

**VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS
Y EMPRESAS TRANSNACIONALES.
HACIA UN TRATADO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS
HUMANOS (¿RESPONSABILIDAD DE QUIÉN, DE QUÉ
TIPO Y ANTE QUÉ TRIBUNALES?)**

***HUMAN RIGHTS VIOLATIONS AND
TRANSNATIONAL BUSINESS.
TOWARDS A TREATY ON BUSINESS AND HUMAN
RIGHTS (LIABILITY OF WHOM, OF WHAT KIND AND
BEFORE WHICH COURTS?)***

M^a DOLORES BOLLO AROCENA *

Sumario: I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. HACIA UN TRATADO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: ÁMBITO DE APLICACIÓN. III. LA POSIBILIDAD, LA CONVENIENCIA Y LA OPORTUNIDAD DE RECONOCER OBLIGACIONES INTERNACIONALES NO SOLO DE LOS ESTADOS SINO TAMBIÉN DE LAS EMPRESAS. IV. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES. V. COMPETENCIA JURISDICCIONAL PARA CONOCER DE LAS RECLAMACIONES CONTRA LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES. VI. A MODO DE CIERRE.

RESUMEN: Es indiscutible la capacidad de las empresas para generar riqueza, empleo y desarrollo allí donde despliegan sus actividades, pero es igual de indiscutible su gran capacidad para vulnerar los derechos humanos de las personas que trabajan para ellas y de las comunidades en las que se encuentran radicadas, de ahí la imperiosa necesidad de disciplinar sus comportamientos con el fin de erradicar la impunidad, particularmente en aquellos países que tienen una legislación laxa en materia de derechos humanos. El presente trabajo tiene por objeto el estudio de algunos aspectos del Proyecto de Tratado sobre empresas y derechos humanos que se está gestando en el seno del Consejo de Derechos Humanos. El trabajo defiende un Tratado Internacional que resulte de aplicación fundamentalmente a las empresas transnacionales así como a las empresas locales con actividad transnacional, un Tratado que reconozca que las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos hacia el sector empresarial no se circunscriben a sus límites territoriales sino que su responsabilidad va más allá; un Tratado que reconozca la responsabilidad directa

Fecha de recepción del trabajo: 6 de julio de 2021. Fecha de aceptación de la versión final: 30 de noviembre de 2021.

* Profesora Titular D^o Internacional Público. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Mariadolores.bollo@ehu.eus. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto “Mecanismos de Reclamación de DDHH a nivel operativo”, DER 2017-87712-R, financiado por el MINECO y FEDER. Todas las páginas webs citadas en el presente trabajo han sido consultadas por última vez el 29 de noviembre de 2021.

de las propias empresas por la vulneración de todos los derechos humanos, y no solo en supuestos de graves crímenes, pues en otro caso daría la impresión de tolerancia en los demás casos. Una responsabilidad que debe tener naturaleza penal en el caso de las personas físicas, y de carácter civil o administrativo, según proceda, en el caso de las personas jurídicas. En definitiva, un Tratado que reconozca la competencia de una gama flexible de jurisdicciones, intentando evitar la aplicación de la regla del *forum non conveniens*.

ABSTRACT: The capacity of companies to generate wealth, employment and development wherever they carry out their activities is indisputable, but their great capacity to violate the human rights of the people who work for them and of the communities in which they are based is just as indisputable. Hence the urgent need to discipline their behavior in order to eradicate impunity, particularly in those countries that have lax human rights legislation. The purpose of this work is to study some aspects of the Draft Treaty on business and human rights that is being developed within the Human Rights Council. This paper defends an international treaty that is particularly applicable to transnational companies as well as local companies with transnational activity, a treaty that recognizes that the obligations of States in terms of human rights towards the business sector are not limited to their territory but their responsibility goes further; a treaty that recognizes the direct responsibility of the companies themselves for the violation of all human rights, and not only for the commission of serious violations of these, since otherwise it would give the impression of tolerance in other cases. A liability that must have a criminal nature only in the case of natural persons, and of a civil or administrative nature, as appropriate, in the case of legal persons. In short, a treaty that recognizes the competence of a flexible range of jurisdictions, trying to avoid the application of the rule of forum non conveniens.

PALABRAS CLAVE: empresas transnacionales, derechos humanos, obligaciones internacionales, obligaciones extraterritoriales, responsabilidad internacional

KEYWORDS: *transnational business, human rights, international obligations, extraterritorial obligations, international responsibility.*

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Derecho Internacional clásico se apoyaba en una sociedad internacional de estructura interestatal cuya principal función consistía en regular las relaciones entre los Estados y distribuir las competencias entre ellos. Se trataba de un derecho de los Estados y para los Estados¹. Semejante planteamiento determinaba que solo los Estados fueran sujetos de Derecho Internacional. Hoy en día, ni el ordenamiento internacional es un derecho que regula en exclusiva las relaciones entre los Estados ni éstos son sus únicos sujetos, ni mucho menos los únicos protagonistas del panorama internacional. Ya en 1949, en el *Dictamen sobre la reparación de los daños sufridos por el personal al servicio de Naciones Unidas*, la CIJ puntualizó que “los sujetos de derecho en un sistema jurídico no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos”². De este modo, si bien sigue siendo cierto que es el Estado el único sujeto pleno y originario de derecho internacional, son igual de ciertos los importantes cambios que se han ido produciendo en la sociedad internacional, como por ejemplo el proceso de cierta

¹ *Lotus (Francia/Turquía)*, Sentencia de 7 de septiembre de 1927, CPJI, Serie A, Núm. 10 (1927), p. 18.

² *Reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva de 11 de abril de 1949, CIJ, *Reports* (1949).

institucionalización de la misma a través de la creación de Organizaciones Internacionales. Este proceso no ha puesto en cuestión el papel preponderante del Estado soberano pues eran y siguen siendo precisamente éstos quienes crean las organizaciones internacionales, que ostentan por ello una subjetividad derivada y funcional.

Como cualquier ordenamiento que pretende regular las relaciones entre los miembros de la sociedad a la que va dirigido, el ordenamiento internacional presenta un carácter evolutivo, quizás incluso innovador y expansionista, en parte como consecuencia de los avances tecnológicos y de la mayor interdependencia de los Estados, y en parte porque el ordenamiento internacional se ocupa de materias antes reservadas a éstos, como podía ser el caso de la protección de los derechos humanos³. Precisamente en relación con este último aspecto, fue al finalizar la segunda guerra mundial cuando comenzaron a adoptarse distintos instrumentos internacionales protectores de los derechos humanos, uno de cuyos hitos fundamentales fue la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948. Con posterioridad llegaron otros instrumentos tanto de ámbito universal –como por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966- como de ámbito regional –tal es el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 o la Convención Americana de Derechos Humanos-. Tales Tratados constituyen un sistema de garantías a favor del individuo para hacer frente a las violaciones provenientes del poder omnímodo del Estado. Algunos de esos Tratados reconocen incluso la capacidad de la persona de presentar una reclamación internacional ante un órgano jurisdiccional –como podría ser el Tribunal Europeo de Derechos Humanos - por entender que el Estado ha violado sus derechos fundamentales. Pero también los seres humanos somos titulares de obligaciones internacionales, obligaciones esencialmente negativas consistentes en no cometer determinados comportamientos criminales so pena de incurrir en responsabilidad penal internacional y poder llegar a ser, incluso, enjuiciados por una Corte Penal Internacional. Todo ello ha llevado a hablar de la existencia de una cierta subjetividad internacional del individuo, aunque poco nos importa la “etiqueta” que le atribuyamos a las personas –ser o no sujeto de derecho internacional- porque lo importante es el haz de capacidades que los seres humanos tenemos en la esfera internacional: capacidad de ser titulares de derechos y obligaciones internacionales y capacidad de reclamar y ser reclamados internacionalmente.

Dando un paso más, la evolución experimentada por la sociedad internacional y el propio proceso de mundialización y de globalización han hecho que las amenazas a los derechos humanos provengan no solo del Estado sino también de otros actores internacionales. Preocuparse solo por la violación de los derechos humanos por parte del Estado, dentro de sus límites territoriales o incluso en el exterior, en el marco, por ejemplo, de operaciones militares, es insuficiente frente a los nuevos retos que plantea su protección. Nuestro interés en el presente trabajo se centra en la actuación de las empresas, muy particularmente de las transnacionales. Y es que las empresas son una fuente de riqueza,

³ Como señalara la CPJI “la cuestión de saber si una determinada materia entra o no en el ámbito de la competencia exclusiva del Estado es una cuestión relativa que depende del desarrollo del Derecho Internacional”, *Decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos*, Opinión Consultiva de 7 de febrero de 1923, CPJI, Serie B, Núm. 4 (1923), pp. 24-25.

de generación de empleo y de progreso dentro de los Estados. Pero también son, en ocasiones, el origen de la violación⁴ de derechos humanos fundamentales, bien por actos realizados de manera directa en relación con su personal (y que afectan tanto a sus derechos civiles y políticos como a sus derechos económicos, sociales y culturales), o en relación con la comunidad en la que la empresa realiza sus operaciones, como puede ocurrir en los casos en los que éstas causan graves daños al medio ambiente⁵, o participan o contribuyen de alguna forma en la comisión de crímenes internacionales.

La legislación del Estado en el que radica la empresa opera como marco jurídico de referencia que ésta debe respetar y al cual pueden acudir los particulares, víctimas de la conculcación de sus derechos, con el fin de obtener una reparación. Es evidente, sin embargo, que hay Estados con una legislación garantista y protectora de los derechos fundamentales pero también los hay, y no pocos, con un marco jurídico absolutamente laxo que deja vía libre a las empresas para que actúen en plena libertad, y encuentren las condiciones más favorables para la consecución del máximo beneficio, sin importar la estela que dejan tras de sí. Es ese marco o esa casi ausencia de marco lo que buscan las empresas transnacionales en Estados en vías de desarrollo y Estados de economías emergentes, mientras su matriz se encuentra en países industrializados del “primer mundo” con una legislación mucho más exigente en todos los sentidos. Estas empresas son las responsables de la práctica totalidad de la inversión extranjera directa, lo que les coloca en un pedestal desde el cual pueden influir en la política económica de los Estados en los que intervienen, pero también en su sistema jurídico, incluso pueden acceder a mecanismos internacionales de resolución de controversias⁶. Sin embargo, siguen siendo enormes las dificultades existentes para exigirles responsabilidad por los perjuicios que puedan llegar a causar con sus actividades. Tal y como con gran acierto puso de relieve Abad Castelós hace ya algunos años, las empresas transnacionales operan desde la invisibilidad jurídica⁷ y ahí quieren continuar porque les resulta mucho más rentable. Y es que esos Estados en muchas ocasiones son incapaces de tutelar los derechos de sus ciudadanos frente al poder de aquéllas; en otras ocasiones, simplemente, no tienen

⁴ Con independencia de que en las últimas versiones del Proyecto de Tratado sobre empresas y derechos humanos al que vamos a dedicar el presente estudio parece estar admitiéndose la terminología según la cual los Estados violan los derechos humanos y, sin embargo, las empresas cometen “abusos”, en el presente trabajo vamos a referirnos de manera indistinta a violaciones de Estados y de empresas porque es en realidad de lo que se trata y porque es la terminología admitida con carácter general en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta es la posición mantenida en el seno del Grupo de Trabajo por Estados como Camerún, o por Palestina que propuso utilizar indistintamente abuso o violación. No obstante, el Presidente Relator vino a señalar en la última sesión (7ª) celebrada hasta el momento la conveniencia de no reabrir debates que parecían haber quedado cerrados, por lo que todo apunta a que el término abuso de derechos por parte de las empresas va a ser definitivo.

⁵ A título meramente ilustrativo, ESTEVE MOLTÓ, J.E., “La estrecha interdependencia entre la criminalidad de las empresas transnacionales y las violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente: lecciones del caso Bophal”, *REEI*, N° 32, 2016.

⁶ MARTÍN-ORTEGA, O., *Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional*, J.M. BOSCH Editor, 2008.

⁷ ABAD CASTELOS, M., “La sociedad de la globalización y la necesidad de reorientar jurídicamente el sistema internacional: subdesarrollo, instituciones financieras, compañías multinacionales, Estado, derechos humanos y otras claves”, *Cursos de Derechos Humanos de Donostia San Sebastián*, Vol. III, 2002, pp. 29-82, p. 61.

voluntad alguna de controlarlas y disciplinarlas, pues factores como la dependencia económica de ellas o la corrupción hacen que les resulte más beneficioso mirar hacia otro lado.

Pues bien, aun cuando consideramos que en un momento como el actual sigue siendo necesario permanecer vigilantes ante el retroceso que, a nuestro juicio, están experimentando algunos de los derechos alcanzados a lo largo del siglo XX, lo cierto es que es que hay que avanzar y profundizar en las obligaciones que deben asumir en este caso las empresas transnacionales. Y es que si se quiere garantizar el respeto de los derechos humanos a lo largo y ancho del planeta, provenga de donde provenga la amenaza o el debilitamiento de aquellos, conviene dar pasos en esa dirección, pues, parafraseando a otros, es necesario “un desarrollo económico con rostro humano”, es necesaria una “globalización socialmente sostenible”. Y para ello es ya una exigencia regular el comportamiento de las empresas, dentro y fuera del Estado en el que se constituyen, pues a nadie se le escapa la capacidad de estos actores de influir en la vida de personas y de los propios Estados. Y es que “de no captarse normativamente la presencia de las empresas multinacionales como sujetos de Derecho podría desembocarse en una grave crisis de legitimidad del sistema”⁸. Tal y como apuntó Pérez Prat, “(no) debemos pensar en la subjetividad internacional en términos de todo o nada, de soberanía como subjetividad plena y exclusiva, o falta de capacidad jurídica”. Como ocurre con las organizaciones internacionales, las empresas transnacionales podrían disfrutar de “una capacidad jurídica limitada por su reconocimiento efectivo otorgado por sujetos internacionales preexistentes y en los términos en que se plantee dicho otorgamiento.(...) Subjetividad de origen solo hay una, la otra es derivativa y, por ello, su concesión y su contenido depende de los que ya la poseen”⁹.

En este sentido, han sido muchos e importantes los pasos que se han ido dando a distintos niveles con el fin del que hablábamos, tratar de disciplinar el comportamiento de las empresas transnacionales. La doctrina ha abordado de manera abundante y profunda los instrumentos internacionales adoptados por entes y organismos de distinta naturaleza y condición – desde las *Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales*¹⁰,

⁸ ABAD CASTELOS, M., “La sociedad de la globalización...”, *op. cit.*, p. 61.

⁹ PEREZ PRAT, L. *Sociedad Civil y Derecho Internacional*, Ed. Tirant lo Blanc Tratados, Madrid, 2004, p. 108. Siguiendo una idea similar KINLEY y CHAMBERS señalan que “legal personality is not a static concept: it is flexible and can be conferred and then later withdrawn. The complexity lies in that there is no central body that determines whether an entity has international legal personality. It is only through the behaviour of the principal actors, states, that we can establish which entities have legal personality”, KINLEY, D., CHAMBERS, R., “The UN Human Rights Norms for corporations: The Private Implications of Public International Law”, *Human Rights Law Review*, 6:3 (2006), pp. 447-497, p. 479. En esa misma línea continua “It can be seen that companies, according to the widely accepted qualifying criteria, have at least some form of legal personality in public international law. This is not exactly the same type of personality as that of states, but this does not negate its existence” (p. 480). Para ver una exposición más amplia de las distintas escuelas de pensamiento, ÁLVAREZ, J., « Are Corporations ‘Subjects’ of International Law », *Santa Clara International Law Journal*, 2011, Vol. 9, pp. 1-37; LÓPEZ JACOISTE DÍAZ, E., « Los actores no estatales internacionales a la luz del Derecho Internacional : el caso de las empresas transnacionales », *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, Vol. 11, nº 2, pp. 194-224.

¹⁰ Se trata de recomendaciones realizadas por los gobiernos desde 1976 a las empresas multinacionales que operan en países adherentes o que tienen su sede en ellos, en distintas materias –laborales, medio ambiente,

la *Declaración tripartita de principios sobre empresas multinacionales y la política social de la OIT*¹¹, pasando por el *Código de Conducta para las empresas transnacionales*¹², los *Diez Principios del Global Compact o Pacto Global*¹³, las *Normas de la ONU sobre las Responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*¹⁴, los *Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos*¹⁵, de ahí que dejemos a un lado todas esas aportaciones que si bien resultan trascendentes han sido objeto ya de tratamiento por la doctrina *Ius Internacional Publicista*¹⁶, pero también desde el *Internacional Privado*¹⁷ o desde el *Derecho del Trabajo*¹⁸, por ejemplo.

Si algo tienen en común los textos que acabamos de mencionar es su naturaleza *soft law*, con lo que ello conlleva¹⁹. De ahí la importancia de que en el año 2014 se diera un paso fundamental cuando en el seno del Consejo de Derechos Humanos se aprobó la Resolución 26/9, de 26 de junio, por la que se crea el “grupo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales ETN y otras empresas con respecto a los derechos humanos” cuyo mandato consiste en elaborar “un instrumento

corrupción, cuestiones tributarias...- y desde el año 2011, tras la aprobación de los Principios Rectores, también en materia de derechos humanos. OCDE (2013), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>.

¹¹ Adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en noviembre de 1977 y enmendada en noviembre de 2000, marzo de 2006 y marzo de 2017.

¹² UN Doc. E/1988/39/Add.1, de 1 de febrero de 1988.

¹³ Disponibles en <https://www.pactomundial.org/category/aprendizaje/10-principios/>.

¹⁴ UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, de 26 de agosto de 2003.

¹⁵ *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.

¹⁶ Entre otros muchos, MÁRQUEZ CARRASCO, C., VIVAS TESÓN, I. (Coord.), *La implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos por la Unión Europea y sus Estados miembros*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017; FERNÁNDEZ LIESA, C.R., y LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E. (Dir.), *Empresas y Derechos Humanos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018; ZAMORA CABOT, F., GARCÍA CÍVICO, J., SALES PALLARÉS, L. (Eds.), *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*, Cuadernos Democracia y Derechos Humanos, Ed. Universidad de Alcalá, 2013; ESTEVE MOLTÓ, J.E., “Los principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2011, n° 27.

¹⁷ ZAMORA CABOT, F., “Las empresas multinacionales y su responsabilidad en materia de derechos humanos: una visión de conjunto”, en *La gobernanza del interés público global: XXV Jornadas de la AEPDIRI*, Barcelona 19-20 de septiembre de 2013 (BOUZA, N., GARCÍA SEGURA, C., RODRIGO HERNÁNDEZ, A., PAREJA ALCARAZ, R. (Coord.), 2015, pp. 744-769.

¹⁸ GIL GIL, J., “La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de estándares laborales. Una perspectiva global”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Julio-diciembre 2020, Vol. 10, núm. 2; GUAMAN HERNÁNDEZ, A., y MORENO GONZÁLEZ, G., *Empresas transnacionales y derechos humanos. La necesidad de un instrumento vinculante*, Ed. Bomarzo, 2018; GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., LUQUE GONZÁLEZ, A., “Cadenas de suministro, Derechos Humanos, Empresas Transnacionales e industria textil: de los AMI a un Instrumento Internacional Jurídicamente vinculante”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 37 (1), 2019, pp. 393-418.

¹⁹ Sobre la relación entre instrumentos *soft law* como los Principios Rectores y otros instrumentos de distinta naturaleza *cfr.* DEVA, S., “The UN Guiding Principles’ Orbit and Other Regulatory Regimes in the Business and Human Rights Universe: Managing the Interface”, *Business and Human Rights Journal* (2021), pp. 1-16.

jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”²⁰. Por primera vez se plantea, por tanto, la adopción de un tratado internacional, naturalmente de carácter vinculante, para los Estados y para los destinatarios de sus disposiciones²¹.

II. HACIA UN TRATADO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El grupo de trabajo creado por la Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos echó a andar en 2015, si bien todo apunta a que su labor está aún muy lejos de tocar a su fin. La Resolución había diseñado una hoja de ruta para las tres primeras sesiones que dio como resultado la presentación por la Presidencia del documento titulado “Elementos para un proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante a fin de emprender las negociaciones sustantivas sobre el tema al comienzo del tercer período de sesiones del grupo de trabajo”²², así como el *Zero Draft* o *Borrador cero*, el 16 de julio de 2018²³, con el fin de dar inicio a las negociaciones, ya en la cuarta sesión. Exactamente un año después, el 16 de julio de 2019 la Misión Permanente de Ecuador,

²⁰ Resolución A/HR/RES/26/9, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/RES/26/9>. La resolución fue aprobada, bajo el liderazgo de Ecuador y Sudáfrica, por 20 votos a favor, 14 en contra y 13 abstenciones, en una muestra de clara quiebra entre países desarrollados y países en vías de desarrollo. Entre los países que se manifestaron en contra destacan todos los países miembros de la UE que formaban parte del Consejo (Alemania, Austria, Estonia, Francia, Irlanda, Italia, Gran Bretaña, Chequia y Rumanía), además de Estados Unidos, Macedonia, Japón, Montenegro y República de Corea. A favor se mostraron Argelia, Benín, Burkina Faso, China, Congo, Costa de Marfil, Cuba, Etiopía, Federación Rusa, Filipinas, India, Indonesia, Kazajstán, Kenia, Marruecos, Namibia, Pakistán, Sudáfrica, Venezuela y Vietnam. Por su parte, más de 600 grupos de la sociedad civil clamaron en una declaración conjunta por la elaboración de un Tratado Internacional sobre empresas y derechos Humanos (*Joint Statement: Call for an International Legally Binding Instruments on Human Rights, Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, Noviembre 2013, disponible en <https://www.escr-net.org/node/365592>). Para ver un comentario sobre el proceso de adopción de la resolución, BILCHITZ, D., “The necessity for a Business and Human Rights Treaty”, *Business and Human Rights Journal*, 1 (2016), pp. 203-227, pp. 203-205; CASSEL, D. and RAMASASTRY, A., “White Paper: Options for a Treaty on Business and Human Rights”, *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, 2015, Vol. 6, pp. 12-13; CANTÚ RIVERA, H., ¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresa en el ámbito de los derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del grupo de trabajo de composición abierta”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XVI, 2016, pp. 425-460.

²¹ Para ver un trabajo sobre el proceso previo al inicio de las negociaciones en el seno del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos, GÓMEZ ISA, F., “Las empresas transnacionales y los Derechos Humanos: ¿hacia un marco jurídico internacional de carácter vinculante?”, *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, 2015, nº 20, pp. 33-53.

²² El título completo es “Elementos para el Proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas respecto a los derechos humanos”, Presidencia del OEIGWG establecido por la Res. A/HCR/RES/26/9 del Consejo de Derechos Humanos, 29 de septiembre de 2017.

²³ *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, Zero Draft, 16 de julio de 2018.

en nombre del Grupo de Trabajo, publicó la primera versión revisada del Proyecto²⁴; en agosto de 2020, a pesar de las dificultades que la pandemia supuso, se presentó la segunda revisión del Proyecto²⁵ y en agosto de 2021 ha sido presentada la tercera revisión del mismo²⁶. Las distintas propuestas contienen entre los 15 artículos del Proyecto cero hasta los 24 de la tercera revisión, si bien es cierto que de una manera un tanto anómala el artículo 15 de la versión inicial incluía dentro de sí lo que se denominaban “disposiciones finales”, incluyendo depósito, firma, manifestación del consentimiento, entrada en vigor, reservas, enmienda, denuncia, textos auténticos, esto es, disposiciones que en cualquier Tratado ocupan por sí mismas su propio artículo, de ahí la ampliación de los 15 artículos originales a los 24 del último de los textos del que disponemos en el momento presente.

Hasta el momento se han celebrado siete períodos de sesiones en los que resulta significativa la alta participación tanto de organizaciones de la sociedad civil –más de 300- como de Estados –más de 100-, lo que demuestra el interés que suscita y la importancia que tiene un Tratado de estas características.

Como se indicó en la Resolución del Consejo de Derechos Humanos, el objeto del Tratado consistía en regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas, matizándose en una controvertida nota a pie de página –no en el cuerpo de la Resolución- que con “otras empresas” se hacía referencia a todas aquellas “cuyas actividades operacionales” tuvieran “carácter transnacional” y no “las empresas locales registradas con arreglo a la legislación pertinente”. Así, tanto el documento titulado “Elementos para el proyecto de instrumento” -, como el *Borrador cero* se dirigían exclusivamente a las actividades empresariales transnacionales. Sin embargo, desde distintos sectores –fundamentalmente países desarrollados, con la Unión Europea a la cabeza- se presionó para que el Tratado se aplicara a todas las empresas –la UE llegó incluso a amenazar con no participar en el grupo de trabajo²⁷-, siguiendo una línea creciente en los últimos tiempos tendente a adoptar instrumentos que se apliquen a todo

²⁴ *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, OEIGWG Chairmanship revised Draft, 16 de julio de 2019.*

²⁵ *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, OEIGWG Chairmanship Second revised Draft, 6 de agosto de 2020.*

²⁶ *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, OEIGWG Chairmanship Third revised Draft, 17 de agosto de 2021.*

²⁷ Para ver la posición mantenida por la UE desde el primer período de sesiones del grupo de trabajo, vid. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session1/Pages/Session1.aspx>. La Unión Europea llegó a retirarse de las negociaciones en la cuarta sesión del grupo de trabajo. La UE esgrimía, entre otras cosas, que se enviaba un mensaje peligroso al dar la impresión de que las empresas nacionales no debían ser tratadas con el mismo rigor por los abusos que pudieran cometer. Informe del tercer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresa con respecto a los derechos humanos, A/HCR/37/67, 24 de enero de 2018, p. 5. DEVA, S., “Informe de consulta política sobre el ‘alcance’ del Tratado sobre Empresas y los Derechos Humanos”, *Iniciativa Conjunta por el Tratado de la Red-DESC y FIDH*, p. 3.

tipo de empresas²⁸. Esta circunstancia ha sido criticada por algunos Estados²⁹, distintas ONGs y por un sector de la doctrina pues entienden que de este modo se diluye el verdadero objeto del Tratado, apartando el foco de las empresas transnacionales que son las que realmente escapan del control de los Estados³⁰. Hubo quien esgrimió que resultaba sorprendente que las mismas delegaciones que se habían opuesto a la aprobación de la Resolución 26/9 propugnasen después una ampliación de su mandato, con una clara intención de bloquear el período de sesiones, o de retrasar las negociaciones³¹.

No obstante, pueden tener razón quienes, como De Schutter, entienden que lo relevante no es tanto el tipo de empresa como la naturaleza de las actividades que despliega: “in other terms, it is to the extent that the corporation deploys its economic activities across different national jurisdictions (by investing in an outside jurisdiction, by buying shares in companies domiciled in other countries, by licensing of franchisee agreements, or by contracting with suppliers or su-contractors located in other jurisdictions) that the future instrument shall be of relevance to those activities”³². De ahí que propusiera que el Tratado se aplicara a las actividades de todas las empresas, con independencia de su tamaño, modo de creación, etc, pero a empresas que desarrollaran actividades de carácter transnacional³³. No parece que vayan a ir por ahí los derroteros del futuro Tratado como se desprende de las dos últimas versiones del texto, tanto la de agosto de 2020 como la de agosto de 2021, ésta última bien esclarecedora cuando señala en su artículo 3.1 “Legally Binding Instruments shall apply to all business, including business of a transnational carácter”³⁴, redacción a la que se oponen países como Cuba, Egipto, China

²⁸ Como ha destacado Surya Deva, aunque las Directrices de la OCDE para empresas Multinacionales de 1976 y la Declaración Tripartita de Principios de la OIT sobre empresas transnacionales la Política Social de 1977 iban dirigidas inicialmente de forma exclusiva a las empresas transnacionales, la revisión de sendos instrumentos operada en el año 2000 extendió su ámbito de aplicación también a otras empresas, al igual que las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, adoptadas por la ONU en 2003 o los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de 2011, https://www.escr-net.org/sites/default/files/1_scope_of_bhr_treaty_spanish.pdf.

²⁹ Camerún, China o Panamá, *Draft Report on seventh session, op. cit.*, comentarios al artículo 1.3.

³⁰ Esta ha sido la opinión de distintas ONGs, entre ellas la ONG Amigos de la Tierra <https://www.foei.org/es/noticias/proyecto-revisado-tratado-vinculante-onu-decepcionante>.

³¹ Informe del tercer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresa con respecto a los derechos humanos, A/HCR/37/67, 24 de enero de 2018, p. 5.

³² DE SCHUTTER, O., “The ‘Zero Draft’ for a legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises: A Comment”, Université Catholique de Louvain, 12 octubre 2018, p. 2, disponible en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session4/DeSchutter_Panel3-4.pdf.

³³ “The treaty applies to the activities of all corporations, irrespective of their size, mode of creation or control or ownership. Its scope of application is limited to business activities that have a transnational character”, *Ibid.*, p. 3.

³⁴ Una redacción en esencia muy similar a la contenida en el artículo 3.1 tanto de la primera como de la segunda revisión del Proyecto de Tratado. Organizaciones como Women’s International League for Peace and Freedom <https://owncloud.unog.ch/s/uimBIlpxsyirMpm?path=%2F05.%20Article%203%2FNon-governmental%20organizations%20with%20ECOSOC%20consultative%20status#pdfviewer>. En todo caso, la segunda revisión del texto –también la tercera- incluyen una disposición -la relativa a las medidas de prevención, particularmente el artículo 6.2- en la que se permite a los Estados establecer en su legislación

o Pakistán que defienden un Tratado más en la línea de lo señalado por De Schutter, esto es, un Tratado que se aplique únicamente a las corporaciones transnacionales o a otras empresas que desplieguen actividades de carácter transnacional³⁵. Probablemente sea la propuesta realizada por Palestina y secundada por Namibia la que resulte más adecuada, pues si bien apuntan que el Tratado se aplicará a todas las empresas -en una postura posibilista-, añaden “with particular focus on transnational corporations and other business enterprises in the value chain that undertake business activities of a transnational character”³⁶—que es donde se encuentra el verdadero y el más profundo y serio problema.

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por actividades empresariales? ¿Y cuáles de estas pueden ser definidas como actividades de carácter transnacional?

El artículo 4.2 del Borrador cero definió las actividades empresariales como “any for-profit economic activity, including but not limited to productive or commercial activity, undertaken by a natural or legal person, including activities undertaken by electronic means...”. Por lo tanto, uno de los elementos caracterizadores de la actividad empresarial parecía ser el fin lucrativo de la misma —así se apoyó también en la segunda versión del texto-, pero finalmente ha desaparecido en la última revisión del Proyecto de Tratado —retomando la redacción de la primera versión del mismo³⁷. Esta circunstancia ha sido apoyada por algunos que ya venían apuntado la conveniencia de ampliar el ámbito de aplicación del Tratado a empresas que no tengan necesariamente ese fin lucrativo³⁸. Más allá de ello, la actividad empresarial puede consistir en una amplia gama de prácticas, de ahí la referencia a actividades entre las que cabe incluir —lista abierta, por tanto— “manufacturing, production, transportation, distribution, commercialization, marketing and retailing of goods and services”, incluso las realizadas a través de medios electrónicos. Esas actividades las pueden realizar las personas naturales, las personas jurídicas -incluidas las empresas estatales-, las instituciones financieras y los fondos de inversión, las corporaciones transnacionales, otras empresas así como las empresas conjuntas (*joint ventures*)³⁹.

nacional medidas de due diligence, adaptadas o proporcionales “to their size, risk of human Rights or the nature and context of their business activities and relationships”.

³⁵ *Draft Report on the seventh session, op. cit.*, propuestas de redacción alternativas al artículo 3.1. En esta misma línea han ido otras delegaciones, tal y como lo pusieron de manifiesto en su exposición oral en el curso de la 1ª reunión de la 7ª sesión del grupo de trabajo (disponible en <https://media.un.org/en/asset/k1x/k1xkvo2fg8>). Tal fue el caso de las delegaciones de Filipinas, India, Indonesia o Federación Rusa.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Ver la diferente redacción de los artículos 1.3 de la segunda y la tercera revisión del texto. China o Federación Rusa, por ejemplo, siguen defendiendo en estos momentos que las actividades empresariales reguladas por el Tratado deben ser solo las de fines lucrativos (*Draft Report on the seventh session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect of human rights*).

³⁹ Artículo 1.3 de la Tercera Revisión del Proyecto. Es importante y muy oportuna la referencia a las empresas estatales, incluida a propuesta de De Schutter, pues hoy en día el Estado participa de las actividades mercantiles utilizando para ello distintas herramientas entre las que se pueden encontrar las empresas estatales, por lo que no vemos la razón por la que habrían de quedar fuera del alcance de la convención.

Dando un paso más, es preciso establecer cuándo estamos en presencia de una “actividad transnacional”. En el Borrador cero se definían como aquellas “that take place or involve actions, persons or impact in two or more national jurisdictions”⁴⁰. Sin embargo, esta definición fue criticada por su excesiva vaguedad e imprecisión⁴¹. Pues bien, el artículo 1.4 de la tercera revisión del Proyecto de Tratado incluye una definición más completa y más amplia de las actividades empresariales de carácter transnacional, esto es, a) actividades comerciales que se llevan a cabo en más de una jurisdicción o Estado; o b) que se llevan a cabo en un Estado pero una parte significativa de su preparación, planificación, dirección, control, diseño, procesamiento, fabricación, almacenamiento o distribución tiene lugar a través de cualquier relación comercial en otro Estado o jurisdicción; o c) actividades que se llevan a cabo en un Estado pero tienen un efecto significativo en otro Estado o jurisdicción⁴². La amplitud con la que aparece definida la transnacionalidad permitiría aplicar el Tratado y por tanto, someter a control las actividades transnacionales evidentes y esas no tan evidentes, pero que pueden producir igualmente la vulneración de derechos humanos⁴³.

En definitiva, a nuestro juicio el ámbito de aplicación del Tratado deberían ser las empresas, cualquiera que sea la titularidad de las mismas, la forma que adquieran, el tamaño, incluso los fines lucrativos o no que éstas puedan tener, que realicen actividades empresariales particularmente cuando tales actividades tengan carácter transnacional. Es la naturaleza transnacional de las actividades que despliegan lo que hace en muchas ocasiones inaprehensibles a éstas, dando lugar a la desprotección de las víctimas de las infracciones de los derechos humanos de las que puedan ser responsables.

La propuesta de Tratado aborda numerosos aspectos relacionados con las empresas y los derechos humanos, de ahí que nuestro objetivo en este trabajo consista en centrarnos solo en algunos de ellos. En primer lugar, abordaremos la conveniencia, la oportunidad, y a

⁴⁰ Artículo 4.2 in fine del Borrador cero.

⁴¹ De Schutter opta por definirlos de un modo menos vago e impreciso como actividades que una corporación realiza en una jurisdicción distinta a aquella en la que está domiciliada -(i) ya sea directamente, (ii) ya sea a través de subsidiarias o afiliadas, (iii) ya sea a través de socios comerciales con los que la corporación tiene una relación comercial continua-, que afectan a los derechos humanos de personas o grupos ubicados fuera de la jurisdicción donde la corporación tiene su domicilio” (“activities that a corporation conducts in another jurisdiction than the jurisdiction where it is domiciled: (i) directly; (ii) through branches, subsidiaries, or affiliates; (iii) through business partners with which the corporation has a continuous business relationship, thus affecting human rights of individuals or groups located outside the jurisdiction where the corporation is domiciled”), DE SCHUTTER, O., “The ‘Zero Draft’ for a legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities.. », *op. cit.*, p. 3.

⁴² La redacción del artículo 1.4 de la segunda revisión (que reproducía literalmente lo dispuesto en la primera revisión, aunque en diferente ubicación –artículo 3-) era bastante similar al adoptado en la tercera revisión, pero utilizaba el adjetivo « significativo » en lugar de “sustancial”.

⁴³ El artículo 1.5 de la tercera revisión (prácticamente idéntico al incluido en la segunda) define relación comercial como “cualquier relación entre personas físicas o jurídicas, incluidas entidades estatales y no estatales, para realizar actividades comerciales, incluidas aquellas actividades realizadas a través de filiales, subsidiarias, agentes, proveedores, sociedad, empresa conjunta, propiedad beneficiaria o cualquier otra estructura o relación según lo dispuesto en el derecho interno del Estado, incluidas las actividades realizadas por medios electrónicos”.

nuestro juicio, la necesidad de reconocer en el Tratado no solo obligaciones para los Estados, incluso extraterritoriales, sino obligaciones directas para las empresas; en segundo lugar, analizaremos el tipo de responsabilidad en la que éstas pueden incurrir en función del tipo de conducta que lleven a cabo, esto es, responsabilidad civil, administrativa o también penal; y, finalmente, abordaremos una cuestión clave como es la jurisdicción competente para conocer, en su caso, la violación de derechos que puedan llegar a cometer.

III. LA POSIBILIDAD, LA CONVENIENCIA Y LA OPORTUNIDAD DE RECONOCER OBLIGACIONES INTERNACIONALES NO SOLO DE LOS ESTADOS SINO TAMBIÉN DE LAS EMPRESAS

El sistema dispuesto en el Proyecto de Tratado, cualquiera que sea la versión a la que nos remitamos, se asienta fundamentalmente sobre las obligaciones de los Estados de respetar y proteger los derechos de las personas, y en su obligación de adoptar la legislación que corresponda para hacer efectivas tales obligaciones. Sin embargo, el sistema no funciona correctamente, o no funciona, al menos, para las víctimas de las infracciones de los derechos humanos cometidas por las empresas transnacionales que se encuentran en la mayoría de las ocasiones indefensas ante la situación.

Lo han dicho ya distintos autores y creemos que es cierto: existe una asimetría entre los derechos que les han sido reconocidos a las empresas en los propios Tratados internacionales –tal sería el caso, por ejemplo, de los Acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones que les permiten demandar al Estado que ha podido menoscabar sus derechos- y los mecanismos o las herramientas de las que disponen las víctimas de la actuación de esas mismas empresas para poder reclamar a éstas directamente⁴⁴.

Como es bien sabido, los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre empresas y Derechos Humanos se asientan sobre tres pilares esenciales: el primero, el deber de los Estados de proteger los Derechos Humanos; el segundo, centrado en la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, y, en tercer y último lugar, la obligación de garantizar la existencia de mecanismos para que las víctimas obtengan reparación. En estas circunstancias en las que se está negociando un Tratado internacional sobre empresas y derechos humanos cabe plantear: 1) el alcance extraterritorial de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos en relación con el sector empresarial; 2) la posibilidad, la conveniencia y la oportunidad de que el nuevo Tratado que se está gestando en estos momentos explicita las obligaciones directas de las empresas en materia de derechos humanos; 3) la concreción de las obligaciones a las que se estaría haciendo referencia y por las que podría exigirse responsabilidad a las empresas según el Tratado.

⁴⁴ En esta línea, HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., RAMIRO, P., GONZÁLEZ, E., *El Tratado Internacional para controlar a las multinacionales, cada vez más lejos*, 18 de octubre de 2019, disponible en <https://www.cadtm.org/El-tratado-internacional-para-controlar-a-las-multinacionales-cada-vez-mas>.

1. El discutido, pero necesario, alcance extraterritorial de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos en relación con el sector empresarial.

Los Estados deben cumplir con la obligación de proteger los derechos humanos dentro de su territorio o en espacios sometidos a su jurisdicción. Esa obligación de proteger conlleva, como puso de relieve, por ejemplo, la Resolución aprobada por el Parlamento Europeo el 4 de octubre de 2018, el deber de regular, de tal modo que se garantice que todas las empresas domiciliadas en el territorio de la Unión o que se encuentren bajo su jurisdicción respeten los derechos humanos en todas sus operaciones, “también en sus filiales y empresas y entidades controladas a lo largo de su cadena de suministro en todo el mundo”⁴⁵. Ya el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales había señalado un año antes que los Estados partes en el Pacto tienen un conjunto de obligaciones en relación con el sector empresarial que no termina en sus fronteras. Es decir, los Estados partes “deben adoptar las medidas necesarias para prevenir las vulneraciones de los derechos humanos en el extranjero por empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción (ya se hubieran constituido con arreglo a su legislación o tuvieran su sede social, administración central o domicilio comercial principal en el territorio nacional), sin atentar a la soberanía ni menoscabar las obligaciones de los Estados anfitriones en virtud del Pacto”⁴⁶. El Comité afirmó sin ambages que las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto se expresan sin restricción alguna vinculada al territorio o la jurisdicción, pues “sería contradictorio que esa referencia permitiera que un Estado adoptara una actitud pasiva cuando un agente domiciliado en su territorio y/o bajo su jurisdicción y, por tanto, bajo su control o autoridad, perjudicara a los derechos de otras personas en otros Estados, o cuando la conducta de ese agente pudiera provocar que se causara un daño previsible”⁴⁷. De hecho, desde la otra perspectiva, desde la perspectiva de la protección de las empresas, el Proyecto de la CDI sobre protección diplomática aprobado en 2006 (artículo 9), y a los efectos de poder

⁴⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre la contribución de la Unión a un instrumento vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas con características transnacionales con respecto a los derechos humanos (2018/2763(RSP)), apartado D.

⁴⁶ Observación General núm. 24 (2017) 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, parágr. 26. En ese mismo sentido: ORELLANA, M., “Obligaciones extraterritoriales” por el Proyecto de la Iniciativa por el Tratado de la Red-DESC y FIDH, ESCR-Net FIDH, 25 de octubre de 2015. En contra de esta opinión, METHEVEN O’BRIEN, C., “The Home State Duty to Regulate the Human Rights Impacts of TNCs Abroad: A Rebuttal”, *Business and Human Rights Journal*, 3 (2018), pp. 47-73.

⁴⁷ Observación General núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos..., *op. cit.*, párr. 27. Estas ideas quedaron plasmadas en los Principios de Maastrich sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados el 28 de septiembre de 2011 por un grupo de 40 expertos en Derecho Internacional de todas las regiones del mundo, entre los que se incluyen miembros actuales o antiguos de los órganos de control de Naciones Unidas. Esos principios “aclaran las obligaciones extraterritoriales de los Estados, teniendo como base el derecho internacional vigente” (disponible en https://www.fidh.org/IMG/pdf/maastricht-eto-principles-es_web.pdf, p. 3). Ver igualmente Comentario a los Principios de Maastrich sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, elaborados por O. De Schutter, A. Eide, A. Khalfan, M. Orellana, M. Salomon y I. Seiderman, disponible en https://www.etoconsortium.org/nc/es/main-navigation/library/maastricht-principles/?tx_drblob_pi1%5BdownloadUid%5D=191.

ejercer la acción de protección en su favor, considera que una sociedad tiene la nacionalidad del Estado donde se constituyó, pero añade otras opciones “cuando la sociedad esté controlada por nacionales de otro Estado u otros Estados, no desarrolle negocios de importancia en el Estado en el que se constituyó y tenga la sede de su administración y su control financiero en otro Estado”, de ahí que concluyamos que el Estado debe ampliar su radio de acción no solo para proteger a las empresas sino también para hacerse responsable de los actos que éstas cometen en su territorio y también cuando los llevan a cabo bajo su jurisdicción.

A nuestro juicio, el Tratado sobre empresas y derechos humanos debe incluir explícitamente esta obligación de los Estados con el fin de garantizar su cumplimiento efectivo. En estos momentos, las cuatro versiones del texto de las que disponemos incluyen un párrafo preambular idéntico en el que se señala que “the primary obligation to respect, protect, fulfil and promote human rights and fundamental freedoms lie with the State, and that States must protect against human rights abuse by third parties, including business enterprises, within their territory or jurisdiction, or otherwise under their control, and ensure respect for and implementation of international human rights law”⁴⁸. En coherencia con ello, el artículo 6 de la tercera revisión del texto del Tratado reconoce el deber de los Estados de regular las actividades que las empresas realizan en su territorio, pero también las de las que actúan bajo su jurisdicción o de cualquier otra forma bajo su control, y en este sentido deben adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que todas esas empresas, incluidas por supuesto, las transnacionales y otras empresas que realicen actividades de esa misma naturaleza, respeten los derechos humanos internacionalmente reconocidos y prevengan y mitiguen la violación de derechos humanos realizadas por aquéllas. En esta misma línea, el artículo 8 del mismo texto, artículo al que más tarde nos referiremos en mayor profundidad, se refiere al deber de los Estados parte en el futuro Tratado de asegurar que su ordenamiento interno prevea un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas y naturales que realicen actividades empresariales en su territorio, bajo su jurisdicción o de cualquier otra forma bajo su control y que puedan suponer la vulneración de los derechos humanos. Todo ello supone un verdadero avance pues constituye el reconocimiento de la obligación de los Estados de actuar no solo en relación con las empresas domiciliadas en su territorio sino más ampliamente sobre aquellas que actúan bajo su jurisdicción o de cualquier otra forma bajo su control, fórmula ciertamente amplia en aras a la protección de los derechos de las personas frente a las actividades empresariales.

2. De la responsabilidad de las empresas al reconocimiento de obligaciones directas

El modelo según el cual solo los Estados están obligados internacionalmente en materia de derechos humanos permite a las empresas esgrimir que no tienen obligaciones propias en ese ámbito⁴⁹, de tal modo que si operan en un Estado con una legislación laxa, sus

⁴⁸ Párrafo preambular n° 7 de la tercera revisión del texto del Tratado (redacción prácticamente idéntica a la del mismo párrafo de la segunda revisión).

⁴⁹ ARNOLD, D.G., “Corporations and Human Rights Obligations”, *Business and Human Rights Journal*, 1 (2016), pp. 255-275; AUGENSTEIN, D., KINLEY, D., “When human rights ‘responsibilities’ become ‘duties’: the extra-territorial obligations of states that bind corporations”, *Human Rights Obligations of*

actos en violación de derechos esenciales como la vida, la integridad, la salud o la dignidad podrían quedar impunes. Ese modelo al que nos referimos supondría y supone en la práctica que las obligaciones de las empresas varían en función del Estado en el que operan, echando por tierra la idea de la existencia de unos derechos humanos universales, indivisibles, inalienables e interdependientes⁵⁰.

Como ya se ha señalado, el segundo de los pilares sobre los que se asientan los Principios Rectores de Naciones Unidas se refiere a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, pues “constituye una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas, dondequiera que operen. Existe con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos y no reduce esas obligaciones. Se trata de una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos”. Se habla de “responsabilidad” de respetar y no de “obligación” porque, en opinión del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales, John Ruggie, las actuales normas de derechos humanos no imponen obligaciones directas a las compañías⁵¹. En sentido contrario, autores como Bilchitz defienden que si, desde un punto de vista conceptual, los Estados deben asegurar que terceros –incluidas las empresas – cumplan con las obligaciones en materia de derechos humanos es porque esos terceros, también las empresas, están obligadas por sí mismas a cumplir con tales obligaciones. Y es que, “indeed, if the third parties were not bound by international law to comply with such requirements, then there would be no reason for the state to ensure that they do so. The state can only be required to enforce an obligation that is already recognized –expressly or implicitly- by the international treaties themselves. The logic of the state ‘duty to protect’ at international law thus necessarily entails the notion that non-state actors, including corporations have binding legal obligations with respect to the human rights contained in these treaties”⁵².

Además, existe una idea según la cual las obligaciones de las empresas serían obligaciones meramente negativas, es decir, obligación de no infringir, de no dañar. Sin embargo, autores como Bilchitz defienden hoy día que existen buenas razones por las que las corporaciones deben tener una gama más amplia de obligaciones en materia de derechos humanos, dado su importante poder y su capacidad para ser agentes de cambio

Business. Beyond the Corporate Responsibility to Respect ? (Ed. Surya Deva y D. Bilchitz) , Cambridge University Press, 2013, pp. 271-294, pp. 271 y 293 ; METHVEN O'BRIEN, C., “The Home State Duty to Regulate the Human Rights Impacts of TNCs Abroad: A Rebuttal”, *Business and Human Rights Journal*, 3 (2018), pp. 47-73; CLAPHAM, A., “Human Rights Obligations for Non-State Actors: Where are We now?”, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2641390.

⁵⁰ BILCHITZ, D. , *Obligaciones directas de empresas*, en Treaty Initiative ESCR-Net fidh, disponible en https://www.escri-net.org/sites/default/files/empresas_y_derechos_humanos- tienen_obligaciones.pdf.

⁵¹ A título meramente ilustrativo, 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, párr. 64-65; Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Empresa y derechos humanos: nuevas medidas para la puesta en práctica del marco "proteger, respetar y remediar", A/HRC/14/27, 9 de abril de 2010, párr. 55.

⁵² BILCHITZ, D., “The Necessity for a Business and Human Rights Treaty”, *Business and Human Rights Journal*, 1 (2016), pp. 203-227, p. 208.

y hacer efectivos los derechos humanos⁵³. Este autor sugiere que un órgano de control - como el Comité de Derechos Humanos en relación con el PIDCP-, por cierto, órgano ya previsto en el Proyecto de Tratado sobre empresas y derechos humanos –Comité Internacional de Expertos⁵⁴-, podría ayudar a interpretar todas estas cuestiones que venimos señalando⁵⁵.

Siendo ésta la situación y dada la falta de consenso sobre el particular, se ha planteado la necesidad de que el Tratado explicita la existencia de obligaciones directas para las empresas en materia de derechos humanos⁵⁶ con el fin de llenar la laguna que pudiera existir. Y es que ha llegado ya el momento de exigir que un agente con capacidad de vulnerar los derechos humanos asuma obligaciones directas en esa materia, pues no creemos que exista un impedimento legal para ello⁵⁷. De este modo, si el Estado incumpliera con la obligación de disciplinar el comportamiento de las empresas domiciliadas en su territorio, éstas no podrían alegar que no tienen obligaciones en materia de derechos humanos y podría exigírseles, como luego podremos poner de relieve, responsabilidad incluso en ausencia de la acción del Estado.

Pues bien, el preámbulo de la tercera revisión del Tratado –dando un importante paso con relación a la primera y segunda revisión en lo que ahora nos ocupa- se señala que “all business enterprises, regardless of their size, sector, location, operational context, ownership and structure have the obligation (en lugar de “responsability”)⁵⁸ to respect internationally recognized human rights, including by avoiding causing or contributing to human rights abuses through their own activities and addressing such abuses when they

⁵³ BILCHITZ, D., “Do corporations Have Positive Fundamental Rights Obligations?”, *Theoria*, 2010, pp. 11-26.

⁵⁴ Cualquiera de las versiones del Proyecto de Tratado objeto de estudio prevé la creación de un comité internacional de expertos (artículo 14 del Borrador cero, artículo 13 de la primera revisión del Proyecto y artículo 15 de la segunda y tercera revisión) cuyas funciones serían, desde hacer comentarios generales y recomendaciones sobre la interpretación y aplicación del Tratado, basados en el examen de los informes y de las informaciones recibidas por los Estados parte y otros “stakeholders”, o proporcionar apoyo a los Estados parte en la compilación y comunicación de la información requerida para la aplicación del Tratado, elaborar informes anuales sobre sus actividades, tanto para los Estados partes como para la AG de la ONU; recomendar a la AG que solicite al SG que ordene la elaboración de informes sobre cuestiones relacionadas con el Tratado, entre otras. Un importante número de delegaciones han pedido que se evalúe el coste que supone su creación así como si ello es realmente necesario, pues podía suponer la duplicación de la labor realizada por otros órganos de control de derechos humanos. Sin embargo, numerosas ONGs pidieron un marco más sólido, por ejemplo, otorgando al comité la competencia para resolver reclamaciones individuales, A/HRC/46/73, *op. cit.*, párr. 40.

⁵⁵ BILCHITZ, D., “The Necessity...”, *op. cit.*, p. 212.

⁵⁶ *Cfr.* entre otras las declaraciones de ONGs como *Centre for Applied Legal Studies* (octubre 2020) sobre el particular.

⁵⁷ *Vid.* la intervención de la prof. GUAMÁN en la 7ª sesión del grupo de trabajo en nombre de Institute for Policies Studies y Corporate Accountability (3ª reunión) <https://media.un.org/en/search/categories/meetings-events/human-rights-council/working-group-transnational-corporation>.

⁵⁸ Países como Estados Unidos, China, México, Brasil, Chile o Panamá han seguido defendiendo en el curso de la séptima sesión del grupo de trabajo la utilización del término “responsabilidad” de las empresas en lugar de la “obligación” de respetar los derechos humanos. *Cfr.* Draft Report of seventh session, *op. cit.*, propuestas al párrafo 11 del Preámbulo.

occur, as well as by preventing or mitigating human rights abuses that are directly linked to their operations, products or services by their business relationships”⁵⁹. En coherencia con ello, el artículo 2 de la tercera revisión, referido al objetivo del Tratado, ha añadido un nuevo apartado en el párrafo 1 en el que explicita que el objeto del mismo es, entre otros, clarificar y asegurar el respeto y el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos por parte de las empresas⁶⁰.

3. Delimitación de los derechos a los que alcanza el Tratado.

El Proyecto de Tratado objeto de estudio lleva por título “Instrumento jurídicamente vinculante para regular, en derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas”. La cuestión que cabe plantear es cuáles son los comportamientos o cuáles son las obligaciones que las empresas podrían vulnerar y por las que se les podría exigir responsabilidad, ya veremos más adelante de qué tipo.

Se han planteado al menos dos opciones: por un lado, la limitación del alcance del Tratado a las violaciones graves de los derechos humanos, aunque entendidas de forma más amplia que los crímenes cubiertos por el Estatuto de la Corte Penal Internacional⁶¹, opción que supone una severa limitación de su alcance pues una parte importante de las infracciones cometidas por las corporaciones no alcanzan la naturaleza de crimen internacional; por otro, la extensión del alcance a todos los instrumentos “fundamentales” en materia de derechos humanos, pues las empresas tienen capacidad para infringir casi todos si no todos los derechos humanos.

El Preámbulo de las distintas versiones del Proyecto de Tratado nos permite observar que en él se hace alusión a esta cuestión, en unos casos de manera más detallada, en otros de forma más sutil. Así, en todas las versiones se reafirma la universalidad, la indivisibilidad,

⁵⁹ Párrafo preambular n° 11 (PP11). Distintas ONGs pusieron de manifiesto en el seno de la 7ª sesión del grupo de trabajo, que debería desaparecer de ese párrafo la referencia a la obligación de mitigar la vulneración de los derechos humanos pues la obligación debe ser de respetar, de prevenir y de sancionar, con la final de erradicar fenómenos de tal naturaleza. En otro caso parecería admitirse un cierto nivel de violación de los derechos humanos por parte de las empresas.

⁶⁰ Artículo 2.1.b) de la tercera revisión del Tratado. La posición de la Unión Europea y Brasil ha sido contraria a la inclusión de toda referencia a obligaciones empresariales. *Draft Report on seventh session, op. cit.*, propuestas al artículo 2.1.b).

⁶¹ RUGGIE, J., *Closing Plenary Remarks, UN Forum Business and Human Rights*, 3 de diciembre de 2014, disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/ForumSession3/Submissions/JohnRuggie_SR_SG_B_HR.pdf. La argumentación de Ruggie se asentaba sobre varios argumentos: “because the severity of the abuses involved; because the underlying prohibitions already enjoy widespread consensus among states yet there remains considerable confusion about how they should be implemented in practice when it comes to legal persons; and because the knock-on effects for other aspects of the business and human rights agenda would be considerable”. Se ha propuesto incluso la modificación del Estatuto de la CPI con el propósito de permitir que la CPI pueda llegar a enjuiciar a las corporaciones responsables de los crímenes internacionales de su competencia. En este sentido, CLAPHAM, A., “Extending International Criminal Law Beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, 2008, p. 899-926.

la interdependencia y la interrelación de todos los derechos humanos, añadiendo en la última versión del texto la obligación de aplicarlos de manera no discriminatoria; se recuerda la Carta de Naciones Unidas y sus propósitos y principios -con mención expresa de los artículos 55 y 56 -. Profundizando más, el segundo párrafo del Preámbulo del Tratado recuerda los nueve “core” instrumentos internacionales de derechos humanos adoptados por Naciones Unidas⁶² y los ocho convenios fundamentales adoptados por la OIT⁶³; por su parte, el párrafo tercero hace lo propio con la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración sobre el derecho al Desarrollo, la Declaración y el Programa de Acción de Viena, la Declaración y el Programa de Acción de Durban, la Declaración de Naciones Unidas sobre los defensores de los derechos humanos⁶⁴, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, los Convenios relevantes adoptados por la OIT, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, así como todas las declaraciones acordadas internacionalmente en materia de derechos humanos⁶⁵.

Ahora bien, centrándonos ya en el articulado, fue el artículo 3 (“Scope”) del Borrador cero el que se refirió de un modo ciertamente amplio a esta cuestión cuando señaló que la convención “shall cover all international human rights and those rights recognized under domestic law”. En el seno del grupo de trabajo, un importante número de delegaciones defendió, en la línea de la disposición que acabamos de transcribir, que el Tratado debía cubrir todos los derechos internacionalmente reconocidos; sin embargo ya entonces algunas mantuvieron que no todos los derechos humanos eran universales, por lo que no todos debían ser incluidos⁶⁶. Dando un paso más, el artículo 3.3 de la primera revisión del Proyecto se limitaba a decir que el Tratado cubriría “all human rights”, esta

⁶² Los nueve tratados son : Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), Convención sobre los derechos del niño (1989), Convención Internacional para la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias (1990), Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006) y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006) (<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/coreinstruments.aspx>).

⁶³ A saber: Convenio n° 29 sobre el trabajo forzoso (1930), Convenio n° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948), Convenio n° 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949), Convenio n° 100 sobre la igualdad de remuneración (1951), Convenio n° 105 sobre abolición del trabajo forzoso (1957), Convenio n° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) (1958), Convenio n° 138 sobre la edad mínima (1973), Convenio n° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil (1999).

⁶⁴ Las delegaciones de Egipto, China e Irán propusieron en la última sesión del grupo de trabajo la eliminación de esta referencia a la Declaración de la ONU sobre los derechos de los defensores de los derechos humanos (*Draft Report on seventh session, op. cit.*, propuestas alternativas al PP3)

⁶⁵ Las delegaciones de Panamá y Cuba propusieron la inclusión de la referencia a la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, y las delegaciones de Bolivia, Panamá, Sudáfrica, Palestina y Cuba apoyaron la mención de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los campesinos y otras personas que trabajan en zonas rurales. *Ibidem*.

⁶⁶ Informe del tercer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HCR/37/67, 24 de enero de 2018, p. 11.

vez sin hacer referencia al derecho interno ni al internacional. En la tercera revisión del texto –cercana a la versión segunda, aunque no idéntica- señala que el Tratado cubrirá todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos internacionalmente vinculantes para los Estados Partes, incluidos los reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, todos los tratados internacionales fundamentales de derechos humanos y los convenios fundamentales de la OIT de los que el Estado es Parte y el derecho internacional consuetudinario.

En esa misma línea, el artículo 4.1, idéntico tanto en la segunda versión como en la tercera, referido a los derechos de las víctimas, señala que las víctimas de los “abusos” de derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales “shall enjoy all internationally recognized human rights and fundamental freedoms”, para proceder a concretar a continuación algunos de tales derechos (artículo 4.2) y terminar concluyendo “nothing in this provision shall be construed to derogate from any higher level or recognition and protection of any human rights of victims or other individuals under international, regional or national law”⁶⁷.

Pues bien, esta redacción ha sido objeto de importantes debates. Así, en el seno de la sexta sesión del grupo de trabajo, algunas delegaciones y algunas ONGs consideraron que el texto no era claro, y que podía dar lugar a distintas interpretaciones en distintos Estados, en particular en lo referido al sentido de “derechos humanos y libertades fundamentales internacionalmente reconocidos” o “derecho internacional consuetudinario”. De este modo, si bien algunos Estados defienden la eliminación de ese apartado, otros proponen la mejora de la redacción más en sintonía con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos⁶⁸, aunque desde nuestro punto de vista la redacción propuesta tiene un amplio alcance pues aun cuando la referencia a los Tratados de los que el Estado sea parte conlleva casi necesariamente una diferente situación en función de la posición del Estado en relación con los distintos Tratados, la mención al derecho consuetudinario podría colmar esa laguna⁶⁹. Es cierto que todo ello podría llevar a problemas de interpretación, pero esos problemas podrían ser resueltos por el órgano de control, el Comité Internacional de Expertos, al que nos hemos referido anteriormente, que se propone crear en el marco de la propuesta de Tratado objeto de estudio, al estilo de la labor realizada, por ejemplo, por el Comité de Derechos Humanos.

⁶⁷ Artículo 4.3 de la tercera versión del texto (prácticamente idéntica a la segunda revisión salvo por la omisión en éste de la referencia a las normas internacionales regionales)

⁶⁸ A/HRC/46/73, *op. cit.*, párr. 24. Defendiendo esta posición, CIDSE, *Contribución al Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, octubre de 2019, disponible https://www.tecnologialibredeconflicto.org/wp-content/uploads/2018/04/CIDSE-submission_Treaty_Feb-2018.pdf, p. 7.

⁶⁹ La propuesta realizada por la Campaña Global incluye un conjunto detallado de obligaciones directas para las empresas transnacionales, concretadas en 36 párrafos, cfr. *Tratado sobre empresas transnacionales y sus cadenas de suministro con respecto a los derechos humanos. Propuesta de texto. Campaña mundial para reclamar la soberanía de los pueblos, dismantlar el poder corporativo y poner fin a la impunidad*, octubre 2017, Parte II.

Por último, desde distintas ONGs se ha solicitado la inclusión en el Tratado de una referencia expresa a la primacía de las obligaciones en materia de derechos humanos sobre cualquier otro instrumento jurídico internacional⁷⁰, en la línea de lo establecido en el Principio Rector número 9 cuando señalaba que “los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión”⁷¹.

El documento titulado Elementos para el Proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas respecto a los derechos humanos reconoció en la sección referida a los Principios (1.2) la primacía de los derechos humanos sobre cualquier Tratado comercial o de inversiones. Por su parte, el Borrador Cero incluía en su artículo 13 dos apartados en los que se señalaba, en primer lugar (apartado 6) que los Estados parte se comprometían a que los futuros acuerdos de comercio e inversión no contendrían disposiciones que pudieran entrar en conflicto con las del Tratado sobre empresas y derechos humanos, debiendo garantizar la defensa de estos últimos, en el contexto de las actividades empresariales de las partes que se beneficiaran de tales acuerdos; en segundo lugar (apartado 7), se afirmaba que los Estados partes coincidían en que los acuerdos de comercio e inversión, tanto los existentes como los que se pudieran llegar a celebrar, se debían interpretar de la manera menos restrictiva posible en cuanto a la capacidad de respetar y hacer respetar sus obligaciones en virtud de la presente convención.

Algunos Estados criticaron estas disposiciones durante la cuarta sesión del Grupo de Trabajo pues entendieron que podía haber serios conflictos entre las obligaciones derivadas del Tratado objeto de estudio con las derivadas de los Tratados de comercio e inversión; otros Estados, incluso se oponían a la superioridad de las obligaciones en materia de derechos humanos⁷². Ello hizo que en la primera revisión del Proyecto de Tratado se simplificaran esos párrafos en uno solo, el párrafo 6 del artículo 12, en el que se venía a señalar que los Estados parte acordaban que cualquier tratado bilateral o multilateral, incluyendo acuerdos regionales o subregionales, sobre cuestiones relevantes relacionadas con este Tratado y sus protocolos, deberían ser compatibles e interpretarse de acuerdo con sus obligaciones de conformidad con el Tratado objeto de estudio.

⁷⁰ Declaración de la campaña global sobre el segundo borrador revisado del Tratado vinculante, 27 de agosto de 2020), disponible en <https://www.stopcorporateimpunity.org/2do-borrador-revisado-del-tratado-vinculante-declaracion-de-la-campana-global/?lang=es>. En el mismo sentido, ESCR-Net FIDH, *Ten Key Proposals for the Treaty. A legal Resource for Advocates and Diplomats Engagin with the UN Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, Octubre 2017, p. 17.

⁷¹ Para un estudio de la cuestión, JACOB, M., “International Investment Agreements and Human Rights”, *INEF Research Paper Series on Human Rights, Corporate Responsibility and Sustainable Development*, 2010, disponible en https://www.uni-due.de/imperia/md/content/inef/mune_03.2010.pdf; DUPUY, P.M. y otros (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009; SUDA, R., “The effect of Bilateral Investment Treaties in Human Rights Enforcement and Realization”, en De Schutter, O. (Ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart, 2006.

⁷² *Informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos sobre su cuarto período de sesiones*, A/HRC/40/48, 2 de enero de 2019, párr. 19.

La segunda y la tercera revisión del Proyecto de Tratado incluyen en el artículo 14.5 dos párrafos –ambos discutidos por las delegaciones de Estados como Brasil, Panamá, Egipto, Pakistán o Irán-: el primero (a), que toma como modelo el párrafo de la versión primera revisión, si bien especifica que se está refiriendo, entre otros, a los acuerdos de comercio e inversiones, y matiza aún más, pues señala que deberán ser interpretados y aplicados de manera que no minen o limiten su capacidad de cumplir las obligaciones derivadas del Tratado sobre empresas y derechos humanos y sus protocolos, así como otros Tratados relevantes en materia de derechos humanos. Por tanto, estas versiones son más comprometidas en términos de protección de los derechos humanos⁷³. Por otro lado, el segundo párrafo, el b), señala que cualquier nuevo acuerdo bilateral o multilateral en materia de comercio e inversiones debe ser compatible con las obligaciones en materia de derechos humanos de los Estados parte en el Tratado sobre empresas y derechos humanos, así como de otros convenios e instrumentos relevantes en materia de derechos humanos⁷⁴.

Como ya apunto Cantú, “la mejor forma de lograr ese equilibrio entre derechos humanos y derechos de los inversionistas ocurriría a través de la renegociación de los tratados bilaterales de inversión existentes, de forma que se inserte una cláusula convencional que establezca una excepción regulatoria a favor del Estado para aquellos casos que pudieran generar impactos negativos en los derechos humanos por parte de los inversionistas. Lo mismo ocurriría con los Tratados que aparezcan en el futuro, donde de mucha conveniencia sería contar con una evaluación previa a la ratificación del instrumento para medir los posibles impactos en la capacidad regulatoria del Estado y, por consecuencia, en su capacidad de protección de los derechos humanos”⁷⁵.

⁷³ La delegación palestina fue más allá en la 7ª sesión del grupo de trabajo proponiendo una redacción que exigiría la revisión de todos los tratados en materia de inversión: “All existing bilateral or multilateral agreements, including regional or sub- agreements, shall be reviewed, adapted and implemented in compliance with and in a manner that does not undermine” las obligaciones derivadas del Tratado objeto de negociación, sus protocolos, así como cualquier otras convenciones en materia de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. Propuesta de redacción de Palestina al párrafo 5 del artículo 14. *Draft Report on the seventh session, op. cit.*, propuesta alternativa de redacción al artículo 14.5. a).

⁷⁴ En coherencia con la propuesta de redacción del párrafo a), la delegación palestina propuso una redacción del párrafo b) según la cual todos los tratados bilaterales o multilaterales -y no solo a los nuevos tratados que puedan celebrarse- deben ser compatibles con las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos derivados del Tratado sobre empresas y derechos humanos, *Ibid.*, propuesta alternativa de redacción al artículo 14.5.b).

⁷⁵ CANTÚ RIVERA, H., “¿Hacia un tratado internacional sobre...”, *op. cit.*, p. 446.

IV. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES

Es un debate ya clásico el referido al tipo de responsabilidad en el que pueden incurrir las personas jurídicas, o dicho de otro modo, la posibilidad de que se les pueda exigir responsabilidad, no solo civil o administrativa, sino también penal. En este sentido conviene abordar las propuestas que el grupo de trabajo está poniendo sobre la mesa de cara a la elaboración del Tratado sobre empresas y derechos humanos⁷⁶.

La tercera revisión del Proyecto de Tratado de agosto de 2021 establece en su artículo 8.1 la obligación de los Estados de regular en su legislación nacional un sistema comprensivo y adecuado de responsabilidad de las personas jurídicas y de las naturales que conducen las actividades empresariales en su territorio o bajo su jurisdicción o de otra forma bajo su control, por la violación de derechos humanos que pueden derivarse de la actividad empresarial o de sus relaciones empresariales.

Esta disposición nos sugiere algunas reflexiones. En primer lugar, en relación con la exigencia de que los Estados prevean en su legislación nacional la responsabilidad tanto de las personas jurídicas como de las personas naturales “que conduzcan las actividades empresariales”⁷⁷ –algo que luego se reiterará respecto de la sanción y la reparación– consideramos que sería más oportuno separar con claridad responsabilidad de personas físicas y de personas jurídicas, pues las reglas a las que quedan sometidas unas y otras no son las mismas, por lo que convendría abordar su regulación en distintos artículos del Tratado. En segundo lugar, y centrándonos en la obligación de los Estados de regular la responsabilidad de las personas jurídicas, que es la que verdaderamente genera más controversia, conviene resaltar que ésta se extiende no solo a las empresas que conduzcan sus actividades en su territorio sino también a las que operan bajo su jurisdicción o de cualquier otra manera bajo su control⁷⁸. De esta forma, se amplía de una manera ciertamente interesante el radio de acción de la legislación estatal, no quedando restringida su aplicación a las empresas domiciliadas dentro de los límites territoriales del Estado. Y no solo eso, sino que el artículo 8.1 señala que la violación de los derechos humanos puede provenir de las actividades de la empresa o de las relaciones comerciales o empresariales que ésta mantenga. Este “añadido” fue criticado por algunos Estados y también por algunas organizaciones empresariales por entender que las empresas podían acabar siendo responsables por daños causados por terceros con los que pueden no mantener una relación directa, de ahí que defiendan la expresión “relación contractual”

⁷⁶ Artículos 10 del Borrador cero, 6 de la primera revisión y 8 de la segunda.

⁷⁷ Los párrafos 2 y 3 del artículo 8 advierten que la responsabilidad legal de las personas jurídicas existe sin perjuicio de la responsabilidad de las personas naturales, y que la responsabilidad civil es independiente de la responsabilidad penal por los mismos actos.

⁷⁸ “State Parties shall ensure that their domestic law provides for a comprehensive and adequate system of legal liability of legal and natural persons conducting business activities, domiciled or operating within their territory or jurisdiction, or otherwise under their control, for human rights abuses that may arise from their own business activities, including those of transnational character, or from their business relationship”.

más que “relación comercial o empresarial”⁷⁹. Sin embargo, esta referencia parece ya consolidada tanto en las versiones de agosto de 2020 como en la de 2021, algo que a nuestro juicio debe celebrarse pues se ajusta más a la realidad del mundo de los negocios -no todo se formaliza a través de una relación contractual explícita- y se evita así una inconveniente limitación del alcance del Tratado.

Particular mención merece el tratamiento que se ha de dar a las violaciones de derechos humanos que puedan cometer las empresas y que puedan alcanzar un nivel de gravedad tal que constituyan auténticos crímenes internacionales. Pues bien, el artículo 6.7 de la primera revisión del Proyecto 2019 decía que los Estados partes debían asegurar que su legislación nacional contemplara la responsabilidad civil, penal o administrativa de las personas jurídicas por toda una serie de delitos -hasta un total de 11-, entre los que se encontraban los crímenes de guerra, contra la humanidad y genocidio, tal y como están definidos en el Estatuto de Roma, la tortura y los tratos crueles inhumanos o degradantes, definidos en el Convenio contra la Tortura, la desaparición forzada, la ejecución extrajudicial, el trabajo forzoso, el uso de niños soldados, el desalojo forzoso, la esclavitud y otras formas contemporáneas de trabajo en condiciones de esclavitud, el desplazamiento forzado, la trata de personas incluida la explotación sexual y la violencia sexual y de género, todo ello con referencia específica a los instrumentos internacionales que los definen.

Sin embargo, esta disposición fue objeto de intensos debates en el curso del quinto período de sesiones del grupo de trabajo. Muchas delegaciones y organizaciones acogieron muy positivamente el listado de infracciones que darían lugar a la responsabilidad, si bien no quedó claro si se trataba de una lista cerrada o si, como muchos defendieron, debía ser una lista abierta que permitiera la flexibilidad necesaria para adaptarse a futuras modificaciones jurídicas. Hubo incluso propuestas consistentes en incluir otros delitos como los ambientales, la corrupción, o la financiación del terrorismo, por ejemplo. Es cierto, sin embargo, que varias delegaciones mostraron su rechazo a la disposición, tal y como había quedado redactada. Y los argumentos eran diversos, pero el principal era el hecho de incluir delitos por referencia a Tratados que no todos los Estados habían aceptado –tal sería el caso del Estatuto de la Corte Penal Internacional o el Convenio para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas⁸⁰.

La realidad es que la disposición a la que nos acabamos de referir desapareció como tal en la segunda revisión del Proyecto de Tratado –también de la tercera- y en su lugar se incluye en el artículo 8.8 de la tercera revisión (8.9 de la segunda) la referencia genérica al deber de los Estados de velar por que su derecho interno prevea la responsabilidad penal o la responsabilidad “functionally equivalent” de las personas jurídicas por la

⁷⁹ Informe sobre el quinto período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas respecto a los derechos humanos, A/HRC/43/55, p. 14. En esta línea, CIDSE, *Contribución al Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, octubre de 2019, disponible https://www.tecnologia Libre de conflicto.org/wp-content/uploads/2018/04/CIDSE-submission_Treaty_Feb-2018.pdf

⁸⁰ A/HRC/43/55, *op. cit.*, p. 15.

violación de los derechos humanos que alcancen la categoría de “criminal offenses” según el derecho internacional de los derechos humanos que vinculan a los Estados parte, el derecho consuetudinario o su derecho interno, pero sin especificar nada más. En todo caso, la responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la responsabilidad penal de las personas naturales que hayan cometido las conductas según el derecho interno⁸¹, de la misma forma que la responsabilidad del Estado por un crimen como el genocidio, por ejemplo, no excluye la responsabilidad penal internacional del individuo responsable de tal conducta y viceversa.

Dando un paso más, el texto establece que los Estados deben adoptar las medidas legales y de otro tipo que sean necesarias para asegurar que su ordenamiento establezca sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas, ya sean de carácter penal, civil y/o administrativo, cuando las personas naturales o jurídicas hayan causado o contribuido a causar una violación de los derechos humanos⁸². Como se puede apreciar, la propuesta exige adoptar medidas legales para exigir responsabilidad no solo por la violación de los derechos humanos, sino también por contribuir a ello, tratando de cerrar así el círculo de los posibles comportamientos que pueden llevar a cabo las empresas. Además, la disposición no obliga a exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas, pues es evidente que son muchos los Estados que no contemplan esta posibilidad en su sistema jurídico⁸³. A nuestro juicio, es indudable la responsabilidad penal en la que pueden incurrir los directivos de las empresas, pero mantenemos nuestras reservas sobre la conveniencia de la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, habida cuenta de la falta de acuerdo sobre el particular entre los distintos Estados⁸⁴. Es por ello que la fórmula elegida -una fórmula flexible- resulta adecuada si lo que se pretende es que el Tratado concite el mayor consenso posible y su entrada en vigor sea una realidad algún día.

Una consecuencia lógica de la determinación de la existencia de responsabilidad es la obligación de reparar. En ello se detiene también la disposición que estamos abordando

⁸¹ Artículo 8.9 de la tercera revisión, 8.10 de la segunda.

⁸² Artículo 8.3 de la tercera revisión del Proyecto de Tratado, casi idéntico al artículo 8.4 de la segunda revisión salvo por el hecho de que aquél incluye un importante matiz: la referencia a la responsabilidad civil, y no solo la penal y la administrativa.

⁸³ En una línea similar, el artículo 10.12 del Borrador Cero se decía literalmente “in the event that, under the legal system of a Party, criminal responsibility is not applicable to legal persons, that party shall ensure that legal persons shall be subject to effective, proportionate and dissuasive non-criminal sanctions, including monetary sanctions or other administrative sanctions, for acts covered under the previous two paragraphs”). Algunas ONGs -como Brazilian AIDS Interdisciplinary Association, que coordina a 17 ONGs de Brasil- defendieron la existencia de obligaciones directas de las ETN y la responsabilidad penal internacional de éstas, pues la responsabilidad civil no es suficiente y no disuade de la comisión de violaciones de derechos humanos (ANEXOS a la sexta reunión del grupo de trabajo, disponibles en la web). En una línea similar se manifestó el *Centre for Applied Legal Studies*. Los beneficios de ello serían: “a. It would not depend on states –offer with weak capacity- to domesticate any obligations; b. It would provide a clear indication that businesses are bound by fundamental rights; c. It would provide a standard to address new forms of violations”.

⁸⁴ STEWART, J.G., “A pragmatic Critique of Corporate Criminal Theory: Lessons from the Extremity”, *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, 2012, n° 12-54. En relación con la regulación de esta cuestión en nuestro ordenamiento vid. GARCÍA MOSQUERA, M., “La personalidad jurídica de empresas transnacionales como requisito de la responsabilidad penal del art 31 BIS CP. Consideraciones en el contexto de la Unión Europea”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIII (2013), pp. 321-368.

(artículo 8.4 de la tercera revisión) cuando prevé la obligación de los Estados de establecer medidas legales internas con el fin de asegurar una reparación -adecuada, pronta, efectiva y sensible al género- a favor de las víctimas de las violaciones de derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales.

Evidentemente, la reparación debe ser ofrecida por quien ha incurrido en responsabilidad, esto es, la persona natural o jurídica que haya infringido los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales. Es por ello que si hubiera sido el Estado el que hubiera adelantado la reparación a la víctima, la empresa deberá devolver al Estado la cantidad adelantada⁸⁵. En este orden de cosas resulta muy oportuna la previsión contenida en la tercera revisión del Proyecto de Tratado según la cual los Estados deben requerir – y no “pueden requerir” como se preveía en la segunda revisión del texto-⁸⁶ a las personas naturales o jurídicas que conduzcan sus negocios en su territorio o jurisdicción, que establezcan y mantengan seguridades financieras (“financial security”), tales como seguros u otras garantías para cubrir potenciales demandas de indemnización, evitando así situaciones de insolvencia y, en consecuencia, de ausencia de reparación a las víctimas.

En sintonía con los Principios Rectores, el Proyecto de Tratado reconoce la obligación de las empresas de adoptar medidas con el fin de prevenir la comisión de actos que supongan la violación de los derechos humanos, de ahí que establezca la obligación de los Estados parte de asegurarse de que su legislación prevea la responsabilidad en el caso de que las personas físicas o jurídicas no adopten medidas de prevención en la actuación de otras personas naturales o jurídicas, cuando aquellas controlen, dirijan o supervisen las actividades de esa persona natural o jurídica causante de la violación de los derechos humanos, o cuando deberían haber previsto el riesgo de violación de derechos humanos en la conducción de sus actividades, o en sus relaciones comerciales⁸⁷. No obstante, tal y como se desprende del artículo 8.7 de la tercera revisión del Proyecto, el cumplimiento de la diligencia debida en materia de derechos humanos no exime automáticamente de responsabilidad a una persona natural o jurídica que dirija las actividades empresariales

⁸⁵ Artículo 8.4 de la Tercera revisión, 8.3 de la segunda.

⁸⁶ Artículo 8.5 de la Tercera revisión del Proyecto de Tratado, 8.4 de la segunda, pero con el importante matiz de la sustitución del poder por deber del Estado, circunstancia que ha llevado a las delegaciones brasileña y china a mantener su oposición, particularmente la delegación brasileña que defiende su supresión total.

⁸⁷ Artículo 8.6 de la tercera revisión, 8.7 de la segunda revisión (muy similar al mismo tiempo al artículo 6.6 de la primera revisión del Proyecto). Sobre la diligencia debida, GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: De la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos”, *Revista jurídica de los Derechos Sociales. Lex Social*, julio – diciembre 2018, Vol. 8 núm 2/2018. Recientemente, los Parlamentos noruego y alemán han aprobado sendas leyes de diligencia debida obligatoria de las empresas: la Ley de Transparencia Empresarial y Trabajo con Derechos Humanos básicos y Trabajo Decentes (Ley de Transparencia), en el caso de Noruega, y la Ley de Diligencia debida en la cadena de suministro, en el caso de Alemania, leyes ambas celebradas, si bien con ciertas reservas, por Amnistía Internacional, cfr. <https://www.amnesty.eu/news/german-supply-chain-law-step-in-the-right-direction-yet-still-failing-victims/>. En el ámbito de los derechos humanos de carácter laboral, véase el monográfico de la *Revista Trabajo y Derecho*, nº 14 (Noviembre 2021) titulado *Diligencia debida en materia de derechos humanos laborales*.

si ha causado o contribuido a causar la violación de los derechos humanos o si, pese a las medidas de diligencia, no ha impedido tales conductas. Eso es algo que decidirá el tribunal u otra autoridad competente tras el examen concreto de la situación⁸⁸. Es evidente que en tales circunstancias las medidas de diligencia debida adoptadas por la empresa no han sido ni mucho menos las adecuadas.

V. COMPETENCIA JURISDICCIONAL PARA CONOCER DE LAS RECLAMACIONES CONTRA LAS EMPRESAS MULTINACIONALES

Como se ha señalado a lo largo del presente trabajo y es bien conocido, las víctimas de la conculcación de sus derechos por parte de empresas se encuentran en muchas ocasiones ante una situación en la que les resulta muy difícil, si no prácticamente imposible, plantear una reclamación por razones diversas como el hecho de encontrarse ante una maraña empresarial en la que les resulta ciertamente complicado conocer la estructura de la empresa a la que reclamar, o, incluso llegando a identificar a una empresa como responsable de la vulneración de sus derechos ésta carece de los recursos financieros necesarios para hacer frente a las indemnizaciones o, algo también muy habitual, simplemente el sistema legal del Estado en el que la empresa responsable tiene su sede resulta completamente débil frente a éstas y la protección de las víctimas es una mera ficción. Incluso suele ocurrir que los tribunales ante los que llegan a plantear la demanda rechazan la reclamación por entender que no son competentes para conocer de la misma⁸⁹. La propia estructura de una empresa multinacional determina que en la mayoría de los casos ningún Estado tenga jurisdicción sobre la totalidad de la misma, sino que son distintos Estados los que tienen jurisdicción sobre las empresas que la conforman⁹⁰. Cada empresa tiene su propia personalidad jurídica, una personalidad separada de la de sus accionistas y directivos, pero también separada de la de sus filiales, subsidiarias, proveedoras, etc., de ahí que se haya propuesto por parte de algunos autores que los tribunales puedan proceder al levantamiento del velo si se llega a probar que la filial no es sino “una marioneta” de la empresa matriz, pero eso es algo que suele resultar muy difícil de probar a las víctimas⁹¹; por ese motivo, se ha propuesto que el Tratado “aliente a los Estados a reconocer todas las empresas de un mismo grupo como una sola ‘empresa’ a efectos de los juicios relativos a los derechos humanos”⁹². Sin embargo, este principio es reconocido por un reducido número de Estados, por lo que generará el rechazo en el resto y en las propias empresas transnacionales.

⁸⁸ Artículo 8.7 de la tercera revisión del Proyecto de Tratado (8.8 de la segunda). La delegación china sigue mostrando sus reservas a esta disposición, *Draft Report on seventh session, op. cit.*, comentario al artículo 8.7 de la tercera revisión.

⁸⁹ DEVA, S., “La responsabilidad de la empresa matriz”, Documento informativo de consulta, ESCR-Net fidh, p. 1.

⁹⁰ Amnistía Internacional, *Injusticia, S. A. Los abusos empresariales y el derecho humano a un recurso*, 2014, p. 14.

⁹¹ En este sentido, DEVA, S., “La responsabilidad de la empresa matriz...”, *op. cit.*, p. 3.

⁹² *Ibid.*, p. 3. En esta línea, Amnistía Internacional ha señalado que “aunque las ventajas de la personalidad jurídica propia son necesarias, ha llegado el momento de imponer a éstas garantías jurídicas, ciertas limitaciones en beneficio del interés público y de proteger el marco internacional de derechos humanos”, *Injusticia, S.A...., op. cit.*, p. 15.

A la vista de todas estas consideraciones, es oportuno analizar las disposiciones del Proyecto de Tratado relativas a la cuestión de la jurisdicción o las jurisdicciones competentes para conocer de este tipo de demandas.

1. La competencia de los Tribunales internos.

Más allá de las propuestas de algunas delegaciones y ONGs defendiendo la aplicación del jurisdicción universal ante las violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas transnacionales, o la creación de un Tribunal Internacional con este fin⁹³, las distintas versiones del Proyecto de Tratado contienen una disposición en la que se hace referencia a la competencia jurisdiccional (*Adjudicative Jurisdiction*)⁹⁴.

Pues bien, las demandas planteadas por las víctimas, con independencia de su nacionalidad o domicilio, que deriven de acciones u omisiones que resulten de la violación de los derechos humanos cubiertas por el Tratado deben ser estudiadas en los tribunales de uno de los siguientes Estados: la primera posibilidad contemplada en los cuatro textos de los que disponemos es la que reside sobre los tribunales del Estado en el que tuvo lugar la violación de los derechos humanos⁹⁵ –a lo que la tercera revisión añade los tribunales del Estado en el que la vulneración de los derechos humanos produce sus efectos⁹⁶-. Si bien es cierto que los tribunales del Estado en el que se produce la vulneración puede no servir de mucho en ocasiones debido al bajo nivel de protección de los derechos humanos en los Estados en los que operan las empresas que desarrollan actividades transnacionales, la inclusión de la referencia al Estado en el que se producen los efectos de la vulneración podría incrementar sustancialmente el número de Estados competentes, como podría ocurrir en el caso de que la actividad empresarial produzca graves daños al medio ambiente.

En segundo lugar, podrían ser competentes para conocer de la reclamación de que se trate los tribunales del Estado en el que ocurrió la acción u omisión que contribuyó a la violación, expresión esta última, la de la “contribución”, que podría abrir distintas posibilidades si se llegara a interpretar que la empresa matriz ha podido contribuir de alguna forma, ya sea por acción o por omisión, a la violación de los derechos humanos cometidas por sus filiales, proveedores, etc. Esta opción es una novedad aparecida en la segunda revisión del texto y que amplía sustancialmente la competencia de los Estados, particularmente los Estados del primer mundo.

En tercer lugar, se reconoce algo que ya contemplaban tanto el Borrador cero del Proyecto como la primera revisión, esto es, la competencia de los tribunales del Estado donde tiene su domicilio la persona natural o jurídica que supuestamente ha cometido la acción u omisión, pero añadiendo también los tribunales del Estado donde tiene su domicilio la persona natural o jurídica que ha contribuido a la violación de los derechos humanos en

⁹³ A/HRC/43/55, *op. cit.*, p.15-16, p. 16.

⁹⁴ Artículo 5 del Borrador cero, 7 de la primera revisión del texto y 9 de la segunda y la tercera revisión.

⁹⁵ Incluido en las cuatro versiones del texto, artículo 5.1 a) del Borrador cero, artículo 7.1 a) de la primera revisión y artículo 9.1 a) de la segunda.

⁹⁶ Artículo 9.1.a) de la tercera revisión.

el contexto de las actividades empresariales. Es probable que las filiales, dado que son empresas autónomas, con personalidad jurídica propia, tendrán su domicilio en el Estado en el que operan, así que de poco servirá, pues a efectos prácticos el primer y el tercer punto de conexión podrían llevarnos al mismo foro, no especialmente protector. Sin embargo, conviene no dejar pasar la referencia a la competencia de los tribunales del Estado en el que está domiciliada la persona natural o jurídica que “ha contribuido” al abuso de los derechos humanos, pues ello podría conducir de nuevo a la empresa matriz.

En cuarto y último lugar, la tercera revisión del texto retoma un último punto de conexión como es el de los tribunales del Estado del que es nacional la víctima de la vulneración de sus derechos o donde ésta esté domiciliada⁹⁷. Aunque es muy posible que coincidan en muchas ocasiones el lugar de comisión y el de nacionalidad y domicilio de la víctima, es cierto que no tiene por qué ser así, de manera que este último “añadido”, incluido en la tercera revisión del texto, podría ampliar el abanico de Estados competentes para conocer de la vulneración de los derechos cometidas por las empresas.

Sin embargo, sigue sin existir consenso en torno a la conveniencia de que puedan ejercer la jurisdicción los tribunales de un Estado en el que los hechos no hayan tenido lugar⁹⁸. De hecho, en el curso de la sexta sesión del grupo de trabajo la redacción de la disposición en estos términos puso de manifiesto una clara diversidad de opiniones: por un lado, quienes entienden que podría otorgar competencia a un abanico demasiado amplio de Estados, por otro, quienes la consideran apropiada para hacer frente a los problemas de las víctimas para acceder a la justicia en ese contexto⁹⁹.

El párrafo tercero del artículo 9 del Proyecto revisado por segunda vez incluyó una disposición de gran interés pues advertía que cuando las víctimas optaran por presentar una demanda ante uno de los tribunales mencionados, la jurisdicción sería obligatoria y, por lo tanto, no la denegarían sobre la base del *forum non conveniens*¹⁰⁰, algo que sigue preocupando a algunos Estados, al igual que la posibilidad de que se celebren procedimientos simultáneos en distintos Estados, de ahí que planteen la necesidad de incluir disposiciones relacionadas con los conflictos de competencia y el principio de cosa juzgada¹⁰¹. La redacción de esta disposición en la tercera revisión del texto ha sido modificada pero se mantiene la esencia y quizás incluso puede ser más clara y expresiva que la anterior, pues se señala que los tribunales con jurisdicción sobre la base de lo dispuesto en los artículo 9.1 y 9.2 deberán evitar la imposición de obstáculos legales, incluida la doctrina del *forum non conveniens*, para iniciar procedimientos que permitan

⁹⁷ Artículo 9.1. d) de la tercera revisión.

⁹⁸ Críticas de distinto tipo: desde que podrían plantearse conflictos de competencia entre las diferentes jurisdicciones, a la consideración como inadecuado que los demandantes elijan el foro más conveniente, pues “ampliar la jurisdicción de manera generalizada podría violar los principios de igualdad soberana e integridad territorial”, A/HRC/43/55, *op. cit.*, p.15-16).

⁹⁹ A/HRC/46/73, *op. cit.*, párr. 34.

¹⁰⁰ Esa cuestión fue la respuesta a las demandas de distintas delegaciones y ONGs en el sentido de que se prohibiera la doctrina del *forum non conveniens*, A/HRC/43/55, *op. cit.*, p. 16. Así lo exigió Amnistía Internacional, *Injusticia, S.A....*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰¹ A/HRC/46/73, *op. cit.*, párr. 34.

a las víctimas obtener justicia y reparación por las violaciones de derechos humanos que hubieran sufrido.

A los efectos de determinar el domicilio, el párrafo 2 del artículo 9 de la tercera revisión del texto señala –como lo hacía el mismo artículo de la segunda revisión y el 7.3 de la primera- que, sin perjuicio de otra definición más amplia de domicilio que se pueda establecer en otro instrumento internacional o en la legislación nacional, una persona jurídica que realice actividades comerciales de carácter transnacional, “including through their business relationships” se considera domiciliada en el lugar donde tiene uno de los siguientes elementos, lo que ha supuesto una cierta ampliación de miras en relación con las versiones anteriores: a) Su registro legal (*place of incorporation or registration*), o b) Lugar en el que se encuentran los principales activos u operaciones (*place where the principal assets or operations are located*), c) Administración central o gestión (*central administration or management*), o d) Lugar donde desarrolla principalmente sus negocios o actividad de manera regular (*principal place of business or activity on a regular basis*). El borrador cero incluía una opción, ciertamente amplia, descartada en las demás versiones, según la cual se podía entender por domicilio el lugar en el que la empresa tuviera “subsidiary, agency, instrumentality, branch, representative office or the like”¹⁰². Como decíamos esta opción ha desaparecido como tal de la redacción propuesta en la primera y en la segunda revisión, pero podríamos entender que ello quedaría suplido con la referencia actual a la responsabilidad de las empresas que cometen y de las que contribuyen a cometer los actos que infringen los derechos humanos.

Finalmente, conviene apuntar que el último apartado del artículo 9 de la tercera revisión –perfeccionando la redacción de esta misma disposición en la versión segunda del Proyecto- incluye el *forum necessitatis* pues reconoce la competencia de los tribunales sobre las demandas presentadas contra una persona natural o jurídica no domiciliada en el territorio del Estado del foro, si no se dispone de otro foro eficaz que garantice un proceso judicial justo y existe una conexión con el Estado Parte interesado, traducida en la presencia del reclamante en el territorio del Estado del foro, la presencia en ese mismo foro de activos del demandado o la realización de actividades sustanciales en ese foro por parte del demandado¹⁰³. De este modo, y frente a la redacción de la segunda revisión que dejaba en el aire qué habría de entenderse por “sufficiently close connection to the State Party concerned”, la actual redacción lo concreta abriendo amplias posibilidades de actuación a los tribunales del Estado en el que la demanda se plantee¹⁰⁴.

¹⁰² Artículo 5, párrafo 3 del Borrador cero.

¹⁰³ Sobre el *Forum Necessitatis*, cfr. FERNANDEZ ROZAS, J.C., “Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional: el *forum necessitatis*”, *Desarrollos modernos del Derecho Internacional Privado: Libro Homenaje al Dr. Leonel Pereznieta Castro* (Rojas Amandi, V. Coord.), 2017, pp. 229-286, disponible en <https://fernandezrozas.files.wordpress.com/2017/12/jc-fernc3a1ndez-rozas-forum-necessitatis.pdf>; MARULLO, M.C., “La lucha contra la impunidad: el Foro Necessitatis”, *InDret* 3/2015, disponible en <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1154.pdf>.

¹⁰⁴ Artículo 9.5 de la tercera revisión, apoyada por la delegación palestina y rechazada por Brasil y China (*Draft Report on seventh session, op. cit.*, posiciones a la redacción al artículo 9.5).

2. La competencia de un Tribunal Internacional.

Desde distintas instancias se ha venido defendiendo la creación de una jurisdicción internacional con capacidad de enjuiciar los supuestos de violación de derechos humanos por parte de las empresas, muy particularmente cuando realizan actividades transnacionales. El documento titulado *Elementos para el Proyecto de Instrumento Internacional*, al que hemos hecho referencia en distintas ocasiones, contemplaba entre las distintas posibilidades la creación de un tribunal internacional para juzgar las violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas -Corte Internacional sobre empresas y derechos humanos¹⁰⁵- o la creación de una Sala especial sobre empresas transnacionales y derechos humanos en tribunales o cortes internacionales o regionales ya existentes¹⁰⁶, al estilo de lo previsto en la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos, en donde se prevé la creación de una Sección de Derecho Internacional Penal con competencia para conocer de la responsabilidad penal de las corporaciones (*Corporate Criminal Liability*)¹⁰⁷. Sin embargo, nada dicen sobre el particular ni el Borrador cero ni ninguno de los textos posteriores.

Algunos autores han defendido la ampliación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional respecto de actuaciones y comportamientos que puedan ser responsabilidad de una empresa y que puedan alcanzar la naturaleza de uno de los crímenes de la competencia de la CPI, una propuesta que ya se hizo en el seno de la conferencia de Roma que dio lugar a la adopción del Estatuto, pero que finalmente fue retirada por carecer del consenso necesario para ser mantenida en el articulado, y que, aún hoy, en el estado actual de las cosas, parece poco viable y, además, probablemente poco oportuna¹⁰⁸. Y es que, hoy por hoy, la CPI debe mantenerse como una Corte que somete a personas naturales al escrutinio de la justicia, por la comisión de los crímenes de su competencia, también cuando quienes los hayan podido cometer sean los directivos de una empresa. De hecho es algo que, en hipótesis, la CPI podría hacer si se cumplieran las condiciones que el Estatuto exige, esto es, la falta de actuación de los tribunales internos de los Estados

¹⁰⁵ <https://www.stopcorporateimpunity.org/>, Declaración de la campaña global sobre el segundo borrador revisado del Tratado vinculante, 27 de agosto de 2020; *Tratado sobre empresas transnacionales y sus cadenas de suministro con respecto a los derechos humanos. Propuesta de texto. Campaña mundial para reclamar la soberanía de los pueblos, desmantelar el poder corporativo y poner fin a la impunidad*, octubre 2017, Parte V; BILCHITZ, D., “The Necessity...”, *op. cit.*, p. 219; CASSEL, D. and RAMASASTRY, A., “White Paper: Options for a Treaty...”, *op. cit.*, pp. 33-34.

¹⁰⁶ Elementos de los crímenes, “9. Mecanismos de promoción, implementación y monitoreo”, p. 15.

¹⁰⁷ *Protocole Portant Amendements au Protocole Portant Statut de la Cour Africaine de Justice et des Droits de L’Homme*, 27 junio 2014, artículo 46C, disponible en https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045_-_protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_f.pdf. Un estudio sobre el particular, KYRAKAKIS, J., *Article 46C: Corporate Criminal Liability at the African Criminal Court*, disponible en file:///Users/lola/Downloads/SSRN-id2970864.pdf

¹⁰⁸ A título meramente ilustrativo, HAIGH, K., “Extending the International Criminal Court’s jurisdiction to corporations: overcoming complementarity concerns”, *Australian Journal of Human Rights*, Vol. 14 (1), pp. 199-219; KYRIAKAKIS, J., “Corporate Criminal Liability and the ICC Statute: The Comparative Law Challenge”, (2009) 56(3) *NILR*, pp. 336-348; PIETH, M. y IVORY, R. ‘Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview’ in PIETH, M. and RADHA, I. (eds), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence and Risk*, 2011, pp. 3 -60.

(principio de complementariedad) y que sean Estado parte bien el Estado en el que los hechos hayan tenido lugar o el Estado del que sea nacional el autor. Sin embargo, a nuestro juicio, debería dejarse la depuración de responsabilidades de las propias personas jurídicas para otro foro que podría ser creado al efecto, pero limitado a empresas.

Como se puso de relieve en el seno de la cuarta sesión del grupo de trabajo por el coordinador de la ONG *Friends of the Earth*, resulta enormemente llamativo que los mismos países que se oponen a “un tribunal mundial para la ciudadanía” en contra de las violaciones de derechos humanos están proponiendo establecer un tribunal para otorgarles derechos a los inversionistas. Los mismos países que otorgan derechos directos a los inversionistas no quieren imponerles a éstos obligaciones directas para que respeten los derechos humanos. Los mismos países que esgrimen sistemas voluntarios de *soft law* en materia de derechos humanos y empresas, defienden mecanismos jurídicamente vinculantes a favor de los inversionistas¹⁰⁹. Se puede decir más alto pero no más claro.

VI. A MODO DE CIERRE

Es una evidencia que las empresas transnacionales o las nacionales pero con actividades transnacionales han llegado para quedarse. Es una evidencia también que tienen una gran capacidad de influencia, tanto desde un punto de vista positivo –creación de empleo, de riqueza y desarrollo en el Estado en el que despliegan sus actividades- como negativo – pues, como es también conocido, de no disciplinar sus conductas los derechos de las personas pueden quedar desprotegidos, ya se trate de derechos individuales o colectivos. Siendo así, y visto el resultado que nos han proporcionado los numerosos textos adoptados por distintos organismos internacionales, así como por entidades privadas, ha llegado el momento de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante que despeje toda duda sobre las obligaciones que deben asumir este tipo de empresas en su actuar. De la misma manera que se han creado mecanismos para garantizar los derechos de las empresas transnacionales, es de justicia que esas mismas empresas queden sometidas a ciertas obligaciones internacionales y a ciertos mecanismos que permitan a las víctimas obtener una reparación cuando sus derechos sean vulnerados. Los problemas que esa tarea plantea no son técnicos, es decir, no hay una imposibilidad jurídica, sino una falta de voluntad política, porque los intereses del mercado son otros.

Desde aquí defendemos la adopción de un Tratado internacional que resulte de aplicación particularmente a las empresas transnacionales así como a las empresas locales con actividad transnacional, un Tratado que reconozca que las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos hacia el sector empresarial no se circunscriben a sus límites territoriales sino que su responsabilidad va más allá; un Tratado que reconozca la

¹⁰⁹ *Friends of the Earth International*, Análisis del Borrador cero examinado en la 4ª sesión del IGWG (octubre de 2018) y aportes para la versión revisada del Tratado de la ONU y la 5ª sesión del IGWG (octubre de 2019). En esta línea también CASSEL y RAMASASTRY señalaron que “if international treaties can grant corporations rights and remedies, as in these instances, it is difficult to discern why a treaty cannot also impose human rights duties on corporations, enforceable before national or international courts”, CASSEL, D. and RAMASASTRY, A., “White Paper: Options for a Treaty...”, *op. cit.*, p. 49.

responsabilidad directa de las propias empresas por la vulneración de todos los derechos humanos, y no solo por la comisión de graves vulneraciones de éstos, pues en otro caso daría la impresión de tolerancia en los demás casos. Una responsabilidad que, a nuestro juicio, debe tener naturaleza penal en el caso de las personas físicas, y de carácter civil o administrativo, según proceda, en el caso de las personas jurídicas, si se quiere alcanzar un mínimo consenso. En definitiva, un Tratado que reconozca la competencia de una gama flexible de jurisdicciones, intentando evitar la aplicación de la regla del *forum non conveniens*.

Dicho todo lo anterior, podría ocurrir que un Tratado de estas características no recibiera el apoyo necesario por parte de los Estados y que, en consecuencia, no lograra entrar en vigor porque sus principales destinatarios, Estados del primer mundo, Estados sede de las empresas matrices, y Estados en vías de desarrollo o *host States* de las transnacionales no lo ratificaran. Podría ocurrir. Sin embargo, salvando las distancias, consideramos que nadie pensaba en los años noventa del pasado siglo que fuera posible la creación de una CPI como la que finalmente se creó cuando se adoptó el Estatuto de Roma, ratificado por 123 Estados a día de hoy, por lo que, como entonces, es necesario apostar fuerte para alcanzar el objetivo propuesto: garantizar los derechos humanos a lo largo y ancho del planeta, provenga de donde provenga la conducta que los pone en cuestión. Y para ello hay que dar un paso adelante, como se hizo en Roma en julio de 1998.