Comentarios sobre el Borrador Revisado de 16 de julio de 2019

A través del presente documento, la República de Chile quisiera manifestar su posición respecto del Borrador Revisado de instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas trasnacionales y otras empresas (“Borrador Revisado”), presentado ante la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos el día 16 de julio de 2019.

Antes de referirse al contenido del Borrador Revisado, la República de Chile quisiera reiterar su compromiso irrestricto con el respeto, protección y promoción de los derechos humanos, y manifestar su interés en fortalecer el rol que deben desempeñar los Estados para prevenir vulneraciones de tales derechos por parte de actores privados que, por la naturaleza o magnitud de sus actividades, tengan un mayor potencial para afectarlos. Ello ciertamente contribuirá al respeto universal y efectivo de los derechos humanos de las personas, y al desarrollo de la familia humana en condiciones que sean plenamente consistentes con la dignidad intrínseca de cada uno de sus integrantes.

A pesar de su compromiso con el logro de los objetivos recién mencionados, la República de Chile debe observar que el Borrador Revisado adolece de importantes inconvenientes, los que comprometen seriamente las posibilidades que tiene este proyecto de obtener el respaldo de los Estados, y que por ello debilitarían su eventual eficacia práctica. Como también lo notara el profesor James Ruggie en su carta abierta del 9 de octubre de 2018, relativa al borrador cero, el nivel de exigencias que se pretende establecer para los “Estados de origen” puede ocasionar dificultades importantes a la hora de generar el consenso necesario para respaldar este instrumento.

En efecto, el Borrador Revisado contiene obligaciones excesivamente prescriptivas, que no sólo resultarían aplicables a las vulneraciones más graves a los derechos humanos, sino que prácticamente comprenderían cualquier tipo de reclamación contra las empresas, con independencia de su mérito o gravedad. Entre otros inconvenientes, tales disposiciones exigirían que el Estado se obligara en términos equivalentes respecto de todos los derechos humanos y de todas las alegaciones dirigidas contra las empresas, por lo que el Estado se vería, por ejemplo, obligado a investigar o a ejercer jurisdicción extraterritorial incluso en casos de supuestas vulneraciones al derecho de propiedad (artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos) o a las vacaciones pagadas (artículo 24 de la misma Declaración). El Borrador Revisado tampoco diferencia adecuadamente entre las obligaciones que el Estado debería exigir a las empresas de mayor tamaño y las que correspondería aplicar a las pequeñas y medianas empresas, lo que es aún más inconveniente si se considera el nivel de detalle en el que están redactadas sus disposiciones. La República de Chile comparte la preocupación expresada en este sentido por la República de Francia, en sus comentarios escritos de 2019.

Por las razones recién sintetizadas, el alcance del Borrador Revisado todavía se aparta en demasía de los estándares recogidos por los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Empresas (“Principios Rectores de 2011”), y contempla obligaciones muy detalladas que no sería posible cumplir en la práctica respecto de todas las empresas. A continuación, se comentarán algunos de los aspectos del Borrador Revisado que resultan especialmente problemáticos.

En lo que respecta al artículo 1, las definiciones allí establecidas son excesivamente amplias, y generarían que el ámbito de aplicación del tratado tuviera un alcance bastante mayor al razonable. La redacción del artículo 3 ocasionaría el mismo resultado, sobre todo si se considera el vastísimo rango de situaciones cubierta por su párrafo 2, y el efecto que tendría el párrafo 3 de establecer obligaciones equivalentes respecto de todos los derechos humanos, por lo que ellas se extenderían incluso a las controversias que podrían resolverse a través de mecanismos de derecho civil, como las relativas a la propiedad intelectual (artículo 27.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

El artículo 4 también está redactado en términos que le otorgan un alcance bastante mayor al razonable, que no se condice con los estándares de protección a las víctimas contemplados en otros tratados internacionales. Considerando que la Presidencia del Grupo de Trabajo propone ampliar el alcance del Borrador Revisado a todas las empresas, se estima que este artículo sólo podría ser aceptable en la medida en que estuviera redactado en términos más generales, y se enfocara en el deber del Estado de garantizar el acceso a la justicia para obtener reparación en caso de abusos producidos en su territorio o bajo su jurisdicción. Ello permitiría al Estado distinguir entre distintas situaciones y casos, y otorgar prestaciones diferentes según la gravedad de la situación y de los derechos eventualmente afectados. En atención a lo anterior, sería necesario reformular este artículo completamente, en términos similares a los párrafos 25 y 26 de los Principios Rectores de 2011.

En lo que respecta al artículo 5, éste también contempla obligaciones excesivamente detalladas y de aplicación general, que no consideran debidamente las diferencias que existen entre cada empresa según la naturaleza o la magnitud de sus actividades, y los estándares que el Estado puede razonablemente exigir a cada una de ellas en atención a esas diferencias. Por otra parte, este artículo extiende el deber de debida diligencia de las empresas a todas sus relaciones contractuales, en términos muy ambiguos. Ello iría mucho más allá de la necesidad de prevenir abusos serios en el curso de actividades o contextos particularmente susceptibles de afectar los derechos humanos, respecto de los cuales sí se requiere una especial precaución. De modo similar, la debida diligencia exigible por el Estado de origen de una empresa, respecto de actividades realizadas fuera de su territorio, debería limitarse a los riesgos de vulneraciones graves a los derechos humanos, ya que lo contrario implicaría una expansión significativa de la jurisdicción extraterritorial prescriptiva del Estado de origen. Por estas razones, esta disposición también requiere ser reformulada sustantivamente, y considerar un enfoque similar al de los párrafos 7 y 17 de los Principios Rectores de 2011. También podría ser de utilidad considerar el Principio Número 10 (“Debida diligencia corporativa”) del “Proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados”, adoptado en primera lectura por la Comisión de Derecho Internacional en su 71er período de sesiones.

En lo que se refiere al artículo 6 del Borrador Revisado, su necesidad debería ser reconsiderada a la luz de los cambios que se proponen al artículo 4. En caso de que este último se reformule en términos de acceso a la justicia y reparación, la responsabilidad de las empresas también debería estar regulada en ese artículo. Por otra parte, no se observa con claridad el motivo para incluir en este proyecto de artículo una obligación relativa a la tipificación de los crímenes establecidos en el párrafo 7. Dichas conductas ya se encuentran individualizadas en los instrumentos específicos que allí se mencionan, y la participación de una empresa en ellas ciertamente comprometería su responsabilidad jurídica, dado que, con independencia de si tales actos se encuentran tipificados como delito en un Estado determinado, ellos constituyen afectaciones graves de los derechos de las personas.[[1]](#footnote-1) Su inclusión en este tratado le otorgaría un enfoque manifiestamente penal a este artículo, sin que se adviertan razones para ello, considerando que este instrumento no está concebido para tipificar crímenes internacionales o de carácter transnacional. Asimismo, por razones similares a las expresadas a propósito del artículo 5, debe observarse que el amplio alcance del párrafo 6 de este artículo 6 tampoco resulta apropiado, sobre todo si se considera que alude a cualquier tipo de daño. Los otros párrafos de esta disposición también deberían ser reexaminados.

El contenido del artículo 7 tampoco resulta aceptable. Obligaría a los Estados a ejercer jurisdicción extraterritorial adjudicativa por supuestas vulneraciones a cualquier derecho humano, con independencia de la gravedad de las alegaciones de que se trate. Como se expresó a propósito del artículo 4, por regla general los Estados sólo deberían estar obligados a proporcionar acceso a la justicia y a mecanismos de reparación para las supuestas vulneraciones a los derechos humanos ocurridas en su territorio o bajo su jurisdicción, por tratarse de actos u omisiones regidos por sus respectivas leyes, y cuyas consecuencias debería ser las establecidas por el ordenamiento jurídico del país en que hayan ocurrido (sin perjuicio de que éstas deben ser consistentes con las normas pertinentes de derecho internacional). Ello no obstaría a que los Estados de origen pudieran ejercer su jurisdicción extraterritorial en casos muy calificados, respecto de actividades realizadas por las empresas instaladas en su territorio que constituyeran violaciones graves a ciertos derechos humanos. Al respecto, conviene tener presente lo dispuesto en el párrafo 7 de los Principios Rectores de 2011, y en el cuarto párrafo del respectivo comentario.

En otras palabras, el artículo 7 no debería obligar a los Estados a ejercer jurisdicción extraterritorial, y sólo debería contemplarse esa posibilidad para enfrentar situaciones particularmente graves. De modo consistente con lo recién expresado, el artículo 9 del Borrador Revisado también debería ser eliminado, más aún si se considera que presentaría serias dificultades relacionadas con la excesiva expansión extraterritorial de la jurisdicción prescriptiva del Estado del foro.

En lo que respecta a la asistencia judicial recíproca, regulada en el artículo 10 del proyecto, ella también debe ser objeto de un mayor análisis. Si bien una disposición de esa naturaleza es usual en los tratados en que se tipifica un crimen, no se advierten razones convincentes para incluirla en un tratado que no define ilícitos específicos, y que se encuentra destinado a prevenir vulneraciones a distintos derechos humanos y a establecer mecanismos de reparación que no tendrán necesariamente un carácter penal.

En lo que respecta a la Sección III del proyecto, relativa a los arreglos institucionales, ella sólo debería ser estudiada en una etapa ulterior, una vez que exista consenso en torno al contenido sustantivo que debe tener este instrumento. El mismo enfoque debería seguirse respecto de las cláusulas finales, para que los esfuerzos de los Estados en esta etapa se concentren en definir los aspectos centrales que debe tener esta iniciativa.

Finalmente, la República de Chile quisiera dejar constancia de que los comentarios que ha proporcionado respecto de este Borrador Revisado han sido formulados en un espíritu constructivo, que permita motivar la participación de más Estados en este proceso y evitar así su estancamiento. En atención a la pluralidad de dificultades que presenta el actual Borrador Revisado, y a que distintos Estados han expresado preocupaciones similares, la República de Chile estima que todavía no existen las condiciones necesarias para que el texto del tratado pueda ser negociado en detalle, por lo que recomienda que la próxima sesión de negociaciones se enfoque en recoger el parecer de los Estados sobre el alcance que debe darse al instrumento y sobre la conveniencia de retener las disposiciones que se han propuesto hasta ahora. Ello será fundamental para lograr mayor participación en el seno de este Grupo de Trabajo.

RLE

1. Con todo, se observa que la letra g) está definida en términos equívocos. [↑](#footnote-ref-1)