

# EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS HACIA UNA CONVENCION INTERNACIONAL

CARLOS LÓPEZ HURTADO<sup>/\*</sup>

El proyecto "cero" de uno de los tratados internacionales de derechos humanos más importantes de los últimos años, un instrumento sobre las empresas y los derechos humanos, acaba de ser presentado en Ginebra por el Embajador de Ecuador en calidad de Presidente del proceso.

Dicho "borrador cero" se enfoca fuertemente en la cuestión clave del acceso a la justicia y la reparación para aquellos que alegan daño por parte de una empresa comercial y es probable que complazca a muchos y disguste a otros, pero seguramente contribuirá a un cambio de tono y carácter de las deliberaciones que hasta ahora se han centrado principalmente en consideraciones políticas y de procedimiento. En este trabajo llevamos a cabo un análisis preliminar de los elementos principales del borrador del tratado en relación a los intereses y demandas de las organizaciones de trabajadores de todo el mundo.

El mencionado borrador de Convención se publica en el contexto del establecimiento por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra mediante la resolución 26/9, en 2014, de un Grupo de Trabajo Intergubernamental creado para elaborar un "instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de empresas transnacionales y otras empresas comerciales" (un proyecto de tratado sobre empresas y derechos humanos). El Grupo de Trabajo ha celebrado tres sesiones, y su última sesión se realizó los días del 15 al 19 de octubre de 2018.

Las grandes organizaciones internacionales y regionales de trabajadores se han sumado a la campaña por una Convención internacional de manera temprana y consistente. El activismo sindical ha estado encabezado primero por la Confederación Sindical de las Américas (CSA) y luego por la propia Confederación Sindical Internacional (CSI). A ellos se han sumado la Confederación Sindical Europea (CSE) y varios sindicatos globales como la Federación de Trabajadores de Transporte Internacional (FTTI). Todos ellos se han pronunciado sobre el contenido de la futura Convención y también han sido partícipes activos de las discusiones.

A primera vista, el borrador del tratado adopta opciones razonables en algunos de sus aspectos generales y en su estructura general. El modelo elegido es un tratado centrado en el acceso a la reparación y la justicia por parte de las víctimas de abuso

corporativo y en hacer efectiva la responsabilidad legal de las empresas transnacionales. Otras opciones que se habían propuesto incluían un tratado marco que básicamente proporcionaría principios generales, procedimientos y quizás algunos arreglos institucionales, o un tratado que se enfocaría en crear o reconocer bajo el derecho internacional obligaciones directas de derechos humanos para las empresas. En este momento -en este proyecto elaborado por el presidente del Grupo de Trabajo- las obligaciones comerciales en materia de derechos humanos solo se reconocen como tales en el preámbulo:

**«Subrayando que todas las empresas comerciales, independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propiedad y estructura deberán respetar todos los derechos humanos, lo que incluye evitar o causar impactos adversos a los derechos humanos a través de sus propias actividades y abordar dichos impactos cuando ocurran».**

El enfoque en reparaciones y rendición de cuentas por abusos de empresas comerciales es encomiable y refleja el deseo de muchos de los que abogan por un tratado que aborde lo que consideran los temas más apremiantes en el campo de los negocios y los derechos humanos: los que se relacionan con la capacidad de la sociedad en general, y más concretamente las personas y grupos que se ven afectados por las operaciones comerciales, para responsabilizar legalmente a las empresas por los abusos que puedan cometerse en sus operaciones y para proporcionar un acceso efectivo a la justicia y reparación a quienes alegan un daño.

La estructura, incluidos los encabezados del proyecto de tratado, abordan algunos de estos temas, entre otros: la responsabilidad legal de las empresas, los derechos de las víctimas, la jurisdicción y la asistencia legal mutua. Sin embargo,

<sup>/\*</sup> Asesor Legal Principal de la Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, Suiza. Doctor en Derecho Internacional Público por la Universidad de Ginebra/ Instituto de Altos Estudios Internacionales, donde también obtuvo una maestría. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ha trabajado varios años en la división de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y regularmente dicta conferencias en programas de derecho de las universidades de Inglaterra, Holanda y Estados Unidos.

la forma en que el borrador del tratado discierne estos temas es desigual, impreciso y en ocasiones oscuro. En cualquier caso, tener un borrador completo frente a nuestros ojos sin duda ayuda en los debates y a la eventual mejora del proyecto.

## EL PAPEL DEL ESTADO

Aunque el tratado propuesto crearía obligaciones solo para que los Estados tomen medidas legislativas y de otra índole, así como para hacer que las empresas rindan cuentas legalmente y para que las víctimas tengan acceso a la reparación, generalmente se pasa por alto el papel empresarial del Estado y la necesidad de rendición de cuentas y de recursos efectivos también en el contexto de esa actividad. Muy a menudo, los Estados establecen empresas conjuntas con inversores privados (como en Nigeria con Shell) o facilitan y respaldan operaciones comerciales en los sectores de minería, petróleo y gas, o brindan seguridad a las actividades económicas, y muchos de los abusos que son usualmente reportados involucran negocios privados y complicidad del Estado. Lamentablemente, el proyecto de tratado presta escasa atención al papel empresarial del Estado y la necesidad de rendición de cuentas y reparación en ese contexto. Además, algunas disposiciones parecen ir en la dirección opuesta. Por ejemplo, el artículo 13° sobre la coherencia con el derecho internacional presenta cláusulas asombrosas de amplio alcance y algo imprecisas que dejan intactas las obligaciones existentes para los Estados.

## ALCANCE O CAMPO DE APLICACIÓN

Con respecto a la cobertura *ratione materiae*, las organizaciones sindicales han pedido que la Convención tenga una cobertura amplia de todos los derechos humanos, incluidos los derechos laborales. El proyecto no proporciona claridad sobre qué derechos serán cubiertos por el tratado. La formulación del proyecto de artículo 3°.2 que señala que la Convención debe aplicarse a "todos los derechos humanos internacionales y los derechos reconocidos en el derecho interno" contraviene el principio de legalidad. "Todos los derechos humanos internacionales" podrían haber sido delimitados por referencia a tratados o costumbres, o por referencia sobre si son vinculantes para los Estados Parte. Es extremadamente difícil ver cómo un Estado podría aplicar un tratado con unas disposiciones tan abiertas como es el artículo 3°.2. En cuanto al alcance de la jurisdicción personal (qué empresas estarían comprendidas dentro del campo de aplicación del tratado), la CSE ha indicado su preferencia por una cobertura que incluya todas las empresas<sup>1</sup>, mientras que otras confederaciones de sindicatos<sup>2</sup> parecieran conformarse con una aplicación centrada en las empresas con operaciones transnacionales. De conformidad con el artículo 3°.1. el borrador aborda solo la conducta de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales que tienen "actividades transnacionales". Las acciones u omisiones de las empresas que actúan solo dentro de las jurisdicciones nacionales se omiten. El borrador del tratado define como "actividades comerciales de carácter transnacional", aquellas actividades con fines de lucro que "tienen lugar o involucran acciones, personas o impacto en

dos o más jurisdicciones nacionales". De esta forma, implementa una nota al pie que se insertó en la resolución 26/9 de 2014 que limitaba el alcance de las operaciones comerciales transnacionales en detrimento de un alcance más amplio que incluye todas las empresas comerciales. Esta última posición es defendida por algunos Estados y Organizaciones no Gubernamentales (ONG), siendo reflejado en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Negocios y Derechos Humanos. El limitado campo de aplicación del tratado, reproducido también en el borrador publicado, ha sido motivo de controversia desde el inicio del proceso. El alcance obviamente impacta en el alcance y consistencia de varias secciones y artículos de un proyecto de tratado cuyo enfoque es la definición de los fundamentos de la responsabilidad legal para las empresas (principalmente civiles y penales) y el acceso a reparación para las presuntas víctimas de abuso de la compañía.

Los efectos perturbadores de dicho alcance limitado se pueden ver, por ejemplo, en la definición de delitos corporativos que los Estados Parte deben promulgar a nivel nacional. Con el alcance y definiciones actuales, solo la conducta delictiva (independientemente de su gravedad) que ocurra en al menos dos jurisdicciones nacionales puede ser punible, lo que puede conducir al absurdo resultado de que una conducta criminal atroz (por ejemplo, crímenes contra la humanidad) no sea punible, si la empresa en cuestión actúa solo dentro de una jurisdicción nacional.

El borrador podría, por ejemplo, haber insertado algunas cláusulas de mitigación de este alcance limitado, como aquella incluida en la Convención de la ONU sobre Delincuencia Organizada Transnacional (artículo 34°.2) con la intención de mitigar problemas similares en el contexto de ese tratado. Una disposición adaptada de dicha convención sería:

**«Los delitos establecidos de conformidad con el artículo 10°.8 de la presente Convención se establecerán en la legislación interna de cada Estado Parte con independencia del carácter transnacional de la actividad empresarial, excepto en la medida en que la naturaleza del delito requiera el elemento transnacional».**

La cláusula anterior también se puede ampliar para referirse no solo a la responsabilidad penal corporativa, sino a otras medidas que se exigen de las empresas, como la diligencia debida en materia de derechos humanos (artículo 9°). Una cosa es clara, el borrador del tratado, aunque claramente deficiente a este respecto, tranquilizará a aquellos que se muestran preocupados porque las operaciones de las corporaciones transnacionales pudieran no abordarse adecuadamente si se incluyeran dentro de normas amplias y vagas referidas a "todas las empresas comerciales" sin distinción, tratando los problemas específicos que surgen en el contexto de las operaciones transnacionales.

/1 CSE, ETUC Position on a United Nations Treaty on Transnational Corporations, 25-26 June 2018.

/2 ITUC, ITWF, Joint Written Submission to the Third Meeting of the Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, 20 October 2017 [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/ITUC\\_ITF\\_WrittenStatement.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/ITUC_ITF_WrittenStatement.pdf).

## PREVENCIÓN

El movimiento sindical mundial ha expresado en repetidas ocasiones su apoyo a un tratado internacional que clarifique la obligación de los Estados de regular, exigiendo a las empresas la adopción de medidas de prevención y debida diligencia en materia de derechos humanos. Dichas medidas deberían estar basadas en prescripciones sobre la materia contenidas en los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos, y también en la ley modelo francesa sobre deber de vigilancia. El proyecto de tratado adopta un enfoque algo amplio sobre la cuestión de las medidas preventivas que exigirán los Estados a las empresas comerciales (artículo 9°). Lo que se les pide a los Estados que requieran de las empresas se presenta como una especie de diligencia debida (de derechos humanos) que sin embargo se aparta significativamente de lo que generalmente se conoce como tal. Así como están las cosas, esos requisitos se podrían presentar mejor como medidas de "empresa responsable", más que de debida diligencia en materia de derechos humanos.

De la manera como está formulada en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, la diligencia debida en materia de derechos humanos es un proceso de cuatro pasos mediante el cual las empresas deben identificar, prevenir, mitigar y explicar cómo abordan sus impactos adversos sobre los derechos humanos. El borrador del tratado divide algunos de esos pasos en dos más y agrega "consultas significativas" con los grupos afectados, el requisito de proveer seguro financiero para cubrir posibles reclamos de compensación y la incorporación de algunas medidas en los contratos transnacionales de las empresas.

El incumplimiento de dichas medidas de diligencia debida implicaría responsabilidad legal en virtud de la legislación nacional para la empresa interesada. El borrador resalta positivamente al establecer "procedimientos nacionales efectivos" para "exigir el cumplimiento" -algo que siempre ocurre en todas partes- aunque las empresas y los gobiernos encontrarán difícil cumplir o controlar el cumplimiento de las obligaciones de largo alcance y las obligaciones de debida diligencia definidas de manera imperfecta, respectivamente. Dado que los Estados suelen considerar las medidas preventivas como importantes y preferibles a la de tener que proporcionar reparaciones después del hecho, y que sectores importantes de la sociedad civil organizada están abogando en favor de la obligatoriedad de la diligencia debida en materia de derechos humanos, es previsible que esta sección del borrador del tratado atraerá mayor atención y apoyo especial. Por tales razones, es probable que esta sección permanezca en el borrador final, aunque probablemente en una forma revisada.

## RESPONSABILIDAD LEGAL Y ACCESO A LA REPARACIÓN

El movimiento sindical mundial ha catalogado las medidas de acceso a la justicia para los afectados por las empresas transnacionales como una razón principal de su apoyo al proceso hacia un tratado. Un tema de preocupación especial para el movimiento sindical es la responsabilidad de la

empresa matriz en relación a los abusos de su filial, y de la empresa dominante en relación a su cadena de suministro y sub-contratistas. Los sindicatos reclaman el fin de la impunidad. Para ello, se favorece un sistema de jurisdicción de los tribunales extendida a los casos que ocurran en el exterior.

El proyecto de tratado intenta responder a estas demandas. De esta manera, el núcleo del proyecto de tratado son sus disposiciones sobre la responsabilidad legal de las empresas transnacionales y los derechos de las víctimas a la reparación y compensación. Aunque no era estrictamente necesario, el proyecto de artículo 8° comienza con uno de los derechos de las víctimas al acceso a la justicia y las reparaciones. Sin embargo, cómo las diversas formas de reparación enumeradas (restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición) -tomadas del derecho de la responsabilidad del Estado- se aplican a las empresas, a los Estados o a ambos necesita una mejor explicación. Además, las referencias a "remediación ambiental" y "restauración ecológica" también necesitan una aclaración si implican algo diferente de las otras formas de reparación generalmente aceptadas.

Entre algunos de los derechos de las víctimas enunciados en el proyecto del tratado, la disposición general que garantiza que "en ningún caso se les exigirá a las víctimas reembolsar los gastos legales de la otra parte de la reclamación" destaca como potencialmente controvertida, ya que puede verse como un incentivo para un litigio frívolo. El proyecto de tratado también prevé el establecimiento de un Fondo para las víctimas, pero deja sus detalles para definición posterior.

Los derechos de las víctimas a la justicia y la reparación se suman a las disposiciones sobre la responsabilidad legal de las empresas y eso es lo que hace el artículo 10° del proyecto de tratado, que se centra en la responsabilidad civil y penal. La disposición requiere la promulgación de responsabilidad civil, penal o administrativa por los abusos cometidos en el contexto de la actividad comercial transnacional, y esa responsabilidad se aplica a las personas físicas y jurídicas.

Una cuestión clave en la discusión de la responsabilidad civil es la relación entre la empresa matriz y la empresa subsidiaria y las responsabilidades legales correspondientes a cada una en el caso de que se cause o contribuya a un daño en el contexto de las operaciones comerciales.

El proyecto de artículo 10°.6 intenta abordar este complejo y controvertido tema al establecer ciertos parámetros bajo los cuales una "persona con actividades comerciales de carácter transnacional" (presumiblemente una corporación comercial) será responsable del daño causado en el contexto de esas operaciones, "incluyendo" cuando controla "las" operaciones o tiene "relación estrecha" con su filial o entidad en su cadena de suministro y su propia conducta está estrechamente relacionada con el mal producido, o el riesgo haya sido previsto o debería haber sido previsto.

Los diversos motivos bajo los cuales la responsabilidad de las empresas matrices puede establecerse en relación con los errores de sus filiales o subsidiarias son notables por su definición flexible y su aplicación alternativa (no acumulativa), lo que sugiere un esfuerzo para cubrir todas las formas posibles en que una empresa puede estar involucrada en el daño

causado por otros. Pero existe la necesidad de un análisis cuidadoso para determinar en qué medida estas cláusulas serán efectivas para aclarar el vínculo entre la matriz y la filial o, por el contrario, proporcionarán un incentivo para que la compañía matriz adopte una estrategia de manejo a distancia en relación a su filial.

Es probable que esta disposición sea objeto de acalorados debates durante las negociaciones. Muchas corporaciones siguen apegadas a la doctrina de la separación estricta entre las personas jurídicas (el velo corporativo) establecida en el caso *Salomon v. Salomon and Co.*, por la Cámara de los Lores del Reino Unido en 1897. También muchos Estados y abogados son reacios a aceptar fácilmente teorías que eliminan la doctrina de separación de entidades jurídicas a la que consideran casi como una doctrina sacrosanta.

Es de esperar que el surgimiento de doctrinas de responsabilidad por riesgo empresarial y responsabilidad empresarial en ciertos países desarrollados sea una base para la superación del estancamiento probable del debate en este punto. En cualquier caso, esta será una de las secciones del tratado que atraerá mayor atención de parte de expertos legales, pero también de grupos y comunidades de todo el mundo que a menudo denuncian a las subsidiarias de grandes compañías en el sector extractivo por los daños a sus medios de subsistencia, ambientes y salud, entre otros.

Las disposiciones sobre responsabilidad legal penal en el proyecto se formulan de manera flexible. Debemos decir para empezar, que una disposición especial sobre responsabilidad penal corporativa es un paso hacia adelante y debería mantenerse hasta el final, pero el lenguaje utilizado necesita pulirse para poder abordar las dificultades en la precisión y la viabilidad de los objetivos.

El proyecto de tratado no solo exige responsabilidad penal por todas las violaciones de los derechos humanos que constituyen delitos de derecho internacional y "derecho interno" (dejando abierta una gran ventana para enfoques divergentes y potencialmente arbitrarios a nivel de cada país) sino que también limita la definición y sanción de aquellas infracciones solo cuando sean cometidas por "personas con actividades comerciales de carácter transnacional". Basta reafirmar aquí la necesidad de corregir la definición del alcance del tratado para evitar interrupciones importantes en los principios fundamentales del Estado de Derecho.

## MECANISMOS INTERNACIONALES DE VIGILANCIA Y PROMOCIÓN

Las declaraciones de la CSI (Confederación Sindical Mundial) y la FTTI (Federación de Trabajadores de Transporte Internacional) en 2017, también demandan la creación de un Tribunal Internacional para juzgar las violaciones graves de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales, al lado de un Comité de expertos que vigile y promueva la aplicación de la Convención además de recibir comunicaciones sobre casos de violaciones.

Dicho Comité tendría la facultad de enviar comisiones de investigación a países donde aleguen la comisión de violaciones graves de los derechos humanos. La Confederación Europea

de Trabajadores también comparte las propuestas sobre un Comité internacional de expertos.

El proyecto de tratado "cero" crearía un Comité internacional de expertos para monitorear y promover la implementación del tratado y una conferencia de Estados Parte, pero lamentablemente limita sus funciones a las funciones tradicionales desempeñadas por Comités ya existentes. Las limitaciones en términos de efectividad del actual sistema internacional de monitoreo y supervisión basado en comités de expertos son bien conocidas.

Este sistema ya es insuficiente para examinar el cumplimiento estatal de los tratados clásicos de derechos humanos y puede ser aún menos efectivo en relación con las prácticas y políticas de las empresas comerciales. Todavía existe la posibilidad de que el nuevo tratado sobre empresas y derechos humanos introduzca innovaciones en esta práctica y fortalezca las funciones y mejore la eficacia del sistema internacional de vigilancia y supervisión de tratados propuesto.

El "borrador cero" propone la creación de un Comité internacional de expertos, el cual revisaría informes periódicos de la parte de Estados que hayan ratificado la Convención. Aunque es loable que se establezca un sistema de vigilancia y promoción del cumplimiento estatal de la futura Convención, se deja bastante desatendido el ángulo de la vigilancia y promoción directa de su cumplimiento por parte de las empresas multinacionales mismas. Con esta propuesta, la Convención estaría centrada en fortalecer las obligaciones para los Estados.

No obstante, un proyecto de Protocolo Facultativo publicado semanas después del "borrador cero" de la Convención, contiene disposiciones abiertas que podrían dar cabida a la posibilidad de presentar reclamaciones contra empresas ante el Comité de expertos mencionado en el párrafo anterior. No queda claro, sin embargo, cuál sería el objeto de dichas reclamaciones: ¿cuáles normas u obligaciones se estaría acusando a la empresa de violar o inobservar? Una posible –y la más viable– respuesta sería: aquellas responsabilidades que para las empresas se han consagrado en los Principios Rectores sobre los derechos humanos.

Además de la vaguedad sobre el objeto de las reclamaciones, el Protocolo Facultativo es también deficitario en materia de procedimiento para la tramitación de las reclamaciones y sobre las facultades mismas del Comité de expertos para tomar una decisión final cuyo carácter tampoco está claro. Por ejemplo, no queda claro si el Comité tomaría una decisión en la que establezca que una empresa acusada haya violado ciertos derechos humanos o de trabajadores.

En resumen, se puede decir que el borrador cero de la futura Convención es un paso hacia adelante. Muchos dudaron que el proceso avanzaría hasta esta etapa de tener un borrador completo para las negociaciones el cual seguramente mejorará durante las negociaciones.

El proceso está en su cuarto año y avanza a pesar de los muchos desafíos. Pero la redacción de tratados requiere un trabajo considerable para estar a la altura de las altas expectativas y necesidades expresadas por la comunidad internacional y especialmente aquellas personas que necesitan justicia y reparación.