



El futuro  
es de todos

Cancillería  
Misión Permanente de Colombia  
ante las Naciones Unidas en Ginebra

DCHONU No.1741/19

La Misión Permanente de Colombia ante las Naciones Unidas y otras Organizaciones Internacionales con sede en Ginebra saluda de la manera más atenta a la honorable Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos con el fin de remitir a la Secretaría del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las Empresas Transnacionales y Otras Empresas con respecto a los Derechos Humanos los comentarios del Estado colombiano respecto al borrador de instrumento jurídicamente vinculante en materia de Empresas y Derechos Humanos.

La Misión Permanente de Colombia ante las Naciones Unidas y otras Organizaciones Internacionales con sede en Ginebra aprovecha la oportunidad para reiterar a la Oficina de la Alta Comisionada las seguridades de su más alta y distinguida consideración.



Ginebra, 4 de noviembre de 2019

A la honorable  
**OFICINA DE LA ALTA COMISIONADA DE NACIONES UNIDAS PARA LOS  
DERECHOS HUMANOS**  
Ginebra





**COMENTARIOS**  
**BORRADOR 1 PROPUESTA INSTRUMENTO VINCULANTE EN MATERIA DE**  
**DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS**  
**QUINTA SESIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO**

*Dirección de Derechos Humanos y DIH*

**MENSAJES GENERALES SOBRE LA POSTURA FRENTE AL INSTRUMENTO**

1. El Estado colombiano se encuentra analizando el alcance y las posibilidades estatales para la implementación de un instrumento vinculante en materia de empresas y Derechos Humanos.
2. Colombia ha sostenido que el éxito de los Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas –PRNU- es su voluntariedad y que cada Estado debe desarrollarlos teniendo en cuenta sus necesidades y el contexto al que se enfrenta. En ese sentido, resulta muy relevante estudiar y conocer al detalle el valor agregado que este instrumento tiene frente al marco de acción existente.
3. El Estado colombiano constata que se han realizados algunos cambios en el alcance de las disposiciones los cuales acogen las recomendaciones otorgadas por los Estados; sin embargo, aún se evidencia que los derechos que se pretenden proteger ya se encuentran reconocidos en otros instrumentos de derechos humanos.
4. Colombia cuenta con un cuerpo normativo robusto, que está en sintonía con sus obligaciones internacionales para la protección, promoción y garantía de los derechos humanos, así como con políticas, planes, programas y proyectos adecuados y efectivos para la implementación de las medidas establecidas. A su turno, en el espectro internacional ya existen iniciativas que abordan los asuntos de derechos humanos y empresas, por lo que consideramos que se debe instar a que, en el seno del Grupo Intergubernamental para esta temática, se adelante un análisis sustancial sobre las sinergias entre este instrumento y dichas iniciativas. Esto a fin de evitar que se dupliquen esfuerzos y se maximice el uso de los recursos financieros y no financieros disponibles.
5. A pesar de que se ha insertado un apartado de “definiciones”, aún hay conceptos que es preciso definir, como, por ejemplo, el concepto de “abusos de Derechos Humanos” especialmente porque esto hace referencia a la responsabilidad de las empresas en la materia, lo cual resulta la esencia de este instrumento.



6. El Estado colombiano reitera la necesidad de limitar los supuestos de hecho en los cuales los Estados son responsables por sus obligaciones de protección y garantía de los derechos humanos en eventos en donde existen vulneraciones causadas por terceros. Se recuerda que, si bien la doctrina internacional ha establecido que la jurisdicción de los Estados, en cuanto a la protección de las personas, no se restringen al espacio territorial, la jurisdicción fuera del territorio del Estado debe limitarse a situaciones excepcionales. Es decir, **se limita a casos en los cuales el Estado ejerza autoridad o control efectivo sobre las actividades que causaron daño y la consecuente violación de derechos humanos**. Es preciso que, en el preámbulo, así como en los demás apartados que hacen referencia a la jurisdicción fuera del territorio, se califique el tipo de control que se debe ejercer a fin de limitar, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia internacional, los casos de responsabilidad extraterritorial.
7. El Estado colombiano percibe que el instrumento considera asuntos que implican costos y modificaciones internas, tanto legislativas como administrativas, que no podrían garantizarse en tanto no haya una adaptación interna a estos asuntos, y un desarrollo doctrinal y legislativo sobre el tema; por ejemplo, lo relacionado con la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
8. El Estado colombiano no toma a la ligera el adquirir compromisos internacionales en materia de Derechos Humanos, y a su vez reconoce que estas deben obedecer a las capacidades para adquirir responsabilidades, y también reafirma el carácter progresivo de la garantía de los Derechos Humanos, especialmente áreas que representan un reto para Colombia.
9. Es relevante señalar que, para que estos instrumentos internacionales tengan eficacia práctica, es necesario que todos los Estados involucrados en temas de inversión extranjera se comprometan y ratifiquen el instrumento. En efecto, si únicamente aquellos Estados mayormente afectados por conductas presuntamente violatorias de derechos humanos por parte de empresas transnacionales son los únicos que ratifican los instrumentos, varias disposiciones de los mismos carecerán de utilidad.
10. El Estado colombiano quisiera que se debatiera en este espacio si definitivamente un instrumento vinculante constituiría la mejor práctica y, por ende, la medida más eficiente, para la aplicación de las obligaciones generadas para las empresas, con ocasión de este instrumento. Se debe considerar si el alcance de las obligaciones consideradas debe estar a cargo netamente del Estado o si se deben formular



sistemas que permitan compartirlos con las empresas, por ejemplo, un modelo de buenas prácticas.

11. El Estado colombiano sugiere debatir y dejar establecido con suficiente claridad la armonía del instrumento con normas que se encuentren vigentes con anterioridad, considerando, por ejemplo, la manera en que este puede impactar frente a compromisos de pre establecimiento derivados de Acuerdos de libre Comercio o de Promoción y Protección de Inversiones vigentes para Colombia.
12. El Estado Colombiano había señalado como una buena práctica la vinculación de las empresas transnacionales a los procesos que se surtan ante el Comité Internacional, pero está ya no se encuentra en el texto. Es de resaltar que esta se consideró un escenario novedoso que tenía la potencialidad de incluir a las empresas en el cumplimiento de sus obligaciones de debida diligencia y de respeto a los derechos humanos.

## SECCIÓN 1

### • PREÁMBULO

13. El preámbulo prioriza a grupos de especial protección (mujeres, niños, indígenas, personas con discapacidad, migrantes y refugiados). Se considera que al ser específico se excluyen otros sujetos de especial protección. Se sugiere evaluar esta consigna para insertar otros sujetos de especial protección, como afrodescendientes, minorías, comunidades locales y/o personas mayores; o excluir la especificidad.
14. En el mismo sentido, el párrafo tercero hace referencia a Declaraciones que son instrumentos de *soft law*, los cuales si bien no consagran obligaciones jurídicamente vinculantes pueden ser usados como mecanismos de interpretación para determinar el alcance del contenido de las obligaciones del Proyecto de Acuerdo. En consecuencia, se sugiere evaluar la conveniencia de incluir la totalidad de las declaraciones referenciadas, entendiendo que su inclusión pretende considerar diferentes sujetos de protección, pero, por una parte, excluye a partes interesadas, y por otro, puede excluir a Estados que no apoyaron estas Declaraciones en su génesis.
15. El considerando octavo reafirma el principio de no discriminación, el cual constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos. Así, el párrafo 1 del artículo 2 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*



establece la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. El Comité Internacional de Derechos Humanos ha sido enfático en establecer que el término discriminación debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos. En este sentido, y teniendo en cuenta los motivos incluidos en diferentes instrumentos de derechos humanos, se recomienda que se amplíen los motivos de la discriminación así:

*"Recalling the United Nations Charter Articles 55 and 56 on international cooperation, including about universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction of **any kind such as to sex, race, colour, language, religion or conviction, political or other opinion, national, ethnic or social origin, nationality, age, economic position, property, marital status, birth or other status**".*

16. El Convenio 190 de la OIT "Convenio sobre la violencia y el acoso" fue adoptado en Ginebra, en el marco de la 108ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo llevada a cabo el 21 de junio de 2019 **y a la fecha no ha entrado en vigor**. Adicionalmente, es preciso advertir que ningún Estado, incluyendo el Estado colombiano, ha ratificado ese instrumento. Con base en lo anterior, **se recomienda eliminar su referencia del texto del Proyecto de Acuerdo**

17. Se sugiere considerar entre los marcos jurídicos relacionados el Derecho Penal Internacional.

#### • ARTÍCULO 1: DEFINICIONES

18. El numeral 1 del artículo 1 define qué es víctima, en la que señala que se considera víctima quién haya sufrido o alegue haber sufrido violaciones o abusos a los derechos humanos. Para que la expresión "abusos" (abuse) se mantenga en la definición, la cual fue discutida en la sesión anterior para hacer referencia a que las empresas no violan derechos humanos, es preciso que esta definición de "abuso" quede consignada en el texto, para evitar problemas de interpretación.

19. En el párrafo se estima necesario que se incorpore una cláusula que limite los daños relacionados **a aquellos causados de manera injustificada**, conforme a la



legislación interna. Lo anterior, a efectos de conmensurar el alcance de tales expresiones, cuya amplitud podría contraponerse con las consecuencias que los particulares están obligados a soportar como cargas públicas, en consonancia con lo establecido en el artículo 95 de la Constitución Política.

20. En el mismo sentido, es preciso que obre de forma clara y expresa que el daño debe ser causado por hechos ocurridos como consecuencia de violaciones graves y manifiestas a los derechos humanos. Se sugiere que la definición obre en los siguientes términos: *“Human rights violation or abuse’ shall mean any harm **caused as a consequence of a substantial impairment of human rights** committed by a State or a business enterprise, through acts or omissions in the context of business activities, against any person or group of persons, individually or collectively, including physical or mental injury, emotional suffering, or economic loss.”*
21. Por su parte, se identifica que persisten asuntos sin definir o muy amplios en la redacción del artículo. Por ejemplo, no es claro a qué se hace referencia cuando mencionan actos cometidos por la empresa: ¿qué parte de la empresa? ¿debe ser nivel directivo o cualquier grado? Se estima que debe acotarse a que se genera responsabilidad cuando las violaciones se cometen y la entidad, pese a conocer de las mismas, omite realizar algún tipo de acción. También debe haber un deber de informar por parte de los empleados.

- **ARTÍCULO 2: OBJETO DEL TRATADO**

22. No son claras las implicaciones de la afirmación del **literal b** “asegurar acceso efectivo a la justicia”. Es preciso determinar el alcance.

- **ARTÍCULO 3: ALCANCE**

23. El **numeral tercero** señala que el instrumento cubrirá todos los derechos humanos: *“this (Legally Binding Instrument) shall cover all human rights”*. Es preciso advertir que la expresión “todos los derechos humanos” implica que se tornan vinculantes todo tipo de derechos sin distinción, lo cual no considera el principio de progresividad y la correlativa obligación de no regresividad de algunos derechos, como los señalados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
24. El borrador de Instrumento, como está redactado actualmente, implica que todas las obligaciones que el mismo genere para los Estados serán de igual aplicación tanto para derechos civiles y políticos como para DESC.



25. Por lo anterior, se recomienda incluir el siguiente lenguaje: *“This (Legally Binding Instrument) shall cover all human rights in accordance with the treaties dully ratified by the States Parties.”* ANDJE – DIAJI

## SECCIÓN 2

### • ARTÍCULO 4: DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

26. Es preciso reiterar que los derechos que se reconocen en esta disposición ya se encuentran protegidos por medio de otros tratados en materia de derechos humanos.
27. El artículo 4 sobre derechos de las víctimas **crea algunas obligaciones para el Estado colombiano que se consideran de difícil cumplimiento**, ya sea por la amplitud de las mismas, o porque, con fundamento en los litigios en materia de derechos humanos que se adelantan actualmente y el contexto nacional, es posible sostener que será de suma dificultad cumplir las mismas a cabalidad.
- **Numeral 1:** tiene una lista específica de garantías de derechos. ¿por qué se les garantizan los mencionados derechos a las víctimas y no otros?
  - **Numeral 2:** ¿Cuál es el objetivo de la libertad de tránsito?
  - **Numeral 3:** la expresión “(...) before, during and after any proceedings have been instituted” constituye una obligación de protección de carácter permanente, que podría sugerir, por ejemplo, que estaría vigente sin que el Estado necesariamente tenga conocimiento sobre si alguna víctima, su familia o sus representantes en efecto se encuentran en situación de riesgo. Se considera que es de suma dificultad que el Estado tenga conocimiento de absolutamente todas las situaciones de riesgo que existen en su territorio, por lo que se trata de una obligación de difícil cumplimiento. Así las cosas, se sugiere revisar la redacción o eliminar la expresión.
  - Adicionalmente, el numeral habla de un reporte sobre procesos de las empresas, el cual no es claro a quién debe realizarse, si al Estado o si a una autoridad internacional. Por su parte, no queda claro si esta disposición prohibiría que los procesos internos de las empresas tengan carácter privado.



- **Numeral 5:** Establece el derecho de las víctimas de acceder a la justicia por medio de recursos “adecuados, efectivos y rápidos”, y que ofrezcan una adecuada reparación integral. Se advierte que, debido a la congestión del sistema judicial, sería un derecho que, prácticamente de entrada, se estaría vulnerando por parte del Estado.

En relación con esto, se pone de presente que, en el marco del litigio ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, un problema frecuente que se presenta en la defensa del Estado es la demora en los procesos judiciales internos, lo que afecta de distintas formas la defensa tanto en escenario de admisibilidad como de fondo. Así, es evidente que la obligación de proporcionar recursos “adecuados, efectivos y rápidos” es una que, de entrada, el Estado no está en plena capacidad de cumplir.

Por su parte, el numeral también hace referencia a acciones de compensación y reparación “medioambiental y ecológica” que implican una responsabilidad muy amplia para el Estado, que además no se encuentra considerada en el ordenamiento jurídico. Se sugiere determinar y definir lo que se entiende por “**environmental remediation and ecological restoration**”.

- **Numeral 6:** ¿Qué tipo de información se le debe garantizar a las víctimas? ¿Sería distinta a la información que recibe otro tipo de víctimas? ¿El Estado debería informarlas, o la empresa si es responsable de la vulneración a ddhh?
- **Numeral 8:** Este numeral señala que las demandas deben ser instauradas por las víctimas, o por un tercero que actúa en representación de ellas, con su consentimiento. Sin embargo, el artículo también señala que no será necesario el consentimiento cuando el tercero puede justificar el actuar en representación de las víctimas: “*Where a claim is submitted by a person on behalf of victims, this shall be with their consent, unless that person can justify acting on their behalf.*” Al respecto, se considera que el artículo debe caracterizar el tipo de “justificación” que debe dar un tercero que actúa sin el consentimiento expreso de las víctimas, para evitar motivos caprichosos. Además, se sugiere que se aclare que esto puede involucrar tanto a personas naturales como jurídicas.

Por consiguiente, se sugiere que la redacción quede de la siguiente forma:



“Where a claim is submitted by a person, legal or natural, on behalf a victim or group of victims, this shall be with their consent, unless that person can provide an adequate and sufficient justification for acting on their behalf”.

- **Numeral 9:** Es importante considerar la grave situación de amenazas y violencia contra los defensores de Derechos Humanos contra los defensores de Derechos Humanos. Este y situaciones análogas evidenciarían la falta de capacidad del Estado para cumplir este numeral.
- Numeral 10: Se sugiere revisar la redacción en tanto hace relación a Derechos Humanos y DIH indistintamente.
- **Numeral 14:** Establece que los Estados deberán asegurar el reconocimiento de las reparaciones de las víctimas “including through prompt execution of national or foreign judgements or awards [...]”. Frente a esta afirmación, es pertinente resaltar que el concepto del exequatur aplica en casos en los cuales las sentencias o laudos de otros Estados fallen sobre la misma naturaleza del proceso que se inició o se quiere iniciar en el Estado colombiano. Igualmente, se debe recordar que esta figura aplica no para que el juez colombiano falle de nuevo, si no para determinar la regularidad de dicho fallo o laudo arbitral. Se recomendaría que se tenga en cuenta los límites de la figura del exequatur en el Estado colombiano para determinar el alcance de este numeral.

## • ARTÍCULO 5: PREVENCIÓN

28. El Estado colombiano se encuentra evaluando el alcance y la aplicabilidad de este artículo. En particular, expone algunas preocupaciones o inquietudes respecto del mismo:

- **Numeral 1:** Si las compañías son transnacionales y se adaptan a las distintas normas internas de los países en que operan, ¿cómo se garantiza que se juzgue la efectividad de las medidas regulatorias de manera objetiva?
- **Numeral 2:** respecto del **literal c**, existe la necesidad de definir si los indicadores utilizados para monitorear el impacto de las actividades empresariales en los derechos humanos se construirían de manera multilateral o lo hace cada estado, lo que requiere también revisar cómo garantizar la objetividad en la construcción de estos indicadores. Por su



parte, sobre el **literal d**, se estima que las políticas y medidas no sólo deben ser comunicadas sino también desarrolladas con los sectores interesados.

- **Numeral 3 literal a:** Incorpora obligaciones que podrían generar mayores costos para la creación de empresas, respecto de aquellas que al momento de su conformación no contienen tales previsiones, habida cuenta la amplitud de la cobertura del instrumento.
- **Numeral 3 literal b:** Dispone que se deberán realizar consultas *significativas* con grupos cuyos derechos humanos puedan resultar violados como resultado de las actividades comerciales y con otros actores relevantes a través de procedimientos adecuados. Considerando que el carácter obligatorio de la consulta previa ha tenido una importante discusión legislativa y jurisprudencial, se sugiere aclarar en el texto qué “procedimientos adecuados” deben entenderse como los previstos en cada una de las legislaciones nacionales para llevar a cabo este tipo de consultas, con el objetivo de que este instrumento no resulte un eje regulador adicional sobre consulta previa.
- A su vez, se recomienda agregar la siguiente aclaración, respecto de la consulta previa con los pueblos indígenas: “as and when applicable”. Esto delimita el recurso de la consulta previa a aquellos casos que sean regulados por el derecho interno y el derecho internacional.
- **Numeral 3 literal c:** La propuesta de suministro de información pública de los asuntos financieros y no financieros de las empresas y corporaciones, así como de las relaciones contractuales podría contraponerse a las disposiciones internas que regulan la reserva, confidencialidad, sensibilidad y autonomía de la voluntad, en materia de manejo de información privada.
- **Numeral 3 literal d:** Dispone que se debe “Integrar los requisitos de debida diligencia en materia de derechos humanos en las relaciones contractuales que involucren actividades empresariales de carácter transnacional, incluidas las contribuciones financieras, cuando aplique.” Esta obligación es bastante amplia, sobre todo porque incluye las contribuciones financieras. Así las cosas, podría interpretarse que la debida diligencia debe aplicarse a cualquier tipo de inversión, incluidas cualquier tipo de operación en el mercado de capitales, adquisición de acciones, participaciones o cualquier otro tipo de participación en compañías. En caso de dársele una interpretación extensiva a este requisito podría configurarse una exigencia



adicional y desproporcionada a cualquier tipo de inversión en el mercado de capitales.

**Se sugiere aclarar este acápite para evitar una carga desproporcionada que pueda afectar la inversión extranjera en el país.** Puntualmente se deben tener en cuenta las disciplinas consignadas en los Acuerdos de Promoción y Protección de las Inversiones, así como de Libre Comercio. **Estas propuestas deberían ser remisorias al ordenamiento jurídico de cada uno de los países,** a efectos de evitar que se genere una inseguridad jurídica para los actores económicos.

29. Adicionalmente, se recomienda agregar un nuevo literal por medio del cual se establezca que las empresas deben procurar asegurar que aquellas personas naturales y jurídicas vinculadas en la cadena de suministro, respeten aquellas medidas de prevención que han sido expuestas en el artículo 5. Se debe agregar que esta obligación de las empresas recae únicamente sobre aquellas personas, naturales y jurídicas, sobre las cuales las empresas tengan un control suficiente o efectivo, o un nivel de supervisión relevante.
30. Es preciso tener en cuenta que el artículo 5 establece el deber que tienen los Estados de asegurar que todas las personas con actividades de negocios bajo su territorio, o bajo su jurisdicción o control, cumplan con ciertas obligaciones de debida diligencia. Si bien se entiende que la finalidad perseguida con tal cláusula es ampliar la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible, no es claro dentro del cuerpo del instrumento cuál es la acepción de “control”, y esto nubla el entendimiento del alcance de la obligación, ya que debe determinarse si hace referencia a “control efectivo” o “control general”.
31. Lo anterior en consideración con que interpretar la noción de “control” como un concepto capaz de extender la jurisdicción de un Estado sobre hechos cometidos en territorios de otros Estados resulta un riesgo para la soberanía y el respeto por el principio de no-intervención.

- **ARTÍCULO 6: RESPONSABILIDAD LEGAL**

32. El Estado colombiano, de conformidad con la Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal” no prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A fin de guardar coherencia con el numeral primero del artículo sexto, **se recomienda**



**eliminar del numeral noveno toda referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas por complicidad o participación en delitos penales.**

33. El Estado colombiano se encuentra evaluando el alcance y la aplicabilidad de este artículo, en tanto implica medidas modificatorias al sistema jurídico interno. En particular:
- Implementación de sanciones disuasorias que son diferentes al esquema indemnizatorio del modelo colombiano de reparación
  - La creación de un sistema integral de responsabilidad legal
  - La exigencia de garantías financieras o fondos frente a posibles reclamaciones
  - Responsabilidad por el hecho del otro y de la responsabilidad civil, administrativa y penal de personas jurídicas
34. Así las cosas, no puede dar un aval a la integridad del artículo hasta tanto no tenga claridad sobre el alcance y consulte con todas las autoridades técnicas, en salvaguarda del ordenamiento jurídico interno.
35. Respecto del numeral 4, se considera que **no debería existir en el tratado una cláusula que obligue a los Estados a acomodar su política criminal**, puesto que la conformación de esta obedece a las particularidades de cada cual, y a consideraciones de orden no sólo político y jurídico, sino también económico.
36. Adicionalmente, es preciso advertir que los crímenes de lesa humanidad no se encuentran tipificados en el ordenamiento jurídico colombiano (referencia al numeral 6 del artículo). Si bien el Estatuto de Roma fue ratificado por el Estado colombiano, la Corte Constitucional ha sido clara en establecer que este instrumento es una regulación aplicable exclusivamente en el ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional, sin que modifique o cambie la legislación interna. En consecuencia, no es dable afirmar que debido a las obligaciones adquiridas en virtud del Estatuto de Roma o del Proyecto de Acuerdo es jurídicamente viable investigar, castigar y sancionar delitos que no están tipificados en la ley penal colombiana.
37. Lo anterior, ya que, si bien algunas disposiciones del Estatuto de Roma hacen parte del bloque de constitucionalidad, esta figura jurídica no se puede usar para imputar delitos, sino únicamente como parámetro de control de constitucionalidad. Adicionalmente, pese a que el Código Penal consagra delitos que también se



encuentran enunciados en el artículo 7 del Estatuto de Roma (correspondiente al artículo 2 numeral 3 del Proyecto de Acuerdo), carecen de elementos indispensables para que sean clasificados como crímenes de lesa humanidad, a saber, que se cometa en el marco de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil y que, por tanto, se consideren imprescriptibles. Es decir, se encuentran tipificados como delitos comunes.

38. Consecuentemente, al aplicar las obligaciones derivadas del Proyecto de Acuerdo deberá tenerse en cuenta que es necesario llevar a cabo una modificación de la normativa interna, a fin de tipificar los delitos de lesa humanidad y las penas correspondientes. En caso de no modificar el Código Penal, se deberá tener en cuenta que se podrá incurrir en un incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas o, por el contrario, cualquier acusación penal debe darse con base en los tipos penales clásico.

- **ARTÍCULO 7: JURISDISCIÓN**

39. De acuerdo con el artículo 7, la jurisdicción respecto de las reclamaciones presentadas por las víctimas, independientemente de su nacionalidad o lugar de domicilio, derivadas de actos u omisiones que den lugar a violaciones de los derechos humanos, corresponderá a los tribunales del Estado en que se hayan producido dichas violaciones, donde estén domiciliadas las víctimas, o los perpetuadores de dichas violaciones. **Surge la duda sobre la capacidad del Estado colombiano de juzgar crímenes que se produjeron fuera de su territorio.** El criterio de territorialidad es un rasgo distintivo del derecho penal. Por lo tanto, no es claro que las cortes colombianas tengan la facultad de adjudicar una disputa que se generó por fuera de las fronteras territoriales

- **ARTÍCULO 8: LIMITACIONES**

NO HAY COMENTARIOS SOBRE ESTE ARTÍCULO.

- **ARTÍCULO 9: LEY APLICABLE**

40. Frente a esta disposición, se llama la atención sobre la poca claridad en el alcance del artículo. De manera particular se resalta lo estipulado en el numeral 2, pues, por un lado, la redacción de este artículo es difusa en su alcance. Según se interpreta este numeral, el juez colombiano podría aplicar el derecho de otro Estado en los casos sustanciales de violaciones a los derechos humanos. En el ordenamiento



colombiano no se contempla una figura que permita aplicar el derecho de otros Estados a los casos que sean de competencia de un juez nacional. La Consejería considera que este artículo deriva en un problema de seguridad jurídica al no poder garantizar qué ley será aplicable en un caso en concreto, y si el juez será el competente para aplicar las normas al caso en concreto.

41. Por tanto, se solicita que este artículo sea presentado con una mejor redacción para entender el alcance del mismo. En todo caso, se debe señalar que en Colombia no existe una figura jurídica por medio de la cual se pueda aplicar el derecho de otro Estado, a lo cual este artículo no pasaría un examen de constitucionalidad en Colombia.

- **ARTÍCULO 10: ASISTENCIA LEGAL MUTUA**

**Literal a. Asistencia Mutua**

42. Se evidencia que no se establecen algunas disposiciones necesarias para una correcta ejecución de la asistencia mutua legal, entre las cuales se pueden identificar: (i) negativa de la asistencia legal por ausencia de doble incriminación, esto es de gran importancia debido a que el Estado colombiano no prevé la responsabilidad penal de personas jurídicas; (ii) traslado de las personas detenidas a fin de prestar testimonio o ayuda a obtener pruebas necesarias para las investigaciones; (iii) requisitos formales y materiales de la solicitud de asistencia, previendo situaciones de urgencia; (iv) causales objetivas de denegación de asistencia judicial; (v) parte que asume los gastos generados de la asistencia judicial, entre otras.

43. A los efectos, se sugiere que en la negociación tener en cuenta el lenguaje usado en los instrumentos multilaterales que contemplan este mecanismo, principalmente, la "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción" adoptada el 31 de diciembre de 2003.

**Literal b. Reconocimiento de sentencias extranjeras.**

44. Se sugiere eliminar los numerales 9 y 10 relativos al reconocimiento de sentencias extranjeras, puesto que la práctica de los Estados en los tratados multilaterales que regulan delitos transnacionales ha sido limitarse a establecer mecanismos de asistencia judicial, sin que se incluya el reconocimiento de sentencias extranjeras. Lo anterior, ya que el reconocimiento de sentencias parte de la base de la reciprocidad diplomática o legal, lo cual corresponde a un asunto bilateral.



- **ARTÍCULO 11: COOPERACIÓN INTERNACIONAL**

NO HAY COMENTARIOS SOBRE ESTE ARTÍCULO.

- **ARTÍCULO 12: CONSISTENCIA CON INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

45. **Numeral 6.** Se observa que si bien, la nueva versión del Proyecto de Acuerdo eliminó la referencia expresa a los tratados de libre comercio e inversiones, se sigue manteniendo la obligación de interpretar todos los acuerdos, relevantes en la materia objeto de protección del Proyecto de Acuerdo, de conformidad con este instrumento.

- Ahora bien, la regla general de interpretación de los tratados establecida en el artículo 31 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” de 1969 (en adelante “CVDT”), indica que un tratado debe interpretarse (i) de buena fe; (ii) conforme al sentido corriente de sus términos; (iii) en el contexto de estos y (iv) teniendo en cuenta su objeto y fin. El contexto, a diferencia de lo señalado en el Proyecto de Acuerdo, únicamente incluye: (i) el preámbulo, (ii) los anexos; (ii) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; y (iv) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
- Si bien este artículo establece que junto con el contexto se debe tener en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”; es preciso que la misma guarde relación con la materia.

46. Adicionalmente, se sugiere evaluar la necesidad de incluir este tipo de lenguaje en el instrumento, puesto que los Tratados existentes de Libre Comercio y los de Protección de Inversiones contienen sus propias normas relativas a la interpretación de estos, acordadas entre las partes en función de su intención específica al negociar un instrumento y con la idea de minimizar el riesgo de controversias por diferencias en la interpretación de un Tratado. En el escenario práctico de una controversia de inversión, no dispensaría al Estado de su responsabilidad por violar disposiciones de un APPRI, ya que los tribunales de arbitraje de inversión están



impedidos para conocer, interpretar y aplicar cláusulas pertenecientes acuerdos que estén por fuera de su ámbito jurisdiccional. **Por lo anterior, sería contraproducente introducir reglas de interpretación ajenas a los mismos, máxime cuando la diferencia puede involucrar Estados que no sean parte en el instrumento propuesto.”**

- Con base en lo anterior, se recomienda (i) ya sea modular el lenguaje para determinar qué tipo de tratados se entienden cobijados bajo esta disposición al tratar temas relevantes con el Proyecto de Acuerdo o (ii) eliminar el numeral. Lo anterior debido a los riesgos jurídicos que se pueden derivar de su alcance.

### **SECCIÓN 3**

#### **• ARTÍCULO 13: ASUNTOS INSTITUCIONALES**

##### **a. Comité**

47. El instrumento prevé la creación de un Comité que le haría seguimiento a la implementación del instrumento por parte de los Estados, que deben presentar un informe periódico. Esto supone una obligación adicional para el Estado, que recibirá recomendaciones del Comité y deberá hacer el respectivo seguimiento.
48. A su turno, también se prevé que el Comité conozca peticiones individuales que se interpongan contra los Estados, asunto considerado en otros instrumentos convencionales, pero Colombia no tiene por línea aceptar, puesto que no resulta conveniente aceptar más espacios de escrutinio internacional de los actualmente reconocidos.
49. El Estado colombiano se encuentra analizando la conveniencia de que Colombia este sometida a nuevos mecanismos de seguimiento de cumplimiento de obligaciones de derechos humanos.

##### **b. Fondo internacional para las víctimas**

50. Este apartado sugiere la creación de un Fondo para financiar los procesos que interpongan las víctimas, cuando las mismas no cuenten con recursos para interponerlas de su propio dinero. Sin embargo, el artículo no señala de dónde provienen los fondos, aunque se puede presumir que implicará aporte de los Estados partes.



51. Por tanto, es necesario precisar el alcance del Fondo y quién asumirá los costos de su mantenimiento. En todo caso, se recomienda evaluar la posibilidad de excluir esta disposición del Proyecto de Acuerdo y discutir su inclusión en el Protocolo Facultativo. Lo anterior, teniendo en cuenta que el Fondo solo beneficiaría a las personas que sean consideradas víctimas con base en los dictámenes del Comité y esta facultad se regula exclusivamente en el Protocolo Facultativo objeto de estudio como un instrumento independiente pero vinculado al Proyecto de Acuerdo.
52. Lo anterior, considerando que los fondos provengan de los Estados, la misma resulta una carga onerosa innecesaria para los Estados. Interpretando el numeral, según el objeto y el propósito del Instrumento, aunado con el desarrollo del resto del articulado, se podría argumentar que este numeral pretende tener un fondo auspiciado por los Estados en casos en los cuales se encuentre que las empresas, o el mismo Estado, hayan cometido violaciones de derechos humanos. Resulta una carga y un desfinanciamiento que el Estado tenga que asumir una carga monetaria a causa de un hecho que fue cometido por una empresa.
53. A su turno, se considera que esta carga ya está siendo asumida por Colombia a través de otros instrumentos. Es importante considerar que el Estado colombiano no está en la capacidad de adquirir obligaciones que supongan contribuciones voluntarias, por lo que no podría apoyar la creación de este fondo sin que se determine la proveniencia de los recursos.

- **ARTÍCULO 14: IMPLEMENTACIÓN**

54. Frente al numeral 1 de este artículo, se estima que, en el caso de Colombia, no se podría garantizar la implementación relacionada con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mientras el debate doctrinal y legislativo no se surta. Se debería, por tanto, realizar una eventual reserva frente a este artículo al momento de la ratificación del instrumento.

- **ARTÍCULO 15: PROTOCOLOS ADICIONALES**

NO HAY COMENTARIOS SOBRE ESTE ARTÍCULO.

- **ARTÍCULO 16: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES**



55. Este artículo reconoce como medios de resolución de controversias entre Estados para la aplicación de este instrumento a la Corte Internacional de Justicia, y a instancias de arbitraje internacional.

56. Para el funcionamiento de estos mecanismos, es preciso valorar en detalle la eventual dimensión económica de las reclamaciones que se deriven de este instrumento para poder avalar el consentimiento del estado sobre este artículo. Esto con el objeto de no comprometer la responsabilidad del Estado sobre asuntos que salgan de sus capacidades.

57. **Adicionalmente, esto supone reconocer competencia a la Corte Internacional de Justicia para conocer disputas entre los Estados, lo cual resulta contradictorio con la posición nacional actual.** Es preciso definir cuál será la política y posición del Estado frente a la jurisdicción de la Corte, de acuerdo con la posición que se estableció en el año 2012 con la denuncia Pacto de Bogotá de 1948. Esto, con el objetivo de dejar claro en el momento de la ratificación, si otorgará, o no, jurisdicción a este tribunal internacional.

- **ARTÍCULO 17: FIRMA, RATIFICACIÓN, ACEPTACIÓN, APROBACIÓN Y ADHESIÓN**

NO HAY COMENTARIOS SOBRE ESTE ARTÍCULO.

- **ARTÍCULO 18: ENTRADA EN VIGOR**

NO HAY COMENTARIOS SOBRE ESTE ARTÍCULO.

- **ARTÍCULO 19: ENMIENDAS**

58. **Numeral 3:** De este apartado es posible colegir que la disposición objeto de estudio consagra una entrada en vigor automática de las enmiendas que se relacionen exclusivamente con el establecimiento y funciones del Comité. Sobre el particular, es preciso advertir que la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que las enmiendas que implican una modificación en el alcance de las obligaciones asumidas por el Estado colombiano bajo el tratado ratificado requieren surtir el trámite interno de aprobación exigido para los tratados solemnes.



59. Así las cosas, no es viable jurídicamente para Colombia incluir una disposición que contemple la entrada en vigor automática de las enmiendas relacionadas con funciones del Comité.

- **ARTÍCULO 20: RESERVAS**

NO HAY COMENTARIOS SOBRE ESTE ARTÍCULO.

- **ARTÍCULO 21: DENUNCIAS**

NO HAY COMENTARIOS SOBRE ESTE ARTÍCULO.

- **ARTÍCULO 22: DEPOSITARIO E IDIOMAS**

NO HAY COMENTARIOS SOBRE ESTE ARTÍCULO.