

LA RELACIÓN DE LAS COMPAÑÍAS MULTINACIONALES CON EL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS

Trabajo de grado para adoptar el título de abogada

Por:

Susana Mejía Arboleda

Asesor:

José A. Toro Valencia

Universidad Eafit

Escuela de Derecho

Medellín

ÍNDICE

ÍNDICE DE TABLAS	4
INTRODUCCIÓN.....	5
1. La protección de los Derechos Humanos en cabeza de sujetos de derecho internacional.....	7
1.1 La responsabilidad del Estado en la protección de los Derechos Humanos y las sanciones que conlleva la vulneración de estos derechos.....	7
1.2 Las obligaciones de los sujetos no estatales y sus consecuencias cuando violan los Derechos Humanos	13
2. Los mecanismos de protección de los Derechos Humanos.....	24
2.1 Los vacíos legales que existen cuando quienes vulneran los Derechos Humanos son actores no estatales (compañías multinacionales).....	24
2.2 El arbitraje internacional de inversiones como un posible mecanismo de protección de Derechos Humanos	37
CONCLUSIONES	50
BIBLIOGRAFÍA.....	52

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Derechos laborales impactados por las compañías multinacionales.....16

Tabla 2: Derechos no laborales impactados por las compañías multinacionales.....17

INTRODUCCIÓN

Los Estados han sido, por tradición, los actores principales del derecho internacional. Por este motivo, los Estados son quienes mayores responsabilidades internacionales detentan, además, son quienes actúan para el desarrollo y crecimiento del derecho internacional. Si bien esta ha sido la regla general, con el fenómeno de la globalización, en la evolución de este derecho han surgido nuevos actores. Por lo tanto, estos nuevos actores que han aparecido, han adquirido responsabilidades y también han ayudado, con su participación, a que el derecho internacional se transforme.

Según este orden de ideas, las compañías multinacionales como actores no estatales entran a desempeñar un rol bastante significativo en el derecho internacional. A pesar de que no son unánimemente reconocidas como sujetos de este derecho, sí se puede afirmar que son actores. Al cumplir su papel, ejercen diferentes tipos de acciones que en muchos casos se reflejan en el desarrollo de los Derechos Humanos, bien sea de manera positiva o negativa. Las compañías multinacionales fundamentalmente buscan el beneficio privado, es decir, el lucro, sin embargo en algunos casos se destacan por llevar a cabo la responsabilidad social empresarial, protegiendo o al menos respetando estos derechos supremos. En otros casos, algunas de estas compañías simplemente se enfocan en la ganancia personal, yendo en contravía de cualquier derecho fundamental, bien sea de los trabajadores, del medio ambiente o de la comunidad a su alrededor.

El objetivo principal de este texto es examinar la relación que existe actualmente entre las compañías multinacionales y el sistema de Derechos Humanos en cuanto a la protección de estos derechos, con el propósito de determinar cuál es la responsabilidad que detentan los diferentes sujetos internacionales e identificar cuáles son las consecuencias que le corresponden a cada uno de ellos cuando se violan estos derechos supremos, y así poder proponer un nuevo mecanismo de protección cuando hay impunidad por la vulneración de estas normas superiores. Así pues, la hipótesis planteada para llevar a cabo es examinar si el arbitraje internacional de inversiones puede ser un mecanismo internacional de protección de Derechos Humanos frente a las actuaciones de las compañías.

Teniendo en cuenta lo anterior, este trabajo se desarrollará en torno a los Derechos Humanos, especialmente enfocado en la tarea de los Estados y las compañías de protegerlos. Primero, se quiere determinar la responsabilidad de los Estados en la protección de los Derechos Humanos al ser sujetos de Derecho Internacional, para llegar a conocer las sanciones existentes cuando se violan estos derechos. En segundo lugar, se pretende mostrar que la protección de estos derechos supremos no solo está en cabeza de los Estados sino también de actores no estatales, como lo son las compañías multinacionales, de esta manera se expondrán las consecuencias cuando ellos no cumplen con estas obligaciones. Tercero, se aspira enunciar los mecanismos de protección de los Derechos Humanos, para que los actores no estatales

respeten estos derechos, así se evidenciarán los vacíos que existen en cuanto a la protección de estos derechos se trata. Finalmente, se estima llegar a considerar al arbitraje internacional de las inversiones como un posible mecanismo para la protección de los Derechos Humanos, cuando quien los viola es una compañía, con el propósito de proponer un medio para sancionar a quienes cobija ese vacío normativo existente.

Como se mencionó, cuando de protección de Derechos Humanos se trata, no existen mecanismos que se puedan hacer válidos frente a algunos actores, por ejemplo las compañías, por lo tanto existe un alto grado de impunidad para estas personas jurídicas del derecho cuando violentan los derechos supremos del Derecho Internacional. Es por este motivo que se aspira llegar a abstraer del derecho internacional de las inversiones, el arbitraje internacional de las inversiones como mecanismo para sancionar a las compañías cuando violan Derechos Humanos, es decir, como mecanismo para la protección de estos derechos. Aquí se mostrarán diferentes posturas de autores quienes en su opinión consideran o no que es oportuno la combinación del arbitraje internacional de las inversiones con los Derechos Humanos, defendiendo que esta mezcla es necesaria, explicándolo desde la metodología que propone el profesor Oriol Casanovas sobre la unidad del derecho internacional.

De esta manera, se puede evidenciar que dentro de un pregrado de derecho es importante detectar un problema ocurrente en el derecho internacional, como lo es la violación de Derechos Humanos por parte de las compañías, y que para ellas no haya sanciones exigibles dentro del derecho. Los Derechos Humanos, como contenido del *ius cogens* son imprescindibles dentro de un ordenamiento jurídico. Son el contenido principal para la protección de los seres humanos, por los cuales se ha establecido la protección a la vida de todos y el derecho a la igualdad. Son estos derechos los que le dan la base de la existencia jurídica a cada uno de los seres humanos, por lo que es primordial su protección.

Por lo tanto, al ver que algunas personas (en este caso jurídicas) no protegen y respetan totalmente estos derechos, sin pretender decir que siempre los desconocen, es fundamental hallar una manera para que estos derechos no sean ignorados por algunos. Esto quiere decir que en este caso, por medio del análisis de la normatividad internacional y la bibliografía correspondiente a la responsabilidad en tema de Derechos Humanos y el derecho internacional de las inversiones, se pretende proponer el arbitraje internacional de las inversiones como ese mecanismo que puede proteger los Derechos Humanos y sancionar a las compañías, en los casos que no estaban incluidos.

1. La protección de los Derechos Humanos en cabeza de sujetos de derecho internacional

1.1 La responsabilidad del Estado en la protección de los Derechos Humanos y las sanciones que conlleva la vulneración de estos derechos

El Derecho Internacional define como sujetos principales los Estados, y por tanto es en estos en donde se radican las obligaciones; los Estados son sujetos del derecho internacional, por lo tanto deben cumplir con las obligaciones que allí se imponen. A pesar de que éstos no son los únicos sujetos del derecho internacional, han sido los primeros a los que se le han impuesto obligaciones de cumplimiento frente al Derecho Internacional, y de igual manera sobre el derecho internacional de los Derechos Humanos, esto quiere decir que se les ha impuesto la responsabilidad más alta frente al cumplimiento de los mandatos de protección de estos derechos supremos del derecho internacional. Es por esto que en el presente capítulo se determinará la responsabilidad de los Estados frente a la protección de los Derechos Humanos y de esta manera conocer las sanciones existentes para estos actores internacionales, en caso de incumplir el mandato de salvaguardar estos derechos.

Así, dado el caso de que las obligaciones en cabeza de los Estados de proteger los Derechos Humanos se incumplan, bien sea por la acción u omisión del legislativo, del ejecutivo, del judicial o de alguno de los entes autónomos o independientes del Estado, habrá responsabilidad de ese Estado. Esto incluye también lo que se cometa u omita fuera del alcance de la autoridad del ente (McCuerquodale & Simmons, 2007).

Como se ha mencionado, el derecho internacional de los Derechos Humanos es una obligación a la que están sujetos los Estados. Sin embargo, las obligaciones de los Estados dentro de este derecho no están estrictamente limitadas al territorio. Los tratados han extendido las obligaciones tanto a los individuos dentro del territorio como a los individuos sujetos a su jurisdicción (McCuerquodale & Simmons, 2007). Es decir, se podrá decir que existe incumplimiento del derecho internacional de los Derechos Humanos tanto cuando se cometan u omitan obligaciones por parte de individuos que se encuentren dentro del territorio del Estado, como cuando ocurra ello por parte de individuos fuera de éste pero estando dentro de la jurisdicción de él.

Por este motivo las diferentes comisiones, cortes y comités de Derechos Humanos a lo largo del mundo han definido el concepto de jurisdicción. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos el término jurisdicción no está limitada al territorio nacional (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha encontrado que en los casos en que hay control sobre los individuos es suficiente para determinar que se está bajo la jurisdicción de un Estado, aunque no haya necesariamente control sobre ese territorio (McCuerquodale & Simmons, 2007). Asimismo, la Real Academia

Española define la territorialidad como el criterio en virtud del cual la jurisdicción y la ley aplicable a las personas y a los hechos jurídicos son las propias del territorio del Estado en que aquellas se encuentran o estos tienen lugar. (Real Academia Española, 2016) No obstante, esta misma entidad precisa la extraterritorialidad como el “*derecho o privilegio fundado en una ficción jurídica que considera el domicilio de los agentes diplomáticos, los buques de guerra, etc., como si estuviesen fuera del territorio donde se encuentran, para seguir sometidos a las leyes de su país de origen.*” (Real Academia Española, 2016). Esto quiere decir que la jurisdicción extraterritorial es el control o poder sobre personas que no están dentro del territorio, pero que están cobijados por el derecho de su Estado de origen y no por el que habitan en ese momento.

Complementariamente, existe el concepto de jurisdicción universal, el cual admite que los Estados ejerzan jurisdicción cuando se han cometido actos de violación del derecho internacional. El uso de la jurisdicción universal autoriza a los Estados a cumplir sus obligaciones por medio del ejercicio de la jurisdicción, es decir, juzgando a la persona acusada o entregándola en extradición para su enjuiciamiento (Benavides Vanegas, 2011). Este concepto se entiende como la jurisdicción que los Estados practican para hacer efectivo el derecho internacional, esto quiere decir que mediante este principio se interviene en nombre de la comunidad internacional y su deseo de no impunidad en los crímenes atroces. La noción de jurisdicción universal es extraña a los conceptos de soberanía nacional y juez natural, pero se justifica en la falta de existencia de otro Estado ejerciendo la jurisdicción, en que ningún Estado la puede ejercer, y en que existe un interés específico de la comunidad internacional para que se aplique la ley (Benavides Vanegas, 2011).

Se puede concluir, entonces, que los Estados tienen la responsabilidad de cumplir con sus obligaciones, en las cuales se incluye el derecho internacional de los Derechos Humanos, tanto dentro de su territorio como fuera de éste, siempre que se actúe dentro de su jurisdicción. Sin embargo, bajo el principio de jurisdicción universal, los Estados podrán juzgar o ejercer la extradición, es decir, ejercer la jurisdicción, para que no exista impunidad por la comisión de delitos atroces y contra los Derechos Humanos. Así pues, los Estados bajo la obligación de cumplir el derecho internacional de los Derechos Humanos, debe hacerlos cumplir por aquellos sujetos que estén bajo su jurisdicción, tanto territorial como extraterritorialmente, y bajo el principio de jurisdicción universal.

Ahora, se pasará a exponer cuándo el Estado es responsable, es decir, tiene obligaciones extraterritoriales bajo el derecho internacional de los Derechos Humanos cuando quienes actúan son los actores no estatales, guiándolo específicamente a las compañías. Existen dos situaciones en las que el Estado responde por las actuaciones cometidas por las compañías cuando se cometen violaciones al derecho internacional de los Derechos Humanos. El primero es cuando el Estado empodera a las compañías a ejercer elementos de autoridad pública. El segundo es cuando la compañía actúa “bajo las instrucciones de, o bajo la dirección o control de” un Estado. Además, habrá responsabilidad internacional del Estado cuando éste mediante

la ayuda y asistencia a las actividades de la compañía sea cómplice en la comisión de un acto internacionalmente ilícito o injusto por otro Estado o por la compañía misma (McCuerquodale & Simmons, 2007).

Sin embargo, todas las conductas de las compañías no son *prima facie* atribuibles al Estado bajo el derecho internacional general. Lo que se atribuye, entonces, al Estado son las conductas que demuestren que hay actividad gubernamental y no otra actividad comercial, es decir, que ejerzan funciones públicas o gubernamentales. El factor clave para atribuir las conductas al Estado es el empoderamiento para ejercer autoridad gubernamental y no necesariamente el nivel de propiedad del Estado en la compañía (McCuerquodale & Simmons, 2007).

Por otro lado, cuando las compañías no actúan ejerciendo funciones públicas, estas acciones son atribuibles al Estado cuando ellas actúan bajo las instrucciones de o bajo la dirección y control del Estado. En este caso, la conducta de la compañía solo será atribuible al Estado cuando la actividad en cuestión fue directamente la instrucción del Estado. No obstante, cuando la compañía estando bajo el control del Estado no sigue unas instrucciones específicas, la responsabilidad sigue siendo atribuible a éste.

Además de estas dos situaciones, existe el caso en que el Estado es cómplice de las compañías en la comisión de actos internacionalmente ilícitos e injustos. Esto puede ocurrir tanto dentro del territorio como extraterritorialmente. Por consiguiente, en el caso de que un Estado ayude o asista, o sea cómplice de una compañía en la comisión de un hecho, que realizado por un Estado incurra en una actuación ilícita o injusta, ese Estado será responsable internacionalmente, dentro del derecho internacional de los Derechos Humanos, en caso de violar alguno de estos derechos. En este orden de ideas, se tendrá que demostrar que el Estado conocía de la ayuda o asistencia en la comisión del acto internacionalmente ilícito e injusto (McCuerquodale & Simmons, 2007).

En suma, se puede decir que siguen siendo los Estados quienes mayores obligaciones detentan y, a pesar de que se habla de que las compañías deben asumir responsabilidades por el abuso y violación a los Derechos Humanos, no existe una claridad para determinar la responsabilidad de éstas. Igualmente, los Estados al ser quienes detentan las responsabilidades, son quienes asumen, en la mayoría de los casos, las sanciones cuando se cometen las violaciones a los Derechos Humanos.

Teniendo en cuenta que es el Estado el sujeto del derecho internacional con más obligaciones y mandatos y que, por lo tanto, recae sobre él –principalmente– la protección de Derechos Humanos; además, considerando que la jurisdicción del Estado no es solo territorial, sino que le aplica también el principio de extraterritorialidad, es menester mencionar las sanciones internacionales que este sujeto recibe por el no cumplimiento de los preceptos supremos. Por

ende, el papel que cumple Naciones Unidas aquí es sustancial. Por este motivo es que se expondrá su recorrido en cuanto a la custodia de los Derechos Humanos.

El rol de esta Organización Internacional comenzó por buscar la paz y la seguridad de las naciones con el fin de la Segunda Guerra Mundial. Posteriormente a su creación –en 1948- surgió entonces la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en protección de todos los seres humanos, la cual contiene 30 derechos tanto civiles como políticos, económicos y sociales. Sin embargo, esta declaración no ha sido suficiente, ya que no establece un mecanismo específico que garantice estos derechos y, además, no es un instrumento que sea realmente vinculante para los Estados parte. Tanto fue así que Lauterpacht reprochó la Declaración Universal señalando que su riesgo se hallaba en su inutilidad y optó por favorecer un activismo que hiciera un giro significativo hacia los Derechos Humanos (Moyn, 2015).

A partir de 1946 comenzó a funcionar la Comisión de Derechos Humanos, la cual dependía del Comité Económico y Social de las Naciones Unidas. Más que incluir una declaración internacional de derechos en la Carta de Naciones Unidas en 1945, se acordó, en cambio, crear una Comisión de Derechos Humanos la cual tuviera como principal función crear dicha declaración (Alston & Goodman, 2013). La respuesta de la Comisión ante las violaciones se llevó en tres etapas diferentes. La primera (1946-1966) comenzó con la afirmación de que la Comisión “no tenía el poder para llevar a cabo cualquier acción con respecto a cualquier queja concerniente a los Derechos Humanos”. Durante la segunda fase (1967-1978) la composición de la Comisión cambió dramáticamente como resultado de la descolonización y los nuevos miembros exigieron respuestas a los problemas asociados al racismo y al colonialismo. Aquí, nuevos procedimientos fueron adoptados y fueron tomadas medidas fuertes contra el *apartheid*, particularmente. Mientras el movimiento de los Derechos Humanos crecía, la opinión pública empezó a afirmarse a sí misma, y la administración de la Carta se volvió más activista, la Comisión entró en su tercera fase (1979-2005) en la cual evolucionó a procedimientos más efectivos y abordó una creciente gama de violadores estatales (Alston & Goodman, 2013). En 2006, con la Resolución 60/251 de la Asamblea General crea el Consejo de Derechos Humanos como un órgano subsidiario de la Asamblea General.

El Consejo de Derechos Humanos es un organismo intergubernamental de las Naciones Unidas que se encarga de reforzar la promoción de los Derechos Humanos en el mundo entero, además, hace frente a situaciones en donde se violan Derechos Humanos y formular recomendaciones sobre estos. Tiene, también, la capacidad de discutir todas las cuestiones relativas a los Derechos Humanos y situaciones que requieran de su atención en el transcurso del año (Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos). Este órgano obra con un paquete de construcción institucional, el cual se traduce a sus elementos que guían su trabajo. Estos elementos son el mecanismo de examen periódico universal, los procedimientos especiales, el comité asesor del Consejo de Derechos Humanos y el procedimiento de denuncia.

Por otro lado, se encuentra el Comité Económico y Social –organismo que también hace parte del sistema de Naciones Unidas- dentro del cual se han creado diferentes comités para la protección y promoción de las distintas convenciones. Junto con el Consejo de Derechos Humanos, esto constituye el sistema universal de protección de los Derechos Humanos. A su vez, el ECOSOC, en cada uno de sus subcomités, tiene diferentes mecanismos de protección de estos derechos supremos, los cuales se explican a continuación.

Como primer mecanismo, existe el sistema de informes de los Estados parte, el cual es una competencia de todos los comités y es un mecanismo preventivo, es decir, *ex ante*, para prevenir las futuras violaciones a los Derechos Humanos. Los Estados parte de los convenios envían informes periódicos a los comités, enseñando las medidas que han adoptado para la correcta implementación de las obligaciones establecidas, así como los progresos hechos en cuanto al respeto de estos derechos en su jurisdicción (Bregaglio). Luego el comité dialoga con el Estado para mostrarle las fallas y logros, para que el comité emita las observaciones finales, en las cuales se les hacen las recomendaciones a los Estados para adoptar medidas concretas e idóneas para la protección de estos derechos. En algunos casos se podrán hacer investigaciones, ya que se conoce que algún Estado está incumpliendo de manera sistemática los convenios. El producto final aquí es una resolución que no tiene carácter de sentencia, y tampoco el comité tiene la característica de ser tribunal, sin embargo, es un mecanismo cuasi contencioso, en donde se protegen *ex post* estos derechos, generando responsabilidad del Estado.

De igual manera, existe el mecanismo de atención a comunicaciones individuales. Éste consiste en que un individuo, previamente agotando los recursos internos dentro del Estado, puede acudir al comité. El comité, entonces, expide un dictamen u opinión en el que se pronuncia si ha habido o no violación de derechos, con el fin de condenar al Estado por ello (Bregaglio). Además de estos, existe el mecanismo de las quejas interestatales, el cual nunca ha sido utilizado.

Dentro de este sistema universal se encuentran los pactos y las convenciones que protegen específicamente los Derechos Humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) son los dos instrumentos que contienen en general todos los Derechos, y a cada uno de ellos les corresponde un comité, el Comité de Derechos Civiles y Políticos (CDDH) y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC). Además, existen diversos instrumentos específicos que a su vez protegen especialmente Derechos Humanos.

Sumado a este sistema universal, aparecen los sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos. Estos son tres: el sistema europeo de Derechos Humanos, el sistema interamericano de Derechos Humanos y el sistema africano de Derechos Humanos. Cada uno de ellos tiene sus procedimientos, órganos y mecanismos para la protección de estos derechos

supremos, que permiten que haya condenas contra los Estados en el caso de abuso de ellos. No obstante, estos sistemas no responsabilizan a los demás actores, como a los actores no estatales, quienes también violan los Derechos Humanos, los únicos responsables ante el sistema de Derechos Humanos, tanto universal como en los regionales son los Estados.

1.2 Las obligaciones de los sujetos no estatales y sus consecuencias cuando violan los Derechos Humanos

Ante todo, es posible decir que los únicos actores en el Derecho Internacional no son los Estados. En este ámbito los acompañan algunos otros actores que se denominan como no estatales. Ellos, a pesar de que su condición no les impone las mismas obligaciones estrictas que a los Estados, deben cumplir con mandatos y son responsables por su incumplimiento, lo que abarca de igual manera el espacio de los Derechos Humanos. Este capítulo, en primer lugar, caracteriza a estos sujetos no estatales, con gran importancia en el derecho internacional; segundo, expone qué Derechos Humanos son vulnerados y explica cómo las compañías violan estos derechos y; finalmente, describe los límites existentes frente a estas violaciones, esto es, las instancias creadas para que los actores no estatales se restrinjan de amenazar los derechos mencionados, enfocado en las compañías multinacionales.

Los sujetos no estatales, según la opinión de Pierre Calame, no son jugadores de segunda categoría, debido a su tamaño o influencia. Son los jugadores de primera categoría en la escala internacional. Los primeros ejemplos son las empresas que no son únicamente multinacionales o internacionales sino realmente transnacionales (Calame, 2008).

El autor John Ruggie se refiere a las compañías multinacionales, y se refiere a ellas como compañías *cuya conducta en los negocios está en más de un Estado*, como firmas verticalmente integradas, Joint ventures, grupos empresariales (corporativos), redes de producción fronteriza, alianzas, sociedades mercantiles; bien sean públicas o privadas (Ruggie, 2013). El enfoque de este proyecto se hará en este actor no estatal, sin embargo, como se ha mencionado, se caracterizarán los demás actores: Organizaciones No Gubernamentales, sociedad civil, organizaciones transnacionales de criminalidad e individuos.

Respecto a las Organizaciones No Gubernamentales, Thuerer parece aceptar la definición que da Macalister-Smith, por el cual estas (1) no son creadas o establecidas por un gobierno, o por un acuerdo intergubernamental; (2) son instituciones típicamente privadas: asociaciones, fundaciones, federaciones u otras uniones fundadas por el derecho privado de un Estado; y (3) tienen propósitos y objetivos de naturaleza pública. Kamminga señala que las ONG son usualmente pensadas para tener un carácter internacional, con miembros y ramas en más de un Estado y con objetivos que no se limitan a un solo Estado. Todos estos elementos son mencionados por Reinisch quien añade los requerimientos de: una estructura organizacional mínima y una oficina central establecida. Lindblom distingue entre ONG con carácter internacional de aquellas con naturaleza nacional. Esta misma autora considera que una ONG no usa violencia para promover sus intereses, que su estructura interna debe ser democrática y que normalmente pero no necesariamente goza de personalidad jurídica bajo el derecho nacional (Bakker & Vierucci, 2008). Lo anterior nos lleva a concluir que no existe una

definición unánime para este sujeto internacional, no obstante, se puede caracterizar con diferentes descripciones de distintos autores.

Por otro lado, la sociedad civil se puede describir como una sociedad gobernada por normas basadas en el consentimiento de los individuos; o una sociedad basada en un contrato social entre los individuos. La sociedad civil, según la definición de Mary Kaldor es un proceso mediante el cual los individuos negocian, discuten, luchan en contra o concuerdan entre sí y con los centros de autoridad política y económica. Mediante asociaciones voluntarias, movimientos, partidos, uniones, el individuo es capaz de actuar públicamente (Kaldor, 2003).

Con respecto a las organizaciones transnacionales de criminalidad, éstas son redes o asociaciones consolidadas que procuran el beneficio monetario o comercial, por medios completamente o en parte ilegales a través de fronteras nacionales. Bajo la Convención de Naciones Unidas contra el crimen organizado, una ofensa es transnacional si (a) es cometida en más de un Estado; (b) es cometida en un Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planeación, dirección o control es llevada a cabo en otro Estado; (c) es cometida en un Estado, pero involucra a un grupo criminal organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o (d) es cometido en un Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado (Löwenheim, 2001).

Finalmente, las personas o individuos son sujetos de derecho con personalidad jurídica. Son un ente capaz de ser titular de facultades y deberes jurídicos. Sin embargo, esta condición en el derecho internacional no siempre ha existido; el individuo con subjetividad internacional se comenzó a reconocer en el siglo XX, debido a las diferentes situaciones ocurridas en éste. Asimismo, dentro del sistema internacional han sido reconocidos con subjetividad activa como pasiva, es decir, se les han reconocido tanto derechos como obligaciones a los individuos (Cespedes-Baez, 2015).

Según lo anteriormente descrito, estos actores al desenvolverse en el ámbito internacional pueden cometer violaciones a los Derechos Humanos. Por este motivo es que se ha procurado limitar las conductas de los actores no estatales en lo que respecta a Derechos Humanos, es decir, se han buscado instancias y mecanismos que permitan proteger los Derechos Humanos de las posibles violaciones por parte de estos actores. En este caso nos centraremos en un solo actor, que será las compañías (transnacionales – multinacionales). En algunos casos, éstas cumplen con sus deberes, pero es posible que estas obligaciones sean tan laxas que desde otro punto de vista sean incumplimientos.

En principio, una compañía dentro de un Estado debe cumplir con las normas de éste, incluyendo todas aquellas que regulen y protejan Derechos Humanos. El problema surge cuando el Estado no quiere o no está en la capacidad de regular los impactos de estas entidades

en los Derechos Humanos. Este es un ejemplo de posible cumplimiento, pero evidencia que las normas que las acogen son bastante flexibles en algunos Estados.

El derecho internacional generalmente le entrega la regulación de los actores corporativos a la esfera doméstica. El derecho internacional de los Derechos Humanos menciona directamente las acciones de los Estados y no se dirige a las actividades de los actores no estatales. Este derecho no le impone obligaciones claras a los Estados para que regulen las conductas extraterritoriales de las compañías dirigidas a los Derechos Humanos. Tampoco obliga a los Estados a tratar con las compañías en una manera que se protejan los Derechos Humanos de los individuos fuera de la jurisdicción (Simmons, 2012). *“Los Estados usan estructuras de soft law en temas que no consideran como esenciales a sus intereses o donde están poco dispuestos a incurrir en obligaciones vinculantes”* (Charlesworth & Chinkin, 2000).

Si bien las normas flexibles son uno de los motivos por los que las compañías pareciera que incumplen los Derechos Humanos, hay un número significativo de problemas que impactan en las compañías en el ámbito del derecho de los Derechos Humanos. Según Janet Dine, estos son:

- Los derechos civiles y políticos versus los derechos económicos y sociales;
- Alcanzar el correcto entendimiento del concepto derecho;
- El sistema jurídico internacional y las instituciones internacionales que son muy orientadas al Estado; y consecuentemente
- La manera en cómo las corporaciones pueden (o no pueden) ser vistas como portadoras de deberes y como violadoras de Derechos Humanos;
- Rutas directas e indirectas para la imposición de obligaciones sobre Derechos Humanos a las compañías;
- La posibilidad de que los estándares de Derechos Humanos sean insertados en la toma de decisiones de Instituciones Financieras Internacionales y del Fondo Monetario Internacional;
- Y, ¿pueden las compañías reclamar derechos? (Dine, 2005).

Por consiguiente, las compañías multinacionales tienen conflicto con el derecho internacional de los Derechos Humanos. Esto quiere decir que ellas en muchos casos son violadoras de estos derechos. Es aquí, entonces, donde las compañías toman un papel significativo en el derecho internacional; por lo tanto, se mostrará qué derechos se vulneran, para luego exponer de qué manera se violan.

En este orden de ideas, de acuerdo con el Consejo Internacional los siguientes son entre otros, los derechos que sean probablemente los que directamente se violen por las compañías:

- No discriminación;

- Derechos de las mujeres
- Vida, libertad e integridad física de la persona;
- Derechos civiles y políticos;
- Derechos de los trabajadores;
- Trabajo infantil;
- Esclavitud, trabajo forzado;
- Derechos económicos, sociales y culturales;
- Derechos ambientales (Dine, 2005).

En un estudio realizado por el doctor John Ruggie se muestran los derechos tanto laborales como no laborales vulnerados por parte de las compañías hacia las personas. Se presentaron alegaciones por parte de los individuos que reflejaron los datos que a continuación se muestran. Además de mostrar qué derechos se ponen en peligro, ejemplifica la manera en cómo estos derechos son violados. Estos derechos son amenazados y violados en muchas ocasiones; y esta información que refleja Ruggie es muestra de que las compañías son responsables por el incumplimiento de estos derechos superiores.

La tabla 1 muestra los derechos relacionados al trabajo que fueron violados los cuales se reflejaron en las 320 alegaciones. Los más citados fueron el derecho al trabajo (por ejemplo, terminaciones del empleo arbitrarias o retaliatorias, despidos masivos sin compensación, contrataciones de un gran número de empleados casuales con garantías laborales limitadas o nulas); el derecho a una remuneración justa y favorable (a menudo se paga menos de los mínimos legales y hay una cuenta inexacta de horas extra); y el derecho a un ambiente de trabajo seguro (asuntos de salud y seguridad). También se registraron alegaciones sobre la represión por parte de las compañías a los derechos a organizarse. Otras alegaciones incluían la tolerancia rutinaria al hostigamiento sexual así como abuso sexual y físico de trabajadoras mujeres; emplear trabajo infantil; y tomar los papeles de identidad de los trabajadores, lo que puede significar trabajo forzado.

Tabla 1: Derechos laborales impactados

Libertad de asociación	Derecho a pago igual por trabajo igual
Derecho a organizar y participar en negociaciones colectivas	Derecho a la igualdad en el trabajo
Derecho a la no discriminación	Derecho a una remuneración justa y favorable
Abolición de la esclavitud y el trabajo forzado	Derecho a un ambiente de trabajo seguro
Abolición del trabajo infantil	Derecho al descanso y ocio
Derecho al trabajo	Derecho a una vida en familia

(Ruggie, 2013).

La tabla 2 enlista los derechos no laborales reflejados en las alegaciones. Los derechos relacionados a la salud dominaron esta categoría y envolvieron asuntos tales como exposición de las comunidades a agentes contaminantes y otras toxinas. Los derechos relacionados con la seguridad de la persona estuvieron involucrados en la mitad de los casos. El derecho a un estándar adecuado de vida fue el siguiente; los ejemplos incluyen la degradación de las tierras de cultivo o los lugares de pesca como resultado de la actividad corporativa. Numerosos casos tuvieron que ver con el desplazamiento de comunidades para el beneficio de proyectos extractivos o de infraestructura: la incapacidad de obtener un consentimiento informado por parte de la comunidad, compensación inadecuada, no crear provisiones para la reubicación y realojamiento de las personas desplazadas y beneficiándose del desplazamiento forzado. Asuntos a cerca de derechos civiles clásicos salieron a flote, aunque en menor cantidad, en los que se incluyeron la igualdad de reconocimiento y protección de la ley así como el derecho a un juicio justo, derivados de la presunta interferencia de las compañías en procesos judiciales.

Tabla 2: Derechos no laborales impactados

Derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona	Derecho a reunirse pacíficamente	Derecho a la privacidad
Prohibición de la tortura o de tratos crueles, inhumanos o degradantes	Derecho a casarse y a formar una familia	Derecho a la seguridad social
Igualdad de reconocimiento y protección de la ley	Libertad de pensamiento, conciencia y religión	Derecho a un estándar adecuado de vida (incluyendo alimentación, vestido y hogar)
Derecho a un juicio justo	Derecho a tener opinión, libertad de información y expresión	Derecho a la salud física y mental; acceso a servicios médicos
Derecho a la auto determinación	Derecho a una vida política	Derecho a la educación
Derecho a la libre locomoción	Derechos de las minorías a su cultura, prácticas religiosas e idioma	Derecho a participar en la vida cultural, de los beneficios de la ciencia y protección de los intereses de autoría

(Ruggie, 2013).

Con tal poder económico masivo a su disposición, las compañías transnacionales por lo tanto tienen la capacidad de hacer gran daño como de hacer el bien a los Derechos Humanos, en los niveles global y doméstico. Ha sido sobre esta base que los llamados a las compañías de hacerse responsables de las consecuencias sobre Derechos Humanos con respecto a sus acciones han aumentado, especialmente en los pasados 10 a 15 años (Kinley & Nolan, 2008). Sin embargo, la influencia de las compañías en Derechos Humanos no es del todo benigna.

Las compañías, tanto locales como multinacionales, han sido y continúan siendo abusadores menores y principales de Derechos Humanos. Algunas compañías son culpables de tratar mal a sus trabajadores en términos de pago, condiciones y ambiente de trabajo; algunas contaminan el medio ambiente de manera que afectan de manera dramática y seria más allá del entorno cercano; algunas discriminan pueblos indígenas o ciertos grupos étnicos o religiosos, a las mujeres, a personas con discapacidad o a grupos alguna identidad sexual; y algunas trabajan junto (o dentro) con gobiernos que perpetúan los abusos a los Derechos Humanos (Kinley & Nolan, 2008).

El derecho internacional no ignora el hecho de que las compañías multinacionales y otras empresas abusan de los Derechos Humanos. Pero, con pocas excepciones, no impone deberes directamente en ellas. En cambio, el derecho internacional generalmente impone deberes en los Estados para asegurar que los actores no estatales dentro de su jurisdicción no abusen de los derechos reconocidos por motivos de políticas propias, legislación, regulaciones y juicios. Esta estructura se refleja en las declaraciones de Naciones Unidas, los tratados de Derechos Humanos y en los comentarios de los tratados con interpretaciones autoritarias. La única excepción parcial le concierne a la conducta más atroz, incluyendo participación en genocidio, crímenes de guerra, y algunos crímenes contra la humanidad, donde los estándares de derecho internacional consuetudinario pueden ser aplicados a entidades corporativas bajo ciertas circunstancias, aunque la ejecución ocurre en las cortes nacionales (Ruggie, 2013).

Debido a esta creciente amenaza hacia los Derechos Humanos por parte de este actor no estatal, se han intentado implementar diferentes mecanismos que pretenden hacer participar a las compañías multinacionales en, al menos, el respeto por estos derechos. Transcurrido el tiempo, aproximadamente desde la década de 1990 se empezaron a crear estos métodos. Dentro de estos algunos han resultado más eficaces que otros, sin embargo, los esfuerzos se siguen aunando para lograr que los derechos supremos sean respetados y cumplidos. Acto seguido se expondrán y analizarán los mecanismos en mención.

La inhabilidad del marco jurídico internacional de seguir con el alza de las compañías como un actor no estatal significativo ha dado como resultado la aparición de multiplicidad de accesos que apuntan a imponer algún nivel de responsabilidad a las compañías. Ahora existe un gran número de códigos de conducta voluntarios adoptados por compañías individuales, grupos industriales u organizaciones internacionales, tales como el Pacto Global de Naciones Unidas y las Guías de la OCDE para las Empresas Multinacionales (Kinley & Nolan, 2008). Generalmente, mientras estos códigos animan a las compañías a promover y proteger los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos; no hay ningún mecanismo de ejecución eficaz, independiente para asegurar que ellos lo cumplan (Kinley & Nolan, 2008).

En 1990, iniciativas de Responsabilidad Social Empresarial surgieron en varios sectores de los negocios. Un cambio general de política en 1990 hacia una mayor confianza en los

mecanismos del mercado proporcionó el apoyo del gobierno para iniciativas de RSE voluntarias en vez de regulaciones obligatorias en las áreas de negocios y Derechos Humanos. (Ruggie, 2013) Algunas compañías debido a la globalización respondieron con políticas y prácticas prometiendo seguir conductas corporativas responsables lo que se empezó a conocer como responsabilidad social empresarial (Ruggie, 2013).

Para la Comisión Europea, “Responsabilidad Social Empresarial es esencialmente un concepto por el cual las compañías deciden voluntariamente contribuir a una mejor sociedad y a un medio ambiente más limpio.” El gobierno del Reino Unido prefiere definirla como: conducta de una organización responsable que realiza 3 cosas:

1. Reconoce que sus actividades tienen un impacto más amplio en la sociedad en que opera.
2. En respuesta, tiene en cuenta el impacto económico, social, ambiental y en los Derechos Humanos de sus actividades alrededor del mundo; y
3. Busca alcanzar beneficios trabajando en compañía con otros grupos y organizaciones (Dine, 2005).

La ética política de la era también contribuyó a la rápida expansión de la RSE. Para simplificar demasiado solo ligeramente, mientras los gobiernos avanzaban en la desregulación y privatización, promovían iniciativas de RSE y alianzas público-privadas, en lugar de papeles de gobernanza más directos. Un número creciente de gobiernos, incluyendo Estados de mercados emergentes, adoptaron políticas nacionales para promover prácticas de RSE. En Naciones Unidas, el doctor Ruggie fue un arquitecto principal del Pacto Global, lanzado en el 2000 y actualmente la iniciativa más grande en RSE con siete mil compañías participantes y redes nacionales en más de cincuenta Estados. Éste no fue concebido como un instrumento regulatorio, ya que no tenía un mandato desde los gobiernos. Fue diseñado como un foro de aprendizaje para promover prácticas socialmente responsables en las áreas de Derechos Humanos, estándares para los sitios de trabajo, el medio ambiente y la anticorrupción; compartir las mejores prácticas y desarrollar herramientas; reclutar nuevos actores en el mundo de la RSE; y diseminar el mensaje de la RSE a nuevos segmentos del mercado. (Ruggie, 2013) Además, utiliza el poder de la transparencia y diálogo para identificar y difundir buenas prácticas basado en los principios universales (Dine, 2005).

Debido a la iniciativa del Pacto Global, el Secretario General de la ONU, Kofi Annan, invitó a los líderes de los negocios a acoger y promulgar voluntariamente un juego de 10 principios relativos a los Derechos Humanos, derechos laborales, de protección al ambiente y la corrupción. Sin embargo, el Pacto no especificó los Derechos Humanos que los negocios podrían apoyar y respetar y tampoco los límites jurisdiccionales de cuán lejos podría una compañía extender su influencia para proteger tales derechos. La falta de claridad conceptual en los estándares del Pacto ha dejado un amplio margen de apreciación a los negocios en

cuanto la interpretación de estos principios y su aplicación (Nolan, *The nexus between human rights and business: Defining the sphere of corporate responsibility*, 2009).

El pacto abarca nueve principios, dibujados desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Principios Fundamentales en Derechos en el Trabajo de la OIT y los Principios de Rio en Medio Ambiente y Desarrollo. Además, le pide a las compañías que actúen dentro de estos principios en su propio dominio corporativo. Así, el Pacto promueve buenas prácticas de parte de las compañías; no respalda a las compañías. Los principios son:

Derechos Humanos

- Principio 1: apoyar y respetar la protección internacional de los Derechos Humanos dentro de su esfera de influencia; y
- Principio 2: asegurarse de que la propia compañía no sea cómplice en abusos de Derechos Humanos.

Trabajo

El Secretario General le solicitó a los negocios a nivel mundial de mantener:

- Principio 3: libertad de asociación y el efectivo reconocimiento al derecho a la negociación colectiva;
- Principio 4: eliminación de todas las formas de trabajo forzado y obligatorio;
- Principio 5: la efectiva abolición del trabajo infantil; y
- Principio 6: la eliminación de discriminación respecto a empleo y ocupación.

Medio Ambiente

El Secretario General le solicitó a los negocios a nivel mundial a:

- Principio 7: apoyar un acercamiento preventivo a los retos ambientales;
- Principio 8: tomar iniciativas para promover una responsabilidad ambiental mayor; y
- Principio 9: animar el desarrollo y la difusión de tecnologías ecológicas. (Dine, 2005)

Simultáneamente, en los últimos años de la década de 1990, la Subcomisión de Naciones Unidas para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos comenzó a redactar un documento similar a un tratado llamado Normas sobre las Responsabilidades de Compañías Transnacionales y Otras Empresas con respecto a Derechos humanos (Normas). En 2003 se presentó el texto para la aprobación a la Comisión de Derechos Humanos, que luego se convirtió en el Consejo de Derechos Humanos. Las normas impondrían a las compañías, dentro de su “esfera de influencia”, los mismos deberes sobre Derechos Humanos que los Estados habían aceptado por sí mismos bajo los tratados ratificados. Las Normas comenzaron

un debate bastante divisivo entre las organizaciones que abogan por los Derechos Humanos y la comunidad empresarial. Quienes las defendían estaban a favor porque las Normas proponían que estas obligaciones fueran vinculantes para las compañías directamente bajo el Derecho Internacional. Las compañías se opusieron, describiéndolas como la privatización de los Derechos Humanos, ya que se le transfería a las compañías lo que le correspondía a los Estados. La propuesta no encontró ganadores en la Comisión, quien se opuso a actuar (Ruggie, 2013).

Las fronteras en las que las obligaciones de las compañías tendrían efecto bajo las Normas eran indeterminadas, y la distinción entre obligaciones primarias y secundarias indefinidas. Parecía que las obligaciones de las compañías en la práctica habrían llegado para unir las capacidades de los Estados y las compañías en situaciones particulares, así en el caso de que un Estado no fuera capaz o no tuviera la voluntad de hacer su trabajo, la presión recaería sobre las empresas a intervenir. (Ruggie, 2013) Sin embargo, suficientes gobiernos de varias regiones del mundo creyeron que la materia de negocios y Derechos Humanos requería mayor atención incluso si este instrumento particularmente no fuese aceptable para ellos (Ruggie, 2013).

Las normas fueron una tentativa de desarrollar un marco con estándares comprensibles y consistentes que pudiera contar con la implementación de estándares que ha marcado el debate de los códigos de conducta y sirvió para confundir la construcción de consensos en asuntos de Derechos Humanos. Las normas comprenden un set de obligaciones sobre Derechos Humanos dirigidos a las compañías y les solicitan que, dentro de sus ámbitos de actividades e influencias, promuevan, aseguren la obediencia de, respeten, aseguren el respeto de y protejan los Derechos Humanos, reconocidos tanto en el derecho internacional como en el nacional (Nolan, 'The nexus between human rights and business: Defining the sphere of corporate responsibility, 2009). Como el Pacto Global, las Normas retomaron el concepto de "esfera de influencia" para delinear la responsabilidad corporativa para los Derechos Humanos, pero también fallaron en el reto de definir de manera más precisas las fronteras (Nolan, 'The nexus between human rights and business: Defining the sphere of corporate responsibility, 2009).

De las iniciativas de los gobiernos y las compañías en establecer cuales eran sus obligaciones, la Comisión estableció un mandato especial para un experto, que ha tenido la intención de señalar su preocupación, pero permanece modesto en el alcance: principalmente "identificar y clarificar" los estándares existentes para, y las mejores prácticas por, empresas, y el papel de los Estados en regular los negocios en relación a Derechos Humanos; e investigar y clarificar el significado de "complicidad corporativa" en la comisión de abusos a Derechos Humanos y "la esfera de influencia corporativa" en las que se espera que las compañías tengan responsabilidades especiales. Para agregarle un grado de visibilidad al mandato en la escena internacional, la Comisión le solicitó al Secretario General de Naciones Unidas nombrar un mandatario como su "Representante Especial para los asuntos de Derechos Humanos y Compañías Multinacionales y otras Empresas" (Ruggie, 2013). Esta labor le fue asignada a

John Gerard Ruggie. La tarea designada en principio fue: identificar qué estándares internacionales de Derechos Humanos regulan la conducta corporativa, en oposición a la conducta de los Estados e individuos y; clarificar los roles correspondientes a los Estados y los negocios en la salvaguarda de estos derechos (Ruggie, 2013).

El mandato se siguió expandiendo hasta, seis años después, que el Consejo de Derechos Humanos endosó unánimemente un grupo de Principios Rectores en Negocios y Derechos Humanos que Ruggie desarrolló, con el apoyo de asociaciones de negocios, firmas individuales, la sociedad civil y organizaciones de trabajadores (Ruggie, 2013). El marco de “Proteger, Respetar y Remediar” (el Marco) y los Principios Rectores para su puesta en práctica apuntan a establecer una plataforma normativa global común y una política guía como base para realizar un paso a paso acumulativo, sin cerrar algún otro desarrollo de largo plazo. El Marco direcciona a lo que debe ser hecho; los Principios rectores a cómo hacerlo (Ruggie, 2013). El Marco y los Principios Rectores se basan en tres pilares. El primero es la obligación de los Estados de proteger de los abusos a los Derechos Humanos por parte de terceros, mediante políticas apropiadas, regulación y juicio. El segundo es la responsabilidad corporativa de respetar los Derechos Humanos, lo que significa que las empresas deben actuar con la debida diligencia para evitar infringir en los derechos de otros y dirigir los impactos adversos con los que estén implicados. El tercero es la necesidad de mejor acceso por parte de las víctimas a una reparación efectiva, tanto judicial como no judicial (Ruggie, 2013). Según esto los Estados deben proteger; las compañías deben respetar; y aquellos quienes son afectados deben ser reparados (Ruggie, 2013).

El Marco identifica las obligaciones legales y políticas razonadas de los Estados respecto a negocios y Derechos Humanos; la responsabilidad social independiente de las compañías, particularmente compañías multinacionales, en relación a Derechos Humanos; y los mecanismos reparadores asociados con ambas. El Marco establece principios fundantes y propone una serie de marcadores para nuevos asuntos sobre el campo de los Derechos Humanos que requeriría un desarrollo más profundo (Ruggie, 2013).

Los Principios Rectores constituyen una plataforma normativa y políticas prescriptivas de alto nivel para fortalecer la protección de los Derechos Humanos contra los daños relacionados por parte de las compañías. Proveen fundamentos para expandir el régimen internacional de los Derechos Humanos para abarcar tanto a los Estados, los individuos y las compañías. Entre tanto, abrazan el valor moral y el poder intrínseco de la idea de los Derechos Humanos, pero reconocen que en el contexto de la economía global los Derechos Humanos pueden ser comprendidos en relación con los negocios solo aprovechando los múltiples sistemas de gobernanza que formen la conducta de las compañías multinacionales (Ruggie, 2013).

Estos Principios también difieren de otros esfuerzos que proveen dirección a los negocios y a los Derechos Humanos: su respaldo por un Consejo de Naciones Unidas de Derechos

Humanos unánime y la adopción de elementos principales por otros órganos normativos lo hacen en palabras del ex Secretario General de Naciones Unidas Ban Ki-moon, (Ruggie, 2013) “el estándar global autoritario para la prevención y dirección de impactos adversos en los Derechos Humanos provenientes de las actividades de las compañías” (Ban, 2012).

Por otra parte, las guías de la OCDE para las empresas multinacionales fueron adoptadas en primer lugar en 1976 y revisadas en el 2000. Este último texto recomendaba como un principio general que las compañías debían “respetar los Derechos Humanos de aquellos afectados por sus actividades consistentes con las obligaciones y compromisos del gobierno anfitrión”, lo que excluía los estándares que este Estado no reconociera. Las Guías también le exigían a los Estados adherentes establecer una oficina gubernamental llamada el Punto Nacional de Contacto a la que cualquier persona podría llevar un “caso específico” de incumplimiento por parte de una compañía multinacional domiciliada u operando en un Estado adherente, aunque la existencia de conclusiones negativas no tendrían consecuencias oficiales automáticamente (Ruggie, 2013). En 2010 el Consejo de la OCDE acordó actualizar sus Guías, especialmente notando la necesidad de incluir un capítulo sobre Derechos Humanos. Enfrentando la posibilidad de que Naciones Unidas y la OCDE pudieran producir estándares de negocios y Derechos Humanos diferentes y posiblemente contradictorios, las asociaciones de negocios llamaron a la convergencia de estos (Ruggie, 2013).

En conclusión, es posible afirmar que a pesar de que los Estados son los actores internacionales por excelencia, no son los únicos responsables de la salvaguarda de los Derechos Humanos. Es decir, aunque son únicamente quienes tienen obligaciones vinculantes establecidas por el sistema internacional, el completo ejercicio de estos derechos depende de otros actores, por ejemplo de las compañías multinacionales. Como se mencionó, los diferentes mecanismos existentes que pretenden vincular a las compañías en el respeto a los Derechos Humanos en algunos casos han resultado ser más eficaces que en otros; de ellos, varios no se han implementado realmente, no obstante, otros han permitido que los Derechos Humanos se protejan y respetan de manera más efectiva.

2. Los mecanismos de protección de los Derechos Humanos

2.1 Los vacíos legales que existen cuando quienes vulneran los Derechos Humanos son actores no estatales (compañías multinacionales)

Los diferentes actores no estatales cumplen un papel cada vez más significativo en el sistema internacional, por lo que, con el tiempo, son más influyentes en todos los aspectos de este sistema. Según esta idea, uno de los actores no estatales que más poder ejerce globalmente son las compañías multinacionales. De ahí que las compañías multinacionales, en muchas ocasiones, sean reconocidas, entre otras cosas, como grandes violadoras de Derechos Humanos, y esto se presente como una dificultad del sistema internacional. Esto se debe a múltiples motivos. Por lo tanto, en este capítulo se expondrán dos vacíos jurídicos principales cuando quienes vulneran Derechos Humanos son actores no estatales. Para explicar el primero (los actores en sí mismos) se hará una breve presentación del sistema de protección de Derechos Humanos, esto se realizará de manera más específica siguiendo con la idea presentada en el primer capítulo, para poder conocer lo existente al respecto. A partir de esta exposición se indicará la dificultad que tiene el sistema con los actores no estatales, esto es, los individuos, las Organizaciones No Gubernamentales y las compañías multinacionales. Habiendo indicado estas dificultades y enfocándonos en el último actor no estatal mencionado –compañías multinacionales-, se señalarán las propuestas y remedios que presentan los diferentes autores estudiados y, luego se llevará a cabo un análisis crítico de las diferentes propuestas para establecer una responsabilidad frente a los actores no estatales violadores de Derechos Humanos. A partir de ahí, se mencionará el segundo vacío, esto es los tipos de normas que reglan a estos actores no estatales. Se definirá tanto el *soft law* como el *ius cogens* para mostrar cómo regulan a estos actores del derecho internacional.

La estructura del sistema internacional de Derechos Humanos consiste principalmente en tres elementos. El primero es el Consejo de Derechos Humanos, el cual es el sistema general de verificación y contiene sus propios mecanismos. El segundo elemento son los diferentes pactos especiales sobre Derechos Humanos. Para finalizar, el tercer elemento son los sistemas regionales de Derechos Humanos; estos son tres: el sistema europeo, el sistema americano y el sistema africano. Cada uno de estos tres elementos será explicado a continuación.

El Consejo de Derechos Humanos está compuesto por 47 Estados miembros de Naciones Unidas, los cuales son elegidos por la Asamblea General por términos de 3 años por una balota secreta. Para poder ser elegido, el Estado debe tener un buen registro en Derechos Humanos y debe hacer compromisos apropiados para la promoción y protección de los mismos en su Estado. Estos también son elegidos teniendo en cuenta un balance geográfico. Los Estados pueden servir en el Consejo máximo por dos términos. Además, un Estado podría ser expulsado por una mayoría de dos terceras partes si falla en mantener un buen registro en Derechos Humanos dentro de sí o si falla en la cooperación del proceso de ‘Revisión Periódica

Universal'. La Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas hace las veces del secretariado del Consejo y le provee todas las funciones de apoyo (Kothari, 2013).

El Consejo puede convocar tres tipos de reuniones: reuniones organizativas, sesiones de trabajo y sesiones especiales. Las sesiones organizativas son previas a las sesiones de trabajo, en donde la mayoría de los asuntos del Consejo se llevan a cabo. El Consejo establece su agenda y sus prioridades en la primera reunión del año. Además de las sesiones de trabajo –o regulares-, el Consejo puede convocar, a petición de una tercera parte de los miembros, sesiones especiales para responder a las situaciones de violación de Derechos Humanos y a las situaciones de emergencia. (Kothari, 2013) Para poder lograr su mandato el Consejo puede basarse en sus mecanismos de procedimientos especiales, de revisión periódica universal y de quejas, asimismo puede pedir asesoramiento a sus comités establecidos para investigar situaciones emergentes (Kothari, 2013).

Por su parte, los procedimientos especiales son mecanismos heredados de la Comisión de Derechos Humanos y usados por el Consejo para investigar la situación de Derechos Humanos en un Estado (Situación de un Estado) o una problemática particular global de Derechos Humanos (Cuestión Temática). Cuando el Consejo identifica la existencia de cualquiera de estas situaciones está obligado a establecer un mandato de Procedimiento Especial por vía de una Resolución. Seguido de la creación del mandato, el Consejo nombra a un experto o a un grupo de trabajo para investigar, examinar, aconsejar, reportar públicamente y hacer recomendaciones al Consejo en el tema de su mandato (Kothari, 2013).

El proceso de revisión inter pares de la Revisión Periódica Universal prevé la evaluación de Derechos Humanos de cada Estado miembro de Naciones Unidas cada cuatro años y medio. La revisión busca analizar al Estado de acuerdo a las normas contenidas en la Carta de Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los instrumentos de Derechos Humanos de los que el Estado es parte, en compromisos voluntarios del Estado y en Derecho Internacional Humanitario. A través de este proceso de evaluación que aplica de manera igual a todos los Estados, sin importar su interés en adoptar compromisos de Derechos Humanos, se espera que el Consejo tenga la capacidad de promover la universalidad, la interdependencia, la indivisibilidad y la interrelación de los Derechos Humanos, aumentar el cumplimiento internacional de las obligaciones de Derechos Humanos, evaluar con precisión los retos que enfrentan los Estados en relación con los Derechos Humanos y asistir a los Estados con capacidades para construir a través de la provisión de asistencia técnica y compartiendo las buenas prácticas para apoyar al Estado implementando el resultado de la revisión (Kothari, 2013).

El Comité Consultivo del Consejo reemplazó la subcomisión de la promoción y protección de Derechos Humanos, un órgano experto independiente que realizaba estudios,

recomendaciones y establecía estándares. El nuevo Comité Consultivo le sirve al Consejo como órgano de investigación, proveyéndole pericia cuando se le es requerido por el Consejo (Kothari, 2013).

El procedimiento de quejas del Consejo está basado en el anterior procedimiento de la Comisión. Sin embargo, el procedimiento del Consejo se orienta más hacia las víctimas. Según este enfoque los principios del nuevo procedimiento de quejas incluyen la confidencialidad, la imparcialidad, la objetividad y la eficiencia. El proceso les permite a las víctimas o a quienes conocen de la existencia de víctimas llevar al Consejo las violaciones mediante una comunicación detallando la queja. Dos grupos de trabajo se encargan de esas quejas: el Grupo de Trabajo en Comunicaciones y el Grupo de Trabajo en Situaciones. El Grupo de Trabajo en Comunicaciones filtra las quejas inadmisibles y le da traslado al Estado concerniente de las quejas admisibles para que haga los respectivos comentarios. Después de recibir la respuesta por parte del Estado –o de no recibir respuesta alguna-, el grupo de trabajo evalúa los méritos de la queja para poder enviarle los casos al grupo de trabajo en situaciones. El Grupo de Trabajo en Situaciones, en una reunión privada, se reúne con el Consejo para presentarle lo anterior con un reporte, el cual se basa en un modelo de violaciones repetitivas de Derechos Humanos y libertades fundamentales, hablan sobre los contenidos del reporte y realiza recomendaciones al Consejo sobre las acciones que se deben tomar en respuesta a lo que se alega. El Consejo luego puede decidir rechazar la queja, dejar la situación bajo revisión, nombrar un experto para que investigue y realice un reporte para el Consejo, terminar la consideración privada para convertirla en pública (si el Estado no coopera con el Consejo) o recomendar que la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos dé cooperación técnica, asistencia en el fomento de la capacidad o servicios consultivos al Estado concerniente (Kothari, 2013).

Debido a la existencia del Artículo 2(7) de la Carta de Naciones Unidas, en donde se consagraba la prohibición de intervenir en asuntos que recayeran esencialmente en la jurisdicción interna, lo cual protegía a los Estados del escrutinio de Derechos Humanos, se creía que los Estados solo podrían estar sujetos a alguna responsabilidad por su comportamiento en Derechos Humanos aceptando voluntariamente supervisión internacional. En consecuencia se pensó en que esto solo podría ser cumplido mediante una obligación, la cual previera que cada Estado de manera libre asumiera convertirse en parte de un tratado, el cual proveyera algún tipo de supervisión. Fue ahí entonces cuando se concibió la Declaración Universal de Derechos Humanos, sin embargo, al ser una Resolución de la Asamblea General y tener el estatus formal de recomendación no podía ser vinculante por sí misma. Mientras tanto, los tratados emergentes que sí eran legalmente vinculantes, la Convención sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos Civiles y Políticos le dieron especificidad a los derechos contenidos en la Declaración y, además, tienen mecanismos de supervisión (Rodley, 2013).

En la actualidad existen nueve tratados sobre Derechos Humanos. Son estos los que usualmente llaman ‘sistema de Derechos Humanos’, aunque fueron concebidos sin pensarse en que se estaba creando dicho sistema. El primero en existir fue el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial después de la adopción en 1965 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación. Luego, en 1979 la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer fue adoptada, seguida de la Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes en 1984. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en 1989 y la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en 1990 les siguieron. En 2006 dos tratados más fueron adicionados: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas de la Desaparición Forzada. A cada una de las convenciones se le permitió crear su propio comité de monitoreo (Rodley, 2013).

De forma paralela a la estructura global de Derechos Humanos, las iniciativas regionales hacen parte del sistema internacional de Derechos Humanos. De hecho, incluso antes de la existencia de los mecanismos de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, el Consejo Europeo y la Organización de Estados Americanos establecieron los sistemas regionales. En 1980 un sistema para África fue establecido por parte de la Organización de la Unidad Africana. Estos tres sistemas le dan un rasgo al derecho internacional de los Derechos Humanos que el sistema universal no tiene: le dan acceso a los individuos a las Cortes que hacen que las decisiones respecto a Derechos Humanos sean jurídicamente vinculantes (Heyns & Killander, 2013).

Otras organizaciones regionales intergubernamentales alrededor del mundo han empezado a incorporar los Derechos Humanos a sus objetivos. Algunas han creado iniciativas de Derechos Humanos y otras han creado sistemas completamente equipados. Esto incluye iniciativas en Asia y en el mundo árabe, así como los órganos subregionales en Europa, las Américas y África (Heyns & Killander, 2013).

Estos sistemas proveen de plataformas a los Estados y a la sociedad civil, en donde personas de todo el mundo pueden potencialmente hacer escuchar sus voces en el discurso global de Derechos Humanos, con mayor grado de éxito en comparación a si se presentaran en Naciones Unidas. Los sistemas regionales están en la posición de asegurar que el proyecto internacional de Derechos Humanos dé más soluciones y esté más presente a nivel local. Como consecuencia de esto, los mecanismos regionales pueden servir para hacer de este proyecto algo más responsivo y democrático. Las oportunidades de participación que los sistemas regionales ofrecen pueden ayudar a cerrar el vacío que existe entre la universalidad de las normas de Derechos Humanos y el arraigo cultural de las normas. Sin embargo, no se trata de priorizar los sistemas regionales sobre el sistema global, pero se puede decir que ambos juegan un papel muy importante (Heyns & Killander, 2013).

Los Estados han sido y son considerados como los principales titulares de deberes bajo la Declaración Internacional de Derechos. Pero, esto no significa que otros titulares de derechos no hayan existido o no puedan coexistir con los Estados. Las convenciones internacionales les han impuesto obligaciones principalmente a los Estados porque hasta ese punto estos eran los únicos que se habían considerado sujetos de derecho internacional. Sin embargo, pasado algún tiempo se ha comenzado a aceptar a otros actores no estatales como sujetos de derecho internacional. De manera forzosa algunos autores como Deva afirman que la clasificación entre sujetos y objetos de derecho internacional no tiene ningún propósito útil, e incluso las compañías multinacionales deberían ser aceptadas como sujetos de derecho internacional para mantener el derecho internacional vigente con los cambios. No existe ningún impedimento jurídico para invocar el derecho internacional Estado-céntrico de los Derechos Humanos para deducir las responsabilidades de las compañías (Deva, 2012, 2014).

Asimismo, cuando se mencionan a las compañías multinacionales, se puede hacer referencia de manera paralela a los individuos y a las organizaciones no gubernamentales. Sin embargo, y a pesar de que existe todo un sistema de protección de Derechos Humanos que parte de Organizaciones Internacionales y de tratados, este sistema no protege de manera tan amplia estos derechos cuando quienes cometen violaciones o abusos a los Derechos Humanos son actores no estatales. La razón principal y que posiblemente cubra a estos tres actores no estatales es la cuestión de su personalidad jurídica internacional, y consecuentemente que las obligaciones y responsabilidades no están dirigidas a estos. En repetidas ocasiones se ha mencionado lo mismo, esto es, que los deberes están expresamente dirigidos a los Estados, para que en ellos recaiga la responsabilidad de regular a los demás actores. No obstante, en casos muy particulares y de violación grave del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, la Corte Penal Internacional podría perseguir y juzgar a un individuo; pero este mecanismo solo existiría en este caso y no comprendería a las ONG ni a las compañías multinacionales, a lo sumo a sus directivos. Para concluir, el hecho de que no existan obligaciones explícitas para los actores no estatales no los exonera de responsabilidad por la violación o el patrocinio a las violaciones.

En este orden de ideas, al existir el paradigma Estado-céntrico y por algunas otras razones, ha sido difícil regular a los demás actores no estatales dentro del sistema internacional. Cuando hablamos de compañías multinacionales varios factores hacen que estas sean objetivos difíciles de normalizar. La regulación de la conducta es una tarea difícil, sobre todo cuando se debe vigilar a las personas jurídicas estatutarias, las cuales son una ficción legal. Además, mientras se trata con la reglamentación no solo de sociedades, sino de compañías multinacionales, esta ficción se convierte en múltiple y se podría llamar ficción circular, porque no hay límites en cómo una multinacional puede estructurar sus operaciones a través de una red de principales, subsidiarias y afiliadas. Esto las convierte en un objetivo difícil de reglar (Deva, 2012, 2014).

Otra razón está relacionada con los principios esenciales del derecho corporativo: la personalidad jurídica propia y la responsabilidad limitada. Las multinacionales modernas toman ventaja de ellos para liberarse de las regulaciones. En algunos casos, estos principios no permiten levantar el velo que existe allí. Se convierten en objetivos difíciles de reglamentar, también, porque operan a un nivel transnacional y pueden mover sus operaciones de una jurisdicción a otra. En estos cambios, las multinacionales pueden volverse invisibles, desaparecer totalmente o tomar una nueva forma o nombre. En un ambiente de libre mercado y economías globalizadas, los Estados –tanto desarrollados como en desarrollo- encaran diferentes presiones y dilemas cuando se trata de regular las actividades de multinacionales poderosas e influyentes. Aunque las compañías multinacionales no operan en un vacío regulatorio, hay una falta general de intención política para normalizar sus actividades violatorias de Derechos Humanos. ¿Quién debe regular qué actividades de qué compañía, dónde y cómo? Estos dilemas son los que han hecho a las compañías multinacionales objetivos difíciles de reglar (Deva, 2012, 2014).

Teniendo en cuenta la dificultad que existe al regular las compañías multinacionales surge, entonces, una problemática mayor, esto es, la violación o abuso de Derechos Humanos por parte de estos actores. ¿Cuándo se dice que una compañía ha violado Derechos Humanos? La pregunta puede surgir en tres situaciones diferentes: primero, cuando una compañía por sí misma está violando Derechos Humanos directamente; segundo, cuando una compañía asiste o contribuye a la violación de Derechos Humanos realizadas por agencias del Estado u otras entidades negociales; tercero, cuando entidades independientes con las cuales la compañía en cuestión tiene una relación de negocios –por ejemplo, subsidiarias o proveedoras- violan Derechos Humanos. En cada una de las situaciones, el asunto de ‘violación’ necesariamente surge en el contexto de infringir una obligación. Por lo tanto, el significado de violación podrá ser entendido de manera correcta con referencia a la naturaleza y alcance de las obligaciones de las compañías sobre Derechos Humanos (Deva, 2012, 2014).

Las violaciones de Derechos Humanos por parte de las compañías multinacionales se da por tres grandes vacíos: bases insuficientes para el cumplimiento de las obligaciones sobre Derechos Humanos; la ausencia de estándares precisos y medibles para determinar el cumplimiento de los derechos; y por último un diseño deficiente de los mecanismos asociados a la implementación y ejecución. (Deva, 2012, 2014) Al final, los Derechos Humanos no tienen significado sino pueden ser traducidos en acciones. Varios mecanismos para implementar y realizar los Derechos Humanos permiten fomentar su traducción en actos. Sin embargo, las iniciativas regulatorias existentes proveen un deficiente cumplimiento e implementación y una ausencia de desarrollo, en vista de al menos cuatro razones. Primero, recaen excesivamente en las estrategias de diálogo y cooperación de las compañías, para hacer de los Derechos Humanos una realización integral dentro de los negocios. La estrategia de cooperación-diálogo comete un error fatal haciendo subordinar los Derechos Humanos al poder global de los

negocios e implícitamente con ellos señalar que los Derechos Humanos siguen siendo la materia objeto de negociación cuando se trata de su aplicación por parte de las compañías (Deva, 2012, 2014).

El segundo problema es la falta de sanciones para ejecutar las obligaciones de las compañías respecto de los Derechos Humanos. Los mecanismos existentes son primariamente voluntarios: el incumplimiento de las obligaciones no está seguido por ninguna sanción civil, penal o social. Tercero, las iniciativas regulatorias actuales que buscan mantener a las compañías responsables por los abusos a los Derechos Humanos, son manifiestamente enfocadas en los Estados cuando se trata de la implementación y la ejecución de las obligaciones. Casi todas las iniciativas adoptan un alcance indirecto en cuanto esperan que los Estados sean quienes ejecuten las obligaciones contra las compañías. Otros mecanismos supraestatales deberán ser utilizados para llenar los vacíos de los mecanismos enfocados en los Estados. Cuarto, las iniciativas regulatorias existentes fallan de forma grave en responder a barreras sobre cuestiones sustanciales (el principio de personalidad jurídica independiente) y procedimentales (la doctrina de *fórum non conveniens*) que deben ser encaradas por las víctimas en mantener a las compañías responsables por los abusos a Derechos Humanos (Deva, 2012, 2014).

Asimismo, en los Estados anfitriones, un vacío de gobernanza a menudo aparece cuando un gobierno no tiene la intención o es incapaz de proveer remedios para sus ciudadanos cuando hay violaciones a Derechos Humanos causadas por compañías, incluyendo transnacionales. Esos mismos Estados pueden carecer de regulación que prevenga el abuso de Derechos Humanos. En muchas instancias, las compañías en los Estados anfitriones no son perpetradores directos de violaciones de Derechos Humanos, pero en cambio son vistos como posibles cómplices de tales violaciones (Ramasastry, 2013). Siguiendo con esta idea, la opinión de Deva es que las compañías deberían ser sujetos de responsabilidades de Derechos Humanos debido a su actual posición en la sociedad. No solo poseen un poder enorme y una oportunidad de violar una gama de Derechos Humanos en diversos escenarios sino que también tienen el potencial de promover Derechos debido a su capacidad de recursos económicos, operacionales, tecnológicos y humanos (Deva, 2012, 2014).

Los componentes de proteger y cumplir de las responsabilidades de las compañías con los Derechos Humanos serían críticas en aquellas situaciones en que los derechos humanos son violados por los compañeros de negocios de una compañía o donde la compañía es acusada de ser cómplice de agencias estatales. Hay una cantidad de razones por las que los deberes de las compañías deben incluir estos elementos positivos. Primero, los Derechos Humanos no pueden ser cumplidos a cabalidad a no ser que múltiples tipos de deberes sean impuestos en todos aquellos actores que puedan abreviar estos derechos. En una situación en donde los Estados no son los únicos titulares de deberes, es deseable que incluso los actores no estatales como las compañías sean sujetos de obligaciones positivas. Segundo, el alcance de estos

deberes debe ser coincidente con vías posibles en las que los derechos puedan ser infringidos, esto es, ambos por acciones diversas como por omisiones. Las compañías pueden violar Derechos Humanos en una amplia gama de escenarios y a no ser que estén sujetos a obligaciones positivas, todos los tipos de abusos de Derechos Humanos no podrán ser dirigidos. Tercero, en vista de cómo las compañías conducen sus negocios, no será suficiente si el lazo de obligaciones de Derechos Humanos está limitado a sus propias actividades (Deva, 2012, 2014).

Ahora bien, los diferentes autores que han investigado acerca de la violación de Derechos Humanos por parte de las compañías multinacionales han propuesto diferentes remedios para que dicho comportamiento no siga ocurriendo. A continuación se presentan algunos de ellos. Luego se presentarán sus respectivas críticas. La primera solución consiste en la creación de un tratado internacional sobre Derechos Humanos que vincule a las compañías, el cual se compara con el tratado anti corrupción existente, ya que para Ramasastry, quien es quien lo propone, muestra la relación que existe entre la corrupción y la afectación directa a los Derechos Humanos.

¿Se puede dibujar un paralelo entre prevenir el soborno de parte de las compañías transnacionales y prevenir el abuso de Derechos Humanos por parte de estas mismas compañías? La respuesta es sí, en parte. La corrupción no para en las fronteras nacionales: las compañías transnacionales sobornan oficiales del gobierno para tenerlos y así compren medicinas inútiles y equipos defectuosos para hospitales públicos; el tráfico ilegal soborna autoridades migratorias para que les permitan transportar mujeres y niños entre las fronteras y forzarlos a la esclavitud; y los oficiales del gobierno desvían dinero público a cuentas extranjeras dejando a las personas más pobres sin colegios (Ramasastry, 2013).

Los tratados anti corrupción, sin embargo, impactan a las compañías de formas muy discretas. Diferente a las Normas, los tratados anticorrupción se enfocan en las prohibiciones en vez de deberes u obligaciones. El enfoque se hace en prohibiciones y no en obligaciones afirmativas. “No sobornar” es la seña de identidad (Ramasastry, 2013). Un tratado sobre negocios y Derechos Humanos más amplio, proveerá a la comunidad global de un juego de normas universales aspiracionales que mantendrán a las compañías responsables de los deberes sobre Derechos Humanos. Y sobre ese documento deberá salir un marco para ejecutarlo. Ese tratado les dará a las víctimas y al público un sentido de justicia más amplio. Pero será posible integrar las normas de Derechos Humanos con mecanismos regulatorios. Las multas –sanciones-administrativas podrán ser utilizadas no solo para el sostenimiento de las finanzas estatales, sino también proveyéndoles a las víctimas reparación (Ramasastry, 2013).

No obstante, existen críticas a esta propuesta. Hay bases razonadas para afirmar que un tratado internacional puede no ser la solución a este grave problema. El clamor por el derecho internacional rígido –duro- es un proceso complicado y no necesariamente es el que resuelve

todos los asuntos que preocupan (Nolan, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: Soft Law or Not Law?*, 2013).

El representante especial del Secretario General ofreció tres reservas acerca de los tratados internacionales para regular a las compañías trasnacionales y los Derechos Humanos. Primero, la realización de tratados puede ser dolorosamente lenta, mientras que los retos de los negocios y los Derechos Humanos son inmediatos y urgentes. Segundo y peor, un proceso de creación de tratados arriesga las medidas de corto plazo que levantan los estándares corporativos en Derechos Humanos. Y tercero, aunque las obligaciones de tratados sean impuestas a las compañías, algunas preguntas permanecen acerca de cómo serán ejecutadas (Ramasastry, 2013). En cuanto a un nuevo órgano creado por un tratado de Naciones Unidas para administrar tal tratado, el representante especial del Secretario General recuerda su crítica de que diferente a los Estados –que existen por cientos-, hay miles de Compañías Transnacionales, lo que pondría un reto para la vigilancia del cumplimiento del tratado (Ramasastry, 2013). Brevemente, un tratado internacional con obligaciones ciertas y establecidas, aunque parece una buena solución, no es la mejor, debido a la lentitud que presentaría para ser realizado y la dificultad que se genera con la ejecución de dichas obligaciones.

En segundo lugar, Deva en uno de sus capítulos se encarga de examinar críticamente la teoría de la regulación responsiva puesta en marcha por Ian Ayres y John Braithwaite. La pirámide de ejecución es el aspecto central de la regulación sensible porque el logro de los objetivos regulatorios es más probable cuando las agencias demuestran una jerarquía de sanciones y una jerarquía de estrategias regulatorias de variados niveles de intervencionismo. En vez de elegir la persuasión o el castigo, el modelo de regulación responsiva invoca una combinación de ambos en un orden jerárquico en el que uno comienza con persuasión y luego continúa, en un orden ascendente, desde el castigo más suave hasta el más severo. Ayres y Braithwaite discuten que las sanciones y estrategias regulatorias deberían estar alineadas con los objetivos y los motivos de los actores corporativos, para asegurar un marco regulatorio efectivo y eficiente (Deva, 2012, 2014).

Ayres y Braithwaite reconocen que la cooperación entre los reguladores y las firmas también alienta la evolución de la captación y la corrupción de los reguladores. Para poder parar esa corrupción de las agencias reguladoras, ellos introdujeron la idea de una estructura tripartita en su teoría de la regulación responsiva. Esta idea tripartita básicamente involucra un tercer actor –un grupo de interés público- junto con la agencia reguladora y la compañía. Estos grupos no están pensados para que sean pares de la industria o el gobierno, pero sí para que sean entes de vigilancia y control confiables. Además, proponen la auto regulación, la cual recae en el hecho de que a cada firma en la industria se le requiere proponer sus propios estándares regulatorios. La auto regulación es ejecutada porque existe un mandato estatal que se da hacia las compañías, además, el grupo de interés público puede auditar y de esta manera hace que las regulaciones se cumplan (Deva, 2012, 2014). No obstante, Deva encuentra que este

mecanismo a pesar de dar herramientas de regulación útiles, no sería suficiente para mantener un marco regulatorio, es decir, no sería efectivo para hacer a las compañías responsables de los abusos a Derechos Humanos.

Como una alternativa, la teoría integrada de la regulación es propuesta por Deva. La teoría propone alcanzar una integración en los tres respectivos asuntos:

- (i) entre asuntos de Derechos Humanos y de negocios
- (ii) entre los retos porqué, qué y cómo (*why, what, how* por sus siglas en inglés) para humanizar los negocios y
- (iii) entre los diferentes niveles de regulación, estrategias de implementación, y tipos de sanciones (Deva, 2012, 2014).

La teoría integrada intenta completar los vacíos de la regulación responsiva y busca además extender el alcance de integración. La teoría integrada acepta las primeras premisas de la regulación responsiva de que la regulación debe ser sensible a la conducta de los reguladores y que una sinergia entre la persuasión y el castigo es deseable para una regulación exitosa. Sin embargo, cuestiona la utilidad de la ejecución de la pirámide en la que la graduación progresiva de varias estrategias reguladoras excluye totalmente la posibilidad de usar sanciones en primer lugar. Un acercamiento que se dirige progresivamente hacia más sanciones punitivas o técnicas regulatorias, sobre la falla de técnicas más suaves adoptadas antes, puede probar lo inadecuado de hacer a las compañías responsables de la violación de Derechos Humanos. Se discute, en cambio, que las técnicas regulatorias deben ser integradas, esto es, empleadas en un tándem para complementarse las unas a las otras, en vez de ser invocadas solo cuando las técnicas situadas más abajo en la pirámide fallen. Este razonamiento integral aplica igualmente a los niveles a los que las iniciativas regulatorias deben ser establecidas y los tipos de sanciones que deben ser invocadas en caso de incumplimiento.

La teoría integrada se basa en dos premisas. Primero, como ninguna teoría regulatoria, estrategia o sanción por sí sola es adecuada para tratar con los objetivos regulatorios difíciles como las compañías multinacionales, se necesita invocar más de una estrategia o sanción en una manera integrada. Segundo, en vista de las limitaciones inherentes del derecho y los Estados en regular a las compañías multinacionales, es imperativo emplear iniciativas regulatorias, técnicas y sanciones no legales que no recaigan principalmente en las agencias, procesos o mecanismos gubernamentales. En vista de estas suposiciones, la teoría integrada sugiere iniciativas regulatorias en los niveles institucional, nacional e internacional. Las iniciativas en los tres niveles deben invocar no de manera progresiva sino integrada dos estrategias –incentivos/desincentivos y sanciones- y tres tipos de sanciones –civil, penal y social- para lograr un mecanismo de ejecución robusto (Deva, 2012, 2014).

En contraste, es posible decir que aunque es una propuesta viable, no crea algo muy diferente a lo que ya existe en el sistema de Derechos Humanos, además, de alguna manera no sería posible de llevar a cabo. En primer lugar, la propuesta de que se utilicen las estrategias de manera simultánea –sanciones penales, civiles y sociales- va en contravía del mismo derecho, ya que las sanciones penales no se pueden aplicar a la vez que las sanciones civiles y mucho menos al mismo tiempo que las sanciones sociales. El derecho penal solo puede ser utilizado como última *ratio*, es decir, no es posible aplicar estrategias con diferentes grados de coacción jurídica para los mismos hechos, a cada hecho le debe corresponder un tipo de estrategia, sanción o desincentivo.

En segundo lugar, cuando la autora se refiere a que deben existir iniciativas en los niveles institucional, nacional e internacional, se le podría argumentar mostrando los diferentes adelantos existentes en cada uno de esos niveles, esto es, en los niveles internacional, nacional e institucional existen iniciativas que buscan regular las conductas de las compañías multinacionales. Sin embargo, la propuesta de que las iniciativas se invoquen de manera integrada sí es novedosa, por lo que sería positivo aplicarlo para mejorar el sistema de protección de Derechos Humanos. Por otro lado, la idea que se propone parte del *soft law* como la normatividad aplicable. Este tipo de normas tienen un efecto en la reputación de las compañías, más que coercitivo. La pregunta que se podría realizar en ese caso es si todos los sectores corporativos se ven realmente perjudicados por la afcción en su reputación. En suma, su propuesta de la teoría integrada es una idea positiva y viable, pero no tan novedosa y algunos de sus aspectos no son posibles de llevar a cabo en el actual estado de cosas.

Las obligaciones positivas de las compañías no deberían ser idénticas o iguales de amplias a las de los Estados. Para ilustrar, la realización de las obligaciones debería estar limitada por la capacidad económica de las compañías y surgir en relación a aquellos Derechos Humanos relevantes en las operaciones de sus negocios (Deva, 2012, 2014). En el nivel preventivo, un régimen regulatorio sería efectivo si es capaz de fomentar, persuadir o convencer no a todos, pero sí un gran número de compañías a que tomen en cuenta las responsabilidades de Derechos Humanos y tomen pasos para evitar contribuir en la violación de estos derechos. De esta manera, una iniciativa regulatoria debe alcanzar un grado de eficacia preventiva previniendo los abusos a Derechos Humanos (Deva, 2012, 2014).

Deva sugiere que para lograr la eficacia en el nivel reparador, el sistema regulatorio debe tener ciertas características. Debe ser capaz de responder con una gama de sanciones o consecuencias adversas en un alto porcentaje de casos que involucren violaciones corporativas a los Derechos Humanos. También debe ser capaz de tratar con instancias de presuntas violaciones de Derechos Humanos por compañías de una manera veloz, ya que las compañías han utilizado el retraso del litigio como defensa en el pasado. Otro indicador de la eficacia de un régimen es el costo que toma la ejecución en las víctimas de abusos. En la mayoría de estos casos las víctimas de violaciones masivas por parte de las compañías multinacionales son

personas que pertenecen a un sector pobre y perjudicado de la sociedad. Un régimen regulatorio efectivo debería tener provisiones para ayudas legales. Además, la eficacia reparadora requeriría una iniciativa regulatoria que pueda entregar un alivio adecuado a las víctimas. El alivio puede tomar la forma de compensación, un mandamiento judicial, una disculpa pública o una restitución (Deva, 2012, 2014).

En el sistema internacional está concebido el derecho internacional de las inversiones, el cual contiene el arbitraje internacional de las inversiones. Este es un mecanismo que actualmente se utiliza para proteger tanto intereses de la compañía inversionista como del Estado anfitrión, esto depende quien haya sido la parte incumplida. Sin embargo, se piensa que las compañías son la parte débil en el pleito, por lo que en muchas ocasiones los árbitros deciden a favor de éstas, sin tener una perspectiva más amplia de Derechos Humanos. Esto conlleva a que las compañías perciban que al ser la parte débil pueden dejar de cumplir con sus obligaciones – estándares- de Derechos Humanos, para poder cumplir con su objetivo lucrativo y consecuentemente, los habitantes del Estado anfitrión se vean afectados por esos incumplimientos, ya que son ellos quienes sufren los abusos y es a quienes les vulneran los derechos. Por estas razones y muchas más es que se podría afirmar que no en todas las ocasiones las compañías multinacionales son la parte débil del conflicto; varias veces los Estados son esa parte menos fuerte, a quien le incumplen, quien se ve vulnerado por la inobservancia de las normas por parte de las compañías.

Cuando se habla de Derechos Humanos, comúnmente se menciona el *ius cogens* y el *soft law*. El primero se relaciona principalmente con las obligaciones que se le imponen a los Estados sobre Derechos Humanos. Por otra parte, el *soft law* está principalmente vinculado con los estándares que se les otorgan a los actores no estatales, y más aun con las compañías multinacionales. Debido a esta explicación, se hará una definición de cada uno de estos conceptos y se relacionará con los actores en mención.

De una parte, las normas perentorias (citadas usualmente como *ius cogens*) se dice que poseen un carácter universal en cuanto que ningún Estado las puede derogar, a pesar de la intención de hacerlo. (Conklin, 2012) El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados dice que una norma perentoria es ‘aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados como un todo, como una norma de la cual ninguna derogación está permitida’ y, segundo, que la norma puede ser ‘modificada solo por una norma posterior del derecho internacional general teniendo el mismo carácter’ (Conklin, 2012). Usualmente los juristas se satisfacen con una lista de normas que son repetidas continuamente como perentorias en la retórica del derecho internacional: el derecho a establecer la auto-determinación y las prohibiciones contra el uso de la fuerza, la tortura, la esclavitud, desplazamientos masivos internos y desapariciones masivas (Conklin, 2012).

Por otro lado, Shelton afirma en que la línea entre lo que puede ser definido vagamente como derecho y no derecho es borrosa, pero intenta una definición de *soft law* notando que “usualmente se refiere a cualquier instrumento internacional diferente a un tratado que contiene principios, normas, estándares u otras declaraciones de un comportamiento esperado”. Boyle por ejemplo discute que el *soft law* puede ser determinado por el estatus de las obligaciones que impone. Sugiere que el *soft law* no es legalmente vinculante, consiste en normas generales o principios, pero no en reglas, y no es posible de ejecutar mediante mecanismos de solución de controversias vinculantes. La definición de *soft law* tomada aquí distingue los tratados de instrumentos como resoluciones, principios y códigos, porque diferente a los tratados, estos están deliberadamente moldeados en un marco de no vinculatoriedad. El *soft law* puede incluir mecanismos que provean guías y principios que, mientras no son legalmente vinculantes, tienen fuerza por el consentimiento que los gobiernos, las compañías, y otros actores de la sociedad civil le conceden. La aceptación general de un instrumento en particular puede no convertir el *soft law* en principios legalmente vinculantes pero puede, sin embargo, establecer estándares que socialmente vinculan a las compañías a los Derechos Humanos (Nolan, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: Soft Law or Not Law?*, 2013).

En conclusión, el sistema internacional no ha previsto una cuestión muy importante: la inclusión de actores no estatales en la categoría de sujetos de derecho internacional. Esto ha traído como consecuencia que los actores que no sean considerados sujetos sino objetos no tengan obligaciones explícitas de Derechos Humanos. De esta manera pueden ser potenciales violadores de Derechos Humanos. Por otro lado, y como consecuencia de que no sean sujetos de derecho internacional, las normas que les son aplicables son de *soft law*. Estas normas principalmente perjudican a los actores afectando su reputación y no ejercen una fuerza para que los deberes sean cumplidos. Sin embargo, algunos sectores no se ven realmente perjudicados en este sentido. Esto conlleva a que los Derechos Humanos sean incumplidos de diferentes maneras y en muchas ocasiones, especialmente por parte de compañías multinacionales.

2.2 El arbitraje internacional de inversiones como un posible mecanismo de protección de Derechos Humanos

El arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones es una mezcla entre el Derecho internacional público y el arbitraje comercial internacional. Esto se debe a que proviene de un tratado internacional, pero que soluciona conflictos entre particulares y Estados bajo la jurisdicción del derecho internacional. Este mecanismo opera siguiendo los ejercicios del arbitraje comercial internacional, pero no requiere de un acuerdo directo entre las partes para que la controversia se resuelva por este medio. Asimismo, es un régimen autocontenido, ya que se rige por el derecho internacional y no es revisado por jueces nacionales (Toro Valencia, 2013). En este capítulo, la intención es considerar el arbitraje internacional de las inversiones como un posible mecanismo para la protección de los Derechos Humanos, cuando quien los viola es un actor no estatal, en este caso una compañía, con el propósito de proponer un medio para sancionar a quienes cobija el vacío normativo existente. Esto es, unificar mecanismos del derecho internacional para que estos se puedan utilizar en diversos ámbitos; como se menciona, el arbitraje internacional de inversiones como un medio de protección de Derechos Humanos. En un primer momento se atenderá el concepto de arbitraje, esto es, de dónde surge, qué es y cómo se aplica, en este caso enfocado en el arbitraje internacional de inversiones. Luego, se expondrá qué es la expropiación, lo que incluye la expropiación directa y la indirecta. Después, se describirá el concepto de ‘trato justo y equitativo’ el cual está estrechamente vinculado con los casos de arbitraje internacional de las inversiones. Para finalizar se hará la relación entre el Derechos Internacional de las Inversiones y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con el enfoque de proponer al primer régimen como mecanismo de protección del segundo. Esto se hará explicando las dificultades que surgen y las posibilidades que existen en cuanto a la jurisdicción que adquieren los tribunales arbitrales y la ley aplicable en la solución de la disputa; luego se expondrá quiénes son generalmente los verdaderos interesados en la protección de Derechos Humanos; después se mostrarán algunas similitudes y diferencias entre ambos regímenes y; para finalizar se indicará la metodología para poder utilizar el mecanismo para la protección de Derechos Humanos.

El derecho internacional de las inversiones surge a finales del siglo XIX como resultado de la protección diplomática que existía en el derecho internacional. Con la llegada del siglo XX y sus consecuencias que trajo para el derecho internacional, el régimen internacional de las inversiones tomó un grado más institucional, alejándose de la discrecionalidad estatal y la superioridad política y económica de ciertos Estados (Toro Valencia, 2013).

El concepto central del derecho internacional de las inversiones se concentra en la protección al inversionista extranjero. Se enfoca de manera particular en la defensa que el inversor puede tener frente a la acción del Estado en el cual realiza la inversión. Las políticas de los Estados en

algún momento pueden ser inconvenientes al inversionista y como consecuencia se realizan acciones tendientes a limitar o eliminar el derecho de propiedad que tiene el inversionista sobre los activos adquiridos o constituidos para llevar a cabo la inversión correspondiente. Este concepto se conoce como expropiación (Toro Valencia, 2013).

Durante el siglo XIX y comienzos del XX se utilizó la fuerza por parte de los Estados en los cuales tenía el domicilio principal el inversionista extranjero; ésta era la regla para forzar el pago de una indemnización como consecuencia de una acción del Estado anfitrión sobre el inversionista. Este concepto se conoció como *gun boat diplomacy*. En el caso de que no se diera cumplimiento de las obligaciones, el uso de la fuerza militar era el instrumento utilizado para dar solución a las diferencias o al menos para iniciar una negociación para compensar al inversionista (Toro Valencia, 2013).

Esta situación le dio inicio a la Doctrina Calvo, la cual desarrolla el mandato de “incluir en los contratos entre un Estado y un inversionista extranjero un compromiso en el sentido de que cualquier controversia relativa a la aplicación del contrato quedaría sometida a los tribunales del Estado contratante, al tiempo que el inversionista extranjero renunciaba a la protección diplomática de su Estado de origen” (Toro Valencia, 2013). El desarrollo posterior a las tesis de Calvo dio origen a la denominada doctrina Drago. Esta doctrina se basó en la propuesta de Luis Drago como principio del derecho internacional que el no pago de obligaciones financieras no es justa causa de intervención o de coacción por parte de las potencias europeas. Estas dos doctrinas se convirtieron en la base para la acción diplomática de los Estados de América Latina frente a las pretensiones de los inversionistas europeos. Posteriormente estos supuestos fueron acogidos por los Estados que surgieron de los procesos de descolonización. (Toro Valencia, 2013) Luego, surge la denominada Regla Hull, la cual aparece de la administración que el Secretario de Estado estadounidense Cordell Hull adelantó para lograr el pago de la indemnización a las compañías petroleras de los Estados Unidos que fueron expropiadas por México, como consecuencia de la revolución que se dio en éste país en el primer cuarto del siglo XX y que supuso una oleada de nacionalizaciones hasta los años cuarenta (Toro Valencia, 2013).

En el año 1973 la Asamblea General de Naciones Unidas emitió la Resolución 3171 sobre la soberanía permanente sobre los recursos naturales. Ésta limitó el alcance de la Regla Hull. Finalmente, en 1974, la Asamblea General aprobó la Resolución 3201 por la que se proclamó un Nuevo Orden Económico Internacional. En dicha Resolución se pregónó como inaceptable cualquier sanción impuesta a un Estado con ocasión de una expropiación realizada bajo el ejercicio de su soberanía. Además, no se consideró como un derecho del inversionista la compensación generada como consecuencia de la expropiación, pues se consideró como un acto discrecional del Estado. (Toro Valencia, 2013) El desarme de la Regla Hull como norma consuetudinaria se completa con la Resolución 3281 de la Asamblea General, la cual contempla los derechos y deberes económicos de los Estados. Allí se dice de manera explícita que las

controversias surgidas como consecuencia de una indemnización generada por la expropiación debe ser resuelta ante los jueces del Estado que declara tal expropiación. Es decir, el inversor extranjero debía sujetarse a la jurisdicción del Estado anfitrión (Toro Valencia, 2013). Durante la década de los años sesenta algunos Estados del continente europeo comenzaron a desarrollar, negociar e implementar una nueva modalidad de tratado: los tratados bilaterales de inversión o acuerdos para la protección recíproca de inversiones. El primero que se suscribió fue entre la República Federal Alemana y Pakistán. Esta novedosa forma de tratados emerge como una opción a la discusión que se presentaba en la Asamblea General con respecto a la Regla Hull, además supuso una reforma del régimen internacional de las inversiones (Toro Valencia, 2013).

La fórmula por la que optan la mayor parte de los acuerdos para la protección recíproca de las inversiones (APPRI) es el arbitraje. El arbitraje internacional es la materialización de esta alternativa. El tipo de arbitraje internacional de inversiones, en especial el del CIADI, se crea de manera simultánea con el inicio del uso de los APPRI y los TLC, además se constituye como el mecanismo idóneo para ofrecer garantías suficientes al inversionista extranjero en el caso de que su derecho de propiedad se vea vulnerado (Toro Valencia, 2013).

El arbitraje es un espacio en el que interactúan tanto la autoridad pública como la privada. Este mecanismo implica la delegación de la potestad soberana del Estado de administrar justicia a los particulares. Los particulares en sus relaciones contractuales podrán disponer que las diferencias que surjan se lleven ante un tribunal de arbitraje. Por esto, los árbitros que son particulares se les invisten de manera temporal de la facultad de adjudicar derechos en la disputa. Este mecanismo se efectúa tanto en el marco de lo nacional como de lo internacional. En el arbitraje internacional debe diferenciarse el arbitraje interestatal del arbitraje comercial internacional. El primero es propio del derecho internacional público. El segundo es característico del derecho privado y resuelve diferencias contractuales internacionales. Como se mencionó al inicio del capítulo, el arbitraje internacional de inversiones implica una mezcla de los dos modos de arbitraje internacional. Su fuente es un tratado internacional interestatal, pero en la controversia específica una de sus partes es un sujeto de derecho privado (Toro Valencia, 2013).

En el arbitraje internacional de inversiones se encuentra la interacción de un centro de arbitraje internacional, de un Estado que opera como anfitrión y de un particular que actúa como inversionista extranjero. Se conforma el arbitraje gracias a la existencia de un tratado bilateral de inversiones o por la incorporación en tratados de integración económica, en especial en los tratados de libre comercio, de un capítulo de protección a las inversiones (Toro Valencia, 2013). Los árbitros son entonces particulares que se posesionan en tal calidad únicamente para resolver la disputa en cuestión, y en la mayor parte de los casos los tribunales se integran por tres miembros. Por regla general las partes eligen cada una a un árbitro y el tercero será designado, bien por los árbitros ya nombrados o bien por el Centro escogido para la

administración de la controversia. Una vez se formaliza su investidura actúan como jueces en el sentido pleno del término (Toro Valencia, 2013).

Ahora bien, la expropiación, la cual es la figura por la que surge este mecanismo alternativo de solución de controversias, es la más intensa de las interferencias en la propiedad. Todas las expectativas del inversor se destruyen en caso de que la inversión se haga sin la respectiva compensación (Dolzer & Schreuer, 2008). De acuerdo con la noción de soberanía territorial, las reglas clásicas del derecho internacional han aceptado el derecho del Estado anfitrión de expropiar la propiedad extranjera, en principio. De hecho, las prácticas estatales han considerado este derecho tan fundamental que incluso los tratados de inversión modernos (conocidos también como acuerdos para la promoción y protección de la inversión extranjera) respetan esta decisión. El derecho de los tratados típicamente se refiere solamente a las condiciones y consecuencias de una expropiación, dejando de manera muy básica la explicación de este derecho (Dolzer & Schreuer, 2008).

Más allá del derecho a expropiar del Estado anfitrión, el derecho internacional de la expropiación ha desarrollado tres ramas, las cuales regulan el alcance y las condiciones de este ejercicio de poder. La primera define los intereses que serán protegidos. La segunda rama se preocupa de la definición de una expropiación, y allí se pregunta si la expropiación solo será aquella en que se quite el título sobre la propiedad y se genera la duda en la expropiación indirecta, de la cual se hablará más adelante. La tercera rama del derecho de la expropiación se refiere a las condiciones en las que un Estado puede expropiar propiedad extranjera (Dolzer & Schreuer, 2008).

Asimismo, hoy en día generalmente se acepta que la legalidad de una medida de expropiación está condicionada a tres (o cuatro) requerimientos. Estos requisitos están contenidos en casi todos los tratados. Además, parecen hacer parte del derecho internacional consuetudinario. Éstos se deben cumplir de manera acumulativa, y son los siguientes: en primer lugar, la medida debe servir a un propósito público, es decir, la medida se debe tomar por el interés general. En segundo lugar, la medida no puede ser arbitraria ni discriminatoria dentro de lo que se acepta generalmente por estos términos. En tercer lugar, algunos tratados requieren explícitamente que el procedimiento de expropiación debe seguir los principios del debido proceso. El debido proceso es un concepto que contiene los estándares mínimos del derecho internacional consuetudinario y de los requerimientos de trato justo y equitativo. Por lo tanto, no es claro si esa cláusula en el contexto de las reglas de la expropiación agrega un requerimiento independiente para que la expropiación sea legal. Finalmente, la medida de expropiación debe estar acompañada por una rápida, adecuada y efectiva compensación. Una compensación adecuada se entiende como equivalente al valor en el mercado de la inversión expropiada (Dolzer & Schreuer, 2008).

La diferencia entre la expropiación directa o formal y la indirecta dependerá de si el título legal del propietario es afectado por la medida en cuestión. Hoy en día la expropiación directa es un poco extraordinaria. Los Estados no están dispuestos a poner en peligro su clima de inversión tomando el drástico paso de quitar abiertamente la propiedad extranjera. Como consecuencia, la expropiación indirecta ha ganado importancia. Sin embargo, ésta deja el título del inversor intacto, pero lo priva de la posibilidad de utilizar la inversión de una manera significativa. Un rasgo típico de la expropiación indirecta es que el Estado negará la existencia de una expropiación y no contemplará el pago de la compensación (Dolzer & Schreuer, 2008). En un número de casos los tribunales han apuntado diciendo que lo que importa en una expropiación indirecta es únicamente el efecto de la medida y que cualquier intención de expropiar no es decisiva. En el caso *Tecmed v México* el tribunal encontró que hubo una expropiación indirecta. Después de explicar el concepto de expropiación indirecta, el tribunal dijo que la intención del gobierno era menos importante que los efectos de la medida en los activos del propietario o en los beneficios que surgieran de tales activos afectados por la medida; y la forma de la medida privativa es menos importante que sus efectos (Dolzer & Schreuer, 2008). No es inusual que en situaciones en donde se alegan la expropiación indirecta el inversor permanezca con el control de la compañía, pero la inversión pierde su viabilidad económica. La inversión total sobrevivirá, pero derechos muy importantes que determinan la rentabilidad se extinguen (Dolzer & Schreuer, 2008).

En algunas decisiones recientes del CIADI, los tribunales han interpretado el concepto de expropiación indirecta de forma restringida y han preferido encontrar una violación del estándar del trato justo y equitativo (Dolzer & Schreuer, 2008). Desde que el estándar de trato justo y equitativo es con frecuencia leído como una intención de proteger las expectativas legítimas del inversor, es relativamente fácil para el inversor construir un argumento de que sus expectativas son violadas cuando un Estado anfitrión viola su propia ley, incluyendo obligaciones que imponen la transparencia (Álvarez, 2011).

A pesar de las diferencias lingüísticas entre los tratados de inversión con respecto de cómo el trato justo y equitativo es incorporado, hay un consenso emergente entre las decisiones arbitrales emitidas hasta la fecha de que el trato justo y equitativo es un solo y unificado estándar y no permite dos investigaciones separadas (es una determinación de si la acción de un gobierno fue justa y una determinación separada de si fue equitativo); es un estándar independiente absoluto y no un estándar relativo de trato como el trato nacional o un estándar que su aplicación dependa de las leyes del Estado anfitrión; pero que también es un estándar específico, flexible y contextual cuya aplicación depende de las circunstancias de cada caso (Álvarez, 2011).

Teniendo en cuenta la explicación sobre el estándar de trato justo y equitativo que se hizo anteriormente, es importante exponer las siguientes categorías. Los tratados bilaterales de inversión que contienen la cláusula de trato justo y equitativo pueden ser divididos en tres

categorías: la primera categoría está compuesta de los tratados bilaterales de inversión que mencionan el estándar de trato justo y equitativo sólo; la segunda menciona el trato justo y equitativo junto con una referencia al derecho internacional; y la tercera menciona el trato justo y equitativo junto con otros estándares de trato, principalmente Nación más Favorecida y Trato Nacional, pero también la obligación de Plena protección y seguridad (Knoll-Tudor, 2009).

Algunos autores defienden la idea de que el arbitraje internacional de las inversiones debe tener en cuenta el derecho de los Derechos Humanos. Esto quiere decir que el derecho de las inversiones no está desligado a los Derechos Humanos. Se podría decir que se debe a que el derecho internacional es uno solo, el cual contiene estos dos regímenes, y como unidad se debe aplicar de manera equilibrada. No obstante, otros autores no comparten esta idea. En su opinión, estos dos regímenes son tan diferentes que no se pueden unir. En adelante se expondrán estas ideas, aunque defendiendo la primera; para luego explicar la metodología que según Oriol Casanovas se debe aplicar.

Los Estados están bajo la obligación de respetar los Derechos Humanos de todos los individuos que viven en su territorio. En algunos momentos podrá haber situaciones en las que esas obligaciones, en particular cuando son interpretadas como positivas, pueden estar en contradicción con otras obligaciones. En cualquier evento, cuando se entra en los acuerdos de privatización, el Estado anfitrión tiene el deber de determinar que allí no ocurre tal contradicción, ni siquiera potencialmente (Dupuy, 2009). Como consecuencia, cuando se concluye un tratado bilateral de inversión (TBI), el Estado deberá tener en consideración las obligaciones sobre Derechos Humanos. Esto es cierto tanto en los casos en que se han ratificado las convenciones de Derechos Humanos, como en aquellos en lo que respecta a reglas consuetudinarias de Derechos Humanos (Dupuy, 2009).

El artículo 42 de la convención CIADI, establece que en la caso de ausencia de un acuerdo entre las partes sobre la ley aplicable, el tribunal deberá aplicar la ley del Estado contratante parte en la disputa (incluyendo sus reglas sobre conflicto de normas) y aquellas reglas del derecho internacional que puedan ser aplicables. El artículo 1131 del TLCAN indica que el tribunal deberá decidir los asuntos en disputa de acuerdo con el acuerdo y las reglas aplicables del derecho internacional, lo que también se puede encontrar en el artículo 26(6) del Tratado sobre la Carta de la Energía. En estos casos es posible ver que la aplicabilidad del derecho internacional público no tiene ninguna dificultad, incluyendo la parte general del derecho internacional, lo que implica un número de obligaciones de proteger Derechos Humanos fundamentales, que diferente a lo que se ha creído por mucho tiempo, es más bien fácil de identificar en este contenido (Dupuy, 2009). En el arbitraje internacional de inversiones, en donde el mandato de los árbitros está definido por los acuerdos, en estos mismos se puede hacer referencia al derecho internacional público. Siendo así y teniendo en cuenta la

explicación anterior, sería posible de alguna manera que los árbitros tengan en cuenta normas de Derechos Humanos para tomar decisiones.

El árbitro, cuya competencia en el juicio sobre las disputas de inversión internacional recae en la base del derecho internacional de las inversiones, puede de hecho técnicamente tomar en cuenta argumentos de Derechos Humanos. Debido al carácter especializado de su jurisdicción, esto solo sería posible, si la parte que invoca una obligación de Derechos Humanos demuestra que efectivamente hay una interferencia con el origen o el desarrollo de la disputa sobre inversión. El árbitro está ligado con las partes por el diálogo legal, mientras que está en la obligación de responder a esos argumentos. Como consecuencia, los árbitros deberán aprender a tratar con los Derechos Humanos en el marco de una disputa de derecho internacional (Dupuy, 2009).

Debido a que el mandato del árbitro es resolver una disputa sobre inversión surgen algunas preguntas sobre su competencia para reglar las reclamaciones en Derechos Humanos. Esta pregunta es de gran importancia, ya que podría causar una anulación del laudo (Knoll-Tudor, 2009). Dicho esto, del tribunal arbitral, al igual que los demás tribunales internacionales, se espera que aplique el derecho internacional general (Knoll-Tudor, 2009).

Desde una perspectiva convencional, es interesante investigar si los tratados bilaterales de inversión u otros tratados de inversión contienen referencias sobre normas y obligaciones de Derechos Humanos. La respuesta es no: generalmente no hay una mención clara de obligaciones del Estado o del inversionista en el marco convencional actual. Algunos tratados bilaterales de inversión hacen mención expresa en sus preámbulos sobre el respeto del medio ambiente y de la salud, y algunas cláusulas de trato justo y equitativo también se refieren al respeto del derecho internacional, incluyendo las normas de Derechos Humanos que se han convertido en derecho internacional consuetudinario (Knoll-Tudor, 2009).

Se podría afirmar, además, que debido a la creciente importancia de los Derechos Humanos dentro del orden jurídico internacional, los árbitros con jurisdicción sobre disputas de inversión internacional estarán de manera segura confrontados con estos derechos, bien pueda que sean invocados por el Estado como por el inversionista extranjero (Dupuy, 2009). El hecho de que las compañías internacionales todavía no sean consideradas en la totalidad como sujetos del derecho internacional, no debe ser considerado como un obstáculo para que haya responsabilidad corporativa (Dupuy, 2009). Sin embargo, la interacción entre el derecho internacional de las inversiones y los Derechos Humanos no puede ser reclamado de manera pacífica, sea por el Estado anfitrión o por el inversionista extranjero. De hecho, la parte que invoque un argumento de Derechos Humanos, deberá demostrar de manera sustantiva que los Derechos Humanos efectivamente impactan en la implementación de la inversión en juego. Este constreñimiento se explica por el hecho de que la jurisdicción del árbitro está

específicamente limitada al arreglo de diferencias que surge por una inversión internacional (Dupuy, 2009).

El arbitraje de inversiones ha emergido como el medio más eficaz para resolver las disputas entre Estado-inversionista. La popularidad del arbitraje en este propósito no solo ha permitido un incremento en el número de casos de instituciones de arbitraje, sino que también ha traído con él una serie de nuevos asuntos. Como consecuencia, el derecho de las inversiones está siendo retado por interacciones con otras obligaciones de asuntos diferentes. Además de asuntos medio ambientales y del trabajo, se hacen algunas referencias a Derechos Humanos en el dominio del arbitraje de inversiones, aunque estas referencias se mantienen dispersas y poco frecuentes (Reiner & Schreuer, 2009).

No es imposible para los tratados de protección de inversiones asegurar los Derechos Humanos, pero esto sería altamente inusual. Para mostrar esto se pueden dar como diversos ejemplos los tratados de inversión bilateral de China (2003), Francia (2006), Alemania (2005), Reino Unido (2005) y Estados Unidos (2004), los cuales no mencionan a los Derechos Humanos de manera explícita. La fuente impresa más importante para las decisiones de derecho internacional de inversiones, los Reportes del CIADI, no incluyen ni siquiera el término 'Derechos Humanos' en su índice (Reiner & Schreuer, 2009).

Sin embargo, en los casos donde la cláusula compromisoria no hace referencia a la aplicabilidad del derecho internacional, hay otros medios para el árbitro para referirse, si es necesario, a cerca de la obligación del Estado anfitrión de respetar sus obligaciones sobre Derechos Humanos (Dupuy, 2009). Una posibilidad se encuentra en las situaciones en que el derecho nacional aplicable a un Estado contratante establece un vínculo constitucional entre el derecho internacional público y el orden legal nacional (Dupuy, 2009).

La jurisdicción del tribunal arbitral está basada y limitada en el acuerdo. De ahí que las meras alegaciones de violación de Derechos Humanos no son suficientes para conferirle jurisdicción al tribunal. Para determinar si un tribunal es competente para decidir en asuntos de Derechos Humanos, la cláusula que establece la jurisdicción es decisiva (Reiner & Schreuer, 2009). No obstante, varios tratados bilaterales de inversión tienen cláusulas de opción compuesta del derecho aplicable, que típicamente incluyen las reglas del tratado, el derecho del Estado anfitrión y el derecho internacional consuetudinario. Bajo estos supuestos, los Derechos Humanos como componente del derecho internacional son parte de la ley aplicable (Reiner & Schreuer, 2009).

En todo caso, más allá de la competencia jurisdiccional, que podrá siempre ser justificada legalmente por nuevas formulaciones de redacción o incluso convertirse en una práctica generalizada, la realidad es que el derecho de los Derechos Humanos se ha convertido en un área técnica del derecho, está evolucionando a un ritmo acelerado y merece una preparación

extensiva para dominarlo. Los árbitros usualmente son nominados por las partes en los ámbitos de su conocimiento y experiencia en el terreno del derecho de las inversiones. Por lo tanto, en la práctica no sería fácil encontrar un árbitro experto en el ámbito de las inversiones y de los Derechos Humanos (Knoll-Tudor, 2009). Ante esto, se podría indicar la importancia que tomaría, entonces, que en las listas de árbitros nominables existan algunos expertos en Derechos Humanos, ya que como se puede ver, algunas disputas se generan por el incumplimiento de las obligaciones en cuanto a la inversión para no incumplir normas de Derechos Humanos, o como consecuencia del incumplimiento de estos derechos fundamentales. Así, un árbitro experto en Derechos Humanos podría resolver la disputa.

Es difícil encontrar un consenso entre los árbitros sobre cómo alcanzar las obligaciones que no se relacionan a la inversión como tal. Desde una perspectiva práctica y que el árbitro se pronuncie sobre una reclamación de Derechos Humanos no se acepta de manera generalizada. Sin embargo, en la práctica cuando se confronta con una violación a los Derechos Humanos por parte del inversionista, el árbitro puede elegir estar atento con respecto a este comportamiento. De manera inversa, el argumento de un Estado de que no cumplió con su obligación del trato justo y equitativo porque debía cumplir otra obligación en conflicto no es aceptable tampoco, según Ioana Knoll-Tudor. Así, en el caso del trato justo y equitativo el último escenario, en donde una obligación no relacionada a la inversión es tomada en cuenta en el escenario de la compensación parece ser prometedor. La compensación es una etapa estratégica del laudo arbitral a lo que le concierne a la reclamación de trato justo y equitativo ya que los inversionistas buscan ponerle fin a los actos ilegales del Estado, pero también para recibir reparación por los daños sufridos como resultado del acto ilegal. No hay uniformidad en los laudos arbitrales revisados, aun así se puede detectar un número común de enfoques: algunos tribunales deciden tomar estos elementos en consideración al momento de establecer la responsabilidad del Estado, mientras que otros deciden tomarlos en cuenta solo en el escenario de calcular la compensación que se le debe al inversionista (Knoll-Tudor, 2009).

En la práctica, los árbitros que encuentran que el trato justo y equitativo fue violado deberán establecer que ello ocurrió y ordenar al Estado a pagar la compensación al inversionista. Sin embargo, el inversionista debe continuar su actividad y el Estado debe cumplir con su obligación de trato justo y equitativo, pero el Estado estaría violando una obligación de Derechos Humanos y podría ser llevado frente a una corte de Derechos Humanos por parte de quienes se les viola el derecho. Para poder evitar esta situación, puede ser previsto que el Estado y el inversionista alcancen un acuerdo teniendo en cuenta dónde termina la inversión del inversionista, poniendo también fin a la violación de Derechos Humanos, y la compensación es pagada por el Estado (incluyendo, por ejemplo la pérdida de los beneficios del inversionista). Como regla general, los Estados deben analizar cada una de las situaciones de manera cuidadosa antes de firmar un contrato o dar permisos y licencias a inversionistas extranjeros (Knoll-Tudor, 2009).

En otro orden de ideas, una de las razones por la que los Estados no introducen reclamaciones en contra de los inversionistas por violaciones a los Derechos Humanos es que el consentimiento del inversionista a acudir al arbitraje está generalmente expresado en su solicitud y de ahí limitado sustancialmente por la solicitud. Otra razón es que las violaciones activas de Derechos Humanos por el inversionista ocurren comúnmente con la complicidad del Estado anfitrión. Además, es incierto hasta qué medida las partes no estatales son sujetos de obligaciones sobre Derechos Humanos (Reiner & Schreuer, 2009).

Como se ha tomado con poco entusiasmo el invocar obligaciones sobre Derechos Humanos por parte de los Estados, los tribunales han estado más dispuestos a considerar los asuntos de Derechos Humanos en otro contexto, llamado *amicus curiae*. Esto se traduce como amigo de la corte, el cual se usa para describir a una persona que no es parte en el juicio pero que tiene un interés fuerte en el asunto (Reiner & Schreuer, 2009). La influencia de los Derechos Humanos en el arbitraje de inversiones se demuestra también por la complacencia ocasional de los tribunales de citar documentos de Derechos Humanos como autoridad para sus decisiones (Reiner & Schreuer, 2009).

Por otro lado, en algunos sentidos, el derecho de los Derechos Humanos y el Derechos de las inversiones son similares. Ben Hamida (Citado por Reiner & Schreuer, 2009) observa que ciertas normas sustantivas como la prohibición de la discriminación y la protección de la propiedad pueden ser comunes para ambos regímenes. Además, ambos son fundamentales para el proceso de emancipación del individuo del Estado, ya que ambos proveen procedimientos entre el Estado y el individuo (Reiner & Schreuer, 2009). En otros sentidos, estos dos derechos difieren de manera dramática. La paradoja de la nacionalidad como existe en el contexto de las inversiones es ajena al derecho internacional de los Derechos Humanos. En el arbitraje de inversiones la nacionalidad es crucial. No solo es el concepto de tratado bilateral de inversiones fundado en la posesión de una nacionalidad específica, pero para establecer la jurisdicción el inversionista debe cumplir tanto con las solicitudes negativas como positivas: el inversionista debe ser nacional del Estado parte de un instrumento de inversiones. Además, el inversionista no puede ser nacional del Estado anfitrión (Reiner & Schreuer, 2009).

Por último, como metodología se utiliza, la propuesta de abordar un concepto integrador denominado unidad y pluralismo del derecho internacional. De cierta forma se ha aludido a la unidad del derecho internacional público, de esta manera los regímenes contenidos en este derecho se deben aplicar de una forma complementaria y equilibrada, sin dejar de lado ninguno. Es decir, en el caso en mención, el derecho internacional de las inversiones no puede dejar de lado los Derechos Humanos, ya que ambos hacen parte de la unidad del Derecho Internacional general.

El derecho internacional como una unidad en un contexto de pluralismo social y jurídico se fortalece además por un conjunto de normas básicas que resguardan los Derechos Humanos

básicos. Estas normas, más que ser un desafío para la unidad, son una razón más que ayuda a su unidad porque “configuran un sistema objetivo de obligación absoluta, que tiene una estructura integral ya sean obligaciones *erga omnes* o *erga omnes partes*, que se derivan de normas de *ius cogens*, que son inderogables y priman sobre la voluntad de los Estados”. Asimismo, este conjunto de normas, además de tener carácter convencional, tiene una relevancia universal, es decir, se traducen en principios generales del derecho (Rodrigo & García, 2009).

Las relaciones de subsidiariedad entre regímenes son analizados por el profesor José Manuel Sobrino, quien concluye que el principio de subsidiariedad puede funcionar a favor de la unidad del derecho internacional, pues “permite descargar a un régimen internacional más general de aquellas tareas que pueden llevarse a cabo de forma más efectiva en un régimen particular. A tiempo que la idea de toda intervención del primero significaría suplir, subsidiar o ayudar al segundo, no destruirlo o absorberlo, esto es posibilitar que sea capaz de cumplir sus tareas”. (Rodrigo & García, 2009) Asimismo, las relaciones de complementariedad entre regímenes internacionales son examinadas por el profesor Romualdo Bermejo quien advierte que estas tienen sentido "dentro de un orden internacional que guarda la unidad del sistema, por lo que un orden internacional fragmentado en regímenes jurídicos complementarios independientes e impermeables no tiene cabida en el sistema jurídico internacional actual" (Rodrigo & García, 2009).

Oriol Casanovas explicó la unidad formal del derecho internacional como un producto de las relaciones entre normas primarias y secundarias de distinto tipo que componen el sistema normativo del mismo. En un mismo sentido, Pierre Marie Dupuy, defiende que la unidad formal del ordenamiento jurídico internacional se puede instaurar "a partir de la identidad de los sujetos primarios de este orden que son los Estados y está esencialmente vinculada a la utilización de las mismas reglas secundarias de reconocimiento, producción y aplicación" (Rodrigo & García, 2009).

Ahora bien, el derecho internacional no es simplemente un conjunto de normas primarias y secundarias abastecidas de un grado de coherencia según las relaciones que existen entre estas normas y de la capacidad y sofisticación del razonamiento jurídico de los operadores jurídicos. Esta unidad formal del derecho internacional proviene de una regla básica o regla de reconocimiento cuya existencia se puede afirmar también en el ordenamiento jurídico internacional actual (Rodrigo & García, 2009). En términos empíricos, existe una segunda explicación para la unidad formal del derecho. Según Austin la unidad del derecho no procede de una norma, sino que se fundamenta en un hecho, esto es la existencia de un soberano de quien se derivan los actos que van estableciendo el sistema jurídico. Una propuesta con más rédito en el derecho internacional es la regla de reconocimiento del H. L. A. Hart, la cual es una regla necesaria para los sistemas jurídicos complejos, proporcionando unidad al ordenamiento y validez a las demás normas jurídicas. Es entonces una regla que se basa en la aceptación. Sin embargo, este autor consideró que esta regla no es una condición necesaria

para la existencia de normas jurídicas sino que es una riqueza en determinados sistemas sociales complejos (Rodrigo & García, 2009).

Así, se puede afirmar que el ordenamiento jurídico internacional contiene una regla de reconocimiento como una condición necesaria para su existencia. La regla de reconocimiento del sistema jurídico internacional se puede concebir como una convención que tiene una dimensión constitutiva a partir de la cual se pueden establecer criterios técnicos para la identificación de forma autónoma del derecho de la comunidad internacional. Oriol Casanovas indicó dos criterios técnicos de identificación de normas jurídicas internacionales, que son la regla relativa a la costumbre, la cual está contenida en el Artículo 38.1b del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que ayuda para reconocer las normas consuetudinarias del derecho internacional; y la el Artículo 38.1c sobre la regla relativa a los principios generales del derecho, la cual permite identificar los principios generales que hacen parte del sistema jurídico internacional. La regla de reconocimiento del sistema jurídico internacional proporciona criterios de identificación de las normas jurídicas, autonomía respecto a otros órdenes normativos y respecto a otros sistemas jurídicos y unidad al ordenamiento jurídico internacional (Rodrigo & García, 2009).

La solución de conflictos entre normas internacionales del mismo rango es estudiado por el profesor Jorge Cardona, quien concluyó que aunque no existen "reglas fijas y criterios jerarquizados a aplicar en materia de conflicto entre obligaciones jurídicas, si es posible fijar los criterios que deben conjugarse en cada caso y, a la luz de las circunstancias correctas, ser tenidos en cuenta de forma equilibrada para encontrar la solución". Entre estos criterios están la autonomía de la voluntad manifestada por medio del acuerdo realizado entre los partícipes; la naturaleza de las obligaciones contenidas en las normas coincidentes, donde aparece una especie de jerarquía formal entre normas que resguardan intereses generales, intereses de un grupo determinado o intereses particulares; el factor temporal, y su efecto es que la norma posterior del mismo rango jerárquico deroga o al menos prima en su aplicación sobre la anterior; y el factor especial (*lex specialis*), el cual se utiliza entre obligaciones recíprocas pero con limitaciones en los conflictos entre obligaciones integrales e independientes (Rodrigo & García, 2009). Además, las normas de *ius cogens* realizan un rol fundamental para mantener la unidad material del derecho internacional, según lo indica el profesor César Gutiérrez Espada, ya que su contenido tiene como objeto la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional en conjunto y constituyen la parte fundamental del orden público internacional (Rodrigo & García, 2009).

Brevemente, el derecho internacional se debe considerar como una unidad. Como lo explican varios autores, según los criterios de aplicación, las normas de *ius cogens* y las reglas primarias y secundarias, es posible que éste no se fragmente, sino que por el contrario se unifique y se aplique como uno solo. A pesar de que hay posturas bastante opuestas en cuanto a invocar los Derechos Humanos en el arbitraje internacional de las inversiones, se puede ver que según la

metodología expuesta, esto sí es posible. Ambos regímenes, aunque considerados especiales por algunos, hacen parte del derecho internacional. Según las normas convencionales que reconocen los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario como parte del ordenamiento jurídico, se puede concluir que los Derechos Humanos, así como el derecho internacional de las inversiones hacen parte de la unidad. Además, de acuerdo con el concepto de *ius cogens*, en donde se incluyen fundamentalmente los Derechos Humanos, éste es inderogable y ningún régimen se puede apartar de él, por esto el derecho internacional de las inversiones tampoco puede apartarse de ello. De esta manera, se puede concluir, además de la importancia de tener en cuenta los Derechos Humanos en cualquier régimen, que estos derechos fundamentales pueden ser protegidos por medio del arbitraje internacional de las inversiones.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que en el arbitraje internacional de las inversiones el operador jurídico es el árbitro internacional, éste es quien debe vincular a los Derechos Humanos en su discurso. A pesar que en algunos casos se considere que el derecho internacional de los Derechos Humanos es tan específico y técnico que no permite que un árbitro conozca en profundidad de este tema y del derecho internacional de las inversiones, es necesario enfatizar la importancia del conocimiento de aquel. Al ser un único derecho, el derecho internacional requiere que sus regímenes se utilicen de manera conjunta; por lo tanto, los árbitros o tribunales de inversiones deben implementar una argumentación que logre vincular el derecho internacional de los Derechos Humanos en sus decisiones (laudos) con el arbitraje internacional de las inversiones. Así se pondría en práctica la unidad del derecho internacional, sin necesidad de cambiar todo el sistema; sólo implementando un instrumento dentro otro régimen.

CONCLUSIONES

En fin, este texto pudo recoger varios elementos principalmente sobre el derecho de los Derechos Humanos y un poco sobre el derecho internacional de las inversiones. Como se mencionó de manera reiterada, los Estados son los principales sujetos del derecho internacional, en consecuencia son los actores que poseen la gran mayoría de los deberes en este derecho. En el caso en mención, el deber de proteger los Derechos Humanos está en cabeza de los Estados. Asimismo, existen diversos sistemas que permiten la protección de estos derechos por parte de los Estados; es decir, estos sistemas regionales como universales son el mecanismo para responsabilizar a estos actores estatales cuando violan Derechos Humanos o incumplen sus obligaciones sobre estos derechos. De manera que el sistema de Derechos que responsabiliza a los Estados es el más fuerte en el Derecho Internacional.

En suma, es posible afirmar que a pesar de que los Estados son los actores internacionales por excelencia, no son los únicos responsables de la salvaguarda de los Derechos Humanos. Es decir, aunque son únicamente quienes tienen obligaciones vinculantes establecidas por el sistema internacional, el completo ejercicio de estos derechos depende de otros actores, por ejemplo de las compañías multinacionales. Como se mencionó, los diferentes mecanismos existentes que pretenden vincular a las compañías en el respeto a los Derechos Humanos en algunos casos han resultado ser más eficaces que en otros; de ellos, varios no se han implementado realmente, no obstante, otros han permitido que los Derechos Humanos se protejan y respetan de manera más efectiva.

No obstante, el sistema internacional no ha previsto una cuestión muy importante: la inclusión de actores no estatales en la categoría de sujetos de derecho internacional. Esto ha traído como consecuencia que los actores que no sean considerados sujetos sino objetos no tengan obligaciones explícitas de Derechos Humanos. De esta manera pueden ser potenciales violadores de Derechos Humanos. Por otro lado, y como consecuencia de que no sean sujetos de derecho internacional, las normas que les son aplicables son de *soft law*. Estas normas, al no tener una consecuencia directa, es decir, no ejercen una fuerza para que los deberes sean cumplidos, lo que buscan y en muchos casos logran es afectar la reputación de estos actores. Sin embargo, algunos sectores no se ven realmente perjudicados en este sentido. Esto conlleva a que los Derechos Humanos sean incumplidos de diferentes maneras y en muchas ocasiones, especialmente por parte de compañías multinacionales.

Al fin y al cabo, el derecho internacional se debe considerar como una unidad. Como lo explican varios autores, según los criterios de aplicación, las normas de *ius cogens* y las reglas primarias y secundarias, es posible que éste no se fragmente, sino que por el contrario se unifique y se aplique como uno solo. A pesar de que hay posturas bastante opuestas en cuanto a invocar los Derechos Humanos en el arbitraje internacional de las inversiones, se puede ver que según la metodología expuesta, esto sí es posible. Ambos regímenes, aunque considerados

especiales por algunos, hacen parte del derecho internacional. Según las normas convencionales que reconocen los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario como parte del ordenamiento jurídico, se puede concluir que los Derechos Humanos, así como el derecho internacional de las inversiones hacen parte de la unidad. Además, de acuerdo con el concepto de *ius cogens*, en donde se incluyen fundamentalmente los Derechos Humanos, éste es inderogable y ningún régimen se puede apartar de él, por esto el derecho internacional de las inversiones tampoco puede separarse de ello. De esta manera, se puede concluir, además de la importancia de tener en cuenta los Derechos Humanos en cualquier régimen, que estos derechos fundamentales pueden ser protegidos por medio del arbitraje internacional de las inversiones.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que en el arbitraje internacional de las inversiones el operador jurídico es el árbitro o tribunal internacional, éste es quien debe vincular a los Derechos Humanos en su discurso. A pesar de que en algunos casos se considere que el derecho internacional de los Derechos Humanos es tan específico y técnico que no permite que un árbitro conozca en profundidad de este tema y del derecho internacional de las inversiones, es necesario enfatizar la importancia del conocimiento de aquel. Al ser un único derecho, el derecho internacional requiere que sus regímenes se utilicen de manera conjunta y no por estancos; por lo tanto, los árbitros o tribunales de inversiones deben implementar una argumentación que logre vincular el derecho internacional de los Derechos Humanos en sus decisiones (laudos) con el arbitraje internacional de las inversiones. Así se pondría en práctica la unidad del derecho internacional, sin necesidad de cambiar todo el sistema; sólo implementando un instrumento dentro otro régimen.

En definitiva, la intención de examinar el arbitraje internacional de las inversiones como un mecanismo de protección de Derechos Humanos cuando quien viola o vulnera estos derechos son actores no estatales –compañías multinacionales- se ha cumplido. En el último capítulo en donde se propone el método para aplicar el arbitraje internacional de las inversiones como un medio para proteger estos derechos, se exponen diferentes posturas con razones para incluir los Derechos Humanos o no en este arbitraje, siempre defendiendo la idea de que sí se deben invocar y tener en cuenta, así pues se indicó la metodología a aplicar. Sin embargo, debido el alcance que tiene este texto, no se logra establecer un método sistemático, sino que se ofrece una alternativa dentro de un régimen especial. Se utiliza el concepto de unidad del derecho, en este caso del derecho internacional, para que el régimen de las inversiones no deje a un lado los Derechos Humanos. Esto es, para que los árbitros como operadores jurídicos tengan en cuenta dentro de sus decisiones el derecho internacional de los Derechos Humanos, sin necesidad de implementar un nuevo sistema.

BIBLIOGRAFÍA

- Alston, P., & Goodman, R. (2013). International Human Rights. The successor to international human rights in context: law, politics and morals. En P. Alston, & R. Goodman, *International Human Rights. The successor to international human rights in context* (págs. 685-761). Oxford: Oxford University Press.
- Álvarez, J. E. (2011). *The Public International Law Regime Governing International Investment*. The Hague: Hague Academy of International Law.
- Bakker, C., & Vierucci, L. (2008). Introduction: a normative or pragmatic definition of NGOs? En P. M. Dupuy, & L. Vierucci, *NGOs in international law: Efficiency in Flexibility?* (págs. 1-17). Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Ban, K.-m. (2012). *Draft Report of the Secretary General on How the United Nations System as a Whole Can Contribute to the Advancement of the Business and Human Rights Agenda and the Dissemination and the Implementation of the Guiding Principles*.
- Benavides Vanegas, F. S. (2011). *Justicia en épocas de transición: conceptos, modelos, debates, experiencias*. Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau.
- Bregaglio, R. (s.f.). *Sistema Universal De Protección de Derechos Humanos*. Recuperado el 9 de Junio de 2016, de Universidad Pompeu Fabra: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/Cap3.pdf
- Calame, P. (2008). Non-state actors and world governance. 1-23.
- Céspedes-Baez, L. (2015). La posición del individuo en el derecho internacional: Del nacimiento de la persona natural a la vida jurídica internacional. En R. Urueña, *Derecho Internacional: Poder y límites del derecho en la sociedad global* (págs. 179-206). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Charlesworth, H., & Chinkin, C. (2000). *The boundaries of International Law*. Manchester: Manchester University Press.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1999). *Saldano v Argentina*. Washington.
- Conklin, W. E. (2012). The Peremptory Norms of the International Community. *European Journal of International Law*, 837-861.
- Deva, S. (2012, 2014). *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*. Abingdon: Routledge.

- Dine, J. (2005). Relationship between companies and human rights law. En J. Dine, *Companies, International Trade and Human Rights* (págs. 167-221). Cambridge: Cambridge University Press.
- Dolzer, R., & Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press.
- Dupuy, P. M. (2009). Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law. En P. M. Dupuy, F. Francioni, & E.-U. Petermann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (págs. 45-62). Oxford: Oxford University Press.
- Heyns, C., & Killander, M. (2013). Universality and the Growth of Regional Systems. En D. Shelton, *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (págs. 670-697). Oxford: Oxford University Press.
- Kaldor, M. (2003). The idea of global civil society. *International Affairs*, 583-593.
- Kinley, D., & Nolan, J. (2008). Human rights, corporations and the global economy: an international law perspective. En A. G. Scherer, & G. Palazzo, *Handbook of Research on Global Corporate Citizenship* (págs. 343-373). Cheltenham: Edward Elgar Publishing, Inc.
- Knoll-Tudor, I. (2009). The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms. En P. M. Dupuy, F. Francioni, & E.-U. Petersmann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (págs. 310-343). Oxford: Oxford University Press.
- Kothari, M. (2013). From Commission to the Council: evolution of UN charter bodies. En D. Shelton, *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (págs. 587-620). Oxford: Oxford University Press.
- Löwenheim, O. (2001). Transnational Criminal Organizations and Security. *International Journal*, 513-536.
- McCuerquodale, R., & Simmons, P. (2007). Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law. *Modern Law Review*, 598-625.
- Moyn, S. (2015). *La última utopía. Los derechos humanos en la historia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Nolan, J. (2009). The nexus between human rights and business: Defining the sphere of corporate responsibility. En J. Farrall, & K. Rubenstein, *Sanctions, Accountability and*

- Governance in a Globalised World* (págs. 217-238). Nueva York: Cambridge University Press.
- Nolan, J. (2013). The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: Soft Law or Not Law? En S. Deva, & D. Bilchitz, *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect* (págs. 138-161). Cambridge: Cambridge University Press.
- Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, N. U. (s.f.). *Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas*. Recuperado el 15 de septiembre de 2016, de Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas: <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/AboutCouncil.aspx>
- Ramasastry, A. (2013). Closing the Governance Gap in the Business and Human Rights Arena: lessons from the anti-corruption movement. En S. Deva, & D. Bilchitz, *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect* (págs. 162-189). Cambridge: Cambridge University Press.
- Real Academia Española. (2016). *Real Academia Española*. Recuperado el 21 de Agosto de 2016, de Real Academia Española: <http://dle.rae.es/?id=HPZCDlj>
- Reiner, C., & Schreuer, C. (2009). Human Rights and International Investment Arbitration. En P. M. Dupuy, F. Francioni, & E.-U. Petersmann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (págs. 82-96). Oxford: Oxford University Press.
- Rodley, N. S. (2013). The Role and Impact of Treaty Bodies. En D. Shelton, *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (págs. 621-649). Oxford: Oxford University Press.
- Rodrigo, Á. J., & García, C. (2009). La vuelta a la teoría por medio del diálogo científico. En Á. J. Rodrigo, & C. García, *Unidad y Pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional* (págs. 15-34). Barcelona: Tecnos.
- Ruggie, J. G. (2013). *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*. Nueva York: Amnesty International Global Ethics Series.
- Simmons, P. (2012). International law's invisible hand and the future of corporate accountability for violations on human rights. *Journal of Human Rights and the Environment*, 5-43.
- Toro Valencia, J. A. (2013). *La autoridad privada en la gobernanza: las oficinas globales de abogados en el régimen de arbitraje de inversiones del CIADI*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra.