las autoridades públicas para prevenir que ocurra el daño o se amplíe. Por ello, la mayoría de los casos en contra de las empresas se encuadran principalmente dentro del derecho de daños (*tort law*) en los sistemas del *common law* o de las obligaciones extracontractuales en los sistemas de derecho civil.¹² Más allá de la búsqueda de una compensación, algunos de los casos también tienen como objetivo estratégico que las empresas alineen sus políticas climáticas con los objetivos del Acuerdo de París o mejoren sus políticas de mitigación, adaptación y divulgación de información sobre los riesgos climáticos.¹³

Los primeros litigios climáticos en contra de las empresas se registran a inicios de la década de los años 2000 en los Estados Unidos. Estos primeros casos se fundamentaron en la doctrina del *public nuisance* (doctrina del perjuicio público) del *common law*, que permite a los estados e individuos solicitar el cese o una indemnización por los daños causados por las actividades que afectan un derecho común del público en general.¹⁴ Por ejemplo, en 2005, un grupo de personas afectadas por el Huracán Katrina interpuso una demanda colectiva en contra de las principales empresas emisoras de GEI en Estados Unidos, incluidas las corporaciones *Murphy Oil USA*, *Universal Oil Products*, *Shell Oil Company*, *Dow Chemical Company* y *Entergy Corp.*, entre otras.¹⁵ Los

demandantes reclamaban una indemnización por los daños y perjuicios causados por el huracán. Según los demandantes, este fenómeno fue más intenso debido al calentamiento global, al que contribuyen directamente dichas empresas mediante sus actividades (fabricación de productos químicos y quema de combustible fósiles, entre otras). A este litigio se sumaron otros casos emblemáticos como el de *California v. General Motors Corp.*,¹⁶ *American Electrical Power Co. v. Connecticut*¹⁷ y *Kivalina v. ExxonMobil Corporation*.¹⁸

Las primeras demandas en los Estados Unidos entre 2005-2015 no pudieron superar los umbrales procesales y sustantivos sumamente complejos. Por ejemplo, el caso *Kivalina v. ExxonMobil Corporation* fue desestimado debido a que no se pudo establecer una relación de causalidad entre las emisiones de la empresa y los daños sufridos por los demandantes.¹⁹ Asimismo, la naturaleza inherentemente política de estas controversias (*political question doctrine*) ha sido y continúa siendo el principal argumento empleado por las empresas y los tribunales nacionales de dicho Estado para desestimar la mayoría de los casos, ya que consideran que el cambio climático constituye una cuestión que es competencia de los poderes políticos del Gobierno.²⁰

A partir de 2015, la litigación climática en contra de las empresas tiene lugar en un contexto en el que los avances de la ciencia del cambio climático han permitido identificar y cuantificar de manera cada vez más exacta en qué medida las actividades de determinadas empresas contribuyen, directa o indirectamente, al cam-

Estados Unidos y en otras jurisdicciones del *Sabine Centre*, véase <http://climatecasechart.com/>.

¹¹ BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. *Turning up the heat: Corporate legal accountability for climate change*. Disponible en: https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/CLA_AB_2018_Full.pdf

¹² IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel. *op. cit.*, pp. 5-9.

¹³ GANGULY, Geetanjali; SETZER, Joana; HEYVAERT, Veerle. *op. cit.*, p. 843.

¹⁴ HARPER, Benjamin P. Climate change litigation: the federal common law of interstate nuisance and federalism concerns. *Georgia Law Review*, v. 40, n. 2, p. 661-698, 2005.

¹⁵ *Comer v. Murphy Oil USA Inc* 607 F.3d 1049 (5th Cir 2010).

¹⁶ *People of the State of California v. General Motors Corp.* No C06-05755 (ND Cal, 17 September 2007).

¹⁷ *American Electrical Power Co. (AEP) v. Connecticut* 564 US 410.

¹⁸ *Kivalina v. ExxonMobil Corporation et al* 696 F.3d 849, 2012 WL 4215921 (9th Cir 2012).

¹⁹ El Tribunal señaló en aquel momento que “no realistic possibility of tracing any particular alleged effect of global warming to any particular emissions by any specific person, entity, group at any particular point in time.” *Kivalina v. ExxonMobil Corporation et al* 696 F.3d 849, 2012 WL 4215921 (9th Cir 2012).

²⁰ En este sentido, VILASECA BOIXAREU y SERRA CALVÓ analizan la aplicación de la *political question doctrine* y señalan que “los tribunales estadounidenses se han mostrado por lo general reticentes a considerarse competentes para juzgar las demandas climáticas estratégicas por considerarlas, con base en distintas doctrinas o fundamentos jurídicos, estrechamente imbricadas a cuestiones políticas no justiciables.” VILASECA BOIXAREU, Isabel; SERRA CALVÓ, Jordi. Separación de poderes y cambio climático: un análisis de la cuestión a través de la jurisprudencia climática de Estados Unidos. *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, v. 9, n. 2, p. 1-42, 2018. Algunos de los casos desestimados con base en esta doctrina son *Kivalina v. ExxonMobil, Corp.*, *Connecticut v. American Electric Power* y *Comer v. Murphy Oil USA*.

bio climático. En este contexto, también se han podido atribuir con cada vez mayor precisión determinados eventos climáticos a las emisiones de GEI de determinadas empresas o de otros actores relevantes.²¹ Este nuevo escenario ha permitido una segunda oleada de demandas en contra de las empresas, que tienen una mayor posibilidad de superar algunos de los obstáculos jurisdiccionales y procesales anteriormente señalados.²²

En esta nueva oleada de litigios climáticos en contra de las empresas cabe destacar los casos interpuestos por entidades subnacionales, condados y ciudades. Estas entidades tienen el interés de asegurarse que los recursos públicos no se agoten en la adaptación y remediación de los daños asociados al cambio climático. Estos entes tienden a contar con mejores recursos y más experiencia en los litigios, así como a tener mayor acceso a expertos legales, científicos y políticos en la materia. Esto permite, al menos, nivelar la asimetría de recursos con los que cuentan las empresas para hacer frente a un litigio en comparación con las personas más afectadas por los impactos del cambio climático.

Este tipo de litigios climáticos en contra de las empresas han tenido lugar principalmente en la jurisdicción de los Estados Unidos y su auge ha coincidido con el periodo de la Administración del Presidente Trump y su política anti-regulatoria en materia de cambio climático.²³ En este sentido, en julio 2017, tres condados de California (Marin County, San Mateo County e Imperial Beach) interpusieron acciones legales separadas en contra de algunas de las empresas de petróleo, gas y carbón de los *Carbon Majors*. Estos condados buscaban una compensación por los costes actuales y futuros que implica la prevención de inundaciones y la adaptación al aumento del nivel del mar relacionado con el cambio climático, así como por los riesgos para la vida de las personas causados por la quema de combustibles fósiles durante los últimos 50 años.²⁴ A estas demandas se han

sumado, de manera similar, las acciones de otros condados y ciudades de los Estados Unidos, como Baltimore, Oakland, Nueva York, County of Santa Cruz, King County, Boulder County, Rhode Island y Washington.²⁵ Asimismo, en Canadá, los Gobiernos locales también consideran la posibilidad de demandar a las empresas del sector de los combustibles fósiles para obtener las compensaciones correspondientes por los costes que implica el cambio climático.²⁶ El *City Council* de Toronto presentó en 2019 una moción para explorar las vías legales para interponer acciones en contra de las empresas que se benefician de los impactos del cambio climático.²⁷

Utilizando argumentos similares a los casos señalados anteriormente, en el primer caso presentado por una asociación industrial privada, *Pacific Coast Federation of Fishermen's Associations v. Chevron Corp.*,²⁸ los demandantes buscan responsabilizar a 30 empresas de los *Carbon Majors* por su contribución a los impactos del cambio climático en los océanos. Estos impactos han afectado a la población de cangrejos en California y Oregón debido a la proliferación de algas atribuida al calentamiento global. En este caso se solicita a las empresas que asuman los costes de las medidas necesarias para sostener en el futuro a la industria de la pesca de cangrejo.

A pesar de que se han superado los argumentos negacionistas del cambio climático, los tribunales en los Estados Unidos siguen estimado que la mejor vía para abordar las cuestiones climáticas es a través de los poderes políticos del Gobierno, especialmente para evitar

of San Mateo v Chevron Corp (3:17-cv-04929).

²⁵ Véase *The People of the State of California, acting by and through the Oakland City Attorney v. BP P.L.C., et. al.* (2017), *The County of Santa Cruz, individually and on behalf of The People of the State of California v. Chevron Corp., et. al.* (2017), *City of New York v. BP P.L.C., et. al.* (2018), *Mayor and City Council of Baltimore v. BP P.L.C., et. al.* (2018), *Board of County Commissioners of Boulder County; Board of County Commissioners of San Miguel County; City of Boulder v. Suncor Energy (U.S.A.), Inc., et. al.* (2018), *King County v. BP P.L.C., et. al.* (2018), *State of Rhode Island v. Chevron Corp., et. al.* (2019).

²⁶ CLIMATE LIABILITY NEWS. *Oil and Gas Industry Should Pay for Climate Impacts*. Disponible en: <https://www.climate-liabilitynews.org/2017/10/31/climate-accountability-british-columbia-victoria-saanich/>.

²⁷ CLIMATE LIABILITY NEWS. *Toronto Lawmaker Launches Bid to Consider Climate Suit vs. Oil Companies*. Disponible en: <https://www.climate-liabilitynews.org/2019/03/22/toronto-climate-liability-law-suit/>.

²⁸ *Pacific Coast Federation of Fishermen's Associations, INC. v. Chevron Corp., et. al.* 3:18-cv-07477 (2018).

²¹ Véase EKWURZEL, Brenda; BONEHAM, James; DALTON, Mike W.; HEEDE, Richard; MERA, Roberto J.; ALLEN, Mylles R.; FRUMHOFF, Peter C. *The Rise in Global Atmospheric CO₂, Surface Temperature, and Sea Level from Emissions Traced to Major Carbon Producers*. *Climatic Change*, v. 144, n. 4, p. 579-590, 2017.

²² GANGULY, Geetanjali; SETZER, Joana; HEYVAERT, *op. cit.*, pp. 849-863.

²³ FAJARDO, Teresa. *El acuerdo de París sobre el cambio climático: sus aportaciones al desarrollo progresivo del Derecho internacional y las consecuencias de la retirada de los Estados Unidos*. *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 70, n. 1, p. 23-51, 2018.

²⁴ *County of Marin v. Chevron Corp CIV1702586 Cal Super Ct; City of Imperial Beach v. Chevron Corp.* (3:17-cv-04934); *County*

distorsiones en los esfuerzos globales en la lucha contra este fenómeno. En el caso *Oakland v. BP p.l.c.*, el Juez Alsup señaló que las demandas por molestias (*nuisance*) asociadas al cambio climático en varios Distritos Judiciales de Estados Unidos tienen muchas menos probabilidades de resolver el problema del cambio climático y, de hecho, podrían interferir con los avances alcanzados a nivel mundial.²⁹ En un sentido similar, en el caso *New York v. BP p.l.c.*, el Juez Keenan indicó que interponer una acción por lesiones causadas por las emisiones de GEI en un tribunal federal de los Estados Unidos puede afectar gravemente la política exterior que se enmarca dentro del ámbito de los poderes políticos del Gobierno del Estado.³⁰

Por otra parte, la falta de transparencia sobre los riesgos asociados al cambio climático se ha convertido en un elemento clave en la litigación climática en contra de las empresas. Cada vez más, los accionistas adoptan un papel más activo para que las empresas mejoren sus políticas climáticas y consideren los impactos del cambio climático en sus actividades y en la toma de decisiones. En 2016, un grupo de inversores interpuso una acción colectiva en contra de *ExxonMobil*³¹ por la divulgación de información engañosa sobre el impacto del cambio climático en las actividades de la empresa, generando una sobreestimación significativa del valor de sus reservas de petróleo y un aumento ficticio del valor de la empresa.³² Esto provocó que sus acciones cayeran un 13% debido a los impactos del cambio climático y que los inversores pagaran precios inflados por las acciones. Por ello, los inversores solicitaron una indemnización por daños y perjuicios a la empresa, ya que esta conocía los impactos del cambio climático en sus actividades.³³

²⁹ “[n]uisance suits in various United States judicial districts regarding conduct worldwide are far less likely to solve the problem and, indeed, could interfere with reaching a worldwide consensus.” *City of Oakland v. BP p.l.c.* (3:17-cv-06011).

³⁰ “[t]o litigate such an action for injuries from foreign greenhouse gas emissions in federal court would severely infringe upon the foreign-policy decisions that are squarely within the purview of the political branches of the U.S. Government.” *City of New York v. BP p.l.c.* (18-2188).

³¹ *Ramirez v. Exxon Mobil Corp.*, No. 3:16-CV-3111 (N. D. Tex. Nov. 7, 2016).

³² HASEMYER, David. *Class-Action Lawsuit Adds to ExxonMobil's Climate Change Woes*. Disponible en: <https://insideclimatenews.org/news/18112016/exxon-climate-change-research-oil-reserves-stranded-assets-lawsuit>.

³³ ZOROB, Maysa; ANGELINI, Antonella. *¿Son los accionistas los nuevos adalides de la justicia climática?* Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/es/%C2%BFson-los-accionistas-los-nuevos-adalides-de-la-justicia-clim%C3%A1tica>.

A pesar de que el caso anterior fue desestimado, otras demandas similares se han interpuesto en los Estados Unidos y en otras jurisdicciones europeas. Por ejemplo, en *Barnes v. Edison International*,³⁴ los demandantes alegaban que la empresa incurrió en fraude debido a que proporcionó información engañosa sobre las medidas de mitigación que había adoptado en relación con el cambio climático y con el creciente riesgo de incendios forestales en California. En este mismo sentido, en 2018, la organización *Client Earth*, accionista de la empresa energética polaca *Enea SA*, interpuso una demanda en contra de la empresa ante el Tribunal Regional de Poznan, alegando que la autorización otorgada a *Enea* para la construcción de una central térmica de carbón perjudicaba los intereses económicos de la empresa y de sus accionistas debido a los riesgos financieros asociados a las políticas climáticas europeas. El objetivo de esta demanda es modificar la estrategia de la empresa de seguir invirtiendo en la generación de energía a partir de combustibles fósiles que emiten grandes cantidades de CO₂ a la atmósfera.³⁵

Si bien los litigios climáticos analizados en este epígrafe no utilizan argumentos de derechos humanos, ni hacen referencia a la responsabilidad de las empresas de respetarlos, son una muestra del creciente riesgo al que están expuestas las empresas. En este sentido, la empresa *Chevron* ha admitido que “*increasing attention to climate change risks has resulted in an increased possibility of governmental investigations and, potentially, private litigation against the company.*”³⁶ Por tanto, este tipo de acciones ha servido para someter a un escrutinio más riguroso la histórica huella climática de las empresas, así como sus políticas y acciones climáticas. Con el fin de prevenir el riesgo de litigios climáticos que implican daños en la imagen corporativa, las empresas se ven alentadas a mejorar sus políticas climáticas y a tener en cuenta los impactos del

³⁴ *Glen Barnes v. Edison International et al* 2:2018cv09690 (2018). Otros casos similares a este son el de *Fentress v. Exxon Mobil Corp.* 4:16-cv-03484 (2016) y *York County v. Rambo* 3:19-cv-00994 (2019).

³⁵ CLIENTEARTH. *Energia's and Enea's Board Members' Fiduciary Duties to the Companies and Shareholders*. Disponible en: http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2018/20180920_Not-Available_na.pdf.

³⁶ JOHNSTON, Ian. *Chevron warns it could face climate change lawsuits with future oil drilling potentially 'economically infeasible'*. Disponible en: <http://www.independent.co.uk/environment/chevron-oil-warn-climate-change-lawsuits-drilling-greenhouse-emissions-economically-infeasible-a7609411.html>.

cambio climático en sus inversiones y en el desarrollo de sus actividades. Esto, a su vez, contribuye de manera general a prevenir impactos potenciales sobre los derechos humanos asociados a sus contribuciones al cambio climático.

3 Litigación climática, derechos humanos y empresas

Desde hace más de una década se debate tanto en el CDH de las Naciones Unidas, como en las Conferencias de las Partes (COP) de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, acerca del impacto negativo del cambio climático en las condiciones necesarias para el disfrute de los derechos humanos. Desde 2008, el CDH ha manifestado en diversas resoluciones su preocupación por los efectos del cambio climático sobre los derechos humanos.³⁷ No obstante, la adopción del Acuerdo de París marcó un punto de inflexión en el régimen internacional del cambio climático, ya que es el primer acuerdo sobre el clima, y uno de los primeros acuerdos ambientales, que incluye el reconocimiento expreso de la relación entre el cambio climático y los derechos humanos.³⁸

El preámbulo del Acuerdo de París señala que el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, las Partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos. Aunque esta referencia ha sido calificada como simbólica,³⁹ ha servido para consolidar los esfuerzos de

los Estados y de la sociedad civil que reconocen que el cambio climático orbita en la esfera de los derechos humanos.⁴⁰ En este sentido, el anterior Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John KNOX, señala que “el Acuerdo de París significa que la comunidad internacional reconoce que el cambio climático plantea amenazas inaceptables al pleno disfrute de los derechos humanos y que las medidas para hacerle frente deben cumplir con las obligaciones en materia de derechos humanos.”⁴¹

Este contexto de mayor reconocimiento de la relación entre el cambio climático y los derechos humanos genera nuevas oportunidades para que los demandantes en los litigios climáticos utilicen una argumentación basada en derechos humanos. Es decir, que los demandantes aleguen la responsabilidad de diversos actores por las consecuencias negativas para el disfrute de los derechos humanos derivadas de su inacción para hacer frente al cambio climático o por su contribución histórica de emisiones GEI. De hecho, la doctrina identifica que durante las negociaciones y tras la adopción del Acuerdo de París surgieron una serie de litigios climáticos en los que los demandantes utilizan argumentos de derechos humanos en sus reclamaciones.⁴²

A nivel internacional existen casos emblemáticos, como las peticiones de la Conferencia Circumpolar Inuit (2005)⁴³ y la del pueblo de Athabaskan (2013)⁴⁴

tional and Comparative Law Quarterly, v. 67, n. 4, p. 759-777, 2018.

⁴⁰ KNOX, John. Climate Change and Human Rights Law. *Virginia Journal of International Law*, v. 50, n. 1, p. 163-2018, 2009.

⁴¹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, A/HRC/31/52 (1 de febrero de 2016), párr. 22.

⁴² PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, Hari. A Rights Turn in Climate Change Litigation? *Transnational Environmental Law*, v. 7, n. 1, p. 37-67, 2018.

⁴³ Véase “Petition to the Inter American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations Resulting from Global Warming Caused by Acts and Omissions of the United States.” Disponible en: http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2005/20051208_na_petition.pdf.

⁴⁴ Véase “Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations of the Rights of Arctic Athabaskan Peoples Resulting from Rapid Arctic Warming and Melting Caused by Emissions of Black Carbon by Canada.” Disponible en: http://earthjustice.org/sites/default/files/AAC_PETITION_13-04-23a.pdf.

³⁷ Resolución 7/23. Los derechos humanos y el cambio climático, A/HRC/7/23 (14 de julio de 2008), pp. 68-70; Resolución 10/4. Los derechos humanos y el cambio climático, A/HRC/10/L. (12 de marzo de 2009), pp. 14-16; Resolución 18/22. Los derechos humanos y el cambio climático, A/HRC/RES/18/2 (11 de octubre de 2011); Resolución 26/27. Los derechos humanos y el cambio climático, A/HRC/RES/26/27 (15 de julio de 2014); Resolución 29/15. Los derechos humanos y el cambio climático, A/HRC/RES/29/15 (22 de julio de 2015); Resolución 32/33. Los derechos humanos y el cambio climático, A/HRC/RES/32/33 (18 de julio de 2016). Resolución 41/. Los derechos humanos y el cambio climático, A/HRC/41/L.24 (9 de julio de 2019).

³⁸ Sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos, véase DUYCK, Sébastien; JODOIN, Sébastien; JOHL, Alyssa (eds.). *Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance*. Londres/Nueva York: Routledge, 2018.

³⁹ En relación con el alcance y las implicaciones de la referencia a los derechos humanos en el Acuerdo de París, véase BOYLE, Alan. Climate Change, the Paris Agreement and Human Rights. *Interna-*

ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en las que se alega la responsabilidad internacional de Estados Unidos y Canadá, respectivamente, por violaciones de derechos humanos asociadas al cambio climático. Según los peticionarios, los Estados incumplen sus obligaciones en materia de derechos humanos debido a la desregulación y falta de control de ciertas actividades emisoras de GEI. La petición del caso Inuit fue rechazada por la CIDH debido a la falta de información para determinar si los hechos alegados en la petición constituyeron violaciones de alguno de los derechos protegidos por el SIDH. Por su parte, la petición del pueblo de Athabaskan sigue pendiente y tiene mayores posibilidades de que la CIDH se pronuncie al respecto,⁴⁵ especialmente teniendo en cuenta que el anterior Relator Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente ha clarificado que las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos relacionadas con el cambio climático implican el control de las actividades de las empresas que contribuyen a este fenómeno. Para ello, deben adoptar y aplicar marcos jurídicos e institucionales para proteger ante los daños ambientales que interfieran o puedan interferir en el disfrute de los derechos humanos y para responder a todas las vulneraciones causadas por la degradación ambiental, incluido el menoscabo de los derechos humanos en relación con el cambio climático.⁴⁶

En el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, en mayo de 2019, un grupo de habitantes de las islas del Estrecho de Torres en Australia presentó una comunicación ante el Comité de Derechos Humanos. En ella se alega que el Estado australiano incumplió las obligaciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que no ha sido capaz de adoptar acciones adecuadas para reducir las emisiones de GEI y medidas de adaptación al cambio climático, lo que ha afectado su derecho a la vida

(artículo 6), a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (artículo 17) y a tener su propia vida cultural (artículo 27).⁴⁷ A la fecha de escritura del presente artículo, esta comunicación única en su tipo está a la espera de que se determine si cumple con los criterios de admisibilidad para posteriormente evaluar los méritos de la queja, donde se deberá demostrar la relación de causalidad entre la omisión del Estado y los impactos negativos en el disfrute de los derechos humanos. Este caso, por tanto, pone a prueba la opinión del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) que señala que “[l]os efectos físicos del calentamiento del planeta no pueden clasificarse fácilmente como violaciones de los derechos humanos, sobre todo porque a menudo los daños relacionados con el cambio climático no pueden atribuirse claramente a los actos u omisiones de determinados Estados.”⁴⁸

A nivel nacional, con base en el reconocimiento convencional o constitucional de los derechos humanos como derechos fundamentales,⁴⁹ es cada vez más común que la violación de este tipo de derechos sea un argumento recurrido en los litigios climáticos. Este tipo de argumentación fue aceptada por primera vez en el caso *Ashgar Leghari v. Federación de Pakistán*,⁵⁰ en el que el Tribunal Superior de Lahore determinó que la inacción del Gobierno de Pakistán en la implementación de políticas climáticas constituía una violación a sus obligaciones de derechos humanos.

El precedente anterior ha tenido resonancia en otras jurisdicciones. Esto ha generado una mayor receptividad de los tribunales a las implicaciones del cambio climático en el disfrute de los derechos humanos. En este sentido, en el caso *Urgenda*⁵¹ en los Países Bajos, el

⁴⁵ GORDON, Jessica. Inter-American Commission On Human Rights To Hold Hearing After Rejecting Inuit Climate Change Petition. *Sustainable Development Law & Policy*, v. 7, n. 2, p. 55, 2007. EARTHJUSTICE. *Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations of the Rights of Arctic Athabaskan Peoples Resulting from Rapid Arctic Warming and Melting Caused by Emissions of Black Carbon by Canada*. Disponible en: https://earthjustice.org/sites/default/files/AAC_PETITION_13-04-23a.pdf.

⁴⁶ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, A/HRC/31/52 (1 de febrero de 2016), párrs. 23-32 y 66-67.

⁴⁷ BACK, Ebony; LUCAS, Rebecca. *Climate change and human rights to collide before the United Nations Human Rights Committee*. Disponible en: <https://auspublaw.org/2019/07/climate-change-and-human-rights-to-collide-before-the-united-nations-human-rights-committee/>.

⁴⁸ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General, A/HRC/10/61 (15 de enero de 2009).

⁴⁹ PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, Hari. A Rights Turn in Climate Change Litigation? *Transnational Environmental Law*, v. 7, n. 1, p. 37-67, 2018. p. 46-48.

⁵⁰ *Ashgar Leghari v Federation of Pakistan* (WP No 25501/2015).

⁵¹ *The State of the Netherlands v Urgenda Foundation*, The Hague Court of Appeal (2018). VERSCHUUREN, Jonathan. *The State of the Netherlands v Urgenda Foundation: the hague court of appeal upholds judgment requiring the Netherlands to further*

Tribunal de Apelación de La Haya ha reconocido que existe un peligro inminente y real de que los derechos a la vida y a la vida privada y familiar, contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (artículos 2 y 8), sean vulnerados por los impactos del cambio climático. En este caso se determinó que el Gobierno de los Países Bajos, en cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos, es responsable de asegurar la reducción de sus emisiones de CO₂ en al menos un 25% para 2020, en lugar del 16% previsto en su política ambiental.

De manera similar, la Corte Suprema de Justicia de Colombia dictó una sentencia pionera en América Latina que reconoce el vínculo entre la deforestación, el cambio climático y la violación de los derechos humanos de las generaciones presentes y futuras.⁵² A inicios de 2018, 25 niños, niñas y jóvenes presentaron una acción de tutela en la que se alega que la actuación del Estado no ha sido suficiente para evitar la tala indiscriminada en la Amazonia y sus efectos en el calentamiento del país, lo que amenaza el disfrute de los derechos a un ambiente sano, a la vida, a la salud, a la alimentación y al agua, incluidos en la Constitución colombiana y en los tratados internacionales ratificados por el Estado. La Corte Suprema ordenó al poder ejecutivo desarrollar medidas para disminuir las emisiones de GEI y reducir a cero la deforestación.⁵³

Actualmente se registran 29 litigios climáticos que se fundamentan de manera directa o indirecta en argumentos de derechos humanos.⁵⁴ Algunos de estos casos se interponen en contra de las empresas y hacen referencia a su responsabilidad de respetar los derechos humanos de conformidad con los estándares internacionales, principalmente aquellos incluidos en los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos. A pesar de que el número de casos de este tipo aún es limitado, merecen especial atención ya que sirven para inspirar acciones similares en otras jurisdicciones. Los

reduce its greenhouse gas emissions. *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, v. 28, n. 1, p. 94-98, 2019.

⁵² Children and Youth v. Colombian Government (2018) Supreme Court of Justice of Colombia STC4360-2018, 11001-22-03-000-2018-00319-01.

⁵³ Véase “José Daniel Rodríguez Peña et. al. v. Presidencia de la República de Colombia et. al. s. acción de tutela.” Disponible en: <https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/01/TutelaCambioClim%C3%A1tico.pdf>, pp. 3-8.

⁵⁴ SAVARESI, Annalisa; AUZ, Juan. Climate change litigation and human rights: pushing the boundaries. *Climate Law*, v. 9, n. 3, p. 244-262, 2019.

siguientes aparatados analizan el contexto en el que se han interpuesto estos casos y algunos de los argumentos utilizados por los demandantes.

3.1 Philippines Reconstruction Movement y Greenpeace v. Carbon Majors

Una de las innovaciones que presentan los litigios climáticos en contra de las empresas es que los demandantes han explorado no solo las vías judiciales, sino también han recurrido a mecanismos extrajudiciales. En 2015, *Greenpeace Southeast Asia*, junto con ciudadanos filipinos afectados por diversos tifones, interpusieron una petición ante la Comisión de Derechos Humanos de Filipinas, alegando que el cambio climático interfiere en el disfrute de derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la salud física y mental, a la alimentación, al agua, al saneamiento, a una vivienda adecuada y a la autodeterminación.⁵⁵

Los peticionarios solicitaron a la Comisión el ejercicio de sus competencias para investigar la responsabilidad de las principales empresas emisoras de GEI en relación con los efectos del cambio climático sobre los derechos humanos.⁵⁶ Son 51 empresas las señaladas como potenciales responsables, entre ellas se encuentran transnacionales como *Chevron, ExxonMobil, BP, Royal Dutch Shell, Conoco Philips, Suncor* y *Encana* e incluso otras que no operan en Filipinas. Los peticionarios alegan que las empresas incumplen su responsabilidad de respetar los derechos humanos, como se establece en los Principios Rectores.⁵⁷ Esto es debido a que las empresas no llevan a cabo procesos de diligencia debida en materia derechos humanos en sus productos y procesos

⁵⁵ Philippines Reconstruction Movement and Greenpeace v. Carbon Majors Case No CHR-NI-2016-0001 (2015).

⁵⁶ La petición también alega la responsabilidad de los Estados de origen de las empresas por la falta de control de las actividades de sus empresas que interfieran con los derechos de los filipinos. Por tanto, se alega el incumplimiento de sus obligaciones extraterritoriales en virtud del derecho internacional. GÖTZMANN, Nora; ROBERTSON, Fiona; WRZONCKI, Elin; SCHULLER, Christopher. *Remedy in business and human rights cases: the role of national human rights institutions*. Berlín: German Institute for Human Rights, 2019. p. 30-34.

⁵⁷ Véase “Petition to the Commission on Human Rights of the Philippines Requesting for Investigation of the Responsibility of the Carbon Majors for Human Rights Violations or Threats of Violations Resulting from the Impacts of Climate Change.” Disponible en: <https://www.greenpeace.org/archive-seasia/ph/Page-Files/105904/Climate-Change-and-Human-Rights-Complaint.pdf>, pp. 17-25.

de producción que emiten GEI y, por ende, están contribuyendo a los impactos negativos del cambio climático sobre el disfrute de los derechos humanos.

Este caso establece un precedente único para una institución nacional de derechos humanos (INDH) que investiga la responsabilidad de empresas que no tienen su sede en el territorio del Estado donde se lleva a cabo la investigación. El planteamiento que se expone a la Comisión versa sobre si estas empresas son (o no) responsables directas de la crisis climática y si deben (o no) adoptar las medidas necesarias para evitar la vulneración de derechos resultante de su contribución a los impactos climáticos. Por tanto, este caso representa una oportunidad para analizar el alcance extraterritorial de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Esto teniendo en cuenta que las emisiones de GEI de las empresas tienen efectos transfronterizos y difusos en el tiempo.

El proceso de investigación de la Comisión dio comienzo en julio de 2016, cuando se solicitó a las empresas que respondieran las alegaciones de los peticionarios. La mayoría de las empresas no respondieron y las que sí lo hicieron cuestionaron la competencia material y territorial de la INDH para conocer del caso. No obstante, la Comisión determinó su jurisdicción con base en el artículo XIII sección 18 de la Constitución de Filipinas que establece su competencia para investigar presuntas violaciones de derechos humanos y para recomendar a los poderes ejecutivo y legislativo las respuestas apropiadas a las violaciones identificadas.⁵⁸

En el marco de la investigación se han llevado a cabo visitas *in situ* en Tacloban, Albay, Cagayan de Oro, Bukidnon y Cagayan Valley para consultar a las comunidades y documentar como los impactos del cambio climático han afectado los derechos a la alimentación, al agua, a la salud, a la vivienda y a la vida. Asimismo, se han celebrado distintas audiencias en Manila, Nueva York y Londres para recoger el testimonio de expertos en materia de cambio climático y derechos humanos y de los miembros de las comunidades en Filipinas que sufren los impactos del cambio climático. La participación de las empresas en el proceso de investigación ha

sido mínima.⁵⁹ Al momento de escritura del presente artículo, la Comisión se encuentra en la fase final del proceso de investigación. Se espera que los resultados de la investigación y las recomendaciones se publiquen a lo largo de 2019.

A pesar de que la Comisión no tiene competencias judiciales ni jurisdicción para garantizar una compensación a las víctimas, puede declarar que se han violado derechos humanos y elaborar recomendaciones sobre cómo abordar y reparar las vulneraciones identificadas, de conformidad con la Constitución de Filipinas. Por tanto, el potencial de este caso radica, por un lado, en explorar el papel clave de las INDH en la protección de los derechos humanos frente a las actividades empresariales y, sobre todo, el potencial de estas instituciones como mecanismos extrajudiciales para remediar abusos corporativos.⁶⁰ Por otro lado, este caso ejerce presión sobre los tribunales nacionales para que conozcan de casos similares, con el fin de hacer efectiva la responsabilidad de las empresas por los impactos de sus emisiones de GEI que afectan el disfrute de los derechos humanos.⁶¹ De hecho, en otros países del sureste asiático se ha manifestado la intención de interponer peticiones similares a la de Filipinas.⁶² En noviembre de 2018, el Ministro de Asuntos Exteriores de Vanuatu, Ralph Regenvanu, anunciaba durante la *Climate Vulnerable Forum's Virtual Summit* que este país insular está explorando acciones legales en contra de las empresas del sector de los combustibles fósiles y los países más contaminantes del mundo, que incitan (económicamente) a las empresas a seguir contribuyendo al cambio climático.⁶³

⁵⁹ *Ibid.*, p. 32.

⁶⁰ Sobre el rol de las INDH en el ámbito de empresas y derechos humanos. Véase HAÁSZ, Veronika. The role of national human rights institutions in the implementation of the UN Guiding Principles. *Human Rights Review*, v. 14, n. 3, p. 165-187, 2013.

⁶¹ Las INDH pueden supervisar los marcos políticos y legales nacionales relacionados con el cambio climático. Además, pueden asesorar a los gobiernos sobre cómo proteger los derechos humanos, frente al cambio climático y frente a los impactos climáticos asociados a las actividades de las empresas. Asimismo, pueden proporcionar soluciones a las violaciones de derechos humanos relacionadas con el cambio climático. Sobre el papel de las INDH en materia de cambio climático, véase VAN DE VENIS, Jan; FEIRING, Birgitte. *Climate change: a human concern*. Copenhagen: Danish Institute for Human Rights, 2016. p. 20-22.

⁶² SELEY, Peter; DUDLEY, Richard. *Emerging Trends in Climate Change Litigation*. Disponible en: www.law360.com/articles/766214/emerging-trends-in-climate-change-litigation.

⁶³ GREENPEACE INTERNATIONAL. *Vanuatu warns fossil fuel companies could be sued over climate change*. Disponible en: <https://www.greenpeace.org.au/news/vanuatu-warns-fossil-fuel-companies->

⁵⁸ GÖTZMANN, Nora; ROBERTSON, Fiona; WRZONCKI, Elin; SCHULLER, Christopher. *Remedy in business and human rights cases: the role of national human rights institutions*. Berlín: German Institute for Human Rights, 2019, pp. 31-32.

3.2 Milieudéfensie et al. v. Royal Dutch Shell plc

En 2018, *Milieudéfensie/Friends of the Earth Netherlands* anunció la posibilidad de interponer una acción judicial en los Países Bajos en contra de la empresa *Shell* por los impactos climáticos a los que contribuye con sus actividades en países como Nigeria y por la inacción para alcanzar los objetivos del Acuerdo de París.⁶⁴ Ante la falta de una respuesta concreta por parte de la empresa para hacer frente a los impactos climáticos a los que contribuyen sus actividades, en abril de 2019, *Milieudéfensie* junto con otras organizaciones de la sociedad civil (*ActionAid NL*, *Both ENDS*, *Fossielvrij NL*, *Greenpeace NL*, *Young Friends of the Earth NL* y *Waddenvereniging*), y más de mil ciudadanos, interpusieron una demanda en contra de la empresa *Shell* ante los tribunales de los Países Bajos.⁶⁵

Esta demanda se basa en la experiencia de la decisión emblemática del caso *Urgenda* para presionar a la empresa a que adopte objetivos de reducción más ambiciosos y una política empresarial alineada con el Acuerdo de París. Cabe que recordar que la sentencia del Tribunal de Apelación en el caso *Urgenda* hace una equiparación del deber de cuidado (*zorgplicht*) incluido en el artículo 6:162 del Código Civil holandés con la diligencia debida contemplada en el CEDH.⁶⁶ Los demandantes consideran que los objetivos del Acuerdo de París son exigibles directamente a *Shell*. Por ello, la empresa tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para reducir sus emisiones de GEI, con el fin de prevenir consecuencias irreversibles para las personas y el medio ambiente. Se trata entonces de un caso de prevención y no de compensación, que tiene por objeto que el Tribunal de Distrito de La Haya se pronuncie sobre la obligación de *Shell* de reducir sus emisiones de CO₂ en un 45% en 2030 en comparación con los niveles de 2010, un 72% en 2040 y a cero emisiones netas en 2050, de conformi-

dad con los objetivos del Acuerdo de París y a la luz del principio de precaución.⁶⁷

Los demandantes alegan que la empresa incumple con el “*unwritten*” estándar de deber de cuidado contemplado en la legislación civil holandesa, que se determina en función de la existencia de una conducta socialmente exigible. La responsabilidad en virtud del artículo 6:162 del Código Civil holandés se valora caso por caso según la gravedad del daño, el grado de riesgo asumido, el conocimiento previo del demandante, la respuesta que dio ante los hechos que conoció o debió haber conocido y la dificultad de tomar medidas de precaución, entre otros criterios que valorará el tribunal según el derecho no escrito (*ongeschreven recht*).⁶⁸

En el caso *Urgenda* se recurrió también a la doctrina *Kelderluik*,⁶⁹ formulada por la Suprema Corte de los Países Bajos. Esta doctrina ofrece al juez una serie de criterios adicionales para valorar si se respetó el deber de cuidado. Estos criterios se basan en la posibilidad de que determinada conducta produzca un daño y en la magnitud de este, de manera que, cuanto más factible y potencialmente gravoso sea el perjuicio que se puede causar, más estricto será el deber de cuidado.⁷⁰ El juez debe examinar dichos criterios según el estado del conocimiento, las posibilidades (técnicas) disponibles para tomar medidas de seguridad y la relación costo-beneficio de las medidas de seguridad que deben ser adoptadas.⁷¹

Shell no solo es una de las principales empresas emisoras de CO₂, que contribuye sustancialmente con aproximadamente 1% del total de las emisiones globales, sino que a pesar de conocer desde hace tiempo los graves riesgos sociales, económicos y políticos que implica el cambio climático, ha ocultado y divulgado información engañosa sobre la quema de combustibles fósiles y su relación con este fenómeno. Por otra parte, la empresa tiene un control total sobre las emisiones de

could-be-sued-over-climate-change/.

⁶⁴ MILIEU DEFENSIE. “*Friends of the Earth Netherlands sues Shell for causing climate change*”. Disponible en: <https://en.milieudéfensie.nl/climate-case-shell/friends-of-the-earth-netherlands-sues-shell-for-causing-climate-change>.

⁶⁵ MILIEUDEFENSIE et al. v. Royal Dutch Shell plc. Disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/milieudéfensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>.

⁶⁶ VERSCHUUREN, Jonathan. The State of the Netherlands v Urgenda Foundation: the Hague court of appeal upholds judgment requiring the Netherlands to further reduce its greenhouse gas emissions. *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, v. 28, n. 1, p. 94-98, 2019. p. 96.

⁶⁷ MILIEUDEFENSIE et al. v. Royal Dutch Shell plc. Disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/milieudéfensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>, párrs. 850-852.

⁶⁸ *Ibid.*, párrs. 503-518.

⁶⁹ Véase *Kelderluik-arrest*, HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (ECLI:NL:HR:1965: AB7079).

⁷⁰ RODRÍGUEZ GARCÍA, Noel. Responsabilidad del Estado y cambio climático: el caso Urgenda contra Países Bajos. *Revista Catalana de Drets Ambiental*, v. 7, n. 2, p. 1-38, 2016.

⁷¹ MILIEUDEFENSIE et al. v. Royal Dutch Shell plc. Disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/milieudéfensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>. párr. 512.

su producción y productos y es un agente clave para la transición energética, que se ha opuesto al desarrollo de una política climática más ambiciosa, con el fin de seguir generando beneficios económicos de la quema combustibles fósiles. En ese sentido, la empresa no ha adoptado medidas preventivas para evitar un aumento de la temperatura media mundial de 2°C. Por ello, los demandantes consideran que *Shell*, con su actual política climática insuficiente, comete un acto ilícito que genera un grave riesgo para la vida de las personas y una alteración en su vida privada y familiar, vulnerando así los artículos 2 y 8 del CEDH.⁷²

Las actividades de *Shell*, por tanto, representan un peligro real para el medio ambiente y para los derechos humanos de las generaciones presentes y futuras.⁷³ En el caso *Urgenda*, el Tribunal de Apelación explicó que los individuos y los grupos de interés pueden invocar las disposiciones del CEDH en sus relaciones con terceros. Según el artículo 94 de la Constitución holandesa, los tribunales nacionales se abstendrán de aplicar la legislación nacional cuando entre en conflicto con las disposiciones de los tratados que sean vinculantes para todas las personas,⁷⁴ como lo son los artículos 2 y 8 del CEDH.

Por lo anterior, los demandantes alegan que la empresa incumple su responsabilidad independiente de respetar los derechos humanos. Por un lado, señalan que el poder e influencia de *Shell*, como una de las empresas más grandes a nivel global, conlleva un deber similar al de los Estados de salvaguardar los derechos fundamentales.⁷⁵ En este sentido, la empresa tiene la obligación positiva de adoptar medidas cuando es probable que se violen los derechos contenidos en los artículos 2 y 8 del CEDH,⁷⁶ tomando como referencia la jurisprudencia

ambiental del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).⁷⁷

Por otra parte, los demandantes alegan que la empresa ha incumplido su compromiso público de implementar los Principios Rectores, que están integrados en la política de derechos humanos y operaciones de *Shell*.⁷⁸ Los demandantes destacan que este instrumento es una respuesta de la comunidad internacional a los vacíos de gobernanza global existentes respecto a las actividades de las empresas en la esfera de los derechos humanos y, por tanto, el compromiso voluntario de *Shell* de implementar los Principios Rectores genera la expectativa de que la empresa prevenga violaciones de derechos humanos durante el desarrollo de sus actividades, incluidas aquellas que se pueden generar de sus contribuciones al cambio climático. A pesar de ser un instrumento de *soft law*, los demandantes aluden a que el TEDH también utiliza este tipo de estándares, como los de la Organización Mundial de la Salud, para estructurar las obligaciones derivadas del CEDH. Por ello, se considera que el tribunal debe valorar también el incumplimiento de otros estándares de *soft law* incluidos en los instrumentos que la empresa se ha comprometido públicamente a implementar, como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (en adelante Líneas Directrices).⁷⁹

Finalmente, respecto a este caso cabe señalar que al tratarse de un caso de acción preventiva y no de compensación, la relación de causalidad entre las emisiones de la empresa y los daños producidos juega un rol menor. Para que el tribunal emita una orden se necesita demostrar la existencia real de una situación de peligro que requiere de medidas para prevenir los daños que vulneren el disfrute de los derechos humanos. Por tanto, a pesar de que la contribución total de la empresa al cambio climático pudiera considerarse relativamente insignificante a nivel global. Esto no exime a *Shell* de

⁷² MILIEUDEFENSIE et al. v. Royal Dutch Shell plc. Disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/milieudensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>. párrs. 512, 523-571, 573, 589-602.

⁷³ MILIEUDEFENSIE et al. v. Royal Dutch Shell plc. Disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/milieudensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>. párr. 607.

⁷⁴ GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS. *Constitución del Reino de los Países Bajos*. 2008. Disponible en: <https://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>.

⁷⁵ MILIEUDEFENSIE et al. v. Royal Dutch Shell plc. Disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/milieudensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>. párr. 668.

⁷⁶ MILIEUDEFENSIE et al. v. Royal Dutch Shell plc. Disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/milieudensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>. párr. 672.

⁷⁷ Véase TEDH. *Caso Öneriyildiz Vs. Turquía* [GS], No. 48939/99. Sentencia de 30 de noviembre de 200; TEDH. *Caso Budayeva y otros Vs. Rusia*, Nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 y 15343/02. Sentencia de 20 de marzo de 2008; TEDH. *Caso Fadeyeva Vs. Rusia*, No. 55723/00. Sentencia de 9 de junio de 2005; TEDH. *Caso Guerra y otros Vs. Italia* [GS], No. 14967/89. Sentencia de 19 de febrero de 1998.

⁷⁸ SHELL. *Human Rights*. Disponible en: <https://www.shell.com/sustainability/transparency/human-rights.html>.

⁷⁹ MILIEUDEFENSIE et al. v. Royal Dutch Shell plc. Disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/milieudensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>. párrs. 700-713, 716-722.

su obligación de adoptar las medidas necesarias de reducción de GEI, de conformidad con los objetivos del Acuerdo de París y su responsabilidad de respetar los derechos humanos.⁸⁰

Este caso aún se encuentra en una fase preliminar a la espera de la contestación de la demanda por parte de la empresa. Sin embargo, su relevancia ya es evidente, ya que se analizará en qué medida la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos implica que las empresas aporten soluciones efectivas para prevenir los impactos del cambio climático sobre el disfrute de los derechos humanos.

3.3 Notre Affaire à Tous y Otros v. Total

En junio de 2019, diversas organizaciones de la sociedad civil y gobiernos locales de Francia, expuestos a diversos impactos negativos del cambio climático, solicitaron a la empresa *Total* que cumpliera con sus obligaciones derivadas de la *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* (Ley del deber de vigilancia).⁸¹ Tras un intenso proceso legislativo, esta Ley fue adoptada y entró en vigor en 2017. Este instrumento normativo, a pesar de sus limitaciones, es considerado como un modelo a seguir, ya que es una de las pocas leyes en vigor a nivel global que implementa la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos a través del primer pilar de los Principios Rectores sobre la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos frente a las actividades empresariales.⁸²

La Ley del deber de vigilancia modifica el artículo L. 225-102-4 del Código de Comercio francés para imponer a determinadas empresas la obligación de elaborar y publicar un plan de vigilancia (*plan de vigilance*), con el fin de prevenir daños al medio ambiente y a los derechos

humanos. Por tanto, el plan debe incluir medidas razonables para identificar los riesgos y prevenir violaciones graves de derechos humanos y libertades fundamentales y daños a la salud, a la seguridad de las personas y al medio ambiente, que sean resultado de las actividades de la empresa y de las entidades que controla, directamente o indirectamente, así como de las actividades de los subcontratistas o proveedores con los que mantenga una relación comercial estable (artículo L. 225-102-4-I del Código de Comercio francés).

Las empresas sujetas a esta obligación son aquellas que al cierre de dos años consecutivos cuenten con al menos cinco mil trabajadores en ellas y sus subsidiarias directas o indirectas con domicilio social en el territorio francés, o por lo menos diez mil trabajadores entre la empresa principal y sus filiales directas o indirectas, con domicilio social en el territorio francés o en el extranjero (artículo L. 225-102-4-I del Código de Comercio francés). En este sentido, una empresa como *Total* se encuentra, evidentemente, dentro del ámbito de aplicación de esta Ley, ya que contrata a un total de 104.460 personas.⁸³

Según lo establecido en la norma, el plan de vigilancia debe incluir: un mapa de los riesgos para su identificación, análisis y priorización; un procedimiento de evaluación periódica de la situación de las filiales, subcontratistas o proveedores con los que se mantiene una relación comercial estable, según el mapeo de riesgos; las acciones de mitigación del riesgo o de prevención de daños graves; un mecanismo de alerta y recogida de informes relativos a la existencia y actualización del riesgo, establecido en consulta con los sindicatos representativos de la empresa; un mecanismo de seguimiento de las medidas puestas en práctica y una evaluación de su eficacia (artículo L. 225-102-4-I del Código de Comercio francés).

Desde la entrada en vigor de la Ley, la empresa *Total* ha publicado dos planes de vigilancia, correspondientes al ejercicio 2017 y 2018.⁸⁴ No obstante, las organizaciones de la sociedad civil y los gobiernos locales denuncian que los planes publicados por *Total* no cumplen

⁸⁰ MILIEUDEFENSIE et al. v. Royal Dutch Shell plc. Disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/milieudensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>. párrs. 643-644.

⁸¹ Loi no. 2017-399 du 27 Mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

⁸² COSSART, Sandra; CHAPLIER, Jérôme; BEAU DE LOMENIE, Tiphaine. The French Law on Duty of Care: a Historic Step towards Making Globalization Work for All. *Business and Human Rights Journal*, v. 2, n. 2, p. 317-323, 2017. Véase también sobre la Ley francesa del deber de vigilancia. BOUTONNET, Mathilde Hautereau. The duty of care of parent companies: a tool for establishing a transnational environmental civil liability. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 1, p. 289-295, 2019.

⁸³ NUMBER of employees at Total S.A. from 2008 to 2018. Disponible en: <https://www.statista.com/statistics/279499/number-of-employees-at-total-sa/>.

⁸⁴ TOTAL. 2017 Registration document. Including the Annual Financial Report. Nanterre: Total, 2018, pp. 96-102; TOTAL. 2018 Registration document. Including the Annual Financial Report. Nanterre: Total, 2019, pp. 93-109.

con los requisitos establecidos en la legislación, ya que no identifican de manera adecuada los riesgos asociados al cambio climático que se generan de las emisiones de GEI de sus actividades, ni tampoco incluyen las acciones adecuadas para mitigar el riesgo y prevenir daños graves causados por sus emisiones que contribuyen al cambio climático.⁸⁵ En octubre de 2018, a la empresa se le notificó esta deficiencia presente en su plan de vigilancia publicado en ese mismo año. En este sentido, la Ley contempla que las partes interesadas (*parties prenantes*) de una empresa pueden colaborar en el desarrollo del plan (artículo L. 225-102-4.-I del Código de Comercio francés).

El plan de vigilancia de la empresa publicado en marzo 2019 hace referencia al cambio climático en el mapeo de riesgos. No obstante, únicamente señala que se trata de un riesgo global para el planeta que es el resultado de diversas acciones humanas, incluida la producción y el consumo de energía. No realiza un análisis y priorización del riesgo en relación con las actividades de la empresa, sus proveedores y subcontratistas. Tampoco identifica las emisiones de GEI que se derivan del ciclo de vida y uso de sus productos que comercializa. Por otra parte, tampoco incluye medidas concretas ni alineadas con los objetivos del Acuerdo de París de mitigación y prevención de riesgos asociados a sus emisiones de GEI para la salud y la seguridad de las personas, el medio ambiente y los derechos humanos. La empresa solamente anuncia de manera general que busca reducir las emisiones de GEI resultantes de sus actividades y que implementa una estrategia para hacer frente a los desafíos del cambio climático.⁸⁶

Las partes interesadas consideran que el plan no refleja una “vigilancia razonable” en relación con su contribución al cambio climático y a sus efectos negativos. Por tanto, de conformidad con el artículo L. 225-102-4.-II del Código de Comercio francés, han enviado una notificación formal (*mise en demeure*) para que publique dentro de un plazo de tres meses un nuevo plan de vigilancia que incluya: un mapeo de los riesgos resultantes de las emisiones de GEI generadas por el uso de bienes

⁸⁵ Véase *Notre Affaire à Tous and Others v. Total*. Unofficial translation from plaintiffs of the formal letter sent to Total. Disponible en: http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2019/20190719_NA_press-release.pdf.

⁸⁶ NOTRE AFFAIRE ATOUS. *The Climate Chaos Strategy*. Disponible en: https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2019/05/ResuméTOTAL_A4_ENGLISH.pdf.

y servicios que produce; la identificación de los riesgos de daños graves, como se describe en el informe especial del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) de octubre de 2018;⁸⁷ y las acciones para garantizar que establece unos objetivos claros de mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5°C con respecto a los niveles preindustriales.⁸⁸ En caso de que *Total* no publique un nuevo plan, las partes interesadas podrán solicitar al tribunal competente que le ordene la elaboración y publicación de un plan que contenga dicha información (artículo L. 225-102-4.-II del Código de Comercio francés).

des entreprises donneuses d’ordre.

3.4 Lliuya v. RWE

En noviembre de 2015, un agricultor de la región andina del Perú, Saúl Luciano Lliuya, con apoyo de la ONG *Germanwatch*, interpuso una demanda en contra de la empresa productora de electricidad *RWE* ante los tribunales alemanes.⁸⁹ *RWE* es una de las principales empresas europeas emisoras de CO₂.⁹⁰ Este es otro caso que se fundamenta en el derecho de daños. A pesar de que el demandante no utiliza alegaciones de derechos humanos, este caso merece especial atención teniendo en cuenta que en los casos de empresas y derechos humanos una de las estrategias utilizadas por las víctimas, los abogados practicantes y las organizaciones de la sociedad civil es el litigio civil transnacional por abusos de derechos humanos (*transnational human rights litigation*).⁹¹ Es decir, recurren a los tribunales de los Es-

⁸⁷ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. Summary for Policymakers. In: INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Global warming of 1.5°C*. Ginebra: World Meteorological Organization, 2018. p. 36.

⁸⁸ UNOFFICIAL translation from plaintiffs of the formal letter sent to Total. Disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/notre-affaire-a-tous-and-others-v-total/>.

⁸⁹ Saúl Luciano Lliuya v. RWE (2017) 20171130 Case No-2-O-28515. Véase GARCÍA ÁLVAREZ, Laura. El caso Huaraz: David contra Goliat o «Saúl L. contra RWE AG»: Un precedente clave en la justicia climática. *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, n. 40, p. 63-101, 2018.

⁹⁰ GERMANWATCH. *The case Huaraz: Saúl vs. RWE*. Disponible en: <https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/publication/21956.pdf>.

⁹¹ REQUEJO ISIDRO, Marta. La responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos: deficiencias del marco legal.

tados en los que están domiciliadas o constituidas las empresas matrices, ya que en ocasiones el lugar donde tiene lugar el abuso corporativo (Estado anfitrión) carece de un estado de derecho consolidado y no existe una protección real de los derechos humanos a pesar de las obligaciones legales internacionales suscritas por el Estado.⁹² Las características y elementos de este caso se encuadran dentro de lo que pudiera ser considerado como un litigio civil transnacional por abusos de derechos humanos.

El demandante, en este caso, alega que la empresa es parcialmente responsable del deshielo de los glaciares en la cercanía de Huaraz, ciudad donde habita el demandante. Principalmente, se alega el derretimiento del glaciar Palcacocha, un lago glaciar ubicado sobre Huaraz que ha experimentado un aumento volumétrico sustancial de agua desde 1975, con un incremento drástico desde 2003.⁹³ El demandante, con fundamento en el artículo 1004 del Código Civil alemán, que prevé la reducción de cargas, interferencias o perturbaciones sobre el derecho de dominio y las medidas cautelares,⁹⁴ solicita el pago de aproximadamente 21.000 euros en concepto del coste de las medidas de protección y seguridad para hacer frente a las inundaciones de los lagos glaciares, los derrumbes, la probable inundación de su aldea y la destrucción de su propiedad. La cantidad se determinó en función de la contribución histórica de la empresa de sus emisiones de GEI.⁹⁵

Al tratarse de un caso con elementos de extranjería se aplican, en principio, las normas de derecho internacional privado de la Unión Europea (UE). Por ello, la demanda invoca la competencia judicial del Tribunal Regional de Essen de conformidad con el artículo 63.1 y artículo 4.1 del Reglamento (UE) no. 1215/2012

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I bis), señalando que la empresa demandada es una matriz domiciliada en Alemania.⁹⁶ Según el artículo 4 del Reglamento Bruselas I bis, los tribunales civiles de los Estados miembros de la UE son competentes para conocer de un litigio civil transnacional, siempre y cuando el demandado esté domiciliado en su jurisdicción en el momento de presentación de la demanda. En el caso de las empresas u otras personas jurídicas, se entiende que están domiciliadas en el lugar en el que se encuentra: a) su sede estatutaria, b) su administración central o c) su centro de actividad principal (artículo 63). La competencia de los tribunales en razón al domicilio alcanza cualquier demanda en contra de una empresa con independencia de dónde se produjeron los daños o de la nacionalidad o lugar de residencia del afectado que presentó la demanda, quien incluso puede tener su domicilio en un Estado que no sea miembro de la UE.

La competencia judicial de los tribunales para conocer del caso no generó mayor controversia. Tampoco la naturaleza política de la controversia constituyó un impedimento para declarar la competencia del tribunal, ya que en Alemania no existe la *political question doctrine*⁹⁷ que, como se indicó anteriormente, es utilizada en la mayoría de los litigios en la jurisdicción de los Estados Unidos para declinar la competencia de los tribunales.

En este caso, el demandante basa sus pretensiones en el derecho alemán, invocando la norma específica sobre daños ambientales del artículo 7 del Reglamento (CE) no. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). El artículo 7 ofrece al demandante una *optio iuris* para fundar

Scientia Juris, p. 1-44, 2011.

⁹² SKINNER, Gwynne; MCCORQUODALE, Robert; DE SCHUTTER, Olivier. *The third pillar: access to judicial remedies for human rights violations by transnational business*. Bruselas/Londres: ICAR-CORE-ECCJ, 2013. p. 18-62.

⁹³ GRANTHAM RESEARCH INSTITUTE ON CLIMATE CHANGE AND THE ENVIRONMENT. *Lluya v. RWE*. Disponible en: <http://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/litigation/lluya-v-rwe/>.

⁹⁴ Artículo 1004 del Código Civil alemán: “If the ownership is interfered with by means other than removal or retention of possession, the owner may require the disturber to remove the interference. If further interferences are to be feared, the owner may seek a prohibitory injunction”.

⁹⁵ DARBY, Megan. *Peruvian Climate Lawsuit against German Coal Giant Dismissed*. Disponible en: <http://www.climatechange.news.com/2016/12/15/peruvian-climate-lawsuit-against-german-coal-giant-dismissed/>.

⁹⁶ En relación a la competencia judicial, la demanda en contra de RWE señala que “[t]he regional court of Essen has jurisdiction over the legal dispute, according to § 63 (1) in conjunction with § 4 (1) of EU Regulation No. 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJEU L 351, p. 1) due to the general place of jurisdiction of the respondent company territorially and thereby internationally, and materially in accordance with § 1 Code of Civil Procedure (ZPO) in conjunction with § 23 No. 1 and § 71 paragraph 1 Judicature Act (GVG)”. GERMANWATCH. *Unauthorised translation, provided by Germanwatch e.V.* Disponible en: <https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/20822.pdf>.

⁹⁷ BOOM, Keely; RICHARDS, Julie-Anne; LEONARD, Stephen. *Climate Justice: The international momentum towards climate litigation*. Berlín: Heinrich Boell Foundation, 2016. p. 22.

sus pretensiones en la *lex loci damni* o en la ley correspondiente al país del hecho generador del daño. Esto permite a los afectados por los impactos ambientales de las empresas poder elegir la ley de un país en el que los estándares y las obligaciones de protección resulten mucho más elevados, así como acceder a normas más flexibles en relación con la carga de la prueba o a mayores indemnizaciones por los daños sufridos.

El demandante identifica que el hecho generador del daño se sitúa en las emisiones de GEI que son atribuibles a la empresa matriz y a sus filiales domiciliadas en Alemania y que tienen consecuencias directas en el deshielo de los glaciares y, por ende, ponen en peligro su vida y su propiedad en Perú (lugar de verificación del daño). Por tanto, ejerciendo su derecho de elegir la ley aplicable y en beneficio de sus intereses, opta por la del país en la que se produjo el hecho generador del daño (Alemania) para resolver la controversia, cuestión admitida en segunda instancia.⁹⁸ En este sentido, la demanda invoca una disposición de responsabilidad objetiva contenida en el artículo 31 del Código Civil alemán,⁹⁹ con el fin de que la matriz responda como única demandada y deudora solidaria por el total de las emisiones de sus filiales, que se limitan a cumplir sus decisiones adoptadas.

En *Llinya v. RWE*, el demandante ha recurrido a diversas pruebas documentales de carácter técnico-científico para demostrar de manera certera que los riesgos a los que se encuentra expuesto son muy probables e inminentes. Los dictámenes hechos por especialistas son pruebas admisibles en el proceso civil. En este sentido, se aportaron modelos climáticos e información especializada sobre el alto riesgo de inundación que menoscaba la propiedad del demandante y la imposibilidad de llevar a cabo una evacuación de la población de Huaraz, así

como otros riesgos concretos relacionados con el aumento del nivel del agua del Lago Palcacocha. Asimismo, se respaldan en los informes del IPCC, que señalan que entre 1961 y 2009 las temperaturas de la región andina del Perú se han incrementado entre un 0,2% y un 0,45% por década, lo que contribuye al rápido deshielo de los glaciares en los Andes.¹⁰⁰ Finalmente, con base en el citado estudio de los *Carbon Majors* de HEEDE, el demandante señala que la participación de la empresa en las emisiones totales de GEI entre 1751 y 2010 es del 0,47%.¹⁰¹ En 2013, las emisiones de GEI de la empresa constituyeron un 0,45% del total de emisiones globales y un 21,95% de las emisiones de Alemania.¹⁰²

En 2016, a pesar de los robustos aportes científicos presentados, la demanda fue rechazada en primera instancia por el Tribunal Regional de Essen debido a la complejidad probatoria para demostrar la relación de causalidad entre las emisiones de GEI de la empresa y los impactos concretos señalados en la demanda. Según la opinión del Tribunal Regional, la complejidad del cambio climático y sus consecuencias hacen imposible establecer un vínculo causal entre las emisiones generadas por las actividades de la empresa y el riesgo para el demandante producido por el deshielo de los glaciares. En este sentido, señaló que la contribución individual de la empresa al cambio climático es marginal debido a la existencia de diversos agentes que contribuyen a este fenómeno. Por tanto, los efectos negativos de las emisiones de GEI son de naturaleza acumulativa y los riesgos producidos para el demandante seguirían existiendo aún sin las emisiones de la empresa.¹⁰³

No obstante, en 2017, el Tribunal de Apelación de Hamm revirtió la decisión de primera instancia y mantuvo la competencia judicial y la aplicación de la ley ale-

⁹⁸ La demanda señala expresamente que “[t]he claimant invokes German law on the basis of the provisions of the international law on the conflict of laws according to the Rome II Regulation (Regulation (EC) No. 864/2007 of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), OJEU 2007 L 199, p. 40)”. Véase la traducción no autorizada al inglés de la demanda original: GERMANWATCH. *Unauthorised translation, provided by Germanwatch e.V.* Disponible en: <https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/20822.pdf>.

⁹⁹ Artículo 31 del Código Civil alemán: “The association is liable for the damage to a third party that the board, a member of the board or another constitutionally appointed representative causes through an act committed by it or him in carrying out the business with which it or he is entrusted, where the act gives rise to a liability in damages”. Véase https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3984.

¹⁰⁰ Sobre los impactos del cambio climático en América Central y América del Sur, véase MAGRIN, Graciela O. *et al.* 2014: Central and South America. *In: INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability.* Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2014. p. 1499-1566.

¹⁰¹ HEEDE, Richard. Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers, 1854-2010. *Climatic Change*, v. 122, n. 1-2, p. 229-241, 2013. p. 229-241.

¹⁰² GERMANWATCH. *Unauthorised translation, provided by Germanwatch e.V.* Disponible en: <https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/20822.pdf>.

¹⁰³ Véase la traducción no autorizada al inglés de la resolución del Tribunal de Essen: *Unauthorised translation, provided by Germanwatch e.V. District Court Essen (15 December, 2016)*. Disponible en: <https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/20823.pdf>.

mana. Según el Tribunal, el demandante demuestra un interés legítimo tanto para obtener una resolución que obligue a la empresa a pagar los costes de las medidas preventivas, como para solicitar una declaración de responsabilidad.¹⁰⁴ Asimismo, aceptó provisionalmente los argumentos de causalidad del demandante, sujetos a la solicitud de evidencia científica adicional y a la opinión de expertos para determinar la existencia del nexo de causalidad.¹⁰⁵ El Tribunal de Hamm determinó que, si bien las emisiones de *RWE* (casi un 0,5% de las emisiones globales) no son totalmente responsables del riesgo de inundación en Huaraz, es suficiente con que sean parcialmente responsables de los riesgos actuales. Por tanto, abrió la fase de pruebas, aceptando los modelos climáticos como fuentes válidas de evidencia legal y seleccionando a un grupo de científicos para deliberar una opinión sobre si existe una relación de causalidad entre las emisiones de *RWE* y el riesgo que sufre el demandante en Perú. En consecuencia, se abrió un nuevo espacio en el derecho para la ciencia del cambio climático.

Este caso refleja otra de las alternativas de la litigación climática en contra de las empresas y establece un importante precedente con el potencial de replicarse en otras jurisdicciones europeas donde se encuentran domiciliados o constituidos otros *Carbon Majors* y cuyos ordenamientos legales prevén disposiciones sustantivas similares a las de Alemania. Asimismo, cabe señalar que este caso se enmarca en un proceso paralelo en el que después de la restricciones interpuestas en la jurisdicción de los Estados Unidos, las organizaciones de la sociedad civil y los abogados practicantes fijan sus miradas en la UE y en sus Estados miembros como foros alternativos y con un gran potencial para interponer acciones (civiles) en contra de las empresas transnacionales por los abusos de derechos humanos y graves daños ambientales cometidos en terceros Estados.

4 La diligencia debida en materia derechos humanos en la era del cambio climático

Las emisiones de GEI de las empresas, sin importar que tan pequeña sea contribución, aumentan los niveles de CO₂ en la atmósfera, lo que acelera el calentamiento global y, en consecuencia, afecta las condiciones necesarias para el pleno disfrute de los derechos humanos. Por lo tanto, el objetivo de mantener el aumento de la temperatura media mundial por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales es un deber moral y legal que implica el compromiso de múltiples actores, incluidas las empresas. En este sentido, el ACNUDH, en su contribución escrita a la COP 21, señaló que las empresas también son titulares de deberes. Por ello, deben ser responsables de sus impactos climáticos y participar en los esfuerzos de mitigación y adaptación con pleno respeto de los derechos humanos,¹⁰⁶ incluso cuando los Estados sean flexibles o justifiquen las emisiones de GEI de las actividades empresariales en pro del desarrollo económico.

En un sentido similar, la declaración de 2018 sobre el cambio climático y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que el cumplimiento de los derechos humanos en el contexto del cambio climático es un deber que corresponde a los actores estatales y no estatales. Se espera, por tanto, que las empresas respeten los derechos del Pacto frente a los impactos del cambio climático, independientemente de si existe legislación interna y si esta se aplica plenamente en la práctica.¹⁰⁷

Por su parte, el actual Relator Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente, David R. BOYD, ha identificado cinco estándares climáticos asociados a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos: i) reducir las emisiones de gases de

¹⁰⁴ Véase Order of the Regional Court of Hamm. Disponible en: <https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/21168.pdf>.

¹⁰⁵ Véase Higher Regional Court of Hamm. Indicative Court Order and Order for the Hearing of Evidence. Disponible en: <https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/20812.pdf>.

¹⁰⁶ “Businesses are also duty-bearers. They must be accountable for their climate impacts and participate responsibly in climate change mitigation and adaptation efforts with full respect for human rights.” Véase Submission of the Office of the High Commissioner for Human Rights to the 21st Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/COP21.pdf>.

¹⁰⁷ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. *Declaración sobre el cambio climático y el Pacto*, 8 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23691&LangID=E>.

efecto invernadero de sus propias actividades y filiales; ii) reducir las emisiones de gases de efecto invernadero de sus productos y servicios; iii) reducir al mínimo las emisiones de gases de efecto invernadero de sus proveedores; iv) informar públicamente de sus emisiones, su vulnerabilidad al clima y su riesgo de activos en desuso, y v) garantizar que las personas afectadas por violaciones de los derechos humanos relacionadas con las empresas tengan acceso a recursos eficaces.¹⁰⁸

El profesor BOYD indica que la primera medida para que las empresas cumplan con sus responsabilidades en materia de derechos humanos relacionadas con el cambio climático es la implementación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.¹⁰⁹ Como se señaló anteriormente, los Principios Rectores han marcado un punto de inflexión en el ámbito de empresas y derechos humanos, ya que han generado un consenso sobre la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos como un estándar universal de conducta aplicable a todas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura. El segundo pilar de los Principios Rectores requiere que las empresas eviten provocar o contribuir a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hacer frente a esas consecuencias cuando se produzcan tanto de sus operaciones como de sus cadenas de suministro y relaciones comerciales (Principio 13).

Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, los Principios Rectores establecen que las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias. Para ello, por un lado, deben adoptar una política empresarial de derechos humanos desde el más alto nivel gerencial y, por otro lado, deben establecer procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos.¹¹⁰

¹⁰⁸ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, A/74/161 (15 de julio de 2019), párr. 72.

¹⁰⁹ *Ibid.*, párr. 71.

¹¹⁰ Sobre la diligencia debida en materia de empresas y derechos humanos, véase VILMONDES TÜRKE, Mariana Aparecida. Busi-

La diligencia debida es un término conocido por las empresas para calcular los riesgos asociados a sus transacciones de valores y financieras.¹¹¹ El Principio 17 de los Principios Rectores, por su parte, busca extender el alcance de esta herramienta de medición de riesgos, con el fin de que las empresas no solo se aseguren de cumplir con las normas nacionales, sino también de identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos.¹¹² Los Principios Rectores proponen unos pasos clave que deben cumplir mínimamente los procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos que las empresas ponen en marcha en el desarrollo de sus actividades. Estos son: i) evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos; ii) integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto en sus funciones y procesos internos; iii) dar un seguimiento de la eficacia de las medidas adoptadas; y, iv) comunicar al exterior sobre cómo se abordan los impactos. Este proceso ha sido recogido y desarrollado en instrumentos normativos e iniciativas voluntarias tanto a nivel nacional como internacional. A nivel internacional, cabe desatacar que esta herramienta ha sido desarrollada por la OCDE, a través de guías sectoriales de diligencia debida.¹¹³

A pesar de los avances que representan los Principios Rectores, una de las omisiones importantes que se puede identificar en este instrumento es la carencia de una dimensión ambiental.¹¹⁴ Los informes preparatorios

ness and human rights in Brazil: exploring human rights due diligence and operational-level grievance mechanisms in the case of Kinross Paracatu gold mine. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 2, p. 222-241, 2018.

¹¹¹ MARTÍN-ORTEGA, Olga. La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad. In: ZAMORA CABOT, Francisco; GARCÍA CÍVICO, Jesús; SALES PALLARÉS, Lorena (eds.). *La responsabilidad de las empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 2014. p. 167-192.

¹¹² Según RUGGIE, la debida diligencia es “un intento amplio y activo de descubrir los riesgos reales o potenciales que amenazan a los derechos humanos durante todo el ciclo vital de un proyecto o actividad comercial, con miras a evitar o atenuar esos riesgos” (A/HRC/11/13).

¹¹³ La OCDE ha elaborado una serie de guías para ayudar a las empresas a llevar a cabo procesos de diligencia debida para alcanzar una conducta empresarial responsable en sectores específicos y cadenas de suministro: minerales, agricultura, textil y de calzado, industrias extractivas y finanzas. Véase <http://www.oecd.org/corporate/mne/>.

¹¹⁴ DEVA, Surya. Taking nature seriously. Can the UN Guiding Principles tame corporate profiteering? In: VOIGT, Christina. (ed.). *Rule of law for nature: new dimensions and ideas in environmental law*.

del profesor RUGGIE demuestran que los impactos ambientales de las actividades empresariales tienen efectos adversos en el disfrute de los derechos humanos.¹¹⁵ No obstante, la estructura y el enfoque de los Principios Rectores no abordan directamente las obligaciones y responsabilidades de los Estados y de las empresas de proteger el medio ambiente o su valor intrínseco para el disfrute de los derechos humanos.

El Principio 12 enlista una serie de instrumentos que contienen los derechos que las empresas deben respetar en el desarrollo de sus operaciones. Entre ellos, se encuentran aquéllos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Asimismo, deben respetar los derechos de los pueblos indígenas, las mujeres, las minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, los niños, las personas con discapacidad y los trabajadores migrantes y sus familias. Por otra parte, en situaciones de conflicto armado, las empresas deben respetar las normas del derecho internacional humanitario. No obstante, en esta lista no se hace referencia al respeto de las normas internacionales en materia de medio ambiente.

A la luz de lo anterior, es posible afirmar que los Principios Rectores no hacen una referencia directa al cambio climático o a los instrumentos del régimen internacional del cambio climático. Sin embargo, se acepta cada vez más la aplicación del segundo pilar de los Principios Rectores en el contexto del cambio climático.¹¹⁶ En 2018, durante el Séptimo Foro de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, se dedicó unas de las sesiones a debatir sobre cuáles son las responsabilidades de las empresas en materia de derechos humanos que se aplican al contexto del cambio climático, especialmente para determinar las acciones de las empresas para alcanzar una transición energética

efectiva. Esto supone un avance significativo, teniendo en cuenta la poca atención que ha tenido la cuestión del cambio climático en este espacio multiactor dedicado a intercambiar experiencias y aprender de las numerosas iniciativas destinadas a promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas.¹¹⁷

En este sentido, el informe titulado *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption*¹¹⁸ de 2014, de la *International Bar Association* (IBA), clarifica el papel y la responsabilidad de los actores privados, incluidas las empresas, para alcanzar la justicia climática basada en un enfoque de derechos humanos.¹¹⁹ El informe incentiva a que las empresas adopten e implementen los Principios Rectores, ya que se trata de un instrumento que se enmarca dentro del ámbito de derechos humanos y cambio climático.¹²⁰ Por tanto, de conformidad con los Principios Rectores, el informe recomienda el desarrollo de un compromiso político de las empresas con los derechos humanos aplicable al contexto del cambio climático, que incluya los siguientes elementos: 1) la adopción de una declaración política, 2) la implementación de un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos y 3) el establecimiento de mecanismos de reclamación eficaces a nivel operacional.¹²¹

En relación con el primer elemento, el Principio 16 establece que las empresas deben expresar su compromiso de respetar los derechos humanos mediante una declaración política que establezca lo que cada empresa espera, en relación con los derechos humanos, de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios. Por su parte, el informe de la IBA especifica que la declaración política debe estipular explícitamente las medidas diseñadas para prevenir o mitigar los impactos adversos

Cambridge: CUP, 2013. p. 312-328.

¹¹⁵ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Empresas y Derechos Humanos: Encuesta sobre el alcance y los tipos de presuntos abusos de los derechos humanos cometidos por empresas*, A/HRC/8/5/Add.2 (23 de mayo de 2008), párr. 27.

¹¹⁶ "Private actors also have obligations to address the human rights implications of climate change, and should refer to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights to ensure that they fully respect human rights in all activities." UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Climate Change and Human Rights*. Nairobi: UNEP, 2015. p. 9.

¹¹⁷ SECK, Sara. *Reflections on Business, Human Rights, the Environment, and Climate Justice*. Disponible en: <https://blogs.dal.ca/melaw/2017/12/04/reflections-on-business-human-rights-the-environment-and-climate-justice-december-4-2017/>. Acceso en: 25 set. 2019.

¹¹⁸ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption*. Londres: IBA, 2014.

¹¹⁹ SECK, Sara L.; SLATTERY, Michael. Business, human rights and the IBA Climate Justice Report. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, v. 34, n. 1, p. 75-85, 2016.

¹²⁰ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption*. Londres: IBA, 2014. p. 147.

¹²¹ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption*. Londres: IBA, 2014. p. 48-149.

del cambio climático relacionados con sus operaciones. Este compromiso político debe hacerse público, ser aprobado por el más alto nivel directivo y extenderse a sus relaciones comerciales. En este sentido, es cierto que, cada vez más, las empresas adoptan políticas en materia de cambio climático o participan en iniciativas sectoriales para formular acciones que permitan hacerle frente.¹²² No obstante, en estas políticas a menudo escasean medidas concretas para la reducción de GEI, o bien, las acciones climáticas contempladas carecen de una perspectiva de derechos humanos alienada con el Acuerdo de París.¹²³

En segundo lugar, el proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos debe implementarse de manera que aborde los impactos climáticos reales y potenciales de sus actividades que puedan crear interferencias en el disfrute de los derechos humanos. La implementación de la diligencia debida debe resultar en medidas concretas para reducir los impactos negativos sobre los derechos humanos asociados a los impactos climáticos de sus actividades.¹²⁴

En este sentido, las empresas pueden recurrir a otros instrumentos de gestión de riesgos ambientales para identificar los impactos climáticos a los que contribuyen sus operaciones o productos, con el fin de responder con las medidas de prevención o mitigación adecuadas. La Organización Internacional de Normalización (ISO) ha establecido una serie de normas dirigidas a empresas, gobiernos, proponentes de proyectos y otras partes interesadas, que contienen los principios y requisitos para la cuantificación, el seguimiento, la divulgación de información y la verificación de emisiones directas e indirectas y absorción de GEI (ISO 14064-1:2018, ISO 14064-2:2006, ISO 14064-3:2006, ISO 14065:2013, ISO 14066:2011, ISO 14067:2018 e ISO/TR 14069:2013). La norma ISO 14064-1:2018, por ejemplo, junto con

el Informe Técnico ISO/TR 14069:2013, contiene los principios, conceptos y métodos relacionados con la cuantificación y la divulgación de información de emisiones de GEI directas e indirectas. Estos instrumentos, de carácter voluntario, contribuyen a establecer los límites operativos de emisiones de GEI mediante la identificación de las emisiones directas e indirectas, así como a mejorar la transparencia y coherencia de la divulgación de información relacionada con las emisiones de GEI.¹²⁵ Otro mecanismo para divulgar información sobre las emisiones de GEI de las actividades y productos de las empresas es a través de las directrices del *Carbon Disclosure Project*, que establece un sistema de divulgación global para inversores, empresas, ciudades, Estados y regiones a fin de gestionar sus emisiones de GEI.¹²⁶

Finalmente, el Principio 22 establece que si las empresas han generado o contribuido a generar consecuencias negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos. Los mecanismos de reclamación a nivel operacional establecidos por las empresas deben atender quejas interpuestas por los posibles afectados por los impactos climáticos de sus actividades. Estos mecanismos no deben interferir con los mecanismos judiciales y deben ser legítimos, accesibles, predecibles, equitativos, transparentes y compatibles, así como constituir una fuente de conocimiento continuo (Principio 31), con el fin de dar una solución temprana a las quejas de los afectados por los impactos climáticos a los que contribuyen las empresas. En el caso *Llunya v. RWE*, el afectado, antes de recurrir a la sede judicial, presentó una queja a la empresa, exponiendo los peligros que generaban sus emisiones de GEI y solicitando la indemnización para adoptar las medidas para prevenir las posibles inundaciones. No obstante, RWE respondió que la queja carecía de fundamento legal y, por tanto, no era responsable de otorgar la indemnización correspondiente.¹²⁷

Por otra parte, a diferencia de los Principios Rec-

¹²² Por ejemplo, algunas de las empresas del sector de hidrocarburos participan en la Oil and Gas Climate Initiative, que tiene como objetivo catalizar acciones prácticas en materia de cambio climático, con el fin de reducir su huella de carbono. Véase <https://oilandgasclimateinitiative.com/>.

¹²³ ALLIANCE FOR CORPORATE TRANSPARENCY. 2018 *Research Report The state of corporate sustainability disclosure under the EU Non-Financial Reporting Directive*. Disponible en: http://www.allianceforcorporatetransparency.org/assets/2018_Research_Report_Alliance_Corporate_Transparency-66d0af6a05f153119e7cffe6df2f11b094affe9aaf4b13ae14db04e395c54a84.pdf, pp. 30-33.

¹²⁴ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption*. Londres: IBA, 2014. p. 147.

¹²⁵ Véase ISO 14064-1:2018, Greenhouse gases - Part 1: Specification with guidance at the organization level for quantification and reporting of greenhouse gas emissions and removals; ISO/TR 14069:2013, Gases de efecto invernadero - Cuantificación e informe de las emisiones de gases de efecto invernadero para las organizaciones - Orientación para la aplicación de la Norma ISO 14064 1.

¹²⁶ Véase, Carbon Disclosure Project. Disponible en: <https://www.cdp.net/es>.

¹²⁷ BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. *Demanda contra RWE (sobre cambio climático)*. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/es/demanda-contr-rwe-sobre-cambio-clim%C3%A1tico>.

tores, las Líneas Directrices de la OCDE incorporan recomendaciones en materia de cambio climático. Por tanto, en el marco de este instrumento, se espera que las empresas implementen la diligencia debida para abordar los impactos climáticos de sus actividades, productos y servicios, así como de sus cadenas de suministros.¹²⁸ El capítulo de divulgación de información de las Líneas Directrices promueve la práctica de divulgar información sobre las emisiones de GEI en la medida en que el ámbito de su seguimiento se extiende a las emisiones directas e indirectas, actuales y futuras, por empresa y por producto. Se recomienda que la información se extienda a las actividades de los subcontratistas y proveedores, o bien de socios empresariales o de *joint ventures*, con el fin de controlar la transferencia de las actividades perjudiciales para el medio ambiente a otros socios.

En el capítulo sobre medio ambiente, las Líneas Directrices recomiendan a las empresas la mejora constante de los resultados ambientales de sus actividades y, cuando corresponda, de su cadena de suministro. Por tanto, promueven el desarrollo y el suministro de productos y servicios que reduzcan las emisiones de GEI. Esto supone que antes de contratar el suministro de productos y servicios, deben evaluar sus emisiones para que el criterio de selección no recaiga únicamente en la reducción de los costes del servicio. Asimismo, fomentan una mayor conciencia ambiental entre los consumidores, ya que las empresas deben sensibilizar a los clientes sobre las implicaciones ambientales del uso de sus productos y servicios, informando de manera exacta sobre las emisiones de GEI, entre otras implicaciones ambientales. Finalmente, las Líneas Directrices sugieren la elaboración de estrategias de reducción de las emisiones como medios para mejorar los resultados ambientales de las empresas a largo plazo. Por tanto, en el marco de las Líneas Directrices, las empresas deben elaborar estrategias que contengan medidas diligentes para reducir sus impactos climáticos, incluidos aquellos que se producen en el marco de sus cadenas de suministro.

Las recomendaciones en materia de cambio climático también han sido contempladas en algunas de las guías sectoriales de diligencia debida publicadas por la OCDE, por ejemplo, en la Guía OCDE-FAO para las cadenas de suministro responsable en el sector agrícola.

Entre los objetivos de esta Guía se encuentran el aumento de la resiliencia de los sistemas de agricultura y alimentación, los hábitats de soporte y las estrategias de vida dirigidas a la reducción de los efectos del cambio climático a través de medidas de adaptación. La Guía está dirigida a todas las empresas que operan a lo largo de las cadenas de suministro, incluyendo nacionales y extranjeras, privadas y públicas, pequeñas, medianas y de gran escala, con el objetivo de que cumplan estándares de conducta empresarial responsable. Este documento reconoce que las actividades agrícolas pueden generar impactos externos, incluyendo emisiones de GEI y, por tanto, deben adoptar medidas, conforme resulte adecuado, para reducir o prevenirlas, con el fin de mejorar su comportamiento ambiental.¹²⁹

Existen precedentes en los Puntos Nacionales de Contacto (PNC) de la OCDE en los que se alegan incumplimientos a las disposiciones en materia de cambio climático de las Líneas Directrices. En 2017, por ejemplo, diversas ONG, incluidas *Oxfam Novib*, *Greenpeace*, *BankTrack* y *Friends of the Earth Netherlands*, interpusieron una queja ante el PNC de los Países Bajos, alegando que *ING Bank* no cumple con las disposiciones climáticas de las Líneas Directrices. Según las ONG, este banco no evaluaba los impactos climáticos de sus actividades financieras, ni divulgaba información sobre las emisiones de GEI de dichas actividades. Por tanto, se solicitaba al PNC que sugiriera al banco que identificara y divulgara información sobre las emisiones de GEI directas e indirectas que producían los proyectos y empresas que recibían financiamiento por su parte. Este es el primer precedente en que un PNC acepta un caso relacionado con las disposiciones en materia de cambio climático,¹³⁰

¹²⁹ OCDE. *Guía OCDEFAO para las cadenas de suministro responsable en el sector agrícola*. París: OCDE, 2017, p. 66.

¹³⁰ Existen precedentes similares en otros PNC en los que se alegan los impactos climáticos de las empresas. No obstante, hasta el momento, todas las instancias específicas relacionadas con el cambio climático habían sido desestimadas. En 2007, se interpuso una instancia específica ante el PNC de Alemania en contra de la empresa Volkswagen, alegando que la empresa no estaba divulgando información sobre los impactos climáticos de sus vehículos y que llevaba a cabo una campaña en contra de las legislaciones climáticas (*Germanwatch v. Volkswagen*). En 2009, se presentó otra queja ante el PNC de Alemania en contra de la empresa Vattenfall por los impactos que generaban las emisiones de GEI de una de sus centrales eléctricas de carbón (*Greenpeace Germany v. Vattenfall*). Un tercer caso se presentó en el PNC de Noruega en contra de Statoil por su complicidad con Canadá en el incumplimiento de las obligaciones internacionales de reducir sus emisiones de GEI (*Norwegian Climate Network et al v. Statoil*).

¹²⁸ NIEUWENKAMP, Roel. *Two secrets concerning a value chain approach to corporate climate change risk-management*. Disponible en: <http://oecdinsights.org/2015/11/29/two-secrets-concerning-a-value-chain-approach-to-corporate-climate-change-risk-management/>.

señalando expresamente que “[u]nder the terms of the OECD Guidelines companies are expected to conduct a due diligence process in respect of their environmental impact, including climate impact.”¹³¹ En abril de 2019, el PNC publicó el informe final del proceso de instancia específica en el que destacó que la observancia de las Líneas Directrices implica que las empresas deben establecer objetivos concretos para gestionar sus impactos de conformidad con las políticas nacionales y los compromisos internacionales en materia de medio ambiente. Por tanto, sugirió a *ING Bank* que formulara objetivos concretos de reducción de emisiones para sus servicios financieros que estén alineados con el Acuerdo París.¹³²

5 Conclusiones

No cabe duda de que el cambio climático es una amenaza para el disfrute de los derechos humanos que requiere acciones urgentes para evitar sus consecuencias catastróficas. En el contexto de la crisis climática, las empresas son parte del problema y de la solución al mismo tiempo. Sin embargo, a día de hoy, las principales empresas emisoras de GEI han hecho lo posible por mantener una sociedad global adicta a los combustibles fósiles, utilizando su poder económico y político para influir en las políticas y en la reglamentación necesaria para hacer frente al cambio climático con éxito. Por ello, las contribuciones históricas y la falta de una acción efectiva por parte de las empresas para hacer frente a los impactos climáticos las han convertido en el objeto de diversas estrategias de litigio para que asuman los costes de prevención y adaptación, así como para hacer efectiva su responsabilidad por los daños causados por sus respectivas contribuciones al cambio climático.

Este litigio estratégico se ve respaldado por los avances científicos, así como por una coyuntura política y un discurso legal cada vez más abierto a abordar en sede judicial y extrajudicial la inacción de los Gobiernos y de las empresas a la hora de adoptar medidas efectivas

para alcanzar los objetivos establecidos en el Acuerdo de París. Si bien los litigios climáticos en contra de las empresas no han tenido los resultados esperados o aún están pendientes de resolverse, han servido para someter a un escrutinio más riguroso el impacto climático de las actividades empresariales que se enmarcan en un modelo de desarrollo económico altamente dependiente de los combustibles fósiles. A su vez, cuestionan la viabilidad de mantener el actual modelo energético y de seguir invirtiendo en ciertas actividades empresariales basadas en la extracción y explotación de recursos naturales que satisfacen principalmente las necesidades del Norte Global, pero que tiene un impacto significativo en las condiciones necesarias para el disfrute de los derechos humanos, sobre todo en el Sur Global, y que son incompatibles con los objetivos de reducción de emisiones y con el proceso de transición a una sociedad neutra en emisiones de CO₂.

Por otra parte, cabe destacar que los tribunales nacionales se muestran cada vez más receptivos a los litigios climáticos en los que se utilizan argumentos de derechos humanos. En este sentido, comienzan a emerger litigios climáticos en contra de las empresas en los que se alega el incumplimiento de su responsabilidad de respetar los derechos humanos, de conformidad con los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos. Los casos emblemáticos analizados no solo presentan elementos y características novedosas, ya que se interponen tanto en vías judiciales como extrajudiciales, sino también establecen importantes precedentes que incentivan a las empresas a que desempeñen un papel más activo en la lucha contra el cambio climático desde una perspectiva de derechos humanos.

Asimismo, este tipo de litigios climáticos contribuyen a entender el alcance de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos en un contexto de crisis climática. El segundo pilar de los Principios Rectores no hace referencia expresa al cambio climático, sin embargo, teniendo en cuenta el evidente impacto del cambio climático sobre los derechos humanos, las empresas deben integrar medidas climáticas en sus políticas y procedimientos establecidos para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos.

Los procesos continuos de diligencia debida en materia de derechos humanos de las empresas deben abarcar las consecuencias negativas, reales o potenciales,

¹³¹ DUTCH MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS-OECD NATIONAL CONTACT POINT. *Initial Assessment*. Notification Oxfam Novib, Greenpeace, BankTrack, Friends of the Earth Netherlands (Milieudefensie) vs ING. Disponible en: <https://www.oecdguidelines.nl/documents/publication/2017/11/14/publication-dutch-ncp-initial-assessment-filed-by-4-ngos-vs.-ing-bank>.

¹³² OECD. *NCP Final Statement notification 4 NGOs vs ING*. Disponible en: <https://www.oecdguidelines.nl/documents/publication/2019/04/19/ncp-final-statement-4-ngos-vs-ing>.

para los derechos humanos de sus emisiones de GEI que hayan sido producidas por sus propias actividades o por las operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales. En este sentido, las empresas deben reforzar sus procesos de diligencia debida con otros instrumentos y mecanismos existentes que ofrecen orientaciones prácticas para el control y seguimiento de sus emisiones de GEI. Asimismo, deben formular medidas ambiciosas para prevenir y mitigar que sus contribuciones al cambio climático afecten las condiciones necesarias para el disfrute de los derechos humanos. Finalmente, deben proporcionar reparaciones, o cooperar con las instancias que las ofrezcan, cuando determinen que sus emisiones de GEI han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas para los derechos humanos. A pesar de estas directrices generales, no cabe duda de que se debe seguir explorando la implementación de la diligencia debida en materia de derechos humanos en el contexto de la crisis climática, con el fin de establecer estándares y prácticas comunes para que las empresas hagan frente al cambio climático desde una perspectiva de derechos humanos.

Referencias¹³³

- BOOM, Keely; RICHARDS, Julie-Anne; LEONARD, Stephen. *Climate Justice: The international momentum towards climate litigation*. Berlín: Heinrich Boell Foundation, 2016.
- BOUTONNET, Mathilde Hautereau. The duty of care of parent companies: a tool for establishing a transnational environmental civil liability. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 1, p. 289-295, 2019.
- BOYLE, Alan. Climate Change, the Paris Agreement and Human Rights. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 67, n. 4, p. 759-777, 2018.
- COSSART, Sandra; CHAPLIER, Jérôme; BEAU DE LOMENIE, Tiphaine. The French Law on Duty of Care: a Historic Step towards Making Globalization Work for All. *Business and Human Rights Journal*, v. 2, n. 2, p. 317-323, 2017.
- DEVA, Surya. Taking nature seriously. Can the UN Guiding Principles tame corporate profiteering? *In: VOIGT, Christina*. (ed.). *Rule of law for nature: new dimensions and ideas in environmental law*. Cambridge: CUP, 2013.
- DUYCK, Sébastien; JODOIN, Sébastien; JOHL, Alysia (eds.). *Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance*. Londres/Nueva York: Routledge, 2018.
- EKWURZEL, Brenda; BONEHAM, James; DALTON, Mike W.; HEEDE, Richard; MERA, Roberto J.; ALLEN, Mylles R.; FRUMHOFF, Peter C. The Rise in Global Atmospheric CO₂, Surface Temperature, and Sea Level from Emissions Traced to Major Carbon Producers. *Climatic Change*, v. 144, n. 4, p. 579-590, 2017.
- FAJARDO, Teresa. El acuerdo de París sobre el cambio climático: sus aportaciones al desarrollo progresivo del Derecho internacional y las consecuencias de la retirada de los Estados Unidos. *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 70, n. 1, p. 23-51, 2018.
- GANGULY, Geetanjali; SETZER, Joana; HEYVAERT, Veerle. If at first you don't succeed: suing corporations for climate change. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 38, n. 4, p. 841-868, 2018.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Laura. El caso Huaraz: David contra Goliath o «Saúl L. contra RWE AG»: Un precedente clave en la justicia climática. *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, n. 40, p. 63-101, 2018.
- GORDON, Jessica. Inter-American Commission On Human Rights To Hold Hearing After Rejecting Inuit Climate Change Petition. *Sustainable Development Law & Policy*, v. 7, n. 2, p. 55, 2007.
- GÖTZMANN, Nora; ROBERTSON, Fiona; WRZONCKI, Elin; SCHULLER, Christopher. *Remedy in business and human rights cases: the role of national human rights institutions*. Berlín: German Institute for Human Rights, 2019.
- GRIFFIN, Paul. *The Carbon Majors Database: CDP Carbon Majors Report 2017*. Londres: CPD UK, 2017.
- HAÁSZ, Veronika. The role of national human rights institutions in the implementation of the UN Guiding Principles. *Human Rights Review*, v. 14, n. 3, p. 165-187, 2013.
- HARPER, Benjamin P. Climate change litigation: the federal common law of interstate nuisance and federalism concerns. *Georgia Law Review*, v. 40, n. 2, p. 661-698, 2005.

¹³³ En lo que respecta a las fuentes distintas de la literatura legal, por ejemplo, jurisprudencia, véase notas a pie de página.

- HEEDE, Richard. Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers, 1854-2010. *Climatic Change*, v. 122, n. 1-2, p. 229-241, 2013.
- IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel. La litigación climática en contra de los *Carbon Majors* en los Estados de origen: apuntes desde la perspectiva de empresas y derechos humanos. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 37, p. 1-37, 2019.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. Summary for Policymakers. In: INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Global warming of 1.5°C*. Ginebra: World Meteorological Organization, 2018.
- INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption*. Londres: IBA, 2014.
- KNOX, John. Climate Change and Human Rights Law. *Virginia Journal of International Law*, v. 50, n. 1, p. 163-2018, 2009.
- MAGRIN, Graciela O. et al. 2014: Central and South America. In: INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2014. p. 1499-1566.
- MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; WEMAËRE, Matthieu. "Complex is beautiful": What role for the 2015 Paris Agreement in making the Effective Links within the Climate Regime Complex? *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 3, p. 21-29, 2017.
- MARTIN-ORTEGA, Olga. La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad. In: ZAMORA CABOT, Francisco; GARCÍA CÍVICO, Jesús; SALES PALLARÉS, Lorena (eds.). *La responsabilidad de las empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 2014.
- PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, Hari. A Rights Turn in Climate Change Litigation? *Transnational Environmental Law*, v. 7, n. 1, p. 37-67, 2018.
- REQUEJO ISIDRO, Marta. La responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos: deficiencias del marco legal. *Scientia Juris*, p. 1-44, 2011.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Noel. Responsabilidad del Estado y cambio climático: el caso Urgenda contra Países Bajos. *Revista Catalana de Derechos Ambiental*, v. 7, n. 2, p. 1-38, 2016.
- SAVARESI, Annalisa; AUZ, Juan. Climate change litigation and human rights: pushing the boundaries. *Climate Law*, v. 9, n. 3, p. 244-262, 2019.
- SECK, Sara L.; SLATTERY, Michael. Business, human rights and the IBA Climate Justice Report. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, v. 34, n. 1, p. 75-85, 2016.
- SETZER, Joana; BYRNES, Rebecca. *Global trends in climate change litigation: 2019 snapshot*. Londres: Grantham Research Institute on Climate Change-Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy-London School of Economics and Political Science, 2019.
- SKINNER, Gwynne; MCCORQUODALE, Robert; DE SCHUTTER, Olivier. *The third pillar: access to judicial remedies for human rights violations by transnational business*. Bruselas/Londres: ICAR-CORE-ECCJ, 2013.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Climate Change and Human Rights*. Nairobi: UNEP, 2015.
- VAN DE VENIS, Jan; FEIRING, Birgitte. *Climate change: a human concern*. Copenhagen: Danish Institute for Human Rights, 2016.
- VERSCHUUREN, Jonathan. The State of the Netherlands v Urgenda Foundation: the hague court of appeal upholds judgment requiring the Netherlands to further reduce its greenhouse gas emissions. *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, v. 28, n. 1, p. 94-98, 2019.
- VILASECA BOIXAREU, Isabel; SERRA CALVÓ, Jordi. Separación de poderes y cambio climático: un análisis de la cuestión a través de la jurisprudencia climática de Estados Unidos. *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, v. 9, n. 2, p. 1-42, 2018.
- VILMONDES TÜRKE, Mariana Aparecida. Business and human rights in Brazil: exploring human rights due diligence and operational-level grievance mechanisms in the case of Kinross Paracatu gold mine. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 2, p. 222-241, 2018.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Empresas de seguridad privada
y derechos humanos***
**Private Security Companies and
Human Rights**

Humberto Cantú Rivera

VOLUME 16 • N. 3 • 2019
EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

Empresas de seguridad privada y derechos humanos*

Private Security Companies and Human Rights

Humberto Cantú Rivera**

Resumen

En el ámbito de las empresas y los derechos humanos, uno de los actores que mayores repercusiones ha tenido en las últimas décadas son las empresas de seguridad privada, regularmente contratadas para desempeñar un papel de protección respecto de las operaciones e instalaciones de otras empresas. Aunque el marco jurídico internacional no reconoce en la actualidad obligaciones jurídicas directas para las empresas, la aparición y conjugación de distintos instrumentos de *soft law* (en particular de los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos, el Documento de Montreux o los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos), así como su inserción en los contratos privados o en los marcos jurídicos nacionales, pueden generar obligaciones jurídicas que impongan un deber de respeto a todo tipo de empresas, y en particular a las de seguridad privada, respecto de los derechos humanos.

Palabras clave: Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Empresas de seguridad privada. Documento de Montreux. Principios voluntarios de seguridad y derechos humanos. Obligación jurídica indirecta.

Abstract

In the field of business and human rights, private security companies have had major repercussions in the realization of human rights in the last decades, as a result of their regular intervention to protect the operations and facilities of other companies. Even though the international legal framework does not currently recognize direct legally binding obligations for business enterprises, the appearance and interrelation of different soft law instruments (especially the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, the Montreux Document or the Voluntary Principles on Security and Human Rights), as well as their inclusion in private contracts or in domestic legal frameworks, could pave the way to create legal obligations imposing a duty to respect human rights upon all types of business enterprises, including private security companies.

Keywords: UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Private security companies. Montreux Document. Voluntary Principles on Security and Human Rights. Indirect legal obligations.

* Recibido em 31/07/2019
Aprovado em 19/09/2019

** Profesor Titular, Escuela de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Monterrey, y Director Ejecutivo de su Instituto de Derechos Humanos y Empresas. Doctor en Derecho por la Université Panthéon-Assas Paris II (Francia). Director General de la Rama latinoamericana de la Global Business and Human Rights Scholars Association. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (CONACYT-México).

1 Introducción

En el ámbito de los derechos humanos, con relativa frecuencia se puede constatar que las agencias de seguridad pueden poner en peligro la integridad personal, y por consecuencia la vida, de las personas. Esto ha sido una constante desde la aparición del paradigma del derecho internacional de los derechos humanos a mitad del siglo XX. Derivado de ello, se han desarrollado numerosos mandatos, regionales (en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el continente americano, por ejemplo) o internacionales (en el marco de la extinta Comisión de Derechos Humanos de la ONU, ahora Consejo de Derechos Humanos), para limitar y desarrollar un parámetro de acción para las fuerzas de seguridad en el marco jurídico interno, con la finalidad de que su actuación se apegue a los estándares internacionales en la materia.

Lo anterior obedece, desde luego, al monopolio del uso de la fuerza, que es una de las premisas básicas en la conformación del Estado como un ente jurídico soberano que rige sobre sus gobernados: en sí, lo primordial para el Estado es mantener la paz y el orden social en su interior, incluyendo a través del uso legítimo de la fuerza. Sin embargo, concretar dicha misión necesariamente está supeditado a la observancia de los compromisos internacionales del Estado, tanto en materia de derechos humanos como de derecho internacional humanitario (en este último caso, cuando se trate de conflictos armados, independientemente de su naturaleza internacional o interna).

Los derechos humanos han sido entendidos tradicionalmente como una limitación al poder del Estado frente a sus gobernados. Esta concepción aparece principalmente en relación a la vida, la integridad personal y las garantías procesales, parte del núcleo básico de derechos de las personas, y se extiende a otros aspectos ligados a la toma de decisiones que moldean la vida humana, es decir, los derechos de libertad. En relación a los primeros, el Estado está obligado a garantizar jurídicamente el respeto a los derechos elementales del ser humano, a fin de que pueda llevar una vida digna; en relación a los segundos, el Estado debe permitir un margen de acción suficiente (es decir, abstenerse de interferir) para que las personas puedan desarrollar libremente su personalidad y tener la posibilidad de elegir las características propias de su existencia.

Esta tradicional forma del ejercicio de la soberanía del Estado ha sido retada por la aparición del fenómeno de la globalización, en las décadas de 1980 y 1990, así como por la desconcentración de los monopolios estatales y su privatización. Lo anterior ha tenido un particular énfasis en los sectores extractivos y energéticos, en la banca y en algunas otras áreas originalmente reservadas al Estado, como la educación o la salud.¹ Sin embargo, también ha alcanzado el ámbito de la seguridad, donde la provisión de dichos servicios se ha trasladado (por lo menos parcialmente) al ámbito privado, para compartir ambas esferas, tanto pública como privada, distintas atribuciones en el ramo.² Lo anterior genera importantes cuestionamientos desde la perspectiva jurídica, notablemente en materia de rendición de cuentas y en relación al respeto de los derechos humanos.

En línea con lo anterior, la globalización económica y la privatización de las funciones del Estado han llevado a que en numerosas ocasiones, la posición originalmente ocupada por este sea cedida a particulares, para que desempeñen las tareas que originalmente corresponden, en palabras de Locke, al Leviatán. Las funciones de seguridad son una de esas tareas, en donde la presencia de empresas de seguridad privada se ha extendido a lo largo y ancho del mundo. Uno de los principales problemas con esta tendencia de la privatización de las funciones públicas es la rendición de cuentas, particularmente en el ámbito del derecho internacional, donde el Estado continúa siendo el sujeto originario, y donde muchos otros actores son percibidos como “participantes”,³ aunque sin una personalidad jurídica plena.

Para ilustrar de mejor manera este punto, conviene retomar elementos de ejemplos reales, aunque sin concentrarnos en uno en específico: supongamos que una empresa canadiense dedicada al ramo de la minería inicia operaciones en un país de Centroamérica, contando con todos los permisos necesarios y cumpliendo con la reglamentación en vigor. Sin embargo, las actividades realizadas generan importantes afectaciones en las comunidades aledañas, incluyendo en el medio ambiente, en la calidad del agua y en la salud de las personas.

¹ Asamblea General, *Informe del Relator Especial sobre pobreza extrema y derechos humanos*, A/73/396 (26 de septiembre de 2018).

² Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, A/72/286 (4 de agosto de 2017), párrs. 13-19.

³ HIGGINS, R. *Problems & process: international law and how we use it*. Oxford, Inglaterra: Clarendon Press, 1994.

Como resultado de ello, las comunidades se organizan para protestar los efectos nocivos de las actividades mineras; sin embargo, los agentes de seguridad privada que resguardan las instalaciones, activos y personal de la empresa utilizan la fuerza para disuadir a los manifestantes, lesionando gravemente a algunos de ellos y pivando de la vida a otros.⁴ Este ejemplo, que puede encontrar numerosas similitudes con casos reales ocurridos en toda América Latina, Asia y África, genera dos preguntas: ¿quién debe responder a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, el Estado o alguna de las dos empresas? Y en segundo término, en caso de que las empresas puedan ser consideradas responsables, ¿ello implicaría una transformación del derecho internacional, para dar cabida a actores no estatales como posibles responsables por su violación? Aunque no se pretende dar una respuesta exhaustiva a ambas preguntas, algunos aspectos de ellas serán abordados.

El enfoque de este artículo se centrará en dos cuestiones: en la tradicional concepción de los derechos humanos como una relación vertical entre el Estado y los individuos, que tiene como finalidad garantizar el respeto y la protección de una esfera jurídica individual (y en ciertos aspectos colectiva) inalienable e indivisible, y en el emergente discurso de la responsabilidad de actores no estatales en este ámbito. En ese sentido, el artículo abordará primeramente la aparición de un marco jurídico internacional que extiende la responsabilidad de respeto a los derechos humanos a entes distintos al Estado; luego analizará las obligaciones que derivan para el Estado como resultado de esta mutación en la definición de las responsabilidades en el ámbito de los derechos humanos, incluyendo su obligación de adaptar su marco jurídico y político para cumplir con sus obligaciones internacionales, previo a discutir la responsabilidad de las empresas de seguridad privada desde la perspectiva y la práctica del derecho internacional.

⁴ En efecto, en julio de 2019 este preciso ejemplo pudo ser observado en la práctica: Tahoe Resources, una minera canadiense con operaciones en Guatemala y otras partes de América Latina (que posteriormente cambió su nombre a Pan American Silver), fue demandada civilmente en Canadá por los actos de sus fuerzas de seguridad para detener una protesta social afuera de sus operaciones. Tras el reconocimiento de la Corte de Apelaciones de British Columbia de que el caso podía litigarse en Canadá, ante la posible denegación de justicia en Guatemala, la empresa llegó a un acuerdo con los demandantes, y en una disculpa pública, reconoció que había infringido los derechos humanos de los manifestantes. Para un perfil del caso en particular, véase BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. *Tahoe Resources (part of Pan American Silver)*. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/tahoe-resources-part-of-pan-american-silver> Acceso en: 28 sept. 2019

2 Derechos humanos y empresas: el marco jurídico internacional

Como resultado del creciente intercambio comercial internacional entre países, empresas y otros actores, y de la globalización económica neoliberal de finales del siglo pasado, la potencial responsabilidad de las empresas por sus impactos negativos en el medio ambiente, en los derechos humanos y en la estabilidad política de los países ocupó (y continúa ocupando) un espacio central en la agenda de las Naciones Unidas. Algunos accidentes industriales, como el de Bhopal en India,⁵ pusieron de manifiesto la necesidad de establecer reglas claras sobre las actividades por las que las empresas tendrían que rendir cuentas ante la sociedad. Dicha idea, apoyada ampliamente por la sociedad civil a nivel internacional, llevó a que la Subcomisión para la Promoción y la Protección de los derechos humanos de la ONU iniciara un proyecto para crear Normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, mismo que se extendió de 1998 a 2004. A pesar de ser sumamente interesante, la historia de dicho proyecto –detenido por la importante oposición de los Estados y de la comunidad empresarial a nivel internacional– no será analizada aquí;⁶ por el contrario, el enfoque se centrará en lo que ocurrió después de ese proyecto, lo cual constituye en la actualidad el estándar internacional globalmente aceptado en torno a la temática de las empresas y los derechos humanos.

En el año 2005, tras el rechazo de las Normas de la Subcomisión, la Comisión de Derechos Humanos solicitó al Secretario General de la ONU que nombrara a un experto como Representante Especial, para que trabajara en la clarificación de conceptos ambiguos que surgieron en el debate precedente (particularmente los conceptos de “complicidad” y “esfera de influencia”), y para que contribuyera a clarificar, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, la responsabilidad que las empresas tenían en dicho ámbito.⁷ Ello de-

⁵ BAXI, U. Human Rights Responsibility of Multinational Corporations, Political Ecology of Injustice: Learning from Bhopal Thirty Plus?. *Business and Human Rights Journal*, v. 1, n. 1, p. 21-40, 2016.

⁶ Para un análisis más detallado de dicha cuestión, véase CANTÚ RIVERA, H. Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva o el mantenimiento del status quo?. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n. 18, p. 313-354, 2013.

⁷ Comisión de Derechos Humanos, *Derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, E/CN.4/RES/2005/69 (20 de abril de 2005).

rivó en el nombramiento de John Ruggie, Profesor de la Universidad de Harvard, quien a lo largo de seis años sostuvo numerosas consultas con diferentes partes interesadas en los cinco continentes, elaboró un importante número de informes temáticos, y resumió la clarificación solicitada en tres grandes pilares, planteados en su marco conceptual “Proteger, Respetar y Remediar”⁸ en el 2008.

Tres años después, tras la solicitud del Consejo de Derechos Humanos de hacer operativo su marco conceptual, presentó los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos (en adelante los “Principios Rectores”),⁹ en un informe dividido igualmente en tres pilares: el deber del Estado de proteger los derechos humanos, incluso cuando se trate de actividades de terceros (como empresas); la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos reconocidos internacionalmente; y por último, la necesidad de las víctimas de contar con mecanismos efectivos de reparación, ya que, como Ruggie mismo señaló, ni siquiera los sistemas más sofisticados para detectar posibles violaciones a derechos humanos pueden impedir que estas ocurran en su totalidad.¹⁰

Dicho informe fue recibido con beneplácito por la comunidad empresarial, pues no abordaba directamente la idea de que era necesario establecer normas internacionales para regular su conducta, y se concentraba en procesos prácticos que ellas podrían implementar en sus operaciones y actividades. Fue igualmente recibido con satisfacción por la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Derechos Humanos, quienes “hicieron suyos” los Principios Rectores, por tanto dándoles una legitimidad internacional importante. Por su parte, la sociedad civil tuvo reacciones menos optimistas, destacando la necesidad de establecer normas internacionales obligatorias, ante la incapacidad o la falta de

voluntad política de muchos países en vías de desarrollo para garantizar la rendición de cuentas de empresas con operaciones transnacionales (aunque con sede en países desarrollados) por violaciones a derechos humanos en su territorio.

En el primer pilar, sobre el deber de protección correspondiente al Estado, el Representante Especial recalcó la suma importancia de que exista una coherencia política a través de la administración gubernamental, de forma que todos los ministerios o departamentos de un gobierno trabajen de forma coordinada en relación a la protección de los derechos humanos. Esto, desde luego, refleja la concepción internacionalista del Estado, en la que sus diferentes áreas, e incluso sus diferentes poderes, están idénticamente obligados –aunque cada uno dentro de la esfera de su competencia– a observar los compromisos internacionales soberanamente adquiridos. Además de este enfoque, los Principios Rectores identifican la trascendencia de que el marco normativo interno –particularmente el derecho societario o que rige la actividad de las empresas– establezca obligaciones y responsabilidades en materia de derechos humanos para las empresas, a fin de ir más allá de los compromisos voluntarios; que el Estado compatibilice el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos con sus obligaciones en las áreas de inversión y comercio internacionales; y finalmente, que adopte medidas pertinentes cuando las empresas operen en zonas de conflicto, a fin de que se pueda garantizar la protección de los derechos humanos. El primer pilar de los Principios Rectores no impone nuevas obligaciones internacionales de derechos humanos para los Estados; por el contrario, fundándose en obligaciones de derecho convencional y consuetudinario ya en vigor, las interpreta a la luz del reto que impone proteger los derechos humanos ante los potenciales perjuicios que resulten de las operaciones empresariales. Una mención especial merecen las empresas del Estado o que en las que éste tiene participación, puesto que tienen un deber tanto de protección como de respeto a los derechos humanos, al ser usualmente parte tanto de la esfera pública como de la privada.¹¹

⁸ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales: Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008).

⁹ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales: Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011).

¹⁰ RUGGIE, J. G. *Just business: multinational corporations and human rights*. Nueva York, Estados Unidos de América: W.W. Norton, 2013. p. 102.

¹¹ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales: Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011), Anexo, Principios 1-10.

El segundo pilar de los Principios Rectores se concentra en la otra parte de la ecuación: la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos.¹² El hecho de establecer dicha postura indica, por consecuencia, el reconocimiento de que el Estado por sí mismo no puede garantizar enteramente el respeto a los derechos humanos, y por el contrario, “democratiza” la responsabilidad en esta materia al determinar la manera en que el sector privado puede contribuir directamente en esta misión. En ese sentido, los Principios Rectores prescriben tres distintos pasos que las empresas deben tomar (es decir, “obligaciones positivas”, como las han entendido distintos tribunales regionales y órganos convencionales en la materia) para identificar, prevenir, mitigar o reparar los impactos negativos que sus operaciones o relaciones comerciales puedan generar. El primero de ellos es la adopción de una política interna de respeto a los derechos humanos, que se concibe como el punto inicial para desarrollar una cultura empresarial de derechos humanos desde la más alta esfera de dirección de la empresa. El segundo punto, quizá el elemento central del segundo pilar (y la principal aportación de los Principios Rectores), es la debida diligencia en derechos humanos,¹³ entendida como un procedimiento para que las empresas identifiquen sus áreas de riesgo o de oportunidad en la materia y actúen en relación a ellas, en aras de respetar los derechos de individuos o grupos, que involucra la medición de riesgos, la implementación de medidas correctivas, y una activa comunicación con terceros (tanto con potenciales víctimas como con asesoría calificada en la materia). Por último, el segundo pilar identifica la importancia de que las empresas desarrollen mecanismos de reparación internos, con la finalidad de que los conflictos que llegaren a surgir por potenciales abusos de derechos humanos puedan ser tratados en una etapa temprana, buscando evitar la judicialización de los casos.¹⁴

¹² NOLAN, J. Refining the rules of the game: the corporate responsibility to respect human rights. *Utrecht Journal of International and European Law*, v. 30, n. 78, p. 7-23, 2014.

¹³ CANTÚ RIVERA, H. Debida diligencia en derechos humanos: breves reflexiones. In: CANTÚ RIVERA, H. (ed.), *Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina*. San José, Costa Rica: IIDH, 2017. p. 423-440.

¹⁴ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales: Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011), Anexo, Principios 11-24.

Por su parte, el tercer pilar aborda la cuestión de la importancia de que existan mecanismos de reparación adecuados, que permitan a las víctimas ver resarcidos los derechos que les pudieran haber sido lesionados como resultado de las actividades empresariales.¹⁵ En ese sentido, los Principios Rectores van más allá de la clásica noción de mecanismos judiciales para la reparación de daños, involucrando tanto mecanismos no judiciales de origen estatal —como las instituciones nacionales de derechos humanos que cuenten con mecanismos de quejas,¹⁶ u otros mecanismos, como los Puntos Nacionales de Contacto de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico para aquellos países que sean miembros de ella o que se hayan adherido a sus Directrices para Empresas Multinacionales¹⁷—, como mecanismos no estatales, por ejemplo los que pueden establecerse en el ámbito privado, ya sea directamente por las empresas, por asociaciones o por grupos de composición múltiple.

La adopción por consenso de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos marcó una transformación en la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos, al reconocer un rol explícito para el sector privado, moviéndose más allá de la concepción estado-céntrica para dar paso a una visión multipartícipe en la coyuntura internacional del siglo XXI. Lo anterior supone, por consecuencia, una participación activa de las empresas en la protección de los derechos humanos, a través de las acciones positivas a su cargo como resultado de la responsabilidad de respeto que les corresponde conforme a los Principios Rectores,¹⁸ así como en el desarrollo sostenible de con-

¹⁵ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales: Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011), Anexo, Principios 25-31.

¹⁶ DEVA, S. Corporate human rights abuses: what role for the National Human Rights Institutions?. In: NASU, H.; SAUL, B. (eds.). *Human rights in the Asia-Pacific Region: towards institution building*. Londres, Inglaterra: Routledge, 2014. p. 234-248; CANTÚ RIVERA, H. National human rights institutions and their (extended) role in the business and human rights field. In: DEVA, S. (ed.), *Research handbook on human rights and business*. Cheltenham, Inglaterra: Edward Elgar, 2019.

¹⁷ CANTÚ RIVERA, H. La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n. 15, p. 611-658, 2015.

¹⁸ DAVITTI, D. Refining the protect, respect and remedy framework for business and human rights and its guiding principles. *Hu-*

formidad con la Agenda 2030 de las Naciones Unidas. A pesar de que los Principios Rectores no tienen una fuerza vinculante directa, al ser simplemente un informe de un experto de las Naciones Unidas, su adopción por consenso y su posterior integración en los marcos jurídicos o políticos de otras organizaciones internacionales o regionales, y su implementación a nivel nacional a través de Planes de Acción,¹⁹ le han otorgado la autoridad suficiente para convertirse en el principal punto de referencia en la materia.

Partiendo de esta base, las siguientes secciones analizan la relación que existe entre este marco normativo internacional y la seguridad, dependiente tanto del sector público como de empresas de seguridad privada, en conjunto con otros lineamientos normativos específicos a dicho sector de actividad.

3 Las obligaciones del Estado en materia de seguridad en el contexto de las actividades empresariales

Como es ampliamente conocido, bajo el derecho internacional corresponde al Estado la protección de los derechos humanos, incluso frente a los actos de actores no estatales. Esto tiene diferentes matices en el ámbito de la seguridad ofrecida por actores privados. En ese sentido, una primera subsección aborda algunos aspectos generales de las obligaciones y el marco normativo existentes bajo el derecho internacional (3.1), mientras que una segunda aborda obligaciones específicas a nivel legislativo y de políticas públicas en los Estados (3.2).

3.1 Aspectos generales

Como se desprende tanto del primer pilar de los Principios Rectores como de numerosos tratados internacionales y regionales de derechos humanos, así como de otras áreas del derecho internacional, corresponden al Estado el cumplimiento de sus obligaciones en ma-

teria de seguridad pública, a fin de garantizar el libre y pleno ejercicio de los demás derechos humanos. Esto es particularmente significativo para las personas físicas, quienes pueden ver impedida su realización personal o profesional, e incluso su derecho a vivir una vida en dignidad, como resultado de la ausencia de un marco jurídico y de políticas públicas apropiados para garantizar su seguridad. Sin embargo, dicha ausencia también puede generar un impacto importante en las personas morales o jurídicas, quienes pueden ver comprometidos varios de los derechos que les corresponden como resultado de sus inversiones u operaciones comerciales²⁰ (aunque, contrario a una parte de la doctrina y de la jurisprudencia internacional en la materia —particularmente la europea—,²¹ no consideramos que dichas entidades gocen de “derechos humanos”;²² por el contrario, son titulares de derechos —particularmente procesales— consagrados en instrumentos normativos constitucionales o internacionales, pero la ausencia de naturaleza humana de dichas entidades impide que los derechos de tal denominación le puedan ser asignados directamente).

Como ya se mencionó con antelación, la potestad soberana del Estado en materia de seguridad pública y su papel en el marco del contrato social le impone un imperativo de resguardo a la integridad de aquellos sujetos que se encuentren en su territorio o bajo su jurisdicción. Lo anterior ha sido reconocido en el ámbito internacional a través del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su interpretación a través de la Observación General 35 del Comité de Derechos Humanos, que explícitamente establece la importancia de que el Estado asuma su rol en la defensa y garantía de la seguridad, tanto aquella que recae en su potestad como aquella de naturaleza privada.²³

man Rights Law Review, v. 16, n. 1, p. 55-75, 2016.

¹⁹ O'BRIEN, C. M. *et al.* National action plans: current status and future prospects for a new business and human rights governance tool. *Business and Human Rights Journal*, v. 1, n. 1, p. 117-126, 2016; CANTÚ RIVERA, H. Planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos: sobre la instrumentalización del derecho internacional en el ámbito interno. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n. 17, p. 113-144, 2017.

²⁰ DE CASAS, C. I.; TOLLER, F. M. *Los derechos humanos de las personas jurídicas: titularidad de derechos y legitimación en el sistema interamericano*. México, D.F.: Porrúa, 2015.

²¹ Para un estudio a profundidad sobre el tema, véase EMBERLAND, M. *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2006.

²² La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha adoptado una posición similar: Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22.

²³ UNITED NATIONS. *Observación general N° 35: Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*, CCPR/C/GC/35 (16 de diciembre de 2014). Disponible en: <https://www.refworld.org/es/>

Esta obligación puede enfrentarse a retos importantes, notablemente en contextos de conflicto o de inestabilidad a nivel interno, o bien, como resultado de alteraciones de la paz pública que deriven de conflictos internacionales. En dichos casos, la factibilidad de que el Estado esté en posibilidad de proveer seguridad en su territorio puede verse menoscabada; sin embargo, aunque nadie –incluso el Estado– está obligado a lo imposible, la obligación del Estado de actuar con debida diligencia²⁴ no cesa de existir y constituye un imperativo jurídico que debe ser respetado. Dicha obligación, que consiste en que el Estado tome todas las medidas y precauciones necesarias para evitar la violación de una obligación internacional (en el caso que discutimos, en materia de seguridad y derechos humanos), desde luego existe para el Estado territorial en donde los individuos y otros actores no estatales se encuentran localizados.²⁵ Sólo en aquellos contextos o situaciones en que el Estado territorial no tenga la capacidad o la voluntad política para cumplir con dicha obligación –y bajo la condición de que la población puede estar en riesgo de los más graves crímenes internacionales: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o limpieza étnica–, podrá la comunidad internacional tener una responsabilidad subsidiaria para intervenir en aras de garantizar la seguridad (a lo que se conoce en el marco de las Naciones Unidas como la “responsabilidad de proteger” o “R2P”, las siglas en inglés de la doctrina sobre intervención humanitaria).²⁶ Fuera de esa excepción, corresponde absolutamente al Estado la obligación de garantizar la seguridad pública y de proteger los derechos humanos.

La obligación de protección en materia de seguridad debe ser garantizada por el Estado sin discriminación, lo cual desde luego abarca tanto a las personas físicas como a las morales, que tienen el derecho a verse pro-

tegidas por las entidades públicas ante cualquier amenaza que pueda poner en riesgo sus derechos. Ello es de particular relevancia cuando existe alguna situación de conflicto a nivel interno. Dicho lo anterior, con frecuencia se puede observar en el panorama internacional actual que en muchas zonas afectadas por conflicto no solamente interviene el Estado o grupos armados, sino también empresas, que proveen servicios que van desde cuestiones logísticas o de telecomunicaciones, hasta apoyo en el ejercicio de tareas de investigación y seguridad.

Lo anterior incrementa de forma importante la probabilidad de que las empresas que participen en dicho contexto puedan verse involucradas (directa o indirectamente) con violaciones a derechos humanos, ante la volatilidad de la situación y la difuminación, en muchos casos, de las fronteras entre las responsabilidades públicas y privadas.²⁷ El propio Representante Especial de la ONU notó en los Principios Rectores que existe esa posibilidad cuando las empresas están presentes en zonas afectadas por conflicto, y subrayó el papel del Estado en orientar la actuación de las empresas y establecer reglas claras como parte de su deber de protección de los derechos humanos. Para mayor claridad, se transcribe el séptimo principio:

7. Puesto que el riesgo de violaciones graves de los derechos humanos es mayor en zonas afectadas por conflictos, los Estados deben tratar de asegurar que las empresas que operan en tales contextos no se vean implicadas en abusos de este tipo, adoptando entre otras las siguientes medidas:

- a) Colaborar en la fase más temprana posible con las empresas para ayudarlas a determinar, prevenir y mitigar los riesgos que entrañen sus actividades y relaciones empresariales para los derechos humanos;
- b) Prestar asistencia adecuada a las empresas para evaluar y tratar los principales riesgos de abusos, prestando especial atención tanto a la violencia de género como a la violencia sexual;
- c) Negar el acceso al apoyo y servicios públicos a toda empresa que esté implicada en graves violaciones de los derechos humanos y se niegue a cooperar para resolver la situación;
- d) Asegurar la eficacia de las políticas, leyes, reglamentos y medidas coercitivas vigentes para prevenir el riesgo de que las empresas se vean implicadas en graves violaciones de los derechos humanos.

docid/553e0fb84.html Acceso en: 28 sept. 2019.

²⁴ ECONOMIDES, C. P. Content of the obligation: obligations of means and obligations of result. In: CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S. (eds.). *The law of international responsibility Oxford*. Inglaterra: Oxford University Press, 2010. p. 371-382; KULESZA, J. *Due diligence in international law*. Leiden: Brill-Nijhoff, 2016.

²⁵ KULESZA, J. Due diligence in international law. Leiden: Brill-Nijhoff, 2016. P. 57, señala que una excepción al principio de soberanía es la debida diligencia frente a un posible daño transfronterizo. En ese sentido, si ésta se extiende en situaciones transfronterizas, evidentemente no deja de existir cuando el Estado actúe o deba actuar en su propio territorio.

²⁶ Sobre este tema, véase el excelente trabajo coordinado por BARNES, R.; TZEVELEKOS, V. (eds.). *Beyond responsibility to protect: generating change in international law*. Cambridge: Intersentia, 2016.

²⁷ BRYDEN, A.; HERNÁNDEZ, L. Addressing Security and Human Rights Challenges in Complex Environments. *Business and Human Rights Journal*, v. 1, n. 1, p. 153-158, 2016.

En ese sentido, se ha reconocido el papel fundamental de los Estados en colaborar activamente con las empresas que operan en zonas de conflicto para prevenir, o en su caso limitar al máximo, los posibles impactos negativos a los derechos humanos en los que pueda verse involucrado el sector privado.²⁸ La falta de debida diligencia por parte del Estado para regular efectivamente el papel de los actores no estatales podría llevar a la existencia de una violación a sus compromisos internacionales y por consecuencia a la determinación de su responsabilidad internacional por actos internacionalmente ilícitos, aunque no sea éste el que cometa la falta directamente. En ese sentido se ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde su primera sentencia y en su jurisprudencia constante, en donde recurrentemente ha determinado que el Estado tiene una obligación de debida diligencia que puede derivar en responsabilidad internacional si éste no toma todas las medidas necesarias para prevenir el rompimiento de sus obligaciones internacionales, incluso por actos cometidos por terceros e independientemente del resultado final.²⁹

Para ilustrar de mejor manera la forma en que el Estado debe actuar para cumplir con su obligación de proteger los derechos humanos en su territorio o bajo su jurisdicción, tomaremos como ejemplo un caso que se encuentra actualmente *sub judice* ante la justicia federal estadounidense.³⁰ El caso deriva de la participación de dos empresas de seguridad privada, CACI International y Titan, Inc., en la comisión directa de violaciones graves a derechos humanos durante la guerra en Irak en el 2004. Ambas empresas actuaban como contratistas del ejército estadounidense para llevar a cabo labores de “interrogación mejorada” a los detenidos, con el fin de obtener inteligencia e información en la guerra contra el terrorismo. Como se ha revelado en años recientes

(y como se sabía desde aquella época como resultado de la filtración de imágenes sobre la práctica de dichos interrogatorios), la labor realizada por ambas empresas para beneficio del ejército estadounidense fue, simple y llanamente, constitutiva de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes a las y los detenidos, lo cual constituye una violación grave tanto al derecho internacional de los derechos humanos como al derecho internacional humanitario, e incluso la violación de una norma perentoria de derecho internacional general (*ius cogens*).³¹

Tomando en consideración los argumentos previamente vertidos, cabría considerar que la responsabilidad internacional de los Estados Unidos se vería comprometida directamente por autorizar que un actor no estatal actuando bajo su dirección (o por lo menos con su total anuencia) llevara a cabo semejantes actos,³² además de la responsabilidad penal internacional que podría recaer sobre el personal de la empresa que participó en dichas atrocidades (sabiendo, evidentemente, que las personas morales se encuentran excluidas del parámetro de competencia de la Corte Penal Internacional). Desde luego, en esa época aún no existía el marco conceptual sobre empresas y derechos humanos que existe hoy en día, y en todo caso dichas discusiones eran subyugadas al ideal de la lucha contra el terrorismo, en cuyo nombre se permitió el uso de medidas y tácticas contrarias al derecho internacional. No obstante ello, el actual procedimiento judicial en contra de CACI International debería servir como “botón de muestra” en torno a las conductas que tanto Estado como empresas deben evitar para no quebrantar el marco jurídico internacional aplicable, y respecto a la importancia de que el Estado se asegure que las empresas que trabajan en zonas de conflicto (independientemente del giro en el que se desempeñen) no contribuyan, ni directa ni indirectamente, a las violaciones de derechos humanos.

Ello deja de manifiesto dos aspectos trascendenta-

²⁸ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales: Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”,* A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011), Anexo, Principio 7.

²⁹ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, par. 172; Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) V.s. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, par. 280. Véase también CIDH, *Empresas y derechos humanos: Estándares interamericanos* (2019).

³⁰ La última decisión emitida en este caso es: U.S. Court of Appeals for the Fourth Circuit, *Subail Najim Abdullab Al Shimari et al. v. Caci Premier Technology, Inc. Et al*, No. 19-1328 (23 de agosto de 2019).

³¹ Introduction. In: NOWAK, M.; BIRK, M.; MONINA, G. (eds.). *The United Nations Convention Against Torture and its Optional Protocol: A Commentary*. 2nd ed. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2019. p. 6.

³² Este caso se ha litigado desde principios de la década anterior, habiendo sido desechado y vuelto a promover en distintas ocasiones. Un perfil actualizado de este caso puede consultarse en BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. *Abu Gbraib lawsuits against CACI, Titan (now L-3)*. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/abu-ghraib-lawsuits-against-caci-titan-now-l-3-0> Acceso en: 28 sept. 2019.

les para la idea que se discute en este escrito: el deber de protección que corresponde al Estado dentro de su territorio o bajo su jurisdicción ante cualquier amenaza que pueda poner en riesgo la seguridad de individuos, grupos o personas morales, en particular cuando esa función la desempeña un actor privado, por una parte; y su deber de regulación de los actores no estatales —incluyendo de las empresas que trabajen en el ámbito de la seguridad privada— que puedan violar o contribuir a la violación de los estándares internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. Aunque es un rol distinto, el Estado necesariamente debe velar por el respeto y la garantía de los derechos humanos de forma general.

Aún así, más allá de su rol de “guía” y de regulación, existen además ciertas obligaciones específicas para los distintos Estados que se ven involucrados en este tipo de circunstancias, y particularmente en el caso de la regulación de las empresas de seguridad privada, sobre todo cuando su operación es transnacional. En ese sentido, la academia y la práctica han identificado obligaciones (tanto de regulación como de investigación y sanción por prácticas violatorias a derechos humanos) para por lo menos tres tipos de Estados que pueden tener relación con empresas que desempeñan funciones de seguridad: los Estados de origen, los Estados receptores, y los Estados contratantes.³³ Cada uno de ellos tendría responsabilidades diferenciadas según su posición frente a la situación concreta.

Por ejemplo, el Estado de origen tendría la obligación de regular la conducta de las empresas constituidas bajo su jurisdicción, incluso aquellas conductas que ocurran de forma extraterritorial,³⁴ lo cual impone la obligación de tener un proceso detallado de revisión de las operaciones de las empresas en sus actividades y en los procesos de contratación de personal. El Estado receptor, por su parte, tendría la obligación de prevenir, sancionar, investigar y reparar cualquier daño cometido en su territorio, al tener directamente acceso a los elementos fácticos del caso y a las evidencias; finalmente,

el Estado contratante (que en ocasiones puede ser el mismo Estado receptor) tendría la obligación de insertar en el contrato celebrado con la empresa de seguridad cláusulas que establezcan la obligación de respeto a los derechos humanos en las actividades y operaciones de ésta.³⁵

Lo anterior se desprende de los propios Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, que como ya se ha dicho, es el instrumento que delinea el estándar internacional globalmente aceptado en torno a la responsabilidad de las empresas, independientemente del ámbito de su actividad. Sin embargo, no es el único instrumento —ni la única instancia— en que dicha situación se discute: existen, por lo menos, otros dos instrumentos o procesos internacionales para abordar la temática de las empresas de seguridad privada (y de las empresas militares, o de mercenarios) bajo el derecho internacional.

El primero de ellos es el *Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en relación con las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados* (en adelante, “Documento de Montreux”), un documento acordado de forma plural en 2008 entre varios Estados, bajo el liderazgo del Gobierno de Suiza y del Comité Internacional de la Cruz Roja, y con la participación de la sociedad civil y del sector privado dedicado a dicha industria. A pesar de no ser un documento jurídicamente vinculante, señala las obligaciones jurídicas aplicables en relación a las empresas militares y de seguridad privadas que derivan especialmente del derecho internacional humanitario (aunque también del derecho internacional de los derechos humanos), tanto para las empresas como para los distintos Estados participantes, además de buenas prácticas reconocidas internacionalmente.

Por ejemplo, en cuanto a los Estados contratantes, el Documento de Montreux establece que los Estados mantienen sus obligaciones jurídicas internacionales —convencionales o consuetudinarias— independientemente de la privatización de los servicios; señala que no debe contratarse a empresas privadas para servicios que

³³ VAN GENUGTEN, W.; JÄGERS, N.; MOYAKINE, E. Private military and security companies, transnational private regulation and public international law: from the public to the private and back again?. In: CERNIC J. L.; VAN HO, T. (eds.), *Human rights and business: direct corporate accountability for human rights* Oisterwijk, Países Bajos: Wolf Legal Publishers, 2015. p. 387-406.

³⁴ O'BRIEN, C. M. *et al.* National action plans: current status and future prospects for a new business and human rights governance tool. *Business and Human Rights Journal*, v. 1, n. 1, p. 117-126, 2016.

³⁵ VAN GENUGTEN, W.; JÄGERS, N.; MOYAKINE, E. Private military and security companies, transnational private regulation and public international law: from the public to the private and back again?. In: CERNIC J. L.; VAN HO, T. (eds.), *Human rights and business: direct corporate accountability for human rights* Oisterwijk, Países Bajos: Wolf Legal Publishers, 2015. p. 387-406.

el derecho internacional humanitario prevé específicamente para los Estados o sus autoridades; o bien, indica la obligación de garantizar la reparación por conductas ilícitas cometidas por el personal de las empresas, cuando dicha conducta sea atribuible al Estado (por ejemplo, cuando ejerzan elementos de autoridad gubernamental, o cuando actúen por instrucciones del Estado o bajo su dirección o control).³⁶

Los Estados de origen, por otra parte, tienen sendas obligaciones de garantizar una regulación adecuada de las empresas constituidas bajo su jurisdicción o que tengan su nacionalidad, incluyendo en relación a la determinación de sanciones penales por violaciones graves al derecho internacional de los derechos humanos o violaciones serias al derecho internacional humanitario³⁷ (en línea con los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* de 2005, que se han desarrollado en el marco de las Naciones Unidas). Como se puede observar, las obligaciones internacionales del Estado en esta materia son de naturalezas distintas, abarcando tanto el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario como el derecho penal internacional, además de la clara relación de dichos regímenes jurídicos con el derecho internacional general.

En un esfuerzo por refinar, sistematizar y codificar internacionalmente tales obligaciones, en octubre de 2010 el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas estableció el mandato del *Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un marco normativo internacional para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas*, a través de la resolución 15/26, cuyo objetivo es el desarrollo de un tratado internacional en la materia.³⁸ Aunque una parte importante del enfoque está en las empresas militares (mercenarios), también incluye a las empresas de seguridad privada, al reconocer que las primeras se han aden-

trado en labores relacionadas a la seguridad dentro de la gama de actividades y servicios que ofrecen.

El Grupo de Trabajo intergubernamental sobre empresas militares y de seguridad privada sostuvo su sexta sesión en mayo de 2017, en la que se discutieron los distintos elementos que un tratado de esta naturaleza podría tener. Sin embargo, ante las diferentes opiniones y perspectivas de los Estados participantes en la sesión,³⁹ se decidió solicitar al Consejo de Derechos Humanos la creación de un nuevo Grupo de Trabajo intergubernamental, con el mandato de empezar a elaborar el contenido de un marco normativo internacional destinado a la protección de los derechos humanos y a garantizar la rendición de cuentas por las violaciones y los abusos relacionados con las actividades de las empresas militares y de seguridad privada.⁴⁰ Por medio de la resolución 36/11, el Consejo de Derechos Humanos, siguiendo la recomendación del Grupo de Trabajo intergubernamental, determinó crear un nuevo mecanismo intergubernamental con la misión de elaborar el contenido de un marco normativo internacional para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad privada, mismo que sostuvo su primera sesión en mayo de 2019, y que continuará trabajando por lo menos hasta 2021.

Lo anterior ilustra el esfuerzo internacional, por distintas vías, para asegurar que los Estados tengan claras sus obligaciones en materia de derechos humanos (y de derecho internacional humanitario, cuando se trate de zonas afectadas por conflicto) en relación a la regulación de las empresas que se encuentren bajo su

³⁶ *The Montreux Document on pertinent international legal obligations and good practices for States related to operations of private military and security companies during armed conflict*, 2008, pp. 11-12.

³⁷ *The Montreux Document on pertinent international legal obligations and good practices for States related to operations of private military and security companies during armed conflict*, 2008, p. 13.

³⁸ La posibilidad de analizar los desarrollos y trabajos del Grupo de Trabajo intergubernamental escapan al alcance del presente estudio.

³⁹ “Algunas delegaciones no estaban convencidas de la necesidad de un instrumento jurídicamente vinculante y consideraban que no había consenso para seguir avanzando hacia la creación de dicho instrumento. Sin embargo, consideraban que el desarrollo de un marco normativo internacional convenía a todas las partes interesadas; sería necesario seguir trabajando para determinar la forma que podría adoptar ese marco”. UNITED NATIONS. *Informe del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un marco normativo internacional para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad privada, sobre su sexto período de sesiones, A/HRC/36/36 (4 de agosto de 2017)*. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/565ff1df4.pdf> Acceso en: 28 sept. 2019.

⁴⁰ UNITED NATIONS. *Informe del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un marco normativo internacional para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad privada, sobre su sexto período de sesiones, A/HRC/36/36 (4 de agosto de 2017)*. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/565ff1df4.pdf> Acceso en: 28 sept. 2019.

jurisdicción, incluyendo a las que ofrecen servicios de seguridad privada. Ello, desde luego, se complementa con la responsabilidad independiente que éstas tienen de respetar los derechos humanos, aspecto en el que se enfocará la siguiente sección.

3.2 La adecuación del marco jurídico y político interno como obligación del Estado

La cuestión de las empresas de seguridad privada y su relación con el respeto y protección de los derechos humanos requiere de importantes decisiones y acciones a nivel estatal, tanto para prevenir posibles abusos a derechos humanos como para investigar y sancionar aquellos que tengan lugar. Sin embargo, como se señaló brevemente en las secciones anteriores, resulta necesario contar con un marco jurídico interno adecuado para establecer reglas claras que permitan a las empresas contar con certeza jurídica sobre las expectativas existentes en torno a su conducta y las consecuencias de su violación.

En primera instancia, el Estado tiene la obligación jurídica –conforme a los tratados internacionales y regionales de derechos humanos de los que sea parte– de adaptar su marco jurídico interno para dar efectividad a las normas internacionales soberanamente aceptadas.⁴¹ La omisión de adaptar el marco legislativo o regulatorio puede generar dos consecuencias distintas: por una parte, constituiría una violación directa de un tratado internacional, lo cual generaría en automático la responsabilidad internacional (abstracta) del Estado; y en segundo término, podría constituir un obstáculo jurídico o práctico para hacer valer los derechos en él contemplados a nivel interno. Como el propio Comité de Derechos Humanos lo ha reconocido en su Observación General 31, los tratados internacionales no generan obligaciones directas para los particulares ni pueden ser exigidos entre ellos mismos como resultado del Pacto, sino por la adopción de un marco legislativo o regulatorio (en materia civil, penal o de otro tipo) que integre su contenido directamente al marco jurídico interno.⁴² Ante ello, los

Estados necesariamente deben hacer las modificaciones pertinentes a su marco normativo para garantizar la efectividad de los tratados internacionales de derechos humanos de los que son parte.

No obstante lo anterior, la sola adecuación del marco jurídico no genera, por sí mismo, los cambios necesarios en la práctica para dar efectividad a la normatividad vigente –independientemente de su origen nacional o internacional. Es debido a ello que la modificación del marco jurídico debe necesariamente verse acompañado por el desarrollo e implementación de políticas públicas de distintos tipos, con efectos tanto para la administración pública como para terceros, a fin de asegurar la efectividad y plena vigencia del marco jurídico. A pesar de no ser un aspecto que haya preocupado en demasía a la literatura jurídica desde la perspectiva del derecho internacional, en la práctica con mayor frecuencia es posible observar cómo el Estado debe diseñar políticas específicas para hacer efectivos los derechos a los que se compromete voluntariamente a proteger y respetar, para así dar cumplimiento, asimismo, a sus propias obligaciones. Para la administración pública, el reto principal consiste en alinear los distintos procedimientos y criterios de actuación a través de las diferentes instancias gubernamentales, a fin de garantizar la coherencia en las diferentes ramas políticas del Estado y favorecer una actuación coordinada que permita dar cumplimiento efectivo tanto a las normas internas como a los compromisos internacionales.⁴³

Como ocurre generalmente en la cuestión sobre las empresas y los derechos humanos, en materia de seguridad privada también es de suma trascendencia que el Estado se asegure que las dependencias que regulen a tales empresas –o bien, a aquellas empresas en sectores en los que se prevea un potencial alto de conflictividad, como en la industria extractiva– actúen de forma coordinada en el respeto, protección y promoción de los derechos humanos. Ello implica una importante labor de capacitación para los funcionarios públicos, en particular en lo que respecta al uso de la fuerza y sus limitaciones, así como el diseño de protocolos y normatividad clara que permita a los distintos operadores jurídicos ejercer apropiadamente las atribuciones que

⁴¹ La fuente de obligación más conocida al respecto es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 2.2 plantea la obligación de adecuar el marco normativo nacional para cumplir con las obligaciones internacionales.

⁴² UNITED NATIONS. *Observación general No. 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 de mayo de 2004). Disponible en: <https://www.refworld.org/es/topic,57f5047236,57f50911b9,478b26ea2,0,,GENERAL,,.html> Acceso en: 28 sept. 2019.

⁴³ Para un análisis crítico sobre el potencial de las políticas públicas en el ámbito de las empresas y los derechos humanos, véase CANTÚ RIVERA, H. National Action plans on business and human rights: progress or mirage? *Business and Human Rights Journal*, v. 4, n. 2, 2019.

tienen. Esto es especialmente relevante para el ejercicio de derechos como la libertad de reunión y asociación, la libertad de expresión, y la seguridad y libertad personales, que con relativa frecuencia se ven amenazados en contextos de conflictos socioambientales o de protesta.

Por otra parte, en relación a terceros, el rol del Estado se convierte en uno de guía y acompañamiento, a fin de generar espacios constructivos en que pueda existir una comunicación clara y transparente con el sector privado, independientemente del ramo que se trate (lo que se ha identificado bajo el título del ‘derecho colaborativo’).⁴⁴ Las políticas públicas no son el instrumento adecuado para regular a terceros —no es esa su función, en particular considerando que son eminentemente instrumentos dirigidos a la administración pública y que no generan obligaciones jurídicas—,⁴⁵ aunque sí permiten el diseño de instrumentos y mecanismos que favorezcan la participación activa de distintos sectores sociales, en aras de alcanzar los objetivos que derivan tanto de la normatividad interna como del derecho internacional. Es en este tipo de espacios donde iniciativas multiactor, como los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos o el Documento de Montreux, pueden resultar instrumentos valiosos, que sin ser jurídicamente vinculantes, puedan adoptar tal forma al ser incluidos en los contratos o acuerdos alcanzados entre particulares (es decir, entre empresas y proveedores de seguridad privada),⁴⁶ o bien, al ser incluidos algunos de sus principios en la legislación y regulación nacional vigente. La efectividad del derecho internacional actual y su difusión a nivel interno constituyen uno de los principales retos para los Estados en el siglo XXI. Por ello, la complementariedad entre el marco jurídico (que establezca las normas aplicables) y el político (que establezca los mecanismos para que el Estado cumpla con sus obligaciones) es cada vez más trascendente para lograr construir el andamiaje adecuado en los Estados

⁴⁴ KESSEDJIAN, C. *Le droit international collaboratif*. París, Francia: Pedone, 2016.

⁴⁵ Sobre esta cuestión, véase CANTÚ RIVERA, H. National Action plans on business and human rights: progress or mirage? *Business and Human Rights Journal*, v. 4, n. 2, 2019.

⁴⁶ Esta cuestión en particular es importante, ya que la inclusión de cláusulas basadas en dichos instrumentos internacionales en contratos entre particulares hace que estas puedan ser activadas y reclamadas por vía judicial en el marco jurídico interno. Si bien por sí mismas no necesariamente son suficientes, el dotarlas de ese elemento jurídico, que impone derechos y obligaciones recíprocos, puede servir como un mecanismo privado para influir en la conducta de otras empresas o incluso en cadenas de suministro.

para hacer efectivos los derechos y prerrogativas de los seres humanos, aún frente a las actividades de actores no estatales.

4 La responsabilidad de las empresas de seguridad en materia de derechos humanos

De forma general, el derecho internacional no reconoce obligaciones jurídicas directas de las empresas: todas las obligaciones que una empresa pueda tener son necesariamente de carácter nacional, es decir, instrumentadas por el Estado a través de su marco jurídico interno.⁴⁷ Sin embargo, ello no ha impedido que se identifiquen, desde el derecho internacional, distintas maneras en que las empresas pueden actuar para contribuir directamente a la consecución de objetivos nacionales o internacionales, como son el desarrollo sostenible —a través de los Objetivos de Desarrollo Sostenible— o a la protección y respeto de los derechos humanos. Uno de los principales puntos de consenso al respecto lo constituye el ya mencionado segundo pilar de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, que enuncia una de las maneras en que las empresas pueden actuar para asegurarse de que sus operaciones y relaciones comerciales respetan los derechos humanos: la debida diligencia empresarial.⁴⁸

Como se puede observar, el propio derecho internacional (aún siendo normas no imperativas, también conocidas como *soft law*) ha establecido mecanismos voluntarios para que las empresas adopten buenas prácticas en la materia, mismos que pueden convertirse en obligatorios en caso de que las legislaciones o regulaciones nacionales decidan incluirlos como estándares vinculantes bajo el derecho interno. Lo anterior ha ocurrido ya en Francia, donde en 2017 se adoptó una ley que impone a cierto tipo de empresas un “deber de

⁴⁷ CARRILLO SANTARELLI, N. Direct international humanitarian obligations of non-state entities: analysis of the Lex Lata and the Lex Ferenda. In: CERNIC, J. L.; VAN HO, T. (eds.). *Human rights and business: direct corporate accountability for human rights* Oisterwijk. Países Bajos: Wolf Legal Publishers, 2015. p. 51-97.

⁴⁸ NOLAN, J. Refining the rules of the game: the corporate responsibility to respect human rights. *Utrecht Journal of International and European Law*, v. 30, n. 78, p. 7-23, 2014; CANTÚ RIVERA, H. Debida diligencia en derechos humanos: breves reflexiones. In: CANTÚ RIVERA, H. (ed.), *Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina*. San José, Costa Rica: IIDH, 2017. p. 423-440.

vigilancia” basado en el principio de debida diligencia empresarial establecido en los Principios Rectores.⁴⁹ Otros países europeos contemplan la adopción de legislaciones similares (tal es el caso de Alemania o Suiza), mientras que otros Estados (u organizaciones regionales, como la Unión Europea) han preferido enfocarse en cuestiones relativas a sectores específicos, como la debida diligencia en las cadenas de suministro y la transparencia en las actividades mineras en África.⁵⁰

Además del segundo pilar de dicho marco normativo, se han desarrollado otros mecanismos e instrumentos en el ámbito internacional a través de iniciativas multiactor, en las que tanto los Estados como las empresas y la sociedad civil han buscado consensos sobre la conducta mínima esperada en cierto tipo de áreas o industrias. Tal es el caso de las empresas de seguridad privada, como ya se ha observado respecto al Documento de Montreux, en donde se plantea que dichas empresas deberán observar en todo momento las disposiciones en materia de derecho internacional humanitario y de derechos humanos que hayan sido integradas al marco jurídico interno (particularmente en materia penal) de los países donde operan, e invariablemente las primeras de ellas, independientemente de su existencia en la legislación nacional. Lo anterior se debe, ciertamente, a la posibilidad de incurrir, directamente o por complicidad, en la comisión de crímenes internacionales.

Otro instrumento que se desarrolló en el año 2000 y que continúa siendo una referencia importante en el contexto de las empresas de seguridad privada (aunque controversial en cuanto a su efectividad y rigurosidad) son los *Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos*⁵¹ (en adelante los “Principios Voluntarios”), desarrollados por los gobiernos estadounidense y británico con la participación del sector empresarial y organizaciones de la sociedad civil. Dichos Principios buscan guiar a las empresas para mantener la seguridad de sus operaciones dentro de un contexto operativo que aliente el respeto por los derechos humanos, habiendo sido diseñado —como fue ejemplificado anteriormente— en respuesta a las continuas situaciones de riesgo a las que

se enfrentan las empresas en el sector extractivo (aunque con frecuencia derivadas de sus propias actividades y operaciones).⁵²

Los Principios Voluntarios se dividen en tres rubros, enfocados en la medición de riesgos, en las interacciones entre empresas y agencias de seguridad pública, y entre empresas y seguridad privada. Dentro de la medición de riesgos, se identifican distintos factores que deben ser tomados en cuenta al momento de averiguar los potenciales impactos que una empresa puede enfrentar o generar en una situación o contexto determinado. Por ejemplo, algunos factores que deben ser considerados *ex ante* son la identificación de riesgos de seguridad, el potencial de violencia que existe en las áreas donde operan, las experiencias en materia de derechos humanos en el Estado donde la empresa tendrá actividades, el nivel del Estado de derecho, el análisis de conflictos (potenciales o reales) o la transferencia de equipo de seguridad (incluyendo cualquier medida para prevenir o mitigar posibles daños causados como resultado de dicha transferencia).⁵³

En cuanto a la interacción de empresas con las agencias estatales de seguridad pública, los Principios Voluntarios hacen énfasis en cuatro aspectos que deben valorarse, en el interés compartido por las empresas de la garantía del Estado de derecho y del respeto a los derechos humanos. El primero de ellos refiere a los acuerdos en materia de seguridad a los que pueda llegarse con las agencias estatales de seguridad pública, con el objetivo de que se revise periódicamente con distintos interlocutores el impacto de dichos acuerdos; que los cuerpos de seguridad pública conozcan la expectativa de las empresas sobre capacitación y entrenamiento y sobre el respeto al Estado de derecho y a los derechos humanos; y que los acuerdos a los que se llegue sean transparentes y —en la medida de lo posible— accesibles públicamente.⁵⁴

Un segundo aspecto identificado en relación a la interacción entre empresas y gobierno se refiere al despliegue y conducta de los cuerpos de seguridad pública. Al respecto, la postura de los Principios Voluntarios es que las fuerzas de seguridad pública deben ser compe-

⁴⁹ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre (28 de marzo de 2017).

⁵⁰ Sobre esta cuestión, véase Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas*, A/73/163 (16 de julio de 2018), párrs. 20, 67-71.

⁵¹ *Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos*, 19 de diciembre de 2000.

⁵² SIMONS, P.; MACKLIN, A. *The Governance Gap: extractive industries, human rights, and the home state advantage*. Londres, Inglaterra: Routledge, 2015.

⁵³ *Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos*, 19 de diciembre de 2000, pp. 3-4.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 5.

tentes, apropiadas y proporcionales a la amenaza a la que deben responder.⁵⁵ El equipo táctico utilizado por ellas debe cumplir con el marco jurídico vigente, y deben tomarse medidas para mitigar cualquier impacto negativo que pueda ser contrario al respeto a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario. Asimismo, las empresas deben usar su influencia (tal como se describe en el principio 13 de los Principios Rectores) para promover que aquellas personas que hayan estado involucradas con abusos a derechos humanos no formen parte de las agencias de seguridad pública, para que la fuerza sea usada sólo cuando sea estrictamente necesario y de forma proporcional, y para que se respeten los derechos a la libertad de asociación y reunión, a la negociación colectiva y otros derechos conexos. Por último, los Principios Voluntarios señalan que cuando los cuerpos de seguridad pública utilicen la fuerza, tales incidentes deberán ser reportados tanto a las autoridades como a la empresa, y deberá proveerse asistencia médica a las personas que resulten lesionadas, incluyendo a los perpetradores.

Un tercer aspecto se relaciona a las consultas y asesoría que las empresas deben llevar a cabo o recibir, particularmente con los gobiernos involucrados, aunque también con la sociedad civil o con otras empresas trabajando en el mismo ramo, a fin de compartir metodologías y buenas prácticas que permitan identificar riesgos potenciales y maneras de remediarlos. De la misma manera, en la comunicación con los gobiernos se debe buscar promover la observancia de principios internacionales sobre orden público y cumplimiento de la ley, así como fomentar la capacitación y adiestramiento de los cuerpos de seguridad en materia de derechos humanos, y la rendición de cuentas en caso de abusos.⁵⁶

Finalmente, el último aspecto señalado en relación a los cuerpos de seguridad pública hace referencia a las respuestas que deben existir ante abusos a derechos humanos. En ese sentido, los Principios Voluntarios señalan que las empresas deberán informar a las autoridades competentes sobre cualquier alegación creíble respecto de abusos a derechos humanos en sus áreas de operación, y dar seguimiento adecuado a las investigaciones que se desarrollen en relación a dichos casos. Igualmente, señalan que las empresas deberán monitorear el uso de cualquier equipo que sea provisto por

ellas, incluyendo de cualquier abuso que sea cometido, y proteger la seguridad e integridad de las fuentes de cualquier alegación. Como se puede observar, los Principios Voluntarios parten de la base de la importancia para los Estados receptores de mantener las inversiones en sus territorios, pero también identifican el papel que pueden desempeñar para fomentar una mayor transparencia, rendición de cuentas y respeto del Estado de derecho, desde luego buscando que sus inversiones no sean afectadas por situaciones de conflicto en sus áreas de operación.⁵⁷E

El tercer rubro de los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos aborda, por su parte, uno de los aspectos comentados en la sección precedente: la relación entre las empresas contratantes y las empresas de seguridad privada. Debido a los potenciales riesgos que existen cuando un Estado receptor no puede o no quiere proveer medidas de seguridad pública apropiada, se desprende en muchas ocasiones la contratación de empresas de seguridad privada para que protejan los intereses, activos y personal de la empresa contratante. En atención a ello, los Principios Voluntarios identifican nueve criterios a seguir en dicho contexto, en donde se abarcan el respeto a los derechos humanos y al marco normativo vigente, incluyendo a estándares internacionales en la materia; destreza y profesionalismo en torno al uso de fuerza y armas de fuego; monitoreo externo para verificar que las políticas de la empresa estén alineadas con los estándares internacionales aplicables, así como para verificar procesos internos de investigación (en particular frente a alegaciones de abusos a derechos humanos), medidas disciplinarias y comunicación de información relevante a las autoridades competentes.⁵⁸

Además, los criterios señalan también que la función de las empresas de seguridad privada debe ser sólo de naturaleza preventiva o defensiva, y no invadir la esfera de funciones de la seguridad pública correspondiente al Estado, señalando asimismo que los procesos de reclutamiento deben descartar a cualquier persona que haya estado implicada en violaciones a derechos humanos. Cuando exista uso de la fuerza en el marco de sus actividades, tales situaciones deberán ser informadas de inmediato a la empresa y a las autoridades, para que cada una tome las acciones correspondientes.⁵⁹ Para lograr

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 5-6.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 6.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 7.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 8-10.

⁵⁹ *Ibid.*

la correcta aplicación de dichos criterios esenciales, los Principios Voluntarios señalan distintas medidas que las empresas pueden tomar para que sus proveedores de seguridad privada los respeten, incluyendo la contractualización de dichos estándares a través de cláusulas, y la posibilidad de rescisión del contrato por violación a sus términos, particularmente a través de comportamiento abusivo por parte del personal de seguridad. De la misma forma, la supervisión de las actividades de la empresa de seguridad privada es deseable, tanto durante la relación contractual como previo a la contratación del servicio, en especial para identificar su experiencia y desempeño en torno al uso excesivo de la fuerza en sus operaciones; para lo último, los Principios Voluntarios identifican como una buena práctica consultar con pares, gobiernos o sociedad civil sobre su experiencia o conocimientos de la actividad de los proveedores de seguridad privada, a fin de tener un panorama claro sobre su desempeño en situaciones complejas.

Aunque la participación de gobiernos y empresas en esta iniciativa es relativamente baja (y ha sido controversial por la participación de algunas empresas ligadas a abusos de derechos humanos), los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos constituyen un instrumento internacional que representa un nivel básico de consenso entre los distintos actores sobre los estándares mínimos de comportamiento para las empresas que requieran servicios de seguridad para sus operaciones –sean éstos públicos o privados. En ese sentido, la vinculación de dicha herramienta y sus criterios con los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, particularmente en cuanto a la actuación del Estado (y sus fuerzas de seguridad) y a la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, aparenta ser un binomio que puede conjugar de manera efectiva (aunque aún de forma voluntaria) para prevenir violaciones a derechos humanos en el contexto tanto de zonas afectadas por conflicto como de industrias extractivas. De ello se ha tomado cuenta en las discusiones del Grupo de Trabajo intergubernamental sobre la regulación de las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas, en cuyos debates y documentos quedan reflejados muchos de los principios de dichos instrumentos no vinculantes.⁶⁰ Sin

⁶⁰ Véase Consejo de Derechos Humanos, *Informe del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un marco normativo internacional para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad pri-*

embargo, este tipo de herramientas serán poco efectivas si no se produce una adecuación de los marcos jurídicos y de políticas públicas de los países –tanto de origen como de recepción de las empresas–, o si no se utilizan otros mecanismos privados para dotar de eficacia jurídica a dichos instrumentos, como fue señalado ya en la sección precedente.

5 Conclusión

El presente artículo buscó analizar la interacción que existe entre las empresas de seguridad privada, por una parte, y el Estado, por la otra, ambos en relación al derecho internacional de los derechos humanos. Como fue señalado, el derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido de forma explícita el papel que, en el siglo XXI, desempeñan las empresas tanto para la consecución del desarrollo como en los posibles impactos negativos que pueden ocasionar en virtualmente todos los derechos humanos como resultado de sus decisiones, operaciones o relaciones comerciales. Este texto se concentra justamente en las afectaciones que pueden resultar tanto de las operaciones de las empresas (cuando el Estado ejerce la fuerza pública para proteger ciertos bienes o servicios, notoriamente en el contexto de inversiones extranjeras), como de las relaciones comerciales o de otro tipo que pueden tener (en particular, con empresas que proveen servicios de seguridad privada). Finalmente, se abordó la importancia de adaptar los marcos jurídico y político a nivel interno para darle plena efectividad a los compromisos internacionales asumidos por los Estados –y a las obligaciones derivadas de ellos.

Las empresas de forma general, y las de seguridad privada en particular, se enfrentan a importantes desafíos en materia de derechos humanos, pues ya no pueden esconderse fácilmente tras el manto de la ausencia de personalidad jurídica internacional, argumento que tan comúnmente fue esbozado por actores no estatales en el pasado para limitar la imputación de responsabilidad internacional por violaciones a tratados internacionales de derechos humanos o a la costumbre internacional.

vadas, sobre su sexto período de sesiones, A/HRC/36/36 (4 de agosto de 2017), donde en repetidas ocasiones se hace referencia a tales instrumentos y se llama a considerarlos en la construcción de un marco jurídico internacional en la materia.

Como ha señalado Rosalyn Higgins, antigua Presidenta de la Corte Internacional de Justicia, la teoría de los sujetos del derecho internacional debe aceptar que, independientemente de la personalidad jurídica plena de ciertos actores, existen en la actualidad numerosos participantes⁶¹ que influyen, directa o indirectamente, en el desarrollo del derecho internacional, y por consecuencia en sus efectos a nivel interno. En ese mismo sentido, las fronteras entre derecho vinculante y derecho no vinculante se difuminan cada vez más, permitiendo que instrumentos colaborativos se conviertan en herramientas útiles y prácticas para generar resultados efectivos —en algunos casos, resultados que no pueden desarrollarse fácilmente desde la simple perspectiva jurídica.

La paulatina evolución del derecho internacional en este ámbito, al contemplar el establecimiento de responsabilidades mínimas de comportamiento para actores privados como las empresas, y en especial para las empresas de seguridad, genera una base que puede ser desarrollada de forma concreta (y con una perspectiva jurídica) en el ámbito interno. En ese sentido, la interacción entre el derecho internacional y el interno permite al segundo dotar de efectividad a los consensos logrados internacionalmente, abriendo la posibilidad para que los Estados y las empresas (tanto de seguridad privada como de otros rubros) implementen en la práctica las medidas necesarias para proteger y respetar, respectivamente, los derechos humanos.

Ante esta realidad, corresponde al derecho —y a los juristas— reconocer la transformación del derecho en un ámbito cuya eficacia depende plenamente de la integración de perspectivas multidisciplinarias, y en donde el significado de las normas no sólo depende de su grado de obligatoriedad, sino del grado de eficacia necesario para su cumplimiento.

Referencias

- BARNES, R.; TZEVELEKOS, V. (eds.). *Beyond responsibility to protect: generating change in international law*. Cambridge: Intersentia, 2016.
- BAXI, U. *Human Rights Responsibility of Multinational Corporations, Political Ecology of Injustice: Learning from Bhopal Thirty Plus?*. *Business and Human Rights Journal*, v. 1, n. 1, p. 21-40, 2016.

BRYDEN, A.; HERNÁNDEZ, L. Addressing Security and Human Rights Challenges in Complex Environments. *Business and Human Rights Journal*, v. 1, n. 1, p. 153-158, 2016.

CANTÚ RIVERA, H. Debida diligencia en derechos humanos: breves reflexiones. In: CANTÚ RIVERA, H. (ed.), *Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina*. San José, Costa Rica: IIDH, 2017. p. 423-440.

CANTÚ RIVERA, H. Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva o el mantenimiento del status quo?. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n. 18, p. 313-354, 2013.

CANTÚ RIVERA, H. La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n. 15, p. 611-658, 2015.

CANTÚ RIVERA, H. National Action plans on business and human rights: progress or mirage? *Business and Human Rights Journal*, v. 4, n. 2, 2019.

CANTÚ RIVERA, H. National human rights institutions and their (extended) role in the business and human rights field. In: DEVA, S. (ed.), *Research handbook on human rights and business*. Cheltenham, Inglaterra: Edward Elgar, 2019.

CANTÚ RIVERA, H. Planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos: sobre la instrumentalización del derecho internacional en el ámbito interno. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n. 17, p. 113-144, 2017.

CARRILLO SANTARELLI, N. Direct international humanitarian obligations of non-state entities: analysis of the Lex Lata and the Lex Ferenda. In: CERNIC, J. L.; VAN HO, T. (eds.). *Human rights and business: direct corporate accountability for human rights*. Oisterwijk. Países Bajos: Wolf Legal Publishers, 2015. p. 51-97.

DAVITTI, D. Refining the protect, respect and remedy framework for business and human rights and its guiding principles. *Human Rights Law Review*, v. 16, n. 1, p. 55-75, 2016.

DE CASAS, C. I.; TOLLER, F. M. *Los derechos humanos de las personas jurídicas: titularidad de derechos y legitimación en el sistema interamericano*. México, D.F.: Porrúa, 2015.

⁶¹ HIGGINS, R. *Problems & process: international law and how we use it*. Oxford, Inglaterra: Clarendon Press, 1994.

- DEVA, S. Corporate human rights abuses: what role for the National Human Rights Institutions?. In: NASU, H.; SAUL, B. (eds.). *Human rights in the Asia-Pacific Region: towards institution building*. Londres, Inglaterra: Routledge, 2014. p. 234-248.
- ECONOMIDES, C. P. Content of the obligation: obligations of means and obligations of result. In: CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S. (eds.). *The law of international responsibility Oxford*. Inglaterra: Oxford University Press, 2010. p. 371-382.
- HIGGINS, R. *Problems & process: international law and how we use it*. Oxford, Inglaterra: Clarendon Press, 1994.
- KESSEDJIAN, C. *Le droit international collaboratif*. París, Francia: Pedone, 2016.
- KULESZA, J. *Due diligence in international law*. Leiden, Países Bajos: Brill-Nijhoff, 2016.
- NOLAN, J. Refining the rules of the game: the corporate responsibility to respect human rights. *Utrecht Journal of International and European Law*, v. 30, n. 78, p. 7-23, 2014.
- O'BRIEN, C. M. *et al.* National action plans: current status and future prospects for a new business and human rights governance tool. *Business and Human Rights Journal*, v. 1, n. 1, p. 117-126, 2016.
- O'BRIEN, C. M. The home state duty to regulate the human rights impacts of TNCs abroad: a case of extra-territorial Overreach?. *Matters of Concern: Human Rights Research Papers*, 2016.
- RUGGIE, J. G. *Just business: multinational corporations and human rights*. Nueva York, Estados Unidos de América: W.W. Norton, 2013.
- SIMONS, P.; MACKLIN, A. *The Governance Gap: extractive industries, human rights, and the home state advantage*. Londres, Inglaterra: Routledge, 2015.
- UNITED NATIONS. *Informe del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un marco normativo internacional para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad privada, sobre su sexto período de sesiones, A/HRC/36/36 (4 de agosto de 2017)*. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/565ff1df4.pdf> Acceso en: 28 sept. 2019.
- UNITED NATIONS. *Observación general N° 35: Artículo 9 (Libertad y seguridad personales), CCPR/C/GC/35 (16 de diciembre de 2014)*. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/553e0fb84.html> Acceso en: 28 sept. 2019.
- UNITED NATIONS. *Observación general No. 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 de mayo de 2004)*. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/topic,57f5047236,57f50911b9,478b26ea2,0,,GENERAL,,html> Acceso en: 28 sept. 2019.
- UNITED NATIONS. *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011)*. Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf Acceso en: 28 sept. 2019.
- UNITED NATIONS. *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 (16 de diciembre de 2005)*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx> Acceso en: 28 sept. 2019.
- VAN GENUGTEN, W.; JÄGERS, N.; MOYAKINE, E. Private military and security companies, transnational private regulation and public international law: from the public to the private and back again?. In: CERNIC J. L.; VAN HO, T. (eds.), *Human rights and business: direct corporate accountability for human rights* Oisterwijk, Países Bajos: Wolf Legal Publishers, 2015. p. 387-406.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O Plano Nacional de Ação sobre Direitos Humanos e Empresas do Chile: um balanço sobre o seu impacto discursivo e real

The Chilean National Action Plan on Business and Human Rights: na assessment of its discursive and real impact

Judith Schönsteiner

O Plano Nacional de Ação sobre Direitos Humanos e Empresas do Chile: um balanço sobre o seu impacto discursivo e real*

The Chilean National Action Plan on Business and Human Rights: na assessment of its discursive and real impact

Judith Schönsteiner**

Resumo

O primeiro Plano Nacional de Ação sobre Direitos Humanos e Empresas (PNA) no Chile foi aprovado e publicado em agosto de 2017. O chileno é o segundo PNA na América Latina, depois do colombiano que atualmente está sendo revisado para adotar uma segunda versão, mas o primeiro que conta com um estudo de linha de base e com um processo participativo antes de sua adoção. Por essa razão, é útil estudar a experiência chilena para responder à pergunta se a adoção do PNA leva apenas ao cumprimento discursivo dos Princípios Orientadores, ou se promove o cumprimento real das obrigações do Estado em matéria de empresas e direitos humanos. Para esta análise, serão averiguadas as obrigações de direitos humanos que incumbem ao Chile; posteriormente, será analisado o PNA e, para concluir, se o PNA parece mais a um cumprimento discursivo dos direitos humanos ou se efetiva um cumprimento real dos mesmos.

Palavras chave: Plano Nacional de Ação; Chil; Empresas e Direitos Humanos

Abstract

The first National Action Plan on Human Rights and Business (PNA) in Chile was approved and published in August 2017. The Chilean PNA is the second one in Latin America, after the Colombian one that is currently being revised for the adoption of a second version. It is the first PNA that has a baseline study and a participatory process before its adoption. For this reason, it is useful to study the Chilean experience to answer the question whether the adoption of the PNA only leads to discursive compliance with the Guiding Principles, or whether it promotes the real fulfillment of the State's obligations in matters of business and human rights. Chile's human rights obligations will be investigated. The PNA will then be analyzed to assess if the PNA looks more like a discursive fulfillment of human rights or if it is an intrinsic fulfillment of human rights.

Keywords: National Action Plan, Chile, Business and Human Rights

* Recebido em 23/09/2019
Aprovado em 20/10/2019

** Profesora asociada e investigadora del Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales. Doctora en derecho por la Universidad de Essex, Reino Unido. Email: judith.schonsteiner@udp.cl

1 Introdução

Desde 2014, o Grupo de Trabalho da ONU sobre Direitos Humanos e Empresas Transnacionais e Outras Empresas tem promovido, apoiado principalmente pelo Instituto Dinamarquês de Direitos Humanos, a adoção dos Planos Nacionais de Ação (PNA) sobre Direitos Humanos e Empresas.¹ Existe um debate político e acadêmico, especialmente elevado em 2014 e 2015, sobre se a iniciativa de alguns Estados do Sul Global a favor de um instrumento vinculante e da promoção dos PNA estaria em contraste direto.² Finalmente, o desenvolvimento dos PNA foi estabelecido como a principal forma de demonstrar o compromisso com os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos: implementando os Parâmetros das Nações Unidas para proteger, respeitar e reparar. Em julho de 2019 já existiam 22 Planos Nacionais de Ação aprovados – dois deles na América Latina³ –, 23 em desenvolvimento com apoio do Estado – cinco deles na América Latina – e oito sem envolvimento do setor público, principalmente, na África e Ásia. Outras iniciativas, como a adoção da *Due Diligence Law* na França ou do *Modern Slavery Act* no Reino Unido e Austrália, ocorreram como compromissos que foram definidos no PNA (França), foram posteriormente incluídos em um segundo PNA, como compromissos de implementação da lei (Reino Unido),⁴ ou aprovados em seu lugar (Austrália). Não se pode observar, portanto, qualquer tendência quanto à utilidade dos PNA nesse sentido. Na Suíça, uma lei de devida diligência foi discutida no Parlamento, sem ter feito parte dos compromissos do PNA suíço, e na Alemanha, em fevereiro de 2019, um projeto de lei desse tipo foi vazado do Ministério da Cooperação Internacional, sem que o PNA tenha feito menção alguma a tal iniciativa. O futuro da iniciativa não é claro.

Há vozes, especialmente na sociedade civil, que criticam os PNA por serem simples conversa fiada. Por

consequente, faz-se mister analisar se, para além da recepção discursiva dos Princípios Orientadores,⁵ os PNA conseguem incentivar ou desencadear um cumprimento real que melhore a situação das vítimas de violações de direito humanos por parte de empresas. É certo que, mesmo que apenas discursivo, o cumprimento pode ter efeitos a longo prazo que melhoram a situação das vítimas; não obstante, no presente estudo, proponho interpretar os PNA como instrumentos de política pública que buscam realizar mudanças sociais no curto ou médio prazo, tal como sugerido pelo guia do GT, que enfatiza a necessidade de incluir a medição com indicadores no ciclo de políticas públicas⁶, e conforme prometido pelo Grupo de Trabalho (GT) em seu primeiro relatório sobre PNA em 2014: “O Grupo de Trabalho considera que Planos Nacionais de Ação podem ser um importante meio para acelerar a implementação dos Princípios Orientadores”.⁷

O primeiro Plano Nacional de Ação sobre Direitos Humanos e Empresas no Chile foi aprovado e publicado em agosto de 2017. Alguns meses depois, em dezembro de 2017, várias de suas medidas foram incluídas também no primeiro Plano Nacional de Direitos Humanos, por exemplo, pelo Ministério de Obras Públicas⁸ e pela Subsecretaria de Assistência Social⁹, e em alguns casos, seu aprofundamento por meio da criação de site Chile Sustentável, por exemplo, onde as empresas podem publicar seus compromissos em matéria de direitos humanos.¹⁰

Ambos os Planos são políticas públicas, todavia, enquanto o Plano Nacional de Direitos Humanos foi elaborado com base em um mandato conferido pela lei 20.885 que cria a Subsecretaria de Direitos Humanos, o Plano de Ação para os Direitos Humanos e Empresas surge de uma iniciativa de política externa, a saber, de um compromisso com a implementação dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Di-

¹ Conselho dos Direitos Humanos, Resolução sobre a renovação do mandato do Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos, A/HRC/RES/26/22, adotada em 15 de julho de 2014, parágrafo 2.

² Os adeptos argumentando que as políticas públicas contidas nos PNA eram muito brandas, e os céticos indicando que um tratado iria fracassar com haviam fracassado as Normas da Subcomissão em 2003.

³ Dados em <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.

⁴ Reino Unido, Good Business. Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, Updated May 2016, p. 3, 8. 11.

⁵ Carrillo-Santarelli, Nicolás & Arévalo-Narváez, Carlos, The Discursive use and Development of the Guiding Principles on Business and Human Rights in Latin America, 30 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 61-118 (2017).

⁶ GT, Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights, 2016, pp. i-ii, annex II.

⁷ GT, Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, A/69/263, 5 de agosto de 2014, párr. 2. (tradução nossa)

⁸ Governo do Chile, Plano Nacional de Ação sobre Direitos Humanos e Empresas, 2017, p. 256.

⁹ *Ibid.*, p. 258.

¹⁰ *Ibid.*, p. 258.

reitos Humanos (2011).¹¹ Isto confere ao segundo menos respaldo político e jurídico a nível nacional – uma vez que poderia ser alterado com uma mudança no governo – e, ao mesmo tempo, torna-o mais visível a nível internacional, com os custos reputacionais no caso de se abandonar este compromisso.

O chileno é o segundo PNA na América Latina, depois do colombiano que atualmente está sendo revisado para adotar uma segunda versão, mas o primeiro que conta com um estudo de linha de base e com um processo participativo antes de sua adoção. Por essa razão, é útil estudar a experiência chilena para responder à pergunta se a adoção do PNA leva apenas ao cumprimento discursivo dos Princípios Orientadores, ou se promove o cumprimento real das obrigações do Estado em matéria de empresas e direitos humanos. Isso é especialmente relevante no contexto do desenvolvimento de planos em outros países Latino-americanos, como o México, Honduras, Peru e Argentina. Para isso, revisaremos o marco institucional do PNA e seus principais conteúdos em função de sua contribuição para o cumprimento das suas obrigações de direitos humanos, por parte do Chile, já que esses Estados enfrentam a disjuntiva de adotar políticas públicas que vão para além de um cumprimento discursivo.

Para esta análise, serão averiguadas as obrigações de direitos humanos que incumbem ao Chile; posteriormente, será analisado o PNA e, para concluir, se o PNA parece mais a um cumprimento discursivo dos direitos humanos ou se efetiva um cumprimento real dos mesmos.

2 Obrigações estatais em matéria de direitos humanos e empresas

Os tratados internacionais de direitos humanos não contêm padrões explícitos sobre como os Estados devem relacionar-se com as empresas se elas violarem ou possam chegar a violar direitos humanos, tão pouco prescrevem um modelo econômico único ou específico. Em vez disso, existem obrigações de devida diligência

segundo as quais o Estado deve “proteger” os direitos humanos ante as interferências e os riscos de interferência provocados por empresas.¹² Além disso, se o Estado, no cumprimento das garantias de direitos humanos – seja no devido processo, no direito à saúde, à educação, à seguridade social ou à água - recorrer ao apoio por parte de privados, por exemplo, por meio de parcerias público-privadas, da privatização de serviços, ou mediante licitações, ele não pode desfazer-se de suas obrigações de garantir esses direitos. Ao contrário, por meio de um sistema adequado de regulação, incentivos em políticas públicas, fiscalização e acesso à justiça, deve assegurar que o direito seja efetivamente cumprido.¹³

Em matéria de empresas e direitos humanos, os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre este tema e as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais fornecem detalhes sobre esses padrões. Os Princípios Orientadores, por si só, não vinculantes, indicam a responsabilidade do Estado de assegurar que as empresas cumpram com os direitos humanos em todas as suas atividades, dentro e fora do território do Estado (PO 2). Segundo referidos princípios, os Estados se comprometem a adotar políticas transversais e coerentes nesta área (PO 8), incluindo a coordenação de suas políticas para negociar acordos comerciais e suas atividades diplomáticas com a agenda de direitos humanos (PO 9). Finalmente, manifestam o compromisso, para além do acesso à justiça, de proporcionar oportunidades de obter reparação para potenciais vítimas de violações de direitos humanos por parte das empresas (PO 25-30). As responsabilidades empresariais sob as Diretrizes, no âmbito de direitos humanos, são consideradas coextensivas as definidas no segundo pilar dos Princípios Orientadores. Ainda, definem responsabilidades em temas como meio ambiente (Diretriz V), interesses do consumidor (VI), combate à corrupção, à solicitação de Suborno e à extorsão (VII), ciência e tecnologia (VIII), concorrência (IXI) e, em geral, transparência e divulgação de informações (Diretriz III), tudo no marco da responsabilidade social empresarial a ser promovido pelo Estado.

A fim de respeitar o compromisso assumido perante a OCDE, os Estados devem criar um Ponto de Conta-

¹¹ Documento não vinculante sobre empresas e direitos humanos, abrangendo as obrigações estatais de regular e fiscalizar; as responsabilidades empresariais de respeitar os direitos humanos e prevenir sua violação; e a responsabilidade compartilhada de prover acesso à justiça e reparação, respectivamente.

¹² Vide para uma sistematização dessas normas, CIDH, Parecer Consultivo 23, Meio Ambiente e Direitos Humanos, OC-23/17, 15 de novembro de 2017.

¹³ Vide, por exemplo, Corte IDH, *Fazenda Brasil Verde versus Brasil*, sentença de 22 de agosto de 2017, Serie C-337.

to Nacional (PCN)¹⁴, para a promoção das Diretrizes e, também, para receber denúncias e pedidos de mediação em caso de conflito. É o único mecanismo de resolução de litígios que permite as empresas transnacionais sentarem-se à mesa com as alegadas vítimas. Ao vincular este imperativo às obrigações gerais do Estado em matéria de acesso à justiça, fica claro que a implementação dos Pontos de Contato Nacionais, bem como a implementação dos Planos Nacionais de Ação em matéria de empresas e direitos humanos, devem estar de acordo com as obrigações internacionais que o Estado do Chile adquiriu ao ratificar os tratados de direitos humanos.

Finalmente, existe um desenvolvimento jurisprudencial recente que indica como os Estados devem interpretar suas obrigações extraterritoriais.¹⁵ Em síntese, devem assegurar que as atividades empresariais que autorizam ou fomentam não gerem danos fora de seu território. Isso em virtude das obrigações em relação aos danos transfronteiriços, mas também vinculado a outros efeitos extraterritoriais. A esse respeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais chegaram a interpretações muito semelhantes.¹⁶ Estas correspondem à interpretação autoritativa dos respectivos tratados, da CADH e do PIDESC, em relação a essa matéria, e quando um caso sobre estes assuntos é apresentado à Corte Interamericana, é razoável esperar que ela aplique justamente esses *standards*.

Apenas se os Estados Partes de um tratado atuarem em conjunto – não isoladamente – conjuntamente, eles podem substituir a interpretação dada por um órgão de tratado a esse mesmo (Art. 31.3^a-b CVDT). Estando frente a um distanciamento pontual de um Estado respeito à interpretação dos órgãos dos tratados, devemos considerá-lo um descumprimento em relação a esses padrões. Não obstante, isso não significa que haja uma só maneira de cumprir com os padrões internacionais. Em vez disso, a escolha dos meios fica a critério do Estado se for alcançada a proteção efetiva dos direitos humanos e se as normas processuais prescritas pelo direito internacional dos direitos humanos forem cumpridas. Nesse sentido, um passo importante

para uma maior adequação do direito interno ao direito internacional dos direitos humanos é que a lei da Subsecretaria estipule em seu artigo 8f que esta colabore “na implementação, conforme o caso, de resoluções e recomendações originadas no Sistema Interamericano e no Sistema Universal de direitos humanos, sem prejuízo das atribuições dos órgãos do Estado.”¹⁷

3 Principais compromissos do Estado do Chile e sua conformidade com o marco jurídico internacional

Um Plano Nacional de Ação é a oportunidade de começar a preencher lacunas na regulação e fiscalização das atividades econômicas para que elas não afetem os direitos humanos. Não é a única medida possível, nem é suficiente. Por exemplo, se um Plano Nacional de Ação, como ocorre no Chile, coexistir com a falta de prestação de serviços de saúde, garantias previdenciárias, ou com a proibição da sindicalização dos trabalhadores e trabalhadoras¹⁸ – todos aspectos do gozo dos direitos humanos que sequer são mencionados no Plano de Ação, - fica evidente que sua implementação não seria suficiente para o total cumprimento pelo Estado de suas obrigações internacionais, uma vez que estas abrangem todo o espectro das áreas de regulamentação e direitos sociais, civis, culturais, econômicos e políticos. Além disso, nenhum Plano de Ação pode substituir ou postergar, por exemplo, o acesso eficaz à justiça por violações presumidas; pelo contrário, deveria incluir medidas para assegurar que este seja garantido e promovido. Dito isto, um PNA poderia ser um instrumento para avançar substancialmente na redução de lacunas, ainda que não o logre integralmente. Além disso, é um instrumento para promover o cumprimento do Princípio Orientador 8 sobre a garantia da coerência política.

Assim, parece um bom precedente que o Comitê Interministerial, criado em abril de 2018, para supervisionar e promover a implementação do PNA chileno, tenha um mandato mais amplo que abarca “a implementação dos Princípios Orientadores”,¹⁹ e não está

¹⁴ Procedimentos para a implementação das Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais, Resolução de 2000, Art. I.1.

¹⁵ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Parecer Consultivo 23, Meio Ambiente e Direitos Humanos, 2017.

¹⁶ Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral n.º 24, 2017.

¹⁷ Vide também, entrevista com Lorena Recabarren, subsecretária de Direitos Humanos, por e-mail, 31 de julho de 2018. (tradução nossa)

¹⁸ Vide Schönsteiner et al., *Estudio de Línea base sobre empresas y derechos humanos*, 2016, disponível em www.derechoshumanos.udp.cl.

¹⁹ Ministério de Relações Exteriores, Decreto 169 que cria o Com-

circunscrito apenas à implementação do Plano. Assim, ele poderia evitar as limitações inerentes de um primeiro plano, cujo teor foi o avanço por consenso: não há nenhuma medida que se tenha incluído sem o consentimento do ministério ou serviço que seria responsável pela sua implementação. Isso é distinto da metodologia usada no primeiro Plano Nacional de Direitos Humanos, que definiu as medidas a serem implementadas a partir das recomendações dos órgãos dos tratados de direitos humanos das Nações Unidas e das recomendações do INDH, adotados em seus Relatórios Anuais sobre a situação dos direitos humanos no Chile. No entanto, a *Contraloría de la República*²⁰ ainda não *tomo razón*²¹ do decreto que aprovou este Plano Nacional de Direitos Humanos, uma vez que foi retirado no início do mandato do Presidente Piñera em abril de 2018 e foi submetido novamente à competência do *Contralor* apenas o 5 de agosto de 2019.²² Sem o procedimento de *toma de razón*, o Plano não pode ser executado formalmente, já que os recursos comprometidos para as ações não foram liberados. Apesar disso, a Subsecretaria decidiu “continuar com as ações consignadas no plano enquadrando-as dentro dos objetivos próprios da Subsecretaria”.²³

3.1 Elaboração do Plano e normas processuais

Na elaboração do Plano, a Direção dos Direitos Humanos do Ministério de Relações Exteriores (DI-DEHU) contou com dois fatores processualmente destacáveis (para além do seu conteúdo): um estudo independente sobre lacunas de regulação e fiscalização em matéria de empresas e direitos humanos, abrangem-

itê para o Plano Nacional de Ação de direitos humanos e empresas, 12 de setembro de 2017, publicado no Diário Oficial No. 42.027, 9 de abril de 2018.

²⁰ A Controladoria-Geral da República é um órgão superior de fiscalização da Administração do Estado, contemplado na Constituição Política, que goza de autonomia em relação ao Poder Executivo e demais órgãos públicos. Ela controla a legalidade dos atos da Administração do Estado, que atua independentemente do Poder Executivo e do Congresso Nacional. O seu trabalho é eminentemente fiscal, de natureza legal, contábilística e financeira.

²¹ A *toma de razón* é procedimento próprio do sistema chileno e consiste em um controle jurídico prévio, geral e obrigatório, em matéria de legalidade e constitucionalidade realizado pela Controladoria da República do Chile, respeito aos decretos, decretos com força de lei e resoluções.

²² Vide Subsecretaria, Nota de prensa, <http://ddhh.minjusticia.gob.cl/ministerio-de-justicia-y-derechos-humanos-ingreso-plan-nacional-de-dd-hh-a-contraloria-para-toma-de-razon/>.

²³ Entrevista Subsecretaria Lorena Recabarren, por e-mail, 31 de julho de 2018. (tradução nossa)

do temas tão diversos como planejamento territorial, regulamentação da livre concorrência, modalidades de fiscalização administrativa, disponibilidade de assistência jurídica e integração vertical no setor de saúde;²⁴ e uma série de diálogos participativos que permitiram reunir não apenas o cumprimento jurídico dos padrões internacionais,²⁵ mas também as demandas sociais e as prioridades que têm as pessoas afetadas.²⁶ Embora nesses diálogos não se tenha tentado cumprir as normas de consulta prévia livre e informada – uma dívida em relação às medidas que afetam diretamente a comunidades e povos indígenas –, eles buscaram implementar as do direito à participação em geral. Assim, foram feitos três encontros regionais e dois encontros indígenas.

Este desenho metodológico é certamente destacável enquanto primeiros elementos de uma boa prática que deve ser reiterada na revisão do PNA. Um ponto que poderia ser melhorado é, contudo, o acesso à informação – o Ministério de Relações Exteriores, talvez por conflitos internos sobre algumas das conclusões e recomendações do estudo de linha de base, não o disponibilizou aos participantes dos diálogos participativos, apesar da participação no desenho das políticas públicas dever ser informada, conforme artigo 23 da Convenção Americana. Assim, as conclusões sobre as lacunas de cumprimento identificadas no Estudo Base e as preocupações expressadas nos diálogos participativos, durante 2016, se veem refletidas no Plano de Ação de forma muito limitada, já que quase todas as medidas relacionadas com legislação, planejamento e fiscalização foram deixadas de fora.

Assim sendo, uma política pública sem uma base jurídica também corre, em princípio, um maior risco de não ser respaldada quando há uma mudança de governo, independentemente de se a orientação partidária ou ideológica mudar com ele ou não. No caso concreto, o governo do Presidente Sebastián Piñera, que assumiu em 11 de março de 2018, se comprometeu com o Plano Nacional de Ação sobre Direitos Humanos e Empresas em seu Programa de Governo: “Implementar o Primeiro Plano Nacional de Direitos Humanos e executar o Primeiro Plano Nacional de Ação de Direitos Humanos

²⁴ Vide Schönsteiner 2016.

²⁵ Critério único para o estabelecimento da Linha de Base.

²⁶ Sustentia/Instituto Dinamarquês de Direitos Humanos, Informe sobre diálogos participativos sobre empresas e direitos humanos no Chile, setembro de 2017.

e Empresas”.²⁷ Todavia, este compromisso não se concretizou com a celeridade e transparência necessárias. Até o presente momento se ignora quaisquer dados sobre a implementação do PNA e sobre quem são os integrantes do Comitê 360, que assessora a Subsecretaria de Direitos Humanos na implementação do PNA. Com efeito, a partir de março de 2019 e, pelo menos, até julho de 2019 (data da redação), o PNA não está disponível em nenhum site do governo e as informações sobre a implementação das medidas tampouco estão disponíveis após a mudança da responsabilidade do PNA para a Subsecretaria de Justiça.²⁸ Em relação aos integrantes do Comitê 360, apenas uma foto da primeira reunião está disponível,²⁹ também não há uma lista dos integrantes disponível publicamente.³⁰ É possível observar, no entanto, que as reuniões não contaram com a presença de nenhuma organização da sociedade civil representando comunidades indígenas ou não-indígenas com posições mais críticas em relação ao desempenho das empresas; nem a do INDH que, segundo o PNA, deveria integrar este órgão.³¹ Quanto ao Plano Nacional de Direitos Humanos, ele tem uma base legal, mas não conta com o respaldo político no programa do governo. Não está claro por qual motivo o plano, elaborado no governo anterior, ainda não foi reintegrado na *Contraloría de la República* para a *toma de razón*.

3.2 Conteúdo do Plano

O impacto das conclusões e recomendações – elaboradas pela equipe de peritos a cargo do Estudo de Linha de Base – foi limitado. Em alguns poucos casos, os órgãos ou serviços parecem ter sido guiados por (alguns) dos resultados da linha de base e as recomendações do Centro de Direitos Humanos da UDP; assim, parece ter ocorrido no caso da DIRECON e, eventualmente, no caso da Superintendência do Meio Ambiente. Em outros casos, as medidas propostas parecem responder melhor ao que o Ministério, serviço ou empresa estatal já tinham “em mãos” e orçamentado quando a Direção dos Direitos Humanos os consultou por medidas

a serem incluídas no PNA. Os diálogos participativos também não tiveram maior impacto.

Embora haja uma compreensão clara da necessidade de elaborar um primeiro plano de forma concentrada e coordenada, a fim de incluir a maior quantidade de atores a bordo, parece complexo que as medidas não envolvam uma perspectiva de direitos humanos no sentido de priorização por urgência ou gravidade do risco de violação. Como os planos devem ser traçados com uma metodologia que permita priorizar os riscos mais importantes e graves em matéria de empresas e direitos humanos,³² a ausência dessa priorização é algo que deve ser melhorada na nova versão do PNA. Além disso, os incentivos tributários não foram aproveitados para alcançar a implementação dos Princípios Orientadores. O que importa, desde a perspectiva dos tratados internacionais, é o cumprimento efetivo das obrigações estatais; ainda que o discurso de direitos humanos possa contribuir na correta implementação de políticas públicas com um enfoque de direitos humanos quando estas têm múltiplos objetivos, as medidas adotadas no primeiro PNA não garantem esse resultado. Assim, não contribuirá muito para que o Chile cumpra com o que o direito internacional requer em termos da efetiva prevenção e proteção das vítimas ante violações aos direitos humanos. Em seguida, alguns exemplos serão mostrados.

Apesar do Estudo de Base identificar uma série de mudanças legislativas que seriam necessárias para suprir as lacunas no cumprimento das obrigações internacionais, o Plano de Ação apenas menciona três: “O Ministério da Economia apoiará a medida legal comprometida na Agenda de Produtividade, Inovação e Crescimento que pretende criar um marco jurídico para as empresas sociais, fomentando a incorporação de critérios de direitos humanos e empresas na mesma”.³³ Segundo, “[o] Ministério da Energia identificará, promoverá e conceberá os mecanismos necessários para implementar a política de desenvolvimento local vinculada aos projetos energéticos. Entre outros aspectos, esta política contempla medidas que contribuam nas avaliações de impacto nos direitos humanos das comunidades e nos mecanismos de resolução de conflitos entre comunidades e empresas, no contexto do desenvolvimento

²⁷ Programa de Governo 2018-2021, p. 143. (tradução nossa)

²⁸ Última atualização, 25 de julho de 2019.

²⁹ Vide <http://ddhh.minjusticia.gob.cl/autoridades-del-ministerio-de-justicia-y-dd-hh-participaron-en-el-lanzamiento-del-comite-360-para-el-plan-de-accion-nacional-de-dd-hh-y-empresas/>, última revisão 25 de julho de 2019.

³⁰ A autora participa desta entidade.

³¹ PNA, p. 91.

³² GTI, Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights, versão 2.9, 2016.

³³ PNA, p. 60. (tradução nossa)

de projetos de energia”.³⁴ Apesar do amplo alcance da formulação, ela não inclui as mudanças legislativas necessárias, em especial, as em relação à igualdade de acesso à justiça (assistência jurídica) e ao planejamento territorial, ambas medidas importantes e transversais a serem tomadas que o Estudo de Base identificou. Terceiro, “[o] Ministério do Trabalho e o Ministérios do Desenvolvimento Social continuarão promovendo a inclusão Laboral por meio da criação do regulamento que apoia a Lei de Inclusão Laboral, impulsionando assim a integração desde um enfoque de direitos humanos”.³⁵ A regulamentação da Lei 21.015 relativa ao setor privado foi finalmente aprovada em primeiro de fevereiro de 2018,³⁶ antes da mudança de governo, e a nova administração incluiu a implementação da Lei no seu programa de Governo.³⁷ Assim, o cumprimento dessa medida é um dos primeiros avanços³⁸ que observamos em relação ao Plano de Ação. Se comparamos a medida com a Convenção sobre o Direitos das Pessoas com Deficiência, constatamos, no entanto, que ela constitui apenas um passo na implementação da inclusão laboral das Pessoas com Deficiência. A persistência de quase a totalidade das lacunas identificadas no estudo de 2016 foi recentemente confirmada em uma análise do PNA que avalia a sua implementação e contribuição para a solução dos desafios de cumprimento em matéria de empresas e direitos humanos até o final de 2018.³⁹

Dito isso, existem iniciativas adotadas fora do marco do Plano, mas vinculadas com matérias de empresas e direitos humanos. Sua exclusão do Plano de Ação não significa que não foram necessárias para a implementação dos Princípios Orientadores ou dos compromissos convencionais do Estado do Chile em matéria de em-

presas e direitos humanos. Exemplos do que precede podem ser as reformas das Administradoras de Fundos de Pensão (AFP) e das Instituições de Saúde Previsional (Isapres). No entanto, ao não serem incluídas como indicadores no Plano, é mais difícil mapeá-las como contribuições à implementação dos Princípios Orientadores e surge a pergunta sobre por qual motivo os ministérios não incluíram essas medidas no PNA. A razão mais provável é que tais medidas foram percebidas como “politizadas”, já que teriam que revogar algumas mudanças no regime econômico introduzidas durante a ditadura cívico-militar, quando os serviços públicos, incluindo a água, foram privatizados após a adoção da nova Constituição política.⁴⁰

Um próximo estudo de acompanhamento da Linha de Base, cuja frequência não está estabelecida, mas que deveria realizar-se cinco anos após o primeiro (em 2020/2021), a fim de ter suficientemente em conta os avanços realizados e de não tomar medidas duplicadas. A persistência de quase a totalidade das lacunas identificadas no estudo de 2016 foi recentemente confirmada em uma análise do PNA que avalia a sua implementação e contribuição para a solução dos desafios de cumprimento em matéria de empresas e direitos humanos até o final de 2018.⁴¹ O INDH documentou violações na Baía de Quintero-Puchuncaví⁴² e atualizou seu Mapa de Conflitos Socioambientais em 2018,⁴³ e os resultados também sugerem que as medidas mais urgentes a serem implementadas em matéria de empresas e direitos humanos não são aquelas incluídas no PNA. Não se pode excluir que o discurso do grupo de trabalho das Nações Unidas, que considera que os planos devem abranger principalmente os incentivos “suaves” e promover medidas voluntárias entre as empresas, tenha levado a que as decisões sobre o que incluir ou não no Plano tenham sido marcadas por uma certa cegueira frente às medidas legislativas.

Como o próprio PNA indica, o Chile deve contar com “uma coerência política internacional entre os países no contexto dos acordos de investimentos e comércio e nos fóruns multilaterais”.⁴⁴ Nessa linha, a DI-

³⁴ *Ibíd.* (tradução nossa)

³⁵ *Ibíd.* (tradução nossa)

³⁶ Regulamento, Aprova a regulamentação do capítulo II “da inclusão trabalhista de pessoas com deficiência”, do título III do livro I do Código do Trabalho, incorporado pela lei 21.015, que incentiva a inclusão de pessoas com deficiência no mundo do trabalho, 17 de novembro de 2017, disponível no Diário Oficial de 1º de fevereiro de 2018, <http://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2018/02/01/41972/01/1347294.pdf>.

³⁷ Plano de Governo de Sebastián Piñera, p. 120.

³⁸ O primeiro relatório sobre a implementação do Plano de Ação deveria ter sido publicado em dezembro de 2017; no entanto, foi adiado para agosto de 2018, a fim de permitir que os diferentes atores avançassem no cumprimento e também se adaptassem à mudança de governo. Entrevista.

³⁹ Aylwin, José, Didier, Marcel, Guerra, Felipe, Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas: análisis crítico desde la sociedad civil, Observatorio Ciudadano, 2019.

⁴⁰ Schönsteiner 2016.

⁴¹ Aylwin 2019.

⁴² INDH, Relatório Missão de Observação, Zona de Quintero e Puchuncaví, 11-13 de setembro de 2018, aprovado pelo Conselho do INDH em seção ordinária Nº 466, 1 de outubro de 2018.

⁴³ INDH, Mapa de Conflitos Socioambientais no Chile, <https://mapaconflitos.indh.cl/#/>, último acesso 29 de julho de 2019.

⁴⁴ PNA, p. 38. (tradução nossa)

RECON compromete-se a “na negociação de acordos comerciais, revisão dos acordos em vigor e/ou declarações unilaterais ou conjuntas com parceiros comerciais, a DIRECON buscará fortalecer critérios ou disposições que destaquem a importância das políticas de sustentabilidade e responsabilidade social, com especial atenção ao respeito pelos direitos humanos, ambientais, sociais e laborais, como, por exemplo, por meio da menção dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre as Empresas e os Direitos Humanos e/ou das Diretrizes da OCDE”.⁴⁵

O compromisso em si está redigido de maneira vaga e, em uma reunião de consulta a peritos, a DIRECON explicou que uma referência aos Princípios Orientadores no preâmbulo dos acordos está sendo considerada. Também se está pensando em compromissos relacionados com o tema gênero, pelo menos, em relação à modernização do Acordo Comercial entre o Chile e a União Europeia. A Avaliação do Impacto de Sustentabilidade (SAI), obrigatória para a União Europeia quando negocia novos acordos ou os renova, e encomendada pela consultoria alemã BKP Consulting em colaboração com a Vincular, uma consultoria cujo presidente é o atual membro chileno do Grupo de Trabalho, encontrou riscos aos direitos humanos, relacionados com a contaminação das chamadas “zonas de sacrifício”, com os direitos dos povos indígenas e o direito à água,⁴⁶ e recomendou que a União Europeia use sua *leverage* para melhorar a regulação chilena em áreas de risco, por exemplo, criando incentivos para melhorar a produção sustentável, o padrão de vida, ou considerando referências à aplicação extraterritorial de tratados de direitos humanos para melhorar o respeito aos direitos humanos quando as *Transnational Companies (TNC)* operam no estrangeiro.⁴⁷ Resta saber até que ponto as partes negociantes, em especial o Chile, estão dispostos a incluir estas recomendações e até que medida elas aparecem concretamente na segunda versão do PNA. Quanto à metodologia do SIA, deve ser analisado se o relatório reflete o impacto real do comércio nos direitos humanos: todos os efeitos parecem ser “limitados” porque o impacto econômico do novo acordo em comparação com o anterior não é maior. Por exemplo, “como não é esperado que padrões de comércio mudem no setor florestal após a modernização do Acordo, o impactos

nos direitos dos povos indígenas é improváveis. No setor de mineração, todavia, dependendo do nível de promoção do investimento da UE no Chile, pode haver um risco não intencional de intensificação dos conflitos fundiários”.⁴⁸ Tal como estabelecido nas diretrizes da UE para as avaliações de impacto, não se pronunciaram sobre o impacto das relações comerciais e de investimento Chile-UE, mas apenas sobre o impacto diferencial em relação ao acordo anterior. Se o tratado anterior continha cláusulas que impediam o respeito e a proteção dos direitos humanos, essa metodologia não poderia ter em conta esse fato. Em suma, todos os impactos esperados foram qualificados como “menores”, reconhecendo, todavia, a possibilidade que o impacto cumulativo sobre o direito à água e os direitos das comunidades indígenas poderia ser maior.⁴⁹ Com relação ao padrão de vida, seu cumprimento depende, segundo o informe, da regulação nacional.⁵⁰ Portanto, é ainda mais importante que o Chile reaja a essa necessidade de regulação e não se esconda atrás do temor de “perder investimentos” se avançar na proteção e realização dos direitos humanos. Nesse sentido, porém, também existem obrigações dos Estados-Membros da União Europeia, quando ratificaram o PIDESC - nesse sentido, segundo CG 24 do Comitê DESC, seria mais correto dizer que o direito à saúde é principalmente um assunto doméstico, mas que isso não exime os Estados-Membros da UE e, portanto, a própria UE, de ter em conta as suas obrigações extraterritoriais.

Voltando ao PNA (mencionado no Estudo de Impacto em um só parágrafo), a completa ausência de medidas relacionadas com o impacto extraterritorial das empresas chilenas em outros países também gerou crítica,⁵¹ já que esse impacto claramente existe.⁵² Embora o PNA reconheça a norma mencionada no Princípio Orientador 2, não existem medidas, nem sequer em relação às responsabilidades empresariais nas suas cadeias de abastecimento ou nos seus investimentos, medidas que poderiam ter sido incluídas no Pilar II do PNA. Na prática, todavia, houve melhoras pontuais, por exemplo, quando o PCN declarou admissível uma denúncia recebida por violações dos direitos dos trabalhadores

⁴⁵ PNA, p. 59. (tradução nossa)

⁴⁶ SIA, p. 106-107.

⁴⁷ SIA, p. 112, 137, 226, 231, 247, 249, 351.

⁴⁸ SIA, p. 98. (tradução nossa)

⁴⁹ SIA, p. 102-103.

⁵⁰ SIA, p. 111.

⁵¹ Aylwin, p. 26-27.

⁵² Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos (Perú EQUIDAD): El impacto en los derechos humanos de las empresas chilenas, 2019.

de uma empresa chilena no Peru. A DIRECON estava disposta a receber a comunicação inicial por meio da embaixada. A empresa, entretanto, se negou ao processo de negociação.⁵³

O Plano de Ação não contém quaisquer medidas sobre assistência jurídica para garantir o acesso à justiça e sobre a melhora da fiscalização e incentivos mais contundentes em matéria de devida diligência. Essa ausência é uma clara debilidade do direito internacional dos direitos humanos que requer a garantia dos direitos tal como os tratados internacionais os definem, incluindo o art. 2 da CADH. O interessante é que, em relação a este último, o Plano inclui uma descrição das boas práticas internacionais,⁵⁴ transmitindo assim informações sobre “o que também seria possível”: a *Due Diligence Law* na França, que cria um mecanismo de responsabilidade civil por falta de devida diligência em direitos humanos que também é aplicável extraterritorialmente. Por conseguinte, aplicar-se-á a todos os investidores franceses com mais de 10.000 trabalhadores que investem no Chile. Mas a existência (ainda que mais massiva) desse tipo de regulação não pode substituir a existência e aplicação de normas legais no Chile. Isso foi claramente evidenciado no caso do corte de água na cidade de Osorno em julho de 2019, quando a injeção acidental ou intencional (sob investigação) de 1000 litros de petróleo nas tubulações do sistema de água potável causou um corte do serviço por 6 dias. A empresa ESSAL é indiretamente propriedade da Suez (por meio da Agbar e Águas Andinas) e a Suez poderá ter que responder perante a justiça francesa por não ter um Plano de vigilância que previna violações graves aos direitos humanos nas empresas a ela vinculadas.⁵⁵ Independentemente desta possível responsabilidade civil, as possíveis responsabilidades penais e a responsabilidade do Superintendência de Serviços Sanitários (SISS) e de outros órgãos de supervisão do Estado chileno estão prestes a ser investigadas. Supostamente, a SISS conhecia os riscos na empresa desde novembro de 2018 e não tomou medidas adequadas para assegurar a devida diligência da empresa ESSAL.⁵⁶

⁵³ PCN Chile, instância específica, Ripley 2014, disponível em <https://www.subrei.gob.cl/wp-content/uploads/2014/06/RIPLEY-Declaración-Final.pdf>.

⁵⁴ Plano de Ação, p. 100.

⁵⁵ Informação em www.plan-vigilance.org, última revisão 25 de julho de 2019, quando nenhum Plano de Vigilância foi reportado pela Suez.

⁵⁶ Sobre obrigações e responsabilidades no setor de água potável no Chile, vide Contreras & Schönsteiner. Sobre a deficiência do sis-

De acordo com a conclusão do Estudo de Linha de Base de que o conhecimento sobre questões de empresas e direitos humanos ainda é muito precário, tanto entre funcionários/as públicos quanto na sociedade em geral, uma grande quantidade de medidas está relacionadas com a capacitação sobre os Princípios Orientadores e as Diretrizes. Além disso, existem alguns projetos pilotos destacáveis, especialmente, os de acordos voluntários de pré-investimento do Ministério de Energia⁵⁷ e o Relacionamento Prévio do Serviço de Avaliação Ambiental (SEA).⁵⁸ Nesse respeito, o maior desafio a ser resolvido na implementação dessas medidas será o seguinte: como avaliar ou não um acordo prévio à aprovação do sistema de avaliação de impacto ambiental de um projeto. A disjuntiva consiste em que deve haver algum incentivo para se ter esse acordo prévio, mas, ao mesmo tempo, o Estado não deve e nem pode renunciar ao seu papel de garantidor capaz de assegurar que nenhum acordo descumpra com os padrões internacionais de direitos humanos e a legislação vigente. Portanto, não pode incorporar ou reconhecer cegamente tais acordos entre privados. Aylwin acredita, com razão, que a reforma do SEA sobre o relacionamento prévio entre empresas e comunidades não cumpre com as obrigações internacionais do Estado do Chile.⁵⁹

A opção por mudanças “somente” a nível de políticas públicas respondeu ao desafio de diminuir a resistência ao Plano de Ação e de contribuir para envolver os ministérios na tarefa de elaborar e apoiar esse Plano. Mas, aparentemente, não tem sido fácil, mesmo dessa forma, convencer da necessidade das medidas. Em um país extremamente legalista, isso é compreensível, e apenas mais uma razão para a adoção de medidas vinculantes no próximo Plano de Ação. Como confirma a responsável de Empresas e Direitos Humanos da Direção dos Direitos Humanos do Ministério das Relações Exteriores, as políticas públicas no Chile não implicam nenhum mecanismo para além da *accountability* política, para torná-las administrativamente eficazes.⁶⁰

Apesar do Plano de Ação dirigir-se principalmente a atores estatais, incluindo empresas públicas,⁶¹ vários atores não estatais ou intergovernamentais quiseram

tema de sanções no Chile, vide Soto.

⁵⁷ *Ibíd.*, pp. 42, 45, 49, 50, 60, 69, 82.

⁵⁸ Plano Nacional, p. 258-259.

⁵⁹ Aylwin, p. 75.

⁶⁰ Entrevista.

⁶¹ Plano de Ação, p. 62.

registrar no Plano seus compromissos em matéria de empresas e direitos humanos. Assim, a UNICEF, a Fundação Casa da Paz, o Pacto Global, a Bolsa de Santiago, a Fundação Ação Empresas e o Conselho de Responsabilidade para o Desenvolvimento Sustentável, um ente *multi-stakeholder* liderado pela Subsecretaria de Economia, registraram vários compromissos, especialmente relacionados com o levantamento de informação, apoio técnico e capacitação,⁶² ou a promoção da devida diligência empresarial.⁶³

Reconhecendo que o desenho e a implementação de políticas públicas de médio e longo prazo enfrentam desafios transversais na maioria das temáticas sociais que gostaríamos de abarcar,⁶⁴ estas dificuldades serão também refletidas no Plano de Ação e no Plano Nacional de Direitos Humanos. Todavia, resta a impressão de que, com um pouco mais de vontade política, seria possível alcançar um melhor resultado, pelo menos na segunda versão do Plano.

3.3 Institucionalidade e coerência

Até a presente data, a estrutura institucional em matéria de empresas e direitos humanos é dispersa e, desde março de 2019, as tentativas de criar uma estrutura institucional única com distintos mandatos sobre o tema cessaram. Nesse momento, a dispersão é claramente visível: encontramos o inativo (até a data, sem qualquer explicação)⁶⁵ Conselho de Responsabilidade para o Desenvolvimento Sustentável; o Comitê Interministerial de Direitos Humanos e Empresas foi criado em abril de 2018. A Subsecretaria de Direitos Humanos deveria fazer parte do Comitê Interministerial sobre Empresas e Direitos Humanos desde a sua criação; consultamos em entrevista à Subsecretária sobre esse papel, mas não obtivemos uma resposta para essa pergunta específica.⁶⁶

⁶² Por exemplo, uma capacitação de funcionários/as do INDH, <https://www.indh.cl/funcionarios-indh-asisten-curso-especializacion-empresas-derechos-humanos/>, e um curso online que a DIRECON/DIDEHU encomendou.

⁶³ Plano de Ação, pp. 88-89.

⁶⁴ Algumas delas documentadas no Estudo de Linha de Base 2016.

⁶⁵ No site do Conselho, não foram sequer atualizadas as autoridades públicas, vide <http://consejors.economia.cl>. A última ata publicada é de 7 de junho de 2017, última visita na página, 20 de julho de 2018.

⁶⁶ Entrevista a Subsecretária Lorena Recabarren, perguntas enviadas por e-mail em 2 de julho de 2018, resposta 31 de julho de 2018, sem responder perguntas sobre PNA, seção de empresas e direitos

Agora, com a mudança do PNA do Ministério das Relações Exteriores para a Subsecretaria de Direitos Humanos, este problema pareceria resolvido. Pois a função dos Ministérios de Relações Exteriores não costuma ser a coordenação de políticas públicas, apesar de em muitos países os Planos se situarem nessa instituição por ser de inspiração internacional. Por essa razão, surgem facilmente problemas de implementação. Embora, a princípio, não seja o Ministério das Relações Exteriores que coordene as políticas públicas, alguns aspectos da transferência para a Subsecretaria de Direitos Humanos, cujo mandato se encontra encarregado de adotar e implementar a coordenação de políticas de direitos humanos, não parecem ser idôneos para garantir a proteção dos direitos humanos a médio e longo prazo.

O outro principal órgão envolvido em questões de empresas e direitos humanos no Chile, além do INDH, que tem um mandato geral em matéria de direitos humanos, é o Ponto de Contato Nacional (PCN), criado em virtude da adesão do Chile à Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais. O PCN tem o mandato para promover as Diretrizes que contêm padrões voluntários para as empresas sobre meio ambiente, consumidores, ciência e tecnologia, trabalho, corrupção e também direitos humanos. Além disso, tem a faculdade de receber casos ou “instâncias específicas”, envolvendo conflitos sobre qualquer uma dessas temáticas; nesses casos, atua como mediador. Para além das regras orgânicas definidas nas próprias Diretrizes, os Estados têm discricionariedade respeito a como é constituído o organismo e onde está localizado no organograma governamental. No entanto, o PCN deveria ser percebido como independente e imparcial, para poder cumprir com seu trabalho.

No âmbito do Plano de Ação, o PCN concluiu um convênio com o INDH para colaborar na promoção das Diretrizes e de seu mecanismo de solução de controvérsias⁶⁷ e para a assessoria técnica em matéria de Direitos Humanos. Assim, o INDH emitiu, a pedido do PCN, um relatório jurídico em uma instância específica pendente no PCN (Quebrada Blanca), enunciando os direitos potencialmente afetados nos casos ligados aos capítulos de empregos e relações de trabalho e meio

humanos no Plano Nacional de Direitos Humanos e o Comitê Interministerial.

⁶⁷ Dois *workshops* foram acordados para 2018 em La Serena e Valdivia, respectivamente. Entrevista telefônica, Mariela Infante, INDH, 18 de Julho de 2018.

ambiente das Diretrizes. Segundo o INDH, eles relataram sobre os tratados relevantes, mas não se pronunciaram sobre o mérito do caso nem incluíram a jurisprudência dos órgãos dos tratados interpretando estas normas convencionais.⁶⁸

Em 2016, o PCN chileno se submeteu, voluntariamente, a uma revisão de pares, um exercício oferecido pela OCDE, incluído também no PNA. Três PCN de outros países observaram a estrutura orgânica e o funcionamento do PCN chileno e, à luz das Diretrizes e das boas práticas de outras nações, emitiram recomendações. O relatório foi divulgado durante o segundo semestre de 2017, acentuando a necessidade de aumentar o quadro de pessoal e a independência do PCN, já que esta entidade contava somente com duas pessoas que passavam menos de meia jornada nessas funções. Além disso, o PCN era ao mesmo tempo o encarregado da DIRECON para a negociação de tratados internacionais, com os respectivos problemas de ser percebido como imparcial. Ainda que o PCN siga localizado no DIRECON - talvez um acerto para poder relacionar-se com as empresas, dado o mandato de gestão econômica, mas um risco para a percepção de independência pelo setor da sociedade civil e dos sindicatos - ele agora conta com uma pessoa - segundo entrevista - em tempo integral e forma parte do recém-criado Departamento de Conduta Empresarial Responsável (CER).⁶⁹

Será necessário coordenar e ordenar melhor estas instituições para torná-las eficazes e eficientes. Assim, é promissor, a princípio, tentar concentrar a agenda em matéria de empresas e direitos humanos do Ministério de Relações Exteriores em uma única unidade; não obstante, seria importante que essa coordenação não resulte em uma redução de pessoal - muito provável, lamentavelmente - ou na perda do enfoque de direitos humanos, por exemplo, se os responsáveis não tiverem experiência suficiente na matéria ou se tiverem que responder a outras agendas dentro do mesmo Ministério. Será fundamental reunir a expertise que pode estar presente nos organismos como ProChile, com a do Ponto de Contato Nacional e de outros atores como a Subsecretaria de Direitos Humanos e o Instituto Nacional de Direitos Humanos.

Além disso, é altamente importante que o PCN seja reformado segundo as recomendações do *Peer-Review*.

⁶⁸ Entrevista INDH.

⁶⁹ Entrevista por e-mail, Carolina Ibáñez, PCN, 19 de julho de 2018.

Embora o tema das empresas tenha estado tradicionalmente mais próximo da DIRECON, é fundamental que o Estado do Chile reforce sua coerência política em direitos humanos e que haja uma relação fluida entre DIRECON, em princípio alheia às normas de direitos humanos, a DIDEHU e a Subsecretaria de Direitos Humanos. Ainda, uma supervisão por parte do INDH ou outro órgão apropriado é necessária para honrar sua independência e autonomia (conforme indicado pelos conselheiros em novembro de 2017, em relação ao mecanismo de supervisão do Plano Nacional de Direitos Humanos).⁷⁰

Outra crítica, presente no informe de pares, é a formação do Comitê-Espelho, um conselho integrado por representantes sindicais, do Pacto Global, do INDH, de organizações da sociedade civil, acadêmicos e, recentemente, de um representante de um sindicato indígena. Embora a representatividade na formação do comitê tenha melhorado em 2018 (mesmo não estando representadas comunidades indígenas e não-indígenas que sofrem diretamente o impacto empresarial), ela não se refletiu na seleção (sem processo de eleição nem transparência sobre a lista de convidados) dos integrantes do Comitê 360, onde a representatividade de potenciais vítimas e organizações críticas é ainda muito inferior à do Comitê-Espelho. O Comitê 360 reuniu-se pela primeira vez em abril de 2019, com mais de um ano e meio de atraso.

Finalmente, não está claro como o Comitê-Espelho irá se relacionar com o Comitê 360, órgão consultivo da Subsecretaria de Direitos Humanos. Desde março de 2019, quando o Comitê 360 foi criado, o Comitê-Espelho não foi convocado. Na DIRECON e na DIDEHU, com assessoria do Comitê-Espelho, diferentes opções foram realizadas até janeiro de 2019, incluindo uma copresidência do Comitê Interministerial entre DIDEHU e PCN, a fim de responder à necessidade de coerência e coordenação (Princípio Orientador 8). Não obstante, essas reflexões foram abruptamente concluídas quando a Subsecretaria de Direitos Humanos criou um órgão à parte, o Comitê 360. Nas sessões do Comitê-Espelho fez-se notar, ao final de 2018 e início de 2019, a crescente oposição da Confederação da Produção e do Comércio a um modelo de autoridade compartilhada. Essa comissão finalmente concluiu um convênio de co-

⁷⁰ INDH, Conselho, Ata Seção N° 396, 20 de novembro de 2017, ponto 6.

laboração com a Subsecretaria de Direitos Humanos, mesmo antes da primeira sessão do Comitê 360.

3.4 Mecanismo de revisão e acompanhamento

Apesar de, substancialmente, o Plano ainda ser bastante débil e vários ministérios não pareçam ter compreendido de todo a relevância do tema, a melhor parte do Plano de Ação, desde uma perspectiva dos direitos humanos, é seu mecanismo de acompanhamento e revisão, que está a cargo do Comitê Interministerial já mencionado, mas que deve cumprir com várias instruções e recomendações contempladas no próprio Plano de Ação. Assim, propõe-se um roteiro para a revisão do Plano que evite dificuldades na elaboração do primeiro; e para institucionalizar a participação efetiva da sociedade civil por meio do “Grupo Consultivo Multiator”, concretizado, porém com representatividade deficiente no Comitê 360.

Como as práticas e compromissos incluídos no Plano de Ação ainda são relativamente pouco inovadores e avançados se comparados com os de outros países, o Plano também conta com quadros de boas práticas que podem inspirar os atores que estarão a cargo da revisão do Plano de Ação, a partir do período 2018-2019. Assim, para além da *Due Diligence Law* francesa e do *Modern Slavery Act* do Reino Unido, é feita referência a uma medida da Comissão para o Mercado Financeiro (antiga Superintendência de Valores e Seguros) sobre igualdade de gênero para os administradores de sociedades anônimas, que não estava comprometida no âmbito do Plano de Ação, mas que havia sido adotada muito antes, em 2015.⁷¹

Ademais, como a renovação do Plano de Ação depende de uma decisão política - e não de uma lei como no caso do Plano Nacional de Direitos Humanos - requer-se muitíssima atenção, para que haja uma segunda versão que represente efetivamente um melhoramento - substancial - em comparação com a primeira. Assim, é especialmente importante envolver atores governamentais que ainda não tenham participado, incluindo o Poder Judiciário e Legislativo, e todas as empresas estatais. Requer a confecção de um estudo de riscos e impactos em direitos humanos no setor industrial, uma tarefa importante porque os riscos dos distintos setores produtivos

variam substancialmente. Recomenda também medidas focadas, em especial, na fiscalização por parte do SEA segundo critérios de “vulnerabilidade territorial”, nas diretrizes de compras públicas e na regulamentação e incentivos ao investimento estrangeiro no Chile e o investimento chileno no exterior. Isso, por meio da “incorporação progressiva de critérios de direitos humanos em agências do Estado que apoiam empresas”, tais como CORFO, SERCOTEC ou ProChile. No entanto, será fundamental que a participação dos cidadãos seja efetiva, em pé de igualdade, apesar das diferenças de poder entre os distintos atores e considerada a boa-fé. Também será importante envolver o Congresso e o Poder Judiciário, indo mais além da (atual) colaboração do DECS.

O compromisso do Plano de Governo é certamente um precedente necessário, ainda que insuficiente, para que isso ocorra. Desde uma perspectiva de direitos humanos, convém destacar que, ainda que a nível interno não haja consequências jurídicas para a falta de implementação ou renovação de uma política pública que abranja as questões de direitos humanos, a nível internacional poderia existir, já que o PIDESC não permite a proteção regressiva dos direitos humanos nele consagrados (Art. 2.1 PIDESC interpretado no Comentário Geral N. 3).

Quanto à participação da sociedade civil na avaliação do Plano, os detalhes ainda não foram comprovados. Isso por duas razões: se desconhece ainda a política geral do novo governo sobre a participação da sociedade civil em matéria de políticas públicas e direitos humanos, pois a definição está atrasada e se ignora se serão tomadas ações proativas e representativas; e, em segundo lugar, historicamente, o interesse da sociedade civil (ONGs, sindicatos e comunidades indígenas ou não indígenas) pelo tema empresas e direitos humanos e, especialmente, pelo Plano de Ação, tem sido mínimo.⁷² De fato, a participação do setor sindical tem sido consideravelmente maior, apesar de um receio inicial. A conformidade do mecanismo com as normas de direitos humanos dependerá da representatividade ou legitimidade do mecanismo em virtude da competência dos seus representantes e, ainda, da seriedade e da boa-fé com que a sua opinião é tida em conta.

O Ministério das Relações Exteriores apoiou um projeto da Fundação Casa da Paz que informa, capacita

⁷¹ Ibid., p. 75. O Comissão para o Mercado Financeiro não se comprometeu com novas medidas. Espera-se que o seu órgão sucessor seja capaz de o fazer para o segundo plano.

⁷² Análise própria, confirmada pela entrevista DIDEHU.

e busca organizar a sociedade civil em torno da implementação dos Princípios Orientadores, um objetivo que ainda não foi alcançado no Chile, enquanto em outros países já existem influentes redes e associações de ONG que influenciam na formulação dos planos nacionais.⁷³ Para isso, seria conveniente que o Estado fomenta a coordenação entre organizações da sociedade civil, sindicatos e comunidades afetadas, já que no Chile, a coordenação da sociedade civil não é suficiente.

Relatórios alternativos do Exame Periódico Universal, aos comitês e à CIDH também devem ser consultados para avaliar o Plano. Finalmente, o mecanismo participativo do Plano Nacional de Direitos Humanos deveria pelo menos trocar informações com o do Plano de Ação, uma vez que os insumos serão relevantes para o respectivo capítulo do futuro Plano Nacional, mas também para alguns aspectos da garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais, na medida em que esses serviços estão privatizados.

4 Implementação de medidas

A DIDEHU informou em setembro de 2018 que, das 141 medidas, 50 teriam sido cumpridas, 32 estariam sem andamento (não define que diferença há entre essa categoria e o descumprimento) e para 34 medidas foi impossível obter informações de parte dos ministérios e serviços envolvidos.⁷⁴ Um recente estudo de Aylwin et al., encerrado em dezembro de 2018, indica que seriam 60 as medidas cumpridas, 17 as não cumpridas, 11 em processo de implementação, 39 não teriam atividade desde o ano de 2017 (não há informação alguma disponível sobre as medidas a implementar em 2018 nem em 2019) e 14 não contam com informações.⁷⁵ A informação não pôde ser atualizada para essa publicação, uma vez que o governo eliminou o site sobre o PNA, assim como o relatório que Aylwin et al. usaram para sua análise.

Detectamos, antes de setembro de 2018, algumas medidas que foram explicitamente identificadas como cumprimento do Plano de Ação nos respectivos comunicados de imprensa quando foram divulgados;

por exemplo, Chilecompra incluiu uma cláusula referente aos Princípios Orientadores no seu Pacto de Integridade,⁷⁶ e a Direção de Estudos da Corte Suprema publicou o estudo sobre empresas e direitos humanos.⁷⁷ Adicionalmente, o Ministério das Relações Exteriores e o DIRECON estão avançando na capacitação de seus funcionários/as em matéria de empresas e direitos humanos.

Em entrevista, confirmamos que o INDH estava avançando em todos os compromissos do Plano durante 2018, com exceção da implementação das diretrizes de compras públicas para as aquisições do INDH, que seria realizada, se o Conselho do INDH assim o determinar, em 2019.⁷⁸ Um mínimo de coerência implicaria que o órgão emblemático do Estado em matéria de direitos humanos observasse as normas de direitos humanos, igualdade de gênero, não discriminação e normas ambientais, também em suas próprias aquisições. Quanto à subsecretaria de Direitos Humanos, esta realizou um levantamento sobre a implementação do Plano Nacional entre 25 e 27 de abril de 2018. No respectivo relatório, ainda pendente,⁷⁹ será então possível avaliar também o avanço com as medidas relacionadas com empresas e direitos humanos.

Um dos compromissos legislativos do PNA foi a apresentação de um projeto de lei “O Ministério da Economia apoiará a medida legal prevista na Agenda de Produtividade, Inovação e Crescimento que pretende criar um marco jurídico para as empresas sociais, promovendo a incorporação de critérios de direitos humanos e empresas na mesma”.⁸⁰ Nesse contexto, foi apresentado um projeto de lei, após uma moção que foi iniciada pelos deputados Kast e Fernández em maio de 2017, que define as “sociedades de benefício e interesse coletivo” (B.I.C.) da seguinte forma: “A Sociedade de Benefício e Interesse Coletivo é uma pessoa jurídica formada por um fundo comum administrado por seus sócios que são responsáveis apenas pelos seus respectivos aportes, sociedade que se constitui ou acolhe às disposições da presente lei e que inclui no objeto social de seus estatutos o impacto positivo ou a redução de

⁷³ Vide Linha de Base México, Projeto Poder.

⁷⁴ Resposta via e-mail, encomendada DIDEHU, 13 de setembro de 2018.

⁷⁵ Aylwin, p. 61.

⁷⁶ Vide Chilecompra, Convenio Marco, disponível <http://www.mercadopublico.cl/Home/Contenidos/QueEsCM>.

⁷⁷ DECS, Coleção Jurídica de Direitos Humanos e Empresas, disponível em <http://decs.pjud.cl/cjc/index.php/blog-cjc/78-coleccion-juridica-de-derechos-humanos-y-empresas>

⁷⁸ Entrevista INDH.

⁷⁹ Entrevista subsecretária Lorena Recabarren.

⁸⁰ PNA Chile 2017, p. 60. (tradução nossa)

algum efeito negativo na comunidade e no meio ambiente” (tradução nossa). O texto proposto não especifica, contudo, o que se deveria entender por “impacto positivo” e por “redução de qualquer efeito negativo”, quanto deve ser o grau de impacto ou redução, e se este se mede na soma da atividade empresarial ou somente em um aspecto. Por exemplo, poderíamos imaginar uma empresa que contribui para reciclagem e a criação de postos de trabalho para pessoa em processo de reinserção (depois de uma pena privativa de liberdade) e, ao mesmo tempo, gera um impacto negativo na sua pegada carbônica. Seria ela qualificada como B.I.C.? Não está muito claro no projeto de lei.

Como o PNA não abrange nenhum compromisso por parte do Congresso, a eficácia de incluir medidas legislativas é claramente limitada; entretanto, o que se pode exigir ao executivo é uma tramitação decidida e responsável de um projeto de lei, e a conformidade do projeto com os padrões internacionais de direitos humanos. No caso particular, após uma discussão parlamentar em janeiro de 2018, todas as indicações substanciais do governo para o projeto de lei foram rejeitadas e se introduziu uma nova definição de “benefício e interesse coletivo” como “a governança transparente e o impacto positivo decorrente da prevenção e mitigação de efeitos negativos e da promoção de ações a favor da comunidade, dos trabalhadores, da cadeia de valor e do meio ambiente. Esse impacto deverá ser divulgado publicamente nas formas previstas na presente lei. Da mesma forma, entende-se por sociedade de benefício e interesse coletivo, aquela pessoa jurídica que ostenta dita qualidade por estar inscrita no Registro Nacional de Sociedades de Benefício e Interesse Coletivo”.⁸¹ No fundo, portanto, não foi especificada a definição, somente foi melhorada a publicidade e, conseqüentemente, a possibilidade de terceiros de verificar a base empírica sobre a qual se atribui a qualidade de B.I.C. Em 5 de junho de 2018, o Congresso solicitou um novo primeiro relatório ao Ministério da Economia; em janeiro de 2019, o projeto recebeu suma urgência (prioridade de tramitação parlamentar), mas esta caducou. A lei, ao ser aprovada, delegaria a supervisão do registro das empresas B.I.C. ao Ministério da Economia. O não cum-

⁸¹ Relatório da Comissão de Economia, promoção, micro, pequenas e médias empresas, proteção dos consumidores e turismo recaído no Projeto de Lei que regula a criação e funcionamento das sociedades de benefício e interesse coletivo. Boletim nº 11.273-03, p. 49. (tradução nossa)

primento dos requisitos não teria outra consequência senão a eliminação da empresa infratora do registro. No entanto, para limitar as possibilidades de abuso da instituição de sociedades de benefícios e interesse coletivo, seria oportuno considerar que o uso inadequado das siglas implica no direito dos consumidores/as de demandar, nos termos do artigo 17.5 da Lei do Consumidor, por publicidade enganosa. Além disso, será importante para a reputação das empresas certificadas como B.I.C. que o tipo de certificação não gere problemas de livre concorrência.

Quanto aos Princípios 9 e 8, relativos à coerência política na negociação de tratados comerciais e de investimento, o Chile anunciou a inclusão de uma referência às questões de gênero no Acordo com a União Europeia, mas não participou de forma visível na promoção de cláusulas similares para o Acordo Abrangente e Progressivo para Pareceria Transpacífica (TPP-11). Para esse tratado, não há nenhum estudo de impacto social, ambiental ou de direitos humanos, ao contrário da modernização do Acordo com a União Europeia.

Em geral, em relação a todos os tipos de tratados econômicos internacionais, faltam medidas para a promoção e facilitação do acesso à justiça - O PNA somente se refere ao PCN que, na melhor das hipóteses, em condições ótimas de operação que não estão dadas no Chile, alcançaria abranger apenas alguns dos conflitos sobre o impacto das empresas, já que se requer o consentimento da empresa para participar na negociação. O PCN chileno não alcançou, até agora, resolver de maneira eficaz nenhum conflito que lhe tenha sido apresentado, embora tenha contribuído positivamente para a resolução de uma disputa entre a Starbucks e seus trabalhadores no Chile. É por isso que, no segundo PNA, é ainda mais necessária a inclusão de medidas eficazes relacionadas com o terceiro pilar e como envolvimento do poder judiciário.⁸²

5 Considerações finais

O Plano Nacional de Ação sobre Direitos Humanos e Empresas adotado em 2017 é um primeiro passo para uma política pública em matéria de direitos humanos e empresas que deveria alcançar, progressivamente, o

⁸² Vide também Linha de Base, Pilar III.

cumprimento com os tratados de direitos humanos que o Chile ratificou - especialmente com a obrigação de proteger. Seu processo de elaboração foi relativamente bem-sucedido, em comparação com o nível de participação que se costuma presenciar no contexto de outras políticas públicas. Se comparado em um nível latino-americano, o nível de participação e representatividade na formulação do primeiro e segundo PNA colombiano foram muito menores que no PNA chileno. Além disso, o PNA - ou pelo menos uma grande quantidade de medidas nele adotadas - deveria ter sido consultado junto aos povos indígenas, segundo o Convênio 169 da OIT que o Chile ratificou. Apesar da participação alcançada, o conteúdo do PNA, todavia, deixa muito a desejar e está em parte longe do que é exigido do Estado na matéria.

Embora um PNA não alcance mudanças imediatas na melhora do respeito aos direitos humanos por parte das empresas, deveria, pelo menos, tratar os temas mais urgentes a nível nacional. Todavia, o PNA sequer se encarregou da crise hídrica e da falta de preparação das empresas de água potável para possíveis acidentes e desastres naturais, um dos desafios principais do Chile. Além disso, as reiteradas crises de contaminação do ar na Baía de Quintero-Puchuncaví, denominadas “zona de sacrifício” por defensores ambientais, pelo INDH e pela CIDH,⁸³ não foram tema no PNA. Pelo contrário, foi necessário esperar outra crise massiva antes das autoridades (em parte) reagirem e iniciarem a medir os poluentes não regulamentados (mas causadores de danos à saúde das pessoas) e o Supremo Tribunal ordenar importantes mudanças no sistema de informação ambiental relacionado com a baía. O Plano não contribuiu para resolver o problema,⁸⁴ tal como podemos concluir pela contaminação do ar na zona industrial de Quintero-Puchuncaví ou pelo sistema de fiscalização deficiente.

Assim, um PNA teria que responder a uma lógica de direitos humanos que privilegia a resolução de assuntos urgentes que geram danos irreparáveis. Ainda, deveria dar prioridade a assuntos transversais que, se espera, alcançariam resolver um número considerável de problemas, tal como foi estabelecido no Estudo de Linha de Base sobre lacunas em matéria de empresas e direitos humanos. No segundo Plano de Ação devem

ser incluídas medidas eficazes, especialmente, em relação a salário justo e não discriminação nos processos de contratação e instalação de projetos nocivos ou incômodos. Também é necessário comprometer, para que o Plano de Ação possa efetivamente alcançar seu objetivo, medidas para melhorar a eficácia e independência da fiscalização. Nesse contexto, deve-se incluir a fiscalização ao financiamento de campanhas políticas por parte de atores privados e outros canais de captura do Estado⁸⁵ que possam desvirtuar a *accountability* democrática. Esses temas também estão ausentes no PNA chileno.

Como critério de definição das medidas do Plano Nacional de Direitos Humanos (instrumento geral de política pública em matéria de direitos humanos) foi a incorporação das recomendações dos órgãos internacionais da ONU e das recomendações do INDH, este demonstra uma maior coerência com o direito internacional dos direitos humanos do que o PAN. É um dos poucos exemplos no Chile onde um órgão público reconhece inequivocamente que as recomendações dos órgãos internacionais de direitos humanos devem ser implementadas de boa-fé, ainda que a Subsecretaria atualmente considere que a vigência das recomendações “não depende de uma interpretação normativa em relação ao seu valor, mas do próprio compromisso adquirido pelos diversos órgãos da Administração em virtude dos quais se constrói o amplo conjunto de diretrizes de políticas públicas que constitui o Plano Nacional de Direitos Humanos.”⁸⁶ Além disso, o fundamento do Plano Nacional de Direitos Humanos no mandato legal da Subsecretaria de Direitos Humanos confere ao Plano Nacional de Direitos Humanos e às medidas nele contidas maior obrigatoriedade a nível governamental. As medidas sobre empresas e direitos humanos contidas nesse plano podem, pois, ser consideradas mais robustas do que as que apenas figuram no PNA. Não obstante, restam importantes lacunas, especialmente em relação aos problemas estruturais enraizados no direito administrativo e já identificados no Estudo de Linha de Base de 2016, como a debilidade na fiscalização e planejamento territorial. Além disso, o atual governo não se comprometeu com o Plano Nacional de Direitos Humanos e ainda não o submeteu novamente à *Contraloría*

⁸³ Terra, INDH, Defensoria Ambiental, CIDH REDESCA.

⁸⁴ Aylwin chegou à mesma conclusão. O relatório do INDH de 2018 apenas menciona, mas não analisa o PNA.

⁸⁵ Hellmann, J, Jones, G, Kaufmann, D, Seize the state, seize the day: state capture and influence in transition economies, *Journal of Comparative Economics* 31 (2003) 751-773. Durand, Francisco, *Extractives Industries and Political Capture: Effects on Institutions, Equality, and the Environment*, Oxfam 2016.

⁸⁶ Entrevista subsecretária Lorena Recabarren. (tradução nossa)

General de la República para o procedimento de *toma de razón*.

Considerando a evidência documentada neste estudo, o conteúdo do PNA é, no melhor dos casos, uma recepção discursiva dos Princípios Orientadores. Existem argumentos, incluso, para concluir que a política pública resta consideravelmente abaixo do padrão destes, pois contém muito poucas medidas em relação ao Pilar III (mecanismos judiciais) e apenas uma que poderia ser considerada relacionada com a extraterritorialidade. Ao não contemplar um compromisso do Congresso ou dos Tribunais, tampouco reflete o estabelecido nos Princípios Orientadores.

Se, por outro lado, são considerados como medida de cumprimento do Estado os tratados internacionais de direitos humanos que o Chile ratificou e deve implementar quando faz políticas públicas e, especialmente, quando regula (ou não) a atuação empresarial, o conteúdo do PNA fica mais claramente deficiente. Assim, a conclusão de que a recepção discursiva dos Princípios Orientadores poderia, em si mesma, melhorar é sugestiva.

Certamente, isso parece claro, não estamos diante de um real cumprimento das obrigações do Estado do Chile em matéria de empresas e direitos humanos, tal como derivam dos tratados de direitos humanos. Em suma, estamos diante do cumprimento débil e parcialmente inexistente de um plano com conteúdo fraco. Ademais, desde março de 2019, o governo retirou da internet as informações sobre o Plano, o que o tornou ainda não verificável.

Espera-se que seu mecanismo de revisão se mostre suficientemente robusto para permitir a elaboração de um segundo Plano de Ação que seja mais conducente ao cumprimento real dos direitos humanos no contexto de atividades empresariais. No entanto, como toda política pública, depende da vontade política das autoridades e da pressão que a sociedade civil ou o empresariado podem exercer para alcançar a política que realmente promova a proteção dos direitos humanos frente à atividade empresarial. A interpretação das obrigações convencionais assumidas pela Corte IDH ou pelo Comitê DESC em comparação com o PNA, bem como as conclusões do Estudo de Linha de Base e o contraste com o próprio PNA, evidenciam essa lacuna. Na mesma linha, o estudo *Sustainability Impact Assessment* para a Modernização do Acordo Comercial entre a União Europeia e o

Chile confirma essa conclusão.

Esse estudo não quer excluir que o cumprimento discursivo leve, mais adiante, a um melhor cumprimento real das obrigações do Estado do Chile em matéria de direitos humanos, e uma maior prevenção das violações de direitos humanos por parte das empresas. No entanto, sublinha que uma implementação discursiva dos Princípios Orientadores - ainda mais, se nem sequer for realizada de forma completa - necessita ser acompanhada pela implementação efetiva das obrigações internacionais, de acordo com critérios de prioridade e de não discriminação. Disso depende se o Chile honra seus compromissos internacionais e se o seu desenvolvimento econômico, em última instância, está baseado em um modelo prejudicial ou compatível com os direitos humanos das pessoas.

Referências

- Aylwin, José, Didier, Marcel, Guerra, Felipe, Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas: análisis crítico desde la sociedad civil, Observatorio Ciudadano, 2019.
- Conselho dos Direitos Humanos, Resolução sobre a renovação do mandato do Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos, A/HRC/RES/26/22, adotada em 15 de julho de 2014.
- Reino Unido, Good Business. Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, Updated May 2016.
- Carrillo-Santarelli, Nicolás & Arévalo-Narváez, Carlos, The Discursive use and Development of the Guiding Principles on Business and Human Rights in Latin America, 30 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 61-118 (2017).
- Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos (Perú EQUIDAD): El impacto en los derechos humanos de las empresas chilenas, 2019.
- Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral n.º 24, 2017.
- Corte IDH, Parecer Consultivo 23, Meio Ambiente e Direitos Humanos, OC-23/17, 15 de novembro de 2017.
- Corte IDH, Fazenda Brasil Verde versus Brasil, sentença de 22 de agosto de 2017, Serie C-337.

Durand, Francisco, *Extractives Industries and Political Capture: Effects on Institutions, Equality, and the Environment*, Oxfam 2016.

Entrevista com Lorena Recabarren, subsecretária de Direitos Humanos, por e-mail, 31 de julho de 2018. Entrevista por e-mail, Carolina Ibáñez, PCN, 19 de julho de 2018.

Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos, *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights*, 2016.

Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos, *Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, A/69/263, 5 de agosto de 2014.

Hellmann, J, Jones, G, Kaufmann, D, *Seize the state, seize the day: state capture and influence in transition economies*, *Journal of Comparative Economics* 31 (2003) 751–773.

INDH, *Relatório Missão de Observação, Zona de Quintero e Puchuncaví*, 11-13 de setembro de 2018, aprovado pelo Conselho do INDH em seção ordinária N° 466, 1 de outubro de 2018.

INDH, *Mapa de Conflitos Socioambientais no Chile*, <https://mapaconflictos.indh.cl/#/>, último acesso 29 de julho de 2019.

Ministério de Relações Exteriores, Decreto 169 que cria o Comitê para o Plano Nacional de Ação de direitos humanos e empresas, 12 de setembro de 2017, publicado no Diário Oficial No. 42.027, 9 de abril de 2018.

OCDE, *Procedimentos para a implementação das Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais*, Resolução de 2000.

PCN Chile, instância específica, Ripley 2014, disponível em <https://www.subrei.gob.cl/wp-content/uploads/2014/06/RIPLEY-Declaración-Final.pdf>.

Relatório da Comissão de Economia, promoção, micro, pequenas e médias empresas, proteção dos consumidores e turismo recaído no Projeto de Lei que regula a criação e funcionamento das sociedades de benefício e interesse coletivo. Boletim n° 11.273-03

Schönsteiner et al., *Estudio de Línea base sobre empresas y derechos humanos*, 2016, disponível em www.derechoshumanos.udp.cl.

Sustentia/Instituto Dinamarquês de Direitos Humanos, *Informe sobre diálogos participativos sobre empresas e direitos humanos no Chile*, setembro de 2017.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Zara, M. Officer, Pernambucanas e Serafina/Collins: o padrão condenatório por condições degradantes da mão de obra em redes contratuais do setor de vestuário

Zara, M. Officer, Pernambucanas and Serafina/Collins: the condemnatory pattern for degrading conditions of labor in contractual networks of the clothing sector

Laura Germano Matos

João Luis Nogueira Matias

Zara, M. Officer, Pernambucanas e Serafina/ Collins: o padrão condenatório por condições degradantes da mão de obra em redes contratuais do setor de vestuário*

Zara, M. Officer, Pernambucanas and Serafina/Collins: the condemnatory pattern for degrading conditions of labor in contractual networks of the clothing sector

Laura Germano Matos**

João Luis Nogueira Matias***

Resumo

O presente artigo busca investigar o padrão condenatório utilizado pelo Poder Judiciário Trabalhista brasileiro em quatro casos emblemáticos de trabalhadores flagrados em condições degradantes produzindo peças para empresas de confecção de vestuário. Através da análise das decisões proferidas contra as empresas Zara, M. Officer, Pernambucanas e Serafina/Collins foi possível identificar uma série de argumentos comuns que indicam como o Poder Judiciário enxerga a responsabilidade civil de tais empresas por esse tipo de violação. Percebeu-se que a legislação brasileira, avaliada isoladamente, não responde de maneira clara e precisa sobre a responsabilidade no âmbito das cadeias produtivas terceirizadas, razão pela qual as decisões analisadas revelam a real interpretação dada aos dispositivos legais pelas cortes trabalhistas e inovam ao criar padrões a partir dos casos concretos. No entanto, é possível concluir que os critérios extraídos, quando avaliados em conjunto, podem ser interpretados à luz do conceito de esfera de influência, ideia já presente em diversos documentos internacionais sobre o tema.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Trabalho. Terceirização. Vestuário. Responsabilidade Civil. Poder Judiciário.

Abstract

This article examines the standards used by Brazilian labor courts to condemn garment producers for labour rights violations in their supply chains. Analysing the decisions concerning the companies Zara, M. Officer, Pernambucanas and Serafina/Collins, the article identifies the most common arguments used by the courts and sheds light on how they determined the liability of the companies concerned. It concludes that Brazilian statutory law does not provide sufficient guidance for addressing those issues, as a result of which the courts have engaged in an interpretive effort to develop new standards. These standards can be understood as corresponding to the

* Recebido em 01/08/2019
Aprovado em 29/09/2019

** Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho. Advogada. Email: lauragmatos@gmail.com

*** Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor dos programas de pós-graduação da UFC e UNI7. Juiz Federal. Email: joaoluism@uol.com.br

concept of sphere of influence, which is already present in a number of international documents on the subject.

Keywords: Human rights. Labor. Outsourcing. Garment factory. Civil liability. Labour courts.

1 Introdução

A relação entre as empresas e os direitos humanos passou a ser uma preocupação crescente tanto em âmbito internacional quanto a nível nacional. Internacionalmente, muito se discute a respeito do grande poder econômico de grupos empresariais que apresentam um PIB superior ao de muitos países do mundo e seu enorme impacto nos lugares onde atuam. Em nível nacional, há também incansáveis debates a respeito da atuação de grandes empresas, colocando em dúvida os limites atuais de sua responsabilidade na proteção de direitos humanos. Como exemplo bastante atual, há a discussão em torno dos grandes desastres ambientais de Brumadinho e Mariana, em Minas Gerais, causados e potencializados por uma série de problemas no âmbito de grandes corporações.

Um setor da economia problemático em relação ao tema é o de confecção de vestuário. Grandes empresas do setor são frequentemente associadas ao uso de mão de obra escrava ou em condições degradantes na produção de suas peças, a partir de flagrantes de uso de mão de obra infantil, jornadas exaustivas, condições insalubres do meio ambiente do trabalho, dentre outras violações.¹ No entanto, em relação a esse setor, há

¹ Algumas notícias ilustram o tema: O desabamento de uma fábrica de tecidos em Bangladesh em 2013, causado pela falta de condições de segurança, que matou mais de mil trabalhadores. Folha de São Paulo, 10/05/2013, Disponível em: <www.folha.uol.com.br>; acesso em: agosto 2016; Cinco trabalhadores bolivianos, incluindo uma menina de 14 anos, foram encontrados em São Paulo trabalhando em condições análogas à escravidão enquanto produziam roupas para a marca Brookfield Donna. G1, 20/06/2016. Disponível em: <www.g1.globo.com>. Acesso em agosto 2016; Bolivianos trabalhavam mais de doze horas por dia correndo risco de acidentes. Cinco crianças brincavam entre as máquinas e pilhas de tecido. Os casos foram flagrados em três oficinas na região metropolitana de São Paulo e levaram os auditores fiscais do trabalho a responsabilizar a Animale e a A. Brand, marcas do grupo Soma, por produzir roupas com trabalho análogo ao escravo. Com as duas grifes, o Brasil contabiliza 37 marcas de roupa responsabilizadas por exploração de mão de obra análoga à de escravo nos últimos oito anos. Repórter Brasil, 19/12/2017. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2017/12/trabalho-escravo-na-animale-r-698-na-loja-r5-para-o-costureiro/>> Acesso em: janeiro 2017.

um agravante: por atuarem geralmente mediante longas cadeias produtivas terceirizadas, há uma dificuldade na identificação de quem deveria responder pelas condições em que esses trabalhadores são encontrados: a própria empresa ou suas oficinas subcontratadas.

A terceirização trabalhista representa a ferramenta estratégica de muitas empresas de vestuário para delegar etapas de sua produção a terceiros. Desta forma, a empresa torna-se mais enxuta e eficiente, focando na sua atividade nuclear e dedicando-se ao design, administração e marketing, por exemplo, enquanto oficinas e fábricas contratadas por ela executam a produção das peças.

A regulação da atuação das empresas é um desafio contemporâneo e o exercício da atividade negocial busca novas fórmulas jurídicas, que extrapolam os formatos societários clássicos, criando inovadoras relações contratuais que respondem de maneira mais rápida aos anseios econômicos, principalmente na era da concorrência global e das facilidades tecnológicas. No entanto, se os novos modelos, como a terceirização, atendem às expectativas econômicas, a ausência de regulação jurídica específica cria grandes transtornos. O tema tem suscitado a atenção das organizações internacionais nos últimos anos, principalmente em razão de impactar o regramento nacional de diversos Estados, que de forma isolada são incapazes de evitar abusos aos direitos humanos.

Considerando a insuficiência da legislação brasileira para fornecer respostas aos problemas que surgem a partir da terceirização e de suas redes contratuais complexas, o presente artigo busca avaliar quais são os critérios e argumentos efetivamente utilizados pelo Poder Judiciário trabalhista para condenar empresas do setor de vestuário. Trata-se de uma pesquisa documental, que analisa a jurisprudência sobre a matéria, bem como a doutrina e legislação de base no tema. Trata-se de método dedutivo.

Para essa avaliação, quatro casos emblemáticos de altas condenações proferidas foram selecionados, buscando comparar o aparato normativo disponível com o efetivamente utilizado nas decisões: o caso Zara, o caso M. Officer, o caso Pernambucanas e o caso Serafina/Collins. Eles foram escolhidos a partir de um critério econômico, em virtude do alto valor arbitrado, e também considerando o tipo de demanda apontada, que envolvia grupos de trabalhadores em situações de

gradantes em oficinas subcontratas para a produção de peças de vestuário. Além disso, todos os casos selecionados se deram no estado de São Paulo, polo do setor de confecção no país, com correspondente processo judicial iniciado no âmbito do Tribunal Regional da 2ª Região. Avaliou-se cada caso até sua chegada ao Tribunal Superior do Trabalho, buscando englobar também o entendimento da última instância trabalhista, responsável pela uniformização dos temas dessa Justiça especializada.

Na primeira seção deste artigo é feita uma breve abordagem do conceito de redes contratuais, buscando situar e esclarecer como as empresas têm se organizado contemporaneamente com a finalidade de enfrentar a concorrência e é analisada também criticamente a legislação brasileira aplicável ao tema, apontando suas principais deficiências para lidar com a complexidade de tais redes. Na segunda seção, são apresentados de maneira resumida os quatro casos práticos selecionados e suas especificidades. Em seguida, na terceira seção, os principais argumentos são extraídos e sistematizados, na busca por esmiuçar seu conteúdo e contribuir para a elucidação dos critérios efetivamente utilizados pelas cortes trabalhistas, os quais vão muito além daquilo que a legislação estabelece. Por fim, os critérios são considerados à luz do conceito de esfera de influência e em consonância com documentos internacionais sobre o tema, demonstrando tratar-se de uma nova perspectiva nos temas que envolvem empresas e direitos humanos.

2 As redes contratuais e o problema da responsabilização de cadeias produtivas

A expansão das dimensões de uma empresa dificulta o gerenciamento de sua atividade, e, por isso, as ferramentas administrativas facilitadoras tendem a buscar algum grau de fragmentação, em busca da redução do tamanho e conseqüente diminuição da complexidade do negócio. As redes contratuais, que permitem a reunião de recursos sob reduzidos custos de transação e de agência, são um exemplo de eficazes instrumentos potencializadores da eficiência de uma empresa.

No entanto, apesar do uso recorrente, ainda há bastante dificuldade de definição precisa da configuração

jurídica de redes contratuais.² O tema assume especial importância em razão de que elas têm sido um dos meios mais comuns de exercício da empresa, principalmente nas cadeias de vestuário, perspectiva do presente trabalho.

As redes contratuais se formam a partir de múltiplos contratos, bilaterais ou plurilaterais, que, diante da existência de finalidade econômica ulterior, encontram-se ligados entre si, por meio de um vínculo associativo, pelo qual os contratantes assumem deveres laterais, sistêmicos, que impactam a rede como um todo. “Essa sistematicidade é mais forte do que a mera ligação que caracteriza os contratos coligados, mas não chega ao ponto de constituir direção unitária, pois entende benéfica a manutenção de uma maior dinamicidade, traduzida na liberdade dos contratantes diante de vínculos jurídicos mais flexíveis”.³

As redes apresentam características de flexibilidade e interdependência entre os participantes, mas com certo grau de coordenação na aplicação dos recursos econômicos empregados na consecução da atividade,⁴ o que afasta a sua caracterização como contrato de transação.⁵ Por outro lado, as redes contratuais se diferenciam das sociedades empresárias, embora possuam a identidade do escopo comum.⁶ É que as sociedades se constituem por um só contrato, considerado plurilateral porque in-

² CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. As redes contratuais como formas de organização da atividade econômica e a responsabilização de seus agentes. In: TEPELINO, Gustavo et al. (coord.). *Anais do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 427-463; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; MARINO, Francisco de Paulo Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; WEITZENBOECK, Emily M. *A legal framework for emerging business models: dynamic networks as collaborative contracts*. Cheltenham, UK. Northampton, USA.: Edward Elgar Publishing Limited, 2012; COLLINGS, Hugh. Introduction to Networks as connected contracts. In: TEUBNER, Gunther. *Networks as connected contracts*. Oxford, Hart Publishing, 2011.

³ MATIAS FILHO, João Luis Nogueira. *A imputação de responsabilidade tributária às redes contratuais*: análise do Parecer Normativo CO-SIT nº 04/2018. Fortaleza, Editora Mucuripe, 2019. p. 50.

⁴ MATIAS FILHO, João Luis Nogueira. *A imputação de responsabilidade tributária às redes contratuais*: análise do Parecer Normativo CO-SIT nº 04/2018. Fortaleza, Editora Mucuripe, 2019.

⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais: uma contextualização entre a empresa e o mercado*. *Forum*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, ano 2, jul. 2004.

⁶ ASCARELLI, Tulio. O contrato plurilateral. In: ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001. p. 372-452.

tegra mais de uma parte, visando um mesmo resultado econômico, enquanto as redes se caracterizam pela coordenação de múltiplos contratos, mas sem a criação de ente autônomo, com organização própria, com a finalidade de conduzir a atividade econômica.

Neste sentido, as redes contratuais assumem uma posição intermediária, *sui generis*, apresentando peculiaridades que as diferenciam de outros institutos jurídicos consolidados. São essas diferenças que ensejam dificuldades no momento de avaliar eventuais responsabilidades por práticas indevidas ocorridas no âmbito da atividade. É o que acontece nas cadeias produtivas do setor de vestuário.

2.1 A regulamentação da terceirização trabalhista

Grandes empresas de varejo no setor de vestuário estão situadas em redes contratuais, a partir da terceirização de algumas etapas de sua produção. Neste sentido, elas delegam a outras empresas, oficinas e fábricas, a execução das peças que irão vender, limitando-se a definir de maneira precisa o modelo, tecido, acabamento, mas desvinculando-se da contratação da mão de obra envolvida e outros aspectos logísticos do negócio. As empresas e suas subcontratadas formam verdadeira cadeia produtiva, interligadas através dos contratos e funcionando em uma rede associativa. No entanto, quando práticas indevidas acontecem, como avaliar quem tem responsabilidade de reparar os danos?

Quando o dano envolve a mão de obra, a Justiça do Trabalho costuma debater sobre a validade ou não da terceirização da mão de obra para fins de responsabilização. A discussão principal em torno da terceirização trabalhista tem como objetivo investigar quem é o real empregador, ou seja, quem detém, de fato, o vínculo empregatício.

A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho era, até pouco tempo, a única regulamentação sobre a terceirização. Com a súmula, o TST lançou mão dos conceitos de “atividade meio” e “atividade fim” para diferenciar quando a terceirização seria permitida, no primeiro caso, e quando ela seria proibida - com a consequente formação de vínculo direto entre as partes, no segundo caso.

Diante dos nós deixados pelo entendimento sumulado, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se mani-

festar sobre a constitucionalidade do entendimento do TST, o que o fez em 2018, em decisão conjunta da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324 e do Recurso Extraordinário n. 958252.⁷ A tese firmada e vencedora por 7 votos a 4 em 30 de agosto de 2018 decidiu pela licitude da terceirização, seja de atividade meio ou fim. Neste sentido, o STF reiterou a impossibilidade de formação de vínculo empregatício entre a empresa que subcontrata a mão de obra e os trabalhadores. Ela responde por eventuais descumprimentos das normas trabalhistas de modo subsidiário – apenas em caso de inadimplemento da empresa intermediária -, tendo como obrigação avaliar a capacidade econômica e idoneidade da empresa a que delegou, mas não configurando vínculo de emprego em nenhuma hipótese.

Além disso, em 2017, a Lei 13.467, conhecida como reforma trabalhista, modificou a lei 6.019/1974⁸, que trata de trabalho temporário, e extinguiu a limitação imposta em relação a terceirização de atividades centrais da empresa, ampliando as possibilidades de subcontratações. Assim, a partir de 2017, a terceirização passou a ser considerada uma ferramenta amplamente possível dentro da legislação brasileira, contrariando as disposições adotadas pela súmula.

A maior parte dos argumentos condenatórios eram, até então, construídos a partir da formação de vínculo com a empresa principal. Somente a partir dessa vinculação, as eventuais indenizações poderiam, em tese, ser atribuídas a elas, decorrentes exatamente desse liame jurídico. No entanto, conforme a atual mudança de entendimento, essa não mais deverá ser uma linha argumentativa válida, considerando a impossibilidade de decretação do vínculo direto em casos de utilização da terceirização de mão de obra.

Além disso, percebe-se que esse aparato normativo específico sobre a terceirização se revela insuficiente para uma abordagem ampla da proteção dos direitos

⁷ Notícia do site do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=387373>. Acesso em: 11 set. 2018. Tramitação da ADPF 324. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>. Acesso em: 11 set. 2018. Tramitação do RE 958252 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>. Acesso em: 11 set. 2018.

⁸ A mudança legislativa é anterior à decisão do STF mas o objeto das respectivas ações permaneceu mesmo com a superveniência da lei 13.467/2017 porque, a despeito dela, a Súmula 331 do TST não foi alterada ou revogada e a aprovação desta ocorreu após o pedido de inclusão dos feitos em pauta.

humanos. Trata-se de um entendimento específico para condenação de verbas trabalhistas, não atendendo à percepção das relações de trabalho de modo amplo. O dever de indenizar eventuais prejuízos não deve ser condicionado apenas à formação de vínculo, cabendo em outras situações possíveis, especialmente considerando as modernas formas de utilização da mão de obra, como é o caso da terceirização.⁹

Existem violações diversas que podem ser causa de outros tipos de reparações. Assim, são cabíveis diversas indenizações de ordem material, decorrentes de outros danos patrimoniais específicos. Além disso, apesar da evidente relevância da reparação de danos materiais, é importante perceber também a gravidade de danos imateriais, como os danos morais e sociais, passíveis de reparações de ordem extrapatrimonial. Trata-se de uma tutela ampla da dignidade da pessoa humana: as situações degradantes, os espaços insalubres e perigosos de trabalho, o uso da mão de obra infantil, as condições análogas à escravidão a que submetidos os trabalhadores e as recorrentes transgressões realizadas pelas empresas são considerados como danos que afetam grupos de trabalhadores ou mesmo toda a coletividade e atingem também o núcleo dos direitos humanos, universalmente reconhecidos.

A partir da Constituição Federal de 1988, qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constituindo dano moral e é por isso indenizável. Em sentido amplo, o dano moral configura-se como a violação de algum direito ou atributo da personalidade, afetando o ânimo psíquico ou moral do ser humano, a partir de ofensas à vida, liberdade, saúde, honra, intimidade e privacidade do indivíduo, por exemplo. Além disso, os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, o que evidencia a sua existência própria e autônoma, merecendo tutela jurídica independente.¹⁰

Os danos sociais, por outro lado, estão ligados à uma noção de coletividade, têm natureza difusa, são transin-

dividuais e decorrem de uma lesão ao bem-estar coletivo.¹¹ Neste sentido, condutas socialmente reprováveis que diminuam a qualidade de vida da sociedade ou de determinado grupo social podem ocasionar esse tipo de dano, não previsto no Código Civil, mas construído hermeneuticamente a partir da ideia ampla de proteção da dignidade humana. Assim, os danos perpetrados nas cadeias produtivas afetam não apenas os trabalhadores envolvidos, mas a sociedade de maneira geral, bem como outras empresas que atuam em moldes adequados e respeitando a legislação, prejudicadas por uma concorrência que se beneficia das condições aviltantes da mão de obra. Trata-se de uma avaliação do impacto extensivo de tais violações.

Uma vez configurado o dano, cabe a correspondente indenização arbitrada. Tais violações são consideradas ilícitas pois decorrem de transgressões ao ordenamento jurídico pátrio e a uma gama de direitos humanos pacificados internacionalmente em documentos dos quais o Brasil é signatário e em convenções que ratificou perante organismos internacionais. Mas quem tem o dever de reparar tais danos, considerando os diversos atores envolvidos em uma cadeia produtiva que funciona mediante redes contratuais múltiplas?

2.2 Pressupostos gerais aplicáveis da teoria de responsabilidade civil

O caput do art. 927 do Código Civil brasileiro determina: “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.” O ilícito, fato gerador da responsabilidade, relaciona-se com “a ideia de desvio de conduta ou afastamento dos deveres jurídicos.”¹² Esse dever jurídico pode advir tanto de um dever específico contratual, quanto de um dever geral do ordenamento, considerado, portanto, extracontratual¹³.

Neste sentido, a partir da leitura conjunta dos dispositivos 927 e 186 do Código Civil, percebe-se que, na

⁹ Este raciocínio parte da premissa de que, se há novas formas de utilização da mão de obra, faz-se necessário uma correspondente adequação nos ditames de proteção desta. Em outras palavras, se o uso da mão de obra é centrado nas relações de vínculo de emprego – dominantes até então – é natural que as regras de proteção e responsabilização sejam formuladas para este tipo de relação. No entanto, a partir do momento em que novas formas de utilização da mão de obra surgem e ganham força, também é natural que novos modelos de responsabilização sejam desenvolvidos.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 107.

¹¹ FRIEDE, Reis; ARAGÃO, Luciano. *Dos danos sociais*. Disponível em: <https://revista.esmes.org.br/re/article/view/137/116>. Acesso em: 26 nov. 2018.

¹² BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 24.

¹³ Apesar da existência de eventuais contratos de trabalho, a responsabilidade analisada na presente pesquisa é extracontratual, considerando o vasto conjunto de direitos abordados – em diplomas nacionais e internacionais –, independente de sua inserção em contratos de trabalho, ou mesmo da própria existência e formalização de tais instrumentos.

teoria civilista brasileira, a responsabilidade de reparar é definida, em regra, com base na análise do elemento subjetivo da conduta. Além do dolo, elemento caracterizado na redação como “ação ou omissão voluntária”, a culpa aparece como outro elemento subjetivo elementar, e está representada no artigo através das expressões “negligência” e “imprudência”.

Assim, em eventual ação, o juízo trabalhista deverá analisar o elemento subjetivo da conduta ensejadora do dano. Com clareza, é possível perceber dolo ou culpa em situações que eventualmente possam causar danos aos trabalhadores. É o caso do não oferecimento de condições dignas de trabalho, negligência na fiscalização de procedimentos de segurança e higiene no ambiente de trabalho e a admissão de mão de obra infantil, por exemplo, condutas expressamente vedadas pelo ordenamento jurídico.

Apesar da análise da culpa ser elemento essencial na maioria dos casos que envolvem o dever de reparação, o ordenamento jurídico pátrio prevê casos em que essa responsabilidade se dá de modo objetivo, em que o agente, ao exercer atividades que ensejam algum risco, assume automaticamente a obrigação de reparar as vítimas.

Assim, o código civil define a responsabilidade independente de culpa dos empresários individuais e empresas pelos produtos postos em circulação e outros casos semelhantes. No entanto, apesar da teoria do risco apresentar maior possibilidades de reparações, o ordenamento jurídico brasileiro não estabelece expressamente a terceirização da mão de obra como uma circunstância ensejadora de responsabilidade objetiva e nem a teoria do risco costuma ser invocada pelo Poder Judiciário nos casos que envolvem a terceirização trabalhista, conforme será demonstrado nesta pesquisa.

Além disso, mesmo que se adote eventual responsabilidade objetiva nos casos que envolvem terceirização em cadeias produtivas, há uma necessária análise do nexo causal entre a conduta do agente e o dano causado por ela. Trata-se de uma relação de causa e efeito que se torna indispensável para a aferição da responsabilidade civil e considerada, neste estudo, a maior dificuldade na análise do tema.

É o nexo causal que conectará a conduta ao dano e possibilitará definir com maior precisão o responsável por aquela violação. Só se indeniza o dano que é consequência do ato ilícito. Quando o dano decorre de um fato simples, a averiguação do nexo causal não

apresenta maiores dificuldades, formando uma relação direta, levando em conta apenas esse fator isolado que ensejou o resultado danoso. No entanto, o problema torna-se mais complexo nas hipóteses de causalidades múltiplas, em que várias circunstâncias concorrem para a formação do evento danoso, havendo a necessidade de precisão da real causa do dano. É o caso das cadeias produtivas do setor de vestuário. Quem deveria responder pelas violações cometidas: a empresa principal ou a oficina subcontratada? Quais são as condutas realmente ensejadoras de tais danos ocorridos?

Se considerarmos a necessidade de estabelecer um liame direto, apenas a oficina ou fábrica interposta que contrata diretamente a mão de obra, ao violar uma série de deveres legais, poderia ser apontada como a causadora do dano aos trabalhadores, já que assumiu tal encargo. O nexo causal seria possível de ser reconhecido apenas em relação a subcontratada, considerando que, na prática, é essa que trata diretamente com a mão de obra. Essa é a tese defendida por todas as empresas nos casos analisados na presente pesquisa: se ela contratou uma outra empresa intermediária para cuidar de todas essas questões, como pode ser responsabilizada por violações ou omissões praticadas por terceiro?

Neste sentido, a teoria da responsabilidade civil contém alguns entraves na solução dos casos de violações a direitos humanos ocorridos em cadeias produtivas extensas e ramificadas, em que há uma série de atores e concausas concorrendo para uma gama de práticas ilegais em relação à mão de obra terceirizada. O nexo causal torna-se a principal barreira para a condenação de uma empresa que, situada no topo da cadeia produtiva, delega a terceiros partes de sua atividade. No entanto, as condenações proferidas pelo Poder Judiciário trabalhista revelam um entendimento diverso, em que o nexo causal é flexibilizado e novos argumentos são trazidos à tona para configurar a responsabilidade ampla que grandes empresas do setor de vestuário assumem diante de cadeias produtivas terceirizadas, os quais serão expostos no último tópico deste artigo.

3 Casos emblemáticos de condenações no setor de vestuário

O Brasil já contabiliza inúmeros casos de denúncias e flagrantes de graves violações na indústria de vestuário

efetuados pelas fiscalizações do Ministério do Trabalho e pelo Ministério Público do Trabalho, em que mais de 37 marcas famosas tiveram seu nome ligado às práticas análogas à escravidão.¹⁴ Na maior parte dos casos, as empresas são autuadas administrativamente com multas ou celebram Termos de Ajuste de Condutas, nem sempre sendo condenadas em esfera judicial.

O presente trabalho optou por uma análise das condenações efetuadas pelo Poder Judiciário, visando identificar argumentos concretos dos padrões utilizados para a condenação de tais empresas. É importante ressaltar que os casos analisados são anteriores à mudança legislativa efetuada pela lei 13.467/17 e pela decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da limitação feita pela Súmula 331, e que, portanto, em alguns momentos, parte da argumentação desenvolvida já pode ser considerada superada. No entanto, percebe-se que as condenações não se limitam a invocar apenas a súmula mencionada, fazendo uso também dos elementos da teoria geral da responsabilidade civil e suas normas correlatas, merecendo análise.

Conforme será exposto, a argumentação de cada caso apresenta certo grau de variação, dificultando um entendimento uniforme e mais seguro sobre a responsabilização de tais empresas. Essa oscilação obstaculiza que empresas adotem medidas mais certas para evitar tais violações em suas cadeias produtivas. No entanto, apesar de tais divergências, é possível identificar que novos requisitos foram desenvolvidos nessas decisões para a compreensão das cadeias produtivas terceirizadas, sendo, portanto, válida e essencial a identificação de tais padrões, que podem elucidar o tratamento que vem sendo dado ao problema e que, possivelmente, continuará a ser aplicado em futuras decisões, tarefa que a presente pesquisa se propõe a fazer.

O primeiro caso analisado foi o caso Zara, que trata da condenação da empresa Zara Brasil Ltda., filial brasileira da empresa multinacional espanhola Zara, a qual foi condenada pela 3ª Vara do Trabalho de São Paulo pela situação degradante em que foram encontrados diversos trabalhadores em oficinas de costura, em abril de 2014.¹⁵ Neste caso, a própria empresa deu início ao

processo judicial, buscando anular as multas administrativas impostas pela fiscalização do MTE, defendendo sua desvinculação dos trabalhadores flagrados em condições análogas à escravidão. O cerne da tese defendida pela autora é a da licitude da intermediação da mão de obra na manufatura dos produtos comercializados pela Zara Brasil Ltda., a qual era feita pela empresa Aha Indústria e Comércio Ltda. Neste sentido, a Zara afirma que a Aha seria a real contratante dos trabalhadores flagrados em situação precária, e que esta possuía autonomia empresarial, atendendo diversos outros clientes, razão pela qual deveria ser responsabilizada exclusivamente por tais violações.

A sentença entendeu por ilegal a terceirização no referido caso, em virtude da subordinação direta, ou seja, por entender que a Zara exercia um controle efetivo de sua fornecedora, e conseqüentemente, dos trabalhadores que laboravam ali. Após a decisão da 1ª instância FONTE, a empresa Zara recorreu ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região, via recurso ordinário, mas o acórdão regional, publicado em 2017, manteve os termos da sentença, entendendo tratar-se de “terceirização fraudulenta na linha produtiva de confecção”, fenômeno que iria de encontro aos esforços internacionais sobre o tema, especialmente da Organização das Nações Unidas e Organização Internacional do Trabalho. O acórdão destaca o fato de que quase a totalidade dos produtos que a empresa Aha produzia era destinado à Zara e que esta, deliberadamente, se manteve cega ao que ali acontecia.

O segundo caso analisado é o da empresa Arthur Lundgren Tecidos S/A – nome de registro da Pernambuco. Em 2012, o Ministério Público do Trabalho ajuizou Ação Civil Pública após flagrantes de trabalhadores estrangeiros em situação irregular em duas oficinas de costura em São Paulo. Jornadas exaustivas, valores irrisórios pagos por peça, trabalho de adolescentes, condições de higiene e segurança e servidão por dívidas foram algumas das ilegalidades denunciadas. O ponto central do caso é argumentação de defesa da empresa Pernambuco, que alega não ter responsabilidade sobre os atos cometidos por seus fornecedores, mas a decisão da 81ª Vara do Trabalho de São Paulo¹⁶ entendeu que a intensa participação da empresa na produ-

¹⁴ Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2012/07/especial-flagrantes-de-trabalho-escravo-na-industria-textil-no-brasil/>. Acesso em: 18 set. 2018.

¹⁵ Processo nº 0001662-91.2012.502.0003. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2014/04/integra-da-sentenca-judicial-em-que-zara-e-responsabilizada-por-escravidao/>. Acesso em: 7 fev. 2017

¹⁶ Processo nº 00001088120125020081. Sentença Disponível em: https://www.trtsp.jus.br/NOTICIAS/20170817_sentenca%20Pernambucanas_20141206.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

ção e a sua grande importância econômica e financeira destacavam a enorme influência que ela exercia sobre as oficinas flagradas FONTE.

O caso chegou à 2ª instância, por recurso interposto pela empresa Pernambucanas e o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região¹⁷ confirmou a sentença e manteve a condenação. Apesar de afirmar que o nexo causal se mostrou incontestável, a decisão não se aprofundou na análise deste elemento, limitando-se a afirmar que o envolvimento e influência da empresa Pernambucanas, aliada à sua inércia em fiscalizar as práticas de seus fornecedores, ensejaria sua responsabilidade.

Neste sentido, a decisão entende que se trata de uma opção da empresa o repasse a terceiro de uma parcela importante de sua atividade econômica, devendo, portanto arcar com as consequências. Havia uma gestão e controle sobre os fornecedores no que tange à concepção, criação de modelos, desenhos, cores, tecidos, definição de prazos, preços, quantidade e cumprimento de metas, etapas estas impostas e fiscalizadas pela empresa Pernambucanas. Para o acórdão, não se trata de mero “controle de qualidade” nem de simples compra de produtos prontos para revenda nas lojas, já que a linha de produção tinha início e termo na própria reclamada. Neste sentido, ele decidiu por manter a sentença e também a indenização pelo dano moral coletivo, reiterando que manter trabalhadores sob tais condições degradantes afeta toda a sociedade.

O terceiro caso analisado também se deu após flagrantes em oficinas de costura em São Paulo, e através de uma Ação Civil Pública¹⁸, o Ministério Público do Trabalho buscou a condenação solidária da empresa M5 Indústria e Comércio Ltda (conhecida popularmente por uma de suas marcas, a M. Officer) por irregularidades ambientais e trabalhistas ocorridas em sua rede de fornecedores, bem como sua condenação por danos morais coletivos e indenização por *dumping* social. A ação pretendeu que a responsabilidade da empresa ré englobasse toda a sua cadeia produtiva, ou seja, que ela respondesse pelas condições dos trabalhadores de todas as confecções e oficinas envolvidas. Neste sentido, sus-

tentou o Ministério Público que a M. Officer seria uma empresa controladora e que, portanto, deveria cumprir todas as obrigações de fazer e não fazer determinadas por lei como se empregadora direta fosse. A empresa alegou, em defesa, que não houve terceirização ilícita, ou mesmo qualquer tipo de terceirização trabalhista, mas apenas a formalização de um contrato mercantil de compra de produtos acabados, já que sua atividade principal não é a confecção de peças, mas tão somente o comércio varejista de artigos de vestuário e acessórios.

No entanto, a sentença da 54ª vara do trabalho de São Paulo¹⁹ entendeu como fato incontroverso que a empresa utilizou-se da prestação de serviços, não importando a natureza do contrato que alegue ter realizado. Entendeu que o seu poder de ingerência sobre os produtos não estaria limitado ao controle de qualidade ou mera aprovação do produto, mas que a empresa definia detalhadamente a produção das peças para suas intermediárias. A partir dessa argumentação, a empresa foi condenada em 2015 por danos morais coletivos, em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador, no valor de 4 milhões de reais, indenização por *dumping* social no valor de 2 milhões de reais e ainda a cumprir as obrigações listadas, sob pena de aplicação de multa por cada infração comprovada.

Por não se conformar com o reconhecimento de sua responsabilidade pelas irregularidades perpetradas em sua cadeia produtiva, a empresa a recorreu ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região, buscando reverter a condenação.²⁰ O Tribunal reiterou o argumento de que os trabalhadores da oficina laboravam exclusivamente para a marca M. Officer e sob os padrões determinados por ela, rejeitou a alegação de existência de contrato de facção entre a empresas e as oficinas, pela ausência de autonomia destas últimas e também considerou impossível acolher a teoria de desconhecimento da situação que ocorria nas oficinas quarteirizadas, aplicando o Princípio da Cegueira Conveniente, indicando inclusive que houve dolo em tal conduta, pois mesmo após as fiscalizações, a empresa não deixou de comprar com o for-

¹⁷ Acórdão n. 20170497806 Disponível em: https://www.trtsptsp.jus.br/NOTICIAS/20170817_acordao%20Pernambucanas.pdf. Acesso em: 21 set. 2018.

¹⁸ ACP Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/documentos/aep-mofficer.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

¹⁹ Processos 0001779-55.2014.5.020054e00030149120135020054. Disponível em: http://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/11/MOFFICER_.pdf. Acesso em: 12 nov. 2018.

²⁰ Processo TRT-2 nº: 00017795520145020054. São Paulo - SP, Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Data de Julgamento: 07/11/2017, 4ª Turma, Data de Publicação: 13/11/2017) Disponível em: <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/520126000/17795520145020054-sao-paulo-sp/inteiro-teor-520126003>. Acesso em: 4 dez. 2018.

necedor autuado em flagrante. Neste sentido, em 2017, a 4ª turma do TRT 2 manteve a decisão de 1ª instância em seus exatos termos, condenando a empresa em 6 milhões de reais. Em setembro de 2018, a empresa protocolou um Recurso de Revista no Tribunal Superior do Trabalho, mas até a finalização da presente pesquisa, a tramitação não teve demais avanços e o processo aguarda o julgamento na última instância trabalhista.

O quarto e último caso estudado foi o da Serafina/Collins. O presente caso teve início no Poder Judiciário através de uma ação trabalhista individual. A autora da ação, trabalhadora boliviana, relata a existência de jornadas extenuantes (cerca de 18 horas de trabalho diárias), demandas altas e preços irrisórios de produção (500 peças de roupa por semana, remuneração de R\$ 1 por peça), falta de pagamento de salários, péssimas condições de higiene, saúde e segurança (com limite para banho dos funcionários de apenas uma vez por semana), além de escravidão por dívidas, pois, ao chegarem ao Brasil, os trabalhadores já tinham, junto à oficina, um débito relativo a despesas da viagem da Bolívia ao Brasil.²¹

A sentença de primeiro grau reconheceu o vínculo empregatício da trabalhadora com o aliciador, mas não reconheceu a responsabilidade solidária da empresa contratante dos serviços, a Moda Serafina Ltda – EPP. A improcedência deste último pedido foi justificada sob o argumento de que a oficina não prestava serviços de modo exclusivo para a empresa, não havendo como condenar esta subsidiária ou solidariamente. Em virtude disso, a trabalhadora recorreu da decisão, buscando a condenação solidária da empresa Moda Serafina e da empresa Collins, alegando que ambas faziam parte de um mesmo grupo controlado pela segunda. Em defesa, a empresa Modas Serafina alegou que é pessoa jurídica totalmente distinta, afirmando que simplesmente industrializava a matéria-prima adquirida por esta empresa no mercado atacadista e, após a industrialização, retornava o produto para a Collins para que esta o comercializasse no varejo.

No entanto, a decisão de segunda instância²² do Tri-

bunal Regional da 2ª Região reconheceu que as duas empresas formam grupo econômico, pois ambas possuem um sócio em comum e, nas notas fiscais da empresa Collins, consta como matriz a empresa Moda Serafina. Neste sentido, invocando os arts. 264 e 942 do Código Civil brasileiro, o acórdão decidiu, em 2014, pelo reconhecimento de responsabilidade solidária da empresa Modas Serafina, por ter contratado pequena oficina de costura sem lastro econômico e financeiro, obtendo elevado lucro com a mão de obra executada em condições precárias, ainda que seja apenas a beneficiária final dos produtos finais fabricados.

Em virtude da condenação solidária em 2ª instância, o presente caso chegou ao Tribunal Superior do Trabalho e a corte manteve o entendimento de que as empresas pertenciam ao mesmo grupo econômico e que possuíam um único fim comum: a venda de roupas e acessórios no varejo. A busca pela redução de custos através de contratação de oficina inidônea, no entendimento adotado, atrai a coautoria do ilícito, ensejando a condenação solidária das empresas por todos os danos cometidos pelas oficinas subcontratadas.

4 A sistematização e interpretação dos critérios condenatórios

A partir da análise dos quatro casos expostos, formulou-se a tabela a seguir, de modo a facilitar a visualização dos argumentos mais utilizados e do grau de variação das decisões nos casos analisados. Além dos sete critérios extraídos das decisões, incluiu-se o tipo de responsabilidade aplicada por cada uma delas, bem como a eventual legislação invocada. **SERIA IMPORTANTE EXPLICAR O SIGNIFICADO DE CADA CRITÉRIO AO APRESENTAR A TABELA. POR EXEMPLO, O QUE É PREÇO IRRISÓRIO? APÓS TAL EXPLICAÇÃO SERIA MAIS FÁCIL COTEJAR O QUE O JUDICIÁRIO ESTÁ AFIRMANDO, AO DECIDIR ESSES CASOS, E O QUE O AUTOR QUER CONCLUIR.**

²¹ Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/indice-de-noticias-noticias-juridicas/18939-trt-2-reconhece-responsabilidade-solidaria-da-empresa-collins-em-razao-de-trabalho-escravo>. Acesso em: 18 nov. 2018.

²² Processo n. Processo TRT/SP nº 00013452020105020050. Acórdão Disponível em: <https://aplicacoes1.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?viewPdf=&id=2446476> Acesso em: 18 nov. 2018.

Tabela 1: Fundamentos para a responsabilização civil de empresas no setor de confecção de vestuário. Os espaços marcados com “x” indicam a utilização do correspondente fundamento. Os espaços preenchidos pela cor cinza indicam ausência de tal fundamento ou argumento na decisão. Fonte: elaboração própria.

	Zara	Pernambucanas	M. Officer	Serafina/Collins
Controle da Produção	x	x	x	
Ausência de Autonomia	x	x	x	
Exclusividade (ou quase) da Produção	x		x	x
Cegueira Deliberada/ Dever de fiscalizar	x	x		x
Inidoneidade dos fornecedores	x	x		x
Preço irrisório pago por peça	x	x		x
Capacidade financeira da empresa - vértice da cadeia		x	x	x
Tipo de Responsabilidade aplicada	Solidária com fornecedor	Objetiva e Solidária	Solidária	Solidária (argumento de coautoria do ato ilícito)
Legislação que embasa a responsabilização	Art. 942 do CC e Súmula 331 do TST (declara vínculo empregatício)	Arts. 186, 927 e 942 do CC; Arts 12 e 17 CDC (analogia) e 180 do Código Penal (comparação do tratamento)	A decisão não menciona nenhum dispositivo específico.	Arts. 264 e 942 do Código Civil.

Conforme percebe-se pela tabela elaborada, o tipo de responsabilidade aplicada por unanimidade foi a responsabilidade solidária. Em que pese o entendimento reiterado do Tribunal Superior do Trabalho em indicar que o contrato de façção regular não enseja a responsabilidade da empresa que contratou uma oficina ou fábrica para a prestação de serviços de costura pelos créditos trabalhistas, a corte também entende que havendo fraude nesse contrato, a responsabilidade torna-se solidária entre as empresas²³. Neste sentido, todas as decisões analisadas entenderam que a responsabilidade

²³ Como exemplo, ver: TST, 7ª T., AIRR – 269-53.2013.5.03.0041, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 23.05.2014.

a ser aplicada, não só pelas verbas tipicamente trabalhistas, mas também pelas demais indenizações pleiteadas, seria solidária entre as empresas envolvidas.

Apesar do entendimento do TST mencionado se referir à existência de terceirização ilícita da atividade-fim - usando, portanto, termos considerados inconstitucionais pelo STF na decisão de 2018 – a ideia que envolve a responsabilização solidária das empresas não se limita à declaração de vínculo. É importante ressaltar essa informação pois com essa decisão do STF e a alteração promovida pela lei 13.467/2017, a declaração de vínculo em casos semelhantes não deverá continuar a ocorrer. Assim, a empresa que subcontrata a mão de obra, em quaisquer tipos de atividades, estará isenta do vínculo de emprego com os trabalhadores, que restará estabelecido com a empresa interposta. No entanto, nos casos analisados, nem sempre este vínculo foi declarado e a responsabilidade solidária foi aplicada mesmo assim, o que permite a conclusão de que a ausência de vínculo não é (e possivelmente não será) empecilho a condenações diversas das verbas trabalhistas típicas, como as decorrentes de danos morais e sociais.

Essa conclusão é bastante interessante pois reforça a ideia de que a proteção ao trabalhador não se limita à proteção dada por seu empregador. Se assim o fosse, apenas o tomador direto da prestação de serviços poderia ser condenado. No entanto, entende-se que essa proteção ampla da dignidade do trabalhador – que acima de tudo, constitui-se uma proteção a direitos humanos – é uma condição fundamental do exercício de qualquer atividade econômica, ganhando contornos expressivos nessas cadeias produtivas a partir de uma inclusão da responsabilidade de outros atores envolvidos.

Em todos os casos analisados, a responsabilidade solidária foi declarada com fundamento na constatação de fraude na relação comercial entre as empresas. Assim, as decisões consideraram que os atos ilícitos perpetrados em tais cadeias são praticados em coautoria pelas empresas envolvidas, aplicando reiteradamente o art. 942 do Código Civil²⁴. Conforme mostra a tabela, há outros dispositivos mencionados para corroborar essa responsabilidade solidária, inclusive a partir de uma aplicação analógica de dispositivos de outros ramos do

²⁴ Código Civil. Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

direito (como o Código Penal e Código de Defesa do Consumidor), no entanto, são os dispositivos do Código Civil, em especial o art. 942 que se destacam como mais importantes para essas condenações.

É interessante perceber que as decisões mencionam a responsabilidade solidária, na qual, em tese, as empresas envolvidas estariam igualmente incumbidas do pagamento da reparação²⁵. No entanto, apesar disso, os sete critérios extraídos revelam um esforço de alcançar especialmente a empresa principal, considerada vértice da cadeia produtiva e controladora de tudo que ali acontece. Um reforço a esse argumento respalda-se na constatação fática de que os altos valores das condenações costumam ser pagos, ao final do processo, pela empresa principal, especialmente diante da ausência de patrimônio de tais oficinas subcontratadas. Assim, apesar de ambas estarem vinculadas em responsabilidade solidária, esses valores em geral são suportados pela grande empresa da cadeia produtiva.

Neste sentido, os critérios utilizados pelas decisões revelam uma tendência em enxergar a empresa principal como em posição de superioridade ou dominação em relação a tais oficinas e fábricas, o que justificaria a assunção de tal responsabilidade. Assim, as oficinas e fábricas estão incluídas na responsabilidade solidária pois são causadoras diretas dos danos, já que eles ocorreriam em suas dependências e sob sua gerência imediata, mas é a empresa principal o alvo direto de tais decisões, como se buscará demonstrar a seguir. Passa-se, então, à análise de cada critério empregado para justificar a condenação solidária, buscando esmiuçar seu significado e alcance.

Efetivo controle da produção

Um dos argumentos mais utilizados pelas empresas em suas defesas foi o de que as contratações de outras fábricas e oficinas constituem mero contrato civil de prestação de serviços (ou contrato de facção). De fato, essa argumentação da empresa está de acordo com a

²⁵ Havendo o reconhecimento da responsabilidade solidária, o credor poderá executar qualquer um dos devedores solidários, não havendo necessidade de respeitar nenhum tipo de ordem de preferência. Assim, notou-se que, dada a sua situação financeira amplamente mais vantajosa, as grandes empresas costumam ser executadas de imediato, considerando a frequente ausência de patrimônio das oficinas envolvidas. Se a responsabilidade fosse apenas subsidiária, deveria haver o respeito a uma ordem de preferência e apenas diante da impossibilidade de executar a empresa devedora principal, a devedora vinculada subsidiariamente seria executada.

noção primária da terceirização da mão de obra: delegar a terceiro a administração e encargos de trabalhadores, desvinculando-se de tais obrigações. No entanto, a Justiça trabalhista rechaçou essa argumentação em todas as decisões analisadas, indicando que a relação entre as empresas envolvidas extrapolaria os limites de um simples contrato comercial entre empresas.

O gerenciamento pela empresa principal de tudo aquilo que era produzido nas oficinas e fábricas foi exaustivamente apontado como um indicador de seu efetivo controle sobre tais subcontratadas. As provas juntadas aos processos analisados indicam que as empresas não realizavam apenas uma avaliação geral dos produtos que encomendava, mas participava ativamente de todas as etapas da produção, exercendo ostensiva gestão de todo o processo. Entendeu-se que toda a concepção do produto era feita pela empresa, que indicava os modelos - fornecendo inclusive peças-piloto a serem reproduzidas nos exatos moldes, cortes, cores, tecidos e aviamentos das peças. Muitas vezes as próprias etiquetas da marca já eram entregues para serem aplicadas.

A presente pesquisa entende que trata-se de um critério razoável a ser considerado, mas critica a sua aplicação nos casos analisados. A terceirização da atividade de confecção não significa o desvencilhamento total do controle das peças produzidas. Na realidade, o contratante do serviço irá sempre detalhar as especificidades dos produtos, além de sua qualidade. Isso acontece nos mais variados tipos de contratos de prestação de serviços, não havendo motivos para que o contrato de facção se desse de modo completamente diferente²⁶. Neste sentido, o efetivo controle da produção não é um critério que deva ser aplicado de forma isolada, mas necessariamente avaliado em cotejo com outros elementos que indiquem tratar-se de uma relação diversa, mascarada sob a forma de contrato de facção.

Ausência de autonomia das oficinas subcontratadas

O segundo critério extraído está intimamente ligado ao efetivo controle exercido pela empresa. Parte das decisões argumentam no sentido de que, nessas cadeias,

²⁶ Neste sentido, há contratos de prestação de serviços mais detalhados que definem de maneira específica uma série de características, deveres e contrapartidas das partes. Em outros, mais sucintos, pode ser estabelecido apenas cláusulas mais gerais. O que se pretende demonstrar nesse tópico é que o detalhamento de especificidade desses produtos nem sempre significa efetivo e exaustivo controle da contratante nesses contratos de facção.

não há praticamente nenhum resquício de autonomia das oficinas subcontratadas, que servem exclusivamente aos interesses da empresa principal. As decisões entenderam que a gestão das empresas não se constitui mero controle de qualidade das peças, através de diretrizes específicas, mas de intenso gerenciamento de todos os aspectos da produção, sendo delegada a terceiros apenas a mera execução, o que representaria a ausência de autonomia das oficinas subcontratadas.

Um problema deste critério é a compreensão de quais seriam os limites do gerenciamento da produção e a consequente quebra da autonomia das oficinas e fábricas subcontratadas, o que não foi esclarecido nesses casos. Neste sentido, as decisões não especificaram que tipo de autonomia seria necessária para que essa responsabilidade não fosse atribuída a empresa principal, ou seja: quais os elementos objetivos que indicam essa usurpação de autonomia.

Um indício que pode ajudar a elucidar tal compreensão é a constatação por algumas decisões de que, em diversas oficinas, os trabalhadores respondiam a funcionários da própria empresa principal, e não a algum responsável pela oficina. Assim, em alguns casos, a empresa principal exercia uma influência direta no próprio dia-a-dia das oficinas de costura e lidava diretamente com a mão de obra, o que representou, para as decisões, uma exorbitação de sua competência, se realmente se tratasse de contrato comercial. Nestes casos, houve uma tendência a considerar fraudulentas essas relações comerciais: à empresa principal foi atribuído o comportamento censurável de utilizar tais contratos irregulares de facção como forma deliberada de se desobrigar das situações irregulares em que se encontravam os trabalhadores.

Exclusividade da produção

O terceiro argumento apontado nas decisões analisadas é a exclusividade, ou pelo menos, a quase exclusividade com que as peças eram produzidas para a empresa principal. Trata-se da análise fática de como aquela oficina atua, para quem fornece seus produtos. Algumas decisões indicam que a totalidade das peças fabricadas nas oficinas era destinada a uma empresa contratante, e outras indicam um percentual em torno de 80 a 90% da produção. A decisão do caso *Zara* chegou a mencionar a formação de um monopólio, ou seja, situação em que a *Zara* seria a única compradora das peças produzidas pelas oficinas subcontratadas pela empresa Aha.

Em alguns casos, essa exclusividade na produção das peças é relacionada com a própria sobrevivência das empresas contratadas. Neste sentido, esse critério de condenação também está ligado à dependência financeira dos fornecedores. Essa dependência econômica das oficinas foi considerada um fator relevante para definir a real natureza das parcerias estabelecidas nas cadeias produtivas.

A magnitude da empresa principal, se comparada à situação financeira das subcontratadas, indicaria uma relação de controle e dependência, a qual não permitiria a liberdade típica de contratos comerciais de mera prestação de serviços. Para as decisões analisadas, se as oficinas e fábricas contratadas produziam sobre estrito gerenciamento de outra empresa (primeiro critério), sem autonomia (segundo critério), e em um sistema de exclusividade (terceiro critério), eram dependentes financeiramente dela. A própria existência das empresas subcontratadas estaria vinculada à cadeia produtiva das empresas.

Apesar de tal raciocínio, há que ser feita uma ressalva em seu uso. Este terceiro critério, que a presente pesquisa chama de “exclusividade da produção”, se analisado isoladamente, não indica necessariamente uma relação fraudulenta entre as empresas. Pode ser o caso de uma fornecedora, idônea, que tenha celebrado um contrato de facção bastante vantajoso com uma grande empresa do setor, razão pela qual mantém sua atividade com um único cliente. Na realidade, muitas das oficinas subcontratadas eram de pequeno porte, e talvez realmente desprovidas de espaço, número de costureiros, ou condições administrativas para suportar um grande número de demandas, razão pela qual só suportaria um único contrato de grande vulto.

Princípio da Cegueira Deliberada: o dever de fiscalização

A Teoria da Cegueira Conviente ou Deliberada (*willful blindness doctrine*), conhecida também como Doutrina do Ato de Ignorância Consciente ou Teoria do Avestruz, tem origem norte americana e é utilizada principalmente na esfera penal. Foi criada para “situações em que o agente finge não conhecer a origem ilícita de bens, valores e direitos, com o objetivo de auferir vantagens.”²⁷ Neste sentido, ela fundamentaria a punição de quem

²⁷ COUTINHO, Fabiana de Oliveira. *A teoria da cegueira deliberada*. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-teoria-da-cegueira-deliberada,44465.html>. Acesso em: 26 set. 2018.

atua desconsiderando a ilicitude de determinada conduta, assumindo um risco de produzir o resultado mediante um “desconhecimento provocado”.²⁸ Assim, a teoria pune aquele que se coloca, de modo intencional, em estado de ignorância sobre determinadas circunstâncias ou situações fáticas que ensejariam suspeita.

É importante ressaltar que o referido princípio, por que desenvolvido no âmbito do direito penal, é aplicado a partir de critérios rigorosos que justificam seu uso, não cabendo amplamente diante de qualquer situação, mas apenas em alguns casos pontuais, a partir de uma construção hermenêutica sobre o elemento doloso da conduta. Assim, para a sua aplicação: o sujeito deve criar, de forma consciente e voluntária, barreiras ao seu conhecimento; o sujeito deve saber que essas barreiras facilitarão a prática de infrações penais; e deve existir, no caso concreto, alta probabilidade, ancorada em elementos objetivos, de que ocorrerá determinada infração penal.²⁹

A maior crítica sobre a aplicação dessa teoria é a de que ela equipara tal situação ao dolo eventual, ou seja, a teoria viabiliza que, nos casos em que não há o conhecimento do agente sobre o fato criminoso ocorrido (pois o a gente se manteve “cego”) seja aplicada a mesma consequência dos casos em que esse conhecimento do agente é exigido. Assim, ela trata o desconhecimento (provocado pelo agente) como se conhecimento fosse, o que avilta a condição do sujeito.

A teoria foi mencionada em dois dos casos analisados na presente pesquisa. Nelas, a teoria da cegueira deliberada é invocada como princípio apto a identificar o comportamento intencional da empresa principal. No entanto, ao mesmo tempo em que entende que a empresa se manteve propositalmente “cega” diante do que ocorria em suas cadeias, as decisões argumentam que seria impossível acolher a defesa de desconhecimento da empresa da situação em que os trabalhadores das oficinas se encontravam. Neste sentido, entende-se que as decisões confundem os elementos da teoria. Para apli-

cá-la, a decisão deveria argumentar que a empresa desconhecia o que se passava em suas cadeias produtivas pois deliberadamente buscava tal *desconhecimento*. Além disso, a empresa também deveria ter indícios de que tais violações ocorriam e mesmo assim se mantinha inerte diante deles.

No entanto, em sentido contrário, as decisões enfatizam o *conhecimento* das empresas sobre o que acontecia nas oficinas e fábricas. Assim, entendem que a gravidade da conduta da empresa principal estava em estabelecer relação com outras empresas sabendo do tipo de tratamento que era dado à mão de obra. Para as decisões analisadas, a empresa quis deliberadamente evitar o seu envolvimento com a mão de obra em condições análogas à de escravidão, mas sempre soube do que acontecia.

Assim, a presente pesquisa critica a invocação de tal teoria como critério condenatório sem o correspondente esforço hermenêutico necessário para a importação de teorias oriundas de outros ramos do direito. Não significa que o trabalho discorde de sua eventual aplicação em casos similares – caso seja provado o desconhecimento intencional da empresa - mas apenas que, nos casos analisados, sua alegação veio destituída de tal fundamentação.

Apesar dessa crítica, é possível perceber que mesmo as decisões que não invocam a teoria da cegueira deliberada convergem no entendimento do dever da empresa de fiscalizar seus fornecedores³⁰. Diante dessa ideia de que a empresa não poderia deliberadamente esquivar-se daquilo que acontece em toda a sua cadeia produtiva, todas as decisões consideraram que a fiscalização das empresas, oficinas e fábricas subcontratadas que fazem parte dessa cadeia global é uma premissa imprescindível para essa condição terceirizante.

Neste sentido, este trabalho entende como critério preferível, em vez da aplicação da teoria da cegueira deliberada, a adoção de um dever de fiscalização da empresa em relação a sua cadeia de fornecedores. Trata-se de uma diligência considerada difícil pelas empresas, mas as decisões rechaçaram tal defesa argumentando que já havia um alto grau de fiscalização dos produtos, a qual poderia ser também estendida às condições de trabalho. Assim, se a empresa é capaz de atuar gerenciando os-

²⁸ VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Aplicação da cegueira deliberada requer cuidados na prática forense*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-ago-09/victor-valente-aplicacao-cegueira-deliberada-requer-cuidados?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook. Acesso em: 26 set. 2018.

²⁹ TORRES, Tiago Caruso; ARRUDA, Ana Luiza Gardiman. Precisamos realmente nos socorrer à Teoria da cegueira deliberada no Brasil? *Boletim*: Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 25, n. 299, 2017, p. 13-14. ISSN 1676-3661.

³⁰ O “jus vigilandi” é atribuído a diversas pessoas em determinadas situações. É o caso do dever da Administração em relação aos prestadores de serviços vencedores de licitação, por exemplo.

tensivamente a atividade das oficinas e participando de todas as etapas de produção das peças, ela também seria capaz de fiscalizar e buscar ajustar eventuais problemas ocorridos no âmbito das cadeias.³¹ Assim, passaria a ser exigido das empresas um comportamento proativo, não sendo a terceirização no setor de confecção vista como uma ferramenta que desvincula completamente a empresa das questões ligadas à mão de obra. Tal ideia é reforçada pelo entendimento de que a empresa principal é o eixo de todo o sistema produtivo em cadeias ramificadas. Ela seria a condição-base de existência desse próprio sistema, razão pela qual assume (ou deveria assumir) posição vigilante sobre todos os seus fornecedores.

Idoneidade dos fornecedores

Além da necessidade de fiscalização da cadeia produtiva, as decisões apontam para uma avaliação que a empresa deveria realizar a priori: a identificação de fornecedores idôneos. Assim, antes de contratar as oficinas e fábricas que ficarão responsáveis pela produção e trato com a mão de obra, é incumbência da empresa avaliar todas as formalidades exigidas para a aferição da situação financeira e judicial das empresas contratadas, bem como de seus sócios. Trata-se de encargo justo, exigido de qualquer pessoa que realize negócios jurídicos para se precaver de eventual assunção de responsabilidades.³²

No entanto, além dessa avaliação anterior à formulação dos contratos com os fornecedores, as empresas precisam manter uma frequente observação das oficinas e fábricas, acompanhando eventuais mudanças na credibilidade dos contratados. Assim, o requisito anterior, o de fiscalizar tais cadeias, mostra-se indispensável tam-

³¹ Apesar da ausência de lei que vincule as empresas a esse dever, diversos diplomas internacionais não vinculantes sinalizam essa obrigação como necessária. É o caso do documento da ONU intitulado “Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos”, o qual será analisado no item 3.2 deste capítulo.

³² Como exemplo, a determinação da OJ 411 da Seção de Dissídios Individuais I, do Tribunal Superior do Trabalho: “O sucessor não responde solidariamente por débitos trabalhistas de empresa não adquirida, integrante do mesmo grupo econômico da empresa sucedida, quando, à época, a empresa devedora direta era solvente ou idônea economicamente, ressalvada a hipótese de má-fé ou fraude na sucessão.” Essa direttriz visa regular a responsabilidade nos casos de sucessão de empresas. No caso de uma eventual aquisição de uma empresa pertencente a um grupo econômico, o adquirente deve se precaver e tomar as providências para averiguar a solvência e idoneidade financeira das outras empresas do grupo, considerando a existência de responsabilidade solidária entre as empresas do grupo econômico em relação às dívidas trabalhistas, de acordo com o art. 2º, parágrafo 2º da CLT.

bém para a efetivação do presente requisito e para reafirmar constantemente a idoneidade dos fornecedores.

Além disso, considerando os frequentes flagrantes, a fiscalização pela própria empresa é uma ferramenta vantajosa para que ela se proteja das eventuais multas e futuras ações judiciais, na medida em que poderá ter um controle mais eficiente da idoneidade e comprometimento de seus fornecedores, inclusive com a rescisão de contratos em caso de violações. A manutenção de contratos com empresas inidôneas foi inclusive utilizada como prova fática apta a atrair a coautoria nos ilícitos cometidos e ensejar a responsabilidade solidária pela reparação dos danos.

O baixo custo das peças

O penúltimo requisito extraído das decisões é o baixo custo das peças atribuído pela empresa principal. Os preços apontados nas decisões variam de R\$1,00 a 5,00 por peça produzida, o que inclui corte, costura, acabamento, etiquetagem e outros eventuais requisitos exigidos. As decisões argumentam que são valores baixos, se considerados os preços finais de venda, o que aumenta muito a margem de lucro dessas empresas.

As decisões entendem, então, que a situação dos trabalhadores não poderia ser diferente, já que, estipulado um valor tão pequeno por peça, como ele englobaria a margem de lucro das oficinas, seus custos e todas as verbas devidas à mão de obra?

Muitas decisões presumem que as empresas sabiam que o baixíssimo custo das peças necessariamente indicava uso de mão de obra em condições ilegais. De fato, há uma decorrência lógica: o baixo custo de uma peça significa que o custo de produção também é menor, o que pode acontecer se utilizada matéria-prima barata (tecidos e aviamentos, por exemplo), se o valor pago à mão de obra for mais baixo, se a tecnologia utilizada proporcionar tal economia, dentre outros múltiplos fatores mercadológicos que influenciam nos preços. No entanto, trata-se de uma análise complexa, difícil de ser realizada por juízes, considerando sua impossibilidade de avaliar tais circunstâncias da atividade econômica.

Além disso, defender que uma peça custa mais baixo do que ela deveria (o que ocorre nas decisões analisadas), significa a admitir a possibilidade de se estabelecer o *quantum* mínimo que ela deveria custar, o que, novamente, não pode ser definido pelo Poder Judiciário, dependendo também de contingências do mercado. Ou

seja, se o valor de R\$5,00 por peça produzida foi considerado insuficiente, qual seria o valor mínimo aceitável?

No entanto, apesar das decisões não terem se ocupado em expor quais são os valores adequados desembolsados por empresas idôneas, entende-se que eles devem englobar, em relação às questões trabalhistas, uma série de possíveis elementos como: quantas peças e conseqüentemente, quantas horas por dia de trabalho seriam necessárias para que o trabalhador conseguisse um valor relativamente razoável, se o valor a ser considerado é o salário mínimo ou o piso da categoria, dentre outros. Todos esses aspectos influenciam diretamente no preço praticado para fins de considerá-los razoáveis ou não.

Neste sentido, o critério em análise apresenta inúmeras dificuldades para ser apontado como definidor de tal responsabilidade, especialmente porque as oficinas subcontratadas que exploram a mão de obra para manter seus custos baixos são as responsáveis imediatas por tais danos, já que remuneram diretamente os trabalhadores. No entanto, as decisões entendem que não há como a empresa principal se beneficiar de tais ilicitudes, provocando concorrência entre oficinas às custas dos direitos da mão de obra. Neste sentido, a fiscalização de seus fornecedores e a diligência constante deles também favoreceria a negociação justa de preços e a consequente adequação aos valores do mercado.

Capacidade financeira da empresa principal

O último critério extraído pela presente pesquisa é o da capacidade financeira da empresa principal, vértice da cadeia produtiva. Diante disso, essa superioridade financeira seria capaz de influenciar e ditar todas as regras na forma como esse relacionamento acontece. Ou seja, em que pese a relação comercial entre empresas e oficinas contratadas, não se trata de uma relação de total equilíbrio entre as partes, mas de uma relação considerada desigual em relação aos sujeitos envolvidos. Assim, esse poder econômico é reiteradamente exposto, sem, contudo detalhar seu alcance e conseqüências efetivas.

De fato, levando em conta esse aspecto econômico, a diferença entre as empresas envolvidas especificamente nos casos analisados é considerável. No entanto, há que se ter o cuidado de não formular uma presunção de que a capacidade financeira superior da empresa principal necessariamente leva à sua correspondente responsabilização por todos os atos das subcontratadas. Dito de outro modo, a posição econômica inferior de oficinas e fábricas não significa sua necessária correspon-

dente vinculação à empresa principal e nem que atuou sob ditames dela.

5 Uma perspectiva internacional do tema

Todos os critérios analisados no tópico anterior demonstram a necessidade de avaliá-los em conjunto. Se considerados isoladamente, não são capazes de demonstrar uma vinculação efetiva entre as empresas. Sozinhos, são meros indícios que necessitam da correspondente comprovação. No entanto, quando constatados conjuntamente, tornam-se mais robustos e capazes de definir uma espécie de esfera de influência da empresa principal sobre toda a sua cadeia produtiva, o que é lido pelo poder judiciário trabalhista brasileiro como capaz de efetivamente atrair a responsabilidade solidária da empresa vértice.

Nas decisões avaliadas, não foi constatado nenhum uso da expressão “esfera de influência” como um conceito determinado, mas as palavras “influência”, “controle” e “dependência” são utilizadas frequentemente como uma tendência de vincular solidariamente grandes empresas à sua cadeia de fornecedores. Assim, interpreta-se na presente pesquisa, que os sete critérios acima definidos culminam em uma construção de tal conceito.

No entanto, a esfera de influência não é um conceito bem definido ou referenciado de forma específica ou consolidada pela doutrina. Ele aparece de maneira sutil em documentos que tratam de responsabilidade social. A ISO 26000, documento de normatização que traz diretrizes sobre responsabilidade social, de 2010, é uma das poucas referências que mencionam a responsabilidade de uma organização a partir de sua influência sobre decisões e atividades, seja ela formal ou de fato.

A presente pesquisa compreende que a ideia de esfera de influência está alinhada com a noção, já discutida atualmente na doutrina, especialmente em âmbito internacional, da necessidade de uma atividade empresarial ética, numa tentativa de compatibilizar lucros e direitos humanos. Assim, em que pese o princípio da livre iniciativa ter se tornado a base do sistema capitalista, “a sua importância não deve ser superdimensionada, ensejando abusos. Desde a sua formulação original, o princípio não foi moldado em termos absolutos, posto que o seu

exercício é vinculado às previsões legais”.³³

Em junho de 2011, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas endossou, por unanimidade, um conjunto de medidas intituladas “Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos”³⁴, resultado do mandato do americano John Ruggie. O documento, que apresenta diretrizes não vinculativas para Estados, empresas e sociedade civil, apresenta alguns princípios relevantes que também se referem ao escopo de abrangência de uma empresa, especialmente as multinacionais, em sua cadeia produtiva.

O princípio de número 13 busca ampliar a responsabilidade das empresas ao exigir que elas “busquem prevenir ou mitigar os impactos negativos sobre os direitos humanos diretamente relacionadas com operações, produtos ou serviços prestados por suas relações comerciais, inclusive quando não tenham contribuído para gerá-los.” O princípio mencionado considera a atuação da empresa em sua totalidade, incluindo suas cadeias terceirizadas. A obrigação de prevenir impactos e violações está vinculada à sua atividade, e a ocorrência de danos, ainda que indiretamente, através de suas subsidiárias e fornecedoras, vinculariam a empresa principal, pois são decorrentes de sua atuação. Trata-se de uma diretriz para que as próprias empresas assumam esse compromisso de antemão e busquem mitigar os impactos de sua atividade, a qual, apesar de ser realizada por diversos intermediários, só existe por sua causa, vértice do sistema produtivo.

Além disso, o princípio de número 14 prevê que “a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos aplica-se a todas as empresas, independentemente de seu tamanho, setor, contexto operacional, proprietário e estrutura. No entanto, a magnitude e a complexidade dos meios dispostos pelas empresas para assumir essa responsabilidade pode variar em função desses fatores e da gravidade dos impactos negativos das atividades da empresa sobre os direitos humanos.” A ideia trazida por esse princípio está relacionada à des-

proporção entre uma grande empresa e as subcontratadas, conceito semelhante ao sétimo critério extraído na presente pesquisa (a capacidade financeira da empresa principal). A magnitude de uma empresa, de acordo com essa diretriz, deve ser levada em conta como um fator determinante para fins de responsabilização por danos a direitos humanos decorrentes de sua atividade, considerando a complexidade de sua atividade e como ela envolve diversos atores em seu processo produtivo.

Outros diplomas internacionais também se esforçaram para incentivar uma nova racionalidade empresarial, preocupada com os impactos sociais que sua atividade é capaz de produzir. É o caso das “Diretrizes para Empresas Multinacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)”³⁵, às quais o Brasil aderiu em 1997 e que consistem em recomendações dos governos visando um comportamento empresarial responsável e alinhado com as normas internacionais. A responsabilidade socioambiental prevista neste documento abrange tanto o cumprimento da legislação quanto outras práticas que vão além do legalmente exigível.

Para fins deste trabalho, destaca-se a diretriz da OCDE que indica que as empresas multinacionais devem observar padrões não menos favoráveis aos trabalhadores do que aqueles encontrados em empresas similares. E, quando operarem em países em desenvolvimento em que não seja possível fazer tal comparação, devem proporcionar salários, benefícios e condições de trabalho os melhores possíveis. Em qualquer caso, tais condições devem ser adequadas às necessidades básicas dos trabalhadores e de suas famílias.

Considerando as cadeias produtivas terceirizadas, trata-se de compromisso que necessariamente envolve o seu relacionamento com os fornecedores, já que estes são os responsáveis pelo trato da mão de obra, como se observou na presente pesquisa. Assim, a ideia de que a empresa precisa ter ampla noção das condições a que os trabalhadores que fazem parte de sua linha de produção são expostos é apontada como fundamental, não sendo essa subcontratação de oficinas e fábricas escusa para desconhecimento. A OCDE também possui documento de recomendações específicos para o setor têxtil,

³³ MATIAS, João Luis Nogueira. A propriedade e a ética empresarial: distinção entre a função social da empresa e a teoria da social responsibility. In: WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luis Nogueira (coord.). *Direito de propriedade e meio ambiente: novos desafios para século XXI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 10-30. (Recurso eletrônico).

³⁴ Documento completo Disponível em: <https://business-humanrights.org/en/principles/un-guiding-principles-on-business-human-rights>. Acesso em: 18 jan. 2018.

³⁵ O Documento intitulado originalmente “OECD Guidelines for Multinational Enterprises” encontra-se Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/mne/38110590.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.

reconhecendo a terceirização como ferramenta de risco e definindo soluções com foco nos mecanismos de auditoria adotados pelas empresas³⁶.

Além dos documentos da ONU e da OCDE, destaca-se a “Declaração Tripartida de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social”³⁷ da Organização Internacional do Trabalho³⁸. Este documento, por ter sido desenvolvido no âmbito da OIT, fornece diretrizes mais específicas e direcionadas aos problemas que envolvem trabalhadores. A Declaração expõe que tem como objetivo incentivar empresas multinacionais a contribuir positivamente para o progresso econômico e social e para a concretização do trabalho digno para todos, bem como para atenuar e resolver as dificuldades que possam ser criadas por suas diversas operações.

Mais recentemente, em 2015, a ONU, através de pacto com os países signatários, lançou a “Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”³⁹, documento que reúne 17 objetivos e 169 metas sobre o tema. O desenvolvimento sustentável é considerado em três níveis - econômico, social e ambiental -, e a proteção dos direitos humanos e do trabalho decente são referenciados como objetivos específicos a serem alcançados até 2030. Para isso, o documento estabelece uma série de metas como a adoção de medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna, eliminar as piores formas de trabalho infantil e promover ambientes de trabalho seguros e protegidos, incluindo os trabalhadores migrantes.

Embora tais documentos tenham sido desenvolvidos pensando na atuação global de empresas multinacionais, são diretrizes interessantes também para outras empresas nacionais de grande porte, considerando que sua atuação e modo de produção adota características similares, gerando também impactos significativos, como foi demonstrado na presente pesquisa através dos

casos usados como exemplos. Assim, esses documentos iniciam um processo de fortalecimento de uma cultura de respeito aos direitos humanos no âmbito corporativo e refletem também a busca por novos paradigmas para o direito privado, que precisará se adequar às novas demandas de regulamentação, baseados em modelos que possam contemplar a eticidade no campo empresarial. **TODOS ESSES EXEMPLOS ESTAO RELACIONADOS COM O CONCEITO DE ESFERA DE INFLUENCIA? SE SIM, PARECE RELEVANTE MENCIONAR COMO, EIS QUE O TÓPICO INICIA FALANDO DISSO**

Para que as empresas sejam responsabilizadas e tais condenações sejam justas, é necessário, portanto, estabelecer, de maneira bastante clara, que deveres deve adotar. Comparato menciona que “os deveres sociais do controlador de empresas somente poderão ser desempenhados com clareza e cobrados com efetividade, quando os objetivos sociais a serem atingidos forem impostos no quadro de uma planificação vinculante para o Estado e diretiva da atividade econômica privada.”⁴⁰

A maior consequência em se adotar o conceito de esfera de influência da empresa é a imposição de um comportamento ativo em relação aos seus fornecedores, mecanismo conhecido como *due diligence* e referenciado constantemente nos documentos internacionais sobre direitos humanos e empresas. Ele seria equivalente a diligências prévias e processos de auditoria que permitiriam a empresa tomar conhecimento dos seus impactos, setores prejudicados com sua atividade, adequar suas políticas internas e tomar conhecimento das especificidades dos locais onde atua **FONTE**.

Neste sentido, esse ponto é especialmente importante para o problema deste estudo, pois, se considerada a noção de esfera de influência, o total desconhecimento de uma empresa sobre aquilo que acontece em suas cadeias produtivas seria indefensável, já que ela influi diretamente nesses processos. Conquanto esse monitoramento seja tarefa difícil, a magnitude da empresa contemplaria tal tipo de diligência e fiscalização.

Assim, restou claro que nas decisões condenatórias por responsabilidade civil analisadas, esse processo de fiscalização e monitoramento da idoneidade de seus

³⁶ Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/produtos/relatorios-anuais/relatorio-anual-2015>. Acesso em: 12 dez. 2018.

³⁷ Documento disponível no site da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_579899.pdf. Acesso em: 18 jan. 2017.

³⁸ Esse documento foi originalmente endossado em 1977, pelo Conselho de Administração Internacional do Trabalho, órgão da OIT, no entanto, apresentou alterações em sessões realizadas em 2000, 2006 e 2017, diante de novas demandas no âmbito da globalização corporativa.

³⁹ Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_de-sensust/Agenda2030-completo-site.pdf. Acesso em: 10 nov. 2018.

⁴⁰ COMPARATO, Fabio Konder. Função Social da Propriedade dos bens de Produção. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO, 12., Salvador, de 1º a 5 de setembro de 1986, no painel sobre “a função social da propriedade”.

fornecedores também é considerado imprescindível. Não se trata, portanto, de mera recomendação no âmbito do voluntarismo de empresas (e do entendimento sobre sua responsabilidade social), mas de critério apto a ensejar sua condenação (responsabilização civil). Esse padrão de condenação tem também a função de incentivar esse tipo de prática mais ativa das empresas, não apenas de reparar ilícitos⁴¹.

Por fim, importa ressaltar que o modelo de responsabilização civil é apenas uma forma de agir sobre os danos a direitos humanos perpetrados por empresas do setor. Ampliar as noções de responsabilidade, buscando mecanismos aptos a alcançar tais empresas e barrar a ocorrência de fraudes é uma forma tradicional de induzir empresas a se adequarem às práticas legais de um determinado local. Ou seja, no âmbito da responsabilidade civil, as violações precisam custar caro para que deixem de ser praticadas. Assim, a noção de esfera de influência pode ser usada como argumento para ampliar a responsabilidade das empresas do setor sobre todos os seus fornecedores.

No entanto, outras ferramentas que busquem essa atuação empresarial ética são desejáveis e podem ser tão ou mais eficientes na tentativa proteger eficientemente os direitos humanos, sejam eles ligados à mão de obra, ao meio ambiente ou às comunidades locais envolvidas⁴². Trata-se de um problema complexo que, naturalmente, não apresenta respostas simples nem definitivas. A presente pesquisa não buscou esgotar o tema ou apontar soluções definitivas para um problema tão nebuloso, mas apenas contribuir pontualmente na elucidação de caminhos possíveis a serem tomados con-

siderando um dos maiores setores da indústria de varejo e bens de consumo e seu impacto nos direitos humanos de trabalhadores envolvidos.

6 Considerações finais

As grandes empresas que adotam um modelo produtivo através de cadeias terceirizadas possuem um alto potencial violador de direitos humanos, à medida que buscam desvincular-se de todas as questões ligadas à mão de obra. Ao mesmo tempo em que a terceirização auxilia na gestão eficiente do negócio, ela facilita uma série de abusos cometidos contra os trabalhadores envolvidos, por criar uma rede mais complexa de sucessivas subcontratações, fragilizando os laços entre os atores envolvidos. O setor de confecção de vestuário se apresenta como um exemplo claro desse modelo produtivo e as violações flagradas por órgãos de proteção expõem danos a direitos humanos básicos, considerados universais e parte de um núcleo mínimo de proteção que deveria ser irredutível.

Percebeu-se que o aparato normativo brasileiro vigente, tanto o especificamente trabalhista quanto os pressupostos gerais de responsabilização civil são insuficientes para justificar o tipo de condenação que vem sendo proferida pelo Poder Judiciário trabalhista. Apesar da clara existência de danos que afetam a dignidade do trabalhador, a definição da responsabilidade civil em cadeias terceirizadas torna-se difícil, considerando a aferição do nexo causal entre conduta dos agentes envolvidos e o resultado violador.

Assim, a partir da análise das decisões do Poder Judiciário trabalhista em casos que envolveram tais cadeias produtivas no setor de vestuário, foi possível perceber uma linha argumentativa que faz uso de elementos previstos na legislação estudada, mas, por esta ser insuficiente, há também uma construção criativa de novos critérios capazes de solucionar as controvérsias. Foi possível extrair 7 critérios gerais utilizados pelas decisões que reconhecem a responsabilidade solidária entre empresa tomadora e suas oficinas e fábricas subcontratadas. São eles: 1) o efetivo controle da produção pela empresa principal, 2) a ausência de autonomia das empresas subcontratadas, 3) a exclusividade da produção destinada à empresa principal, 4) o princípio da cegueira deliberada (interpretado na presente pesquisa como um

⁴¹ A responsabilidade civil pode ser vista como um instrumento de intervenção do direito na vida em comunidade. Assim, além de uma função primária de reparação das vítimas, há também uma função de prevenção dos mesmos danos. A condenação serve, além da compensação da vítima, para encorajar outros responsáveis em situação a ele similar a tomar as cautelas necessárias, evitando, dessa maneira, futuros danos. O desestímulo à reiteração de comportamentos violadores é uma técnica de prevenção destes, de modo a fomentar um ajuste de conduta.

⁴² Concorde-se com Ruggie quando ele menciona que “as empresas são fontes primárias de investimentos e criação de empregos, e os mercados podem ser meios extremamente eficientes para alocação de recursos escassos. São forças poderosas, capazes de gerar expansão da economia, redução da pobreza e aumento da demanda pelo estado de direito, assim contribuindo com a vasta gama de direitos humanos. Mas os mercados só trabalham de forma ideal se estiverem permeados de normas sociais e legais, regras e práticas institucionais mais amplas.” RUGGIE, John Gerald. *Quando negócios não são apenas negócios*. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014. p. 264.

dever geral de fiscalização da cadeia de fornecedores), 5) a averiguação da idoneidade dos fornecedores, 6) o baixo custo das peças e 7) a capacidade financeira da empresa principal.

Esses critérios identificados apresentam alguns entres quando analisados individualmente, razão pela qual merecem críticas quanto ao seu uso insatisfatório para solucionar os problemas apontados. No entanto, quando avaliados conjuntamente, levam a uma nova visão das empresas que atuam em cadeias produtivas terceirizadas, de acordo com sua esfera de influência, ou seja, a partir de sua capacidade de influenciar o comportamento de outras organizações, empresas ou fornecedores com os quais mantenha algum tipo de relacionamento, ainda que não formalizado.

A esfera de influência, apesar de pouco referenciada na doutrina brasileira, está alinhada com uma noção já consolidada em diversos documentos de âmbito internacional: a necessidade de repensar a atividade empresarial em moldes éticos e sustentáveis. A partir dessa noção, o compromisso com uma atuação ética envolve o relacionamento desenvolvido entre essas grandes empresas e seus fornecedores, buscando a implementação de cadeias terceirizadas que protejam, em níveis razoáveis, a mão de obra envolvida.

Restou claro que, para as decisões analisadas, o processo de fiscalização e monitoramento da cadeia de fornecedores é considerado imprescindível e inescusável. Não se trata de mera recomendação, mas de critério utilizado para justificar as condenações no âmbito da responsabilidade civil dessas empresas. Assim, ainda que busquem desobrigar-se da dinâmica de contratação, remuneração e trato com a mão de obra a partir da terceirização, as empresas estão indiretamente vinculadas à proteção dos trabalhadores envolvidos em sua atividade.

Referências

ASCARELLI, Tulio. O contrato plurilateral. In _____. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001. p. 372-452.

CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. *As redes contratuais como formas de organização da atividade econômica e a responsabilização de seus agentes*. In: TEPEDINO, Gustavo et

al. (coord.). *Anais do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 427-463.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COLLINGS, Hugh. Introduction to Networks as connected contracts. In: TEUBNER, Gunther. *Networks as connected contracts*. Oxford: Hart Publishig, 2011.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fabio Konder. Estado, Empresa e Função Social. *RT/Fasc. Civil*. Ano 85. v. 732, p. 38-46, 1996.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

ISO 26000: diretrizes sobre responsabilidade social. Disponível em: [http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/\[field_generico_imagens-filefield-description\]_65.pdf](http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/[field_generico_imagens-filefield-description]_65.pdf). Acesso em: 11 set. 2018.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 128.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Redes Contratuais: uma contextualização entre a empresa e o mercado. *Forum*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, jul. 2004.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINO, Francisco de Paulo Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 99.

MATIAS, João Luis Nogueira. A propriedade e a ética empresarial: distinção entre a função social da empresa e a teoria da social responsibility. In: WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luis Nogueira (coord.). *Direito de propriedade e meio ambiente: novos desafios para século XXI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 10-30. (Recurso digital).

MATIAS FILHO, João Luis Nogueira. *A imputação de responsabilidade tributária às redes contratuais: análise do parecer Normativo COSIT nº 04/2018*. Fortaleza, Editora Mucuripe, 2019.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário – poder de controle e grupos de sociedades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 111.

REICH, Robert B. *Supercapitalismo: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RUGGIE, John Gerald. *Quando negócios não são apenas negócios*. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014.

SILVA, Carlos Freire. *Trabalho informal e redes de subcontratação: dinâmicas urbanas da indústria de confecções em São Paulo*. Universidade de São Paulo. Dissertação (Mestrado em Sociologia). São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-24112009-113627/pt-br.php>. Acesso em: 12 set. 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: parte 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. (Livro digital).

SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEUBNER, Gunther. *NetzwerkalsVertragsverbund: Virtuelle Unternehmen, Franchising, just-in-time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht*. Baden: NomosVerlagsgesellschaft, 2004.

TOMAZETTE, Marlon. *Direito societário e globalização: rediscussão da lógica público-privada do direito societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.

TAIAR, Rogerio. *Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos*. 2009. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Aplicação da cegueira deliberada requer cuidados na prática forense*. Disponível em https://www.conjur.com.br/2017-ago-09/victor-valente-aplicacao-cegueira-deliberada-requer-cuidados?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook. Acesso em: 26 set. 2018.

WEITZENBOECK, Emily M. *A legal framework for emerging business models: dynamic networks as collaborative contracts*. Cheltenham, UK. Northampton, USA.: Edward Elgar Publishing Limited, 2012.

Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. Revista de Direito Internacional classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a comissão editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Comissão Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresen-

tação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

7. Com a publicação do artigo o autor receberá cinco exemplares da revista. No caso de resenha o autor receberá dois exemplares.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico www.rdi.uni-ceub.br

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a Revista de Direito Internacional passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

Editorial

Danielle Anne Pamplona e Franz Christian Ebert

Os significados dos casos Kiobel e Vedanta para a proteção de direitos humanos

Patricia Almeida de Moraes e Danielle Anne Pamplona

Declaraciones empresariales “voluntarias” sobre derechos humanos, y la necesidad de una regulación institucional (internacional e interna) externa

Nicolás Carrillo Santarelli

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos en el contexto de la crisis climática

Daniel Iglesias Márquez

Empresas de seguridad privada y derechos humanos

Humberto Cantú Rivera

O Plano Nacional de Ação sobre Direitos Humanos e Empresas do Chile: um balanço sobre o seu impacto discursivo e real

Judith Schönsteiner

Zara, M. Officer, Pernambucanas e Serafina/Collins: o padrão condenatório por condições degradantes da mão de obra em redes contratuais do setor de vestuário

Laura Germano Matos e João Luis Nogueira Matias