



INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE PARA REGULAR, EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, LAS ACTIVIDADES DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS

Observación preliminar sobre el borrador del proyecto de la Convención

Introducción

Cuatro años después de la adopción de la Resolución 26/9, mediante la que se creó el Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta (OEIGWG) con el mandato de elaborar un instrumento internacional vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas en relación a los derechos humanos, la publicación del borrador del proyecto de una Convención internacional sobre las empresas transnacionales y otras empresas y los derechos humanos, es, sin duda, un importante paso hacia el inicio de una discusión sustantiva. A este respecto, se espera que la IV sesión del Grupo de Trabajo, que tendrá lugar en Ginebra en octubre de 2018, sea la oportunidad de que las delegaciones de los diferentes Estados mantengan debates significativos, permitiendo un avance concreto en el proceso de negociación.

Esta contribución resume la postura de la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) sobre el texto publicado por Ecuador: se trata de una observación preliminar sobre el texto publicado. Sigue la estructura del borrador de tratado, centrándose únicamente en algunos de sus artículos; y se inspira en la experiencia de la FIDH como una federación internacional de organizaciones de derechos humanos de todo el mundo. Esperamos aporte elementos útiles y contribuya a las discusiones durante el proceso de negociación.

Preámbulo

El borrador propuesto se basa claramente en el marco internacional actual de protección de los derechos humanos frente a los abusos cometidos por empresas: la lista de documentos en los que se apoyó el proceso de elaboración del borrador publicada por la presidencia aclaró este aspecto.

Sin embargo, **es importante que en el Preámbulo del futuro instrumento se indique específicamente esta complementariedad con los instrumentos internacionales que han establecido el marco de la responsabilidad de las empresas por violaciones de los derechos humanos.** Por lo tanto, el Preámbulo debería mencionar los Principios Rectores de las Naciones

1

<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session4/ListDocuments.pdf>

Unidas sobre empresas y derechos humanos, las Líneas Directrices de la OCDE sobre empresas multinacionales y la Declaración sobre empresas multinacionales de la OIT, como avances significativos en el derecho internacional que rige el comportamiento de las empresas en materia de derechos humanos. Como muchas organizaciones de la sociedad civil y especialistas ya han observado, la complementariedad del tratado con los instrumentos y mecanismos actuales es fundamental para garantizar una aplicación coherente de las diferentes disposiciones y evitar que los Estados y las empresas caigan en la tentación de dejar de implementar los Principios Rectores de la ONU mientras tienen lugar las negociaciones del tratado.²

El Preámbulo también debería reafirmar la importancia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como norma de referencia para la interpretación de sus disposiciones. A este fin, proponemos el texto siguiente:

“Recordamos que la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse a fin de que los individuos, los Gobiernos y otros órganos de la sociedad promuevan el respeto a los derechos humanos y las libertades y aseguren su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, en especial, la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y la promoción del progreso social y la elevación del nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”.

Alcance

¿A qué empresas se aplicará el futuro tratado?

Aunque algunos Estados han insistido en que el tratado únicamente se debería centrar en las empresas transnacionales, otros han pedido que se deje abierto este debate sobre el alcance del tratado, insistiendo que se deberían continuar analizando las diferentes maneras posibles de definir el alcance. La FIDH siempre ha defendido una interpretación amplia del alcance del futuro instrumento, basada en la experiencia concreta de que las violaciones de los derechos humanos están vinculadas a actividades de todo tipo de empresas (no únicamente a las de carácter transnacional) y que las víctimas son quienes sufren el peso de las actuales disparidades en el acceso a justicia y reparación, con independencia de la naturaleza de la propia empresa. “Desde la perspectiva de las personas y las comunidades cuyos derechos humanos son infringidos por las actividades de las empresas, la existencia de dichas violaciones no depende de si la empresa que violó los derechos es una Empresa transnacional o no”.³ **Esto pone de relieve la necesidad de un futuro instrumento que reconozca que todas las empresas deben respetar los derechos humanos, a la vez teniendo en cuenta los desafíos específicos que plantean las empresas transnacionales.**

Los elementos para un instrumento jurídicamente vinculante presentados por Ecuador en septiembre de 2017 (en adelante, “Elementos”) ya se centraban en el carácter transnacional de

2 Véase, por ejemplo, la comunicación oral y escrita presentada con ocasión de la tercera sesión de consultas del OEIGWG, disponibles en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session3/Pages/Session3.aspx>

3 FIDH y Red-DESC, Diez Propuestas Clave para el Tratado (octubre de 2016) [trad. FIDH], pág. 28, disponible en: https://www.escri-net.org/sites/default/files/attachments/tenkeyproposals_final.pdf

las actividades, más que en las propias empresas, lo cual es un paso positivo hacia la resolución de la cuestión.

El borrador preliminar presentado por Ecuador, al tiempo que recuerda en su preámbulo la "responsabilidad de todas las empresas de respetar todos los derechos humanos, sin importar el tamaño, sector, contexto operacional, propiedad y estructura de las mismas", sigue un enfoque similar al de los Elementos. La definición del alcance subjetivo en el borrador incluye las "violaciones de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales de carácter transnacional".⁴

A pesar de las ventajas que presenta este enfoque en comparación con el estrecho planteamiento de la Resolución 26/9, es fundamental que **se establezca en la parte operativa del texto, y no únicamente en el Preámbulo**, la obligación general de las empresas de respetar los derechos humanos.

Esta obligación ha sido reafirmada en la Observación General N° 16 del Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N° 23 y 24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos.

Además, sería beneficioso para el tratado incorporar una referencia más específica a la necesidad de evitar diferencias de trato entre las empresas, tal como se indica, por ejemplo, en las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.⁵ En consonancia con el Estado de derecho, esto garantizaría unos niveles de protección idénticos, a las personas y comunidades afectadas por las actividades de las empresas transnacionales cuando estas operan en el extranjero y en su país de origen, así como a aquellas afectadas por las actividades de empresas exclusivamente nacionales.

El borrador preliminar intenta ofrecer una definición más específica de las "actividades empresariales de carácter transnacional". Tal como propuso la FIDH en sus observaciones preliminares sobre los Elementos, dicha definición debería ser explícitamente indicativa y flexible, con objeto de que se adapte y evolucione a la par que la naturaleza y la estructura de las empresas que está en constante evolución, para evitar que estas eludan sus obligaciones mediante nuevas figuras de derecho empresarial.⁶

En el artículo 4.2 se definen las actividades empresariales como "todas las actividades económicas con fines de lucro, entre otras, las actividades productivas o comerciales". Esta

4 Este tipo de enfoque refleja la propuesta recogida en las *Diez Propuestas Clave para el Tratado* de la FIDH y la Red-DESC mencionadas anteriormente, que afirman que un instrumento vinculante debería "dar prioridad a abordar los complejos desafíos regulatorios que plantean las empresas transnacionales (ET) a la vez que afirman que el derecho internacional de derechos humanos exige que todas las empresas respeten los derechos humanos", pág. 27.

5 Líneas Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales, edición de 2011, I.5 "El objetivo de las Directrices no es introducir diferencias de trato entre las empresas multinacionales y las empresas nacionales, sino reflejar prácticas recomendables para todas ellas. En consecuencia, se espera que las empresas multinacionales y nacionales tengan la misma conducta en todos los casos en los que sean aplicables a ambas las Directrices".

6 FIDH, comunicación escrita a la tercera sesión del OEIGWG (2017), disponible en <https://www.fidh.org/es/temas/globalizacion-y-derechos-humanos/la-fidh-aboga-por-la-adopcion-de-un-instrumento-juridicamente>

definición excluye las actividades sin ánimo de lucro, como pueden ser las de las ONG. Sin embargo, como ha sido señalado,⁷ se podría interpretar que esta definición excluye del alcance del tratado a las empresas estatales.

En la redacción del texto se debe dejar claro que las empresas estatales están incluidas en el alcance del futuro instrumento, ya que este tipo de empresas están muy implicadas en grandes proyectos en el plano nacional e internacional y, a menudo, están directamente vinculadas con graves abusos de los derechos humanos.⁸

Para suplir esta deficiencia, en la redacción del texto se podría, por ejemplo, definir explícitamente el significado de "actividad económica", de modo que no se limite a empresas privadas, sino que incluya todo tipo de empresas (ya sean de propiedad estatal o no) que cumplan una función económica.⁹

Como puso de manifiesto la FIDH en sus observaciones preliminares sobre los Elementos,¹⁰ es importante que la definición del alcance del tratado *ratione personae* abarque de forma amplia las actividades de las empresas transnacionales. Sin embargo, se debería tener en cuenta que las empresas transnacionales no existen como categoría jurídica, ya que todas las empresas transnacionales no son más que la suma de empresas nacionales que forman parte de grupos multinacionales de empresas interconectadas más o menos estrechamente.

A la hora de definir el carácter transnacional, el anteproyecto del tratado propone diversos criterios.¹¹ Se consideran actividades económicas transnacionales aquellas que:

- Tengan lugar en dos o más jurisdicciones nacionales.
- Impliquen acciones en dos o más jurisdicciones nacionales.
- Impliquen a personas en dos o más jurisdicciones nacionales.
- Causen impactos en dos o más jurisdicciones nacionales.

7 Véase el artículo de John Ruggie sobre el borrador preliminar del Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos en el blog del Centro de Recursos sobre Empresas y Derechos Humanos <https://www.business-humanrights.org/en/comments-on-the-%E2%80%9Czero-draft%E2%80%9D-treaty-on-business-human-rights>.

8 Véase, por ejemplo, FIDH *et al.*, The environmental disaster of the ILVA steel plant has also violated Italy's human rights obligations, (2017) informe sobre ILVA y FIDH, Corporate Accountability for Human Rights Abuses. A Guide for Victims and NGOs on Recourse Mechanisms, (edición de 2016), disponible en: www.fidh.org/IMG/pdf/corporate_accountability_guide_version_web.pdf

9 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado esta noción en relación a la ley de competencia de la UE, adoptando un enfoque funcional. Examina si la entidad cumple la "función" de una empresa privada, que consiste en el suministro de bienes y servicios en un mercado. Desde esta perspectiva, el TJUE consideró que "abarca cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación". Véase TJUE, Klaus Höfner y Fritz Elser contra Macrotron GmbH, 23 de abril de 1991, párr. 21.

10 FIDH, Presentación escrita *op. cit.*

11 Aunque el término "transnacional" no se ha utilizado con frecuencia en los tratados internacionales, los tratados ambientales a menudo utilizan el término "transfronterizo" para referirse a los daños ambientales que afectan al territorio de dos o más Estados partes en una convención o a una fuente de agua que cruza o bordea el territorio de uno o más Estados.

En primer lugar, es importante destacar que, para que el alcance sea adecuado, estos criterios deben entenderse como **criterios alternativos y no cumulativos**. En segundo lugar, es necesario profundizar en cada uno de estos criterios para identificar las situaciones concretas que pueden cubrir.

Los **dos primeros** criterios se refieren a las características de la actividad económica: su localización o la de la persona que la lleva a cabo. Estos dos primeros casos se refieren a la situación en que una única actividad se produce en una o dos jurisdicciones. Sin embargo, no está clara la diferencia entre el primer criterio, "actividades que tengan lugar en dos o más jurisdicciones nacionales", y el segundo criterio relativo a "actividades que implican acciones en dos o más jurisdicciones". El **tercero** se refiere al caso en que varias personas situadas en dos o más jurisdicciones participen en las actividades económicas. Por consiguiente, la cuestión más importante en este caso será determinar la noción de "**actividad**" en un caso concreto.

Tomemos el ejemplo de las relaciones de la cadena de suministro. La importación de un producto de una jurisdicción A a una jurisdicción B requiere realizar acciones comerciales en la jurisdicción de los Estados A y B. Sin embargo, para determinar el carácter transnacional de la actividad es determinante definir si éste se apreciará en relación a una transacción específica de una empresa o, de forma más amplia, teniendo en cuenta la cadena de actividades transnacionales que dicha transacción necesita o implica. ¿Hasta dónde se extiende el carácter transnacional? Por ejemplo, en el caso de las importaciones, ¿la actividad final del distribuidor se considerará de carácter transnacional aún cuando éste se limite a comprar los productos importados por otras entidades comerciales situadas en la misma jurisdicción? O, como el intercambio transfronterizo de mercancías no está directamente asociado al distribuidor, sino que está mediado por el importador, ¿serían las actividades del importador las únicas de consideradas de carácter transnacional?

Para evitar que el tratado caiga en esta trampa, las actividades no deberían definirse como una transacción económica o contractual específica, sino como un grupo de acciones necesarias para que tenga lugar una actividad económica. La actividad se debería entender como la meta gracias a la cual ocurre una cadena de acciones múltiples y específicas. Tomando lo anterior como ejemplo, la actividad económica a considerar no sería únicamente la venta de productos entre el distribuidor y el importador situados en la jurisdicción B, sino también la cadena de relaciones contractuales y comerciales que hacen posible que el distribuidor final venda esos productos en su mercado.

Por último, según el cuarto criterio, una actividad también puede considerarse de carácter transnacional si genera un impacto en una o más jurisdicciones. En el ámbito de las empresas y los derechos humanos, el término "impacto" se ha utilizado para identificar situaciones en las que una empresa tiene la responsabilidad de prevenir, mitigar, reparar y remediar.¹² **Sin**

12 La Convención sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo podría servir como interesante ejemplo para la definición de "impacto", que define como sigue: "Los efectos causados por una actividad propuesta en el medio ambiente, incluidos la salud y la seguridad de los seres humanos, la flora, la fauna, el suelo, la atmósfera, el agua, el clima, el paisaje y los monumentos históricos u otras estructuras materiales o la interacción entre esos factores; incluye asimismo las repercusiones sobre el patrimonio cultural o las condiciones socioeconómicas que se deriven de las alteraciones de esos factores". Por impacto transfronterizo se entiende "todo impacto no necesariamente de naturaleza global, dentro de una zona bajo la jurisdicción de una de las Partes y que haya sido causado por una actividad propuesta cuyo origen físico esté ubicado total o parcialmente dentro de una zona situada bajo

embargo, en este contexto, el término se debería interpretar de un modo más amplio y no debería tener necesariamente una connotación negativa.

Personas físicas o jurídicas

Por último, el alcance del tratado abarcaría las actividades económicas realizadas por “una persona física o [por una persona] jurídica”. Este alcance puede parecer algo limitado teniendo en cuenta que las actividades empresariales pueden adoptar múltiples formas. De hecho, en ese sentido algunos tratados y acuerdos comerciales han utilizado la noción de “empresa” definida de forma más amplia. Por ejemplo, el TLCAN define “empresa” como:

“[C]ualquier entidad constituida u organizada conforme al derecho aplicable, tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o gubernamental, incluidas cualesquiera sociedades, fideicomisos, asociaciones (“*partnerships*”), empresas de propietario único, coinversiones u otras asociaciones”.¹³

Esta definición más amplia no incluye únicamente a las entidades que cuentan con una personalidad jurídica, sino también a las asociaciones, coinversiones o asociaciones de personas jurídicas que operen en un contexto o proyecto particular, aunque no tengan necesariamente una personalidad jurídica distinta. **Por lo tanto, sería importante hacer referencia a “personas físicas o jurídicas” no solo en singular, sino también en plural.**

Además, existen casos en los que organismos o entidades estatales operan como actores económicos sin que cuenten con una personalidad jurídica diferente de la del propio Estado.

Acceso a la justicia

Jurisdicción

*¿Qué tribunal es competente en un caso que afecte a una empresa de carácter transnacional?
¿Son los tribunales del Estado de origen de la empresa matriz competentes para entender de casos sobre actos cometidos en el extranjero por filiales de esas empresas?*

En los países donde tienen su sede la mayoría de empresas matrices de multinacionales, se han utilizado a lo largo del tiempo una gran variedad de sistemas para judicializar a las multinacionales por sus abusos a pesar de la complejidad de sus estructuras y actividades. Debido a que la empresa matriz a menudo contribuye al supuesto delito o al menos toma decisiones que conducen a la violación, con frecuencia las pruebas se hallan en el país de origen o donde se encuentra la sede de la multinacional. Además, los bienes de la empresa a menudo están en el país donde la empresa matriz tiene su sede, lo que hace que sea más probable para las víctimas lograr una indemnización si presentan la denuncia ante los tribunales del país en el que se halla la empresa matriz. Múltiples obstáculos continúan impidiendo a las víctimas acceder a la justicia, entre otros, cuestiones vinculadas al acceso a la información, a los costos de los procesos judiciales y a la normativa, tanto sustantiva como procesal.

la jurisdicción de otra Parte”. Convención sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, artículo 1.viii.

13 Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), artículo 201.1.

A pesar de esta situación, la jurisdicción en el derecho internacional se entiende fundamentalmente como una expresión de la soberanía. A este respecto, la jurisdicción ha servido manifiestamente como barrera doctrinal para el reconocimiento y el cumplimiento de las obligaciones extraterritoriales de los Estados en materia de derechos humanos.¹⁴ En este contexto, el punto crítico ha sido la determinación de la competencia de un país sobre las actividades ejercidas por sus empresas (o sus filiales) en el extranjero.¹⁵

La jurisprudencia ha ido reconociendo progresivamente los conceptos de "territorio y jurisdicción" como dos conceptos separados que no se traslapan.¹⁶ Por este motivo, el futuro instrumento debería sustituir la expresión "territorio y jurisdicción" por "territorio y/o jurisdicción".

En cuanto al debate sobre empresas y derechos humanos, es importante determinar si los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos fuera de su territorio nacional. Esta pregunta implica los dos aspectos siguientes: i) la cuestión de la competencia extraterritorial normativa o si los Estados deberían adoptar legislación con efectos extraterritoriales y ii) la competencia adjudicativa o si los Estados deberían permitir que los tribunales nacionales traten demandas sobre situaciones ocurridas en el extranjero.¹⁷

Por lo general, los órganos de las Naciones Unidas han manifestado repetidamente la opinión de que los Estados deberían tomar medidas para evitar que se produzcan violaciones de los derechos humanos cometidas en el extranjero por empresas constituidas de acuerdo a sus leyes o cuya sede principal o domicilio social esté situado bajo su jurisdicción.¹⁸ La propia Corte Internacional de Justicia ha apoyado esta posición sobre el alcance extraterritorial de la obligación de los Estados de proteger, tal como se estipula en el derecho internacional de derechos humanos.¹⁹

14 Olivier De Schutter *et al.*, Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Right, Human Rights Quarterly, 34 (2012) págs. 1084–1169.

15 Sobre esta cuestión específica, por ejemplo, el Principio N° 25 de los Principios de Maastricht especifica el alcance de la obligación del Estado de protección en relación a las empresas. Consorcio ETO, Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales disponible en: https://www.etoconsortium.org/nc/es/main-navigation/library/maastricht-principles/?tx_drblob_pi1%5BdownloadUid%5D=21

16 Olivier De Schutter, International Human Rights Law, Cambridge, (2002).

17 *Ibid.* pág. 187.

18 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4 (2000), párr. 39; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 15 (2002): El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) E/C.12/2002/11, (26 de noviembre de 2002), párr. 31.

19 CPI, Opinión Consultiva, Consecuencias legales de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado, 9 de julio de 2004, párr. 109; y su sentencia en la causa relativa a las actividades de grupos armados en el territorio del Congo (República Democrática del Congo contra Rwanda), sentencia de 19 de diciembre de 2005, párr. 178–180 y 78-80.

En 2017 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas presentó la Observación General N° 24, en la que recuerda las obligaciones contraídas por el Estado en virtud del Pacto. El Comité reitera que “las obligaciones de los Estados partes en el Pacto no terminan en sus fronteras territoriales”. Se insta a los Estados partes a “adoptar las medidas necesarias para prevenir las vulneraciones de los derechos humanos en el extranjero por empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción (ya se hubieran constituido con arreglo a su legislación o tuvieran su sede social, administración central o domicilio comercial principal en el territorio nacional), sin atentar a la soberanía ni menoscabar las obligaciones de los Estados anfitriones en virtud del Pacto” (párrafo 26). Con esta afirmación, el Comité también aclara, indirectamente, hasta qué punto los Estados parte y sus tribunales tienen competencia sobre una corporación.

Los conceptos de jurisdicción y domicilio en relación a las empresas también han sido aclarados por el Consejo de Europa en su Recomendación de 2016.²⁰ En numerosos párrafos, la Recomendación se refiere al domicilio de las empresas en la jurisdicción de los Estados miembros del Consejo de Europa.²¹

Este anteproyecto de tratado contribuye a determinar los criterios para establecer un vínculo entre la empresa y el Estado en cuya jurisdicción se ubica. El artículo 5 aborda la competencia adjudicativa y aclara las circunstancias en las que los Estados tienen competencia sobre una disputa originada a partir de la violación de la Convención (aclarando así el alcance de la obligación de los Estados de regular también a sus entidades empresariales). Establece que se debería considerar que dos categorías de Estados tengan competencia sobre violaciones de los derechos humanos contempladas en el texto:

- El Estado en el que se produjeron tales actos u omisiones;
- El Estado donde esté domiciliada la persona física o jurídica o la asociación de personas físicas o jurídicas.

La primera hipótesis instituye el criterio habitual que establece la competencia territorial sobre los delitos cometidos en el territorio del Estado. Sin embargo, la segunda frase merece un examen más detallado para deducir el significado del criterio que presenta.

El segundo criterio señala el punto crucial del artículo 5 del anteproyecto: **el concepto del “domicilio social” de una empresa**. El tratado establece que se puede presentar una demanda contra una empresa por violaciones de los derechos humanos en los tribunales del Estado en el que la empresa **tenga su domicilio**.

Históricamente, los diferentes ordenamientos jurídicos de derecho internacional privado han considerado diversos conceptos de domicilio social. Por lo general, los sistemas de derecho común han dado prioridad a los criterios de constitución a la hora de establecer el domicilio social de una empresa y, por lo tanto, la jurisdicción y el derecho aplicable.²²

El enfoque del derecho civil difiere en parte del criterio elegido por EE.UU. y puede ser ilustrado en los Reglamentos de la UE Bruselas I (versión modificada) y Roma II, que establecen los principios de competencia y derecho aplicable a las disputas civiles. Estos reglamentos definen

20 COE, Recomendación CM/REC (2016)3 del Comité de Ministros a los Estados miembros.

21 *Ibid.* párr. 13

22 Véase Tribunal Supremo de EE.UU., *Kiobel contra. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (2013) y Tribunal Supremo de EE.UU., *Daimler contra Bauman*, 571 U.S. (2014).

el término "domicilio" como la "sede estatutaria", la "administración central" o el "centro de actividad principal" de una empresa.²³ Así, de conformidad con el artículo 6 y 63 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 (Bruselas I), una persona extranjera, por ejemplo, un trabajador cuyos derechos han sido violados por una empresa multinacional, puede entablar una acción ante un tribunal de un Estado miembro si el lugar principal de la actividad, el domicilio social o la sede estatutaria de la empresa matriz está situada bajo la jurisdicción territorial de dicho tribunal. Sobre esta base jurídica, varios trabajadores y ciudadanos sudafricanos presentaron, entre 1997 y 1999, varias demandas ante tribunales ingleses contra Cape plc, una empresa británica que trabajó con amianto en Sudáfrica.²⁴

Además, el artículo 7.5 del Reglamento Bruselas I dispone que una persona domiciliada en un Estado miembro puede ser demandada en otro Estado miembro: "[S]i se trata de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el órgano jurisdiccional en que se hallen sitios".

El Tribunal de Justicia ha mantenido que los términos "sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento" no se refieren a situaciones jurídicas específicas, sino que implican:

- Dependencia del establecimiento secundario con respecto a la empresa matriz;
- La implicación del establecimiento secundario en la conclusión de las operaciones comerciales realizadas.²⁵

Además, cabe señalar que, en el derecho de la competencia de la UE, el TJUE aclaró que es posible atribuir actos de una filial a la empresa matriz cuando dicha filial no determine de forma autónoma su comportamiento en el mercado, sino que aplique principalmente las instrucciones de la empresa matriz.²⁶ En el caso particular en el que una empresa matriz posea todo o casi todo el capital de una filial que haya infringido las normas de competencia de la UE existe una presunción refutable de que la empresa matriz ejerce una influencia determinante sobre su filial.²⁷

El anteproyecto **establece cuatro criterios alternativos ("o") para definir el domicilio de una empresa**. Los tres primeros criterios son los establecidos por el Reglamento Bruselas I y por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la sede estatutaria, la administración central o el centro de actividad principal.

El anteproyecto amplía el concepto de jurisdicción al incluir a las sucursales, agencias, instrumentos, filiales y oficinas de representación en la lista de criterios que definen el domicilio de una persona jurídica. El hecho de agregar "o cualquier otro establecimiento" otorgará una flexibilidad aún mayor a esta disposición. Aunque por el momento esta ampliación no se aplica en el ámbito de los derechos humanos, ya es bien conocida y se utiliza en otras ramas del derecho (derecho de la competencia de la Unión Europea, por ejemplo).

23 Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo, artículo 63. Se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentra su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal.

24 FIDH Accountability Guide, *op. cit.*, p. 250.

25 TJUE, A. De Bloos SPRL contra Société en commodit  par actions Bouyer, octubre de 1976, asunto 14/76.

26 TJUE, ENI SpA contra Comisión Europea, julio de 2011, asunto T-39/07111.

27 Geert Van Castefel, The Role of Private International Law in Corporate Social Responsibility, ELR, noviembre de 2014, n° 3.

Sin embargo, el anteproyecto no deja claro si esta idea amplia del “domicilio” de las personas jurídicas será suficiente para establecer la responsabilidad de la empresa, ya que continúan existiendo otros obstáculos, como la doctrina del velo societario, en los casos de abusos cometidos por filiales.²⁸ Por lo tanto, es fundamental el artículo 5 esté directamente relacionado y se haga referencia a él en el artículo 10 sobre responsabilidad.

Además, el texto podría haber aclarado mejor que los tribunales nacionales de los Estados partes pueden ejercer su competencia sobre demandas relativas a abusos de los derechos humanos por parte de empresas, incluso cuando la empresa demandada no esté domiciliada dentro de la jurisdicción de dicho Estado, si no hay ningún otro foro efectivo disponible que garantice la celebración de un juicio justo y si existe una conexión lo suficientemente estrecha con el Estado en cuestión. En otras palabras, debería reconocer explícitamente la doctrina de *forum necessitatis* derivada del deber de todos los Estados para garantizar que no se priva a las víctimas de abusos contra los derechos humanos cometidos por transnacionales del acceso a reparación judicial.²⁹ Diez Estados miembros de la Unión Europea ya cuentan con una disposición nacional sobre *forum necessitatis* en la que se podría inspirar el futuro documento (Países Bajos, Austria, Francia, Polonia, Alemania, Luxemburgo, Bélgica, Portugal, Estonia, Rumanía).³⁰

Por último, cuando un Estado miembro posea o controle una empresa o contrate a una empresa para proporcionar servicios públicos, debería asegurarse de que las demandas civiles relativas a abusos de los derechos humanos cometidos por dichas empresas puedan presentarse ante tribunales nacionales y que el Estado se abstendrá de recurrir a cualquier tipo de privilegio o inmunidad.

El anteproyecto introduce un amplio concepto de jurisdicción basado en las interpretaciones jurídicas más recientes y en una lectura coherente de las demás ramas del derecho que se pueden aplicar. Esto supone un gran paso adelante en el esfuerzo por reducir las disparidades jurídicas en el acceso a la justicia en casos de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas.

Sin embargo, para resultar efectivo, el futuro instrumento debe eliminar los obstáculos en el acceso a la justicia ligados a la aplicación de la doctrina del “velo societario” en casos de violaciones de los derechos humanos vinculadas a las actividades empresariales.

Una de las formas de reducir estas disparidades, tal como ha planteado, entre otros, la Observación General Nº 24 del Comité DESC de la ONU, sería imponer un deber de diligencia a la empresa matriz y crear así una reglamentación extraterritorial basada en la empresa matriz, que estableciera la responsabilidad directa a dicha empresa en caso de que no logre prevenir las violaciones cometidas por empresas que formen parte de su cadena de valor o contribuya

28 O. De Schutter en P. Alston, *Human Rights and Non-State Actors*, OUP (2005), pág. 276.

29 La Comisión Europea propuso la inclusión de una disposición de *forum necessitatis* en la reforma del Reglamento Bruselas I de 2010. Posteriormente, esta propuesta fue rechazada por los Estados miembros. Véase [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2010\)0748/com_com\(2010\)0748_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2010)0748/com_com(2010)0748_es.pdf) artículos 25 y 26.

30 Véase http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf

estas.³¹ Por este motivo, esta disposición debe leerse en conjunción con el artículo 9 sobre Prevención y se debe hacer referencia explícita a ella en el artículo 10 sobre Responsabilidad jurídica (véase más adelante).

Legislación aplicable

Una vez establecida la competencia ¿qué legislación debería aplicar el tribunal a la disputa?

Por lo general, cada país determina la legislación aplicable de acuerdo con sus propias normas de derecho internacional privado.³²

El anteproyecto no indica una norma general para la elección del derecho aplicable (a excepción de las normas procesales) lo que significa que serán de aplicación las disposiciones nacionales sobre derecho internacional privado, como ocurre con otros tratados internacionales de derechos humanos. Estas normas se refieren, por lo general, al derecho del lugar donde ocurrió el daño directo o al derecho donde se cometió el acto o la omisión que causó el daño.

Sin embargo, con el fin de proteger a las víctimas y debido a las deficiencias en la aplicación de los principios *lex loci damni* y *lex commissi delicti*, el anteproyecto también establece una excepción y permite a las víctimas solicitar al tribunal que aplique la ley del Estado donde está domiciliada la empresa.

Si la víctima somete el asunto a los tribunales de A, también podría pedir que se aplicase la legislación del país B. En definitiva, esto significa que casi siempre se podría aplicar el derecho del país en el que está domiciliada la empresa, a petición de la víctima, cuando proteja mejor los derechos de la víctima, incluso si la esta presenta la demanda en otra jurisdicción (lo que podría resultar más fácil en términos de conocimiento del sistema, representación, idioma y desde el punto de vista económico).

La inclusión de la posibilidad de que las víctimas elijan el derecho aplicable es un aspecto positivo del anteproyecto, acorde con el principio *pro-homine*: ofrecerá a las víctimas la posibilidad concreta de elegir el marco judicial más protector en caso de disputa, al tiempo que

31 Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General N° 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades comerciales, agosto de 2017, E/C.12/GC/24. y O. de Schutter, *Towards a New Treaty on Business and Human Rights*, Business and Human Rights Journal, Cambridge, 1(2015), pág. 51-52.

32 En la UE, el Reglamento Roma II (CE) n° 864/2007 aborda esta cuestión para obligaciones no contractuales y Estados donde, por lo general, se aplica el derecho del país donde se produce el daño directo (*lex loci damni*) con dos excepciones principales: i) cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país; ii) cuando las circunstancias indiquen que el daño está manifiestamente más vinculado con otro país. La experiencia respecto a esta disposición ha demostrado que puede resultar difícil y, a veces imposible, determinar con exactitud el lugar en el que ocurrió el daño directo (*lex loci damni*). Además, la víctima puede estar más familiarizada con el derecho de su país de residencia o con el del lugar del hecho generador del daño que con el derecho del lugar donde ocurre el daño, es decir, el derecho del lugar donde se hicieron sentir los efectos de la violación. Por último, determinar las consecuencias directas e indirectas del hecho dañoso, tal como se menciona en el artículo 4.1. del Reglamento Roma II, presenta una cierta dificultad de interpretación debido a que el daño directo puede producirse en varios Estados al mismo tiempo.

mantiene el caso en el ordenamiento jurídico que le resulte más familiar, aunque debe estar claramente coordinado con los tratados internacionales existentes.

Mecanismo de demanda

¿Cómo se realizará la supervisión y la aplicación del instrumento?

En el marco actual que regula las actividades empresariales, una de las principales y más ampliamente reconocidas deficiencias es la falta de acceso efectivo a justicia y reparación, debido tanto a obstáculos jurídicos como prácticos.³³ Esto ha sido atribuido, entre otros, a la falta de un mecanismo internacional de reparación eficaz con poderes de investigación y sanción o de un tribunal internacional capaz de exigir a las empresas y a los Estados responsabilidades por el incumplimiento de sus deberes respectivos, que intervenga cuando los Estados no tengan la voluntad o capacidad de ofrecer a las víctimas una reparación por los daños sufridos.

Muchas organizaciones y movimientos sociales internacionales han visto en el actual proceso hacia un instrumento vinculante la oportunidad de resolver estas disparidades.

La FIDH, en particular, ha expresado en repetidas ocasiones la necesidad de incluir un mecanismo internacional que supervise efectivamente el cumplimiento de la obligación de protección por parte de los Estados, con autoridad para actuar de forma complementaria a los sistemas nacionales y regionales, de investigar alegaciones de abusos cometidos por empresas y con la potestad de realizar visitas a los países, recibir comunicaciones sobre casos concretos y emitir decisiones vinculantes y ejecutables.³⁴

El anteproyecto tiene por objeto crear un comité de expertos encargados de la supervisión de la eficacia de la aplicación del tratado por los Estados partes. Las funciones del comité, según lo dispuesto en el artículo 14 serán las siguientes:

- Formular observaciones generales sobre la aplicación de la Convención.
- Brindar observaciones y recomendaciones con respecto a los informes presentados por terceros.
- Apoyar a los Estados partes en la tarea de recopilar y transmitir la información.
- Presentar un informe anual a la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Si es posible, recomendar a la Asamblea General que efectúe estudios sobre cuestiones concretas.

Además, la presidencia ha presentado un borrador de protocolo facultativo del anteproyecto de Convención para la aplicación y el cumplimiento de la misma.³⁵ Por otra parte, amplía el papel del comité y crea un Mecanismo Nacional de Aplicación para promover el cumplimiento del instrumento a escala nacional.

En primer lugar, el hecho de que dichas disposiciones formen parte de un protocolo facultativo da a los países la posibilidad de no adherirse al mismo. En relación a la necesidad anteriormente expuesta de eliminar las disparidades en el acceso a reparación en los casos de

33 FIDH y Red-DESC, *Diez Propuestas Clave para el Tratado*, op.cit.

34 *Ibid.*, Statements and Submissions.

35 www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session4/ZeroDraftOPLegally.pdf

abusos cometidos por empresas, **consideramos que se trata de una grave debilidad del actual anteproyecto.**

La creación de dichos Mecanismos Nacionales de Aplicación podría suponer un aspecto innovador presentado por la Presidencia para la aplicación del instrumento. **Sin embargo, el instrumento debería hacer una referencia más clara y se debería apoyar por completo en los Principios de París para evitar que los Estados interrumpan su esfuerzo en la aplicación dichos principios.** Además, es importante que el instrumento garantice la completa (y no solo funcional) independencia del Mecanismo. Por otra parte, algunas de las expresiones utilizadas parecen débiles en algunos puntos; parece que los Estados estarán en disposición de elegir si aplican o no el mecanismo nacional (el artículo 6 utiliza la débil expresión "los Estados partes pueden reconocer").

El Protocolo Facultativo otorga al Comité la facultad de recibir comunicaciones individuales y de realizar investigaciones confidenciales. Aunque se trata de una incorporación muy positiva al primer anteproyecto del tratado inspirada por el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, **hace falta incluir disposiciones sobre las medidas provisionales y, sobre todo, el procedimiento de examen de las comunicaciones y de seguimiento (artículo 8, 9 y 12 del PF-PIDESC).** Esta falta debe suplirse, ya que el diseño actual del mecanismo no puede garantizar ningún tipo de seguimiento a las personas u organizaciones que presenten una comunicación, lo que menoscabará considerablemente la eficacia del propio Comité.

El anteproyecto también establece la creación de una Conferencia de Estados Partes (CEP), un órgano de supervisión del tratado. El anteproyecto no contiene ningún término o disposición sobre los representantes que componen el CEP, lo cual es una lástima, ya que la mayoría de los tratados en virtud de los cuales se crean CEP proporcionan orientación sobre este aspecto. Es habitual que cada representante esté acompañado de asesores y personas expertas. Tampoco está claro el modo en que el CEP evaluará las credenciales de los representantes. Es una práctica frecuente en las organizaciones internacionales crear un subcomité con este fin o delegar esta función en el Comité.

En el anteproyecto no se incluyen disposiciones claras sobre los observadores ni normas de procedimiento para el CEP. Durante todo el proceso del OEIGWG, las ONG y los movimientos sociales han ocupado un lugar central y han impulsado el avance del proceso, así como la participación de las delegaciones de los países de buena fe para contribuir de modo significativo a su labor.³⁶ En especial, la participación de las comunidades afectadas y de sus representantes en el proceso ha sido un elemento significativo del debate, ya que ha permitido que las delegaciones escuchen su voz en Ginebra. **Con objeto de continuar institucionalizando esta participación, a la hora de elaborar el instrumento se debería valorar esta tendencia e incorporar, como requisito para el CEP, consultas con organizaciones que representen a las víctimas y comunidades afectadas. Una fuente de inspiración podría ser la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, por lo que el instrumento podría establecer que "los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas y las comunidades afectadas por las actividades de las empresas de carácter transnacional, a través de las organizaciones que las representan".**

³⁶ C.f. varias cartas abiertas a la Alianza del Tratado y otras comunicaciones disponibles en: <http://www.treatymovement.com/resources/>

Las competencias del CEP también se describen de forma muy vaga en el actual anteproyecto: "(...) [A] fin de considerar todo asunto relativo a la aplicación de la presente Convención, en particular toda mejora necesaria para alcanzar sus objetivos". La FIDH cree que el futuro tratado debería especificar y detallar más las competencias del CEP para que su labor resulte eficaz y significativa. Por ejemplo, el CEP podría no solo supervisar la aplicación, sino que también podría evaluar el cumplimiento de la Convención a partir del informe anual del Comité y examinar y aprobar recomendaciones sobre la aplicación y el funcionamiento de la presente Convención, con recursos específicos disponibles en caso de incumplimiento.

Derechos de las víctimas

¿Cómo garantizará el instrumento la protección y el acceso a una reparación adecuada a las víctimas?

El anteproyecto propuesto pone legítimamente los derechos de las víctimas en el centro del futuro instrumento y la definición de víctima del artículo 2 se refiere literalmente al principio 8 de los "Principios y directrices básicos sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones" de la Asamblea General de las Naciones Unidas.³⁷

Como la FIDH manifestó en sus *Diez Propuestas Clave para el Tratado* es fundamental que el futuro instrumento se base en los "Principios básicos sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones" y en la evolución del derecho internacional, y que detalle la importante noción de reparación como concepto amplio, que conlleva reparación, restitución, rehabilitación, satisfacción, indemnización y garantía de no repetición. Cabe observar que el anteproyecto no solo retoma esta propuesta, sino que va más allá e incorpora una referencia específica a la reparación ambiental y a la restauración ecológica, como parte del derecho a reparación contemplado por el tratado. **El futuro instrumento también debería aclarar que la reparación debería estar orientada a la víctima, no ser discriminatoria y adoptar un enfoque de género. Esto tiene importantes implicaciones para el género y la reparación, ya que tanto los tribunales como otros órganos deben tenerlo en cuenta.**

El artículo 8 del instrumento propuesto ofrece también más información sobre los derechos procesales de las víctimas, que son especialmente importantes en los casos sobre empresas y derechos humanos, en los que existe un fuerte desequilibrio de poder entre las dos partes y las víctimas cuentan con una limitada capacidad para reunir pruebas y presentar demandas ante los órganos judiciales. La disposición que exige que los Estados garanticen a las víctimas un acceso adecuado a la información es especialmente importante, ya que resulta fundamental en muchos casos sobre empresas y derechos humanos. Además, la protección que el párrafo 11 y 12 del anteproyecto otorga a las víctimas y a sus familias y representantes es importante y muy necesaria en un contexto en el que las empresas y las autoridades a menudo amenazan con victimizar aún más a las comunidades y personas afectadas, así como a sus familias, cuando plantean dudas sobre la legalidad de sus actividades.

En general, el artículo 8 es un paso positivo hacia una mayor consideración de las personas y comunidades afectadas en el debate sobre las empresas y los derechos humanos. Muchas de estas disposiciones, si se aplican correctamente, contribuirán a reducir las disparidades y a eliminar los obstáculos en el acceso a reparación y justicia en este ámbito concreto.

37 Asamblea General de la ONU, Resolución 60/147 de diciembre de 2005, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/remedyandrepairation.aspx>

Sin embargo, la redacción resulta en algunas ocasiones muy débil y puede socavar el impacto de estas disposiciones. Es necesario reforzar la redacción para garantizar una protección eficaz para las víctimas de los abusos cometidos por empresas. Por ejemplo, el párrafo 4 prevé que dispone "facilitarán el acceso a la información y a la cooperación internacional" debería decir "garantizará el acceso a la información y a la cooperación internacional", y "los Estados proporcionarán mecanismos eficaces para la ejecución de los recursos" (párrafo 8) debería decir "los Estados ejecutarán de manera efectiva los recursos".

Por otra parte, debido a que únicamente se pueden hacer plenamente efectivos los derechos de las víctimas a través de tribunales nacionales independientes e imparciales o mediante un mecanismo de denuncia en el plano internacional, el anteproyecto debería completar las disposiciones establecidas en el artículo 8 e incorporar una referencia a la obligación del Estado de establecer un sistema judicial imparcial y una cláusula de salvaguardia en caso contrario.

Otro elemento preocupante en el artículo 8 del anteproyecto es la referencia recurrente a la legislación nacional (párrafos 4 y 5), ya que esta referencia somete el reconocimiento de los derechos de las víctimas a lo dispuesto por la legislación nacional y permite a los Estados hacer excepciones de forma totalmente discrecional a la hora de garantizar estos derechos. Esto se debe corregir en el marco del proceso de negociación ya que, de lo contrario, puede socavar la fuerza de las obligaciones y la utilidad de dicho instrumento a la hora de proteger a las víctimas de abusos de los derechos humanos. Se deben reafirmar las obligaciones de los Estados hacia las víctimas, tal como se definen en el derecho internacional, como garantía de protección y promoción eficaces. Las disposiciones del tratado deberían orientar la legislación nacional en vez de estar sujetas a ella.

Vale la pena recordar que, en un número importante de casos, se ha aprobado legislación nacional con el fin de favorecer actividades económicas que violan los derechos humanos. Esto puede producirse de varias maneras, por ejemplo, a través de la exigencia de confidencialidad en las actividades empresariales, impidiendo a las víctimas acceder a la información e incluso criminalizando la labor de sus representantes y de las personas defensoras de los derechos humanos. Someter dichas disposiciones a la legislación nacional es una de las debilidades más significativas del presente instrumento y puede menoscabar toda su finalidad.

Por supuesto, esto no se aplica cuando la legislación nacional es más protectora que el tratado. A este respecto, el tratado podría incorporar simplemente una cláusula general declarando que "las disposiciones de la presente Convención se entenderán sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance".³⁸

Por otra parte, aunque situar a las víctimas en el centro es sin duda un paso importante, el futuro instrumento no debería olvidar a aquellas personas que pueden verse afectadas por las actividades de las empresas pero no han sufrido aún un daño concreto, ya que, de lo contrario, esto puede conducir a una aplicación restrictiva de tales derechos y de la protección que garantiza el tratado.

38 Asamblea General de la ONU, Resolución. 39/46, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, (1987).

Personas defensoras de los derechos humanos

Antes de la sesión del año pasado, la FIDH también defendió que el futuro instrumento reafirmase de forma más clara y firme la obligación de los Estados de proteger a las personas defensoras de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales y de profundizar en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los defensores de los derechos humanos (A/RES/53/144), la Resolución de las Naciones Unidas sobre la protección de las personas defensoras de derechos humanos, los informes del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los defensores de derechos humanos y otros instrumentos internacionales pertinentes.

Como mencionó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General N° 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “[l]os Estados partes deberían adoptar todas las medidas necesarias para proteger a los defensores de los derechos humanos y su labor. Deberían abstenerse de recurrir al proceso penal para obstaculizar su labor o de obstruirla de cualquier otra manera”.

Aunque este artículo se centra concretamente en los derechos de las víctimas, es **muy lamentable que el anteproyecto no haga ninguna referencia específica a los defensores de los derechos humanos**. Tal como indicaron anteriormente Phil Bloomer y Marya Zorob en el blog de BHRRC, las personas defensoras de los derechos humanos no entran plenamente en la definición de víctimas del anteproyecto.³⁹ En especial, quedarán fuera del alcance del tratado propuesto aquellos que apoyan a las víctimas de los abusos de los derechos humanos, investigan e informan sobre violaciones, ayudan a ponerles fin y trabajan para evitar que se repitan.

La FIDH cree que el futuro instrumento debe reconocer transversalmente y posibilitar la labor de los defensores de los derechos humanos, entre otros, de quienes denuncian irregularidades, reconociendo el papel fundamental que desempeñan y recordando a los Estados su obligación de:

- Establecer medidas concretas para proteger a las personas defensoras de derechos humanos de toda forma de penalización y de obstrucción de su labor, abordando de forma específica la violencia específica de género contra las mujeres defensoras.
- Establecer una protección reforzada y sanciones disuasorias contra el abuso de los derechos cometido por las empresas cuando estas interponen denuncia contra personas defensoras de derechos humanos y a otras personas que denuncian de irregularidades.
- Proteger a las personas defensoras de los derechos humanos de todas las formas de ataque y abstenerse de penalizar su legítima labor mediante leyes restrictivas o ambiguas, como por ejemplo leyes de seguridad nacional, antiterrorismo y difamación, que dificultan la labor de las personas defensoras de los derechos humanos.⁴⁰

³⁹ <https://www.business-humanrights.org/en/another-step-on-the-road-what-does-the-“zero-draft”-treaty-mean-for-the-business-and-human-rights-movement>

⁴⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (CDESC), Observación General N° 24, *op. cit.*, párr. 48.

Véase el documento de posición colectivo de la FIDH y otras organizaciones en el marco de la Red-DESC sobre la incorporación de la protección de los defensores de los derechos humanos.

Prevención

¿Cómo evitar que ocurran estas violaciones?

El consenso suscitado por el concepto de debida diligencia en materia de derechos humanos ha estimulado algunos cambios en el comportamiento de las empresas y en los instrumentos legislativos (véase, por ejemplo, la ley francesa sobre el *Devoir de vigilance*)⁴¹ y es una herramienta útil a través de la cual los Estados y las empresas pueden identificar, prevenir, mitigar y responder por el daño que causan, al que contribuyen o con el que están directamente relacionadas.⁴²

La responsabilidad de las empresas de establecer la debida diligencia en materia de derechos humanos refleja la obligación de los Estados de exigir a las empresas que adopten estas medidas de debida diligencia en aplicación de su propia obligación de proteger los derechos humanos según el derecho internacional. Los Principios Rectores ya aclararon que la debida diligencia en materia de derechos humanos se refiere, no únicamente a las actividades de la propia empresa, sino a las actividades de las empresas que forman parte de su cadena de suministro y que constituyen las “relaciones comerciales” sobre las que la empresa puede ejercer cierta influencia.

El artículo 9 del anteproyecto establece la obligación de los Estados de adoptar legislación en materia de debida diligencia, obligatoria para las empresas domiciliadas en su territorio o bajo su jurisdicción.

Además, el anteproyecto aclara la obligación de los Estados de regular las actividades de sus propias empresas incluso cuando se realizan en el extranjero (véase el párrafo anterior sobre Jurisdicción) y hace de la debida diligencia parte de la obligación del Estado de proteger los derechos humanos de actuaciones de terceros. Por otra parte, la disposición reafirma y refuerza lo que ya se establece en los Principios Rectores. La debida diligencia en materia de derechos humanos debe identificar los riesgos de las violaciones reales y potenciales de los derechos humanos vinculados a las actividades de las empresas; sin embargo, estos riesgos son tales para las personas y las comunidades, pero no lo son para las empresas (no obstante, el lenguaje debe ser más coherente y el borrador habla a la vez de “violaciones de los derechos humanos” y de “impactos”).

41 La Ley n° 2017 - 399, adoptada en marzo de 2017. <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/2017-399/jo/texte>

42 Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos, (2011) Principios n° 17-21; R. McCorquodale, Human Rights Responsibilities and Due Diligence, en S. Deva, D. Bilchitz (eds.), *Bulding a Treaty on Business and Human Rights*, Cambridge, (2018) pág. 216 y siguientes; FIDH y Red-DESC, *Diez Propuestas Clave para el Tratado*, *op. cit.*, p. 56. Los Principios Rectores no contienen una definición precisa del concepto de debida diligencia en materia de derechos humanos, pero el principio 17 aclara sus elementos principales: la evaluación del impacto real y potencial, la integración de las conclusiones y la actuación al respecto, el seguimiento de las respuestas a la integración y la evaluación y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas, garantizando que sea una actividad permanente.

El borrador también da un paso adelante en relación a los elementos presentados en octubre de 2017 y se hace eco de las recomendaciones de la FIDH que figuran en su comunicación a la tercera sesión, en la que señaló la importancia de incluir en el alcance de la debida diligencia en materia de derechos humanos a todas las empresas que forman parte de las "relaciones comerciales" y no únicamente a las filiales. El borrador especifica el alcance de la debida diligencia, que incluye las actividades de las filiales y de las entidades que están bajo el control (directo o indirecto) de la empresa, o están directamente vinculadas a sus productos, actividades o servicios. Esto recuerda directamente la noción de "relaciones comerciales" formulada por los Principios Rectores y por las Líneas Directrices de la OCDE y se interpreta en el sentido de que incluyen toda la cadena de valor (contratistas y subcontratistas).

Además, el borrador establece una línea entre el incumplimiento de la disposición sobre debida diligencia en materia de derechos humanos y la responsabilidad e indemnización. La existencia de sanciones y responsabilidades adecuadas por el incumplimiento de lo dispuesto sobre debida diligencia en materia de derechos humanos es fundamental a la hora de garantizar la efectividad de dicha disposición.

El texto actual podría ser más explícito al establecer el vínculo entre el incumplimiento de las obligaciones de debida diligencia y la responsabilidad de la empresa; así, podría vincular explícitamente el artículo 9 con el artículo 10.6.c

Una nota positiva en el anteproyecto es la incorporación de evaluaciones de impacto previas y posteriores como parte de la debida diligencia en materia de derechos humanos, así como de un requisito para las empresas de realizar consultas significativas con los grupos potencialmente afectados. Sin embargo, el texto debería aclarar con respecto a este punto que las consultas deben involucrar a personas defensoras de los derechos humanos y que, para que sean significativas, los procesos deben ser transparentes y la empresa debe tener en cuenta las posturas expresadas a la hora de tomar decisiones.

Sobre la necesidad concreta de incorporar una dimensión de género en las evaluaciones de impacto y en las consultas, véase más detenidamente la contribución de la coalición Feminista por el tratado vinculante, firmada juntamente con la FIDH.

El borrador no se ocupa en absoluto de la componente de reparación de la debida diligencia en materia de derechos humanos. Para que sea una herramienta eficaz, no solo para prevenir los abusos que puedan producirse, sino para mitigar, detener y reparar los que ya han ocurrido, este elemento debe ser incluido.

La debida diligencia en materia de derechos humanos no solo debería identificar violaciones reales y potenciales de los derechos humanos, sino que también debería constituir la base para mitigar y tomar medidas de reparación de estas violaciones, tal como establece la recién publicada Guía de Debida Diligencia para la Conducta Empresarial Responsable de la OCDE.⁴³ La disposición del tratado debería, por lo tanto, tener en cuenta este componente fundamental de la debida diligencia en materia de derechos humanos. La finalidad de identificar las violaciones de los derechos humanos es, por una parte, evitar que tengan lugar, y, por otra, ponerles fin o mitigar sus efectos cuando ya han ocurrido o están ocurriendo. Por último, como han alegado otros expertos, cuando la empresa que se ha identificado ha contribuido o causado la violación de los derechos humanos, debería resolverla y ofrecer reparación o cooperar en el proceso de

43 Adoptado en mayo de 2018, véase <http://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf>

reparación. **La adopción de disposiciones sobre mitigación o reparación por parte de las empresas es importante para permitir que cese de inmediato a la violación. Esto no debería socavar el carácter preventivo de la debida diligencia en materia de derechos humanos, ni eximir a la empresa de ser sancionada por incumplimiento de las normas de debida diligencia en materia de derechos humanos.** La mitigación y la reparación son fundamentales, constituyen pasos complementarios de la rendición de cuentas por parte de las empresas y deberían ser parte necesaria de la obligación de debida diligencia en materia de derechos humanos.

Por último, el borrador incluye la posibilidad de que los Estados eximan a las pequeñas y medianas empresas (PYMES) del cumplimiento de las obligaciones de debida diligencia en materia de derechos humanos. Aunque la disposición sobre la posibilidad de acordar una exención a las PYMES podría ser de utilidad en un número limitado de casos, esta exención no puede depender de la discreción de un único Estado parte. Además, es necesario evitar que las filiales que formen parte de grupos transnacionales utilicen esta exención para eludir las obligaciones que les serán impuestas por los Estados en virtud del tratado. Esta exclusión debería estar específicamente justificada y cumplir con algunos criterios generales y uniformes, así como con unas normas de procedimiento establecidas por el propio tratado o por la Conferencia de Estados Partes, en cooperación con la sociedad civil y de acuerdo con el principio de no discriminación.

Zonas afectadas por conflictos

La historia muestra que, durante las situaciones de conflicto, los actores empresariales tienden a aprovecharse de la triste realidad de las personas sobre el terreno para crear oportunidades de negocio. De forma similar, los Estados a menudo han utilizado a las empresas para perpetuar sus violaciones del derecho internacional. Varias iniciativas de derecho no vinculante abordan los abusos de los derechos humanos cometidos por empresas en zonas afectadas por conflictos, entre otros, el principio 7 y 23 de los Principios Rectores de la ONU, el Documento de Montreux y la Guía de la OCDE sobre Minerales en Áreas de Conflicto.

Se considera un elemento positivo el hecho de que, tras nuestros repetidos llamamientos, el presente anteproyecto aborde la relación entre los abusos de los derechos humanos cometidos por las empresas y las situaciones de conflicto, en el artículo 15 sobre Disposiciones Finales. Sin embargo, la disposición es demasiado débil para resultar efectiva, ya que únicamente insta a que los Estados presten una “especial atención”, sin más definición del perímetro de esta obligación.

El futuro instrumento debe ampliar lo dispuesto, a partir de las obligaciones ya existentes en virtud del derecho internacional humanitario⁴⁴ y de los principios y nociones acordados a nivel intergubernamental. El instrumento también deberá garantizar que los Estados ofrezcan orientación a las empresas para ayudarlas a **identificar y prevenir** los riesgos de violaciones del derecho internacional en las zonas en conflicto.

Más concretamente, el artículo 9 sobre Prevención debería exigir a los Estados la imposición de una **“debida diligencia reforzada” por parte de las empresas que operan en situaciones de conflicto**. Es importante establecer que la debida diligencia reforzada exige más **medidas urgentes e inmediatas** para evitar que las empresas se involucren en circunstancias en las que ocurran violaciones sistemáticas y estructurales, y que exija el establecimiento de políticas de

44 Para un análisis más específico sobre del derecho internacional humanitario y su aplicación a las empresas, véase https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0882.pdf

desinversión o desvinculación cuando las empresas corren el riesgo de contribuir a las violaciones de los derechos humanos en dichos contextos o a agravarlas. Esta debida diligencia reforzada también debería requerir la celebración de consultas con las OSC, ACNUDH y otros órganos, como requisito previo al inicio y mantenimiento de actividades económicas en dichos contextos.

Responsabilidad

¿Qué medidas deberían imponer los Estados a las empresas que violen los derechos humanos?

El artículo 10.1 establece que “[d]icha responsabilidad estará sujeta a sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasorias, incluidas sanciones monetarias”. **Las sanciones son fundamentales e importantes para dejar claro que dicha responsabilidad no es únicamente simbólica, sino que tendrá consecuencias materiales concretas.** Sin embargo, es importante destacar que la indicación de sanciones no debe ser limitativa. Por ejemplo, el artículo podría referirse a las sanciones “incluidas, pero no limitadas a, sanciones monetarias, la exclusión de la contratación pública y del apoyo diplomático, la disolución de su personalidad jurídica...”.

El artículo 10.1 también debería indicar claramente que los Estados “deberán ejercer su jurisdicción y garantizar que...”, de modo que se obligue a los tribunales nacionales a conocer de estos casos.

El artículo 10.4 incorpora un elemento sobre la inversión de la carga de la prueba, lo cual es una propuesta positiva ya que este es uno de los principales obstáculos a los que se enfrentan las víctimas a la hora de llevar a los actores empresariales ante la justicia. Sin embargo, esta obligación sigue siendo muy general. La falta de especificidad en relación a los casos en que se debería invertir la carga de la prueba puede obstaculizar la aplicación eficaz de dicha disposición.

Es necesario una mayor concreción. Por ejemplo, en relación al levantamiento del velo societario, la carga de la prueba recae normalmente en las víctimas, por lo que deben demostrar que la empresa matriz ha ejercido una influencia decisiva en el comportamiento de la filial, incluso cuando esta última es propiedad al 100% de la empresa matriz. De forma similar, en la mayoría de los Estados miembros de la UE, las víctimas soportan la carga de demostrar la responsabilidad de una empresa multinacional por un daño causado, incluso cuando el conjunto de documentos y otras pruebas materiales se encuentran en manos de la empresa matriz.

Por consiguiente, basándose en la experiencia de las víctimas que buscan justicia y reparación, el borrador podría establecer una obligación más concreta que indique cuándo es necesaria la inversión de la carga de la prueba sin depender totalmente de las particularidades de la legislación nacional.

Responsabilidad civil

En el derecho internacional, algunas convenciones ya han establecido la responsabilidad civil de las empresas.⁴⁵ A diferencia de estos instrumentos internacionales, la presente Convención no comprende un tipo de violación muy concreto, sino que su finalidad es establecer una norma general de responsabilidad civil para que los Estados la incorporen en su legislación nacional.

Para entender si el tratado mejora efectivamente el acceso de las víctimas a justicia y reparación, es importante analizar el criterio que el borrador ha identificado para establecer la responsabilidad de una empresa. En la mayoría de los casos, las víctimas intentarán responsabilizar a la empresa matriz por las violaciones cometidas por su filial o a lo largo de su cadena de suministro. Por consiguiente, esta será el estándar probatorio para responsabilizar a las empresas matrices.

El párrafo 6 del artículo 10 del anteproyecto establece los siguientes criterios alternativos para que los Estados puedan responsabilizar a las empresas por el daño causado por violaciones de los derechos humanos cometidas en el contexto de su actividad:

- a. En la medida en que ejerza control sobre las operaciones, o;
- b. En la medida en que exhiba una relación suficientemente estrecha con la filial o entidad en su cadena de suministro y cuando exista una conexión sólida y directa entre su conducta y el agravio sufrido por la víctima, o;
- c. En la medida en que se hayan previsto o se debieran haber previsto riesgos de violaciones de los derechos humanos en su cadena de actividad económica.

Para examinar mejor los tres criterios, es necesario analizarlos por separado:

1. En la medida en que ejerza control sobre las operaciones.

El primer criterio que se establece en el borrador se refiere al control. Se trata de la vía clásica ya utilizada por los tribunales nacionales para establecer la responsabilidad de la empresa matriz por las acciones cometidas por sus filiales, y esta noción ha sido interpretada de diferentes modos en los diferentes ámbitos del derecho internacional y en las jurisdicciones nacionales. Aunque el control de la empresa matriz sobre la filial o de la empresa conjunta pueda resultar evidente a partir de la documentación y la gestión de la empresa, los tribunales han establecido la responsabilidad de la empresa matriz de acuerdo a este criterio únicamente en circunstancias excepcionales.⁴⁶ Esta problemática revela la necesidad de una definición específica del término "control".

45 Por ejemplo, tanto el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos como el Convenio de París acerca de la responsabilidad civil de terceros en materia de energía nuclear establecen la responsabilidad directa de las empresas.

46 Por ejemplo, en el denominado caso Omai, la empresa argumentó que la responsable del diseño, la construcción y la gestión de la mina era su filial (OGML) y que Cambior (la matriz) no había tomado las principales decisiones sobre las actividades cotidianas de la mina, aunque esto no se correspondía con la realidad de la estructura y del funcionamiento del grupo. Cambior tenía derecho a nombrar y cambiar a la mayoría de los miembros de la junta directiva y a designar a la Presidencia y Vicepresidencia; Cambior podía desempeñar funciones diarias de gestión y llevarlo a cabo en su calidad de director designado. Sin embargo, el tribunal de Quebec afirmó que las pruebas disponibles "podían permitir al tribunal adelantar algunas conclusiones preliminares sobre la responsabilidad de Cambior como autor de los actos y de [OGML] como agente", pero concluyó que no era el foro más adecuado para juzgar el caso. Tribunal Superior de Justicia de Quebec, *Recherches Internationales Quebec (Petitioner) v. Cambior Inc. L. (Respondent) and Home Insurance and Golder Associates LTEE*, 1998.

2. En la medida en que exhiba una relación suficientemente estrecha con la filial o entidad en su cadena de suministro y exista una conexión sólida y directa entre su conducta y el agravio sufrido por la víctima.

El segundo criterio establece la responsabilidad de una empresa "en la medida en que exhiba una relación suficientemente estrecha con la filial o entidad en su cadena de suministro y exista una conexión sólida y directa entre su conducta y el agravio sufrido por la víctima". En esta disposición hay dos criterios simultáneos, que se pueden diferenciar como sigue:

- i) Uno de los criterios apunta a la existencia de una relación suficientemente estrecha entre la empresa matriz y su filial o una empresa de su cadena de suministro. Este criterio parece recordar el primero y referirse a la doctrina estadounidense de *alter ego*⁴⁷, según la cual un tribunal puede levantar el velo societario cuando entre las dos empresas exista tal unidad de propiedad e interés que estas han dejado de ser personas jurídicas separadas, de tal modo que el reconocimiento de ambas como personas jurídicas separadas llevaría necesariamente a permitir el fraude u otros resultados injustos y en consecuencia la filial ha sido relegada al status de *alter ego* de la empresa matriz. En la práctica, es difícil reunir las condiciones para la aplicación de la doctrina de *alter ego*, esta se ha aplicado únicamente en casos excepcionales y la víctima debe demostrar que: 1) la filial no tiene personalidad jurídica propia; 2) se utiliza la filial para cometer actos fraudulentos, desleales o injustos para el interés de la empresa matriz o de la mayoría de accionistas y 3) existe una conexión causal entre la conducta y el daño sufrido por el demandante. Sin embargo, los términos utilizados por el tratado apuntan hacia un enfoque más flexible que no requiera la falta de personalidad jurídica sino simplemente una relación estrecha. Sin embargo, como ya se indicó en relación al criterio a), **sería conveniente una mayor especificidad en este punto para evitar que la noción de control y de relación suficientemente estrecha se interpreten de forma restrictiva.**
- ii) **El otro criterio añade un nivel de complejidad al establecimiento de la responsabilidad**, en la medida en que establece que el comportamiento de la empresa matriz o de la sociedad de la cadena de suministro tiene una fuerte conexión directa con el daño sufrido por la víctima. Este criterio, que parece ser complementario al primero, añade una carga de la prueba adicional, como si el vínculo entre los actos de la filial o la entidad de la cadena de suministro con el daño no fuera suficiente. Sería necesario que existiera un vínculo fuerte con el comportamiento de la propia empresa matriz. Dicho vínculo, si se definiera estrictamente, existiría muy raramente en las relaciones de una cadena de suministro e incluso en relación con una filial. Además, como la noción de control anteriormente mencionada no está definida, no resulta claro cuándo este control resultaría suficiente y, por el contrario, cuándo sería necesario vincularlo al daño.

3. En la medida en que se hayan previsto o se debieran haber previsto riesgos de violaciones de los derechos humanos en su cadena de actividad económica.

El tercer y último criterio permite el establecimiento de responsabilidad "en la medida en que se hayan previsto o se debieran haber previsto riesgos de violaciones de los derechos humanos en su cadena de actividad económica". Este caso es una referencia a la forma de "negligencia directa" en la que la responsabilidad de una empresa matriz se basa en un incumplimiento de su propio deber de diligencia. Sin embargo, el texto del borrador debería haber aclarado la relación

47 Tribunal Supremo de EE.UU., *Doe v. Unocal*, 248 F.3d 915 (9thCir. 2001), pág. 926.

entre el artículo 9 y el 10. En este caso, el deber de diligencia se establecería cuando se ha previsto o se podría haber previsto un riesgo en la cadena de actividad económica de la empresa y la empresa no ha obrado con la debida diligencia.

El artículo 10.6.c podría suponer un avance muy positivo en el ámbito de la rendición de cuentas por parte de las empresas, ya que obliga al Estado a adoptar la “reglamentación extraterritorial de la empresa matriz” y tiene el mérito de superar el problema del velo societario, dispensar a las víctimas de los actos de las filiales de la carga de demostrar la separación entre las diferentes entidades y de establecer la responsabilidad directa de la empresa matriz por no actuar con la debida diligencia.⁴⁸

Sin embargo, este último párrafo podría plantear dificultades de interpretación, ya que no se define con más detalle el concepto de cadena de actividad económica.

Todos estos criterios no serán de fácil aplicación a las situaciones en las que las empresas violan los derechos humanos, cuando se exija que las víctimas demuestren la cercanía entre la empresa matriz y la filial, el comportamiento incorrecto o que la empresa matriz no ha actuado con la debida diligencia. La dificultad que para las víctimas supone demostrar estos elementos es uno de los obstáculos recurrentes que impiden el acceso a la justicia en este tipo de casos. El artículo 8 y 10.4 intentan abordar estas dificultades, permitiendo que las víctimas tengan un mejor acceso a la información, así como la inversión de la carga de la prueba, pero en este último caso está sujeto a la legislación nacional, lo que podría menoscabar de forma significativa el alcance de esta innovadora disposición.⁴⁹

Responsabilidad penal

El reconocimiento por parte de los sistemas de justicia penal de que las empresas (y no únicamente las personas que forman parte de ellas) puede ser consideradas responsables penalmente no es raro en los ordenamientos jurídicos nacionales, pero faltan normas internacionales que proporcionen un enfoque coherente en todos los países. El tratado ofrece la complicada oportunidad de consolidar los avances realizados en el plano nacional y así establecer un enfoque coherente, que reforzará la capacidad de los demandantes de pedir responsabilidades y de acceder a una reparación adecuada por parte de las propias empresas. El esfuerzo realizado para incorporar dichos elementos al tratado es un importante avance.

Por consiguiente, algunos elementos pueden plantear complejas cuestiones de derecho penal. En primer lugar, el artículo 10.8 indica que la responsabilidad penal de “todas las personas [físicas y jurídicas] [...] que cometan de forma intencionada [...] violaciones de los derechos humanos que constituyan un delito penal”. El borrador del tratado establece así una responsabilidad penal que requiere intencionalidad, *mens rea*, planteando una cuestión que ha dado lugar a muchos debates doctrinales a lo largo de la historia, en relación a la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas.

Desde el punto de vista del derecho penal comparado, este enfoque corresponde a aquellos casos en los que la intencionalidad de la entidad jurídica se deriva de la de la persona física, agente de la empresa, que comete el delito con la intención de beneficiar a esta última (enfoque

48 O. De Schutter, *Towards a New Treaty on Business and Human Rights*, *op. cit.*, pág. 48 y siguientes.

49 Véase R. Meeran, *The "Zero Draft": Access to judicial remedy for victims of multinationals' abuse*, septiembre de 2018, disponible en www.business-humanrights.org/en/the-“zero-draft”-access-to-judicial-remedy-for-victims-of-multinationals?mncs-abuse.

de responsabilidad indirecta). Sin embargo, algunos ordenamientos jurídicos han optado por un planteamiento organizativo de la responsabilidad penal, que considera, por ejemplo, que existe una identidad entre los actos de los altos cargos directivos con la actividad de la empresa. En este caso, no es necesaria una intencionalidad específica, en la medida en que se considera que dichas personas están actuando como órganos de la empresa. Desde esta perspectiva, hacer referencia a las violaciones de los derechos humanos perpetradas intencionalmente, puede no solo limitar el alcance, al excluir los delitos en los que no hubo intencionalidad específica, sino que es posible que tampoco se adapte a determinados ordenamientos jurídicos. Por consiguiente, la referencia a la "intencionalidad" del acto puede dar lugar a interpretaciones diversas y contradictorias, sobre todo teniendo en cuenta que no se determinan los tipos de delitos específicos a sancionar (tal como hacen otros convenios internacionales). **Por otra parte, podría resultar problemático demostrar la intencionalidad de tales actos en unas estructuras jurídicas cada vez más complejas y descentralizadas.**

Una característica muy específica de esta responsabilidad del tratado es la falta de definición del "delito". A diferencia de otros tratados internacionales sobre responsabilidad penal de personas físicas o jurídicas, el borrador no define los delitos específicos que los Estados deberían contemplar en la competencia nacional, ni aclara cuales son los delitos que determinarán la responsabilidad (¿se trata de crímenes internacionales, crímenes de lesa humanidad?), sino que se refiere de forma general a las "violaciones de los derechos humanos que constituyan un delito penal". Esta definición es muy amplia, por lo que permite abarcar un amplio espectro de conductas definidas por "el derecho internacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos o la legislación nacional".

Sin embargo, como contrapartida, esta amplitud implica que no existe una norma mínima establecida en relación a las conductas específicas para las que todos los Estados partes deberían garantizar que las personas jurídicas puedan ser responsables, sin impedir que vayan más allá incluyendo otros tipos penales. En consecuencia, **no se podrán aplicar estas amplias obligaciones de manera directa cuando los Estados no tengan la capacidad o voluntad de adoptar la legislación necesaria para aplicar dicha disposición del tratado.** Esto es especialmente cierto en el caso de la responsabilidad penal, donde el principio *nulla poena sine lege* (no hay pena sin ley), base del principio de legalidad, impide toda responsabilidad penal sin que exista una ley previa que defina específicamente la conducta censurable.

El borrador preliminar hace referencia asimismo al alcance de la responsabilidad penal que incluirá a "los autores, los cómplices y los colaboradores, según lo establecido por el derecho interno". Como se ha mencionado anteriormente, se trata de una referencia positiva, pero puede que en la práctica tenga un escaso impacto, en la medida en que no se definan los delitos concretos ni los tipos de complicidad y participación. En los casos de abusos cometidos por empresas, la práctica ha demostrado que pueden existir tipos concretos de participación y complicidad propias de los agentes económicos. Por otra parte, las disposiciones no tienen en cuenta las omisiones y únicamente se refieren a la responsabilidad de las empresas que "cometan violaciones de los derechos humanos". Por consiguiente, **la incorporación de un mínimo de definición contribuiría a lograr el objetivo de consolidar, al menos parcialmente, un enfoque coherente.**

Sin embargo, es positivo que el artículo 10.9 establezca explícitamente que "la responsabilidad penal de las personas jurídicas existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas físicas". Esta disposición se inspira en otros convenios internacionales y, por consiguiente, es una formulación legítima y ampliamente aceptada. Por otra parte, impide que

la responsabilidad penal de las personas jurídicas se convierta en un escudo para que las personas, especialmente los altos directivos, puedan eludir su responsabilidad personal.

Los avances realizados por los artículos del borrador preliminar sobre responsabilidad penal podrían, sin embargo, verse menoscabados por una cláusula de excepción que por el momento se ha formulado de forma muy amplia. El artículo 10.12 considera que “en caso de que, según el ordenamiento jurídico de una parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, esa parte velará por que estas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal”. Esta disposición es similar a las disposiciones que figuran en otros tratados con cláusulas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero se ha diluido en **dos elementos que es necesario reforzar**:

- En primer lugar, se podría simplificar la redacción del artículo, disminuyendo el uso del condicional y estableciendo una obligación clara de someter a las personas jurídicas a sanciones de carácter no penal: cada “parte velará por que las personas jurídicas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal”.
- En segundo lugar, aunque esta cláusula es necesaria para adaptar esta obligación a los Estados cuyo ordenamiento jurídico no permite, por principio, el reconocimiento de la responsabilidad penal –como, por ejemplo, aquellos donde se imponen sanciones administrativas para suplir la falta de responsabilidad penal para las personas jurídicas (Italia, Alemania, Grecia, Hungría, México y Suecia)–, una formulación más limitada contribuiría a evitar que diera lugar a una puerta de escape para esta obligación.

Para ello, el tratado podría inspirarse en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que en su artículo 10 establece lo siguiente:

“Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención”.

También puede basarse en el **Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE**, que establece en su artículo 2 que:

“Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero”.

La referencia específica a los principios jurídicos excluirá los casos en los que la falta de responsabilidad penal se derive de una falta de voluntad política en vez de un obstáculo jurídico.

Por último, resulta muy positiva la incorporación de la competencia universal, cuando proceda, a las violaciones de los derechos humanos constitutivos de crímenes según el derecho internacional. No obstante, es necesario aclarar aún más el alcance de esta obligación. Por una parte, al hacer referencia al derecho internacional, esta disposición parece reforzar las obligaciones actuales de la competencia universal. Por otra parte, al hacer referencia a “las disposiciones apropiadas relativas a la jurisdicción universal sobre las violaciones de los derechos humanos que constituyen crímenes” parece ir más allá del alcance de los instrumentos internacionales actuales, creando así obligaciones nuevas. Por lo tanto, sería

preferible aclarar que el futuro instrumento pide a los Estados que adopten disposiciones en su legislación nacional que estipulen la competencia universal para las violaciones de los derechos humanos constitutivas de crímenes (que deberán definirse cuidadosamente) cometidos por personas (físicas o jurídicas) con actividades empresariales de carácter transnacional.

Conclusiones

A la vista de todo lo expuesto anteriormente, el anteproyecto elaborado por Ecuador podría ser considerado un primer paso importante hacia un debate mucho más concreto sobre la redacción y las disposiciones que formarán parte de un instrumento internacional vinculante sobre empresas y derechos humanos. Aunque algunos elementos, como la centralidad de las víctimas, la institución de la obligación de adoptar una normativa obligatoria sobre el deber de diligencia y el foco en la responsabilidad son muy positivos, es necesario debatir mucho más y considerar con atención las posibles alternativas a muchas, si no a todas, las disposiciones presentadas por Ecuador. Durante el debate se debería tener en cuenta la principal finalidad del instrumento: la rendición de cuentas y el acceso a la justicia en casos de violaciones de los derechos humanos vinculados a actividades empresariales.

Esta contribución ha desarrollado alguna de las disposiciones del anteproyecto (que se continuarán analizando en los próximos meses) y ha señalado algunos de los puntos sobre los que, en nuestra opinión, es necesario continuar trabajar, entre otros:

- Reafirmar la obligación de todas las empresas de respetar los derechos humanos, en la parte operativa del texto;
- Aclarar el alcance subjetivo del tratado con objeto de evitar su interpretación restrictiva y la exclusión de las empresas estatales.
- Incorporar texto específico sobre la protección y el reconocimiento de las personas defensoras de los derechos humanos.
- Ofrecer vías para garantizar el acceso efectivo a la justicia a individuos y grupos afectados por abusos corporativos a lo largo de la cadena de valor;
- Garantizar que el concepto de debida diligencia en derechos humanos sea mas amplia y coherente con otros estándares internacionales existentes, y establecer claramente una relación entre debida diligencia y la responsabilidad penal y civil de la empresa matriz o empresa líder correspondiente cuando ocurren violaciones a los derechos humanos;
- Establecer un mecanismo de monitoreo e implementación efectivo reforzando substancialmente las disposiciones del protocolo opcional.

Un tratado que no pueda proporcionar una respuesta operativa y concreta a tales problemas no sería una gran contribución al marco internacional vigente.

Aunque el camino hacia la consecución del trabajo aún es largo y complejo, este borrador constituye una valiosa oportunidad de establecer un debate significativo y constructivo el próximo mes de octubre en Ginebra. Se espera que las delegaciones, en especial aquellas que han instado en repetidas ocasiones a celebrar debates sustantivos, estén preparadas y participen en el contenido del borrador, y que realicen esfuerzos para mejorar el texto actual y hagan más efectiva la protección de los derechos humanos frente al abuso cometido por empresas.

Este es un llamamiento que no puede pasar inadvertido para quienes desean un desarrollo económico más respetuoso con las personas y el planeta.