

TRATADOS

Con la adopción de la resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en junio de 2014, se dio inicio a un proceso intergubernamental para desarrollar un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. Dicho proceso, políticamente controversial y jurídicamente complejo, ha reavivado las discusiones existentes desde la década de 1970 en el seno de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales, y planteado la oportunidad de desarrollar un instrumento que complementa a los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, particularmente desde la perspectiva de los deberes de los Estados frente a la actividad empresarial en materia de prevención y acceso a la justicia.

La presente obra busca contribuir a dicha discusión, abordando las distintas dimensiones del proceso de negociación en curso: la definición y el alcance del instrumento; la responsabilidad jurídica; el acceso a la justicia; la interacción entre regímenes normativos de derecho internacional; y los mecanismos de seguimiento y vigilancia del instrumento. De la mano de renombradas y renombrados especialistas latinoamericanos, *El tratado sobre las empresas y los derechos humanos: Perspectivas latinoamericanas* contribuye a profundizar la reflexión sobre las bases, posibilidades y desafíos de un futuro instrumento internacional sobre empresas y derechos humanos.



EL TRATADO SOBRE LAS EMPRESAS Y
LOS DERECHOS HUMANOS:
PERSPECTIVAS LATINOAMERICANAS



TRATADOS



TRATADOS

Coordinador
HUMBERTO CANTÚ RIVERA

EL TRATADO SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS PERSPECTIVAS LATINOAMERICANAS

Coordinador
HUMBERTO CANTÚ RIVERA



UDEM
UNIVERSIDAD DE MONTERREY

EL TRATADO SOBRE
LAS EMPRESAS Y LOS
DERECHOS HUMANOS:
PERSPECTIVAS
LATINOAMERICANAS

HUMBERTO CANTÚ RIVERA
Coordinador

tirant lo blanch
Ciudad de México, 2022

Copyright © 2022

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

© Humberto Cantú Rivera
y otros

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc
CP 06100, Ciudad de México
Telf: +52 1 55 65502317
Email: infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1130-490-0
MAQUETA: Dissset Ediciones

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

PRESENTACIÓN 27

HUMBERTO CANTÚ RIVERA

PRÓLOGO 31

SOLEDAD GARCÍA MUÑOZ

PARTE I.
INTRODUCCIÓN

**EL PROCESO HACIA UN TRATADO INTERNACIONAL
EN MATERIA DE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS:
REFLEXIONES SOBRE SUS CAUSAS Y EFECTOS**

HUMBERTO CANTÚ RIVERA

I. INTRODUCCIÓN..... 37

II. LA JUSTIFICACIÓN DE UN TRATADO 40

 1. La necesaria regulación de la actividad económica..... 43

 2. Las empresas: ¿transnacionales, nacionales, o actividades económicas transnacionales? 48

 3. Los objetivos de un instrumento internacional: contribuir a la prevención y reparación de abusos empresariales 51

III. LOS EFECTOS DE LA NEGOCIACIÓN 59

 1. Sobre las acciones de los Estados a nivel interno..... 60

 2. El efecto ‘ricochet’ o la potencial contribución de los Estados a la progresiva definición de estándares mínimos a nivel internacional 64

IV. HACIA DÓNDE IR..... 70

**PARTE II.
DEFINICIÓN Y ALCANCE**

**PRINCIPIOS Y OBJETIVOS PARA UN TRATADO
SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS**

IGNACIO DE CASAS

I. INTRODUCCIÓN.....	75
II. APUNTES SOBRE SISTEMÁTICA Y TÉCNICA LEGISLATIVA	77
III. (MÁS) SOBRE EL PREÁMBULO	81
IV. LOS PRINCIPIOS.....	83
A. Los principios en el derecho internacional.....	84
B. Función de los principios en un tratado de derechos humanos	85
C. Los principios propuestos en los Elementos	87
D. Técnica legislativa para la inclusión de principios en el tratado	91
V. PROPÓSITO Y OBJETIVOS	92
VI. LA SECCIÓN I DEL <i>BORRADOR CERO</i>	95
VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	97
VIII. <i>POST-SCRIPTUM</i>: REFLEXIONES SOBRE EL BORRADOR REVISADO Y LA QUINTA SESIÓN DEL GTI	99

**LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS
RELATIVAS A VIOLACIONES DE DERECHOS
HUMANOS POR PARTE DE EMPRESAS**

FRANCISCO J. RIVERA JUARISTI

I. INTRODUCCIÓN.....	103
II. LOS ESTADOS TIENEN LA OBLIGACIÓN PRIMORDIAL DE PROTEGER CONTRA VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS COMETIDAS POR TERCEROS PARTICULARES, LO CUAL INCLUYE A LAS EMPRESAS.....	104

A. El derecho internacional impone a los Estados obligaciones de respeto, promoción, prevención, protección, investigación y reparación	104
B. El Borrador Cero define las obligaciones de los Estados en función de los derechos de las víctimas y de la obligación de diligencia debida de las empresas.....	108
III. EL ALCANCE DEL BORRADOR CERO ES MUY AMPLIO EN CUANTO A LOS DERECHOS HUMANOS QUE ABARCA Y MUY ESTRECHO EN CUANTO AL TIPO DE EMPRESA QUE CUBRE.....	109
A. El alcance del Borrador Cero es muy amplio en cuanto a los derechos humanos que abarca (todos los derechos humanos).....	110
B. El alcance del Borrador Cero es muy estrecho en cuanto al tipo de empresa que cubre (transnacionales privadas con fines de lucro)	114
IV. EL ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE PROTECCIÓN DEPENDERÁ DE LAS OBLIGACIONES DE RESPETO QUE TIENEN LAS EMPRESAS.....	116
A. El tratado deberá definir el alcance de la obligación estatal de protección.....	116
B. El tratado deberá exigir que la normativa nacional sea compatible con las definiciones y elementos contenidos en normas internacionales	120
V. LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE GARANTIZAR EL ACCESO A INSTANCIAS INTERNACIONALES DEBE ESTAR ARTICULADA EN EL TRATADO MISMO	122
VI. CONCLUSIÓN.....	123
VII. COMENTARIOS SOBRE EL BORRADOR REVISADO	124

LOS FUNDAMENTOS, POSIBLES FUENTES Y TIPOLOGÍA DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DIRECTAS DE LAS EMPRESAS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

NICOLÁS CARRILLO SANTARELLI

I. INTRODUCCIÓN.....	127
II. LAS OBLIGACIONES DIRECTAS EN LOS ELEMENTOS PARA EL PROYECTO DE INSTRUMENTO INTERNACIONAL JURÍDICAMENTE VINCULANTE SOBRE EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS CON RESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS Y EN EL BORRADOR CERO.....	128
III. EL FUNDAMENTO Y LA IMPORTANCIA DE LAS OBLIGACIONES EMPRESARIALES DIRECTAS DESDE UNA PERSPECTIVA CENTRADA EN EL SER HUMANO.....	131

IV. LOS POSIBLES ORÍGENES NORMATIVOS DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DIRECTAS DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.....	137
A. Los principios generales del derecho como generadores de obligaciones directas.....	139
B. Los tratados, las resoluciones y la costumbre como fuentes de obligaciones directas.....	143
C. La auto-regulación empresarial y la hetero-regulación no estatal: entre el posible juego de la buena fe y las dinámicas complementarias al hard law.....	147
V. ALGUNOS POSIBLES CONTENIDOS Y TIPOS DE OBLIGACIONES INTERNACIONALES DIRECTAS SOBRE DERECHOS HUMANOS DE LAS EMPRESAS.....	151
A. Obligaciones empresariales implícitas y expresas.....	152
B. Deberes primarios y obligaciones secundarias generadas por la responsabilidad internacional empresarial.....	154
C. Las obligaciones empresariales de evitar y remediar impactos negativos, y las discusiones sobre posibles deberes de procurar la obtención de resultados favorables (impactos positivos) frente al goce de los derechos humanos.....	157
VI. CONCLUSIONES.....	161
VII. <i>POST SCRIPTUM</i> A MANERA DE EPÍLOGO: DESARROLLOS SOBRE LOS DEBERES EMPRESARIALES DIRECTOS EN LOS DEBATES SOBRE EL TRATADO Y OTRAS INICIATIVAS.....	163

EMPRESAS PÚBLICAS: CERRANDO LA BRECHA DE IMPUNIDAD ENTRE EL DEBER DE PROTEGER Y EL DEBER DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS

MARÍA ISABEL CUBIDES SÁNCHEZ

I. INTRODUCCIÓN.....	171
II. UN ENFOQUE DIFERENCIAL (MAS NO FRAGMENTADO) DE LAS ACTIVIDADES DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS.....	174
A. La problemática de un acercamiento fragmentado a las actividades de las empresas estatales.....	174
B. La necesidad de un enfoque diferenciado en materia de prevención y responsabilidad jurídica.....	177

III. DINÁMICAS RELACIONALES ENTRE EL ESTADO Y LAS EMPRESAS PÚBLICAS: CONSIDERACIONES SOBRE LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD.....	182
A. La responsabilidad del Estado accionario: del control efectivo al nexo de influencia.....	183
B. La responsabilidad de las empresas estatales: de la falla de prevención hacia el reconocimiento de la complicidad	188
IV. COHERENCIA EXTERNA E INTERCONEXIÓN: UNA REFORMA INTEGRAL EN MATERIA DE EMPRESAS ESTATALES Y DERECHOS HUMANOS	192

**¿ENFOQUE AMPLIO O ENFOQUE RESTRINGIDO?
CONSIDERACIONES NORMATIVAS Y CRIMINOLÓGICAS
SOBRE EL ALCANCE DEL TRATADO VINCULANTE**

MARÍA LAURA BÖHM, DENISSE Y. CUFRE Y RODRIGO M. RASKOVSKY

I. INTRODUCCIÓN.....	195
II. ÁMBITO NORMATIVO.....	197
A. Aspecto subjetivo	197
B. Aspecto objetivo.....	203
III. CONSIDERACIONES CRIMINOLÓGICAS	210
IV. COMENTARIOS SOBRE EL <i>BORRADOR CERO</i>	218
V. COMENTARIOS SOBRE EL BORRADOR REVISADO	220
VI. CONCLUSIONES.....	221

**DEL CARÁCTER SUBJETIVO AL CARÁCTER
OBJETIVO: LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL COMO
ÁREA DE ENFOQUE DEL PROYECTO DE TRATADO
SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS**

AMANDA ROMERO MEDINA Y JULIA MELLO NEIVA

I. INTRODUCCIÓN.....	225
-----------------------------	------------

II. DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS Y LOS DEBATES SOBRE NORMAS Y PRINCIPIOS EN LA ONU	228
III. DESAFÍOS Y ASPECTOS POR DESARROLLAR EN EL DOCUMENTO DEL PROYECTO DE TRATADO	240
IV. RESPONSABILIDAD JURÍDICA EMPRESARIAL EN AMÉRICA LATINA: UN LARGO CAMINO POR RECORRER	245

EL TRATADO SOBRE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y LOS DERECHOS HUMANOS: PERSPECTIVAS DESDE LA SOCIEDAD CIVIL

FERNANDA HOPENHAYM

I. INTRODUCCIÓN.....	249
II. LA MOVILIZACIÓN	251
A. La Alianza para el Tratado	251
B. La Campaña Global	252
C. La Red DESC	253
D. Feministas por un tratado vinculante	253
E. Ginebra y el mundo.....	254
III. LOS TEMAS	254
A. Alcance, obligaciones, cuestiones jurisdiccionales.....	255
B. Prevención: debida diligencia y consulta	256
C. Captura, interferencia y conflictos de interés	257
D. Acceso a la justicia	257
E. Personas defensoras de derechos humanos.....	258
F. Perspectiva de género	259
1. Evaluaciones de impacto de género.	259
2. Justicia con perspectiva de género y mecanismos de reparación.....	260
3. Asegurar el respeto, protección y la generación de un ambiente propicio para las mujeres defensoras de derechos humanos.....	260
IV. PRIMERAS REFLEXIONES EN TORNO AL BORRADOR CERO	261
V. CONCLUSIONES	262

PARTE III.
RESPONSABILIDAD JURÍDICA

**PERFILANDO LA DEBIDA DILIGENCIA EN DERECHOS HUMANOS
HACIA UN INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE**

ANDRÉS DEL CASTILLO

I. INTRODUCCIÓN.....	267
II. LA DEBIDA DILIGENCIA EN DERECHOS HUMANOS EN LA ONU: DE LA GUERRA FRÍA A LA ERA POST-RUGGIE	270
III. LA DEBIDA DILIGENCIA EN LA OCDE: SOBRE LA CONDUCTA EMPRESARIAL RESPONSABLE.....	275
IV. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS Y SU RELACIÓN CON LA DEBIDA DILIGENCIA.....	277
A. Obligaciones frente al derecho internacional de los derechos humanos	277
B. Ejemplos de legislaciones nacionales y comunitarias sobre debida diligencia en derechos humanos	280
V. ANÁLISIS DEL BORRADOR CERO DEL INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE.....	284
A. Aspectos generales.....	284
B. Acuerdos comerciales y de inversión y debida diligencia en derechos humanos .	286
C. Debida diligencia y régimen de responsabilidad jurídica: Estándar de conducta y proceso investigativo	289
VI. CONCLUSIONES.....	295
VII. EPÍLOGO.....	297

**REFLEXIONES PARA ABORDAR LA DISCUSIÓN DE UN TRATADO
SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS DESDE LA
PERSPECTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA REPARACIÓN**

GERMÁN ZARAMA

I. INTRODUCCIÓN.....	305
-----------------------------	------------

II. ¿PUEDE EL DERECHO INTERNACIONAL COMPORTAR OBLIGACIONES PARA LAS EMPRESAS EN MATERIA CIVIL?.....	307
III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO ELEMENTO CLAVE DEL ACCESO INTEGRAL A LA REPARACIÓN EN EL MARCO INTERNACIONAL DE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS.....	310
IV. EL CARÁCTER EXTRATERRITORIAL DE LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN DESDE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	312
V. ¿ES POSIBLE ARMONIZAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL CON LA PRÁCTICA JURÍDICA EN EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS?.....	318
VI. PERSPECTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA REPARACIÓN DESDE LAS PRIMERAS APROXIMACIONES AL BORRADOR CERO DEL TRATADO.....	322
VII. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA REPARACIÓN EN EL BORRADOR REVISADO.....	324
VIII. CONCLUSIONES: DESAFÍOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL MARCO DEL TRATADO SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS.....	326

LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL TRATADO SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS: HACIA LA DISUASIÓN DE ABUSOS CORPORATIVOS

DANIEL IGLESIAS MÁRQUEZ

I. INTRODUCCIÓN.....	329
II. REFLEXIONES PRELIMINARES: LA RESPONSABILIDAD PENAL FRENTE A LOS ABUSOS DE DERECHOS HUMANOS COMETIDOS EN EL MARCO DE LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES.....	331
III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	335
A. El derecho penal internacional.....	336
B. El derecho internacional convencional.....	339
C. Implicaciones en el derecho interno de los Estados.....	341
IV. EL DEBATE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS EN EL FUTURO TRATADO SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS.....	344
V. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS EN EL BORRADOR CERO.....	348
VI. REFLEXIONES FINALES.....	353

VII. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL BORRADOR REVISADO Y LA QUINTA SESIÓN	356
---	------------

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN DEL TRATADO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

DANIEL CERQUEIRA

I. INTRODUCCIÓN.....	363
II. ESTÁNDARES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS FRENTE A ACTOS DE PARTICULARES	366
III. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS DE ORIGEN CON RESPECTO A LAS EMPRESAS PRIVADAS QUE DESARROLLAN ACTIVIDADES EN EL EXTRANJERO.....	371
A. Estándares generales del Sistema Universal e Interamericano de Derechos Humanos	371
B. Obligación de los Estados de origen de brindar recursos judiciales para prevenir y reparar abusos empresariales	375
IV. EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN LOS ÓRGANOS INTERGUBERNAMENTALES DE LA ONU.....	377
V. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS EN EL BORRADOR CERO DEL TRATADO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS	382
VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL BORRADOR REVISADO DEL TRATADO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS	386
VII. CONSIDERACIONES FINALES.....	388

PARTE IV.
ACCESO A LA JUSTICIA

**REPARACIÓN INTEGRAL PARA VÍCTIMAS A LA LUZ DEL
TRATADO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS**

ANA CLÁUDIA RUY CARDIA ATCHABAHIAN

I. INTRODUCCIÓN.....	393
II. EL PROYECTO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: LA TRÍADA “PROTEGER, RESPETAR Y REMEDIAR” Y EL COMPONENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL EN LOS PLANES DE ACCIÓN NACIONAL.....	395
III. EL PROYECTO DEL TRATADO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS, Y LA NECESIDAD DE MEDIDAS DE REPARACIÓN EFECTIVAS	399
IV. LAS CONTRIBUCIONES DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS PARA EL PROCESO DEL TRATADO	406
V. CONCLUSIÓN.....	411

**ACCIONES LEGALES TRANSNACIONALES, OBSTÁCULOS
A LA JUSTICIA Y EL ROL DEL TRATADO**

GABRIELA QUIJANO

I. INTRODUCCIÓN.....	415
II. EL ACCESO A LA JUSTICIA CUANDO LAS EMPRESAS ABUSAN LOS DERECHOS HUMANOS.....	418
A. Obstáculos a la justicia típicos de casos contra empresas	418
B. Obstáculos a la justicia cuando las que abusan son empresas transnacionales	419
C. Obstáculos a la justicia en demandas transnacionales	420
III. RESPONSABILIDAD JURÍDICA DE LA EMPRESA MATRIZ.....	421
A. La personalidad jurídica separada	422
B. Injusticia de una construcción jurídica arcaica	422

Índice	21
C. Rol del instrumento internacional	424
D. La propuesta de “Elementos” para el instrumento internacional	425
E. El borrador “cero”	425
IV. FORUM NON CONVENIENS	426
A. Repercusiones del forum non conveniens en el acceso a la justicia	427
B. Rol del instrumento internacional	429
C. La propuesta de “Elementos” para el instrumento internacional.....	430
D. El borrador “cero”	432
V. LEY APLICABLE	433
A. Rol del instrumento internacional	434
VI. CONCLUSIÓN	434
VII. A MANERA DE EPÍLOGO: LAS PROPUESTAS DEL “BORRADOR REVISADO” EN MATERIA DE ACCESO A LA JUSTICIA.....	436

LA JURISDICCIÓN EN EL ÁMBITO DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

ANA MARÍA SUÁREZ FRANCO

I. INTRODUCCIÓN.....	439
II. LA DETERMINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	441
A. El concepto de jurisdicción y sus diferentes acepciones en inglés y español	441
B. La jurisdicción extraterritorial.....	443
III. LA JURISDICCIÓN EN EL DOCUMENTO DE ELEMENTOS	453
A. Los elementos específicos propuestos sobre jurisdicción	454
B. La mención de la jurisdicción en otras secciones del documento de Elementos .	457
C. Factibilidad y pertinencia del tratamiento de la jurisdicción en el documento de Elementos	458
1. Factibilidad jurídica.....	458
2. Factibilidad política.....	461

IV. LA JURISDICCIÓN EN EL BORRADOR CERO DEL INSTRUMENTO VINCULANTE.....	462
A. Artículo 5 sobre la jurisdicción.....	463
B. Otras disposiciones del borrador que hacen referencia a la jurisdicción.....	465
V. LA JURISDICCIÓN EN EL BORRADOR REVISADO DEL INSTRUMENTO VINCULANTE.....	466
A. Comentarios sobre el carácter colectivo o individual de las víctimas.....	467
B. La determinación de la competencia judicial y del domicilio empresarial.....	467
C. La necesidad de eliminar barreras específicas para el acceso a la justicia.....	468
VI. AVANCES RELEVANTES PARA LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS QUE PODRÍAN RESULTAR DE LA ADOPCIÓN DEL TRATADO EN LA MATERIA.	469
VII. IMPLICACIONES RELEVANTES DE LOS ASPECTOS PROPUESTOS EN EL BORRADOR DEL TRATADO EN EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS	469
VIII. CONCLUSIONES	470

APORTES PARA LA INCLUSIÓN DE REGLAS DE JURISDICCIÓN CIVIL INTERNACIONAL EN EL TRATADO DE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

FLORENCIA WEGHER OSCI

I. INTRODUCCIÓN.....	473
II. LA CONVERGENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS.....	477
III. EL MAPA NO ES EL TERRITORIO: LA DESLOCALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES Y LA DETERMINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL	482
IV. CONSIDERACIONES SOBRE EL BORRADOR CERO	485
V. EDIFICAR SOBRE LO CONSTRUIDO: ¿NUEVOS? CRITERIOS ATRIBUTIVOS DE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL PARA CASOS DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS	489
VI. A MODO DE CONCLUSIÓN	495
VII. EPÍLOGO: OBSERVACIONES SOBRE EL BORRADOR REVISADO	498

LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL: ¿UN DEBER, UN PROBLEMA DE CORTESÍA O UNA OBLIGACIÓN UNIVERSAL?

JAIME VINTIMILLA

I. INTRODUCCIÓN.....	501
II. LOS TIPOS DE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL.....	502
III. DE LA ÉTICA CORPORATIVA A LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL...	503
IV. LA IMPORTANCIA DE LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL PARA LA ACTUACIÓN DE LOS ESTADOS EN EL PLANO INTERNO E INTERNACIONAL ..	504
V. PRINCIPIOS DE LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL.....	506
VI. CARACTERÍSTICAS	507
VII. COOPERACIÓN EN UN INSTRUMENTO VINCULANTE.....	508
VIII. LOS RETOS DEL PROYECTO	510
IX. EL PRIMER BORRADOR.....	512
X. CONCLUSIONES	514

PARTE V.

LA INTERACCIÓN ENTRE REGÍMENES NORMATIVOS DE DERECHO INTERNACIONAL

EL CONCEPTO DE “PRIMACÍA” EN LAS NEGOCIACIONES DEL TRATADO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

ALFREDO CROSATO NEUMANN

I. INTRODUCCIÓN.....	519
II. CONFLICTOS NORMATIVOS Y RELACIONES DE JERARQUÍA EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL	520
A. La resolución de conflictos entre reglas de un mismo rango normativo	520
B. Las relaciones de jerarquía que existen en el derecho internacional	522
III. EL CONCEPTO DE PRIMACÍA EN LOS ELEMENTOS Y LA PROPUESTA DE ARTÍCULO 13 DEL TRATADO.....	523

IV. PRINCIPALES PROBLEMAS DEL CONCEPTO DE PRIMACÍA.....	527
V. CONCLUSIONES	532

**LA BRECHA NORMATIVA ENTRE EL DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL
DERECHO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN, Y EL PAPEL
DEL TRATADO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS**

LAURA BERNAL BERMÚDEZ Y ENRIQUE PRIETO RÍOS

I. INTRODUCCIÓN.....	533
II. DISCUSIÓN TEÓRICA: DIDH V. DIIE	537
III. LA PROBLEMÁTICA PRESENTE EN EL BORRADOR DEL TRATADO	543
A. Discusiones previas	545
B. Disposiciones en el Borrador Cero y en el Borrador Revisado.....	546
IV. CONCLUSIONES	550

PARTE VI.

LOS MECANISMOS DE SEGUIMIENTO Y VIGILANCIA

**LAS INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS
EN EL MARCO DE UN FUTURO TRATADO INTERNACIONAL
EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS**

ÁLVARO FRANCISCO AMAYA VILLARREAL Y LAURA ARENAS PERALTA

I. INTRODUCCIÓN.....	555
II. LAS INDH: NATURALEZA Y ALCANCE DE SU MANDATO.....	556
A. Características de las INDH	557
B. Funciones y mandato de las INDH.....	557
III. LA RELACIÓN DE LAS INDH CON EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	558

A. Los Principios de París	559
B. Actuación frente a órganos del derecho internacional de los derechos humanos	559
1. Valoración de informes de las INDH por las jurisdicciones internacionales ...	560
2. Presentación de casos por la INDH ante órganos internacionales	561
3. Alianza Global de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GAN-HRI)	562
IV. EL ROL DE LAS INDH EN MATERIA DE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS.....	564
A. La Declaración de Edimburgo.....	564
B. Las INDH y los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.	565
C. Las INDH en los Planes Nacionales de Acción sobre empresas y derechos humanos	566
V. LA PROPUESTA DE TRATADO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS Y SU PROTOCOLO ADICIONAL: EL PAPEL DE LAS INDH.....	568
A. Breve relato del proceso de discusión del tratado sobre empresas y derechos humanos	568
B. Elementos y primer borrador para un tratado sobre empresas y derechos humanos, y el eventual rol de las INDH en el mismo	570
1. Objeto y ratificación	571
2. Ámbito de aplicación y obligaciones generales	572
3. Debida diligencia corporativa en derechos humanos.....	574
4. Acceso a la justicia, recursos efectivos y garantías de no repetición	575
5. Cooperación internacional.....	577
6. Mecanismos de promoción, implementación y monitoreo.....	578
C. Protocolo adicional al Tratado	580
VI. COMENTARIOS CONCLUSIVOS.....	581

RETOS Y OPORTUNIDADES PARA UN ÓRGANO DE TRATADO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

CARLOS F. LUSVERTI

I. INTRODUCCIÓN.....	583
II. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES	584
III. UNA BREVE REVISIÓN GENERAL SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DEL BORRADOR DEL INSTRUMENTO Y DEL BORRADOR DEL PROTOCOLO.....	585
A. El Comité de Expertos	586
B. Mecanismo Nacional de Implementación	588
C. El mecanismo de comunicaciones	589
IV. ALGUNAS DEBILIDADES DEL MECANISMO DE COMUNICACIONES	590
A. La naturaleza de las decisiones: ¿está concebido el Comité como un órgano de tratado?	590
B. El examen de las comunicaciones y los procedimientos de investigación.....	591
C. Limitaciones en el contenido material de los hechos a denunciar	591
D. Medidas Cautelares	592
E. Protección de víctimas, testigos y peticionarios	592
V. CONCLUSIONES	593
NOTAS BIOGRÁFICAS.....	595

PRESENTACIÓN

La discusión sobre las empresas y los derechos humanos tomó un nuevo giro a partir de la adopción de los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos en 2011. Sin embargo, a partir de ese instrumento, la importancia de continuar avanzando en el tema hacia su legalización internacional ha permanecido en el imaginario internacional, y en las discusiones alrededor de la cuestión. ¿Deben las empresas ser sujetas directamente al derecho internacional? ¿Es la debida diligencia en derechos humanos una herramienta que puede ser útil desde un instrumento vinculante? ¿Qué elementos deben ser considerados para efectos de la responsabilidad jurídica de las empresas? ¿Debe un instrumento internacional cubrir a todas las empresas, o sólo a las transnacionales?

El inicio de un proceso intergubernamental para discutir tal proyecto, impulsado por el Ecuador y Sudáfrica, marcó el inicio de una nueva fase en la historia de la relación entre los derechos humanos y las empresas. Por una parte, generó confrontaciones y dudas sobre la necesidad de avanzar en tal dirección, sobre todo ante la base consensual en la que descansan los Principios Rectores; por otra parte, ha servido para poner a prueba no sólo los elementos técnicos y jurídicos presentes en los Principios Rectores, sino también para medir el nivel de compromiso político de los Estados y organizaciones regionales que se han manifestado expresamente a favor de la implementación del marco para proteger, respetar y reparar. Como su arquitecto reconoció expresamente en 2011, y ha reiterado a partir de entonces, los Principios Rectores marcaron “el final del principio”; sin embargo, también expresó que una evolución normativa a nivel internacional es inevitable. De lo anterior han surgido dos grandes interrogantes: si dicha evolución es viable a corto, mediano o largo plazo; y si su alcance será amplio o restringido. El proyecto actualmente en curso de negociación no da respuesta aún a la primera pregunta –aunque se vislumbra que sea en el mediano o largo plazo, tras varios años de sesiones de trabajo–, pero parece optar por un enfoque amplio en cuanto a la segunda.

La presente obra es el resultado de varios años de trabajo e incontables –e interminables– discusiones sobre la adopción de un instrumento internacional jurídicamente vinculante en materia de empresas y derechos humanos. Desde su planeación, persigue dos objetivos principales: primero, contribuir a un debate aún incipiente en América Latina sobre los elementos técnicos que un instrumento podría incluir –con las consecuencias políticas, económicas y jurídicas que ello implicaría a nivel interno–; y segundo, ser una contrapropuesta lingüística –aunque también jurídica– a la predominancia de la discusión en lengua inglesa. En ese sentido, a partir de las visiones de especialistas de distintas partes

de América Latina, pretende llenar un vacío aún existente en la literatura jurídica en español.

El tratado sobre las empresas y los derechos humanos: perspectivas latinoamericanas da inicio con un prólogo a cargo de la Relatora Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Soledad García Muñoz, quien introduce la relevancia de considerar los desarrollos a nivel interamericano para efectos de la negociación internacional, recordando la existencia de obligaciones de respeto y garantía, de adopción de normas en el derecho interno, y del deber de asegurar el acceso a la justicia que derivan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A partir de ahí, tengo el honor de compartir un breve estudio introductorio que aborda tres cuestiones principales: el motivo, sustancia y finalidad de un instrumento; los efectos que la propia negociación ha generado ya, y el diálogo entre derecho interno e internacional; y algunas observaciones sobre la dirección que el proceso puede tomar. Desde luego, habiendo tenido el privilegio y honor de acompañar desde la primera sesión, en calidad de asesor, a la Delegación de México que participa en las negociaciones, he podido observar la evolución de la discusión y de las posturas de los distintos Estados y otras partes interesadas. Ello también impone el deber de señalar que todas las perspectivas mencionadas en ese capítulo –y en esta presentación– son a título personal, sin que necesariamente reflejen la postura del Estado mexicano.

Tras la introducción, este volumen colectivo se divide en cinco apartados. El primero, sobre algunos aspectos generales de los elementos que el tratado debe contener o abordar, se concentra en discutir los principios y objetivos para un tratado en la materia, a cargo de Ignacio de Casas. A continuación, distintos autores abordan diferentes cuestiones que definirían el contorno de un instrumento vinculante: si las obligaciones deben recaer, como tradicionalmente ha sucedido, en los Estados (Francisco Rivera Juaristi), o si deben estar dirigidas expresamente a las empresas (Nicolás Carrillo Santarelli); se aborda la complejidad técnica que implica para un instrumento de este tipo el referirse a empresas públicas, con la consiguiente pregunta de si la obligación es de respeto o protección de los derechos (María Isabel Cubides); y se discute si el instrumento debería abordar todos los derechos o solo las violaciones más graves (María Laura Böhm, Denisse Cufre y Rodrigo Radskovsky). Además, se aborda una de las principales aristas de discusión en la materia: si el instrumento debe enfocarse en las empresas transnacionales, o si debe abordar la actividad transnacional de las empresas (Amanda Romero y Julia Mello Neiva). El primer apartado se completa con la perspectiva de la sociedad civil sobre el proyecto de tratado, resaltando la importancia que este tiene para hacer frente a la impunidad empresarial (Fernanda Hopenhaym).

El segundo eje temático gira en torno a la responsabilidad jurídica, donde se discuten cuatro elementos principales. Primero, la utilidad de la debida diligencia en derechos humanos y los retos de su inclusión en un instrumento internacional (Andrés del Castillo); segundo, el papel de la responsabilidad civil y la reparación (Germán Zarama); tercero, la compleja cuestión de incluir la responsabilidad penal como elemento del instrumento en curso de negociación (Daniel Iglesias Márquez); y cuarto, la propia responsabilidad internacional de los Estados en el contexto de las actividades empresariales (Daniel Cerqueira). Dichas cuestiones sirven de preámbulo al tercer apartado del volumen, dedicado a la compleja cuestión del acceso a la justicia. En ella, el objetivo de lograr la inclusión de una dimensión de reparación integral toma un papel preponderante, asistido por un análisis sobre las contribuciones del sistema interamericano a este debate (Ana Claudia Ruy Cardia Atchabahian). A dicho análisis se le suma un capítulo que aborda los obstáculos del acceso a la justicia en el contexto de litigio civil transnacional (Gabriela Quijano), lo cual da pie a una discusión particularmente relevante en ese contexto: la jurisdicción, desde sus acepciones en derecho internacional público (Ana María Suárez Franco) y en derecho internacional privado (Florencia Wegher Osci). Las anteriores discusiones, que son de una naturaleza particularmente técnica al momento de vincular distintas ramas jurídicas tanto de derecho internacional como interno, son complementadas con un conciso pero revelador estudio sobre el papel de la cooperación judicial internacional en este contexto (Jaime Vintimilla).

La cuarta sección del libro aborda un tema que ha generado numerosas discusiones en este contexto: la interacción entre regímenes normativos de derecho internacional. En primer lugar, se aborda el concepto de “primacía” que se ha esbozado en el marco de las negociaciones, donde se ha planteado que el instrumento resultante establezca algún tipo de jerarquía normativa, particularmente de los derechos humanos frente a los tratados de comercio e inversión (Alfredo Crosato Neumann). Esa mirada técnica del capítulo se complementa por un análisis sobre la brecha normativa entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de la inversión (Enrique Prieto Ríos y Laura Bernal Bermúdez), en donde se discute la compleja interacción existente (y pendiente) entre estas dos ramas del derecho internacional público. La obra cierra con una quinta sección, igualmente breve, donde se aborda el rol de las instancias de seguimiento y vigilancia, específicamente desde dos ángulos: el papel de las instituciones nacionales de derechos humanos en este ámbito (Álvaro Amaya y Laura Arenas Peralta), y los retos y oportunidades a los que un órgano de tratado se enfrentaría (Carlos Lusverti). Desde luego, ambos casos discuten elementos importantes que dichos organismos deberían considerar para complementar el papel primordial de los Estados, en primer término, y de las empresas, en esta materia.

A pesar de los avances en los borradores y textos de negociación –lo cual sin duda representa un reto para cualquier esfuerzo de análisis de un instrumento en curso de evolución–, la esencia de los capítulos es abordar lo que desde la práctica del derecho internacional existe, y cómo el instrumento en curso de negociación puede retomar elementos y argumentos para impulsar un desarrollo sólido y basado en evidencia. De la misma forma, busca presentar a distintas partes interesadas –desde diplomáticos hasta organizaciones de la sociedad civil– una herramienta de consulta sobre algunas de las principales aristas en este contexto, intentando clarificar algunos puntos controversiales en la materia, y visibilizar otras oportunidades que podrían ser aprovechadas en el proceso de negociación. Además de lo anterior, busca refrendar una identidad latinoamericana, y aportar una perspectiva desde nuestra realidad jurídica para contribuir a un proceso de construcción jurídica global.

HUMBERTO CANTÚ RIVERA

PRÓLOGO

La relación entre la conducta empresarial y los derechos humanos es un tema que ha ido adquiriendo, en las últimas décadas, una gran importancia a nivel mundial, y de forma particular para América Latina. Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y especialmente para el mandato a mi cargo en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), es grande la relevancia de esta temática, puesto que visibiliza la indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos humanos. Asimismo, subraya la urgente necesidad de que, conforme a los artículos 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se tomen las medidas necesarias por los Estados en su marco jurídico interno para garantizar el acceso a la justicia para las víctimas, cuando existan afectaciones a los derechos humanos que deriven de las actividades empresariales.

El sistema interamericano de derechos humanos ha dado pasos decididos en esta dirección. La Comisión, a través de distintos informes –incluyendo uno enfocado a la cuestión de los derechos humanos y las empresas–, ha enfatizado las obligaciones de los Estados frente a las actividades del sector empresarial, por ejemplo en lo que respecta a las industrias extractivas, o a aquellas que trabajan en la provisión de servicios de internet. Otro aspecto fundamental que se ha abordado, principalmente por medio de las audiencias temáticas, es el de las obligaciones de los Estados de origen de las empresas, lo cual se relaciona directamente con su deber de protección de los derechos humanos respecto de las actividades en el extranjero de las empresas registradas en su jurisdicción. El número de referencias a esta cuestión ha ido en aumento constante.

La Corte, por su parte, ha señalado en distintas sentencias la obligación de protección a cargo de los Estados frente a las actividades de actores privados, enfatizando por lo menos desde 2006 que esta obligación se extiende a la prestación de servicios públicos por agentes privados, como en las sentencias *Ximenes Lopes*, *Albán Cornejo* o *Suárez Peralta*. Más recientemente, la Corte incluso ha señalado la participación directa de las empresas en las afectaciones a derechos humanos, como en *Pueblos Kallina y Lokono*, o en *Hacienda Brasil Verde*. A través de su función hermenéutica, la Corte ha ido refinando o definiendo los matices de las obligaciones de los Estados frente a las actividades de las empresas, reiterando primordialmente que incumbe al Estado proteger los derechos humanos. Estos avances interamericanos se insertan dentro de una dinámica internacional que progresivamente converge en esa dirección.

Los avances a nivel global para el reconocimiento de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos han sido importantes en la última década. De una insuficiente consciencia sobre dicha responsabilidad en 2005

cuando fue nombrado el Representante Especial del Secretario General en la materia, al establecimiento de un marco de *soft law* ampliamente respaldado por la comunidad internacional en 2011 –por medio de los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos–, y que ha producido efectos políticos y jurídicos a nivel regional y nacional, podemos constatar una condensación normativa importante en relación con esta cuestión. Es en esa trayectoria que se inserta la actual negociación en el Consejo de Derechos Humanos, por medio del Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta, sobre el desarrollo de un marco normativo internacional que regule las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en relación con los derechos humanos.

Ese proceso plantea distintas problemáticas en términos de la creación de un régimen normativo internacional que pueda permitir tanto la prevención como la reparación de violaciones a derechos humanos relacionadas con empresas, partiendo de la base de la cooperación internacional. La complejidad de las negociaciones y de sus elementos, al abordar cuestiones tanto sustantivas como procesales, no es menor, y es por ello que esta obra representa una importante herramienta para lograr una mayor comprensión de los retos que plantea la elaboración de un tratado internacional en la materia.

Una de las principales virtudes de la obra es su ADN latinoamericano: con la participación de autoras y autores de los diferentes países de América Latina, representa hoy en día uno de los primeros análisis sistemáticos e integrales sobre los principales puntos de discusión en Ginebra. Centrado particularmente en la *lex lata* a nivel internacional, como también en cuestiones de *lege ferenda* sobre lo que es política y jurídicamente viable, los capítulos contenidos en la obra constituyen una lectura obligada que ofrecerá a los distintos actores involucrados en este proceso un análisis detallado de los distintos puntos de discusión y debate en el Consejo de Derechos Humanos, y de las posibilidades existentes para avanzar hacia su cristalización.

La creación de marcos normativos acordes con el derecho internacional, sin embargo, debería representar la culminación de procesos que tienen su origen en el marco jurídico interno de los países. En ese sentido, las obligaciones existentes bajo el derecho convencional de los derechos humanos (sean ellas a nivel universal o regional) implican para los Estados un deber de adaptar su marco jurídico para dar respuesta a las exigencias planteadas por las afectaciones de las actividades empresariales a los derechos humanos, de manera que existan las condiciones jurídicas y políticas para proteger de forma efectiva los derechos humanos. Dicha efectividad, por tanto, depende de una adecuada tarea de traducción de las obligaciones convencionales al ámbito interno, y no sólo por vía legislativa o de reglamentación, sino también a través de la adopción de políticas públicas con enfoque de derechos e interseccionalidad y de las acciones de

educación en derechos humanos para la sociedad en su conjunto. En definitiva, la construcción de una cultura empresarial de respeto a los derechos humanos es un desafío que requiere que el Estado haga uso de todos los recursos a su alcance para fomentar, promover, y en caso necesario, proteger los derechos humanos de las personas afectadas.

La Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la CIDH celebra la publicación de esta obra coordinada por el Profesor Humberto Cantú Rivera, y hace votos por que iniciativas de este tipo, que proponen reflexiones sobre los distintos retos en materia de derechos humanos, sigan como la presente generándose a partir de experiencias y perspectivas latinoamericanas.

SOLEDAD GARCÍA MUÑOZ

*Relatora Especial sobre Derechos Económicos,
Sociales, Culturales y Ambientales
Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

PARTE I.
INTRODUCCIÓN

EL PROCESO HACIA UN TRATADO INTERNACIONAL EN MATERIA DE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: REFLEXIONES SOBRE SUS CAUSAS Y EFECTOS

HUMBERTO CANTÚ RIVERA^{1*}

I. INTRODUCCIÓN

El nuevo Aureliano había cumplido un año cuando la tensión pública estalló sin ningún anuncio. José Arcadio Segundo y otros dirigentes sindicales que habían permanecido hasta entonces en la clandestinidad aparecieron tempestivamente un fin de semana y promovieron manifestaciones en los pueblos de la zona bananera. La policía se conformó con vigilar el orden. Pero en la noche del lunes los dirigentes fueron sacados de sus casas y mandados con grillos de cinco kilos en los pies a la cárcel de la capital provincial... Sin embargo, antes de tres meses estaban en libertad, porque el gobierno y la compañía bananera no pudieron ponerse de acuerdo sobre quién debía alimentarlos en la cárcel. La inconformidad de los trabajadores se fundaba esta vez en la insalubridad de las viviendas, el engaño de los servicios médicos y la iniquidad de las condiciones de trabajo. Afirmaban, además, que no se les pagaba con dinero efectivo, sino con vales que sólo servían para comprar jamón de Virginia en los comisariatos de la compañía. José Arcadio Segundo fue encarcelado porque reveló que el sistema de los vales era un recurso de la compañía para financiar sus barcos fruteros, que de no haber sido por la mercancía de los comisariatos hubieran tenido que regresar vacíos desde Nueva Orleans hasta los puertos de embarque del banano... Los obreros de la compañía estaban hacinados en tambos miserables. Los ingenieros, en vez de construir letrinas, llevaban a los campamentos, por Navidad, un excusado portátil para cada cincuenta personas, y hacían demostraciones públicas de cómo utilizarlos para que duraran más. Los decrepitos abogados vestidos de negro que en otro tiempo asediaron al coronel Aureliano Buendía, y que entonces eran apoderados de la compañía bananera, desvirtuaban estos cargos con arbitrios que parecían cosa de magia. Cuando los trabajadores redactaron un pliego de peticiones unánime, pasó mucho tiempo sin que pudieran notificar oficialmente a la compañía bananera. Tan pronto como conoció el acuerdo, el señor Brown enganchó en el tren su suntuoso vagón de vidrio, y desapareció de Macondo junto con los representantes más conocidos de su empresa... Cansados de aquel delirio hermenéutico, los trabajadores repudiaron a las autoridades de Macondo y subieron con sus quejas a los tribunales supremos. Fue allí donde los ilusionistas del derecho demostraron que las reclamaciones carecían de toda validez, simplemente porque la compañía bananera no tenía, ni había tenido nunca ni

^{1*} Profesor de la Escuela de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Monterrey, y Director de su Instituto de Derechos Humanos y Empresas. Doctor en Derecho por la Université Panthéon-Assas Paris II. Director de la Academia Latinoamericana de Derechos Humanos y Empresas.

*tendría jamás trabajadores a su servicio, sino que los reclutaba ocasionalmente y con carácter temporal. De modo que se desbarató la pataña del jamón de Virginia, las píldoras milagrosas y los excusados pascuales, y se estableció por fallo de tribunal y se proclamó en bandos solemnes la inexistencia de los trabajadores. La huelga grande estalló...*¹

Gabriel García Márquez escribió en su magistral obra *Cien años de soledad* sobre la masacre de las bananeras, un episodio real de 1928 que fue resucitado por medio de la ficción.² Como se puede observar con absoluta nitidez en la pluma del Nobel colombiano, la historia latinoamericana –y de otras partes del mundo– con frecuencia ha reproducido episodios como el anterior, donde la afectación a los derechos económicos, sociales y culturales, pero también a los civiles y políticos, ha quedado de manifiesto en el contexto de las actividades empresariales. Es en ese contexto, donde con regularidad confluyen intereses económicos y políticos, que en muchas ocasiones el relato de la masacre de las bananeras pasa de la ficción a la realidad.

Aunque ciertamente se trata de un relato de otra era –y de otra dimensión–, un análisis de ese pasaje a la luz de la agenda de empresas y derechos humanos que se ha desarrollado en los últimos cincuenta años genera preguntas especialmente interesantes: ¿podría la United Fruit Company haber sido demandada ante los tribunales de su país de origen, los Estados Unidos de América? ¿Cómo se habría planteado la situación desde una perspectiva jurídica, ante la falta de reconocimiento de los tratados internacionales y regionales que reconocen derechos económicos, sociales y culturales por parte de los Estados Unidos? ¿Se habría aplicado la ley de Macondo –la ley de Colombia–, o se habría tenido recurso a otras normas jurídicas? ¿Qué tipo de sanciones se le podrían haber impuesto a la empresa? ¿Qué responsabilidades habría tenido el Ejército –y el Estado– que participó en la masacre? Cualquier semejanza con otras realidades en las Américas, en África y en Asia, lamentablemente no es coincidencia.³ Al contrario, las similitudes entre distintos contextos, sea por faltas a los más elementales derechos laborales (como la seguridad e higiene en el empleo), por afectaciones medioambientales, o incluso por cuestiones que ocurren en el ciberespacio –aunque provocando impactos en el mundo real–, muestran desconocimiento, incapacidad o incluso indiferencia por parte de distintos actores, del Norte y del Sur, para exigir un nivel mínimo de respeto a la condición humana.

¹ García Márquez, Gabriel, *Cien años de soledad*, 36ª reimpresión, México, D.F., Editorial Diana, 2002, pp. 313-315.

² Véase Mena, Lucila Inés, “La huelga de la compañía bananera como expresión de lo “Real Maravilloso” americano en *Cien años de soledad*”, *Bulletin hispanique*, Vol. 74 (3-4), 1972, pp. 379-405.

³ Los casos de Shell en Nigeria, o de Chiquita Brands (coincidentemente la extinta *United Fruit Company* a la que se hace referencia en *Cien años de soledad*) en Colombia son ejemplos evidentes de lo anterior.

Esa dimensión de la agenda internacional de derechos humanos ha progresado de forma irregular,⁴ entre esfuerzos por crear Códigos de Conducta, el desarrollo de plataformas de buenas prácticas en materia de responsabilidad social, e incluso proyectos para desarrollar instrumentos cuya capacidad para establecer normas resulta dudosa. Es, sin embargo, a partir de la adopción de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos⁵ (en adelante Principios Rectores) en junio de 2011 por el Consejo de Derechos Humanos que muchas de las cuestiones ligadas a esta temática se han vuelto el objeto de análisis y acción de parte de distintos actores. Los Principios Rectores, resultado del mandato del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, contemplan tres pilares: el deber de protección a cargo del Estado; la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos; y la necesidad de que el acceso a mecanismos de reparación por las personas y comunidades afectadas sea efectivo. Aunque no fueron desarrollados con el objetivo de que constituyan nuevas normas internacionales, su arquitecto principal, el Profesor John Ruggie, indicó que interpretan –modulan, a mi juicio– las obligaciones ya existentes para los Estados en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, a la vez que señalan medidas que las empresas pueden implementar de forma proactiva –es decir, de manera voluntaria ante la inexistencia de exigencias jurídicas al respecto.

A pesar de la buena recepción y del respaldo político a los Principios Rectores de parte de los países miembros del Consejo de Derechos Humanos, el interés de distintas partes se orienta a avanzar en la materia a través de un instrumento convencional. Ello, desde luego, responde por una parte a la “simplicidad” de poder agrupar y abordar en un único instrumento cuestiones de diferentes ramas del derecho internacional; a la necesidad de cubrir las lagunas jurídicas y subsanar la falta de capacidad institucional de muchos Estados; y a la consideración de que al poder económico transnacional se le debe sujetar con reglas jurídicas internacionales.⁶ Impulsadas por varias motivaciones, incluyendo la expectativa de cubrir una laguna en el derecho internacional de los derechos humanos, en junio de 2014 las delegaciones del Ecuador y Sudáfrica en Ginebra impulsaron

⁴ Deva, Surya, “From ‘business or human rights’ to ‘business and human rights’: what next?” en Deva, Surya y Birchall, David (eds.), *Research Handbook on Human Rights and Business*, Cheltenham, Edward Elgar, 2020, pp. 1-5; Cantú Rivera, Humberto, “Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos” en Cantú Rivera, Humberto (coord.), *Derechos humanos y empresas: Reflexiones desde América Latina*, San José, IIDH, 2017, pp. 40-47.

⁵ Consejo de Derechos Humanos, *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).

⁶ Bilchitz, David, “The Necessity for a Business and Human Rights Treaty”, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1(2), 2016, pp. 210-214.

una resolución en el Consejo de Derechos Humanos para crear un proceso intergubernamental de negociación para adoptar un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos.⁷ Este proceso se ha convertido en una especie de prueba sobre la voluntad política para avanzar en la agenda de empresas y derechos humanos, incluso para implementar y hacer evolucionar los Principios Rectores. Sin embargo, también ha sido una fuente de tensiones intergubernamentales y entre otros actores, en una lucha por impulsar u obstruir el desarrollo del derecho internacional. Sin ser una cuestión sencilla en cuanto a lo técnico, el proceso ha generado una discusión profunda sobre las herramientas de regulación de la actividad empresarial a nivel global, así como una escena particularmente interesante donde convergen argumentos, propuestas y contrapropuestas jurídicas, políticas, económicas y sociales.

El presente capítulo, por su carácter introductorio, no pretende hacer un análisis exhaustivo de todas las cuestiones en proceso de negociación –ellas son exploradas con lujo de detalle en los restantes veinte capítulos del libro. Por el contrario, esta introducción busca abordar tres cuestiones fundamentales: en primer término, examina la justificación de adoptar un tratado, desde tres ejes particulares: el motivo de la regulación; la sustancia de la regulación; y la finalidad de la regulación. En segundo término, analiza los efectos indirectos de la negociación, a saber, la forma en que el proceso mismo ha impactado en las acciones jurídicas y políticas de diversos Estados, y cómo esa acción a nivel interno sirve como retroalimentación, y de cierta forma como una caja de resonancia, para el instrumento en curso de negociación. Por último, una sección final aborda brevemente algunas consideraciones sobre la importancia del proceso, y el destino al que debería dirigirse.

II. LA JUSTIFICACIÓN DE UN TRATADO

Cuando en septiembre de 2013 se planteó la idea de comenzar una negociación internacional sobre la adopción de estándares vinculantes en materia de empresas y derechos humanos, apenas dos años después de la adopción de los Principios Rectores por el Consejo de Derechos Humanos y de la sentencia ecuatoriana que dio inicio a la épica saga judicial del caso *Chevron*,⁸ poca comprensión

⁷ Consejo de Derechos Humanos, *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).

⁸ Sobre el litigio por las actividades de Chevron en la Amazonía ecuatoriana, véase Martin-Chenut, Kathia y Perruso, Camila, “El caso Chevron-Exxon y el aporte de los proyectos de convención sobre crímenes ecológicos y ecocidio a la responsabilidad penal de las empresas transnacionales” en

existía aún sobre las implicaciones prácticas de implementar estándares de derechos humanos y empresas en los marcos jurídico y político internos.

Aunque mucho se discutió al respecto durante el mandato del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, la complejidad de implementar en el ámbito interno recomendaciones normativas y de política pública relativamente abstractas provenientes del ámbito internacional implicaba (y todavía conlleva) un desafío importante para los diferentes actores involucrados en esta discusión, tanto desde una perspectiva política, como jurídica y económica. Ello se demuestra con el enfoque del Grupo de Trabajo de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos de “desempacar” los Principios Rectores, lo cual le ha permitido en los últimos años profundizar en las implicaciones concretas que conlleva cada uno de los principios. Sin embargo, lo anterior no fue evidente durante el primer mandato del Grupo de Trabajo (2011-2014), donde este abordó diversas temáticas que no necesariamente contribuían a la realización de un análisis sistemático del significado y contenido de los distintos elementos plasmados en el marco propuesto por John Ruggie.⁹ En ese contexto, cuando daba inicio un proceso progresivo de aprendizaje y conocimiento de los elementos de los Principios Rectores y su implementación, el Estado ecuatoriano decidió plantear ante el Consejo de Derechos Humanos la necesidad de iniciar un proceso intergubernamental para desarrollar un marco jurídico internacional que regule la actividad transnacional de las empresas bajo el derecho internacional de los derechos humanos.

Lo anterior no es una cuestión sencilla. Mientras que en algunos temas de derechos humanos, el apoyo de los Estados es amplio, en atención a su consideración de la existencia de algunas cuestiones fundamentales que pueden y deben ser reguladas por el derecho internacional,¹⁰ la temática de los derechos humanos y las empresas es compleja desde distintas perspectivas, por diversos motivos. Por ejemplo, la actividad económica en la que se insertan las empresas –además de otros actores, como los propios Estados en su faceta como actor económico, la economía informal, e incluso los individuos– abarca una serie de

Cantú Rivera, Humberto (coord.), *Derechos humanos y empresas: Reflexiones desde América Latina*, San José, IIDH, 2017. Lamentablemente, este caso continúa representando hasta la fecha un desafortunado esfuerzo fallido de diferentes actores por reparar integralmente a las víctimas de la catástrofe ecológica ocasionada por las actividades de diversas empresas petroleras (públicas y privadas) en la región de Lago Agrio.

⁹ Algunos de los temas que esa primera “generación” del Grupo de Trabajo abordó fueron la cuestión de los pueblos indígenas, los indicadores en materia de empresas y derechos humanos, las pequeñas y medianas empresas o los Planes de Acción Nacional.

¹⁰ Los derechos del niño o la prohibición de la tortura o de la discriminación, por ejemplo, son cuestiones que gozan de un alto grado de reconocimiento internacional, expresado por vía de ratificaciones de los correspondientes instrumentos internacionales.

industrias y ramos que se enfrentan a dificultades distintas, que no necesariamente responderían de la misma manera ante un tipo determinado de normatividad o regulación.¹¹ Por otra parte, la regulación económica puede generar efectos (y repercusiones) importantes en la capacidad económica no sólo de las empresas e industrias, sino de los Estados también, lo cual podría constituir un impedimento para que éstos se embarquen en un procedimiento de este tipo, en particular para los países que requieren atraer inversión extranjera.¹² Además, la conformación de cadenas globales de suministro, que atraviesan fronteras y que involucran a numerosas entidades económicas, supone un desafío importante para el derecho internacional, anclado en principios elementales como la soberanía, el consentimiento y la jurisdicción territorial de los Estados,¹³ lo cual permite suponer que un tratado internacional en la materia podría ser, en el mejor de los casos, relativamente efectivo, asumiendo que no todos los países lo ratificarían necesariamente.

Considerando lo anterior, en la sesión de junio de 2014 del Consejo de Derechos Humanos, Ecuador, con el apoyo de Sudáfrica, decidió presentar una resolución para dar inicio a ese proceso intergubernamental.¹⁴ Una re-lectura de la resolución 26/9, a algunos años de distancia, parece indicar cierta inclinación hacia un proyecto basado en los estándares clásicos del derecho internacional. Por ejemplo, el preámbulo de la resolución destaca la obligación y responsabilidad primordial del Estado de promover y proteger los derechos humanos, incluso contra los abusos a derechos humanos cometidos en su territorio y/o su jurisdicción por empresas. Asimismo, señala la responsabilidad de respetar los derechos humanos que recae en las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, en una clara alusión a la postura consensuada que resultó del segundo pilar de los Principios Rectores, y de donde se desprendió que en la materia, a reserva de futuras evoluciones normativas, las obligaciones internacionales recaen sobre los Estados. En ese tenor, el párrafo operativo primero establece la creación de un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta

¹¹ Ruggie, John G., *A UN Business and Human Rights Treaty?*, 28 de enero de 2014, disponible en <https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/programs/cri/files/UNBusinessandHumanRightsTreaty.pdf>

¹² En este punto, sin embargo, agrego una reflexión personal: ¿es realmente un obstáculo para la atracción de la inversión extranjera, si en muchas ocasiones algunas de las materias primas necesarias sólo se encuentran en algunas partes del mundo?

¹³ Backer, Larry Catá, "Considering a Treaty on Corporations and Human Rights: Mostly Failures but with a Glimmer of Success" en Cernic, Jernej Letnar y Carrillo Santarelli, Nicolás (eds.), *The Future of Business and Human Rights: Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*, Cambridge, Intersentia, 2018, pp. 101-102, quien señala que el objeto de regulación del instrumento debería enfocarse en las cadenas de producción a escala global, más que en entidades específicas.

¹⁴ Consejo de Derechos Humanos, *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).

sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, que deberá elaborar un instrumento jurídicamente vinculante. Por su parte, el párrafo operativo quinto de la resolución establece que la primera sesión debería dedicarse a recabar opiniones y propuestas sobre los posibles principios, alcance y elementos del instrumento; es decir, a hacer un censo inicial sobre los aspectos que un tratado sobre esta temática podría comprender. El presente apartado aborda precisamente varias preguntas relacionadas: ¿Por qué regular? ¿Qué regular? Y finalmente, ¿Para qué regular?

1. La necesaria regulación de la actividad económica

Desde la década de 1970 –aunque con un enfoque distinto al actual–, distintas organizaciones internacionales han abordado el tema de la regulación de la actividad económica, notablemente de las empresas transnacionales o multinacionales (según la terminología de la ONU, o de la OCDE y la OIT, respectivamente). En la cuestión de los derechos humanos, la temática se consolidó en la agenda de la Comisión de Derechos Humanos (y particularmente de la Subcomisión para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos) en la década de 1990, a partir de la cual han existido avances paulatinos, entre las Normas de la Subcomisión y los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.¹⁵ Estos últimos se convirtieron en 2011 en la plataforma focal de la discusión mundial sobre la temática de la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos, sobre la cual se han ido construyendo diferentes progresos a nivel global, regional y nacional.

Independientemente de los avances logrados, durante las últimas tres décadas se han vertido diversos argumentos sobre la necesidad de establecer obligaciones de derechos humanos para las empresas transnacionales y otras empresas, que parten desde el poderío económico que ellas ostentan y sus efectos sobre la política interna de los países, hasta la “captura del Estado” en lo que concierne a la gobernabilidad democrática y los intereses públicos.¹⁶ Incluso se señala la existencia actual de obligaciones internacionales que pesan sobre ellas.¹⁷ Lo cierto

¹⁵ Cantú Rivera, Humberto, “Empresas y derechos humanos: ¿Hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del *status quo*?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2013, pp. 316-325.

¹⁶ Véase Guamán Hernández, Adoración y Moreno González, Gabriel, *Empresas transnacionales y Derechos Humanos. La necesidad de un Instrumento Vinculante*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2018; Roland, Manoela y Soares, Andressa, “Retos para la aprobación de un tratado sobre Derechos Humanos y empresas en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas” en Tole Martínez, Julián (ed.), *Desafíos para la regulación de los derechos humanos y las empresas: ¿Cómo lograr proteger, respetar y remediar?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

¹⁷ Carrillo Santarelli, Nicolás, “A Defence of Direct International Human Rights Obligations of (All) Corporations” en Cernic, Jernej Letnar y Carrillo Santarelli, Nicolás (eds.), *The Future of Business*

es que ante una coyuntura en donde convergen intereses políticos y económicos, muchas veces con efectos negativos sobre el medio ambiente y los derechos humanos, es necesario reflexionar sobre la forma de operación de las empresas para reducir, mitigar o incluso evitar los impactos adversos –las “externalidades negativas”– que generan como resultado de sus actividades.

En el siglo XXI, con una actividad económica globalizada e interconectada que se encuentra profundamente internalizada en los cinco continentes, pensar en la refundación del objeto social de la empresa es una postura no sólo válida, sino necesaria.¹⁸ Sin embargo, a la par de esos argumentos, existen algunas otras consideraciones desde el propio derecho internacional de los derechos humanos que pueden servir como base para justificar la necesaria introducción de deberes explícitos –así sean indirectos– para las empresas en la materia. Con frecuencia se retoma el argumento planteado por Louis Henkin sobre el alcance del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en donde señaló que al hacerse en ella referencia a todos los órganos de la sociedad (en su versión en inglés, por lo menos), ello incluía a las empresas.¹⁹ Como una lectura progresista que denota la vocación universal de la Declaración –no sólo respecto de los Estados, sino de todas las instituciones sociales–, en efecto, se podría interpretar que las empresas, al ser un órgano especializado de la sociedad,²⁰ tendrían una obligación moral respecto de tales estándares internacionales.

No obstante, un elemento que usualmente es poco considerado para esos fines dentro de la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos es el artículo 29, que señala la existencia de deberes respecto de la comunidad, y las limitaciones en el ejercicio de los derechos impuestas por el respeto de derechos y libertades de terceros, así como por las exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general. Ello, desde luego, sienta una base normativa importante, pues limita el ejercicio de las actividades económicas frente a la potencial afectación de derechos de terceros, lo cual se traduce en un deber de respeto, o en

and Human Rights: Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty, Cambridge, Intersentia, 2018, pp. 33-61; López Latorre, Andrés Felipe, “In Defence of Direct Obligations for Businesses Under International Human Rights Law”, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 5(1), 2020; Chemillier-Gendreau, Monique, “L’entreprise est-elle soumise aux règles du droit international?” en Supiot, Alain (dir.), *L’entreprise dans un monde sans frontières: Perspectives économiques et juridiques*, París, Dalloz, 2015.

¹⁸ La doctrina francesa ha abordado con detalle esta cuestión; véase, por ejemplo, Hiez, David, “L’entreprise sociale et solidaire, une source d’inspiration pour le droit de l’entreprise?” en Supiot, Alain (dir.), *L’entreprise dans un monde sans frontières: Perspectives économiques et juridiques*, París, Dalloz, 2015.

¹⁹ Henkin, Louis, “The Universal Declaration at 50 and the Challenge of Global Markets”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 25(1), 1999, p. 25.

²⁰ Ruggie, John Gerard, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Nueva York, W.W. Norton, 2013, pp. 39-40, 90-94.

una obligación de no hacer. Aunque el contenido de dicha norma no se retoma de la misma forma en los Pactos internacionales de derechos humanos,²¹ sí existe una base normativa similar por lo menos en el artículo 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que toda persona tiene deberes frente a terceros, y que el ejercicio de sus derechos está limitado por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las exigencias del bien común.²² De esa manera, algunos instrumentos del marco normativo internacional reconocen la existencia de un plano de horizontalidad donde el ejercicio de derechos se supedita a la salvaguarda de los derechos de terceros. Así, considerando que las empresas son el resultado del ejercicio de una serie de derechos individuales –de asociación, de trabajo o de propiedad, por ejemplo– de forma colectiva, no existe un obstáculo explícito ni teleológico para que dicha obligación de abstención se traslade también a ellas en el desempeño de sus actividades.

Lo anterior constituye un elemento significativo que reconoce la existencia de un fundamento jurídico para el desarrollo específico de obligaciones internacionales de derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales. Como ha sido argumentado²³ –y se retoma en un capítulo posterior²⁴–, es una potestad de los Estados determinar el desarrollo de un marco normativo que pueda imponer a los actores económicos obligaciones directas bajo el derecho internacional.²⁵ Aunque a la luz de las posturas adoptadas por los Estados en el seno del Grupo de Trabajo Intergubernamental, esta opción no parece ser políticamente viable –y la gran pregunta que surge es el valor agregado que tendría la reformulación de los fundamentos de la subjetividad internacional, si el marco de actuación continúa siendo el derecho interno y la capacidad de los Estados para regular efectivamente la conducta empresarial²⁶–, existe por lo menos un

²¹ Crosato Neumann, Alfredo, “Article 29” en Cantú Rivera, Humberto (ed.) *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Leiden, Brill, 2022 (próximamente).

²² Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, “Artículo 32. Correlación entre deberes y derechos” en Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Christine (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*, 2ª edición, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2019, pp. 885-895.

²³ Para un análisis general sobre algunas de las opciones normativas de un instrumento internacional, véase Cassel, Doug y Ramasastry, Anita, “White Paper: Options for a Treaty on Business and Human Rights”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Vol. 6(1), 2016.

²⁴ Se sugiere revisar la propuesta de Nicolás Carrillo Santarelli en esta obra.

²⁵ Dubin, Laurence, “L’entreprise multinationale, de la fragmentation à la reconstruction par le droit international” en Dubin, Laurence et al. (dirs.), *L’entreprise multinationale et le droit international*, París, Pedone, 2017, pp. 46-47. Véase también Fasciglione, Marco, “Another Step on the Road? Remarks on the Zero Draft Treaty on Business and Human Rights”, *Diritti umani et diritto internazionale*, Vol. 12(3), 2018, p. 636.

²⁶ Véase Macchi, Chiara, “A Treaty on Business and Human Rights: Problems and Prospects” en Cernic, Jernej Letnar y Carrillo Santarelli, Nicolás (eds.), *The Future of Business and Human Rights: Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*, Cambridge, Intersentia, 2018, p. 72; Van Ho, Tara, “Band Aids Don’t Fix Bullet Holes’: In Defence of a Traditional State-Centric Approach” en Cernic, Jernej Letnar y Carrillo Santarelli, Nicolás (eds.), *The Future of Business and Human Rights: Theoretical*

elemento de convicción que de forma clara indicaría la importancia y posibilidad jurídica de introducir normas internacionales específicas destinadas a reorientar la forma en que se conducen las operaciones empresariales, así sea a través de la acción estatal.

Común en el derecho civil de numerosos Estados es la existencia de un deber general de prevención del daño, y de responsabilidad por su generación –que podría interpretarse como una manifestación de los postulados tanto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como de la Convención Americana. Si la pretensión en el proceso de negociación es la imposición de un deber genérico de respeto a los derechos humanos en la actividad empresarial –así sea por vía indirecta, por medio de obligaciones estatales de hacer–, a través de ciertos mecanismos identificados en los Principios Rectores, las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE y otros instrumentos internacionales, se podría argumentar que la base normativa para tal desarrollo constituye, por lo menos, un principio general de derecho.²⁷

Como el Relator Especial sobre los principios generales del derecho de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas señala en su primer informe, los principios generales del derecho pueden ser identificados a partir de su existencia en el derecho interno de una mayoría de Estados,²⁸ mientras exista una transposición al marco jurídico internacional. Existe, entonces, una doble coincidencia para esta cuestión: en el derecho interno de la mayoría de los Estados –si no en la totalidad–, existe un principio jurídico que exige tanto un deber general de prevención, como la reparación del daño causado. Además de lo anterior, existen evidentes pronunciamientos sobre la existencia de ese deber en el marco jurídico internacional, tanto en sentencias²⁹ como en convenciones,³⁰

and Practical Considerations for a UN Treaty, Cambridge, Intersentia, 2018, pp. 112, 122; López, Carlos, “Human Rights Legal Liability for Business Enterprises: The Role of an International Treaty” en Deva, Surya y Bilchitz, David (eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 311-315.

²⁷ Al respecto, véase Cantú Rivera, Humberto, “Los desafíos de la globalización...”, *op. cit.*, pp. 59-67.

²⁸ Comisión de Derecho Internacional, *Primer informe sobre los principios generales del derecho*, A/CN.4/732 (5 de abril de 2019), párrs. 190-230.

²⁹ Uno de los principales precedentes proviene de la sentencia de 1928 por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la Fábrica de Chorzów, en donde la Corte señaló que el deber de reparación por el incumplimiento de una obligación no sólo se trata de un principio de derecho internacional, sino de una concepción general del derecho. Permanent Court of International Justice, *Case Concerning the Factory at Chorzów (Claim for Indemnity) (Merits)*, Series A.–No. 17 (13 de septiembre de 1928), p. 29. Existe una abundante práctica por tribunales internacionales de diversa naturaleza al respecto, incluso en materia de derechos humanos.

³⁰ Para una lista sobre instrumentos internacionales que abordan dicha cuestión, véase López, Carlos, *op. cit.*

así como en la práctica de los Estados, lo que implica su pleno reconocimiento como un elemento del derecho internacional.³¹

En ese sentido, al ya formar parte del derecho internacional general, es evidente que la adopción de un tratado en el que uno de sus objetos principales sea el reconocimiento convencional de un deber de prevención por parte de las empresas –a ser desdoblado por los Estados por vía legislativa–, así como de una eventual obligación de reparación, no se enfrenta a obstáculos jurídicos ni de derecho interno, ni de derecho internacional. Ello podría conducir a cuestionamientos sobre la conveniencia o necesidad de establecer tal obligación, si ya existe tanto en el derecho interno como en el internacional. Aunque no son los únicos elementos, dos potenciales argumentos resaltan a partir de una analogía: a pesar de la existencia de obligaciones generales de respeto y no discriminación en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la adopción de distintas convenciones de derechos humanos permitió visibilizar distintas problemáticas existentes para diferentes grupos en situación de vulnerabilidad –mujeres, personas con discapacidad, niños–, o desarrollar el contenido de las obligaciones de los Estados en el contexto de violaciones graves –tortura y desaparición forzada de personas–, que no necesariamente eran suficientemente perceptibles a partir del instrumento general. Además, el contar con un enfoque específico permitió la adopción de medidas *ad hoc*, clarificando el contenido de las obligaciones generales de los Estados, así como introduciendo nuevos elementos adecuados a las necesidades correspondientes.

La actividad económica y su impacto en los derechos humanos requiere de regulación específica a nivel internacional, pues plantea desafíos particulares para los Estados en cuanto a sus deberes de respeto y garantía de los derechos humanos, que no necesariamente se encuentran ya cubiertos por las normas existentes. En efecto, teniendo la conducta por regular un carácter principalmente transnacional, ello implica la interacción de diversos regímenes normativos, lo que podría ser abordado directamente por un eventual instrumento internacional.³² Tal regulación, en consecuencia, permitiría visibilizar la problemática existente, homogeneizar las exigencias de prevención en las actividades empresariales, y clarificar la dimensión en la que existen las obligaciones tanto de los Estados como de las empresas. Asimismo, ello permitiría dotar de contenido en

³¹ Véase Boisson de Chazournes, Laurence, “Conclusions générales” en Dubin, Laurence et al. (dirs.), *L'entreprise multinationale et le droit international*, París, Pedone, 2017, p. 514, quien señala igualmente que, a su juicio, tanto la costumbre internacional como los principios generales del derecho pueden ser oponibles a las empresas “multinacionales”, lo que amplía el marco de referencia más allá de los instrumentos convencionales.

³² Una serie de ejemplos sobre dicha interacción normativa pueden ser consultados en Kessedjian, Catherine y Cantú Rivera, Humberto (eds.), *Private International Law Aspects of Corporate Social Responsibility*, Cham, Springer, 2020.

el ámbito internacional a las exigencias y herramientas que en muchos casos ya existen en el ámbito interno, facilitando una mayor interacción normativa y propiciando un mayor diálogo entre los sistemas jurídicos internos respecto del derecho internacional en el contexto de la globalización económica y de las actividades empresariales.

2. Las empresas: ¿transnacionales, nacionales, o actividades económicas transnacionales?

Uno de los grandes desafíos a los que se enfrenta la regulación de la actividad económica mundial es de carácter estructural: a partir de los años ochenta del siglo pasado, comenzaron a consolidarse cadenas de suministro globales y grupos empresariales con operaciones transnacionales, en los que la toma de decisiones se hacía en un lugar, mientras que la ejecución de tales decisiones se desarrollaba en otros lugares, y con frecuencia en diferentes jurisdicciones. La anterior dinámica, exacerbada por la globalización económica, conduce a dificultades significativas para definir con precisión el objeto de regulación, algo particularmente importante cuando se intenta abordar la cuestión en un instrumento jurídico internacional.³³ Ciertamente, se trata de “empresas transnacionales”, pero: ¿qué es lo transnacional? ¿Son las entidades mismas las que son transnacionales? ¿Son las redes mundiales de producción y servicios? ¿Son las actividades económicas?

En la literatura –incluso en la jurídica– ha existido una notoria tendencia a insistir en la regulación de las “empresas transnacionales”, definidas como aquellas que desarrollan actividades en diferentes jurisdicciones bajo un mismo nombre, partiendo de una coordinación horizontal y vertical entre las distintas unidades del grupo económico, acompañada de un nivel importante de control desde la empresa matriz.³⁴ Como elemento conceptual, en efecto, se puede denominar a dicho fenómeno como tal; sin embargo, desde una perspectiva jurídica, cada una de las unidades que integran al grupo económico son personas jurídicas independientes, que comparten los beneficios, pero en donde se limitan sus responsabilidades. En virtud de ello, la regulación de un ente económico compuesto por diferentes personas jurídicas plantea una problemática compleja: ¿puede el marco jurídico –en particular el internacional– regular desde lo económico, o por el contrario, su capacidad y potencial se ciñe a lo jurídico?³⁵ Tomando en consideración las características del derecho internacional –en particular su anclaje en la soberanía, pero también diversos principios de las relaciones internacionales–, la

³³ Muchlinski, Peter, *Multinational Enterprises & the Law*, 2nd. Ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 5-8, 45-51.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Dubin, Laurence, *op. cit.*, pp. 14-15, 25.

primera opción resulta difícil, si se considera que las diferentes unidades de un grupo económico transnacional se constituyen conforme a las leyes de los países en donde operan, estando sujetas principalmente a la jurisdicción del Estado donde desarrollan sus actividades. Sin embargo, la segunda opción no es menos compleja, pues implica tratar de regular a distintas entidades jurídicas que trabajan de forma coordinada a través de las fronteras, también con las limitaciones jurisdiccionales que tienen los Estados.

Esta cuestión ya ha sido explorada en otros espacios,³⁶ por lo que basta señalar que las “empresas transnacionales” son, a final de cuentas, redes de empresas nacionales que operan de forma coordinada en diferentes países, bajo la dirección de una empresa matriz. Lo anterior conlleva, en el marco de las negociaciones en el GTI, a otra pregunta importante: ¿por qué señalar, entonces, una diferencia en cuanto a las empresas transnacionales y otras empresas? Esta cuestión ha estado presente en la discusión desde por lo menos la época de la Subcomisión de promoción y protección de los derechos humanos,³⁷ en el año 2000, y es un tema que invita a una reflexión. Si, como ya se señaló, las empresas pueden ser consideradas como transnacionales desde un punto de vista económico, ello no necesariamente encuentra un paralelo desde la perspectiva jurídica.

La transnacionalidad, desde lo económico, opera en cuanto a la capacidad de coordinar y ejecutar acciones de forma transfronteriza, e incluso de redirigir capitales y conocimientos de un lugar a otro de forma relativamente sencilla y ágil. Esa es una de las principales diferencias con las empresas nacionales que, aunque pueden tener diferentes unidades e incluso tener presencia en diferentes partes de un país, usualmente no plantean la dificultad de determinar si existe jurisdicción sobre una parte de la empresa o sobre su totalidad. Desde lo jurídico, sin embargo, resulta insostenible el concepto de la existencia de una ‘empresa transnacional’, pues para operar en otro país, una empresa debe, de forma general, establecer una contraparte local conforme al marco jurídico nacional para estar en condiciones de desarrollar sus actividades.³⁸ Los elementos

³⁶ Cantú Rivera, Humberto, “¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XVI, 2016, pp. 442-443; De Schutter, Olivier, *The “Elements for the draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights”*: A Comment, 23 de octubre de 2017, disponible en https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/ElementsTBHR-De_Schuttercomments23.10.2017.pdf

³⁷ Subcomisión de promoción y protección de los derechos humanos, *El ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales: La cuestión de las empresas transnacionales. Informe del Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales sobre su segundo período de sesiones*, E/CN.4/Sub.2/2000/12 (28 de agosto de 2000), párr. 27.

³⁸ Dubin, Laurence, *op. cit.*, pp. 26-28, señala la posibilidad de que la operación derive de dos situaciones: una relación contractual, o una relación de propiedad, donde la última exige expresamente

de personalidad jurídica separada operan de forma importante en este contexto, y más si se trata de relaciones contractuales o de propiedad entre las diferentes unidades del grupo empresarial, pues limita la potencial responsabilidad de la empresa matriz por las acciones de sus contrapartes locales por su participación en abusos a derechos humanos. Si se parte entonces de la base de que las empresas transnacionales lo son desde una perspectiva operativa y económica pero no jurídica, ello coloca la discusión en un marco ideológico, que se desarrolló en los años sesenta a ochenta del siglo XX, y que no necesariamente ha logrado encontrar una expresión jurídica apropiada para abordar el concepto de la transnacionalidad económica.

En el marco de la negociación del GTI, esto ha sido un tema no sólo de forma, sino de fondo, en gran parte debido a la formulación de la resolución 26/9. Como es conocido, la resolución contiene un pie de página que señala que el término “‘otras empresas’ se refiere a todas las empresas cuyas actividades operacionales tienen carácter transnacional y no se aplica a las empresas locales registradas con arreglo a la legislación nacional pertinente.”³⁹ Este pie de página, que durante la negociación ha sido objeto constante de debate tanto en las sesiones del GTI como fuera de ellas, presenta dos elementos a analizar: la determinación de su valor jurídico, por una parte, y si ofrece soluciones o complejiza el alcance del mandato del GTI, por la otra.

En primer término, en lo que respecta a su valor jurídico, el primer elemento a considerar es la ubicación del pie de página. Aunque evidentemente no se encuentra regido por el marco del derecho de los tratados –en el que la parte preambular sirve para efectos de la interpretación del texto convencional–, su inclusión como referencia aclarativa en la parte preambular de la resolución, y no en la parte operativa o dispositiva, podría conllevar una limitación en cuanto a la manera en que la resolución debe interpretarse. Es decir, implícitamente plantea la idea de que el enfoque está en las ‘empresas transnacionales’, aunque sin precisar así en la parte dispositiva del mandato del GTI. Esto conduce al segundo punto, igualmente relevante: ¿soluciona o complejiza el alcance del mandato? Una lectura textual del pie de página denota de forma evidente una potencial solución a la dificultad de definir el objeto de regulación: al señalar que el enfoque son las “actividades transnacionales de las empresas”, reconoce

esa implantación en una jurisdicción distinta a la de la empresa matriz.

³⁹ Consejo de Derechos Humanos, *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). Para una interesante discusión sobre esa cuestión, véase Deva, Surya, “Scope of the Proposed Business and Human Rights Treaty: Navigating through Normativity, Law and Politics” en Deva, Surya y Bilchitz, David (eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 167-173, donde el autor plantea distintas formas en que se podría superar ese debate.

implícitamente que en realidad la problemática no es en sí el sujeto que genera (o no) el impacto adverso –pues a final de cuentas, se trata de empresas nacionales con actividades y vínculos transfronterizos–, sino el carácter transnacional de la actividad, y la forma de regular, desde distintas jurisdicciones, esa actividad empresarial multijurisdiccional. Aunque en las primeras discusiones sobre el tratado el pie de página parecía complejizar y polarizar innecesariamente la definición del enfoque del GTI,⁴⁰ a la distancia parece que desde el inicio ofrecía una potencial solución al abordaje de la problemática de la transnacionalidad económica.

Esto ha sido una transición importante en la negociación, pues al pasar de la idea de regular a un sujeto (las ‘empresas transnacionales’) a regular un objeto (las actividades empresariales transnacionales), se evita el conflicto que implica abordar un elemento ideológico, y se acepta que el enfoque jurídico está en la regulación de las conductas desempeñadas en el contexto de las actividades transnacionales. Al contemplar esta perspectiva, se evidencia entonces que el proyecto de tratado se debe alinear con aquellas convenciones que regulan conductas y obligaciones de los Estados (en materia de tortura, desaparición forzada, e incluso sobre la venta de niños, la prostitución y la pornografía infantiles), estableciendo exigencias claras sobre el comportamiento y obligaciones que estos tienen respecto de otros actores bajo su jurisdicción.

3. Los objetivos de un instrumento internacional: contribuir a la prevención y reparación de abusos empresariales

Ya previamente se mencionaron las *causas* del esfuerzo de regulación internacional que se comenta en este texto, así como del sujeto (o, mejor dicho, el *objeto*) de regulación. Corresponde ahora plantear algunos argumentos sobre la *finalidad* de la regulación, lo cual involucra necesariamente hablar, en primera instancia, de las deficiencias existentes que conducen a la necesidad de establecer un marco normativo internacional.

Desde el año 2004, cuando se vislumbraba la posibilidad del establecimiento de un mandato dentro de los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos, la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos señaló la importancia de clarificar la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos, ante la insuficiente comprensión de la naturaleza y

⁴⁰ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del primer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante*, A/HRC/31/50 (5 de febrero de 2016), párrs. 12-20.

alcance de sus responsabilidades.⁴¹ Al respecto, identifiqué que no obstante la existencia de iniciativas de responsabilidad social empresarial que abordaban algunas cuestiones de este tipo, y de obligaciones impuestas por los Estados a las empresas en materia laboral o de no discriminación, se requerían acciones legislativas más amplias para abordar de forma transversal el impacto empresarial en los derechos humanos.⁴² Aunque se reconocía la inexistencia de obligaciones directas desde el derecho internacional de los derechos humanos para las empresas,⁴³ también se constataba una insuficiente claridad conceptual⁴⁴ (y jurídica) sobre cómo los Estados podían orientar la actividad empresarial a través de sus instrumentos regulatorios; ello contribuía (y contribuye aún) a la dificultad para que las empresas tengan un conocimiento claro sobre sus responsabilidades en la materia.⁴⁵

Además de lo anterior, desde uno de sus primeros informes, el Representante Especial sobre derechos humanos y empresas señaló que entre los Estados existía una diversidad importante a nivel de normativa y práctica, implicando por consecuencia variaciones en su aplicación, lo que no era una solución ideal.⁴⁶ Si bien lo planteaba en el marco del derecho penal y la responsabilidad empresarial, dicha aseveración también refleja de forma generalizada la cuestión de la regulación empresarial de forma transversal, pues las variaciones de país a país –y en ocasiones de industria a industria– pueden generar una disparidad en cuanto a la puesta en práctica de la responsabilidad empresarial de respeto a los

⁴¹ Comisión de Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, E/CN.4/2005/91 (15 de febrero de 2005), párrs. 24-25.

⁴² *Ibid.*, párrs. 43-45.

⁴³ *Ibid.*, párr. 50.

⁴⁴ Comisión de Derechos Humanos, *Informe provisional del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, E/CN.4/2006/97 (22 de febrero de 2006), Pág. 70.

⁴⁵ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del 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), Anexo, comentario al principio 3: “Las leyes y políticas que regulan la creación de empresas y las actividades empresariales, como las leyes mercantiles y de valores, determinan directamente el comportamiento de las empresas. Sin embargo, sus repercusiones sobre los derechos humanos siguen siendo mal conocidas. Por ejemplo, la legislación mercantil y de valores no aclara lo que se permite, y mucho menos lo que se exige, a las empresas y a sus directivos en materia de derechos humanos. Las leyes y políticas a este respecto deberían ofrecer suficiente orientación para permitir que las empresas respeten los derechos humanos, teniendo debidamente en cuenta la función de las estructuras de gobernanza existentes, como los consejos de administración.”

⁴⁶ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, John Ruggie. *Las empresas y los derechos humanos: catálogo de las normas internacionales sobre responsabilidad y rendición de cuentas por actos cometidos por empresas*, A/HRC/4/35 (19 de febrero de 2007), pág. 84.

derechos humanos. Así, aunque resaltó la existencia de ciertas áreas de convergencia, no dejó de señalar que, en lo concerniente a la regulación empresarial desde el derecho societario, existe una incoherencia horizontal generalizada a nivel nacional (es decir, entre diversas leyes), y también de país a país.⁴⁷

Tratar de conducir esa diversidad normativa hacia una convergencia internacional, y clarificar el potencial de las normas jurídicas que regulan la vida de las empresas, son dos áreas que fueron abordadas por los Principios Rectores, identificándolas como elementos que permitirían reforzar la prevención de impactos empresariales a los derechos humanos. Sin embargo, al representar los Principios Rectores un diagnóstico sobre las áreas de acción tanto de Estados como de empresas para cumplir con sus respectivos deberes y responsabilidades, se dejó en manos de los primeros la adopción o reforma de sus marcos jurídicos internos para establecer dichas obligaciones empresariales y ofrecer orientación sobre el cumplimiento de sus responsabilidades,⁴⁸ y en el caso de las segundas, una decisión de negocios estratégica para avanzar hacia ese fin, a reserva de las imposiciones normativas que les hicieran los Estados. A la fecha, a pesar de la existencia de algunos avances,⁴⁹ sólo dos leyes nacionales sobre el tema –la ley francesa sobre el deber de vigilancia y la ley alemana sobre cadenas de suministro– se acercan (y de forma incompleta) a la imposición de las obligaciones que respondan al diagnóstico plasmado en los Principios Rectores. Por otra parte, algunos índices señalan que, a pesar de la existencia de algunos buenos ejemplos, de forma generalizada las empresas (independientemente del carácter transnacional o local de sus actividades, o de su naturaleza pública o privada) no cumplen de manera voluntaria y transversal con su responsabilidad de respetar los derechos humanos.⁵⁰

Lo anterior conduce a una breve reflexión sobre las aportaciones que un tratado internacional en la materia, como parte de sus objetivos o finalidad, podría realizar, en especial en términos de prevención. El primer elemento por resaltar sobre esta cuestión es que permitiría *clarificar* las obligaciones de los Estados en términos de la imposición de un deber de prevención a las empresas, manifestado

⁴⁷ Consejo de Derechos Humanos, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie. Addendum: Human rights and corporate law: trends and observations from a cross-national study conducted by the Special Representative*, A/HRC/17/31/Add.2 (23 de mayo de 2011), pár. 28. No existe una versión en español de este informe.

⁴⁸ Independientemente de ello, otro tipo de instrumento tampoco habría garantizado lo anterior, pues el tipo de actos que se requerirían para su implementación dependerían de los actores políticos al interior del Estado.

⁴⁹ Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/73/163 (16 de julio de 2018), párrs. 67-78.

⁵⁰ *Corporate Human Rights Benchmark*, una iniciativa multiactor que verifica la información publicada por las empresas sobre la puesta en práctica del segundo pilar de los Principios Rectores. Los resultados de las mediciones se encuentran disponibles en <https://www.corporatebenchmark.org>

a través de la figura de la debida diligencia. Aunque los Principios Rectores sentaron las bases sobre lo que la debida diligencia podría ser en la práctica empresarial, ese ejercicio fue plasmado de forma más procedimental y en términos de gestión, que desde una perspectiva jurídica. Ello no necesariamente implica que es completamente inadecuado, pero sí subraya la importancia de que un texto jurídico internacional haga un planteamiento preciso y detallado sobre algunos aspectos al respecto, considerando las obligaciones existentes bajo el derecho internacional, incluso sus desarrollos más recientes.

Un ejemplo de lo anterior que se encuentra en el Borrador revisado publicado por la Presidencia del Grupo de Trabajo Intergubernamental en 2019 es la inclusión de una dimensión ambiental explícita a las evaluaciones de impacto en derechos humanos planteadas en la obligación de prevención, lo cual va más lejos que los Principios Rectores. Otros ejemplos incluyen la presentación de información, tanto financiera como no financiera, como parte de las obligaciones de debida diligencia en derechos humanos, o la inclusión de cláusulas específicas en los contratos con las cadenas de suministro para que lleven a cabo sus propios procedimientos preventivos. Como se puede observar, un tratado podría clarificar el contenido de las obligaciones jurídicas, e incluso ampliarlo con elementos más precisos que ya existan en ciertos marcos normativos, aunque deberá existir cierta cautela para que el texto sea equilibrado y respete las principales tradiciones jurídicas del mundo.

El hecho de que se clarifiquen las obligaciones jurídicas que los Estados consideren relevantes podría eventualmente conducir a una *regulación relativamente homogénea*, favoreciendo la aplicación de estándares similares –cuando no idénticos– en los diferentes países donde las empresas operen. Dicha homogeneidad normativa en principio contribuiría a que las empresas consideren y apliquen los mismos elementos jurídicos en sus operaciones, facilitando el entendimiento de las exigencias legales en las distintas jurisdicciones, y por consecuencia, su potencial observancia. Ello podría conllevar también a la unificación de prácticas empresariales conducentes a una adecuada prevención de impactos adversos en los derechos humanos, tanto en sus propias operaciones como a través de cadenas de suministro globales.

Desde luego, lo anterior implica asumir que tanto los Estados de origen de las empresas como los Estados de recepción de las inversiones ratificarían las obligaciones jurídicas que deriven de un tratado internacional, y desarrollarían elementos similares o idénticos en sus marcos legislativos. Ello pone de manifiesto ciertas situaciones importantes que tienen que ver no sólo con las tradiciones jurídicas de los países, sino con la posición geopolítica y la política económica de los diferentes Estados. Por ejemplo, el hecho de que ciertos grupos de países, como los europeos en la actualidad, estén avanzando hacia la concreción de medidas normativas sobre el tema, sin que a la par haya desarrollos en las regiones

donde se realizan las inversiones, como en América Latina, Asia o África, puede generar ciertas dificultades para que exista un cumplimiento efectivo de las obligaciones de prevención.⁵¹ Por ello, un espacio como el del Grupo de Trabajo Intergubernamental puede constituir un foro adecuado para generar una acción multilateral relativamente homogénea, y que genere no sólo discusiones sobre las propuestas contenidas en el proceso del tratado, sino reflexiones a nivel regional y nacional sobre lo que los Estados pueden hacer al respecto en su marco jurídico interno. En ese sentido, una apuesta por la prevención en el instrumento internacional en curso de negociación, basada en el concepto de la debida diligencia en derechos humanos contenida en los Principios Rectores y en otros instrumentos internacionales que gozan de un amplio apoyo político, no debería enfrentarse a obstáculos políticos de los países que abierta y activamente han impulsado su adopción e interiorización, incluso a través de políticas públicas o Planes de Acción Nacional.

Si la finalidad del instrumento internacional en discusión es avanzar en la implementación de mecanismos preventivos –en particular considerando los distintos borradores publicados del texto de negociación–, este podría ser un *complemento* evidente de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Aunque ciertamente es más sencillo apoyar un instrumento de carácter recomendatorio que lograr consenso alrededor de un tratado internacional, los mismos Principios Rectores fueron presentados y concebidos como una plataforma común sobre la que podrían construirse avances de distintos tipos, tanto en el ámbito político como en el normativo y jurisdiccional. Este proceso, en consecuencia, debería entenderse como una extensión de aquél.

En virtud de ello, la negociación multilateral en Naciones Unidas –que no es el único frente en donde existen desarrollos importantes en la materia– representa una evolución natural en la búsqueda de una mayor certeza jurídica internacional, en particular sobre un aspecto en el que las distintas partes involucradas han manifestado un apoyo explícito: la prevención. En ese sentido, el desarrollo y la adopción de un tratado en materia de empresas y derechos humanos que privilegie el establecimiento de normas y procesos preventivos podría convertirlo en una verdadera “norma de conducta mundial”, que contribuya al progreso del

⁵¹ Aunque todavía no se cuenta con ejemplos de lo anterior –ha sido poco tiempo desde que se iniciaron a adoptar leyes específicas al respecto–, es previsible que una empresa matriz cumpla con una obligación impuesta en su país de origen, pero que su subsidiaria en el extranjero, al no estar sujeta a las mismas obligaciones, no lleve a cabo los mismos procedimientos, o que puedan existir diferencias en las obligaciones impuestas por el país de origen o el de recepción. La misma situación podría existir, e incluso volverse más compleja, si la operación en un tercer país se desarrolla por medio de una *joint venture*, en donde exista una empresa local que no se encuentre sujeta a ese tipo de obligaciones, o cuando intervengan varias empresas con sedes en diferentes países, en donde haya distintos niveles de ratificación de las obligaciones impuestas por un tratado.

derecho internacional, y que sirva como parámetro para la actuación tanto de Estados como de empresas en materia de derechos humanos.

Independientemente de lo anterior –y como fue reconocido explícitamente por el Representante Especial–, la prevención por sí misma será insuficiente si no existen los mecanismos apropiados para que las personas o comunidades afectadas puedan exigir la reparación de los daños sufridos con motivo de la actividad empresarial.⁵² Es precisamente en esta cuestión donde un tratado en materia de derechos humanos y empresas puede contribuir a *visibilizar* los mecanismos internos disponibles, por una parte; y a *reforzar* las estructuras normativas que permitan o faciliten el acceso a la reparación de casos transnacionales.

La cuestión de la *visibilidad* es importante, pues aunque los mecanismos para exigir la reparación en general existen, en muchos casos no son fácilmente identificables aquellos que servirían para abordar la responsabilidad jurídica de una empresa por abusos a derechos humanos. En ese sentido, una de las virtudes de un instrumento internacional en la materia sería la de brindar una mayor visibilidad a la cuestión en general –en la manera en que otros instrumentos lo han hecho para ciertas temáticas, como en el caso de la consulta previa, libre e informada, o en materia de los derechos de las personas con discapacidad–, y respecto de los mecanismos existentes para acceder a la reparación en lo particular. Así, de adoptarse en un instrumento vinculante el señalamiento hecho en los distintos textos de negociación sobre la necesidad de que los Estados establezcan mecanismos de derecho civil, penal o administrativo, conforme a su tradición jurídica, para determinar la responsabilidad de una empresa por abusos a derechos humanos, podría conducir a un necesario –pero hasta ahora tímido– debate en las distintas jurisdicciones sobre el estado de la cuestión a nivel nacional, y el significado y probable necesidad de adecuar dichos mecanismos para efectos de la reparación.

Si lo anterior es relevante, ciertamente palidece frente al desafío que implica la unificación de criterios para casos de litigio transnacional, que constituye una de las principales necesidades en términos de acceso a la reparación en materia de empresas y derechos humanos.⁵³ Como es ampliamente conocido, la personalidad jurídica separada de las empresas con actividades transnacionales, los límites en el ejercicio de la jurisdicción estatal, las dificultades procesales en

⁵² Consejo de Derechos Humanos, *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), Comentario al Principio 22.

⁵³ Kessedjian, Catherine, “Le droit tendre (*soft law*) est-il apte à encadrer la responsabilité des entreprises pour leurs violations des droits de l’homme?” en *Réciprocité et universalité: Sources et régimes du droit international des droits de l’homme. Mélanges en l’honneur du Professeur Emmanuel Decaux*, París, Pedone, 2017, p. 1329, quien señala la importancia de que un tratado complementa a los Principios Rectores en materia de competencia jurisdiccional y derecho aplicable.

términos de derecho aplicable y de obtención de evidencia, entre otras cuestiones, vuelven particularmente complejo para las víctimas de abusos empresariales a derechos humanos el acceso a la justicia y a la reparación. En especial, ello ocurre cuando las subsidiarias locales no cuentan con la solvencia para hacer frente a los daños ocasionados, y las víctimas deben buscar someter a juicio a la empresa matriz, sea en el país de recepción de la inversión, o como es más comúnmente intentado, en el país donde la empresa tenga su sede. Aunque complejo –como todo lo que involucra la negociación del tratado objeto de esta obra–, este proceso intergubernamental representa una oportunidad invaluable para intentar establecer puentes entre el derecho internacional de los derechos humanos, por una parte, y el derecho internacional privado, por la otra, en un ejercicio que podría contribuir de forma significativa a *reforzar* los andamiajes jurídicos que permitirían a las víctimas un acceso efectivo a la justicia y a la reparación.⁵⁴

Uno de los primeros elementos que requieren de un abordaje cuidadoso es la cuestión de la competencia jurisdiccional para conocer de un caso, es decir, dónde puede ser demandada una empresa con actividades transnacionales. Una parte significativa de los Estados participantes en el proceso –así sea de forma silenciosa, como la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea, e incluso de aquellos que han sido más activos en la negociación– reconoce como competente al foro donde tiene su sede la empresa (sea su sede estatutaria, su lugar de administración central, o su centro de actividad principal, en línea con el Reglamento Bruselas I bis,⁵⁵ o bien con la legislación de varios países latinoamericanos). Ello se alinea además con decisiones relevantes de distintas jurisdicciones donde se encuentran las empresas matrices de varios grupos empresariales globales, como los Estados Unidos⁵⁶ y Canadá.⁵⁷ La práctica y normatividad existente en varios de esos países permitiría solventar la delicada cuestión de la competencia jurisdiccional para conocer de un caso, en donde el criterio principal para su definición sea el aumento de la previsibilidad y certeza jurídica, por una parte, y la reducción de exorbitancia judicial por la otra –con la marcada excepción del foro por necesidad, o *forum necessitatis*, cuando exista un riesgo de

⁵⁴ Kessedjian, Catherine, “Entreprises et droits de l’homme – vers une convention internationale?”, *Le droit international collaboratif*, París, Pedone, 2016, pp. 161-162.

⁵⁵ *Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición)*, art. 63.

⁵⁶ *Daimler AG v. Bauman*, 571 U.S. 117 (2014), donde la Suprema Corte estadounidense determinó que el foro más adecuado para demandar a una empresa es donde tenga su sede, principal lugar de operación o lugar de administración.

⁵⁷ *Nevsun Resources Ltd v Araya*, 2020 SCC 5 (28 de febrero de 2020), donde la Suprema Corte canadiense estimó que los tribunales nacionales eran competentes para conocer de casos que involucran a empresas cuya sede esté en Canadá, y se trate de violaciones de normas de derecho internacional consuetudinario.

denegación de justicia, que active la competencia de un foro que no tenga un vínculo estrecho con el caso.⁵⁸ Aunque en principio sería relativamente lógico esperar un consenso sobre esas bases de competencia, sería importante introducir también como criterio el lugar de domicilio de las víctimas, con la finalidad de abordar el desafío económico y jurídico que implica para ellas la presentación de acciones judiciales en el país de origen de las empresas matrices, facilitando con ello el ejercicio del derecho de acceso a la justicia.

Un segundo elemento, de igual trascendencia, es la clarificación y unificación de criterios sobre el derecho aplicable, cuando existan varias opciones disponibles. Esta cuestión, compleja por las diferencias existentes en distintos frentes –incluyendo, por ejemplo, en la prescripción para la interposición de acciones judiciales⁵⁹–, debería atender a las necesidades de las víctimas, permitiéndoles elegir entre la aplicación de la ley del lugar del hecho generador (donde la acción u omisión ocurrió), del lugar donde la víctima tenga su domicilio, o bien, la del lugar del domicilio de la empresa responsable, salvo que la *lex fori* sea más favorable que las anteriores. De igual manera que la competencia jurisdiccional, un tratado en el que se logre un acuerdo sobre esta cuestión permitiría aumentar la previsibilidad y certeza jurídica, potencialmente concretando en algunos pocos criterios predefinidos el derecho aplicable a un caso transnacional. Lo anterior impulsaría, además, la definición y unificación de criterios de derecho interno respecto a esta cuestión, limitando la diversidad que actualmente existe entre distintas jurisdicciones.

En tercer lugar, la asistencia jurídica mutua y la cooperación judicial internacional aparecen como aspectos en los que la acción multilateral permitiría reforzar estructuras que podrían facilitar la obtención y colaboración a nivel probatorio y de investigación, así como la ejecución de sentencias ordenadas en jurisdicciones extranjeras, en materias tanto civil como penal (para aquellos contextos en los que lo anterior resulte posible). Dichos elementos, cuya coordinación u homologación se estiman necesarias para lograr el establecimiento de un marco efectivo de acceso a la justicia en casos transnacionales, favorecerían

⁵⁸ Kessedjian, Catherine, “Questions de droit international privé de la responsabilité sociétale des entreprises: Rapport général” en Kessedjian, Catherine y Cantú Rivera, Humberto (eds.), *Private International Law Aspects of Corporate Social Responsibility*, Cham Springer, 2020, pp. 35-37. Sobre esta misma cuestión, véase Bucher, Andreas, “La compétence universelle civile”, *Recueil des cours*, Vol. 372, 2014, pp. 103-106; Marrella, Fabrizio, “Protection internationale des droits de l’homme et activités des sociétés transnationales”, *Recueil des cours*, Vol. 385, 2016, pp. 363-365.

⁵⁹ Esa fue la base de la sentencia de un tribunal de Dortmund, en Alemania, respecto de un litigio civil transnacional contra la empresa alemana KiK, con motivo de la falta de exigencia de adopción de medidas de debida diligencia a una contratista de la empresa en Pakistán. Como resultado de un incendio que provocó la muerte a 258 personas, el caso se litigó en Alemania, pero el tribunal consideró que la acción había prescrito conforme a la ley del lugar del daño. El perfil del caso puede consultarse en <https://www.ecchr.eu/en/case/kik-paying-the-price-for-clothing-production-in-south-asia/>

tanto la existencia de certeza jurídica para todas las partes involucradas, como una mayor posibilidad para las partes afectadas por la actividad empresarial de obtener reparación.⁶⁰

En suma, la adopción de un instrumento vinculante en la materia sólo podrá contribuir a colmar las lagunas existentes a nivel internacional si incluye como sus objetivos tanto la prevención como la reparación. Ese enfoque equilibrado podrá *guiar* el desarrollo de acciones políticas y jurídicas a nivel interno, en línea con los diversos parámetros internacionales que han desarrollado el tema durante la última década. Sin embargo, y a pesar del potencial que un tratado de esta naturaleza tiene para la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, hay que reconocer de forma explícita que los objetivos previamente descritos sólo serán efectivos en la medida en que los Estados ratifiquen un eventual instrumento en la materia, y que doten de los recursos necesarios a sus mecanismos internos para dar seguimiento e implementar las obligaciones internacionales que el Estado adquiera, adaptándolas a las características y condiciones del marco jurídico y político nacional. El desafío no es sólo de definición jurídica, sino en gran medida de voluntad política, de capacidad de implementación, y de colaboración internacional.

III. LOS EFECTOS DE LA NEGOCIACIÓN

Aunque el proceso del tratado continúa avanzando –y conforme a la interpretación brindada por la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos en 2017, así será hasta la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante o un desistimiento expreso por el Consejo de Derechos Humanos–, es innegable que la negociación ha generado una serie de *efectos indirectos* que progresivamente contribuyen a la clarificación del contenido de las obligaciones internacionales de derechos humanos de los Estados en el contexto de la actividad empresarial. En primer lugar, ha generado distintos tipos de acción a nivel interno; en segundo lugar, el proceso ha llevado a una reflexión sobre los parámetros internacionales mínimos en la materia, que se complementa a través de la interpretación judicial y otras acciones estatales en distintas jurisdicciones. En ese sentido, tales desarrollos a nivel interno contribuyen a la clarificación y cristalización de un *corpus juris* internacional, y de cierta forma al proceso de negociación en sí mismo.

⁶⁰ De Schutter, Olivier, “Towards a New Treaty on Business and Human Rights”, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1(1), 2016; Danish, ‘Enhancing Access to Remedy through International Cooperation: Considerations from the Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises’, *South Centre Policy Brief*, No. 67, 2019.

1. Sobre las acciones de los Estados a nivel interno

Aunque no se puede señalar explícitamente que el proceso del tratado sobre las empresas y los derechos humanos ha empujado a un grupo de Estados a tomar medidas en su ámbito interno, es innegable la curiosa coincidencia entre ambos desarrollos –especialmente en lo que concierne a la adopción de políticas públicas y el impulso de desarrollos normativos. A pesar de que la Comisión Europea convocó desde 2011 a sus Estados miembros a la implementación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos,⁶¹ hasta 2013 sólo dos países del bloque habían logrado ese objetivo (Reino Unido y Países Bajos). Resulta particularmente llamativo cómo, a partir de 2014 –con la adopción de la resolución 26/9 que creó el GTI–, el interés de la Unión Europea por impulsar la implementación de los Principios Rectores en vez de negociar un instrumento internacional se vio acompañado de un incremento notable en la adopción de Planes de Acción Nacional en Europa,⁶² y en esfuerzos por asegurar que países socios siguieran la misma senda.⁶³

De tal manera, se abrió un espacio importante para que las políticas públicas –como medidas principalmente orientadas a los órganos de la administración pública, aunque no necesariamente a terceros–⁶⁴ tuvieran un papel fundamental en la discusión sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. Del enfoque tradicional en los marcos legislativos y el acceso a la justicia, se dio paso a un marcado énfasis en la construcción de las capacidades del Estado para cumplir con sus funciones de regulación y fiscalización. Aunque son procesos y necesidades legítimas, en la práctica han desatendido casi por completo los numerales 1 y 3 de los Principios Rectores, sobre la necesaria adopción o revisión de marcos normativos de derecho interno que regulen la manera en que las empresas se relacionan con los derechos humanos.⁶⁵

La problemática de este enfoque es que en general ha llevado a los Estados a dar pasos tímidos para el efectivo cumplimiento tanto de sus obligaciones

⁶¹ Comisión Europea, *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*, COM/2011/681/FINAL (25 de octubre de 2011), sección 4.8.2.

⁶² Entre 2014 y 2017, por ejemplo, 15 Estados europeos adoptaron políticas públicas en la materia: Dinamarca, Finlandia, Lituania, Suecia, Noruega, Reino Unido (con una actualización de su plan de 2013), Suiza, Italia, Alemania, Francia, Polonia, España, Bélgica, República Checa e Irlanda. Los Estados Unidos de América también adoptaron un Plan de Acción Nacional sobre Conducta Empresarial Responsable. Lo anterior contrasta notablemente con el ritmo de adopción de políticas públicas posterior a 2017, en donde apenas Suiza (con una versión revisada), Luxemburgo y Eslovenia avanzaron en esa dirección.

⁶³ Colombia, en 2015, y Chile, en 2017, fueron los primeros Estados no europeos –además de los Estados Unidos de América– en adoptar un Plan de Acción Nacional.

⁶⁴ Cantú Rivera, Humberto, “National Action Plans on Business and Human Rights: Progress or Mirage?”, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 4(2), 2019.

⁶⁵ *Ibid.*

internacionales, como de su compromiso y respaldo político al adoptar la resolución 17/4 en 2011. Además de reflejar una evidente falta de voluntad política, también subraya los límites competenciales que una aproximación desde las políticas públicas tiene tanto para el establecimiento de un marco normativo claro que contribuya a la prevención, como de los ajustes necesarios para remover las barreras que impiden el acceso a la justicia, particularmente en litigios transnacionales. Lo anterior resalta la importancia de que las siguientes generaciones de políticas públicas sobre derechos humanos y empresas vayan más allá de los objetivos de la primera “ola” de Planes de Acción Nacional, y contribuyan de manera efectiva a la implementación de los Principios Rectores, favoreciendo una mayor claridad normativa en cuanto a las obligaciones de las empresas en la materia, y beneficiándose de los distintos diagnósticos que plantean una hoja de ruta clara para vincular la prevención y la reparación en casos de abusos a los derechos humanos.

A pesar del marcado énfasis en las políticas públicas como el primer paso para la implementación del marco de Naciones Unidas para proteger, respetar y reparar, también es importante resaltar la posible influencia del proceso de negociación en el desarrollo normativo a nivel interno, y el notorio impacto que ciertos avances legislativos han generado en la discusión internacional. Diversos marcos jurídicos nacionales o regionales –como la Ley de Esclavitud Moderna del Reino Unido⁶⁶ o su contraparte australiana,⁶⁷ la Ley sobre debida diligencia en materia de trabajo infantil de los Países Bajos,⁶⁸ las normas europeas sobre divulgación de información no financiera⁶⁹ o en materia de minerales de conflicto⁷⁰– han abordado parcialmente algunos de los requisitos plasmados en el segundo pilar de los Principios Rectores, y contribuido a generar un mayor conocimiento sobre los avances o desafíos a los que se enfrentan ciertas opciones normativas.⁷¹

⁶⁶ UK Modern Slavery Act de 2015.

⁶⁷ Modern Slavery Act de 2018.

⁶⁸ Child Labor Due Diligence Act de 2019. Es importante señalar que, en 2017, la delegación de los Países Bajos ante el GTI indicó su intención de impulsar esfuerzos voluntarios por parte del sector privado, a reserva de impulsar medidas legislativas en caso de que el primer enfoque no funcionara. Lo anterior se asemeja a la postura del Plan de Acción Nacional de Alemania, que condicionó la adopción de normas a la efectiva implementación (voluntaria) de medidas de debida diligencia por las empresas alemanas.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo.

⁷¹ Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/73/163 (16 de julio de 2018), párrs. 67-78.

A los ejemplos anteriores se debe agregar la ley sobre el deber de vigilancia de las empresas matrices,⁷² adoptada en Francia en 2017, que sin ser exclusivamente un resultado indirecto de la negociación internacional, sí ha generado un impacto evidente en el proceso del instrumento jurídicamente vinculante, y de cierta manera en la discusión internacional sobre cómo regular la actividad empresarial.⁷³ Aunque es en sí una reforma legislativa al Código de Comercio, este desarrollo se concentra en dos elementos: el establecimiento de una obligación jurídica para que las empresas tomen medidas proactivas para conocer los riesgos a los que se enfrentan tanto sus operaciones como sus cadenas de suministro a nivel mundial –a saber, una cartografía de riesgos en materia de derechos humanos y el medio ambiente, y el desarrollo e implementación de un plan de vigilancia–, y el vínculo explícito entre una falta de prevención por parte de la empresa y el acceso a la justicia para las personas afectadas, por medio de la responsabilidad civil extracontractual, cuando se determine la existencia de un daño.

A pesar de que el impacto real de la norma francesa en torno a su papel para impulsar la prevención es aún difícil de identificar,⁷⁴ más allá de la adopción y publicación de estrategias empresariales al respecto⁷⁵ –donde se acusa una falta de claridad sobre las medidas específicas a tomar en las cadenas de suministro, y en donde el alcance de la norma se encuentra limitada a aquellas relaciones comerciales “establecidas”–, plantea una importante alternativa para confrontar de forma directa los desafíos de la globalización, exigiendo un comportamiento proactivo por parte de las empresas matrices respecto de sus cadenas globales de suministro. Otros dos elementos por considerar en cuanto al vínculo con el acceso a la justicia son el énfasis en la responsabilidad civil, por una parte, y la dimensión en materia de derecho internacional privado de la norma.

En primer término, el planteamiento de la ley contribuye a clarificar el significado procesal del “acceso a mecanismos de reparación”, pues necesariamente se enfoca en los mecanismos existentes en el marco jurídico interno de un

⁷² Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre.

⁷³ Para efectos de claridad, debe señalarse que el proceso legislativo comenzó como resultado de la tragedia ocurrida en Rana Plaza, en Bangladesh, poco antes del establecimiento del GTI.

⁷⁴ Los casos presentados ante los tribunales franceses hasta la fecha se han concentrado en exigir a las empresas involucradas la publicación de un plan de vigilancia y su adecuado cumplimiento, los cuales han abierto un interesante debate judicial sobre la determinación de la jurisdicción competente –civil o comercial– para revisar esa cuestión, considerando que la adopción e implementación de un plan de vigilancia son medidas de gestión empresarial. Al respecto, véase Savourey, Elsa y Brabant, Stéphane, “The French Law on the Duty of Vigilance: Theoretical and Practical Challenges Since its Adoption”, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 6(1), 2021.

⁷⁵ Para una síntesis de la ley y algunos retos a los que se enfrenta, véase Lavite, Cannelle, ‘The French Loi de Vigilance: Prospects and Limitations of a Pioneer Mandatory Corporate Due Diligence’, *VerfBlog* (16 de julio de 2020), disponible en <https://verfassungsblog.de/the-french-loi-de-vigilance-prospects-and-limitations-of-a-pioneer-mandatory-corporate-due-diligence/>.

país. Aunque no aborda la responsabilidad penal ni administrativa que podría ser aplicable en ciertos casos, el recurrir al derecho de la responsabilidad civil plantea la importancia de comprender y fomentar una adecuada interrelación entre regímenes jurídicos distintos, conociendo las limitaciones a las que puede enfrentarse la traducción de las normas de derechos humanos a los conceptos del derecho civil –por ejemplo, en lo que respecta a las dimensiones y elementos del daño o de la reparación. Ello, sin embargo, subraya también la realidad de que, independientemente de la adopción de normas explícitas sobre debida diligencia –cuyo objetivo es la prevención–, el marco normativo en materia civil en una gran cantidad de países ya permite dicho tipo de acciones por casos de impactos adversos en los derechos humanos.⁷⁶ En sí, el efecto inmediato de la ley –a reserva de lo que las primeras decisiones judiciales en la materia puedan arrojar– es *visibilizar* la posible interacción entre dichos regímenes normativos, sentando las bases para un debate con mayor profundidad.

En segundo término, algo que la ley consolida sobre la base de las normas comunitarias en materia civil y comercial es la posibilidad de determinar la competencia jurisdiccional en el país donde la empresa matriz tiene su sede por los actos de sus subsidiarias en el extranjero, definiendo así una base jurídica para el alcance extraterritorial de sus obligaciones de vigilancia. Esa determinación, ligada con la obligación procedimental de la adopción de planes de vigilancia por las empresas matrices sobre las operaciones de subsidiarias y cadenas de suministro, genera una nueva expectativa de responsabilidad jurídica que podría resultar importante en casos en que se pueda demostrar que la falla en el alcance o en la implementación de un plan de vigilancia ocasionó un daño a terceros. De tal manera, la ley francesa plantea una posibilidad importante para la evolución de los marcos normativos en otras partes del mundo, así como una plataforma de discusión tanto para el proyecto de tratado –así como para los esfuerzos regionales, particularmente en Europa– en torno a las características y potencial efectividad de las normas de debida diligencia.

Lo anterior, evidentemente, constituye un preámbulo para la actual discusión sobre la adopción de una directiva europea de debida diligencia en materia de

⁷⁶ Ascensio, Hervé, “Les principes directeurs rattrapés par le droit? L'exemple du droit français” en Bonucci, Nicola y Kessedjian, Catherine (dirs.), *40 ans des Lignes directrices de l'OCDE pour les entreprises multinationales*, París, Pedone, 2018, pp. 86-87. El Profesor Ascensio señala que la ley no añade nada al derecho positivo en materia de responsabilidad, pero confirma que la vigilancia es una obligación jurídica cuya violación puede resultar sancionable; véase también Cantú Rivera, Humberto (ed.), *Experiencias latinoamericanas sobre reparación en materia de empresas y derechos humanos*, Bogotá, KAS, 2022. Cf. Coulée, Frédérique, “Participation de la France au Groupe de travail sur l'élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et les droits de l'homme. Solidarité européenne et valorisation de la Loi sur le devoir de vigilance de 2017”, *Annuaire français de droit international*, Vol. LXIV, 2018, p. 760, donde aborda la posición de la delegación francesa respecto de la cuestión de responsabilidad civil y penal.

derechos humanos y el medio ambiente,⁷⁷ que al igual que los planes de acción nacional, resulta una curiosa coincidencia conforme avanza el proceso de negociación intergubernamental en el Consejo de Derechos Humanos. En ese sentido, los *efectos indirectos* de la negociación del tratado, al conducir a una cantidad relevante de Estados de origen que son sede de empresas con operaciones transnacionales a adoptar medidas de política pública y legislativas para regular los impactos adversos en los derechos humanos y el medio ambiente, contribuyen a la generación de bases jurídicas sobre las que podría ser viable edificar normas internacionales. Aunque son procesos en desarrollo, dichas experiencias podrían facilitar la identificación de criterios comunes en la materia, generando un *corpus juris* que en principio podría contribuir a la definición de estándares mínimos internacionales en el ámbito de las empresas y los derechos humanos, incluyendo en el proceso mismo del tratado.

2. El efecto ‘ricochet’ o la potencial contribución de los Estados a la progresiva definición de estándares mínimos a nivel internacional

Como ha sido señalado en otro espacio,⁷⁸ la aparición de normas internacionales de derechos humanos y empresas no se limita exclusivamente a la acción a nivel multilateral; por el contrario, la acción a nivel interno, como fue señalado en la sección anterior, contribuye directamente al establecimiento de bases jurídicas para la edificación del derecho internacional en la materia. Aunque ciertamente es complejo hablar de la aparición de normas y obligaciones derivadas de fuentes no convencionales, la acción de los Estados contribuye a una progresiva definición de estándares mínimos internacionales, que emanan tanto del proceso de negociación como de las actividades de los diferentes órganos de los Estados, en un ejercicio constante de retroalimentación reflexiva que contribuye a clarificar el alcance de las obligaciones tanto de Estados como de empresas en este contexto.

Un primer punto que vale la pena resaltar es la progresiva aparición de expectativas mínimas sobre prevención. El énfasis desde el documento de Elementos presentado en la tercera sesión del GTI sobre esta opción regulatoria, y su consolidación en las posteriores versiones del borrador del tratado, tienden a indicar una preferencia por un modelo que, con ciertos ajustes, podría encontrar

⁷⁷ En febrero de 2022, la Comisión Europea presentó un borrador de la iniciativa regional en la materia: *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937*. El proceso de negociación en torno a la directiva continúa al momento de publicación del presente texto.

⁷⁸ Cantú Rivera, Humberto, “Los desafíos de la globalización...”, *op. cit.*, pp. 59-67; véase también Chemillier-Gendreau, Monique, *op. cit.*

respaldo en diversos sistemas jurídicos, sobre la base de un deber de prevención. A ello se suma la progresiva aparición y negociación de marcos jurídicos internos –en Países Bajos,⁷⁹ Suiza,⁸⁰ Alemania,⁸¹ entre otros– que plantean obligaciones de debida diligencia para las empresas, con distintos niveles de detalle, y que sugieren una coincidencia sobre una forma de regulación que encontraría sustento jurídico, además de un probable respaldo político. Lo anterior se ve acompañado, aunque tal vez de manera menos uniforme, por pronunciamientos judiciales en distintas jurisdicciones sobre el alcance de las obligaciones de prevención de una empresa,⁸² en especial en el contexto de sus operaciones transnacionales, lo cual coadyuva a la definición de ciertas expectativas mínimas en cuanto a las obligaciones de los Estados en el ámbito de la actividad empresarial. De esta manera, la acción interna contribuye a la definición internacional. Sin embargo, es crucial que dichos procesos a nivel interno promuevan un proceso de reflexión sobre los valores jurídicos que se buscan proteger y su expresión en distintos mecanismos normativos, frente a las necesidades tanto de prevención como de acceso a la justicia y a la reparación para las personas o comunidades afectadas por la actividad empresarial.

En cuanto al enfoque de prevención, el diálogo se ha centrado (casi exclusivamente) en el establecimiento de la debida diligencia en derechos humanos

⁷⁹ Además de la ley sobre debida diligencia en materia de trabajo infantil, se discute la adopción de una ley sobre debida diligencia que aborde los distintos aspectos de derechos humanos. Para mayor información, véase <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/netherlands-momentum-builds-towards-mandatory-due-diligence-regulation/>

⁸⁰ Después del rechazo de una propuesta de reforma constitucional que incluiría una obligación general de debida diligencia para las empresas suizas, se adoptó una contrapropuesta que impone obligaciones de presentación de informes, debida diligencia en materia de minerales de conflicto y trabajo infantil, y sanciones penales. Se espera que la ley entre en vigor en 2022. Al respecto, véase Bueno, Nicolás, “Human Rights Due Diligence Legislation in Switzerland: The state-of-play after the Swiss Responsible Business Initiative”, *Nova BHRE Blog* (1 de febrero de 2021), disponible en <https://novabhre.novalaw.unl.pt/human-rights-due-diligence-switzerland/> Véase también Bueno, Nicolás, “The Swiss Popular Initiative on Responsible Business: From Responsibility to Liability” en Enneking, Liesbeth et al (eds.), *Accountability, International Business Operations, and the Law: Providing Justice for Corporate Human Rights Violations in Global Value Chains*, Londres, Routledge, 2019.

⁸¹ Como resultado del incumplimiento de la meta de su Plan de Acción Nacional, donde se esperaba que al menos 50% de las empresas alemanas hubieran adoptado voluntariamente procesos de debida diligencia en derechos humanos para el 2020, el gobierno alemán ha comenzado a desarrollar una propuesta legislativa en la materia (*Lieferkettengesetz*), que imponga una obligación de debida diligencia a las empresas alemanas.

⁸² Algunos ejemplos relevantes son *Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v Lungowe and others (Respondents)* [2019] UKSC 20 (10 de abril de 2019); *Okpabi and others (Appellants) v Royal Dutch Shell Plc and another (Respondents)* [2021] UKSC 3 (12 de febrero de 2021). Véase también Cantú Rivera, Humberto, “Mexico” en Kessedjian, Catherine y Cantú Rivera, Humberto (eds.), *Private International Law Aspects of Corporate Social Responsibility*, Cham, Springer, 2020, donde se aborda un caso involucrando la competencia jurisdiccional de los tribunales mexicanos sobre Google, Inc. por violaciones al derecho a la privacidad y al honor.

como una obligación jurídica en el derecho interno. En ese sentido, los distintos planteamientos en los parlamentos de varios países de Europa –e incluso en el propio Parlamento Europeo– han girado en torno al establecimiento de procesos empresariales para identificar, mitigar o reparar abusos a derechos humanos, partiendo de la base del segundo pilar de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Lo anterior ha logrado reunir no sólo el apoyo de diversos grupos empresariales,⁸³ sino de organizaciones de la sociedad civil,⁸⁴ que convocan a avanzar en esa dirección a nivel comunitario y en los marcos jurídicos nacionales. Ciertamente, dicho enfoque promueve la adopción de procesos de gestión de riesgos, centrándose principalmente en la manera en que las destinatarias de las normas (las empresas) habrán de tomar medidas que faciliten la puesta en práctica de tal obligación. A ello se ha acompañado, incluso, otra importante discusión: si la adopción de este tipo de procesos debe servir como un medio de defensa a nivel judicial para las empresas. Es, de cierta manera, una evidente muestra de la transformación de la discusión de un tema sustantivo, a uno particularmente instrumental y procedimental.

Ello, sin embargo, no responde aún a varias interrogantes importantes, que vale la pena explorar al menos de forma mínima, y que podrían contribuir a la discusión internacional en la materia. Por ejemplo, ¿cuál es la posición de los derechos humanos en los procesos de debida diligencia? ¿Deben los procesos de debida diligencia servir como eximentes de responsabilidad, o como moduladores de ella? En suma, ¿tiene un papel “absoluto” la debida diligencia para efectos de la responsabilidad empresarial? Las anteriores interrogantes no son meramente parte de un debate académico, sino que deberían ser parte de un proceso de reflexión que alimente las discusiones y negociaciones de la adopción de normas nacionales, regionales e internacionales.

En lo que concierne a la primera pregunta, es evidente que mucha atención se ha enfocado en los distintos pasos a seguir en los procesos de debida diligencia; sin embargo, es imperativo concentrar el enfoque –como se ha hecho en otros ámbitos– en las evaluaciones de impacto en derechos humanos,⁸⁵ como herramientas a partir de las cuales se puedan identificar riesgos y articular las estrategias empresariales para hacerles frente. Lo anterior requiere una comprensión suficiente y clara de los distintos derechos humanos por parte de las empresas, lo cual constituye un reto ante su constante evolución y adaptación a realidades cambiantes, particularmente en el contexto de actividades empresariales

⁸³ Al respecto, véase <https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/mandatory-due-diligence/companies-investors-in-support-of-mhrdd/>

⁸⁴ Al respecto, véase <https://www.business-humanrights.org/en/from-us/briefings/towards-eu-mandatory-due-diligence-legislation/>

⁸⁵ Al respecto, véase de forma general Götzmann, Nora (ed.), *Handbook on Human Rights Impact Assessment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019.

transnacionales. Y ello es, sin duda alguna, una de las primeras cuestiones que los debates legislativos deberían considerar: cómo abordar las diferencias normativas y políticas entre el Estado de origen y el de recepción en materia de derechos humanos, particularmente a través de un marco normativo nacional que busca establecer obligaciones de gestión de riesgos y prevención en cadenas de suministros globales para las empresas. Más que un debate de principios –en donde se ha aludido, por ejemplo, a seguir el estándar normativo más alto,⁸⁶ que usualmente sería el del país de origen–, parece ser necesaria una discusión en torno a las realidades jurídicas, políticas, económicas y sociales en las que operan las empresas, donde tales definiciones tienden a ser más ambiguas y complejas.⁸⁷

En ese mismo contexto ha surgido el debate sobre el papel de la debida diligencia como herramienta de defensa judicial.⁸⁸ En las jurisdicciones donde se admite la responsabilidad penal empresarial, la adopción de mecanismos de identificación y prevención del delito por parte de las empresas –es decir, la existencia de una cultura empresarial de prevención– se contempla como un medio de defensa que puede utilizarse en un proceso judicial, con el objetivo de reducir la pena que pueda determinarse por la comisión de un delito. Ello, sin embargo, es particularmente distinto de la manera en que el debate sobre la responsabilidad empresarial por abusos a derechos humanos se ha desarrollado, tanto en el contexto de la negociación del tratado como a nivel regional y nacional, en donde la discusión gira esencialmente respecto del derecho civil y la responsabilidad extracontractual, y solo de forma muy limitada en materias administrativa y penal.

Un aspecto sobre el que vale la pena reflexionar es el bien jurídico que se busca tutelar, y la forma en que el derecho debe reaccionar frente a él. En muchos de los casos, los abusos empresariales a derechos humanos ocurren en relación con la salud e integridad de las personas, además de otros derechos cuya protección está prevista a nivel internacional, regional y nacional. En la mayoría de esos casos, la reparación del daño ocasionado –tanto en términos económicos como

⁸⁶ Deva, Surya, *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, Londres, Routledge, 2012, pp. 152-175.

⁸⁷ Taylor, Mark B., “Human rights due diligence in theory and practice” en Deva, Surya y Birchall, David (eds.), *Research Handbook on Human Rights and Business*, Cheltenham, Edward Elgar, 2020, pp. 93-95. Taylor se refiere a los “dilemas” de la implementación práctica de la debida diligencia en derechos humanos.

⁸⁸ Human Rights Council, *Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse: The relevance of human rights due diligence to determinations of corporate liability. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, A/HRC/38/20/Add.2 (1 de junio de 2018), párrs. 25-29; aunque el análisis de la cuestión no es integral, véase McCorquodale, Robert y Smit, Lise, “Human Rights, Responsibilities and Due Diligence: Key Issues for a Treaty” en Deva, Surya y Bilchitz, David (eds.) *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 231-233.

no económicos— es por lo menos compleja, lo cual añade otra dimensión a la problemática. En virtud de lo anterior, plantear la debida diligencia en derechos humanos como una defensa jurídica resulta una cuestión delicada⁸⁹ pues, aunque en efecto puede constituir un incentivo para que las empresas adopten procesos preventivos, si estos son inefectivos, el resultado son afectaciones a los derechos de personas y grupos, que con frecuencia permanecen a través del tiempo.⁹⁰ Se trata, en suma, de una situación donde lograr un punto de equilibrio es difícil: por una parte, plantea considerar los procesos de debida diligencia en derechos humanos como una defensa que permita modular el nivel de responsabilidad de una empresa, frente a la necesidad (y el derecho) de que la reparación de los derechos de personas o comunidades afectadas se materialicen en la práctica, en especial en aquellos contextos en que la actividad en sí misma no sea inherentemente peligrosa. Este último punto es el que abre la última pregunta que aquí se plantea: ¿tiene la debida diligencia un papel “absoluto” en esta discusión?

Aunque una gran parte del debate gira en torno a esta recomendación de los Principios Rectores —que lentamente se transforma en una realidad jurídica—, lo cierto es que es únicamente uno de los elementos a considerar en este ámbito. Lo anterior obedece por lo menos a dos motivos principales: primero, que los debates sobre el comportamiento de una empresa en el ámbito de los derechos humanos y su potencial judicialización son —o deberían ser— necesarios en el contexto de actividades no riesgosas, pues en caso contrario es difícil pensar en un deber de prevención como una obligación de medios. En efecto, en el contexto de actividades inherentemente peligrosas, la necesaria existencia de procesos preventivos y la responsabilidad objetiva en caso de impactos adversos, no deberían estar sujetas a discusión.⁹¹ En segundo lugar, la discusión sobre el papel de las empresas en el ámbito de los derechos humanos no debería limitarse a una obligación de prevención de impactos, sino a su contribución general a la realización de los derechos humanos.⁹² Esto evidentemente se alinea con una

⁸⁹ Smit, Lise y Bright, Claire, “The concept of a “safe harbour” and mandatory human rights due diligence”, *CEDIS Working Papers N° 1*, 2020, disponible en https://cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2020/12/CEDIS_working-paper_the-concept-of-safe-harbour.pdf

⁹⁰ Véase Bismuth, Régis, “La responsabilité (limitée) de l’entreprise multinationale et son organisation juridique interne – quelques réflexions autour d’un accident de l’histoire” en Dubin, Laurence et al. (dirs.), *L’entreprise multinationale et le droit international*, París, Pedone, 2017, pp. 435-438, quien señala el riesgo de que los planes de vigilancia que las empresas deben desarrollar sean instrumentalizados para evadir su responsabilidad en casos de afectaciones.

⁹¹ En ese mismo sentido, véase Daugareilh, Isabelle, “La responsabilité sociale des entreprises en quête d’opposabilité” en Supiot, Alain y Delmas-Marty, Mireille (dirs.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, París, PUF, 2015, p. 198, quien señala la importancia de sustituir el carácter subjetivo de la responsabilidad delictual por un deber de garantía.

⁹² Deva, Surya, “Business and Human Rights: Time to Move Beyond the “Present”?” en Rodríguez-Garavito, César (ed.), *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 68-70.

discusión general sobre el papel de las empresas en la sociedad,⁹³ y con llamados a impulsar una agenda marcada por la sostenibilidad, la lucha contra el cambio climático, y progresivamente, sobre la importancia de la realización de los derechos humanos a la par del desarrollo económico.⁹⁴

Muchas de esas cuestiones están en proceso de discusión o gestación en distintos Estados, pero tal vez una de las principales aportaciones que se han hecho ya al proceso se encuentra en el ámbito del acceso a la justicia. Aunque de forma ambigua y hasta cierto punto inconsistente, las sentencias de distintas jurisdicciones parecen indicar una cierta evolución en el tratamiento de la cuestión, que aporta interesantes elementos a la discusión regional e internacional sobre el tema, así como a la definición de estándares mínimos en la materia. Por ejemplo, el progresivo reconocimiento sobre la existencia de un deber de prevención o de un deber de cuidado de parte de empresas matrices con respecto de las actividades que se desarrollan por filiales o subsidiarias, permite vincular con mayor claridad las cuestiones de la debida diligencia y el acceso a la justicia.⁹⁵ Dicha cuestión se liga también de forma progresiva con la importancia de las evaluaciones de impacto y la gestión de riesgos, incluso en situaciones de conflicto social o de operaciones en zonas afectadas por conflicto.⁹⁶ Y sin embargo, la práctica resalta también elementos que denotan la importancia de abordar ciertas dimensiones procesales que limitan el acceso a la justicia, en especial en cuestiones como la prescripción para la interposición de acciones judiciales,⁹⁷ o el propio alcance extraterritorial de los tribunales de distintos países,⁹⁸ sobre todo ante la comisión de abusos a derechos humanos que tendrían el carácter de crímenes internacionales o de violaciones a normas de *jus cogens*.⁹⁹ Lo anterior resalta el papel fundamental que guarda una interpretación integral de las normas aplicables, vinculando tanto los elementos de derecho interno como las obligaciones internacionales que ya pesan sobre los Estados. En ese contexto, aunque existen

⁹³ Más allá de lo que la literatura ha desarrollado, comienzan a aparecer llamados a establecer legislación que contribuya a ese fin. Por ejemplo, la *Loi PACTE sur l'objet social de l'entreprise*, adoptada en 2019 en Francia, favorece –sin ser una exigencia jurídica– que las empresas determinen y hagan explícito su compromiso social, incluyendo en términos de riesgos ambientales y sociales.

⁹⁴ Uno de los principales argumentos que han sido adoptados por el sector empresarial es la propuesta de crear valor compartido. Véase Porter, Michael E. y Kramer, Mark R., “Creating Shared Value”, *Harvard Business Review*, Jan-Feb 2011.

⁹⁵ Véase el contenido señalado en el pie de página 82.

⁹⁶ Resalta en ese contexto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en el caso Ocenasa: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC5685-2018 (19 de diciembre de 2018).

⁹⁷ Un importante ejemplo latinoamericano se produjo en el contexto argentino: Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ingenieros, María Gimena c/ Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/ accidente – ley especial*. Sentencia (9 de mayo de 2019).

⁹⁸ Una importante sentencia estadounidense en la materia ocurrió en el caso *Jesner v. Arab Bank, PLC*, No. 16-499 (24 de abril de 2018).

⁹⁹ *Neusun Resources Ltd v Araya*, 2020 SCC 5 (28 de febrero de 2020).

diversas lecciones aprendidas en los sistemas judiciales internos que podrían resultar útiles para alimentar la discusión en torno a un instrumento internacional jurídicamente vinculante, también se resalta la necesidad de que los conocidos problemas para el acceso a la justicia en este tipo de casos se aborden en el ámbito multilateral, a fin de lograr una reconciliación entre las diversas ramas del derecho internacional, y de estas con las normas de derecho interno.

IV. HACIA DÓNDE IR

Este capítulo introductorio ha abordado ya diferentes ángulos sobre la historia, motivaciones y objetivos del proceso de negociación, y sobre la interacción y retroalimentación entre el derecho interno y el derecho internacional. En virtud de ello, corresponde ahora hacer una breve reflexión sobre hacia dónde debería dirigirse la negociación del instrumento jurídicamente vinculante en materia de empresas y derechos humanos.

Un primer elemento que se debe tener en consideración es la gran cantidad de información, debates y herramientas que el proceso de negociación del tratado ha generado. Desde la movilización de numerosas organizaciones de la sociedad civil y academia, instituciones nacionales de derechos humanos, organizaciones empresariales y sindicales y Estados, distintas opciones de regulación han sido plasmadas a lo largo de las sesiones del GTI. Independientemente de que el consenso sea inexistente sobre los múltiples puntos de discusión, es innegable que las herramientas, críticas y debates sostenidos han sido fundamentales no sólo para el proceso de negociación, sino para la agenda de empresas y derechos humanos a nivel global, regional y nacional. Como se abordará más adelante, ha permitido profundizar sobre los elementos técnicos que subyacen a los Principios Rectores, y generar propuestas para su efectiva implementación, subrayando la complementariedad entre ambos. En ese sentido, el proceso en sí ha generado un valor jurídico y político particularmente importante, que podría y debería ser aprovechado por las distintas partes interesadas para avanzar en la implementación de deberes y responsabilidades compartidas en la materia, especialmente a nivel de derecho interno, donde una agenda de reformas legislativas y el desarrollo de capacidades con esta perspectiva serían necesarias.

En cuanto al proceso, de cierta forma ha revelado tensiones existentes en la agenda internacional, y reavivado un debate basado en la falsa dicotomía entre instrumentos declarativos e instrumentos vinculantes.¹⁰⁰ Y sin embargo, como se ha señalado, las posturas a favor o en contra del instrumento y del proceso no son

¹⁰⁰ Deva, Surya, "Business and Human Rights: Time to Move..., *op. cit.*, pp. 63-66.

tan claras como se esperaría, con ciertos Estados buscando impulsar propuestas que resulten sensatas desde un punto de vista técnico, aunque en muchas ocasiones se alejen de las expectativas de la sociedad civil. Lo anterior hace resaltar dos cuestiones: primero, una expresión más de la importancia y necesidad de lograr la coherencia política enarbolada en los Principios Rectores, esta vez en cuanto a la negociación de un instrumento internacional en la materia; y segundo, la necesaria participación de los Estados en la construcción del derecho internacional convencional en el ámbito de las empresas y los derechos humanos. Por más que los Principios Rectores sean un instrumento práctico, útil y flexible en el tema, lo cierto es que para lograr sus objetivos, es necesario que los Estados avancen en el desarrollo de los elementos técnicos que no fueron abordados,¹⁰¹ incluyendo en cuanto a la prevención (y la debida diligencia en derechos humanos) como un parámetro jurídico, no únicamente una recomendación a nivel de gestión; en cuanto a las implicaciones en materia de responsabilidad jurídica de las empresas por abusos a derechos humanos; en lo que concierne a la dimensión de las obligaciones de empresas públicas o controladas por el Estado; y ciertamente, en los aspectos esenciales para facilitar el acceso a la justicia en casos de litigio civil transnacional, entre otros. A pesar de las críticas en cuanto al enfoque del mandato y la falta de consenso alrededor del proceso, lo cierto es que representa una plataforma de discusión que puede servir para distintos propósitos más allá de una eventual adopción de un instrumento internacional en la materia, y cuyos elementos podrían servir como base para otros desarrollos a nivel regional o interno.

No obstante, también es pertinente considerar en su justa dimensión el papel que en este ámbito puede desempeñar el derecho internacional, y las dinámicas para hacerlo realidad a nivel estatal. Como ya se ha señalado, las limitaciones propias del sistema jurídico internacional hacen que dependa de los Estados poner en prácticas las obligaciones internacionales en distintos ámbitos. En la cuestión de las empresas y los derechos humanos esta característica se vuelve más perceptible, especialmente considerando que el proceso de negociación en curso aborda de forma general obligaciones para los Estados, que deben a su vez desdoblarse para exigir las a las empresas presentes en su territorio o bajo su jurisdicción. Así, a fin de lograr la efectividad de un eventual instrumento, los Estados deberán tomar otras medidas para asegurar la construcción y desarrollo de las

¹⁰¹ Simons, Penelope, "The Value-Added of a Treaty to Regulate Transnational Corporations and Other Business Enterprises: Moving Forward Strategically" en Deva, Surya y Bilchitz, David (eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 63-67. Véase también Backer, Larry Catá, *op. cit.*, quien señala que independientemente de su adopción o no, el proceso del tratado podría contribuir a crear una estructura de gobernanza coherente en la materia, y generar desarrollos por las distintas partes interesadas.

capacidades necesarias para cumplir con su obligación de proteger los derechos humanos.

Esas “obligaciones positivas”,¹⁰² ya presentes en distintas convenciones internacionales, y a su vez divididas en los deberes de adoptar disposiciones de derecho interno, regular y fiscalizar la actividad empresarial,¹⁰³ plantea la singular misión para el instrumento en proceso de negociación de clarificar el sentido de las obligaciones de derechos humanos que los Estados tienen en el contexto de las actividades económicas. A pesar de la existencia de pronunciamientos al respecto por distintos órganos de derechos humanos,¹⁰⁴ este proceso representa en gran medida una compleja prueba sobre la verdadera voluntad de los Estados de avanzar hacia una globalización más justa y sostenible, y sobre todo, basada en los principios fundamentales de la Carta de las Naciones Unidas, así como sobre la capacidad de lograr acuerdos internacionales que regulen las relaciones económicas y sociales de una manera apropiada para el contexto actual.

¹⁰² Al respecto, véase Bodeau-Livinec, Pierre, “La responsabilité des États à raison des activités des entreprises multinationales” en Dubin, Laurence et al. (dirs.), *L'entreprise multinationale et le droit international*, París, Pedone, 2017, pp. 422-423, quien señala el desarrollo progresivo de una base normativa para responsabilizar a las empresas por abusos a derechos humanos, incluso cuando se cometan fuera de su país de origen; véase también Dubin, Laurence, *op. cit.*, p. 48, quien señala que el proyecto de tratado es una prueba sobre el nivel de madurez de los Estados para el establecimiento de un efecto horizontal de los derechos humanos (*drittwirkung*) y de asegurar el acceso a la justicia en los países de origen de las empresas. Véase también De Schutter, Olivier, “La responsabilité des États dans le contrôle des sociétés transnationales: vers une convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l’homme commises par les sociétés transnationales” en Decaux, Emmanuel (dir.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l’homme*, Bruselas, Bruylant, 2010.

¹⁰³ CIDH, *Empresas y derechos humanos: Estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 (1 de noviembre de 2019), pp. 43-78.

¹⁰⁴ Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 de mayo de 2004); Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño*, CRC/C/GC/16 (17 de abril de 2013); Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*, E/C.12/GC/24 (10 de agosto de 2017).