



Asamblea General

Distr.
GENERAL

A/HRC/8/16
15 de mayo de 2008

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS

Octavo período de sesiones

Tema 3 de la agenda

**PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE TODOS LOS DERECHOS HUMANOS,
CIVILES, POLÍTICOS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES,
INCLUIDO EL DERECHO AL DESARROLLO**

Aclaración de los conceptos de "esfera de influencia" y "complicidad"

**INFORME DEL REPRESENTANTE ESPECIAL DEL SECRETARIO
GENERAL SOBRE LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
Y LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS
COMERCIALES, JOHN RUGGIE***

Resumen

Atendiendo a la petición formulada por la Comisión de Derechos Humanos en el apartado c) del párrafo 1 de su resolución 2005/69, donde se encomendaba al Representante Especial el mandato de "investigar y aclarar las implicaciones que conceptos como "complicidad" y "esfera de influencia" tienen para las empresas transnacionales y otras empresas comerciales", en el presente informe, que acompaña al informe del Representante Especial al Consejo de Derechos Humanos correspondiente a 2008, se examina la adecuación de ambos conceptos a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, que es uno de los tres principios en que se basa el marco estratégico de políticas que se describe en el informe principal. El concepto de "esfera de influencia" se considera demasiado amplio y ambiguo para definir el alcance de la diligencia debida en el ejercicio de la responsabilidad de respetar los derechos humanos, por lo que el Representante Especial expone un criterio alternativo. En cambio, se considera que evitar la complicidad es un elemento fundamental del ejercicio de la diligencia debida para respetar los derechos humanos, pues el concepto de complicidad hace referencia a un subconjunto de medios indirectos por los que las empresas, en el ámbito de sus relaciones, pueden tener un efecto negativo en el disfrute de esos derechos.

* Este informe se presenta con retraso para que en él figure la información más reciente posible.

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. INTRODUCCIÓN	1 - 4	3
II. NO SÓLO LA ESFERA DE INFLUENCIA	5 - 25	3
A. Orígenes y empleo actual del concepto de esfera de influencia	7 - 9	4
B. Limitaciones del concepto para el programa actual relativo a las empresas y los derechos humanos	10 - 18	5
C. El alcance de la diligencia debida	19 - 22	7
D. Resumen.....	23 - 25	8
III. LAS CONSECUENCIAS DE LA COMPLICIDAD	26 - 72	9
A. Introducción al concepto.....	29 - 32	9
B. El derecho como guía.....	33 - 53	11
C. Expectativas sociales de que las empresas eviten la complicidad.....	54 - 69	17
D. Resumen.....	70 - 72	22

I. INTRODUCCIÓN

1. En su resolución 2005/69, de 20 de abril de 2005, la Comisión de Derechos Humanos definió el mandato del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, y le encomendó, en el apartado c) del párrafo 1, la tarea de "investigar y aclarar las implicaciones que conceptos como "complicidad" y "esfera de influencia" tienen para las empresas transnacionales y otras empresas comerciales".

2. El presente informe es la respuesta del Representante Especial a esa parte de su mandato. En él se abordan ambos conceptos en relación con la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, un principio éste que forma parte del marco estratégico de políticas que describió en su informe al Consejo de Derechos Humanos correspondiente a 2008¹. Dicho marco se basa en tres principios fundamentales: el deber del Estado de ofrecer protección frente a las violaciones de los derechos humanos cometidas por terceros, incluidas las empresas; la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, y la necesidad de un acceso más efectivo a los recursos.

3. Respetar los derechos significa fundamentalmente no conculcar los derechos de los demás -o, dicho de forma más sencilla, no causar daño. Pero, ¿cómo saben las empresas que respetan los derechos humanos? ¿Tienen sistemas que permitan respaldar su pretensión con algún grado de confianza? En su mayoría no. Por consiguiente, las empresas deben actuar con la diligencia debida, lo que supone no sólo un medio de asegurarse del cumplimiento de la legislación nacional sino también de gestionar el riesgo de conculcación de los derechos humanos con miras a evitarlo.

4. Los conceptos de esfera de influencia y complicidad tienen posibles consecuencias en el alcance de la diligencia debida -los diversos factores y agentes que una empresa debe tomar en consideración al actuar con la diligencia debida. No obstante, después de realizar un examen detenido y celebrar consultas, el Representante Especial ha llegado a la conclusión de que el concepto de "esfera de influencia" es demasiado amplio y ambiguo para definir con rigor el alcance de la diligencia debida, por lo que expone un criterio alternativo. En cambio, la complicidad sigue siendo un concepto importante porque designa un subconjunto de los medios indirectos por los que las empresas, en el contexto de sus relaciones, pueden influir negativamente en el disfrute de los derechos humanos. Un proceso adecuado de diligencia debida ayuda a las empresas a gestionar el riesgo de complicidad en la vulneración de derechos humanos.

II. NO SÓLO LA ESFERA DE INFLUENCIA

5. Es muy frecuente emplear el concepto de "esfera de influencia" al examinar la cuestión de la responsabilidad social de las empresas. En cumplimiento de su mandato de investigar y aclarar el concepto, el Representante Especial encargó que se investigara la jurisprudencia, y examinó conceptos jurídicos conexos. Consultó publicaciones sobre el tema de las empresas y

¹ A/HRC/8/5.

los derechos humanos, la responsabilidad social de las empresas, la teoría de las partes interesadas y la filosofía moral. Esa cuestión se abordó en una consulta con múltiples interesados convocada por el Representante Especial², y dos miembros de su equipo de investigadores publicaron un artículo en la revista *Ethical Corporation*, que obtuvo un gran número de respuestas por correo electrónico³. El Representante Especial llegó a la conclusión de que el concepto de esfera de influencia tiene demasiadas facetas para servir de base a una definición del alcance de la diligencia debida, y que la influencia en sí misma no es un criterio adecuado para atribuir responsabilidad a las empresas.

6. La presente sección sobre la esfera de influencia está dividida en tres partes. En la primera se resumen los orígenes del concepto y su uso actual, y se reconoce que ha sido una metáfora útil para las empresas a la hora de definir las responsabilidades y oportunidades relacionadas con los derechos humanos fuera del lugar de trabajo. En la segunda parte se señala que el concepto de empresa y derechos humanos ha evolucionado rápidamente desde que se introdujo por primera vez, y que en la actualidad se requiere más rigor para ofrecer orientación suficiente a las empresas en la determinación de qué medidas concretas deben adoptar para respetar los derechos humanos. En la tercera parte se expone brevemente un enfoque alternativo para definir el alcance de la diligencia debida.

A. Orígenes y empleo actual del concepto de esfera de influencia

7. El Pacto Mundial de las Naciones Unidas introdujo por primera vez el concepto de esfera de influencia en el debate sobre la responsabilidad social de las empresas. Su objetivo era ayudar a las empresas a "apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales reconocidos universalmente" dentro y fuera del lugar de trabajo⁴.

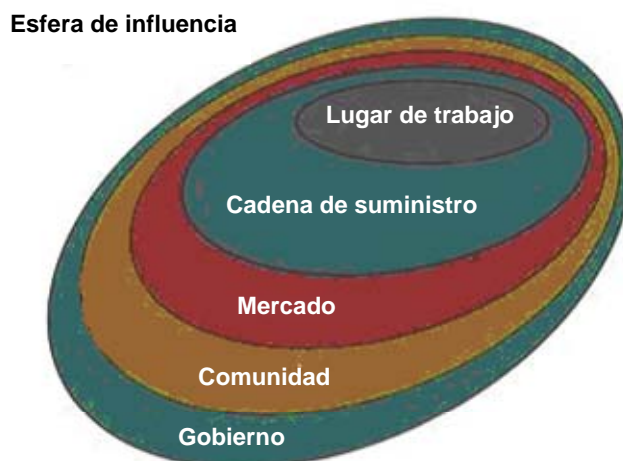
8. En el Pacto Mundial se visualizó la esfera de influencia por medio de un modelo que fue adoptado posteriormente por algunas empresas. Consiste en una serie de círculos concéntricos donde se sitúan las distintas partes de la cadena de valor de una empresa: los empleados en el círculo interior y, a continuación, yendo desde el centro hacia afuera, los proveedores, el mercado, la comunidad y los gobiernos. En el modelo se partía del supuesto de que la

² The December 2007 consultation focused on the corporate responsibility to respect. For a summary report, see A/HRC/8/5/Add.1.

³ The article is available at: <http://www.ethicalcorp.com/content.asp?ContentID=5504>.
[asp?ContentID=5504](http://www.ethicalcorp.com/content.asp?ContentID=5504).

⁴ "The concept of sphere of influence seeks to establish the scope of corporate responsibility for human rights issues based on the extent of a particular business' influence." Office of the High Commissioner for Human Rights, *United Nations Global Compact, E-Learning, Module 2*, <http://www.unssc.org/web/hrb/details.asp?mod=2&sec=2&cur=1>.

"influencia" de una empresa, y, por tanto, probablemente también su responsabilidad, disminuye conforme uno se aleja del centro⁵.



9. Este modelo ha ayudado a las empresas a considerar el papel que desempeñan en la sociedad fuera del lugar de trabajo y las medidas que deben adoptar para respetar y apoyar los derechos humanos. Por ejemplo, los participantes en una encuesta realizada por el Representante Especial a las empresas de la lista Fortune Global 500 parecían establecer en sus obligaciones para con las principales partes interesadas el mismo orden de prioridad que en el modelo, con la única variación importante de que las empresas de la industria extractiva colocaban a las comunidades antes que las cadenas de suministro⁶.

B. Limitaciones del concepto para el programa actual relativo a las empresas y los derechos humanos

10. La imprecisión y la ambigüedad del concepto de esfera de influencia fueron haciéndose cada vez más patentes a medida que las empresas trataban de determinar con más precisión qué medidas podían exigir sus responsabilidades sociales y con quién tenían responsabilidades específicas. Además, la necesidad de mayor claridad se multiplicó cuando, en el proyecto de normas de las Naciones Unidas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, se quiso utilizar el concepto de esfera de influencia para delimitar las obligaciones jurídicas de las empresas, utilizando ese concepto como un equivalente funcional de la jurisdicción de un Estado⁷.

⁵Concerns about this model are reflected in the Special Representative's most recent report to the Human Rights Council, A/HRC/8/5, paras. 65 - 72.

⁶ A/HRC/4/35/Add.3.

⁷ E/CN.4/Sub.2/2003/12.

11. La imprecisión y la ambigüedad del concepto se deben a varias razones; en primer lugar, porque en el modelo de círculos concéntricos no se distingue entre las partes cuyos derechos podrían resultar afectados negativamente por las actividades de la empresa, por ejemplo las comunidades, y los agentes en cuyas acciones podría tener cierta influencia, ya se trate de proveedores, comunidades o gobiernos.
12. Sin embargo, esta "influencia" tiene dos significados muy distintos. Uno es el de "impacto", es decir, el perjuicio que las actividades o las relaciones de las empresas causan en materia de derechos humanos. El otro es la "autoridad" que una empresa puede ejercer sobre otros agentes que causan un perjuicio o podrían evitarlo. El impacto siempre entra dentro del ámbito de la responsabilidad de respetar los derechos humanos, mientras que la autoridad sólo en circunstancias determinadas.
13. Vincular la responsabilidad empresarial con la influencia entendida como autoridad resulta problemático, pues habría que partir del supuesto, en términos de filosofía moral, de que "poder significa deber"⁸. No se puede responsabilizar a las empresas del impacto en los derechos humanos ejercido por cada entidad sobre la que tengan alguna autoridad, pues comprendería también los casos en que no están contribuyendo al daño ni son causa de él. Tampoco es conveniente exigir a las empresas que actúen siempre que tengan influencia, especialmente sobre los gobiernos. Una cosa es pedir a las empresas que apoyen voluntariamente los derechos humanos allí donde ejerzan autoridad y otra muy distinta atribuirles responsabilidad únicamente sobre esa base.
14. Atribuir responsabilidad porque se tiene influencia invita a la manipulación, pues la influencia sólo puede definirse con respecto a alguien o a algo, por lo que ella misma está sujeta a influencia. Un gobierno puede no cumplir sus obligaciones deliberadamente con la esperanza o la expectativa de que una empresa ceda a la presión social para que se promuevan o realicen ciertos derechos, lo cual demuestra por qué se deben definir las obligaciones de los Estados y las responsabilidades de la empresa independientemente unas de otras.
15. El concepto de esfera de influencia se ha desarrollado en la práctica recurriendo al término de "proximidad": "con [la] expresión ["esfera de influencia"] se tiende a designar a los individuos con los que la empresa tiene cierta proximidad política, contractual, económica o geográfica. Toda empresa, independientemente de su dimensión, tiene una esfera de influencia; cuanto más grande sea, mayor será probablemente su esfera de influencia"⁹. Pero sigue sin estar claro cuál es el significado exacto de proximidad. ¿Qué constituye "proximidad política", por ejemplo? El significado más intuitivo de proximidad -la geográfica- puede resultar engañoso. Indudablemente las empresas deben interesarse por las repercusiones que tienen sus actividades en los trabajadores y las comunidades de su entorno, pero sus actividades también pueden afectar

⁸ "The sphere of influence concept implies that the more control, authority or influence a business has over a situation giving rise to human rights abuses (or the means to improve respect for human rights), the greater the business responsibility to act." OHCHR, *UN Global Compact, E-Learning, Module 2*. <http://www.unssc.org/web/hrb/details.asp?mod=2&sec=1&cur=1>.

⁹ "Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Responsibilities of Transnational Corporations and Related Business Enterprises" (E/CN.4/2005/91).

el ejercicio de los derechos de personas muy distantes del lugar donde se originan; por ejemplo, cuando un proveedor de servicios de Internet vulnera el derecho a la intimidad puede poner en peligro a usuarios finales dispersos. Por lo tanto, lo que determina si el impacto en los derechos humanos forma parte de la responsabilidad de respetarlos no es la proximidad sino la red de actividades y relaciones de la empresa.

16. En cumplimiento del mandato de "aclarar" el concepto de esfera de influencia y sus implicaciones, el Representante Especial ha estudiado la posibilidad de redefinir la "influencia" empresarial en términos de "control" o "relación causal". Sin embargo, ambos conceptos podrían a su vez resultar también demasiado restrictivos para las empresas que no sólo se esfuerzan en respetar los derechos humanos sino también en darles "apoyo" voluntariamente, por ejemplo en el contexto del Pacto Mundial.

17. Además, los conceptos de control o relación causal podrían limitar indebidamente la responsabilidad básica de las empresas de respetar los derechos. Esta responsabilidad requiere que las empresas detecten, impidan y afronten con la diligencia debida los efectos negativos de sus actividades en los derechos humanos. Definir el alcance de la diligencia debida mediante el control y la relación causal podría significar, por ejemplo, que las empresas no estarían obligadas a tomar en consideración el impacto que puede tener sobre los derechos humanos la actuación de los proveedores sobre los que no puede legalmente ejercer control o las situaciones en que sus propios actos, aun sin causar directamente un daño, contribuyan de forma indirecta a la vulneración.

18. Basándose en estas consideraciones, el Representante Especial ha llegado a la conclusión de que la esfera de influencia, aunque sigue siendo una metáfora útil para que las empresas reflexionen ampliamente sobre sus responsabilidades y oportunidades con respecto a los derechos humanos fuera del lugar de trabajo, tiene una utilidad limitada para aclarar los parámetros específicos de su responsabilidad de respetar los derechos humanos.

C. El alcance de la diligencia debida

19. ¿Cuál es el alcance de la diligencia debida con que las empresas deben actuar respecto de los derechos humanos? Inevitablemente el proceso será inductivo y se basará en los hechos, pero es posible enunciar sucintamente los principios por los que se rige. Las empresas deberían tener en cuenta tres conjuntos de factores. En primer lugar, el contexto nacional en que se desarrollan sus actividades comerciales, a fin de detectar los retos que se puedan plantear en materia de derechos humanos. En segundo lugar, el impacto que en los derechos humanos pueden tener sus actividades en ese contexto -por ejemplo, en su calidad de productores, proveedores de servicios, empleadores y vecinos. En tercer lugar, la posibilidad de que las empresas contribuyan a la vulneración de algún derecho mediante las relaciones vinculadas a sus actividades, por ejemplo con sus socios comerciales, proveedores, organismos oficiales y otros agentes no estatales. Las circunstancias determinarán el alcance y la profundidad de ese proceso.

Entender el contexto

20. Las empresas deberían esforzarse en conocer las cuestiones relacionadas con los derechos humanos existentes en los lugares en que desarrollan sus actividades, con el fin de evaluar los retos concretos que pueden plantearseles en ese contexto. Esta información puede obtenerse

fácilmente de los informes de los trabajadores, las organizaciones no gubernamentales (ONG), los gobiernos y los organismos internacionales¹⁰. El análisis debería comprender la legislación interna y las obligaciones internacionales del país relacionadas con los derechos humanos, así como las posibles diferencias entre las normas internacionales y las leyes y prácticas nacionales.

Evaluar las actividades de las propias empresas

21. Las empresas deberían analizar los efectos potenciales y reales de sus propias actividades en grupos como los empleados, las comunidades y los consumidores. Deberían determinar qué políticas y prácticas pueden tener efectos negativos en el ejercicio de los derechos humanos y modificarlas a fin de evitar el daño. Podrían tener efectos directos, entre otras actividades, el propio proceso de producción, los productos o servicios que la empresa suministra, sus prácticas relativas a la mano de obra y el empleo, las medidas de seguridad del personal y los bienes, la actividad de la empresa como grupo de presión y otras actividades políticas.

Analizar las relaciones de las empresas

22. Las empresas deberían evitar verse involucradas en los efectos adversos que la actividad de terceros pueda tener en el ejercicio de los derechos humanos en el marco de sus relaciones con ellos. Puede darse esa situación en el desarrollo de las actividades comerciales de la empresa, en particular el suministro o la contratación de bienes y servicios, e incluso de las actividades no comerciales, como el préstamo de equipo o vehículos. Por lo tanto, las empresas deben entender el historial de las entidades con las que tratan para determinar si podrían acabar contribuyendo o estando vinculadas al daño que causen las entidades con las que mantienen, o prevén mantener, relaciones comerciales o de otro tipo. Ese análisis de las relaciones deberá comprender un examen de los casos en que se podría considerar que la empresa es cómplice del daño causado por terceros. Esta cuestión se examina con más detalle en la sección III.

D. Resumen

23. La diligencia debida supone la adopción de medidas razonables por las empresas para conocer, evitar y afrontar los efectos negativos de sus actividades y relaciones. Dichas medidas podrán variar con arreglo a factores como el contexto nacional, la naturaleza de la actividad y el sector, y la magnitud de la inversión o el intercambio comercial.

24. Las medidas de vigilancia y mitigación que adopten las empresas también podrán variar con arreglo a esos criterios. Por ejemplo, las que se tomen para vigilar y afrontar los efectos de las propias actividades en el disfrute de los derechos humanos podrán ser distintas de las referentes a las relaciones comerciales o a las relaciones con otros agentes sociales. Además, las medidas que sea preciso adoptar para afrontar los efectos de las operaciones de una sucursal en el disfrute de los derechos humanos pueden diferir de las adoptadas en respuesta a los efectos potenciales o reales causados por proveedores situados a varios niveles de distancia.

¹⁰ For guidance on how to assess the local context, see *Guide to Human Rights Impact Assessment and Management*, Road-testing Draft, a joint publication of the International Finance Corporation, the Global Compact, and the International Business Leaders Forum, June 2007, p. 31, available at: http://www.unglobalcompact.org/docs/news_events/8.1/HRIA_final.pdf.

25. En resumen, el alcance de la diligencia debida en el cumplimiento de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos no es una esfera fija, ni se basa en la influencia, sino que depende de los efectos posibles o reales en el disfrute de los derechos humanos que puedan tener las actividades comerciales y las relaciones conexas de las empresas.

III. LAS CONSECUENCIAS DE LA COMPLICIDAD

26. Las empresas tienen la responsabilidad con respecto a los derechos humanos, entre otras cosas, de evitar la complicidad. En el último trienio, el Representante Especial convocó en 2006 un seminario pluridisciplinario dedicado a este concepto, el cual también se examinó en muchas otras de sus consultas con la participación de múltiples interesados, incluida la celebrada más recientemente, en diciembre de 2007, sobre la naturaleza de la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos¹¹. Las consideraciones del Representante Especial también se han basado en la labor desarrollada por dos ONG con amplia experiencia en esta esfera¹².

27. El concepto de complicidad empresarial en violaciones de derechos humanos ha merecido la atención de gobiernos, empresas, juristas, filósofos, abogados y víctimas, los cuales pueden tener interpretaciones diversas de lo que ese término significa en la práctica. Algunos observadores subrayan el historial legislativo de "complicidad" y hacen referencia a la evolución del derecho penal internacional como base para definir la complicidad en el contexto de las empresas y los derechos humanos. Otros hacen hincapié en la condena de la participación indirecta de empresas en violaciones de derechos humanos de acuerdo con las expectativas sociales e independientemente de la responsabilidad jurídica específica.

28. En la presente sección se exponen las consideraciones más importantes con respecto a la complicidad, desde el punto de vista tanto jurídico como no jurídico. Teniendo en cuenta que el derecho penal internacional es un punto de partida útil, se examinan con cierto detalle las normas jurídicas internacionales en esta materia. También se examinan los principales marcos no jurídicos en los que la participación indirecta en violaciones de derechos humanos ha comportado importantes consecuencias para las empresas.

A. Introducción al concepto

29. El concepto de complicidad es sumamente importante en el contexto de las empresas y los derechos humanos. La mayoría de las más de 40 causas incoadas en virtud de la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros contra empresas en los Estados Unidos hasta la fecha, que en la actualidad constituyen el mayor conjunto jurisprudencial nacional sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones del derecho internacional, se han referido a la cuestión de la presunta complicidad, fueran los autores efectivos fuerzas de seguridad públicas o

¹¹ See A/HRC/8/5/Add.1.

¹² See the Fafo Institute's project on Business and International Crimes, information available at: <http://www.faf.no/liabilities/index.htm>. See also the International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, information available at: <http://www.business-humanrights.org/Updates/Archive/ICJPaneloncomplicity>.

privadas, otros agentes gubernamentales, facciones armadas en conflictos civiles u otros agentes de esa índole¹³. Además, un reciente estudio realizado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) para el Representante Especial sobre las denuncias contra empresas pone de manifiesto que el 41 % de las 320 (de todas las regiones y sectores) de la muestra suponían formas indirectas de participación de empresas en diversas violaciones de derechos humanos¹⁴.

30. La complicidad en el contexto de las empresas y los derechos humanos hace referencia a la participación indirecta de empresas en violaciones de derechos humanos. Fundamentalmente, significa que una empresa contribuyó conscientemente a una violación de los derechos humanos. Se considera participación indirecta porque la propia empresa no comete de hecho la violación. En principio, puede aducirse complicidad cuando conscientemente se ha contribuido a algún tipo de violación de los derechos humanos, sean estos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales.

31. Las denuncias de complicidad de empresas por lo general han comportado una participación de agentes estatales y no estatales en las violaciones. A efectos jurídicos, por ejemplo, ese término hace referencia a la participación indirecta en violaciones de derechos humanos cometidas por agentes tanto estatales como por agentes no estatales, por ejemplo paramilitares¹⁵. Además, algunos accionistas han adoptado decisiones de desinversión como respuesta a la presunta participación indirecta de una empresa en violaciones de derechos humanos cometidas por un proveedor en el lugar de trabajo.

32. Para comprender las consecuencias de la complicidad es preciso conocer la forma en que tanto la ley como diversos agentes sociales juzgan la contribución de empresas a violaciones de derechos humanos, y las posibles consecuencias de esas apreciaciones. La tarea puede parecer ardua. Sin embargo, las empresas pueden tomar conciencia del riesgo de complicidad, prevenirlo y afrontarlo incorporando los elementos comunes de las referencias jurídicas y societales en sus procesos de diligencia debida. Evitar la complicidad sin duda es parte integrante de la diligencia debida para velar por que las empresas respeten los derechos humanos. Aunque no hay garantías de que actuar con la diligencia debida protegerá a una empresa de responsabilidad legal o de denuncias públicas, debería contribuir en gran medida a mejorar su capacidad para advertir y evitar el riesgo de complicidad y para manifestar a los accionistas que realmente no tiene la intención de colaborar en violaciones de derechos humanos cometidas por otros.

¹³ ATCA is discussed further in section B below.

¹⁴ See A/HRC/8/5/Add.2.

¹⁵ For examples of cases brought against companies for aiding and abetting alleged State abuse, see: *Doe v Unocal*, 395 F.3d 932 (9th Cir, 2002) (settled out of court); *Khulumani v. Barclay National Bank* 504 F.3d 254 (2d Cir.2007) (ongoing) and *Xiaoning v. Yahoo! Inc.* (N.D.Cal., case filed on 18 April 2007) (ongoing). For examples of cases against companies for aiding and abetting non-State abuse, see: *Carrizosa v. Chiquita*, (S.D. Fla., case filed on 13 June 2007) (ongoing); *Doe v. Chiquita*, (D.N.J., case filed on 18 July 2007) (ongoing).

B. El derecho como guía

33. Debido a que la jurisprudencia derivada de causas contra empresas es relativamente limitada en comparación con la de causas contra personas, y teniendo en cuenta las diversas definiciones de complicidad en distintos contextos jurídicos, no es posible determinar de manera rigurosa lo que constituye complicidad, incluso en la esfera jurídica. El Representante Especial observa que el derecho penal internacional y la jurisprudencia en materia de complicidad son las fuentes de orientación más claras. De la jurisprudencia se desprenden varios principios fundamentales que pueden servir de orientación básica útil a las empresas¹⁶. También es importante el derecho penal internacional porque puede influir en las normas penales y no penales nacionales.

1. Las normas jurídicas como guía: la complicidad en el derecho penal internacional

34. La jurisdicción de los tribunales penales internacionales especiales, por ejemplo los tribunales de crímenes de guerra establecidos después de la segunda guerra mundial, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Internacional para Rwanda, se ha aplicado únicamente a personas físicas y no a personas jurídicas, tales como empresas. La Corte Penal Internacional (CPI) permanente también tiene esta característica¹⁷. Por tanto, se invita a la prudencia al tratar de equiparar las normas aplicables a las personas y a las empresas. Sin embargo, las normas de derecho penal internacional invocadas en estas causas son importantes para el examen de la complicidad de las empresas al menos por dos razones. En primer lugar, esas normas pueden servir de orientación a los tribunales penales nacionales, algunos de los cuales permiten enjuiciar penalmente a empresas. En segundo lugar, el derecho penal internacional puede influir directamente en los procesos no penales contra empresas en los países.

35. Como se indicó más arriba, el derecho penal internacional prohíbe la complicidad en delitos internacionales. La complicidad supone lo siguiente: i) una acción u omisión que tenga un efecto sustancial en la comisión de un delito internacional, y ii) el conocimiento de contribuir a la comisión de un delito¹⁸.

¹⁶ There are other ways in which involvement with another who commits a crime is prohibited in international criminal law. Examples include joint criminal enterprise and superior responsibility. Joint criminal enterprise criminalizes participation with others for a common plan, design or purpose to commit an international crime. Those who participate in such a group and take actions intentionally to bring about the common plan can be guilty. Superior responsibility criminalizes the failure of either a military or civilian superior to carry out their duty to prevent or punish the crimes committed by a subordinate.

¹⁷ Pursuant to article 123 of the Rome Statute establishing the International Criminal Court, seven years after the entry into force of the Statute, the Secretary-General of the United Nations will convene a Review Conference. Such review will take place in 2009, and some have signalled that the idea of including legal persons in the jurisdiction of the Court might be re-proposed for discussion.

¹⁸ The Statutes for the ICC, ICTY and ICTR as well as other international criminal tribunals provide for individual liability based on aiding and abetting. In the jurisprudence before the

a) Acción u omisión que tiene un efecto sustancial

36. En las causas por complicidad conocidas por tribunales internacionales especiales se ha entendido por complicidad los "actos [de individuos] destinados a prestar a asistencia, alentar u ofrecer apoyo moral a la comisión de un delito que tienen un efecto sustancial en su comisión"¹⁹.

37. La asistencia no necesita ser la causa del delito ni una contribución necesaria a su comisión. En otras palabras, no es preciso demostrar que el delito no se habría producido sin esa contribución. Además, la asistencia puede prestarse antes, durante o después de la comisión del delito principal y no tiene por qué producirse en las proximidades del lugar del delito²⁰.

38. El Código de la Comisión de Derecho Internacional dispone que es cómplice quien proporciona un tipo de asistencia que contribuye "directa y sustancialmente" a la comisión del delito. Una contribución sustancial y directa podría ser, por ejemplo, proporcionar los medios que permitan al autor cometer el delito. La asistencia debe facilitar la comisión del delito de manera significativa²¹.

Omisión y presencia en silencio

39. En el contexto de las empresas y los derechos humanos a menudo se plantea la cuestión de si la mera presencia de una empresa en un país en el que se están cometiendo violaciones de los derechos humanos puede equivaler a complicidad. Es poco probable que la mera presencia comporte responsabilidad jurídica por complicidad. Por analogía con la jurisprudencia basada en el derecho penal internacional, sería necesario demostrar que el silencio de la empresa equivalió a una contribución sustancial a la comisión del delito, por ejemplo mediante su legitimación o estímulo, y que la empresa lo hizo conscientemente.

40. De acuerdo con el derecho penal internacional, se ha declarado culpables de complicidad en la comisión de delitos internacionales a personas que estuvieron presentes en silencio en el

ICTY and ICTR, the tribunals have emphasized that such liability will depend on proving a physical element (substantial assistance) and a mental element (knowledge). For example, see *Furundžija*, (ICTY Trial Chamber) 10 December 1998, para. 249; *Simić*, (ICTY Appeals Chamber), 28 November 2006, paras. 85 -86; *Blagojevic and Jokic*, (ICTY Appeals Chamber), 9 May 2007, para. 127; and *Ntagerura*, (ICTR Appeals Chamber).

¹⁹ For example, see *Simić*, (ICTY Appeals Chamber), 28 November 2006, para. 85; *Blagojevic and Jokic*, (ICTY Appeals Chamber), 9 May 2007, para. 127; *Blaskic*, (ICTY Appeals Chamber), 29 July 2005, paras. 45 - 46; *Vasiljevic*, (ICTY Appeals Chamber), 25 February 2004, para.102; and *Ntagerura*, (ICTR Appeals Chamber), 7 July 2006

²⁰ *Blaskic*, (ICTY Appeals Chamber), 29 July 2004, para. 48. Also see *Blagojevic and Jokic*, (ICTY Appeals Chamber), 9 May 2007, para. 127; *Simić*, (ICTY Appeals Chamber), 28 November 2006, para. 85; and *Ntagerura*, (ICTR Appeals Chamber), 7 July 2006, para. 372.

²¹ According to the International Law Commission, this standard is consistent with the other relevant international provisions including the Nuremberg Charter and the ICTY and ICTR Statutes. See *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, Part Two, document A/51/10, p.21, para. (11) of the commentary to article 1.

lugar del delito o sus proximidades. Sin embargo, la presencia sólo fue en esos casos uno de los factores que llevaron a la conclusión de que los actos u omisiones de la persona habían tenido un efecto legitimador o de estímulo del delito en ese contexto determinado, y que todos los acusados también tenían alguna forma de responsabilidad superior²².

Obtención de beneficio de las violaciones

41. Al igual que con la mera presencia, el solo hecho de que una empresa se beneficie de violaciones de los derechos humanos es poco probable que comporte responsabilidad jurídica por complicidad. Sin embargo, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica observó que beneficiarse de una violación era un factor importante para determinar la responsabilidad de las empresas por complicidad en infracciones²³. Como se examina más abajo, la obtención de un beneficio es una consideración importante en contextos no jurídicos²⁴.

b) Conocimiento

42. En las causas examinadas en tribunales penales internacionales se ha exigido que los acusados conocieran la intención delictiva del autor principal y que sus propios actos aportaran una asistencia sustancial a la comisión del delito²⁵. Sin embargo, la complicidad no requiere que la persona tenga la misma intención delictiva que quien comente el delito, y ni siquiera el deseo

²² See *Kvočka* (ICTY Trial Chamber), 2 November 2001, paragraphs 257-261, summarizing the ICTY cases dealing with presence and accomplice liability.

²³ In 1998, the South African Truth and Reconciliation Commission found that there were three levels of business involvement in apartheid: (i) playing a central role in designing and implementing apartheid; (ii) profiting directly from activities that promoted apartheid; and (iii) benefiting indirectly by operating in apartheid society. (Truth and Reconciliation Commission, Final Report 1998, at Vol. 4, Chap. 2) The Commission said that the first two levels must result in accountability (paras. 23 and 27). However, it said that benefiting indirectly from apartheid policies was of a "different moral order." (para. 23) It implied that it would be inappropriate to hold such companies accountable for furthering apartheid per se, (para. 32) notwithstanding the Commission's support for companies to engage in "realistic moral behaviour grounded in a culture of international human rights law." (para. 148) The Final Report is available at: <http://www.polity.org.za/polity/govdocs/commissions/1998/trc/4chap2.htm>.

²⁴ See section C below.

²⁵ The ICC has yet to interpret the Rome Statute's provision on aiding and abetting, which states that liability will arise if "for the purpose of facilitating" a crime, an individual, "aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission." There is some disagreement whether the words "for the purpose of" place an additional requirement that what has been used in the ad hoc tribunals and what is now considered custom, that is whether there is an extra requirement of proof that the contribution was given for the *purpose* of facilitating a crime.

de que se cometa²⁶. Tampoco es necesario demostrar que el acusado sabía con precisión qué delito se tenía la intención de cometer, y que se cometió efectivamente, sino sólo que podría cometerse uno de varios delitos posibles²⁷.

43. Puede determinarse la existencia de conocimiento mediante pruebas circunstanciales directas e indirectas. Por tanto, pueden utilizarse hechos objetivos para deducir el estado mental subjetivo del acusado²⁸, y puede inferirse un conocimiento constructivo incluso cuando el acusado no ha dicho expresamente que tuviera ese conocimiento, o hubiera negado de hecho tenerlo²⁹.

44. Lo que se requeriría para demostrar el conocimiento de parte de una empresa dependería del contexto. De acuerdo con la jurisprudencia penal internacional que reconoció la responsabilidad individual por el papel desempeñado en violaciones de derechos humanos cometidas por empresas durante la segunda guerra mundial, se infería la existencia de conocimiento por la información de que disponía el representante de la empresa sobre la autoría del delito en el momento en que la empresa prestó la asistencia. Esa información comprendía las actas de las reuniones³⁰, o el contexto de la transacción comercial, por ejemplo pedidos excepcionalmente grandes de sustancias químicas nocivas³¹. En algunos de estos casos, se infirió la existencia de conocimiento por la posición y la experiencia de la persona en la empresa -por ejemplo, cuando desempeñaba un cargo de especial autoridad o influencia³².

2. La responsabilidad penal en los países

45. El derecho penal de muchos Estados prohíbe prestar a sabiendas asistencia a una persona que comete un delito. Aunque no siempre se emplea el término de complicidad en los sistemas

²⁶ *Simić*, (ICTY Appeals Chamber), 28 November 2006, para. 86; and *Aleksovski*, (ICTY Appeals Chamber), 24 March 2000, para. 162.

²⁷ *Blaskic*, (ICTY Appeals Chamber), 29 July 2005, para. 50; and *Simić*, (ICTY Appeals Chamber), 28 November 2006, para. 86.

²⁸ See *United States v. Carl Krauch, et al (The Farben Case)*, Trials of War Criminals, Vol. VIII p. 1187; Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal (1947) Vol 1, Judgment, pp. 305-306; *Tadic*, (ICTY Trial Chamber), 7 May 1997, paras. 675-676 and 689; *Akayesu*, (ICTR Trial Chamber), 2 September 1998, para. 548; and *Aleksovski*, (ICTY Trial Chamber), 25 June 1999, para. 65.

²⁹ *Limaj*, (ICTY Trial Chamber), 30 November 2005, para. 518; see also *Fofana & Kondewa*, (Special Court for Sierra Leone Trial Chamber), 7 August 2007, para. 231.

³⁰ *The Zyklon B case Trial of Bruno Tesch and two others*, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. I, p. 95, available at: <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/zyklonb.htm>.

³¹ *Ibid*, p. 101.

³² See *United Status v. von Weizsaecker*, Trials of War Criminals, Vol. XIV pp.622.

jurídicos nacionales, las normas por lo general se aproximan al concepto de complicidad vigente en el derecho penal internacional³³.

46. Algunas jurisdicciones nacionales permiten declarar responsables a personas jurídicas, incluso empresas, de por lo menos algunos delitos internacionales. Siempre que en esas jurisdicciones se reconozca la responsabilidad por complicidad, generalmente será posible interponer una acción penal contra empresas por complicidad en tales delitos³⁴.

47. Las exigencias concretas de conocimiento y tipo de asistencia variarán con arreglo a la legislación de los distintos países³⁵. Sin embargo, cuando el delito que se persigue ha sido una violación del derecho penal internacional, los tribunales nacionales podrán decidir aplicar las normas del derecho penal internacional³⁶.

48. En general, la responsabilidad de un cómplice no depende, en el ámbito de competencia de los tribunales penales internacionales y nacionales, de la condena del autor principal³⁷.

3. La responsabilidad civil en los países

49. La cuestión de la responsabilidad jurídica de una empresa por su participación en violaciones de derechos humanos también se ha planteado en causas no penales incoadas contra empresas ante los tribunales nacionales.

50. En los Estados Unidos, la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros permite que personas que no son ciudadanos estadounidenses presenten demandas ante los tribunales

³³ Anita Ramasastry and Robert C. Thompson, *Commerce, Crime and Conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law* (2006), Executive Summary, p. 17, available at: www.fao.no/liabilities. [hereinafter Fafo Report]

³⁴ Ibid. The survey of 16 countries from a cross-section of jurisdictions and regions found that 11 countries had established criminal liability for corporations. These countries were Australia, Belgium, Canada, France, India, Japan, the Netherlands, Norway, South Africa, the United Kingdom and the United States. (p. 13) While there were some differences in what international crimes corporations could be prosecuted for depending on whether the State was a party to and had fully incorporated the Rome Statute's three crimes into its domestic law, all of these States had incorporated international crimes in some fashion. (p. 15) Further, all of these States had legislation in place establishing aiding and abetting liability. (p. 17)

³⁵ Ibid., pp. 17 – 22. For instance, the concept of "corporate culture" may be a relevant element in deciding whether the company had the requisite knowledge or intent to aid or abet the commission of the crime. For more information see: "Corporate Culture as a Basis for the Criminal Liability of Corporations" prepared for the Special Representative by the law firm Allens Arthur Robinson, available at <http://www.reports-and-materials.org/Allens-Arthur-Robinson-Corporate-Culture-paper-for-Ruggie-Feb-2008.pdf>.

³⁶ Fafo Report, p. 19.

³⁷ Ibid., p. 18. See also, *Akayesu*, (ICTR Trial Chamber) 2 September 1998, para. 531.

federales por violaciones del derecho internacional³⁸. Aún están por definirse los parámetros de cómo utilizar esta Ley con respecto a empresas, y todavía no se ha resuelto ninguna causa contra una empresa en cuanto al fondo. Como se señaló más arriba, las acciones interpuestas recientemente contra empresas en virtud de dicha Ley han tendido a consistir en demandas por complicidad más que por participación directa en una violación del derecho internacional.

51. La única decisión adoptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en virtud de la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros parece no descartar la responsabilidad de empresas por complicidad³⁹, y la opinión judicial más extendida en ese país parece inclinarse a favor de la existencia de dicha responsabilidad⁴⁰. Además, algunos tribunales que han entendido en demandas interpuestas en virtud de esa Ley por complicidad de empresas en violaciones de derechos humanos han invocado y aplicado las normas de derecho penal internacional de complicidad aplicables en este contexto⁴¹.

52. Fuera del contexto de esa Ley, otros tipos de derecho no penal, como las leyes de actos ilícitos intencionales, negligencia y obligaciones no contractuales, son invocados cada vez con más frecuencia para exigir responsabilidades a empresas por su participación indirecta en violaciones de derechos humanos⁴². Esas demandas tienden a no basarse en el derecho internacional, y es poco probable que se definan como causas de "derechos humanos", sino que más bien se exigirá responsabilidad por incumplimiento de los principios básicos del derecho no penal.

53. En consecuencia, el examen jurídico en esos casos puede diferir del examen basado en el derecho penal internacional descrito más arriba. Incluso cuando el examen es análogo, por ejemplo cuando el tribunal tiene en cuenta fundamentalmente las exigencias de conocimiento y asistencia, los elementos concretos de esas exigencias pueden diferir. En el contexto de la

³⁸ 28 U.S.C. § 1350.

³⁹ *Sosa v Alvarez-Machain* 542 US 692 (US, 2004).

⁴⁰ For a recent discussion of the ways in which US courts have approached this question, see *Khulumani v. Barclay National Bank* 504 F.3d 254 (2d Cir.2007), part of the so-called "Apartheid litigation." Note that the defendants in the Apartheid litigation recently asked the Supreme Court to review the Second Circuit's decision, arguing, inter alia, that the Second Circuit erred in deciding that aiding and abetting liability exists under ATCA (re: *American Isuzu Motors, Inc., et al. v. Ntsebeza, et al.*). See <http://www.scotusblog.com/wp/petitions-to-watch-conference-of-42508/> for relevant documentation. The Supreme Court will consider the petition on 25 April 2008.

⁴¹ For example, see: *Khulumani v. Barclay National Bank* 504 F.3d 254, 276 (2d Cir.2007); *Almog v. Arab Bank, PLC*, 471 F. Supp. 2d 257, 285-286 & n.33 (E.D.N.Y. 2007); and *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 453 F. Supp. 2d 633, 668 (S.D.N.Y. 2006).

⁴² For commentary on a selection of cases, see Jennifer A. Zerk, *Multinationals and Corporate Social Responsibility* (Cambridge University Press, 2006), Chap. 5.

negligencia, por ejemplo, demostrar conocimiento podría requerir demostrar únicamente que la empresa *debería* haber sabido que estaba asumiendo un riesgo previsible de contribuir a una violación, frente a la necesidad de demostrar la existencia de un conocimiento efectivo. Esto se denomina prueba de lo razonable, o, por decirlo de otra manera, si una persona razonable habría advertido que había el riesgo de contribuir a una violación de derechos humanos y habría modificado su comportamiento para evitar ese riesgo⁴³. Esta investigación puede no considerarse una prueba de conocimiento sino un interrogante sobre si la empresa actuó con el grado de atención necesario⁴⁴.

C. Expectativas sociales de que las empresas eviten la complicidad

54. Las normas jurídicas, sobre todo las de derecho penal internacional, si bien son útiles para comprender el concepto de complicidad, son sólo una parte de la cuestión. En contextos no jurídicos, la complicidad empresarial se ha convertido en un importante criterio utilizado por otros agentes sociales para juzgar a las empresas. El deber de evitar la complicidad se menciona en las normas y principios internacionales de conducta empresarial, por ejemplo el Pacto Mundial. Asimismo, los inversionistas públicos y privados y las organizaciones de defensa de los derechos humanos también juzgan a las empresas por su presunta participación indirecta en la comisión de violaciones de los derechos humanos.

55. Lo que es más importante, las propias empresas reconocen la posibilidad de ser cómplices de violaciones de derechos humanos, y los códigos empresariales proclaman la necesidad de evitarla⁴⁵. Algunas iniciativas colectivas, como el Proceso de Kimberley y los Principios Voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos, destinadas a prevenir la vulneración de

⁴³ Ibid., Zerk provides that "in identifying the substantive obligations of the parent company, the courts will take account of the general state of knowledge about the risks posed by the particular industry, process or technology and how to minimize them. To this end, home state regulatory requirements, codes of conduct, industry 'best practice', safety cases and risk control manuals are likely to be important sources of evidence." (pp. 220 -221)

⁴⁴ For instance in *Lubbe v Cape plc* [2000] 1 Lloyd's Rep 139, which concerned parent company liability for harm caused by a subsidiary, the plaintiff alleged that the parent company's negligence consisted of instructions and advice it gave or failed to give its subsidiaries in following health and safety practices. It was alleged that "the instructions and advice ... showed a careless disregard for the foreseeable risk of injury to those who were closely affected by the asbestos operations in South Africa, taking account of the knowledge which they [defendant company's directors and senior employees] had or ought to have had of the health risks involved." (p. 146) (The case settled so this argument was not decided on its merits.)

⁴⁵ See for example the International Code of Ethics for Canadian Business which includes amongst its "Principles" that signatories agree to "not be complicit in human rights abuses." The Code is available at: <http://www.lib.uwo.ca/business/intlethi.html>.

derechos en contextos en los que la participación indirecta es más probable que la directa, también ofrecen implícitamente orientación sobre cómo evitar la complicidad⁴⁶.

56. En algunos casos, las normas relativas a la complicidad aplicables en contextos no jurídicos contienen requisitos muy similares a los previstos en el derecho internacional y nacional. En otros casos, pueden no exigir el mismo grado de conocimiento y asistencia que la ley, por ejemplo las que censuran la mera presencia de una empresa en un país en el que se cometen violaciones de los derechos humanos o que recibe beneficios de un infractor reconocido. Esas denuncias pueden producir diversos resultados, entre otros la desaprobación de los accionistas, una merma en la reputación de la empresa, e incluso desinversión.

1. Normas, principios y otras directrices internacionales

a) El Pacto Mundial de las Naciones Unidas

57. En 1999, el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Sr. Kofi Annan, al presentar el Pacto Mundial, se dirigió a los líderes empresariales en los siguientes términos:

"En la forma de dirigir sus propias empresas, ustedes pueden promover directamente el respeto de los derechos humanos y la instauración de condiciones de trabajo y normas ambientales adecuadas. Ustedes pueden hacer de estos valores universales el elemento aglutinador de sus empresas mundiales, ya que son valores que todos reconocerán como propios. **Ustedes pueden velar por que en sus empresas se respeten los derechos humanos, y asegurarse de no ser cómplices de violaciones de esos derechos.**"⁴⁷
(Negrita añadida.)

58. El Principio 2 del Pacto Mundial se refiere específicamente a la complicidad: las empresas deben asegurarse de que no son cómplices en la vulneración de derechos humanos. En la nota explicativa a este principio se indica que la complicidad empresarial en violaciones de los derechos humanos puede producirse principalmente de tres maneras: directa, ventajosa o tácita⁴⁸:

La complicidad directa se produce cuando una empresa deliberadamente presta asistencia a un Estado en la vulneración de los derechos humanos. Por ejemplo, cuando participa en el desplazamiento forzado de personas en circunstancias relacionadas con la actividad empresarial.

⁴⁶ The Kimberley Process was established to help stem the flow of conflict diamonds (see <http://www.kimberleyprocess.com/>) while the Voluntary Principles on Security and Human Rights promote corporate human rights risk assessments and training of security providers in the extractive sector (see <http://www.voluntaryprinciples.org/>).

⁴⁷ Press Release, SG/SM/6881, 1 February 1999, available at: <http://www.un.org/News/Press/docs/1999/19990201.sgsm6881.html>.

⁴⁸ See commentary on Principle 2 from the Global Compact, available at: <http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/Principle2.html>.

La complicidad ventajosa indica que una empresa obtiene ventajas directamente de violaciones de los derechos humanos cometidas por terceros. A menudo se cita como ejemplo las perpetradas por las fuerzas de seguridad al reprimir una protesta pacífica contra determinadas actividades empresariales, o cuando los servicios de protección de las instalaciones de empresas emplean medidas represivas.

La complicidad tácita hace referencia a la forma en que los defensores de los derechos humanos califican el hecho de que una empresa no plantee la cuestión de violaciones sistemáticas o continuas de los derechos humanos en sus interacciones con las autoridades competentes. Por ejemplo, la inacción o la actitud de aceptación por una empresa ante una situación de discriminación sistemática en el empleo de ciertos grupos por motivos de origen étnico o de género podrían dar lugar a acusaciones de complicidad tácita.

59. En relación con el Principio 2, en el Pacto Mundial se sugieren una serie de medidas que podrían ayudar a las empresas a evitar "ser cómplices de violaciones de los derechos humanos", en particular, evaluaciones del impacto en los derechos humanos para determinar el riesgo de que la empresa se vea implicada en violaciones; políticas específicas para proteger a los trabajadores empleados directamente en la empresa o en toda su cadena de suministro, y políticas específicas para garantizar que el sistema de seguridad de la empresa, incluso si está a cargo del Estado o de terceros, no contribuya a la conculcación de los derechos humanos⁴⁹.

60. En el Pacto Mundial también se dispone que las empresas deben establecer salvaguardias claras para asegurarse de que el apoyo financiero o material que presten a las fuerzas de seguridad no se utilice en la conculcación de derechos humanos, y que, en cualquier acuerdo que puedan suscribir con las fuerzas de seguridad, se indique claramente que no aceptarán ninguna violación de las normas internacionales de derechos humanos⁵⁰. En términos más generales, se sugiere que las empresas deben condenar, en privado y públicamente, la vulneración sistemática y continua de los derechos humanos⁵¹.

b) Líneas directrices de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales

61. De acuerdo con las directrices de la OCDE, modificadas en 2000, las empresas deben "respetar los derechos humanos de las personas afectadas por sus actividades, de conformidad con las obligaciones y compromisos internacionales del gobierno de acogida"⁵². Los Estados miembros y otros países que se adhieran a las directrices deberán establecer un Punto nacional de contacto, al que se puedan presentar denuncias, denominadas "casos concretos", contra

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

⁵² See Organization for Economic Co-operation and Development, DAFNE/IME/WPG(2000)15/FINAL, available at: <http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf>.

empresas. Esos casos a menudo suponen la presunta participación indirecta en violaciones de los derechos humanos.

62. Una de esas denuncias se refería a una empresa que prestaba servicios a un centro de detención estatal, donde presuntamente se estaban cometiendo violaciones de los derechos humanos. Al examinar la denuncia, el Punto nacional de contacto declaró que las empresas podían, por acción u omisión, ser cómplices o beneficiarse de las violaciones de los derechos humanos cometidas por los Estados⁵³. Aunque en el informe del Punto nacional de contacto se decía que la naturaleza y el alcance de las actividades de la empresa en el centro de detención no estaban del todo claras, estaba comprobado que la empresa no había tenido en cuenta las directrices en sus evaluaciones éticas. Se destacaba en el informe la importancia de que las empresas hagan una evaluación continua de las cuestiones relacionadas con los derechos humanos en el contexto de sus operaciones⁵⁴.

2. Inversionistas

63. En los últimos años, los fondos de inversión tanto públicos como privados han manifestado oficialmente que están dispuestos a suspender, cesar o reconsiderar sus relaciones con empresas que sean cómplices, incluso indirectamente, de violaciones de los derechos humanos. Esta declaración de intención se hizo en el marco de la publicación de sus políticas de inversión y sus decisiones de desinversión o de exclusión.

64. Las políticas de inversión pueden ayudar a los inversionistas a decidir cuándo excluir a una empresa basándose en factores no financieros, incluidos los derechos humanos, y, más concretamente, a evaluar el riesgo de que el propio fondo pueda ser considerado cómplice en una violación por el hecho de invertir en esa empresa. Las Directrices Éticas del Consejo de Ética de Noruega para la Caja de Pensiones del Estado representan al respecto un ejemplo destacado⁵⁵. A solicitud del Ministerio de Finanzas, el Consejo de Ética hace recomendaciones en relación con la posible incompatibilidad de una inversión con las Directrices y el posible incumplimiento por Noruega de las obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional.

65. En la sección correspondiente de las Directrices noruegas se estipula que se promoverán los principios éticos de la Caja por medio de tres mecanismos. En primer lugar, la Caja ejercerá sus derechos de propiedad para lograr un rendimiento financiero a largo plazo basándose en el Pacto Mundial de las Naciones Unidas y las directrices de la OCDE. En segundo lugar, la Caja excluirá de sus inversiones a las empresas que, directamente o por medio de las entidades sobre las que ejercen control, fabriquen armas cuyo uso normal pueda comportar la vulneración de

⁵³ Statement by the Norwegian National Contact Point, 29 November 2005, Enquiry from the Forum for Environment and Development (ForUM) on Aker Kværner's activities at Guantanamo Bay, p. 69, available at: <http://www.oecd.org/dataoecd/23/33/37439881.pdf>.

⁵⁴ Ibid., p. 70.

⁵⁵ The Ethical Guidelines are available at: <http://www.regjeringen.no/en/dep/fin/Selected-topics/andre/Ethical-Guidelines-for-the-Government-Pension-Fund---Global-/The-Ethical-Guidelines.html?id=434894>.

principios humanitarios fundamentales. Por último, la Caja excluirá de sus inversiones a determinadas empresas cuando se considere que, de no hacerlo, existiría un riesgo inaceptable de contribuir a violaciones graves o sistemáticas de los derechos humanos, como asesinato, tortura, privación de libertad, trabajo forzado, las peores formas de trabajo infantil y otras formas de explotación de los niños; violaciones graves de los derechos de la persona en situaciones de guerra o de conflicto armado; daños graves al medio ambiente; corrupción manifiesta, y otras violaciones particularmente graves de las normas éticas fundamentales⁵⁶.

66. Por tanto, el problema no son sólo las inversiones en empresas que pueden ser cómplices de violaciones de derechos, sino que pueda considerarse que la Caja ha contribuido a una violación de los derechos humanos por su asociación con esas empresas⁵⁷.

67. En los últimos años han sido cada vez más frecuentes las campañas de desinversión basadas en la participación de un inversionista en una empresa que se considera que está vulnerando directa o indirectamente los derechos humanos⁵⁸. Es probable que los inversionistas basen sus decisiones con respecto a esas campañas en sus propias políticas de inversión y las opiniones de sus miembros. Por ejemplo, la Caja de Pensiones de Noruega se basó en las Directrices Éticas para retirar públicamente sus inversiones en empresas por la presunta complicidad de éstas en violaciones de los derechos humanos⁵⁹.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ For another example of an investment policy dealing with human rights issues, see the Corporate Governance Policy of the Second Swedish National Pension Fund, chapter 10, available at: <http://www.ap2.se/template/Page.aspx?id=468>. The Special Representative has also learnt that in May 2008, ABP, the pension fund for employers and employees in the Dutch government and educational sector, will publish a responsible investment policy, with the United Nations Global Compact amongst its guiding principles. The policy provides that ABP expects companies in which it invests to follow the Global Compact's principles, thus effectively requiring that companies must not be complicit in human rights abuses, with divestment a possible consequences of persistent failure to improve practices in this regard.

⁵⁸ For background information on recent divestment campaigns, see: <http://www.business-humanrights.org/Categories/Issues/Investmenttradeglobalisation/Divestment>.

⁵⁹ In 2006, following consideration of allegations that Wal-Mart was "implicit in violations of human rights and labour rights in its business operations," the Norwegian Ministry of Finance announced the Government Pension Fund's divestment from the company based on recommendations from the Council of Ethics, which were made pursuant to the Ethical Guidelines. The Ministry said the Fund would "incur an unacceptable risk of contributing to serious or systematic violations of human rights by maintaining its investments in the company." The June 6, 2006 press release is available at <http://www.regjeringen.no/en/dep/fin/Press-Center/Press-releases/2006/Two-companies---Wal-Mart-and-Freepoint---.html?id=104396>.

3. Defensa de los derechos humanos

68. En el último decenio, los principales grupos internacionales de derechos humanos han señalado a la atención la cuestión de la participación indirecta de empresas en violaciones de los derechos humanos, que a menudo han calificado de complicidad. En 1998, Amnistía Internacional publicó los *Principios de derechos humanos para empresas*, donde se afirma, entre otras cosas, que las empresas deben establecer procedimientos para garantizar que se examinen los posibles efectos de todas sus actividades en los derechos humanos, y salvaguardias para garantizar que su personal nunca sea cómplice de violaciones de los derechos humanos⁶⁰. Human Rights Watch también ha publicado informes sobre presuntos casos de complicidad de empresas⁶¹. Otros grupos de defensa de los derechos humanos están haciendo cada vez más denuncias, frecuentemente públicas, contra empresas por su participación indirecta en violaciones de los derechos humanos.

69. Como se ha señalado más arriba, en un informe preparado recientemente por el ACNUDH para el Representante Especial en el que se exponían los distintos tipos de denuncias contra las empresas, el 41% aproximadamente de las 320 presentadas eran por participación indirecta⁶². En el informe se exponen los diversos tipos de denuncias posibles a este respecto, desde haber proporcionado los medios necesarios para la infracción hasta la concesión de préstamos a agentes presuntos autores de violaciones de los derechos humanos, e incluso denuncias de haber presenciado en silencio los abusos en una región donde se sabía que se producían.

D. Resumen

70. No existe un significado uniforme ni estático de complicidad en términos jurídicos y no jurídicos. A pesar de esta confusa realidad, la información disponible actualmente permite extraer varias conclusiones. En primer lugar, el hecho de haber aportado deliberadamente una contribución sustancial a la comisión de violaciones de derechos humanos podría dar lugar a la exigencia de responsabilidades jurídicas y no jurídicas a una empresa. En segundo lugar, el hecho notorio de que una empresa se ha beneficiado de violaciones de derechos humanos puede atraer la atención de agentes sociales, aunque de ello no se derive responsabilidad legal. En tercer lugar, y de manera análoga, la mera presencia de una empresa en contextos en los que se están cometiendo violaciones de los derechos humanos puede atraer la atención de otros

⁶⁰ See "Human Rights Principles for Companies" page 7, Amnesty International, document number ACT 70/001/1998, available at: <http://www.amnesty.org/en/library/info/ACT70/001/1998>.

⁶¹ See for example "The Enron Corporation: Company Complicity in Human Rights Violations" (2002), available at: <http://www.hrw.org/reports/1999/enron/>; and "Race to the Bottom, Corporate Complicity in Chinese Internet Censorship" (2006), available at: <http://www.hrw.org/reports/2006/china0806/>.

⁶² See A/HRC/8/5/Add.2. For the purposes of the study, "direct" involvement was considered to occur when the company caused the abuse through its own acts or omissions. "Indirect" involvement was considered to occur where firms were alleged to contribute to or benefit from the abuse of third parties, such as suppliers, individuals, arms of a state, and other businesses.

agentes sociales, pero es poco probable que, por sí sola, dé lugar a una responsabilidad jurídica. En pocas palabras, el hecho tanto de operar en contextos en los que se producen ese tipo de violaciones como de estar aparentemente beneficiándose de ellas deberían servir de alerta a las empresas para actuar con la diligencia debida, conforme al contexto específico en el que desarrollan sus actividades.

71. Evitar la complicidad es parte inherente a la responsabilidad de respetar los derechos humanos, y exige actuar con la diligencia debida para no contribuir conscientemente a la comisión de violaciones de los derechos humanos, exista o no el riesgo de responsabilidad legal. La diligencia debida ayudará a las empresas a identificar y afrontar los riesgos que debería investigar o evitar para asegurarse de no contribuir conscientemente a la comisión de violaciones de los derechos humanos u obtener a sabiendas beneficio de ellas.

72. En resumen, los principales instrumentos que emplean las empresas para determinar los efectos de sus actividades en los derechos humanos y cumplir su obligación de respetarlos, se trate de políticas de derechos humanos, evaluaciones del impacto, políticas de integración o prácticas para la determinación de los resultados, no deberían concentrarse únicamente en las actividades comerciales de la propia empresa, sino también en las relaciones vinculadas con esas actividades, a fin de garantizar que la empresa no es cómplice ni participa de otra manera en violaciones de los derechos humanos cometidas por terceros.
