Cuarta sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental para la elaboración de un instrumento vinculante sobre empresas y derechos humanos

Comentarios por artículos de la República Argentina

Ginebra, 15-19 de octubre de 2018

**Artículo 4: Definiciones**

La definición de víctimas (art. 4.1) se caracteriza por una falta de precisión en su formulación que dificulta conocer los límites necesarios para el ámbito de aplicación personal del proyecto. Se incluye a la familia inmediata o dependientes de la víctima directa y personas que han sufrido daño interviniendo para asistir a las víctimas o para prevenir la victimización. En otros términos, bajo dicha definición podría considerarse víctimas un conjunto indefinido de personas, abriendo la posibilidad de expandir de forma tal la legitimación activa para incoar acciones que conlleve el riesgo de desvirtuar los objetivos del sistema.

**Artículo 6: Prescripción**

En el artículo 6 se prohíben las cláusulas de prescripción para incoar acciones en el caso de violación de los derechos humanos que constituyan crímenes a la luz del derecho internacional. En ese sentido, hay que tener en cuenta que la imprescriptibilidad puede variar dependiendo de lo que los ordenamientos jurídicos de cada Estado establezcan, pudiendo no ser un concepto uniforme en todos los países. Asimismo, en dicho artículo se establece que la prescripción para entablar acciones en el caso de reclamos civiles y otros procedimientos no debería ser restrictiva, permitiendo un adecuado período de tiempo para la investigación. En este caso no podrían descartarse planteos que controviertan lo dispuesto en los ordenamientos domésticos.

**Artículo 9: Prevención**

En el artículo 9 se establece la obligación de que los Estados introduzcan en sus ordenamientos jurídicos internos la obligación - en cabeza de las empresas - de realizar amplias actividades de "debida diligencia" sobre las "entidades bajo su control directo o indirecto, o directamente ligadas a las operaciones, productos o servicios", incluyendo la obligación de contribuir financieramente en materia de prevención (art. 9.2.c). En la práctica, resulta difícil imaginar hasta dónde podrían llegar este tipo de obligaciones. Si se piensa en los contratos que frecuentemente se desarrollan en el ámbito comercial transnacional (contratos de distribución, de agencia, de suministro, licencias de uso de marca, etc), la carga administrativa y financiera que recaería sobre las empresas sería difícil de predecir, puesto que deberían realizar una debida diligencia para cada actor ligado a sus operaciones, productos o servicios. Se estima que este tipo de propuestas, más allá de su loable objetivo, debería calibrarse a la luz de la necesaria agilidad y realidad en la que se desarrolla el comercio transnacional. A mayor abundamiento recordemos que el artículo 9.2.f) obliga a las empresas a dejar constancia de dichas tareas de debida diligencia en TODAS sus relaciones contractuales, así como contratar seguros para cubrir potenciales reclamos resarcitorios (art. 9.2.h). Dicho en otros términos, este tipo de cláusulas merecerían evaluarse con mayores elementos que permitan visualizar la factibilidad material de poder llevarse a la práctica con eficiencia y efectividad, atendiendo a los objetivos del sistema.

Por otra parte, en el artículo 9.5 se establece la facultad de las Partes para otorgar excepciones para ciertas empresas pequeñas y medianas en relación a estas actividades de "debida diligencia". Es decir, la posibilidad de eximirse de cumplir con una parte del proyecto dependerá de la voluntad y los parámetros que fije un organismo estatal, lo cual además agregaría complejidades burocráticas que frecuentemente conspiran contra el dinamismo que requiere el comercio internacional.

**Artículo 10: Responsabilidad jurídica**

En este artículo se introduce el concepto de responsabilidad de las personas jurídicas, obligando a los Estados a incorporarlo en sus ordenamientos jurídicos. En este sentido, la personalidad internacional de las personas jurídicas en el derecho internacional no constituye un concepto libre de controversias, reconociéndose en forma restrictiva y limitada. En el caso de la Argentina, por ejemplo, en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la ley 27.401 la acota a un reducido número de tipos penales, principalmente vinculados al soborno transnacional. En ese sentido, el proyecto introduciría un nuevo concepto de responsabilidad de las personas jurídicas vinculada a violaciones a los derechos humanos, que además incluiría a las personas físicas (artículos 4.2 y 10.1). En lo que hace a la responsabilidad penal, el proyecto establece la obligación de los Estados para incorporar o implementar normativa sobre jurisdicción universal (artículo 10.11), concepto que, cabe señalar, no es reconocido ni aplicado universalmente por la territorialidad que caracteriza al derecho penal.

**Artículo 13: Conformidad con el derecho internacional**

Se propone que el proyecto tenga, per se, una jerarquía superior al resto de la normativa en la materia, constituyéndose en una referencia con respecto a la cual los Estados deberían ajustar la negociación e interpretación de sus futuros acuerdos de comercio e inversión, incluso con terceros Estados (artículo 13.6 y 13.7). Cabe señalar que los Estados verían restringidas sus decisiones de política comercial, debiendo someterlas al test de compatibilidad con las disposiciones de este proyecto.