Refinar y reforzar: sobre la misión del proyecto de tratado en materia de empresas y derechos humanos

By:

Humberto Cantú Rivera

June 14, 2020

Refinar y reforzar: sobre la misión del proyecto de tratado en materia de empresas y derechos humanos

To refine and to reinforce: The goal of the draft treaty on Business and Human Rights

English Summary

The ongoing negotiation of a business and human rights treaty represents without a doubt a complex political and legal challenge, where diverse aspects – economic, diplomatic and juridical– must be agreed upon between negotiating States with very different geopolitical positions. Despite the *realpolitik* involved, this process presents an opportunity to *refine*and *reinforce* State obligations vis-à-vis the domestic regulation of business activities, as well as to improve access to justice for victims of transnational corporate human rights abuses.

Keywords:

Proyecto de tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos/ debida diligencia/ empresas multinacionales

Introducción

Cuando en 2014 el Consejo de Derechos Humanos decidió dar inicio al proceso intergubernamental para negociar un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos (EDH), existía poca claridad sobre cuál sería el objetivo de dicho instrumento. El diagnóstico era relativamente claro: (i) Estados que no podían o no querían "controlar" a las empresas "transnacionales" –por motivos económicos, políticos o jurídicos–; (ii) empresas que eludían las jurisdicciones de los distintos países; e (iii) incontables víctimas sin acceso a mecanismos de reparación, particularmente cuando se trata de casos transnacionales. Qué hacer con ese diagnóstico, entendiendo el proceso como uno de carácter político-jurídico y eminentemente intergubernamental –con todo lo que ello implica–, era el gran desafío.

Ciertamente un importante número de organizaciones de la sociedad civil de todo el mundo postulaban un cambio fundamental en la forma de hacer negocios de los grandes grupos corporativos transnacionales, sugiriendo desde obligaciones internacionales directas para las empresas hasta la creación de un tribunal internacional sobre empresas y derechos humanos. Sin embargo, en la primera sesión realizada en julio de 2015, no se sabía hacia dónde podría transitar una iniciativa de este tipo, teniendo en cuenta que era un proceso con una alta carga política y con importantes desafíos jurídicos. A cinco años de distancia, aunque ni la carga política ni los desafíos jurídicos han disminuido, se podría decir que hay un poco más de claridad sobre los objetivos de este proyecto de instrumento internacional, lo que facilita también la explicación del proceso y del instrumento como uno de *refinamiento*, por una parte, y de *reforzamiento*, por la otra.

Refinamiento y reforzamiento del régimen de empresas y derechos humanos

El proceso –y el potencial instrumento resultante– es uno de *refinamiento*, puesto que las obligaciones de fondo que se están planteando, como la obligación de los Estados de regular de forma efectiva la conducta de terceros en su territorio o bajo su jurisdicción, ya existen de forma implícita en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, así como en sus contrapartes regionales.

Ejemplos van desde los postulados generales de la obligación de los Estados de respetar, garantizar y adoptar medidas de derecho interno –existentes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 2) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 1.1 y Art. 2)–, hasta elementos más concisos que abordan explícitamente la cuestión de la regulación de actores no estatales y su responsabilidad jurídica, como el Art. 3 y el Art. 4 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

A pesar de que se puede considerar que la obligación de los Estados de regular a los actores no estatales ya está contemplada –y así lo han interpretado tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, contar con una indicación explícita sobre el significado de esa obligación podría evidenciar lo que los Estados deben hacer para, dentro de otras cosas, clarificar las "expectativas" sobre lo que implica la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos.

Es decir, la inclusión de una obligación en el texto del instrumento internacional que establezca los lineamientos mínimos que la legislación interna debe contemplar en materia de debida diligencia empresarial en derechos humanos permitirá, como lo ha señalado el Grupo de Trabajo de la ONU sobre EDH, vincular explícitamente el deber de protección a cargo del Estado con la responsabilidad empresarial de respeto a los derechos humanos, efectivamente logrando un "endurecimiento" del *soft law* en la materia. Desde luego, esa obligación convencional sólo sería exigible a aquellos Estados que decidan ratificar un eventual instrumento y su efectividad dependería (al menos en esta cuestión) de la capacidad de implementación *in foro domestico*.

Por otra parte, se estima que un instrumento internacional en la materia

serviría para efectos del *reforzamiento* de otras obligaciones existentes en los marcos jurídicos internos, clarificando los alcances de la debida diligencia en derechos humanos y haciendo explícito su vínculo con el acceso a la justicia y a la reparación. Si se acepta que el corazón del concepto de la debida diligencia empresarial conforme a los Principios Rectores sobre EDH es la prevención de los impactos adversos (independientemente de los elementos de procedimiento previstos en el Pilar II, que pueden facilitar una buena gestión empresarial del tema), dicha prevención encuentra en automático un paralelo con las obligaciones que ya pesan, de forma generalizada, sobre toda persona física o jurídica a través de un deber general de cuidado o de prevención.

Implicaciones del proyecto de tratado para América Latina

Para América Latina lo anterior es sumamente relevante, pues en el derecho civil existe ya ese deber de no causar daño a otro. En el derecho penal, aunque la responsabilidad de las personas jurídicas se aborda de forma generalizada en relación con los delitos económicos (en las jurisdicciones que contemplan esa posibilidad), se prevé también la creación de mecanismos internos de detección y prevención de conductas delictivas. Lo mismo ocurre en ciertas instancias del derecho administrativo, a través de normas y procedimientos de “conformidad”.

Es decir, algunos indicios o elementos de la debida diligencia (entendida como una obligación de prevención) ya existen, por lo que estipularlas en un instrumento internacional visibilizaría y clarificaría el significado jurídico del segundo pilar de los Principios Rectores. Ello no implica *per se* una revolución jurídica, pero serviría para construir más claramente el significado de una noción que los tribunales latinoamericanos han explorado en numerosas sentencias de orden civil, penal, ambiental y procesal constitucional.

Conclusiones

En el marco del instrumento en proceso de negociación, donde lo que se discute actualmente son las actividades transnacionales de las empresas como el objeto de regulación, por una parte, y los elementos de derecho internacional privado vinculados al acceso a la justicia en casos transnacionales, por la otra, la debida diligencia puede servir como un elemento que vincule la prevención

con la reparación. Desde la perspectiva de las personas y comunidades afectadas, el que las empresas cuenten con una cartografía de riesgos y procesos internos para identificar y tratar de prevenir impactos será de poca utilidad si no existen reglas claras sobre lo que dicha omisión puede implicar en términos de reparación. Esto acentúa de manera particular los desafíos de la transnacionalidad económica desde un punto de vista jurisdiccional.

Así, será particularmente importante que en el proceso de negociación y redacción del texto, se examine a profundidad cómo vincular de forma expresa ese deber de prevención que los Estados deben activar por vía legislativa para que las empresas tomen medidas expresas en términos de debida diligencia, con la posibilidad de acceder a los tribunales de un país en el que, mediante la aplicación de las normas sustantivas más favorables a las víctimas, se pueda efectivamente ejecutar un fallo favorable. El desafío no es menor, pero las exigencias de justicia y reparación justifican un esfuerzo concertado para intentar construir una arquitectura jurídica internacional que responda a los desafíos de la globalización.

---

* Profesor de la Escuela de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Monterrey, y Director Ejecutivo de su Instituto de Derechos Humanos y Empresas. Las opiniones aquí expresadas son a título personal y no representan la postura del Estado mexicano, con el que colaboro como Asesor Experto en el proceso de negociación del tratado. Twitter: @HumbertoCantuR

View online: Refinar y reforzar: sobre la misión del proyecto de tratado en materia de empresas y derechos humanos

Provided by Afronomicslaw