

OPCIONES PARA UN TRATADO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS. AVANCES Y ESTADO DEL ARTE

Douglass CASSEL*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes y contexto*. III. *Opciones para un tratado*. IV. *Cuestiones clave seleccionadas*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

En el continente americano, los litigios de reformas estructurales se han centrado en demandas contra los Estados. Solo los Estados pueden ser demandados ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Incluso cuando hay pruebas de que una empresa privada puede haber estado implicada en violaciones de derechos humanos, únicamente el Estado puede ser adjudicado responsable por la Corte Interamericana.¹ En estos casos el Estado puede ser demandado no solo por su participación en violaciones, sino

* Profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Notre Dame, y “Notre Dame Presidential Fellow Emeritus”, en los Estados Unidos de América. Consejero y expresidente del Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y de la Fundación para el Debido Proceso Legal. Esta es una versión reducida y traducida del *White Paper: Options for a Treaty on Business and Human Rights*, elaborado por la American Bar Association (Colegio Estadounidense de Abogados), Centro de Derechos Humanos, y la Law Society de Inglaterra y Gales, en mayo de 2015, por los profesores Douglass Cassel, de la Notre Dame Law School, y Anita Ramasastry, de la University of Washington School of Law. El “White Paper” fue encargado conjuntamente para la American Bar Association (Colegio Estadounidense de Abogados), Centro de Derechos Humanos, y la Law Society de Inglaterra y Gales. Las opiniones expresadas son estrictamente las de los autores, y no necesariamente las de las organizaciones que lo encargan. Salvo algunas excepciones, esta versión resumida, elaborada solamente por el profesor Cassel, no ha sido actualizada con los acontecimientos posteriores a mayo de 2015. El “White Paper” original está disponible en: <http://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol6/iss1/4/>. Traducción del inglés por Lucas Sánchez de Miquel.

¹ Véase por ejemplo Corte IDH, *Caso Masacre De Santo Domingo v. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Serie C No. 259, párrs. 55, 59, 163 y 246; las relaciones de empresas transnacionales con las violaciones

también por su fracaso a la hora de proteger a las personas de las violaciones cometidas por empresas privadas.² Ello conlleva que cuando los tribunales nacionales se basan en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como parte del *Ius Constitutionale Commune*,³ forzosamente se centran en las responsabilidades de los Estados, y no de las empresas privadas.

Incluso cuando las empresas privadas son procesadas ante tribunales nacionales por violar derechos humanos y ambientales, cualquier sentencia resultante tenderá a centrarse en ordenar el pago de indemnizaciones pecuniarias,⁴ pero ninguna reforma estructural. Sin embargo, esta situación podría cambiar. Si la actual exploración de las Naciones Unidas sobre un tratado sobre empresas y derechos humanos prosperase, un posible resultado podrían ser los litigios de reformas estructurales contra grandes empresas.

En junio de 2014 varios Estados miembros del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas decidieron establecer un grupo de trabajo intergubernamental para “elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos”.⁵ De este modo, liderados por Ecuador y Sudáfrica y apoyados por 20 Estados miembros del Consejo (14 Estados se opusieron, incluyendo los EE.UU. y el Reino Unido, mientras que 13 se abstuvieron), y precedidos por el impulso de cientos de organizaciones de la sociedad civil, el Consejo inició un proceso para elaborar un tratado sobre empresas y derechos humanos. Hasta la fecha el grupo de trabajo se ha reunido dos veces en Ginebra en la fase de recopilar información, y está a punto de elaborar elementos para un tratado; el proceso de redacción probablemente va a durar años.

Muchas preguntas se plantean al respecto. ¿Tendrán éxito las negociaciones? Si va a haber un tratado sobre empresas y derechos humanos,

de derechos humanos en el caso son “plausibles”, pero no hay ni alegatos ni pruebas suficientes para comprobar violación del deber del Estado de investigar tales relaciones.

² CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, 31 de diciembre de 2015, párrs. 46-54, 334; A. 10-14.

³ Véase en general von Bogdandy, Armin *et al.*, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper núm. 2016-21, 2016.

⁴ Véase Cassel, Douglass, “Outlining The Case For A Common Law Duty Of Care Of Business To Exercise Human Rights Due Diligence”, *Business And Human Rights Journal*, vol. 1, núm. 2, 2016, pp. 179-202.

⁵ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 26/9, Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/RES/26/9, 26 de junio de 2014, párr. 1.

¿qué tipo de tratado será? Las posibilidades abarcan desde un tratado que imponga requisitos mínimos de que las empresas publiquen informes, hasta uno que establezca un tribunal especial en el que las entidades comerciales puedan ser demandadas o procesadas penalmente por violaciones de derechos humanos. ¿Cuáles son las cuestiones trascendentales que los redactores tendrán que abordar para los diversos tipos de tratado? Y en caso de que se adopte algún tipo de tratado, ¿qué posibilidades tiene de ser ampliamente ratificado por los Estados? ¿O correrá el riesgo de volverse, en efecto, un huérfano del derecho internacional?

Este artículo no tiene intención de posicionarse ni a favor ni en contra de un tratado sobre empresas y derechos humanos. Tampoco procederá a apoyar u oponerse a alguna forma o contenido particular en cuanto al tratado. Su propósito es meramente informacional: educar a las personas interesadas sobre cuestiones y opciones relativas al tratado. Este artículo se divide en tres secciones: antecedentes y contexto; opciones para el contenido de un tratado; y cuestiones clave seleccionadas.

II. ANTECEDENTES Y CONTEXTO

Hace una generación a menudo se afirmaba que solo los Estados tenían la responsabilidad institucional de proteger los derechos humanos, y que únicamente los actores estatales podían violar los derechos humanos. En los últimos años la posición predominante ha cambiado drásticamente. En 2014, una encuesta de confianza indicaba que los altos ejecutivos corporativos mayoritariamente perciben una responsabilidad de proteger los derechos humanos,⁶ mientras que los 47 Estados miembros del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (incluyendo a los EE.UU.), por consenso exhortaron a “todas las empresas a que cumplan con su responsabilidad de respetar los derechos humanos de conformidad con los Principios Rectores [de la ONU sobre empresas y derechos humanos]”.⁷ ¿Cómo se llegó a este nuevo consenso?

En 2005, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (más adelante reconstituida como Consejo de Derechos Humanos) solicitó al Secretario General de la ONU, Kofi Annan, que nombrase a un representante especial

⁶ La encuesta fue citada en Cassel, Douglas y Ramasastry, “White Paper: Options for a Treaty on Business and Human Rights”, *Notre Dame Journal of International Comparative Law*, vol. 6, 2016, p. 3.

⁷ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 26/22, Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/26/22, 15 de julio de 2014, párr. 3.

para el tema de “derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales”.⁸ Annan nombró al politólogo de la Universidad de Harvard John Ruggie. El enfoque del mandato de Ruggie ha prestado especial (pero no exclusiva) atención al papel de las empresas transnacionales y sus inversiones y operaciones en Estados anfitriones —abordando cuestiones sobre la incidencia de estas empresas en operaciones fuera de su jurisdicción nacional. El mandato inicial de Ruggie consistía, entre otras aspectos, en “señalar y aclarar normas uniformes sobre la responsabilidad empresarial y la rendición de cuentas de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”, así como “precisar la función que incumbe a los Estados en la regulación y arbitraje efectivos del papel de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos, en particular mediante cooperación internacional”.⁹

1. *El Marco de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos:*
“proteger, respetar, remediar”

En 2008, después de extensos estudios y consultas, Ruggie recomendó un “Marco” sobre empresas y derechos humanos, compuesto por tres partes: “proteger, respetar y remediar”.¹⁰ El Marco “abarca tres principios fundamentales”, concretamente, el “*deber del Estado* de proteger frente a los abusos de derechos humanos cometidos por terceros, en particular las empresas”; “la *obligación de las empresas* de respetar los derechos humanos” y “la necesidad de *vías más efectivas* a los recursos”.

Se indicó, además, que “[l]os tres principios constituyen un conjunto complementario en el que cada cual apoya a los demás a lograr progresos sostenibles”.¹¹

⁸ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución 2005/69, *Derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, E/CN.4/RES/2005/69, 20 de abril de 2005.

⁹ *Ibidem*, párr. 1.

¹⁰ Representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (John Ruggie), *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. Informe del representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008.

¹¹ *Ibidem*, párr. 9.

Ruggie identificó la “causa última” de los problemas contemporáneos relacionados con las empresas y los derechos humanos como “lagunas de gestión”

...lagunas de gestión debidas a la globalización, que han surgido entre el alcance y los efectos de las fuerzas y actores económicos, por una parte, y la capacidad de las sociedades para gestionar sus consecuencias adversas, por la otra. Estas lagunas de gestión crean un entorno permisivo para actos ilícitos de las empresas de todo tipo sin que haya sanciones o reparaciones adecuadas. Cómo reducir y en definitiva superar las lagunas relacionadas con los derechos humanos es nuestro problema fundamental.¹²

El Marco tripartito fue su respuesta a esas lagunas de gestión. Señaló que el derecho internacional de los derechos humanos dispone que los Estados tengan el deber jurídico de proteger a las personas bajo su jurisdicción de los abusos a sus derechos humanos, incluyendo aquellos cometidos por empresas¹³ (o en los cuales hay complicidad de las empresas).¹⁴ Esto se conoce como el “Pilar Uno” del Marco tripartito. Lo que es llamado “Pilar Dos” del Marco es la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos. Ruggie articuló la “responsabilidad empresarial de respetar” no como una nueva obligación jurídica internacional, sino como un deber asumido que “dimana de la expectativa básica que la sociedad tiene de las empresas”.¹⁵ Ello es “parte de lo que a veces se denomina la licencia social de la empresa para operar”.¹⁶ Ruggie indicó que organizaciones internacionales tales como la Organización Internacional del Trabajo y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, así como importantes organizaciones comerciales y las empresas que se han unido al Compacto Global de la ONU, reconocen que las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos.¹⁷ En esencia, la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos tiene dos componentes. El primero es una obligación negativa: “Respetar los derechos humanos significa básicamente no infringir los derechos de los demás, es decir, no causar perjuicios”.¹⁸

¹² *Ibidem*, párr. 3.

¹³ *Ibidem*, párrs. 18-22.

¹⁴ *Ibidem*, párrs. 73-81.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 9.

¹⁶ *Ibidem*, párr. 54.

¹⁷ *Ibidem*, párr. 23.

¹⁸ *Ibidem*, párr. 24.

El segundo es una responsabilidad positiva: “Lo que se requiere es la debida diligencia, es decir, una conducta por la cual las empresas no sólo garantizan el cumplimiento de las leyes nacionales sino que controlan el riesgo de causar perjuicios a los derechos humanos con miras a evitarlo. El ámbito de la debida diligencia en relación con los derechos humanos viene determinada por el contexto en el que opera una empresa, por sus actividades y las relaciones vinculadas con esas actividades”.¹⁹ Esta responsabilidad dual es aplicable para todos los derechos humanos enumerados en un conjunto básico de tratados de derechos humanos: “Dado que las empresas pueden afectar virtualmente a todos los derechos reconocidos internacionalmente, deberían considerar la responsabilidad de respetar todos esos derechos, aunque algunos puedan requerir mayor atención en algunos contextos”.²⁰ Sin embargo, asumir estas dos responsabilidades no siempre es suficiente: “Hay situaciones en que las empresas pueden tener responsabilidades adicionales: por ejemplo, cuando desempeñan determinadas funciones públicas o cuando han asumido voluntariamente compromisos adicionales. Pero la responsabilidad de respetar constituye la expectativa básica de todas las empresas en todas las situaciones”.²¹

El Tercer Pilar del Marco requiere un remedio para las víctimas en los casos en los que se produzcan violaciones de derechos humanos. Los Estados tienen la responsabilidad de proporcionar remedios tanto judiciales como extrajudiciales, mientras que las empresas tienen la responsabilidad de proporcionar remedios extrajudiciales para las violaciones en las que estén involucradas.²² Por consenso, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU formalmente “celebró” el Marco tripartito de Ruggie y reconoció la “necesidad de operacionalizarlo”.²³

2. *Los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos*

Después de más investigación y consultas, Ruggie presentó en 2011 un conjunto de 31 “Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos”,

¹⁹ *Ibidem*, párr. 25.

²⁰ *Ibidem*, párr. 24; véase en general la sección IV.2 más adelante.

²¹ *Ibidem*, párr. 24.

²² *Ibidem*, párrs. 82-99.

²³ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 8/7, Mandate of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, A/HRC/14/29/Add.1, 18 de junio de 2008, párrs. 1 y 2 (traducción del autor).

junto con comentarios sobre cada uno de los Principios,²⁴ abarcando el deber estatal de proteger, la responsabilidad empresarial de respetar y la necesidad de proporcionar a las víctimas remedios efectivos.

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU, también por consenso, formalmente “[hizo] suyos los Principios Rectores”,²⁵ conocidos hoy como los “Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos de la ONU”. Además del mandato permanente del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, el Consejo creó un Grupo de Trabajo, formado por cinco expertos independientes, encargado de supervisar y promover la efectiva implementación de los Principios Rectores.²⁶ También estableció un foro anual sobre empresas y derechos humanos, para facilitar el diálogo y el intercambio de experiencias en relación a los Principios Rectores, así como a otros asuntos generales sobre empresas y derechos humanos.²⁷

Desde 2011, el Grupo de Trabajo de expertos, asistido por la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, ha realizado estudios y consultas, y ha emitido informes y recomendaciones.²⁸ El Grupo de Trabajo ha alentado particularmente a los Estados a adoptar Planes de Acción Nacional para implementar los Principios Rectores. También ha publicado una serie de directrices, tanto para el contenido de los planes como para el proceso mediante el cual los planes son adoptados.²⁹ Empezando en 2013, en junio de 2017 catorce Estados habían aprobado Planes de Acción Nacional, y otros 22 planes nacionales estaban en preparación.³⁰ Los Principios Rectores de la ONU destacan que los Estados han de desempeñar un papel esencial, y pueden usar una “combinación inteligente” de medidas —nacionales e internacionales, obligatorias y voluntarias— para

²⁴ Representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (John Ruggie), *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011.

²⁵ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 17/4, Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/17/4, 6 de julio de 2011, párr. 1.

²⁶ *Ibidem*, párr. 6.

²⁷ *Ibidem*, párr. 12.

²⁸ Véase de forma general su página web en: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx>.

²⁹ Grupo de Trabajo de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos, *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights*, Version 1.01, diciembre de 2014, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_%20NAPGuidance.pdf.

³⁰ Véase la lista en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.

promover el respeto de las empresas a los derechos humanos.³¹ Las empresas también han logrado avances a la hora de adoptar políticas de derechos humanos, fortalecer los procesos de debida diligencia (*due diligence*) y otros aspectos relacionados con la implementación de los Principios Rectores.³² También la profesión jurídica ha participado en la promoción de los Principios Rectores.³³

3. Debate sobre un Tratado de Empresas y Derechos Humanos

No obstante, persiste la frustración. Muchos grupos de defensa de los derechos humanos informan de que, sobre el terreno, la situación no ha cambiado mucho desde la adopción de los Principios Rectores.³⁴ Además, está generalizada la opinión de que el tercer pilar de los Principios Rectores —acceso a remedios judiciales y extrajudiciales efectivos— no parece haber progresado significativamente. Los desalentadores obstáculos jurídicos y prácticos continúan impidiendo el acceso a la justicia para las partes perjudicadas por

³¹ Representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (John Ruggie), *Principios Rectores sobre las empresas...*, cit., comentario del principio núm. 3.

³² Véase en general por ejemplo World Business Council on Social Development, *Scaling Up Action on Human Rights: Operationalizing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, Ginebra, 2014, disponible en: <https://www.wbcsd.org/Clusters/Social-Impact/Resources/Operationalizing-the-UN-Guiding-Principles-for-Business-and-Human-Rights>. En 2015, 34 de las 50 mayores empresas del mundo tenían una declaración pública sobre derechos humanos; Business and Human Rights Resource Centre, *LAUNCH: Corporate & Government Action on Human Rights Revealed*, 25 de febrero de 2015, disponible en: http://business-humanrights.org/en/launch-corporate-government-action-on-human-rights-revealed?utm_source=Business+%26+human+rights+-+Weekly+Update&utm_campaign=df1a8c93f3-Weekly_Update_25_February_20152_24_2015&utm_medium=email&utm_term=0_3a0b8cd0d0-df1a8c93f3-174128041. Recientemente se ha introducido el primer marco de información específicamente para los Principios Rectores; Shift y Mazars, *UN Guiding Principles Reporting Framework, First Comprehensive Guidance for Companies on Human Rights Reporting Launches in London*, 24 de febrero de 2015, disponible en: http://www.ungpreporting.org/wp-content/uploads/2015/02/UNGPRF_launchPR_20Feb20151.pdf.

³³ Véase por ejemplo Ovejero Puente, Ana María (coord.), *El papel del abogado en la implantación de los Principios Ruggie. 8 buenas prácticas para abogados de negocios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

³⁴ Véase por ejemplo las observaciones finales de Audrey Gaughran, de Amnistía Internacional, en el Foro de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos, 3 de diciembre de 2014, video disponible en: <http://webtv.un.org/meetings-events/human-rights-council/forum-on-business-and-human-rights/watch/closing-conversation-strategic-paths-forward-forum-on-business-and-human-rights-2014/3925402001001>.

la participación de empresas en violaciones de derechos humanos, especialmente en el contexto transnacional.³⁵

En 2013, el debate estaba bien avanzado.³⁶ Algunos argumentaban que los Principios Rectores aún eran bastante nuevos y estaban aumentando en impacto, y que todas las partes interesadas todavía necesitaban más tiempo para implementarlos de forma más completa. Otros sostuvieron que en cualquier caso los Principios Rectores eran demasiado débiles, y que más tiempo solo prolongaría su ineficacia.³⁷ En junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU decidió crear un grupo de trabajo intergubernamental para “elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos”.³⁸

Impulsada por Ecuador y Sudáfrica, la iniciativa fue apoyada por solamente 20 de los 47 Estados miembros del Consejo. Catorce Estados se opusieron y trece se abstuvieron. En el voto hubo un notable patrón geopolítico y geoeconómico. La mayoría de Estados que votaron a favor eran de África o Asia. Los Estados que se opusieron incluyen a todos los Estados europeos del Consejo (excepto Rusia), además de los EE.UU., Japón y la República de Corea. La oposición liderada por los EE.UU., el Reino Unido y la Unión Europea fue intensa. No solo votaron en contra de la resolución, sino que declararon además que rechazarían participar en el grupo de trabajo intergubernamental. Los EE.UU. se opusieron por varias razones, argumentando entre otros aspectos que los Estados no tuvieron tiempo suficiente para implementar los Principios Rectores, los cuales ya

³⁵ Véase en general por ejemplo Zerk, Jennifer, *Corporate Liability for Gross Human Rights Abuses: Towards a Fairer and More Effective System of Domestic Law Remedies*, 2014, disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf>; Skinner, Gwynne et al., *The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, ICAR et al., 2013, disponible en: http://corporate-responsibility.org/wp-content/uploads/2013/09/thirdpillar_exec-summary.pdf.

³⁶ Para un amplio análisis sobre la necesidad de un tratado, véase Comisión Internacional de Juristas, *Needs and Options for a New International Instrument in the Field of Business and Human Rights*, Ginebra, 2014, disponible en: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/08/International-Instrument-BHR-Exec-Sum-elec-version-light.pdf>, especialmente pp. 15-33.

³⁷ Véase al respecto Albin-Lackey, Chris, *Without Rules: A Failed Approach to Corporate Accountability*, Human Rights Watch, 2013, disponible en: https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/business.pdf.

³⁸ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 26/9, Elaboración de un instrumento...*, cit., párr. 1.

han marcado una diferencia significativa, pero que serán debilitados por esta “iniciativa competidora”.³⁹

Como siguiente paso para la presidencia del grupo de trabajo se determinó la redacción de una serie de “elementos” para un tratado, antes de la tercera reunión del grupo en octubre de 2017.⁴⁰ En esta reunión del grupo de trabajo se debatieron diversos aspectos de un posible tratado, basados en los “elementos” preparados por la presidencia. En este contexto, se escuchó también a varios expertos independientes y representantes de la sociedad civil. El grupo de trabajo solicitó a la presidencia realizar consultas informales con los Estados y las partes interesadas sobre los siguientes pasos en la elaboración del tratado.⁴¹ Una cuarta reunión del grupo de trabajo está prevista para octubre de 2018.⁴² Entonces se podrá al fin dar comienzo a las verdaderas negociaciones.

III. OPCIONES PARA UN TRATADO

Existe un amplio abanico de posibilidades para la forma y el contenido de un posible tratado sobre empresas y derechos humanos. El mandato del Grupo de Trabajo intergubernamental únicamente especifica que consiste en “elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos”.⁴³

La negociación del proceso podría conducir a un instrumento que sea desde un tratado comparativamente débil o minimalista, que simplemente exija informes públicos sobre derechos humanos por parte de grandes empresas públicas (tal y como se requirió recientemente por la Unión Europea

³⁹ Misión Permanente de los Estados Unidos de América ante la ONU y otras organizaciones internacionales en Ginebra, *Proposed Working Group Would Undermine Efforts to Implement Guiding Principles on Business and Human Rights*, 26 de junio de 2014, disponible en: <https://geneva.usmission.gov/2014/06/26/proposed-working-group-would-undermine-efforts-to-implement-guiding-principles-on-business-and-human-rights/> (traducción del editor).

⁴⁰ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 26/9, Elaboración de un instrumento...*, *cit.*, párr. 3.

⁴¹ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Report on the Third Session of the Open-Ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights*, A/HRC/37/67, 24 de enero de 2018, párr. 128 (c).

⁴² Véase ESCR-Net, *Treaty Negotiation Moves Forward to 2018*, 16 de enero de 2018, disponible en: <https://www.escri-net.org/news/2018/treaty-negotiation-moves-forward-2018>.

⁴³ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 26/9, Elaboración de un instrumento...*, *cit.*, párr. 1.

como parte de sus normas de información no financiera),⁴⁴ hasta un tratado fuerte que contemple recursos tanto civiles como penales, en los tribunales nacionales o internacionales, para las violaciones de derechos humanos perpetradas por empresas. La coalición global de ONG que reclaman un tratado, así como el principal patrocinador gubernamental (Ecuador), abogan por un tratado que se acerque a la parte “fuerte” del espectro.⁴⁵ Por el otro lado, no queda nada claro que el tratado que surja finalmente de un proceso de redacción por parte de la ONU atienda estos objetivos. Entre los extremos de un tratado fuerte y ningún tratado hay una amplia gama de resultados posibles en el proceso de redacción.

En lugar de intentar catalogarlos todos, simplemente señalaremos opciones ilustrativas, cada una de ellas siguiendo en parte el modelo de instrumentos globales o regionales que vinculan a Estados respecto a derechos humanos o a ámbitos relacionados, tales como la lucha contra la corrupción o el derecho ambiental.⁴⁶ Cada uno de estos modelos potenciales ha sido ampliamente ratificado o recientemente aprobado. Nuestra lista se divide en varias categorías, principalmente, tratados exigiendo principalmente la implementación al nivel nacional (sección 1 a continuación); y tratados que establecen mecanismos internacionales de supervisión (sección 2 a continuación).⁴⁷ En cada categoría de la lista se pasa, en líneas generales, de opciones de tratado relativamente “débiles” a relativamente “fuertes”. Una tercera categoría incluye tratados de “coherencia política”, mediante los cuales los Estados podrían revisar y modificar su legislación y acuerdos internacionales relativos a empresas para asegurar la coherencia con el deber estatal de proteger los derechos humanos (sección 3 a continuación). Una categoría final se refiere a tratados para sectores empresariales particulares o para ciertos tipos de violaciones de derechos humanos (sección 4 a continuación).

⁴⁴ Consejo de la Unión Europea, *New Transparency Rules on Social Responsibility for Big Companies*, 29 de septiembre de 2014, disponible en: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/intm/144945.pdf. Las nuevas normas se aplicarán solamente a las grandes empresas de interés público con más de 500 empleados y un balance financiero de 25.3 millones de USD o más, así como con un importe neto del volumen de negocios de 50.7 millones de USD o más.

⁴⁵ Para mayor análisis, véase Comisión Internacional de Juristas, *op. cit.*

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Un tratado podría, por supuesto, exigir ambas opciones.

1. *Tratados de Implementación Nacional*

A. *Informes de Empresas*

Un tratado puede requerir a todas o a algunas empresas que informen públicamente sobre sus políticas de derechos humanos, así como sobre los riesgos, resultados e indicadores al respecto, tal vez utilizando el enfoque de “cumplir o explicar” (*comply or explain*), contenido en algunas normativas recientes sobre informes, como la Directiva de la Unión Europea de 2014 que requiere por parte de 6000 empresas de “interés público” la divulgación de cierta “información no financiera e información sobre diversidad”.⁴⁸

Un tratado de la ONU podría simplemente adoptar este requisito de informar existente en la UE, o uno similar, para los Estados que, a escala global, decidan adherirse al tratado. Una ventaja de este enfoque es que los 28 Estados miembros de la UE, ya vinculados al requisito de informar, y tal vez los actuales seis países candidatos de la UE, podrían adherirse fácilmente a un tratado que les obligue a hacer lo que actualmente ya están obligados a hacer. Esto podría fomentar una ratificación más amplia del tratado por otros Estados. Una desventaja, en caso de que el tratado de la ONU no fuese más allá de un requisito empresarial de informar, es que no cumpliría con los objetivos declarados por los principales partidarios del tratado, en términos de acceso a recursos efectivos y responsabilidad corporativa.

B. *Planificación Nacional*

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU ha alentado a todos los Estados a adoptar Planes de Acción Nacional para implementar los Principios Rectores sobre Derechos Humanos de la ONU.⁴⁹ Hasta agosto de 2018, únicamente 21 Estados lo habían hecho, incluyendo al Reino Unido y a los Estados Unidos, y otros 23 están actualmente en el proceso de desarrollo de Planes.⁵⁰

⁴⁸ Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, DO L 330/1.

⁴⁹ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución 26/22, *Los derechos humanos y las empresas...*, cit., párr. 2.

⁵⁰ Véase la lista en: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.

Un tipo de tratado podría requerir que todos los Estados lo hiciesen, así como fomentar la cooperación internacional para desarrollar los planes y compartir las mejores prácticas al respecto. El tratado podría incluso requerir a los Estados que adopten algunos o todos los elementos de la Guía del Grupo de Trabajo sobre los planes, o al menos animarlos a que los tomen en consideración.⁵¹

Una ventaja de este enfoque sería el hecho de clarificar que un tratado reforzaría la implementación de los Principios Rectores de la ONU, no la debilitaría. Una desventaja es que, por sí solo, no cumpliría con los objetivos de los principales partidarios de un tratado, puesto que centrarse en Planes de Acción Nacional hace hincapié en la actividad nacional sin supervisión o aplicación internacional, además de los potenciales enfoques divergentes entre gobiernos.

C. *Implementación empresarial de los Principios Rectores*

Un tratado podría ordenar:

- que los Estados cumplan con sus obligaciones bajo los Principios Rectores de la ONU, de “proteger” los derechos humanos de violaciones por parte de empresas o en las cuales estén implicadas empresas, también en relación a operaciones extraterritoriales de sus empresas, en el caso de que existan bases jurisdiccionales bajo el derecho internacional.⁵²
- que los Estados requieran de todas las empresas, o de las empresas a partir de cierto tamaño, el cumplimiento de sus obligaciones de “respetar” los derechos humanos, a través de la adopción de políticas de derechos humanos, procesos de debida diligencia, condiciones de derechos humanos en sus contratos de suministro en cadena, y mecanismos de reparación; y
- que los Estados y las empresas asuman sus responsabilidades judiciales y extrajudiciales de reparación.

Una ventaja de este enfoque es que alentaría la implementación efectiva de los Principios Rectores de la ONU, cuyo contenido básico ya está ampliamente

⁵¹ Véase US Department of State, *US National Action Plan on Responsible Business Conduct: Frequently Asked Questions*, 12 de febrero de 2015, pp. 17-36.

⁵² Véase la sección IV. 4 de este capítulo.

aprobado. Este enfoque se relaciona con la opción de Planes de Acción Nacional explicada anteriormente, pero va más allá especificando las acciones concretas que los Estados deben llevar a cabo para cumplir con las obligaciones del tratado. Sin embargo, existen algunos de los mismos desafíos planteados en la opción de los Planes de Acción Nacional. Gran parte del lenguaje de los Principios Rectores, así como de su comentario adjunto, es intencionalmente vago y flexible. Por lo tanto, en algunos puntos, el lenguaje del tratado necesitaría ser más preciso.

Un posible enfoque para un tratado de este tipo sería que los Estados adoptasen requisitos de debida diligencia obligatorios para sus empresas en relación a sus cadenas globales de suministro, de manera similar a la ley que recientemente se aprobó en Francia,⁵³ tal como fue alentado por una resolución del Parlamento Europeo.⁵⁴ Si un tratado obligase a los Estados a requerir de las empresas la debida diligencia en derechos humanos, o incluso de forma más general la observancia de los tres pilares de los Principios Rectores, también se podría considerar si la buena fe, demostrada mediante la observancia de los Principios Rectores (o la debida diligencia) podría ser una defensa, o al menos, una mitigación proporcional, de la responsabilidad civil o penal. Una disposición de este tipo podría proporcionar a las empresas un incentivo importante para cumplir con los Principios Rectores o para ejercer la debida diligencia, sin privar a las víctimas de una reparación por graves violaciones de derechos humanos.

Este enfoque de un tratado tiene la desventaja de que no cumple todos los objetivos de los principales partidarios del mismo.⁵⁵ Sin embargo, podría resultar aceptable para una amplia gama de Estados.

⁵³ Ley núm. 2017-399 de 27 de marzo de 2017, véase *Conseil Constitutionnel*, Decisión núm. 2017-750 DC de 23 de marzo de 2017 – *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2017/2017-750-dc/communiquede-presses-148858.html>.

⁵⁴ Parlamento Europeo, *Resolución del Parlamento Europeo sobre el segundo aniversario del derrumbamiento del edificio Rana Plaza y la situación actual del Pacto de Sostenibilidad 2015/2589(RSP)*, 28 de abril de 2015, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B8-2015-0364+0+DOC+XML+V0//ES>.

⁵⁵ Sin embargo, puede cumplir con algunos objetivos de algunos partidarios. El Secretario General de Amnistía Internacional recientemente declaró: “A treaty should require each state to pass laws to make corporate human rights due diligence mandatory...”; o sea, “[u]n tratado debería requerir a cada Estado parte la aprobación de leyes para hacer obligatoria la debida diligencia en derechos humanos”, Shetty, Salil, “Corporations Have Rights. Now We Need a Global Treaty on Their Responsibilities”, *The Guardian*, 22 de enero de 2015, disponible en: <https://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2015/jan/21/corporations-abuse-rights-international-law>.

D. *Tratado Marco*

Una manera de implementar los Principios Rectores de la ONU (u otros principios básicos sobre empresas y derechos humanos) podría ser un tratado diseñado para desarrollar un proceso continuo de revisión y elaboración de estándares adicionales a lo largo del tiempo. Esto podría ser el resultado de adoptar inicialmente un tratado “marco”, el cual solamente comprometa a los Estados miembros con unos principios generales, que posteriormente serían complementados con deberes más específicos a través de protocolos o acciones adicionales, basadas en la revisión de la práctica estatal a lo largo del tiempo.

Un ejemplo de un enfoque de este tipo es el régimen jurídico internacional universalmente ratificado sobre la capa de ozono en la atmósfera.⁵⁶ El régimen comenzó el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985.⁵⁷ Como progresaron los análisis científicos sobre el deterioro de la capa de ozono, los Estados miembros acordaron adoptar medidas más específicas en el Protocolo de Montreal sobre Sustancias que Deterioran la Capa de Ozono.⁵⁸ Además, los Estados incluyeron en el Protocolo de Montreal una “provisión de ajuste única”: Las partes acordaron responder con celeridad a la nueva información científica y acelerar la reducción de las sustancias químicas incluidas en la Convención tanto como fuese necesario, a través de ajustes que serían “automáticamente aplicables a todos los países que ratificaron el Protocolo”.⁵⁹ Desde su adopción inicial, el Protocolo de Montreal ha sido modificado seis veces, sin la necesidad de adoptar un nuevo tratado o protocolo en cada ocasión.⁶⁰

La principal ventaja de adoptar inicialmente un tratado “marco” es que podría asegurar rápidamente un amplio apoyo por parte de los Estados. Sus principios generales se podrían derivar de los mayoritariamente aceptados

⁵⁶ Tanto la Convención de Viena como el Protocolo de Montreal cuentan con ratificación universal por 197 Estados Parte; véase la tabla en: http://ozone.unep.org/new_site/en/treaty_ratification_status.php.

⁵⁷ Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, 22 de marzo de 1985, administrado por la Secretaría del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono.

⁵⁸ Protocolo de Montreal sobre Sustancias que Deterioran la Capa de Ozono, 16 de septiembre de 1987.

⁵⁹ La información anteriormente indicada y las citas han sido sacadas de la página web del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Secretaría de Ozono; disponible en: http://ozone.unep.org/new_site/en/montreal_protocol.php.

⁶⁰ *Idem*.

Principios Rectores de la ONU. Los futuros protocolos podrían disponer compromisos adicionales, los cuales deberían ser ratificados por los Estados. La principal desventaja de un enfoque “marco” de este tipo es que inicialmente sería poco probable conseguir responsabilidad jurídica corporativa, así como acceso a reparaciones efectivas para las víctimas.

E. Prevención Nacional, Sanciones y Cooperación Internacional

La Convención de la ONU contra la corrupción (“UNCAC”, por sus siglas en inglés), que se adoptó en 2003 y entró en vigor en 2005, cuenta hoy en día con 186 Estados Parte.⁶¹ Entre otras cosas, cuenta con extensas disposiciones que requieren a los Estados que intenten prevenir la corrupción mediante políticas, prácticas, revisiones periódicas, establecimiento de organismos de prevención independientes, informes y colaboración internacional.⁶²

Dada la amplia aceptación de la UNCAC, se podría anticipar una amplia aceptación de esta forma como un modelo para un tratado sobre empresas y derechos humanos. Sin embargo, los partidarios de un tratado sobre empresas y derechos humanos podrían objetar la falta de instituciones y procedimientos internacionalmente vinculantes para su aplicación.

F. Reparaciones Civiles Nacionales

Además de la ejecución penal nacional, un tratado podría requerir a los Estados que proporcionen reparaciones civiles por los daños a víctimas de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas o en las cuales exista complicidad por parte de empresas. Las reparaciones civiles nacionales para daños son estipuladas no solo por la UNCAC, sino también por ejemplo por la Convención de la ONU contra la Tortura,⁶³ un tratado al que se han adherido 164 Estados.⁶⁴

⁶¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 58/4, Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, A/58/422, 31 de octubre de 2003; véase la tabla de ratificación en: <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>.

⁶² Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, artículos 5, 6, 10, 12 y 14, Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 58/4...*, *cit.*

⁶³ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 39/46, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, A/RES/39/46, 10 de diciembre de 1984.

⁶⁴ Véase la tabla en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en.

Si se escogiese este enfoque, tendría el potencial de dar pie a litigios de reformas estructurales contra empresas privadas implicadas en violaciones de derechos humanos. Un simple requerimiento de reparaciones civiles, sin embargo, no conlleva la garantía de que éstas serán efectivas. La experiencia ha demostrado que el acceso teórico a la justicia (civil o penal) a menudo se frustra en la práctica por barreras jurídicas, tales como velos corporativos y personalidad jurídica diferenciada para las empresas matrices y filiales, límites en la jurisdicción y plazos de prescripción, así como por barreras prácticas, tales como los altos costos del litigio, la falta de asistencia jurídica o fondos para víctimas y la intimidación (o cosas peores) contra víctimas y testigos.⁶⁵

2. *Tratados de Supervisión Internacional*

A. *Informes Estatales a un Organismo Internacional*

Doce tratados de derechos humanos de la ONU, así como varias convenciones de la OIT, requieren de los Estados la información periódica sobre los progresos que han hecho y los obstáculos que se han encontrado al implementar sus obligaciones derivadas del tratado.⁶⁶ Los Estados presentan informes escritos a comités de expertos, elegidos a título individual por los Estados parte para supervisar la implementación del tratado. La sociedad civil presenta informes paralelos (*shadow reports*) y participa de otras maneras en el proceso de supervisión. Los comités de expertos posteriormente llevan a cabo un “diálogo constructivo” con los Estados en audiencias públicas, después del cual emiten “observaciones finales”, en las que expresan sus preocupaciones y formulan recomendaciones.

Los informes estatales podrían ser considerados un componente útil para un tratado sobre empresas y derechos humanos. Probablemente cualquier compromiso de informar debería estar en concordancia con los otros procedimientos de información de los tratados de la ONU.⁶⁷

⁶⁵ Véase de manera general por ejemplo Zerk, Jennifer, *Corporate Liability for Gross Human Rights Abuses...*, *cit.*; Skinner, Gwynne *et al.*, *op. cit.*

⁶⁶ Véase por ejemplo artículo 40.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁶⁷ Véase en general por ejemplo Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 68/268, Fortalecimiento y mejora del funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, A/RES/68/268, 21 de abril de 2014.

B. *Demandas individuales a un Órgano de Tratado Internacional*

Cláusulas opcionales o protocolos de al menos ocho tratados fundamentales de derechos humanos de la ONU permiten a los particulares presentar demandas ante los órganos de expertos del tratado contra los Estados que acepten el procedimiento, una vez que los demandantes han agotado las posibilidades de reparación nacionales o han demostrado tener una buena razón para no hacerlo.⁶⁸ Pese a ciertas deficiencias, las ONG de derechos humanos han iniciado campañas para establecer procedimientos individuales de demanda en tratados que originalmente no los permitían. El procedimiento escrito de demanda puede ser mucho más barato que un litigio judicial completo; puede desembocar en conclusiones públicas del comité, que ejerzan presión sobre los Estados para brindar alivio a la víctima, y con relativa frecuencia conducir a una respuesta constructiva. Además, puede desarrollar la jurisprudencia y ser usado para presentar casos ilustrativos que ejemplifiquen patrones más amplios de abuso por parte de los Estados.

El mecanismo opcional ofrece una vía para maximizar el número de Estados parte del tratado principal, mientras al mismo tiempo crea un procedimiento individual de demanda para aquellos Estados que lo acepten (ahora o en el futuro). Especialmente si los Estados son reticentes ante un tratado que requiera algún tipo de procedimiento de demanda que genere decisiones jurídicamente vinculantes, un mecanismo no vinculante puede ser mejor que ningún mecanismo individual de demanda. También puede proporcionar una manera de superar las barreras de los costos y la desigualdad de medios que hacen que para las víctimas sea difícil en la práctica abordar los procedimientos de litigio o arbitraje.

Los Estados miembros de la OCDE ya han acordado una forma de procedimiento de demanda, establecido como parte de las Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales.⁶⁹ Aunque las Directrices no son vinculantes para las empresas, la OCDE y los gobiernos signatarios son requeridos a asegurar que estas son implementadas y respetadas. Lo que distingue las Directrices de la OCDE es su naturaleza transnacional, que tienen el respaldo de los gobiernos y que cuentan con un mecanismo de solución de controversias para resolver los conflictos. Los gobiernos que se adhieren a las Directrices deben establecer un Punto de Contacto Nacional (PCN) para tramitar las demandas contra empresas que presuntamente

⁶⁸ Véase en general: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx>.

⁶⁹ Las Directrices están disponibles en: <http://mneguidelines.oecd.org/text/>.

hayan incumplido las normas de las Directrices.⁷⁰ El procedimiento de “instancia específica” —como se denomina oficialmente el proceso de demanda de las Directrices— pretende resolver disputas, principalmente a través de la mediación y la conciliación, pero también a través de otros medios. El sistema de PCN de la OCDE es un modelo de solución de controversias que podría expandirse o ser usado como modelo. Sin embargo, la efectividad de los procedimientos de PCN varía entre los países, y algunos actores de la sociedad civil han sido muy críticos con los procedimientos de PCN por considerarlos como desiguales y a menudo ineficaces.⁷¹

C. *Jurisdicción Civil Internacional*

Aunque no hay ningún tribunal de la ONU o de otro tipo global en el que las víctimas de violaciones de derechos humanos puedan denunciar a los Estados para obtener sentencias declaratorias y reparaciones, hay al menos tres instituciones a nivel regional en África, las Américas y Europa. Sin embargo, no todos los Estados son parte de los tribunales de derechos humanos regionales o sub-regionales. Un tribunal internacional para empresas y derechos humanos podría no sólo llenar ese hueco, sino que además permitiría denunciar a las empresas. En casos en los que la justicia en forma de reparaciones civiles no sea accesible ante los tribunales nacionales relevantes —que pueden ser los tribunales tanto del Estado de origen como del Estado anfitrión en el caso de empresas transnacionales— un tribunal internacional de empresas y derechos humanos podría, teóricamente, asegurar la responsabilidad jurídica de las empresas y el acceso a la justicia civil de los individuos. Por otro lado, un gran número de Estados, sobre todo importantes Estados de origen de empresas transnacionales, probablemente sean reticentes a un tratado que exponga a sus empresas a juicios por daños y perjuicios ante un tribunal internacional.

Principalmente los países anfitriones de inversiones transnacionales podrían estar de acuerdo en adherirse a un tratado que establezca un tribunal internacional de estas características, al menos en relación a actividades de las subsidiarias u otro tipo de actividades de las empresas transnacionales operando en su territorio. Si se podría atribuir competencia al tribunal para juzgar a las matrices de dichas filiales, sin embargo, es una cuestión aparte.⁷²

⁷⁰ Los procedimientos de PCN están disponibles en: <http://mneguidelines.oecd.org/ncps/>.

⁷¹ Por ejemplo, OECD Watch, *Assessment of NCP Performance in the 2013-2014 Implementation Cycle*, 2014, disponible en: http://www.responsiblebusiness.no/files/2014/06/OECD-Watch-2013-2014-Review-of-NCPs_draft.pdf.

⁷² Véase la sección IV. 5 de este capítulo.

Una serie de cuestiones prácticas serían relevantes en cuanto a la accesibilidad y eficacia de un tribunal de este tipo. Por ejemplo: ¿que recursos tendría?, ¿cómo sería financiado?, ¿cuántos casos podría tratar?, ¿podrían ser acumuladas las demandas?, ¿qué reparaciones podría ordenar?, ¿cómo se aseguraría el acceso a los gastos del litigio —por no decir un grado de igualdad de medios con las empresas acusadas— para las víctimas? Aunque las respuestas no son fáciles de encontrar, si no se tratan estas cuestiones la justicia puede permanecer elusiva.

D. *Mediación y Arbitraje Internacional*

Miles de tratados bilaterales y multilaterales de inversión y de comercio actualmente permiten a empresas extranjeras demandar a Estados anfitriones ante tribunales internacionales de arbitraje por supuestas violaciones de las cláusulas de estabilización, expropiaciones reglamentarias, denegación de justicia, y otras reclamaciones derivadas de los esfuerzos estatales para proteger la salud pública, el medioambiente y los derechos de los trabajadores en su territorio, entre otras cosas.⁷³ Sin embargo, estos tratados no permiten a las víctimas de las consiguientes violaciones de los derechos humanos o del derecho de los consumidores, de los trabajadores o medioambiental, actuar jurídicamente contra las empresas extranjeras ante los tribunales arbitrales por poner en riesgo sus vidas, su salud o su subsistencia.

Recientemente un equipo de profesionales y académicos han difundido borradores de una propuesta para resolver este desequilibrio, permitiendo a las víctimas de violaciones de derechos humanos en las cuales estén implicadas empresas llevar a estas ante un tribunal arbitral de empresas y derechos humanos.⁷⁴ Una manera de establecer o utilizar el tribunal sería estipularlo o reconocerlo en un tratado sobre empresas y derechos humanos. Un tratado podría, por ejemplo, obligar a los Estados parte a requerir a las empresas que en ciertas circunstancias acepten la jurisdicción de dicho tribunal.

No obstante, quedan pendientes muchas cuestiones por resolver. Por ejemplo, ¿cómo sería financiado el tribunal?, ¿cómo se financiarían los gastos judiciales de las víctimas? En vista de la controvertida trayectoria del arbitraje inversor-Estado en materias relacionadas con los derechos

⁷³ Véase en general Public Citizen, *Case Studies: Investor-State Attacks on Public Interest Policies*, 2014, disponible en: <http://www.citizen.org/documents/egregious-investor-state-attacks-case-studies.pdf>.

⁷⁴ Cronstedt, Claes *et al.*, *International Business and Human Rights Arbitration*, 2017, disponible en: <http://www.l4bb.org/news/TribunalV6.pdf>.

humanos, ¿estarían las víctimas y sus abogados dispuestos a hacer uso de un tribunal de este tipo? ¿Cómo se dotaría a los árbitros de suficiente experiencia, credibilidad y objetividad en temas de empresas y derechos humanos, especialmente en relación con las comunidades y poblaciones afectadas por la conducta de las empresas? ¿Cuán públicos serían los procedimientos y los laudos arbitrales?⁷⁵ El arbitraje, igual que los litigios civiles transnacionales, puede ser lento y prolongado. El mayor interrogante es si el modelo de arbitraje internacional inversor-Estado puede adecuarse a las necesidades de los demandantes individuales o de las comunidades que necesitan prontas medidas cautelares y no declaraciones e indemnizaciones.

E. *Jurisdicción Penal Internacional*

Los directores y administradores de las empresas han sido juzgados desde los juicios de Núremberg.⁷⁶ Aunque las empresas como tal no fueron formalmente enjuiciadas en Núremberg, sus bienes fueron incautados y éstas fueron clausuradas por haber violado el derecho internacional.⁷⁷ Más recientemente el Tribunal Especial para el Líbano, un tribunal penal internacional, ha ido más allá del procesamiento únicamente de individuos, resolviendo que las empresas acusadas pueden ser condenadas por desacato a los tribunales.⁷⁸

Actualmente hay al menos dos modelos para el enjuiciamiento penal internacional de graves violaciones de derechos humanos. Uno es la Corte

⁷⁵ Un conjunto de normas ampliamente utilizado para el arbitraje internacional son las normas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). En 2014, la CNUDMI adoptó Normas de Transparencia en el Arbitraje. Estas nuevas normas potencialmente podrían ser usadas o adaptadas para el arbitraje sobre empresas y derechos humanos; Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado*, 16 de diciembre 2013; Las nuevas normas están disponibles en: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html; véase asimismo Asamblea General, *Resolución 69/116, Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado*, A/RES/69/116, 10 de diciembre de 2014.

⁷⁶ Véase en general Lippmann, Matthew, “War Crimes Trials of German Industrialists: The Other «Schindlers», *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 9, núm. 2, 1995, pp. 173-267.

⁷⁷ Véase en general “Amicus Brief of Nuremberg Scholars”, en Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, U.S. S. Ct. No. 10-1491, 21 de diciembre de 2011.

⁷⁸ Tribunal Especial para el Líbano, Appeals Panel, Case No. STL-14-05/PT/AP/AR126.1, *Case against New TV S.A.L. Karma Mohamed Tahsin al Khayat*, Decision on Interlocutory Appeal Concerning Personal Jurisdiction in Contempt Proceedings, 2 de octubre de 2014, párrs. 33-74.

Penal Internacional (CPI) en la Haya.⁷⁹ La CPI puede procesar solamente a personas naturales⁸⁰ —incluyendo a directivos empresariales—⁸¹ por una limitada serie de delitos, principalmente el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.⁸² En casos relacionados con las empresas y los derechos humanos este modelo podría ser seguido, ya sea añadiendo de una segunda cámara en la CPI o ampliando la jurisdicción de la CPI para incluir a las personas jurídicas además de las naturales,⁸³ o creando un tribunal penal internacional separado específico para los delitos cometidos por las empresas.

Un modelo alternativo ha sido ofrecido recientemente por un Protocolo de 2014, que todavía no ha entrado en vigor, a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.⁸⁴ El Protocolo permite el enjuiciamiento penal internacional, no solo de individuos sino también empresas.⁸⁵ El Protocolo otorga a la Corte Africana jurisdicción sobre una amplia gama de delitos, incluyendo varios que pueden ser cometidos por empresas. Además de los delitos de la CPI, la Corte Africana tendrá jurisdicción sobre, entre otros, el

⁷⁹ Véase en general Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998.

⁸⁰ *Ibidem*, artículo 25.1.

⁸¹ En septiembre de 2016 el fiscal de la CPI anunció que su oficina “prestaría especial consideración a la persecución de los crímenes del Estatuto de Roma que sean cometidos por medio de, o que resulten en, entre otros, la destrucción del medio ambiente, la explotación ilegal de recursos naturales o a desposesión ilegal de tierras”; traducción no oficial de Oficina del Fiscal, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, 2016, párr. 41, disponible en: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf. Por supuesto, las empresas privadas y sus directivos a menudo están implicados en disputas medioambientales, de recursos naturales y de tierras.

⁸² Estatuto de la CPI artículos 5, 6, 7 y 8.

⁸³ El artículo 25.1 del Estatuto de la CPI dispone: “De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales”. Como primer paso, el artículo 25.1 podría ser modificado simplemente añadiendo las palabras “y jurídicas” después de la palabra “naturales”. El resto del texto necesitaría ser revisado para hacer las modificaciones correspondientes. Sin embargo, el proceso de reforma del Estatuto de la CPI es difícil, ya que requiere un amplio nivel de consenso. véase Estatuto de la CPI, artículos 121-123.

⁸⁴ Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, 27 de junio de 2014, disponible en: https://au.int/sites/default/files/treaties/7804-treaty-0045_-_protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e-compressed.pdf, Protocolo sobre la Corte Africana. Hasta febrero de 2017, ningún Estado había ratificado el Protocolo, si bien varios Estados lo han firmado; disponible en: https://au.int/sites/default/files/treaties/7804-st-protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_5.pdf.

⁸⁵ *Ibidem*, artículo 22, añadiendo artículo 46C.

mercenarismo, la corrupción, el lavado de dinero, el tráfico de personas, el tráfico de drogas, el tráfico de residuos peligrosos y la explotación ilícita de recursos naturales.⁸⁶

Una importante desventaja del Protocolo Africano es que, a diferencia del Estatuto de la CPI, que invalida la inmunidad oficial,⁸⁷ el Protocolo Africano ofrece inmunidad ante el procesamiento por la Corte Africana a “cualquier Jefe de Estado o de Gobierno de la UA con cargo vigente, o cualquiera que actúe o esté autorizado a actuar en esa capacidad, u otros cargos públicos de alto nivel basándose en sus funciones, durante su mandato”.⁸⁸ De manera especial, en casos en los que las empresas o los directivos de las empresas puedan ser acusados de actuar en complicidad con “altos cargos públicos”, podrán ser formuladas alegaciones para procesar a los primeros en calidad de cómplices, pero no así a los autores principales.

Un tratado, por supuesto, no necesita copiar ninguno de los modelos por completo. Por ejemplo, el Protocolo Africano puede ser usado como modelo para un tribunal penal internacional para empresas y derechos humanos, pero sin su disposición que otorga inmunidad a los altos cargos del Estado.

F. *Tratado exhaustivo*

Los previamente mencionados elementos potenciales de un tratado sobre empresas y derechos humanos no son mutuamente excluyentes. Un tratado podría combinar algunos o todos estos elementos, además de otros. Cuantos más elementos sean incluidos, más efectivo podría ser un tratado para asegurar el respeto hacia los derechos humanos por parte de las empresas, así como para proporcionar reparaciones en caso de violación. Por otro lado, cuanto más ambicioso sea el contenido del tratado, más difícil podría volverse la negociación y la atracción para que un amplio abanico y un gran número de Estados, especialmente los Estados de origen de grandes empresas transnacionales, se unan al mismo, así como el llamamiento a las empresas que a menudo influyen considerablemente la posición de los Estados.

⁸⁶ *Ibidem*, artículo 28A.1.

⁸⁷ Estatuto de la CPI, artículo 27.

⁸⁸ Protocolo sobre la Corte Africana, artículo 22, añadiendo artículo 46A bis (traducción del editor).

3. *Tratados de Coherencia Política*

A. *Coherencia de Leyes Nacionales*

El Principio Rector 8 de la ONU exhorta a los Estados a que aseguren que sus instituciones “que configuran las prácticas empresariales sean conscientes de las obligaciones de derechos humanos del Estado y las respeten en el desempeño de sus respectivos mandatos”.⁸⁹ Los ejemplos de instituciones estatales citadas por el Comentario incluyen a aquellas responsables de la política de inversión y comercio; el derecho de sociedades y la reglamentación del mercado de valores; y el crédito y los seguros de exportación.⁹⁰

Sería demasiado pedir que un tratado global intentase revisar y reformar integralmente la legislación y reglamentación en todos estos ámbitos. Pero se podría buscar un acuerdo en áreas particulares. Por ejemplo, en relación al derecho de sociedades, ¿hasta qué punto deberían ser responsables las matrices por la incidencia de sus filiales, incluyendo las filiales en el extranjero, sobre los derechos humanos?⁹¹ Respecto a la contratación pública, los Estados podrían buscar un acuerdo sobre los estándares comunes de derechos humanos y los procesos de debida diligencia.⁹²

B. *Coherencia de Acuerdos Internacionales*

El Principio Rector 9 de la ONU dispone que los “Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión”.⁹³ El Comentario destaca que los términos de

⁸⁹ Representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (John Ruggie), *Principios Rectores sobre las empresas...*, *cit.*, Principio 8.

⁹⁰ *Ibidem*, Comentario al Principio 8.

⁹¹ Véase la sección IV. 5 de este capítulo.

⁹² Véase por ejemplo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/29/28, 28 de abril de 2015, párrs. 40-42.

⁹³ Representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (John Ruggie), *Principios Rectores sobre las empresas...*, *cit.*, Principio 9.

tratados bilaterales de inversión, tratados de libre comercio o contratos de proyectos de inversión... pueden restringir la capacidad de los Estados para aplicar plenamente nuevas leyes en materia de derechos humanos, o exponerlos, en caso contrario, al riesgo de arbitrajes internacionales vinculantes. ... [D]eben asegurarse de que retienen las facultades normativas y regulatorias para proteger los derechos humanos en el marco de tales acuerdos, sin dejar de ofrecer la necesaria protección a los inversores.⁹⁴

Los Estados podrían acordar, por ejemplo, incluir la protección de los derechos humanos en los futuros tratados de inversión y de comercio.⁹⁵ Podrían asimismo acordar protegerlos bajo los tratados existentes, en casos en los que ambos Estados sean parte del nuevo acuerdo, o de otra manera acordar la aplicación de las nuevas disposiciones en un tratado existente.⁹⁶

C. *Tratados Sectoriales*⁹⁷

En lugar o además de un tratado general sobre empresas y derechos humanos, también sería posible adoptar un tratado más reducido. Un tratado de este tipo podría centrarse en un sector particular, como el sector extractivo o el de tecnología de información y comunicación (TIC), o en el papel de las empresas en relación a determinadas categorías de violaciones de derechos humanos.

⁹⁴ *Ibidem*, Comentario al Principio 9.

⁹⁵ *Ibidem*, párrs. 18-28 (inversión), 29-31 (acuerdos internacionales de inversión y solución de controversias), 32-35 (transparencia en el arbitraje internacional) y 36-39 (acuerdos comerciales y temas relacionados con el comercio).

⁹⁶ Para ejemplos de nuevos tratados que añaden términos a tratados existentes; véase por ejemplo la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado que entró en vigor el 18 de octubre de 2017. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que entró en vigor el 26 de junio de 1987, artículo 8, prevé que los delitos de tortura “se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes”.

⁹⁷ La Resolución del Consejo de Derechos Humanos establece un Grupo de Trabajo Intergubernamental sobre “un” instrumento jurídicamente vinculante, con el propósito de elaborar “un” instrumento internacional jurídicamente vinculante. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 26/9, Elaboración de un instrumento...*, *cit.*, párr. 1. Por lo tanto, parece que una mayor autoridad del CDH sería necesaria para el Grupo de Trabajo para elaborar más de un tratado.

IV. CUESTIONES CLAVE SELECCIONADAS

A la hora de negociar un tratado, será necesario considerar una serie de temas transversales. Los siguientes están entre los más destacados y complejos.

1. *¿Qué empresas serán incluidas – empresas transnacionales, grandes empresas o todas las empresas?*

Los Principios Rectores se aplican explícitamente a “todas” las empresas comerciales:

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos.⁹⁸

Sin embargo, la resolución del Consejo de Derechos Humanos de junio de 2014 que inició el proceso del tratado se refiere a “las empresas transnacionales y otras empresas comerciales”. Una nota a pie de página del preámbulo define el término “otras empresas”, incluyendo únicamente aquellas “cuyas actividades operacionales tienen carácter transnacional”. Dicha nota excluye expresamente a “empresas locales registradas con arreglo a la legislación nacional pertinente”.⁹⁹

Esta limitación ambivalente del alcance —de *todas* las empresas a solo las empresas *transnacionales*— ha sido abiertamente criticada, tanto por los Estados como por la sociedad civil. Como destaca Ruggie, a través de esta limitación, “el tratado propuesto abarcaría a las marcas internacionales que adquieren las prendas de las fábricas... en el edificio derrumbado Rana Plaza de Bangladesh, pero no a los dueños locales de la fábrica... empleadores de 1.100 trabajadores que murieron...”.¹⁰⁰

⁹⁸ Representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (John Ruggie), *Principios Rectores sobre las empresas...*, *cit.*, Principio 14.

⁹⁹ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 26/9, Elaboración de un instrumento...*, *cit.*, párr. 9.

¹⁰⁰ Ruggie, John, *Quo Vadis? Unsolicited Advice to Business and Human Rights Treaty Sponsors*, Institute for Human Rights and Business, 2014, disponible en: <http://www.ihrb.org/commentary/quo-vadis-unsolicited-advice-business.html> (traducción del editor).

2. *¿Qué normas de derechos humanos hará valer el tratado frente a las empresas – jus cogens, derecho internacional consuetudinario, los tratados de derechos humanos en Estados parte de esos tratados, o las normas especificadas por los Principios Rectores de la ONU (la Carta Internacional de Derechos Humanos, la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT, además de otras en el contexto)?*

El abanico de derechos humanos cubiertos por el tratado puede depender del tipo de deberes impuestos por el tratado. Si el tratado se centra en los informes, los planes o la implementación de los Principios Rectores, debería abarcar una amplia gama de derechos. Tal y como constató John Ruggie después de analizar más de 300 informes de supuestas violaciones por parte de las empresas, “hay pocos derechos reconocidos internacionalmente, si es que los hay, sobre los que las empresas no puedan incidir, o sobre los que parece que puedan incidir, de alguna manera”.¹⁰¹

Los Principios Rectores establecen el deber de las empresas de respetar, mínimamente, todos los derechos contenidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos y en la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT. La Carta Internacional de Derechos Humanos incluye la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948,¹⁰² el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966,¹⁰³ y el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.¹⁰⁴ Estos tres instrumentos, conjuntamente, cubren una amplia gama de derechos. La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo incluye derechos específicamente laborales, tales como la libertad de asociación, la prohibición del trabajo infantil y el trabajo forzado y la no discriminación.¹⁰⁵

Además, el comentario sobre el Principio Rector 12 explica lo siguiente:

De acuerdo con las circunstancias, es posible que las empresas deban tener en cuenta otras normas. Por ejemplo... los instrumentos [de la ONU] han detallado a tal efecto los derechos de los pueblos indígenas, las mujeres, las minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, los niños, las personas

¹⁰¹ Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (John Ruggie), *Proteger, respetar y remediar*:..., cit., párr. 52.

¹⁰² Adoptada el 10 de diciembre de 1948.

¹⁰³ Adoptado el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

¹⁰⁴ Adoptado el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 3 de enero de 1976.

¹⁰⁵ Adoptada el 18 de junio de 1998.

con discapacidad y los trabajadores migrantes y sus familias. Por otra parte, en situaciones de conflicto armado, las empresas deben respetar las normas del derecho internacional humanitario.

Por lo tanto, en los tratados consistentes en informes, planes o la implementación de los Principios Rectores, debería haber una amplia cobertura de derechos. Por otro lado, si el tratado establece un procedimiento individual de demanda o reparaciones para daños civiles, la lista de derechos humanos que podría ser invocada a través de estos procedimientos se limitaría a los derechos —igualmente una amplia lista— razonablemente “justiciables” en procedimientos similares contra Estados.¹⁰⁶

Por último, si el tratado impone sanciones penales, no incluiría todas las violaciones de derechos humanos, sino únicamente las violaciones causadas por la comisión de un delito internacional existente,¹⁰⁷ o un delito que pueda ser reconocido y definido por el tratado, o por la relación del delito con los derechos humanos.¹⁰⁸ Un único tratado podría por supuesto emplear diferentes menús de derechos: un abanico completo para los planes, uno algo más limitado para las demandas civiles y uno mucho más limitado para los enjuiciamientos penales.

3. *¿Qué normas sustantivas aplicará el tratado para las demandas civiles por daños – el derecho internacional de los derechos humanos, o las normas del “common law” para la reparación de agravios o, en los países de tradición jurídica romana, el equivalente de derecho civil? ¿Hará referencia el tratado a normas jurídicas nacionales para conceptos tales como la complicidad, o hará referencia a los principios generales del derecho internacional?*

Una serie de demandas por daños y perjuicios contra empresas inglesas por violaciones de los derechos humanos cometidas en otros países han sido llevadas ante tribunales ingleses, basándose no en el derecho internacional de los derechos humanos, sino en teorías de reparación de agravios del *common law*, como la intrusión (“*trespass*”) o la negligencia. Esto ha desembocado en

¹⁰⁶ Véanse las secciones III. 2. B. y III. 2. C de este capítulo.

¹⁰⁷ Véase la sección III. 2. E de este capítulo.

¹⁰⁸ Los Estatutos de algunos tribunales penales internacionales permiten el enjuiciamiento por determinados delitos nacionales e internacionales; véase por ejemplo el Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, artículo 2.1 (a), disponible en: <https://www.stl-tsl.org/en/documents/statute-of-the-tribunal/223-statute-of-the-special-tribunal-for-lebanon>. De forma similar, véase Artículo 5 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, disponible en: <http://www.rcsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>.

varias resoluciones amistosas de litigios.¹⁰⁹ Después de una decisión de la Corte Suprema de los EE.UU. de 2013 en el caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*,¹¹⁰ que limitó la jurisdicción sobre demandas de derechos humanos bajo el *Alien Tort Statute*, se han hecho sugerencias para reclamar daños por violaciones de los derechos humanos producidas en el extranjero a través de la presentación de demandas de *common law* para la reparación de agravios ante tribunales estatales estadounidenses.¹¹¹ Hoy en día se están presentando demandas de *common law* para la reparación de agravios en Canadá en relación a la conducta de las empresas extractivas en el extranjero.¹¹²

Ha sido argumentado que, si una reparación civil por daños en los tribunales nacionales es permitida o requerida por un tratado, podría ser más efectiva en la práctica, al menos en los países de tradición jurídica anglosajona, si se basase en las razonablemente entendidas reparaciones por agravios del *common law*, con las cuales los jueces de *common law* ya se sienten familiarizados y cómodos, que si adoptase nuevas definiciones de acciones de reparación basadas directamente en el derecho internacional de los derechos humanos.¹¹³ Por otro lado, las acciones para la reparación de agravios del *common law* podrían no hacer justicia a la gravedad de la afectación a la dignidad humana causado por graves violaciones de derechos humanos. Dichas acciones también podrían ser frustradas por obstáculos procedimentales de derecho interno, como plazos de prescripción excesivamente cortos, que no se deberían aplicar para graves violaciones a los derechos humanos.¹¹⁴ Las reparaciones civiles basadas en el tratado también podrían ser más ho-

¹⁰⁹ Véase de forma general Meeran, Richard, “Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An Overview of the Position Outside the United States”, *City University of Hong Kong Law Review*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 1-41.

¹¹⁰ Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 133 S. Ct. 1659 (2013).

¹¹¹ Por ejemplo Alford, Roger P., “The Future of Human Rights Litigation after *Kiobel*”, *Notre Dame Law School*, vol. 89, núm. 4, 2014, pp. 1749-1772.

¹¹² Mijares Peña, Susana C., “Human Rights Violations by Canadian Companies Abroad: *Choc v. Hudbay Minerals Inc.*”, *Western Journal of Legal Studies*, vol. 5, núm. 3, 2014, pp. 1-19.

¹¹³ Véase Meeran, Richard, *op. cit.*; Alford, Roger P., *op. cit.*, p. 24; Cassel, Douglass, “Outlining the Case for a Common Law Duty of Care of Business to Exercise Human Rights Due Diligence”, *Business And Human Rights Journal*, vol. 1, núm. 2, 2016, pp. 179-202.

¹¹⁴ Por ejemplo Corte IDH, *Barrios Altos v. Peru, Fondo*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, No. 75, párr. 41 (“disposiciones de prescripción”, es decir, normas limitadoras); Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 60/147, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006, Anexo, párrs. 6 y 7 (sobre prescripción).

mogéneas entre los potenciales Estados miembros con tradiciones jurídicas distintas (por ejemplo, anglosajona, romana o islámica). Una solución sería que el tratado contemplase ambos tipos de reparaciones —demandas de derechos humanos y demandas nacionales para la reparación de agravios (u otras reparaciones nacionales de daños)— como medios para asegurar la justicia civil para las víctimas de las violaciones de derechos humanos por parte de las empresas.¹¹⁵

4. *Jurisdicción extraterritorial: ¿Se autorizará o requerirá de los Estados el ejercicio de jurisdicción sobre empresas domiciliadas en el Estado por violaciones de derechos humanos cometidas fuera de su territorio?*

Cuando un Estado anfitrión no quiera o no pueda proporcionar acceso a las víctimas a reparaciones efectivas por violaciones de derechos humanos cometidas por empresas extranjeras operando en su territorio, ¿debería requerir el tratado el ejercicio de jurisdicción por parte del Estado de origen de la empresa? El Principio Rector 2 no responde del todo la pregunta: determina que “[l]os Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades”.¹¹⁶ Pero ¿deben los Estados consagrar esta “expectativa” extraterritorial en la ley y en la práctica?

El comentario es más específico, adoptando la perspectiva de que la jurisdicción extraterritorial está permitida, pero no es obligatoria. Dicho comentario reconoce que “algunos órganos de tratados de derechos humanos recomiendan a los Estados que adopten medidas para impedir los abusos en el extranjero de empresas registradas en su jurisdicción”.¹¹⁷ Sin embargo, de forma cada vez mayor, la Corte Internacional de Justicia,¹¹⁸ los órganos de tratados de derechos humanos globales y regionales, y los expertos temáticos de la ONU interpretan que los tratados de derechos humanos no solamente

¹¹⁵ Para una discusión sobre las diferentes maneras en las que los Estados han incorporado el derecho de las víctimas a obtener reparaciones por violaciones de los derechos humanos cometidas por personas naturales, véase Stephens, Beth, “Translating Filártiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations”, *Yale Journal of International Law*, vol. 27, núm. 1, 2002, pp. 1-57.

¹¹⁶ Representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (John Ruggie), *Principios Rectores sobre las empresas...*, cit., Principio 2.

¹¹⁷ *Ibidem*, Comentario al Principio 2.

¹¹⁸ Corte Internacional de Justicia, *The Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion)*, 2004, ICJ Rep., p. 136, párr. 109.

permiten, sino que imponen obligaciones extraterritoriales, incluyendo en relación a la regulación de las actividades empresariales en el extranjero.¹¹⁹

No hay ninguna duda de que los Estados tienen el derecho a ejercer jurisdicción extraterritorial sobre sus propias empresas. Cualquier ejercicio de jurisdicción extraterritorial por un Estado de origen debe ser “razonable” —prestando la debida atención a las reclamaciones jurisdiccionales y a la soberanía del Estado anfitrión—, pero está ampliamente aceptado en el derecho internacional que, en principio, los Estados de origen pueden procesar demandas contra sus propias empresas por violaciones de derechos humanos cometidas fuera de su territorio.¹²⁰

Un tratado sobre empresas y derechos humanos, o un protocolo a dicho tratado, podría autorizar explícitamente o bien requerir que los Estados ejerzan dicha jurisdicción extraterritorial. El tratado o protocolo podría asumir la articulación de directrices con los parámetros de “razonabilidad”, o, si no, permitir a los tribunales u órganos legislativos decidir sobre la razonabilidad de ejercicios concretos de jurisdicción extraterritorial, en vista de los principios generales de derecho internacional que regulan la jurisdicción.¹²¹

5. Alcance de la responsabilidad corporativa — ¿Serán las matrices consideradas responsables de las acciones de sus filiales, y viceversa?

¿Bajo qué circunstancias debería un tratado considerar responsable a las matrices por las acciones de sus filiales u otras entidades corporativas, y viceversa? La respuesta puede depender del tipo de deberes que imponga el tratado. Si el tratado obliga a informar, planificar y prevenir, incluyendo la implementación de los Principios Rectores, podría no ser controvertido o impracticable requerir a las matrices que aseguren que sus filiales (y otras entidades corporativas subsidiarias, especialmente las entidades controladas) cumplan con esas responsabilidades.

¹¹⁹ Véase de manera general ESCR-Net, *Global Economy, Global Rights: A Practitioner's Guide for Interpreting Human Rights Obligations in the Global Economy*, 2014, disponible en: <http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Global-Economy-Global-Rights.pdf>.

¹²⁰ Véase de manera general Cassel, Douglass, “Suing Americans for Human Rights Torts Overseas: The Supreme Court Leaves the Door Open”, *Notre Dame Law Review*, vol. 89, núm. 4, 2014, pp. 1778 y 1779.

¹²¹ Véase por ejemplo *Restatement (Third) Of The Foreign Relations Law Of The United States* (1987). Cfr. § 402 (*jurisdiction to prescribe*) y § 421 (*jurisdiction to adjudicate*), con § 431(1) (*jurisdiction to enforce judicially*). Las tres categorías autorizan a los Estados a ejercer jurisdicción sobre actos cometidos por sus propios nacionales en el extranjero, §§ 402(2), 421(2)(d)–(e), y 431(1), sujetos al límite de que el ejercicio sea razonable. *Ibidem*, §§ 403, 421(1)–(2), y 431(1)–(2).

Este parece ser el enfoque de los Principios Rectores, ya que se refieren generalmente a las responsabilidades no de una “corporación” o “compañía” particular, sino de las “empresas comerciales”. El término “empresa” no está definido en los Principios. No obstante, el lenguaje y la lógica de estos sugieren que abarca tanto a las matrices como a sus filiales. Por ejemplo, el comentario al Principio Rector 2 cita como ejemplo de medidas internas con consecuencias extraterritoriales, “requisitos de que las empresas matrices informen de las operaciones de toda la empresa a nivel mundial”.¹²² Esto no tendría sentido a no ser que el concepto de “empresa” incluya tanto a las matrices como a sus filiales.

El tema es más complicado si el tratado impone reparaciones civiles por daños de las empresas. La mayoría de Estados han adoptado, de una forma u otra, la doctrina de las entidades separadas. Cuando una empresa invierte en otra —incluso cuando una matriz posee el 100% de las acciones de la filial— las dos empresas siguen siendo tratadas como entidades separadas a efectos de la responsabilidad corporativa. En tal caso la legislación nacional normalmente dispone que la empresa matriz no puede ser considerada jurídicamente responsable por las acciones cometidas por su empresa filial (es decir, el “velo corporativo” no puede ser perforado), a no ser que se demuestre que la filial es una simple fachada o que se creó únicamente para defraudar a los acreedores.¹²³

Los desarrollos recientes en casos de *common law* indican que, en determinadas circunstancias, puede estimarse que una empresa matriz tiene un “deber de cuidado” respecto a los empleados de una filial o a personas agraviadas por una filial, el incumplimiento del cual puede resultar en responsabilidad jurídica.¹²⁴ En esos casos se considera a la matriz responsable, no de la negligencia de su filial, sino más bien de su propia negligencia, al haber incumplido su deber de cuidado. Los negociadores podrían considerar la incorporación de una doctrina de este tipo en el tratado.

¹²² Representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (John Ruggie), *Principios Rectores sobre las empresas...*, *cit.*, Comentario al Principio 2.

¹²³ Véase por ejemplo *Presbyterian Church of Sudan et al. v. Talisman Energy Inc.*, 453 F. Supp. 2d 633 S.D.N.Y. 2006, Decisión de 12 de septiembre de 2006; véase en general Skinner, Gwynne *et al.*, *op. cit.*, pp. 59-64.

¹²⁴ *Cfr. England and Wales Court of Appeal, Chandler v. Cape PLC*, [2012] EWCA Civ 525, Decisión de 25 de abril de 2012, párr. 80, y Superior Court of Justice of Ontario, *Choe v. HubbardBay Minerals, Inc.*, 2013 ONSC 1414, Decisión del 22 de julio de 2013, párrs. 74 y 75; véase también Arrondissementsrechtbank Den Haag, *Akpan v. Royal Dutch Shell PLC*, núm. de caso C/09/337050/HA ZA 09-1580, Decisión del 30 de enero de 2013, párrs. 3.31 y 3.32.

Asimismo, los negociadores podrían contemplar un deber de cuidado más extenso de la empresa matriz. Como ha sido sugerido por tres destacados académicos:

El deber de la empresa matriz de ejercer la debida diligencia, controlando a las filiales para asegurar que no están implicadas en violaciones a los derechos humanos debería ser establecido claramente, de forma directa o indirecta... El concepto... equivale a imponer a las matrices la obligación de supervisar las actividades de sus filiales... Esto también incluye la responsabilidad de todas las empresas de intentar prevenir y mitigar, a través de su influencia, todas las violaciones de derechos humanos por parte de aquellos con los que tienen una relación comercial... Ello sirve como incentivo para que sus filiales y socios comerciales respeten los derechos humanos.¹²⁵

Esta recomendación es consistente no solo con el enfoque de “empresa” de los Principios Rectores de la ONU, sino también con el incluso más explícito enfoque de “empresa” de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.¹²⁶ Solicitando a las empresas que respeten los derechos humanos y que lleven a cabo la debida diligencia,¹²⁷ las Líneas Directrices de la OCDE “se dirigen también a los grupos de empresas, aunque el consejo de administración de las filiales pueda tener obligaciones derivadas de la legislación del país donde están constituidas como sociedad. Los sistemas de cumplimiento y de control también deben extenderse, en lo posible, a estas sociedades. Además, la función de vigilar las prácticas de gobierno que corresponde al consejo de administración implica, igualmente, un control permanente de las estructuras internas del grupo para garantizar que las responsabilidades de todo el grupo se encuentran claramente definidas”.¹²⁸

¹²⁵ Skinner, Gwynne *et al.*, *op. cit.*, p. 68; véase asimismo Cassel, Douglass, “Suing Americans for Human Rights...”, *cit.*, pp. 1778 y 1779 (traducción del editor); en el original: “[T]he duty of the parent company to exercise due diligence by controlling the subsidiary to ensure it does not engage in human rights violations, directly or indirectly, should be clearly affirmed... The concept... amounts to imposing on the parent company a duty to monitor the activities of its subsidiaries... This also includes the responsibility that all businesses seek to prevent and mitigate, through use of their leverage, all human rights violations by those with whom they have a business relationship... [T]his incentivizes the parent company to ensure that its subsidiaries and business partners comply with human rights”.

¹²⁶ OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD Publishing, 2013, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>.

¹²⁷ *Ibidem*, párrs. II.2, II.10, y capítulo IV.

¹²⁸ *Ibidem*, Comentario sobre principios generales, párr. 9.

6. *Destinatarios de las obligaciones: ¿Impondrá el tratado obligaciones directas únicamente a los Estados, o también a las empresas?*

Según John Ruggie, durante el proceso de negociación de los Principios Rectores de la ONU, los gobiernos del norte y del sur “tenían profundas preocupaciones doctrinales acerca de hacer que las empresas fuesen sujetos de derecho internacional”.¹²⁹ La declaración de objeciones de los EE.UU. a la resolución del tratado del Consejo de Derechos Humanos de la ONU de junio de 2014 incluyó una afirmación de que las empresas no son “sujetos” de derecho internacional.

Hay corrientes de pensamiento contrapuestas entre destacados académicos respecto a si las empresas son sujetos de derecho internacional.¹³⁰ La corriente positivista insiste en que las empresas no son sujetos de derecho internacional, ya que ningún instrumento internacional las reconoce expresamente como tal.¹³¹ Intérpretes más flexibles sugieren que las empresas podrían como mínimo tener “personalidad jurídica internacional limitada”.¹³² Por último, la corriente pragmática argumenta que la cuestión sobre si las empresas son “sujetos” de derecho internacional es irrelevante para la pregunta sobre qué responsabilidades jurídicas pueden ser impuestas a las empresas: “El escepticismo sobre la «personalidad» de las empresas no debería ser confundido con las dudas sobre si las empresas internacionales tienen responsabilidades (así como derechos) bajo el derecho internacional. Claramente hoy en día tienen ambos”.¹³³

En la actualidad, miles de tratados bilaterales y multilaterales de inversiones y comercio garantizan a las empresas tanto derechos sustantivos (por ejemplo, estabilidad reguladora, compensación por incautaciones de propiedad o debido proceso jurídico) como derechos de reparación, para

¹²⁹ Ruggie, John, *Response to RAID “Executive Summary”*, 23 de marzo de 2015, p. 1, disponible en: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Ruggie%20response%20to%20RAID.pdf> (traducción del editor); en el original: “had deep seated doctrinal concerns about making corporations subjects of international human rights law”.

¹³⁰ Véase en general Alvarez, José, “Are Corporations “Subjects” of International Law?”, *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 9, núm. 1, 2011, pp. 1-36.

¹³¹ Véase Declaración de James Crawford S.C., *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Inc., Republic of Sudan*, 453 F. Supp. 2d 633 (S.D.N.Y. 2006).

¹³² Véase en general Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 76 (traducción del editor).

¹³³ Alvarez, José, *op. cit.*, p. 31 (traducción del editor).

demandar a Estados ante paneles internacionales de arbitraje.¹³⁴ En virtud de la Convención Europea de Derechos Humanos, también se le permite a las empresas iniciar procesos contra los Estados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por incautaciones de propiedad y denegación del debido proceso.¹³⁵ Los tratados de la UE también permiten a las empresas llevar casos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si sus derechos han sido violados por una institución de la UE.

Sea cual sea la perspectiva sobre si las empresas son “sujetos” o “personas jurídicas” bajo el derecho internacional, si los tratados internacionales pueden otorgar derechos y reparaciones a las empresas en esas instancias resulta difícil discernir por qué un tratado no puede también imponer deberes de derechos humanos a las empresas, exigibles ante tribunales nacionales o internacionales. La imposición por parte de un tratado sobre empresas y derechos humanos de obligaciones directas para las empresas parece ser una decisión política que debe ser tomada por los negociadores, y no una decisión determinada por el derecho internacional actual.

V. CONCLUSIÓN

Este artículo no pretende recomendar, sino informar. No adopta una posición respecto a la conveniencia de un tratado sobre empresas y derechos humanos, o sobre la forma y contenido de dicho tratado. Se presenta con la creencia de que un proceso de negociación informado requiere un conocimiento básico del contexto que condujo a la negociación, así como de las opciones, temas y decisiones a las que se enfrentan los negociadores.

Asimismo, este artículo proporciona un análisis del panorama y contexto político en el momento en el que el proceso del tratado dio comienzo. Sin embargo, el panorama varía constantemente, a través de la adopción de nuevas iniciativas en relación a las empresas y los derechos humanos por parte de los Estados, la sociedad civil y las empresas. Si un nuevo tratado u otros desarrollos legislativos abrirán el camino para los litigios de reforma estructural contra empresas privadas todavía está por ver.

¹³⁴ Véase en general Public Citizen, *Case Studies: Investor-State Attacks on Public Interest Policies*, Washington, 2014, disponible en: <http://www.citizen.org/documents/egregious-investor-state-attacks-case-studies.pdf>.

¹³⁵ Véase en general por ejemplo van den Muijsenbergh, Winfried H. A. M. y Rezai, Sam, “Corporations and the European Convention on Human Rights”, *Global Business & Development Law Journal*, vol. 25, núm. 1, 2012, pp. 43-68.