**Pinceladas y opiniones referentes al borrador de tratado sobre la regulación de las actividades de las empresas transnacionales y otras corporaciones en el DIDH**

**Por Nicolás Carrillo Santarelli**

Como [escribí](https://aquiescencia.net/2018/07/20/borrador-de-tratado-sobre-empresas-y-derechos-humanos-disponible/) hace unos días, recientemente se publicó el borrador número "[cero](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf)" de un tratado sobre empresas y derechos humanos, numeración que apunta a su carácter (muy) embrionario. El texto, como apunta [Nadia Bernaz](https://www.business-humanrights.org/en/the-draft-un-treaty-on-business-and-human-rights-the-triumph-of-realism-over-idealism), es conservador y no acoge propuestas catalogadas de "idealistas", como las referentes a la vinculación directa de las empresas por obligaciones internacionales reguladas en el tratado. Ahora bien, [Surya Deva ha dejado claro](https://intersentia.com/en/the-future-of-business-and-human-rights.html) que los límites (o inexistencia) de un tratado no impiden en absoluto la regulación de obligaciones empresariales y otros aspectos por parte de otras fuentes; y en sede de apelación la Corte del Circuito en el caso Kiobel también manifestó que incluso si no existe una norma internacional que vincule a las empresas en relación con determinado aspecto, ella podría crearse en un futuro (siempre y cuando no se contravengan la lógica ni límites normativos como el referente al derecho imperativo, de conformidad con una [concepción](http://www.ejil.org/pdfs/14/2/425.pdf) de capacidades y subjetividad). Dicho esto, a continuación ofreceré algunas pinceladas sobre aspectos que llamaron mi atención en el borrador.

Por una parte, desde el propio preámbulo (que se encuentra, curiosamente, en el "artículo 1", error de formato que se suma a errores gramaticales y erratas que encontré) se enfatiza que el Estado tiene las obligaciones y responsabilidades primarias frente a los potenciales abusos empresariales en su territorio y jurisdicción ("the obligations and primary responsibility to promote, respect protect and fulfill human rights and fundamental freedoms lie with the State, and that States must protect against human rights abuse by third parties, including business enterprises, within their territory or otherwise under their jurisdiction or control, and ensure respect for and implementation of international human rights law"), algo que coincide con la ausencia de referencias a obligaciones empresariales directas en el articulado. El borrador opta, al igual que otros tratados en una línea tradicional, por decir que los Estados tienen el deber de incorporar obligaciones empresariales en su derecho interno (el artículo 9 dice "State Parties shall ensure in their domestic legislation that all persons with business activities of transnational character within such State Parties’ territory or otherwise under their jurisdiction or control shall undertake due diligence obligations"), y que los mismos Estados deben prever la potencial responsabilidad penal, civil y administrativa de las empresas que violen derechos humanos ("State Parties shall ensure through their domestic law that natural and legal persons may be held criminally, civil or administratively liable for violations of human rights undertaken in the context of business activities of transnational character"). Este modelo coincide con el arquetipo de responsabilización internacional indirecta de los actores no estatales (que considero también puede generar efectos de armonización normativa, aunque no tan amplios y efectivos contra disparidades proclives al forum shopping como las obligaciones directas), con la mediación del derecho y la acción estatal (como argumentó magistralmente [John H. Knox](https://wakespace.lib.wfu.edu/bitstream/handle/10339/26074/Knox%20Horizontal%20Human%20Rights%20Law.pdf)) y, como dije líneas atrás, no excluye la posible vinculación directa por otros medios. De esta manera, el texto propuesto, por el momento, se aparta de las (fracasadas) Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, que también contemplaban (de forma acertada, a mi parecer) la responsabilidad estatal como primaria pero, a su vez, consideraban que las empresas tenían obligaciones "Within their respective spheres of activity and influence". Dicho esto, es curioso que en el preámbulo/artículo 1 del borrador de tratado se diga que todas las empresas, con independencia de su tamaño, sector, contexto operacional, estructura y propietarios (un acierto, pues sería erróneo excluir la protección frente a determinado tipo de empresas), "shall respect all human rights, including by avoiding causing or contributing to adverse human rights impacts through their own activities and addressing such impacts when they occur" (subrayado añadido). Como bien ha expuesto [Andrew Clapham](http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof%3Aoso/9780199288465.001.0001/acprof-9780199288465), la palabra shall denota una obligación fuerte. Además, en el texto se evita el ubicuo eufemismo de que las empresas abusan pero "no violan" (díganle eso a las víctimas y al medio ambiente) derechos humanos (¡claro que pueden y lo hacen!) y, reconociendo la realidad y haciendo un gesto simbólico muy significativo, dice por ejemplo en el artículo 10 que los Estados deben responsabilizar a las empresas "for violations of human rights" (aunque añade la coletilla de "cometidas de forma transnacional", adición compleja rechazada por la Unión Europea y otros, crítica que comparto toda vez que los abusos, sean cometidos de forma transnacional o no, exigen responsabilización y protección de las víctimas). El preámbulo es ciertamente parte del contexto, pero no hay una cláusula o disposición que materialice la existencia de obligaciones directas, aunque podría ser que este elemento, si queda tal como esté, demuestre cierta opinio juris de la existencia de deberes directos que no están desarrollados en el tratado en cuanto a su implementación pero, como se dice frente a algunos misterios, en todo caso existen... (aquí en Colombia un refrán dice "las brujas no existen, pero de que las hay, las hay).

Por otra parte, probablemente basado en el reconocimiento de John Ruggie de que las empresas pueden afectar, potencialmente, cualquier derecho humano, en el artículo 3, referente al alcance del instrumento, se dice que el tratado abarca "all international human rights". Ruggie dijo en su momento que "las empresas pueden afectar virtualmente a todos los derechos internacionalmente reconocidos. Por tanto, cualquier lista limitada dejaría ciertamente escapar a uno o más derechos que pueden resultar significantes en un caso particular, proporcionando así una orientación errónea" (párr. 6 del documento HRC/8/5 de 2008, el famoso "Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos").

Otro elemento interesante es el referente a la jurisdicción, toda vez que los Estados deben proteger a las víctimas frente a violaciones que se presenten en ella. Al respecto, el artículo 5 dice que los Estados tienen competencia frente a violaciones cometidas en su territorio o frente a las cometidas por personas naturales o jurídicas o asociaciones domiciliadas en tales Estados, entendiéndose que una empresa está domiciliada donde tenga "a. statutory seat, or b. central administration, or c. substantial business interest, or d. subsidiary, agency, instrumentality, branch, representative office or the like". En consecuencia, se podría exigir a los Estados proteger incluso frente a violaciones cometidas por fuera de su territorio, algo importante en un mundo interdependiente en el que algunos Estados territoriales carecen de influencia frente a poderosas empresas.

El artículo 6 confirma la imposibilidad de beneficiar con Statutes of limitations a violaciones de derechos humanos que constituyan crímenes internacionales, lo cual es sabido. Ahora bien, de forma interesante añade que frente a las violaciones que no se erijan en tales crímenes, cualquier Statute of limitations que exista no debe ser excesivamente restrictivo y debe permitir que haya el suficiente tiempo para poder investigar y juzgar la violación (especialmente, se dice, pero se evita hablar de necesariamente, algo afortunado, frente a violaciones que se hayan cometido en el extranjero), enfoque en favor de las víctimas que aplaudo y es positivo, considerando la importancia de ofrecer remedios que tengan perspectiva de efectividad frente a todo tipo de violación. En relación con el enfoque pro víctima, el artículo 8 de hecho se refiere a los derechos de ellas, que incluyen "but shall not be limited to" "a. Restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-repetition for victims. b. Environmental remediation and ecological restoration where applicable, including covering of expenses for relocation of victims, and replacement of community facilities." El mismo artículo 8 añade que los Estados deben investigar presuntas violaciones de conformidad con el derecho interno e internacional, lo cual puede ser interesante a la luz de la discusión que presento arriba sobre un eventual reconocimiento (implícito y explícito) de posibles obligaciones empresariales directamente reguladas por el derecho internacional ("States Parties shall investigate all human rights violations effectively, promptly, thoroughly and impartially and, where appropriate, take action against those natural or legal persons allegedly responsible, in accordance with domestic and international law"). Además, se exige que los Estados ofrezcan asistencia jurídica adecuada y efectiva a las presuntas víctimas y se añade, algo que puede ser controversial para algunos que "In no case shall victims be required to reimburse any legal expenses of the other party to the claim", lo cual arroja dudas sobre posibles estímulos a acusaciones infundadas que afecten la reputación empresarial de forma injustificada, considerando que también se dice que "States shall not require victims to provide a warranty as a condition for commencing proceedings". De hecho, sobre la prohibición de exigibilidad de costas, Carlos López [escribió](http://opiniojuris.org/2018/07/23/towards-an-international-convention-on-business-and-human-rights-part-ii/) en Opinio Juris que esta disposición "stands out as potentially controversial since it may be seen as an incentive to frivolous litigation".

En cuanto a la debida diligencia empresarial, el artículo 9.2 habla de exigir a las empresas que monitoreen el impacto de sus actividades, incluyendo aquella de sus subsidiarias y entidades bajo su control directo o indirecto, que identifiquen posibles violaciones potenciales, que prevengan su comisión incluso cuando las financiaciones que hagan puedan auxiliar a posibles abusos, y además les exige presentar informes públicos y periódicos sobre cuestiones no financieras que incluyan, al menos, aspectos medioambientales y de derechos humanos relativos a riesgos e indicadores, no referentes a consideraciones sobre intereses financieros de los accionistas o los negocios. Además, se les exige realizar evaluaciones de impacto medioambiental y de derechos humanos, y que reflejen estos requisitos en todas sus relaciones contractuales, algo importante por el potencial efecto de internalización y multiplicación de la inclusión de consideraciones sobre derechos humanos en materia contractual, algo muy importante que tiene el efecto de concretar y dar efectividad y amplitud a las consideraciones en la materia. Se dice que ignorar las anteriores cuestiones sobre debida diligencia debe generar responsabilidad de la empresa en cuestión. Dicho esto, de forma negativa (a mi parecer) se dice que los Estados pueden "ect to exempt certain small and medium-sized undertakings from the purview of selected obligations under this article with the aim of not causing undue additional administrative burdens". Temo que esto se use por algunos Estados en desarrollo para favorecer la "impunidad" de violaciones de empresas estratégicas, haciendo la vista gorda ante ellos y no fomentando la socialización e internalización de consideraciones sobre derechos humanos. En cuanto a la responsabilidad civil empresarial, se dice que ella no puede hacerse depender de una condena penal (artículo 10), y la responsabilidad penal se genera por la comisión de "crimes recognized under international law, international human rights instruments, or domestic legislation. Such criminal liability for human rights violations that amount to a criminal offence, shall apply to principals, accomplices and accessories,", de nuevo volviéndose al posible reconocimiento de deberes internacionales implícitos (si los entes no estatales tienen [poderes implícitos](https://www.icj-cij.org/files/case-related/4/1837.pdf), también pueden tener deberes implícitos, especialmente si los primeros tienen en cuenta necesidades sociales, considero). Por otra parte, se exige a los Estados a que, cuando ello sea posible, prevean jurisdicción universal frente a violaciones de derechos humanos que constituyan crímenes (art. 10.11).

El tratado posteriormente aborda exigencias de cooperación mutua para permitir la implementación de los compromisos previamente referidos, frente a cuestiones probatorias, congelación y recuperación de activos, protección de víctimas directas e indirectas, representantes y testigos; y sobre la interpretación y aplicación del DIDH, entre otras cuestiones (art. 11). Por otra parte, es interesante que se estipula que sólo será posible negar el reconocimiento e implementación de decisiones foráneas sobre las cuestiones cobijadas por el tratado si no se respetó el debido proceso, si hay incompatibilidad con una decisión judicial local contradictoria o si se afecta el orden público del Estado en cuestión. En cuanto a la declinación de la cooperación en materia penal, se dice que el secreto bancario no podrá ser una razón para tal rechazo, algo que está presente en otros instrumentos sobre cooperación internacional en materia penal, como ha apuntado [Jan Klabbers](https://books.google.com.co/books?id=c_gOvHLDZ6gC&printsec=frontcover&dq=klabbers+international+law&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwi76ZzHxP_cAhWJ11MKHQpAD10Q6wEIKjAA#v=onepage&q=klabbers%20international%20law&f=false).

Otras cuestiones que llamaron mi atención incluyen el hecho de que se diga en el artículo 13 que los artículos no afectan ni prejuzgan sobre otras obligaciones internacionales de los Estados, pues bien podía decirse en este punto que tampoco se afecta ni prejuzga sobre las posibles obligaciones internacionales de las empresas, dejando así claro que el tratado tan sólo aborda los pilares de protección y remedios (en términos de los [Principios Rectores](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf) sobre las Empresas y los Derechos Humanos de 2011). Combatiendo la fragmentación, y respondiendo a laudos y decisiones que ponen en entredicho la potestad regulatoria del Estado (hay [buenas excepciones](https://aquiescencia.net/2016/07/12/una-victoria-para-el-derecho-a-la-salud-sobre-intereses-egoistas-economicos-la-decision-sobre-inversiones-extranjeras-en-el-caso-philip-morris-vs-uruguay/)), el artículo 13 dispone que los Estados parte aceptan que las negociaciones futuras de tratados sobre comercio e inversiones garanticen que tales acuerdos "shall not contain any provisions that conflict with the implementation of this Convention and shall ensure upholding human rights in the context of business activities by parties benefiting from such agreements"; y que frente a los acuerdos ya existentes y futuros se efectúe una interpretación que limite lo menos posible su capacidad de respetar y garantizar derechos humanos (art. 13.7). Lo anterior puede ser relevante frente al estándar del trato justo y equitativo en el derecho de la protección de los inversores extranjeros, pues se basa en las expectativas legítimas y razonables y, así, vía interpretación sistemática el poder regulatorio del Estado (no arbitrario, por supuesto) se considerará legítimo si persigue fines convencionales referentes al proyecto de instrumento comentado.

También se propone la creación de un Comité, que al igual que otros puede emitir comentarios generales y examinar los informes de los Estados parte, siendo interesante y destacable que se diga que los comentarios generales se basarán en sus apreciaciones frente a informes de los Estados y frente a la información suministrada por "other stakeholders", los cuales pueden no tener ciertos intereses que sí afectan a los Estados, incluidas las presiones (como la [descarada e inaceptable de Trump contra Ecuador](https://www.nytimes.com/2018/07/08/health/world-health-breastfeeding-ecuador-trump.html) por intereses de empresas que fabrican y venden leche de fórmula). El Comité basa su actividad en los deberes estatales ("on the measures [States Parties] have taken to give effect to their undertakings under this Convention").

Adicionalmente, se exigiría, de adoptarse y autenticarse el texto tal y como está, a los Estados tener mecanismos de supervisión para asegurar la implementación efectiva del acuerdo, lo cual evidentemente exige (y llamaría la atención sobre la necesidad de hacerlo, generando potenciales cambios en la cultura empresarial y estatal, algo que puede ser muy beneficioso a mediano plazo) a los Estados monitorear la actividad empresarial. Se dice que los Estados deben proteger las políticas del acuerdo de intereses comerciales y de otra índole (¡siendo loable el reconocer la amenaza de que dar preferencia a aquellos intereses afecte cuestiones sobre derechos humanos!); recalca la intensidad y especial atención que debe darse cuando hay una proximidad de riesgo frente a zonas de conflicto, incluso cuando hay relaciones empresariales en tal entorno (art. 15.4, reflejando ideas similares a las que se han ofrecido [en el contexto del Global Compact](https://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/human_rights/Resources/embedding.pdf) o Pacto Mundial).

En cuanto a los sujetos que podrían ser parte en el tratado, al igual que ocurre con la [Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo](https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OptionalProtocolRightsPersonsWithDisabilities.aspx), actores no estatales (¡abordando una problemática sobre violaciones no estatales!) como las organizaciones internacionales regionales con competencias sobre la materia (art. 15.10) podrían adherir o confirmar formalmente el acuerdo bajo la redacción actual (artículo 15.8 a 15.11), teniendo en tal caso una organización tal un número de votos equivalente al de sus miembros que sean parte en el acuerdo, pero no pudiendo votar si ya lo hicieron sus miembros, o viceversa.

Los corchetes en el artículo 15.12 demuestran que aún no se ha definido (siquiera provisionalmente) cuál es el número mínimo de aceptaciones de consentimiento en vincularse por el tratado requerido para que el instrumento entre en vigor, siendo este un potencial punto álgido que se mueva entre el deseo de una entrada en vigor rápida o garantizada y no dilatada perpetuamente y otro posible anhelo de participación amplia que de mayor legitimidad o robustez simbólica y de participación al tratado. Por otra parte, el tratado sí admite reservas, según se dice en el artículo 15.14 (con la condición general [prevista](https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf) en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 19) de que no se contravenga su objeto y fin). Las enmiendas podrían hacerse con un voto a favor de dos tercios de Estados (y organizaciones, se entiende) parte presentes y votantes, vinculando en caso de ser aceptada, naturalmente, sólo a quienes consientan en el texto enmendado. A diferencia de lo que se ha dicho frente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Observación General 26 del [Comité de Derechos Humanos](http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/hrcom26.htm)), este tratado sí admitiría denuncia, que surtiría efectos un año tras la notificación al respecto (art. 15.19) y, finalmente, es notable que en la penúltima de las disposiciones finales se mencionen como versiones igualmente auténticas los [seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas](http://www.un.org/en/sections/about-un/official-languages/) (árabe, chino, inglés, francés, ruso y español), algo diciente en un mundo con una china más asertiva en el que (con toda razón) se recela de la administración Trump e intentos hegemónicos estadounidenses, que no han sido muy favorables a iniciativas multilaterales que puedan afectar precisamente sus intereses (por ejemplo, el Estatuto de Roma). Dicho esto, la versión "no intervencionista" de China (agresiva con los reconocimientos de Taiwan, algo que en latinoamérica ha sido puesto de manifiesto recientemente) también genera ciertas preocupaciones, como se han expresado frente a potenciales casos en [África (sobre inspección digital y otras cuestiones).](https://foreignpolicy.com/2018/07/24/beijings-big-brother-tech-needs-african-faces/)

Hay cosas positivas, otras que sólo reiteran sin avances ni desarrollo progresivo, y otras controvertidas. Con todo, espero que el tratado no frene potenciales desarrollos (interamericanos y en otros ámbitos, perfectamente complementarios al tratado, los Principios y diversos estándares), así como tampoco pudo ser un freno la adopción de los Principios Rectores...