Comentarios del Gobierno de Chile sobre el “Proyecto Cero”, de 16 de julio de 2018

El Gobierno de Chile tiene el honor dirigirse a la Secretaría del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, con motivo de la invitación para formular comentarios efectuada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, remitida a través de la nota verbal LW/NS, de 6 de febrero de 2019.

Acogiendo la invitación para enviar comentarios escritos sobre el Proyecto Cero del instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas trasnacionales y otras empresas (“Proyecto Cero”), el Gobierno de Chile quisiera destacar la fructífera labor realizada por el Grupo de Trabajo intergubernamental durante su cuarto periodo de sesiones, y agradece particularmente al Presidente-Relator del Grupo por el trabajo y dedicación demostrados en la redacción de este primer borrador. El liderazgo que ha desplegado en el desarrollo de esta iniciativa será clave para proseguir con éxito las negociaciones sobre este proyecto, por lo que lo alentamos a continuar su labor con el mismo empeño, que merece nuestra especial gratitud.

En cuanto al contenido del proyecto, el Gobierno de Chile quisiera expresar, ante todo, su aprecio por el esfuerzo que hace el texto por establecer un marco normativo centrado en la necesidad de identificar, prevenir y reparar las consecuencias negativas que las actividades empresariales pueden ocasionar sobre los derechos humanos de las personas. Tales acciones resultan esenciales para que las empresas puedan cumplir cabalmente con su obligación de respetar dichos derechos, lo que va en beneficio de todos los potenciales afectados y de las mismas empresas, toda vez que ellas evitarán incurrir en responsabilidades jurídicas (a nivel nacional) si observan adecuadamente cada una de estas etapas.

Sin embargo, es posible advertir que el proyecto también presenta una serie de inconvenientes, cuya permanencia en la versión definitiva del texto, probablemente impediría que ésta fuera respaldada por parte de una amplia mayoría de Estados. Por ello, con el fin de aportar elementos para una próxima versión, se identificarán las principales dificultades que pueden observarse actualmente y se indicarán los principales cambios que requiere el texto.

Debe observarse que la mayor dificultad que presenta el proyecto consiste en el gravoso y detallado alcance de las obligaciones que pretende establecer. Por una parte, su texto actual impondría a los Estados conductas específicas de muy difícil cumplimiento, y por otra, les exigiría el ejercicio permanente y cotidiano de jurisdicción extra-territorial por un rango amplísimo e indeterminado de situaciones. Dichas circunstancias bastarían para desincentivar la participación de los Estados en cualquier tratado de esta naturaleza, por lo que esta consideración debe servir de base para reformar todo el articulado del texto actual.

En efecto, puede observarse que las obligaciones contenidas en el Proyecto Cero tienen un alcance notoriamente superior al de los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar”*, aprobados por la resolución 17/4, de 16 de junio de 2011, del Consejo de Derechos Humanos (“Principios Rectores”). Tales Principios Rectores incorporan adecuadamente el estándar de conducta que debe exigirse a los Estados y a las empresas en esta materia, al contemplar patrones generales de comportamiento que, implementados adecuadamente, permiten prever y evitar las consecuencias negativas de las actividades empresariales sobre los derechos humanos. Al mismo tiempo, dichos Principios Rectores reconocen que cada Estado y empresa deben adoptar las medidas que resulten apropiadas para su contexto nacional y empresarial, respectivamente, sin que tal flexibilidad los exima de responsabilidad en caso de que la conducta desplegada no sea apta para cumplir con el estándar normativo exigible.

Así, puede apreciarse que los Principios Rectores proponen métodos concretos que cada Estado debería adoptar para cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Sin embargo, se reconoce que dichos métodos pueden ejecutarse a través de una amplia variedad de acciones. Los Principios Rectores también proponen medidas que todas las empresas deberían adoptar para respetar los derechos humanos –y que a su vez deberían ser exigidas por los Estados–, cuyo contenido específico también admite distintas opciones, siempre que ellas cumplan con el estándar de diligencia debida. En ese sentido, los Principios Rectores reconocen que en “*lo que respecta a los medios de implementación no hay pues una "talla única" para todos los casos*”, según se señala en el Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie (Documento del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/17/31, para. 15).

La combinación de completitud, flexibilidad y exigencia lograda por los Principios Rectores permite que éstos sean “*universalmente aplicables y, sin embargo, viables para la prevención y la reparación efectivas de las vulneraciones de los derechos humanos relacionadas con empresas*.” (Documento A/HRC/17/31, para. 16). De modo igualmente crucial, dichas características lograron que los Principios Rectores fueran acogidos por consenso en el seno del Consejo de Derechos Humanos, órgano que los hizo suyos a través de la señalada resolución 17/4.

En términos generales, el éxito de cualquier instrumento jurídicamente vinculante dependerá de su capacidad para atraer la participación de los Estados, los que, sin perjuicio de otras consideraciones adicionales, habitualmente sólo manifestarán su consentimiento en obligarse por un tratado si determinan que podrán darle debido cumplimiento. En el caso del Proyecto Cero, éste contiene varias obligaciones que los Estados difícilmente podrían cumplir, al exigirles medidas que implicarían la inversión de un altísimo nivel de recursos humanos, institucionales y económicos, en circunstancias que los objetivos perseguidos también podrían lograrse por medio de otras vías. Además, varias de las obligaciones que contempla tienen un alcance muy amplio (jurisdicción, derecho aplicable, otorgamiento de asistencia legal, etc.) o incluso indeterminado (contexto de actividades empresariales a los que aplica, derechos cubiertos, responsabilidades indirectas de las empresas). Ello evidencia que el texto actual se aleja del balance logrado por los Principios Rectores, a pesar de la buena acogida que éstos han recibido, cuestión que debe ser remediada para incentivar la participación activa de todos los Estados en este proceso.

En línea con lo anterior, según lo expresara verbalmente al inicio de la cuarta sesión de este Grupo de Trabajo doña Kate Gilmore, Alta Comisionada Adjunta de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, los Principios Rectores de la ONU proveen un marco normativo ya acordado a nivel internacional, que debería servir de base para cualquier nuevo instrumento jurídico en la materia.

De hecho, seguir un enfoque similar al de los Principios Rectores no sólo facilitará las negociaciones, sino que resultará esencial para que cualquier nueva iniciativa en esta área pueda tener un impacto significativo en la protección de los derechos humanos. Tal como lo notara la Unión Europea al inicio de la última sesión del Grupo de Trabajo, el instrumento que se está preparando sólo podrá proporcionar un campo de juego nivelado entre los Estados si logra suficiente respaldo entre los miembros de las Naciones Unidas, y su formato actual ha incidido en que varios Estados no se encuentren participando en las negociaciones. Todos estos factores constituyen razones de peso para cambiar el actual enfoque del texto, con el fin de alinearlo con los Principios Rectores y con la técnica normativa general allí utilizada, por lo que el Gobierno de Chile confía en que ellos serán debidamente considerados en la próxima versión del texto.

Como consideración vinculada con las anteriores, corresponde destacar que, hasta ahora, el Gobierno de Chile ha sostenido invariablemente que el futuro instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos debería establecer un marco aplicable para todas las empresas. Ello, dado que cualquiera podría ejecutar actividades con efectos negativos sobre los derechos humanos, con independencia de su carácter transnacional o puramente local. Sin embargo, según se ha expresado precedentemente, el tenor de las obligaciones contenidas en el actual borrador establece conductas cuyo cumplimiento sería muy gravoso, por lo que un tratado de características similares sólo podría resultar aplicable para un número bastante limitado de empresas. Este aspecto también debe ser atendido a la hora de elaborar la próxima versión del proyecto de tratado, el que deberá contener obligaciones más generales para los Estados y concederles la facultad de exigir conductas diferenciadas según el tipo de empresa de que se trate, sobre todo considerando su tamaño.

Antes de pasar a comentar aspectos específicos del Proyecto Cero, como cuestión general adicional, el Gobierno de Chile desea reiterar que, como cualquier otro tratado internacional, el instrumento que debe elaborar este Grupo de Trabajo sólo podrá establecer derechos y obligaciones directamente aplicables para los Estados. Desde el punto de vista jurídico, los tratados internacionales sólo pueden establecer obligaciones para los Estados que han consentido en los mismos, y las personas (ya sean naturales o jurídicas) no resultan directamente obligadas por sus disposiciones, sin perjuicio de que los tratados pueden establecer mandatos de criminalizar, prohibir o hacer imperativas ciertas conductas mediante la implementación de leyes nacionales destinadas al efecto. Cabe señalar que las personas sólo pueden ser sujetos pasivos de obligaciones internacionales en casos muy excepcionales, fundamentalmente ligadas a la prohibición de crímenes de derecho internacional, caso en el que dichas obligaciones “personales” han surgido más bien por efecto de la costumbre y no de los tratados internacionales.

Con todo, lo anterior no atenúa en lo absoluto el deber que pesa sobre los Estados de establecer leyes que obliguen a las empresas a respetar los derechos fundamentales de las personas. De hecho, los Estados no podrán cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos mientras no regulen las actividades de las empresas este sentido, requisito necesario para que puedan cumplir con su obligación de prevenir violaciones o abusos a dichos derechos. Por lo tanto, la versión revisada del Proyecto Cero deberá mantener el enfoque de que los sujetos obligados por el tratado serán los Estados que lleguen a ser parte del mismo.

Corresponde analizar ahora el contenido específico de las principales normas del Proyecto Cero.

Artículo 1

Como aspecto formal y en línea con las observaciones efectuadas por otras delegaciones en la última sesión del Grupo de Trabajo, cabe señalar que el preámbulo no debe formar parte del articulado del instrumento, por no contener normas jurídicas de conducta, sin perjuicio de su prominente valor interpretativo. Como en todos los tratados, el preámbulo debe expresar los motivos y consideraciones por los que se ha decidido celebrar dicho instrumento, y debe ir antes del articulado.

En lo que respecta al segundo considerando del preámbulo, la redacción empleada no es precisa y tampoco se condice con el contenido de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, que no aluden al amplio concepto de “riesgo” (“risk”). En lugar de ello, emplean la noción de violación de derechos. Sin embargo, atendida la controversia existente en torno a si corresponde o no hablar de “violaciones” a los derechos humanos por parte de las empresas, podría agregarse el concepto de “abuso” en este considerando, para que se deje en claro que el derecho a un recurso efectivo procede en cualquier hipótesis. De este modo, el segundo considerando debería quedar como sigue: “Upholding that any person whose rights or freedoms are violated or abused has the right to an effective remedy”.

El tercer considerando del preámbulo tampoco es preciso, y en realidad no sería necesario incluirlo, ya que la responsabilidad del Estado es un principio básico del derecho internacional, que no requiere de mayor reiteración.

El cuarto considerando distingue adecuadamente la responsabilidad directa del Estado en materia de derechos humanos con la de proteger a las personas contra abusos efectuados por terceros. Como modificación menor, se sugiere que en la primera frase el orden de los verbos rectores sea “respect, fulfill, protect and promote”. Este considerando también establece correctamente que el Estado tiene el deber de proteger contra abusos de terceros que puedan ocurrir en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control. Ello reconoce que el Estado tiene obligaciones extra-territoriales en materia de derechos humanos, pero limitadas a aquellas actividades o conductas que puede prever y controlar razonablemente. Sin embargo, para efectos de lograr completa claridad, se propone modificar la segunda frase para que quede del siguiente modo: “and that States must prevent and protect against human rights abuses by third parties within their territory or otherwise under their jurisdiction or control, including business enterprises, and ensure…”.

En lo que respecta al sexto considerando del preámbulo, concordamos con la sugerencia que hiciera la delegación de México durante la última sesión del Grupo de Trabajo, en el sentido de que la palabra “shall” debe ser reemplazada por la palabra “should”. Ello, porque, según se señaló, el tratado no puede tener el efecto de crear obligaciones autoejecutables sobre sujetos distintos a los Estados, y porque la plena observancia de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos ya requiere que éstos obliguen a las empresas a respetar los derechos fundamentales de las personas.

En cuanto al considerando octavo, éste debería hacer referencia a todos los principios normativos del derecho internacional de los derechos humanos, dado que no se aprecian motivos claros para mencionar unos por sobre otros, no incluidos en el texto.

Por otra parte, concordamos con el nuevo considerando propuesto por la Santa Sede en la última sesión del Grupo de Trabajo, con algunas modificaciones formales. Sugerimos que el texto respectivo sea el siguiente: “Stressing that the urgent challenge to protect our common home requires bringing together the whole human family in the task of achieving a sustainable and integral development”.

Asimismo, el Gobierno de Chile también desea proponer el siguiente texto para un nuevo considerando: “Noting that enterprises need to fully respect human rights in order to contribute to the achievement of the 2030 Agenda for Sustainable Development”.

Por otra parte, de modo consistente con la necesidad de alinear el actual proyecto con los Principios Rectores referidos precedentemente, sería esencial agregar un nuevo considerando en el preámbulo, enfatizando la necesidad de que los Estados adopten todas las medidas que resulten necesarias para darles pronto cumplimiento.

También podría explorarse la posibilidad de insertar otro considerando más, a través del cual se instara a los Estados a seguir las recomendaciones efectuadas por el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, contenidas en los informes anuales que dicho Grupo presenta ante el Consejo de Derechos Humanos y la Asamblea General.

Artículo 2

Puede apreciarse que este artículo se refiere a los objetivos generales que persigue el proyecto de tratado, motivo por el cual se sugiere trasladar su contenido al preámbulo. Con todo, es necesario precisar el texto de la letra b). No correspondería hacer alusiones a violaciones de derechos humanos ocurridas “in the context of…”, ya que ocasiona serias dificultades para delimitar las situaciones respecto de las cuales aplica este instrumento, desde el punto de vista de su causalidad. Asimismo, es necesario que dicha letra b) tome en cuenta las discusiones que se han suscitado sobre si es apropiado que se utilice el concepto de “violaciones” para referirse a los efectos negativos impermisibles de las actividades empresariales sobre los derechos humanos (sin considerar los casos en que entes privados se encuentren cumpliendo funciones estatales). Por ello, la frase en comento debería reemplazarse por “human rights abuses incurred by” u otra análoga. Adicionalmente, si se decide extender la aplicación de este instrumento a todas las empresas, el texto de esta letra debería ser modificado en el mismo sentido.

Artículo 3

El primer párrafo de este artículo debería modificarse en el mismo sentido que el Artículo 2, párrafo 1, letra b), por razones equivalentes.

En cuanto al segundo párrafo, su alcance es particularmente inconveniente. Considerando que cada Estado puede desarrollar en mayor o menor medida el contenido de cada derecho humano, más allá del estándar mínimo regulado en los instrumentos jurídicos de carácter universal, los Estados no aceptarán obligarse respecto de derechos humanos cuyo contenido haya sido desarrollado por tratados internacionales que no han suscrito, o por legislaciones nacionales más expansivas que la propia. Ello podría plantear serias dificultades desde el punto de vista de la responsabilidad internacional. El problema también es manifiesto si se considera que, en su estado actual, el proyecto obligaría a los Estados a ejercer cotidianamente jurisdicción extra-territorial (art. 5), dando paso a que reclamaciones por violaciones de cualquier derecho humano (por ejemplo, el derecho a la honra) pudieran ser conocidas por los tribunales de un país distinto al de comisión los hechos. Ello permitiría que, dependiendo de las normas de derecho internacional privado que rijan la actividad del tribunal competente, las conductas de las empresas realizadas en el extranjero pudieran ser evaluadas según el derecho nacional del país de juzgamiento, lo que generaría problemas desde el punto de la seguridad jurídica y de la legitimidad para regular la actividad de sujetos ubicados en otros Estados (fuera de los casos específicos en que existe consenso sobre la procedencia de la jurisdicción extra-territorial).

A raíz de todo lo anterior, y en línea con lo expresado por el Principio Rector número 12, el alcance del párrafo 2 de este artículo debería limitarse a los derechos humanos internacionalmente reconocidos, con el objeto de lograr consenso sobre este punto entre los Estados.

Adicionalmente, por motivos de certeza jurídica, este párrafo debería señalar expresamente los derechos sometidos al ámbito de aplicación de este instrumento. En este sentido, el instrumento debería cubrir los derechos contemplados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También podría incluirse la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, si hubiera consenso sobre ello.

Artículo 4

En cuanto a la definición de “víctimas”, el párrafo primero señala que dicha calidad puede tener origen en diferentes tipos de daños, y puede ocurrir que no todos ellos estén reconocidos por la mayoría de las legislaciones nacionales (por ejemplo, podría ocurrir que no en todos los países sea procedente el daño emocional respecto de vulneraciones al derecho de propiedad). Por lo tanto, la definición que eventualmente se utilice debería ser de carácter más general.

Por otra parte, cabe notar que los tratados que obligan a sancionar ciertos ilícitos generalmente no contemplan una definición de “víctimas”, por lo que la definición específica de tal concepto normalmente sigue quedando regulada por la ley nacional de cada Estado. En todo caso, ésta debe ser consistente con el sentido ordinario que debe darse a dicha palabra, en línea con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Con todo, si llegara a existir consenso sobre la necesidad de emplear una definición del concepto de “víctima”, debería escogerse una de carácter más general, en línea con lo señalado precedentemente. Un ejemplo adecuado podría ser el del artículo 24(1) de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

En lo que respecta al segundo concepto, éste también presenta serias dificultades. Su imprecisión y amplio alcance hacen que sea imposible determinar de antemano cuáles son las actividades empresariales respecto de las cuales se están obligando los Estados, y en consecuencia, habrá gran inseguridad jurídica a efectos de determinar cuáles son los sujetos a los que el Estado debe exigir el cumplimiento de ciertas conductas. Ello, porque la definición depende de criterios que pueden variar de modo súbito e imprevisible, tales como el “impacto” y la realización de actividades o transacciones por vía electrónica (aparentemente incluso cuando éstas se realizaran esporádicamente). Debido a esta imprevisibilidad respecto del ámbito de aplicación de la Convención, los Estados difícilmente podrían cumplir con su obligación de prevenir.

En este contexto, la inseguridad jurídica que ocasiona esta segunda definición puede solucionarse si es que el tratado se hace aplicable respecto de todas las empresas ubicadas en su territorio o que estén bajo su control o jurisdicción. Sin embargo, ello exigiría conceder expresamente a los Estados la facultad para eximir o establecer obligaciones menos gravosas a ciertas empresas, de acuerdo a criterios objetivos y razonables determinados por cada Estado, respectivamente fijados a través de una ley u otra norma interna de carácter general. Otra solución análoga podría consistir en facultar a cada Estado para que determinara, en forma análoga, los requisitos específicos que debe reunir una empresa para quedar cubierta bajo el ámbito de aplicación de la futura convención (ej: número de trabajadores), siguiendo los criterios generales señalados por ésta. En la eventualidad de que no prosperara la propuesta de hacer extensivo este nuevo instrumento a todas las empresas, entre los referidos criterios podría incluirse el de transnacionalidad, siempre que dicho concepto fuera debidamente explicado y delimitado. Adicionalmente, debe observarse que no corresponderá hacer alusión a derechos humanos específicos, dado que el ámbito de aplicación de este instrumento debería ser fijado en el artículo 3, según se ha señalado precedentemente.

Artículo 5

Esta disposición resultará difícilmente aceptable para la mayoría de los Estados, dado que prevé el ejercicio de jurisdicción extra-territorial de modo recurrente y sin mayores limitaciones, por lo que se convierte en una regla de carácter general. Ella permite que se demande a una empresa en cualquier país en que ésta tenga un domicilio o interés sustantivo, por lo que puede ocurrir que el país donde se produzca el juzgamiento no tenga ninguna conexión con los hechos sobre los que se basa la demanda. Ello será problemático en todos aquellos casos en que no exista un motivo aceptado por el derecho internacional para ejercer jurisdicción extra-territorial, ya que cualquier persona, con independencia de su nacionalidad o domicilio, podrá entablar reclamaciones por violaciones a cualquier derecho humano (propiedad, honra, etc.) en los tribunales de otro país en donde la empresa respectiva tenga presencia. Ello podrá ocasionar tensiones relevantes cada vez que la conducta reclamada haya sido legal o hubiera enfrentado consecuencias distintas en el lugar en que ocurrieron los hechos.

Adicionalmente a los problemas jurídicos que ocasiona esta disposición, también genera importantes inconvenientes de carácter práctico. Las diferencias existentes entre los Estados, en cuanto a sus sistemas judiciales y normativos, podría incentivar el fórum shopping para la presentación de demandas, permitiendo que las personas escojan los países con procesos judiciales más expeditos o estándares legales más favorables, incluso en lo que respecta a las compensaciones. Ello posiblemente ocasionaría una sobrecarga de reclamaciones en ciertos países, lo que a su vez podría llevar a las empresas a reevaluar su permanencia en Estados que, paradójicamente, tienen los estándares más favorables para las personas.

Estos problemas son plenamente coincidentes con el diagnóstico que efectuara sobre el Proyecto Cero el profesor James Ruggie en su carta de 9 de octubre de 2018 –gentilmente transmitida por la Unión Europea–, en la cual señaló que “the current treaty draft expects much in terms implementation and enforcement of the *home* countries of multinational corporations”. Dicha conclusión debe ser considerada con particular atención, dado que el profesor Ruggie fue el Representante Especial del Secretario   
General encargado de la redacción de los Principios Rectores, lo que le permitió tener abundantes y frecuentes intercambios con todos los actores involucrados.

Por otra parte, debe considerarse la delicada cuestión de la competencia penal. Considerando que el tratado no tipifica los delitos, este tipo de competencia jurisdiccional debería dejarse fuera del ámbito de aplicación del nuevo instrumento. De lo contrario, se obligaría a los Estados a ejercer su jurisdicción penal sobre conductas indeterminadas, lo que generaría una inseguridad jurídica inadmisible. Esta decisión no ocasionará detrimento alguno para los derechos humanos de las personas, ya que la obligación de sancionar los crímenes internacionales es una norma consuetudinaria respecto de la cual todos los Estados se encuentran obligados, que ha alcanzado un carácter de *jus cogens*, y existen tratados específicos sobre la mayoría de ellos (salvo los crímenes de lesa humanidad, motivo por el cual la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas se halla preparando un proyecto de instrumento vinculante). Asimismo, existen otras numerosas convenciones que tipifican ciertos delitos específicos y obligan a sancionarlos, motivo por el cual es deseable evitar la duplicación de instrumentos relativos a estas conductas, lo que conllevaría un riesgo de fragmentación jurídica. En ese sentido, lo que realmente hace falta y es necesario es un instrumento que obligue a los Estados a establecer su competencia civil respecto de las violaciones o abusos contra los derechos humanos, dado que éstos no siempre constituyen ilícitos penales, pero no por ello deben quedar sin el amparo de un recurso efectivo.

A raíz de todo lo anterior, este artículo debería ser reformado sustantivamente, y en consecuencia, simplificar su ámbito de aplicación. Para tales efectos, debería obligar a cada Estado Parte a “adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para establecer su competencia civil respecto de violaciones o abusos contra los derechos humanos cubiertos por esta Convención, cometidos en su territorio o en cualquier otro territorio bajo su jurisdicción o control, por aquellas personas individualizadas en el párrafo siguiente”.

Frente a la legítima preocupación expresada por la Unión Europea durante la última sesión del Grupo de Trabajo, relativa a la necesidad de proporcionar un foro jurisdiccional a aquellas víctimas que no pueden obtener una reparación en el país en que ha ocurrido el abuso (por incumplimiento de las obligaciones del Estado), cabe aludir a una útil y justa solución que ya se ha empleado en otros tratados (aunque en un contexto penal). Al respecto, debería existir la posibilidad de accionar no sólo contra la empresa directamente responsable del abuso contra los derechos humanos, sino que también contra aquellas que lo ordenen, propongan, induzcan o contribuyan sustancialmente a su realización. Por lo tanto, también debería obligarse al Estado a establecer su competencia civil respecto de personas que cometan tales actos. Con tal objeto, podría utilizarse una redacción similar a la empleada en el Artículo 25 del Estatuto de Roma, naturalmente, haciendo las adaptaciones que correspondan y eliminando las referencias relacionadas con la competencia penal, en línea con las recomendaciones efectuadas precedentemente.

Artículo 6

De modo consistente con la recomendación indicada a propósito del artículo anterior, este precepto no debería hacer alusión a materias penales. La regla que establece la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales también es una norma consuetudinaria a la que los Estados ya se encuentran obligados, y reiterar dicha regla en un tratado que no define los respectivos delitos no resulta permisible, por los motivos expuestos precedentemente.

En cuanto a la prescripción civil respecto de los abusos o violaciones de los derechos humanos, su redacción debería ser clarificada. En ese sentido, podría utilizarse como modelo el artículo 8 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, el que debería ser adaptado al contexto civil que se propone para este instrumento.

Artículo 7

Según se comentó a propósito del artículo 5, desde el punto de vista del derecho internacional sólo resulta admisible el ejercicio de jurisdicción extra-territorial por causas respecto de las cuales existe consenso, generalmente permitidas por tratados celebrados al efecto o por normas consuetudinarias. Por tal motivo, no resulta posible establecer una regla que permita, de modo general y amplio, ejercer jurisdicción extra-territorial de carácter prescriptivo respecto de cualquier abuso de los derechos humanos, sobre si se tiene presente que cada Estado puede desarrollar en mayor o menor medida el contenido de cada derecho (respetando el estándar mínimo internacional) y establecer consecuencias específicas para los casos de abuso.

Con todo, debe observarse que, en línea con lo expuesto a propósito del artículo 5, la jurisdicción extra-territorial que debería ejercer el Estado en virtud de este instrumento se limitaría ostensiblemente (a los casos de abusos ocurridos en otros territorios bajo su jurisdicción o control). Por ello, no resultaría necesario establecer una norma específica sobre derecho aplicable, ya que en tal contexto no existe inconveniente en que dicho ordenamiento jurídico quede determinado por la norma de conflicto de leyes prevista por las reglas de derecho internacional privado del Estado respectivo. A la luz de todas estas consideraciones, se sugiere suprimir este artículo.

Artículos 8, 9 y 10

Estos preceptos constituyen uno de los principales inconvenientes del Proyecto Cero, ya que establecen obligaciones que tienen un alcance mucho mayor al de los Principios Rectores, que los Estados difícilmente podrían cumplir en todas las situaciones potencialmente cubiertas. Por ello, en línea con los comentarios generales efectuados al inicio de este documento, deberían reformularse sustantivamente, de modo tal que establezcan patrones de conducta genéricos que los Estados deban implementar de modo efectivo, pero adaptado al contexto nacional y empresarial relevante. Sin perjuicio de la necesidad de modificar la mayoría de los párrafos de cada artículo, se harán algunas sugerencias específicas para cada uno de ellos.

En cuanto al artículo 8, entre las sugerencias que cabe efectuar, el primer párrafo podría alinearse a las disposiciones análogas de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, correspondiente a los párrafos 4 y 5 del artículo 24 de esta última. Entre las modalidades de reparación, cabría hacer referencia expresa al cese inmediato del abuso de derechos humanos contra las personas afectadas. En lo que respecta a su párrafo tercero, éste debería eliminarse, ya que no es razonable que el Estado deba siempre iniciar de oficio investigaciones sobre abusos contra cualquier derecho humano (por ejemplo, derecho a la propiedad o a la honra), menos aún tratándose de procedimientos civiles. En cuanto a los párrafos 4 y siguientes de este artículo, las obligaciones allí contenidas deberían reformularse de modo más flexible, para lo cual sería necesario acercarse al texto del Principio Rector nº 26 o a los artículos 24 y 25 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (ajustados debidamente a un contexto de competencia civil).

En lo que respecta al artículo 9, contempla obligaciones muy específicas y que tienen un extenso ámbito de aplicación, lo que no toma debidamente en cuenta las capacidades de cada Estado y de cada empresa. Además, pretende que las empresas supervisen impactos ocasionados por entidades bajo control “indirecto”, lo que podría obligarlas respecto de entidades con las que tienen conexiones muy tenues o remotas. El impreciso requisito de celebrar consultas sustantivas también es problemático, por su aplicación general y por lo gravoso que puede resultar de acuerdo a la interpretación que se le dé, en términos de procedimiento y de sujetos consultados. En lugar de ello, debería reemplazarse por un requisito según el cual las empresas deban establecer canales específicos para recibir comunicaciones por parte de las personas interesadas, relativas a abusos de derechos humanos potenciales o efectivos.

Más en general, y con el objeto de reformar este artículo 9, debe prestarse especial atención a los Principios Rectores que van del 17 al 20, y sobre todo debe enfatizarse el número 17 letra b), el cual señala que el proceso de diligencia debida “Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones”. Por ello, en línea con la idea subyacente al párrafo 5 del artículo en análisis y con lo expuesto a propósito del artículo 4, debería facultarse expresamente a los Estados para eximir a ciertas empresas del cumplimiento de algunos requisitos (o para hacerlos menos gravosos), de acuerdo a criterios generales, razonables y objetivos, que permitan considerar el contexto nacional y empresarial de cada país.

En lo que se refiere al artículo 10, éste no debería hacer referencia a la responsabilidad penal, en línea con las recomendaciones expuestas a propósito del artículo 5. Sin perjuicio de ello, podría añadirse al final de esta disposición una “without prejudice clause” en la que se señalara que nada de lo dispuesto en este artículo afectará la obligación que tienen los Estados de tipificar como delito aquellas conductas constitutivas de crímenes internacionales, en particular, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra.

Por otra parte, y para modificar el amplio alcance de este artículo, sería particularmente relevante que se siguiera una redacción similar a la del Principio Rector nº 25. Particularmente, el artículo no debería establecer responsabilidad por daños indirectos, imprevisibles o con dudosa causalidad.

Artículo 11

Si bien se aprecia que la asistencia judicial recíproca puede generar una importante mejora en el acceso a la justicia para las víctimas de abusos de derechos humanos cometidas por las empresas, debe observarse que, considerando la amplísima gama de situaciones que abarca el presente Proyecto Cero, la inclusión de una disposición de esta naturaleza probablemente tenga el efecto de disuadir la participación de los Estados. Lo anterior, atendido el alto costo y carga judicial que pudiera generar una cooperación judicial prácticamente ilimitada.

Un análisis similar fue efectuado por el profesor James Ruggie, en su carta abierta del 9 de octubre de 2018, mencionada anteriormente en este documento a propósito del artículo 5 del Proyecto Cero. Por tal razón, el profesor Ruggie sugirió circunscribir dicha cooperación a los crímenes internacionales más serios. Sin embargo, atendido el alcance civil que se propone para este instrumento, sería preferible que tal iniciativa se celebrara en un acuerdo internacional separado, y en el que se definieran expresamente los ilícitos comprendidos. Al respecto, cabe notar que el Reino de los Países Bajos y otros 5 países actualmente se encuentran patrocinando la llamada “MLA- Initiative” (Multilateral Treaty for Mutual Legal Assistance and Extradition for Domestic Prosecution of the Most Serious International Crimes), destinada precisamente a establecer asistencia judicial recíproca sobre los crímenes internacionales de mayor gravedad. Por tal motivo, se recomienda que esta materia no sea abordada por el Grupo de Trabajo en el futuro próximo, para evitar una duplicación y el consiguiente riesgo de fragmentación que ello implica. Considerando todos estos motivos, se recomienda eliminar este artículo.

Artículos 13, 14 y 15

En cuanto al artículo 13, se aprecia que, en general, su inclusión no sería necesaria, ya que la regla de interpretación conforme ya se encuentra establecida en el artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Con todo, de conservarse, sería esencial clarificar la redacción de sus párrafos 3 a 7, y en particular, alinearlas con la citada regla de interpretación de la Convención de Viena. Cabe señalar que, de todos los párrafos de este artículo, el que podría resultar más novedoso y útil es el párrafo 6, que podría vincularse con la obligación de prevenir abusos a los derechos humanos que tienen todos los Estados.

En lo que respecta al artículo 14, sobre disposiciones institucionales, se recomienda que la mayor parte de su contenido sea deferido a un protocolo adicional, ya que no todos los Estados podrían estar dispuestos a aceptar la supervisión de un nuevo Comité, sobre todo si éste puede empezar a ejercer sus funciones inmediatamente después de la entrada en vigor del tratado. En lo que respecta a la Conferencia de Estados Partes, si hubiera consenso sobre la conveniencia de su establecimiento, se recomienda que fuera regulada en términos similares al artículo 51 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por último, en lo que respecta a las clausulas finales, se recomienda que dicha materia sólo sea abordada después de que exista consenso sobre las disposiciones sustantivas del texto, con el fin de concentrar esfuerzos en lo más relevante y facilitar así la marcha de las negociaciones.

Conclusiones

Una vez más, el Gobierno de Chile quisiera agradecer al Presidente-Relator por su gran capacidad de iniciativa y liderazgo en este proceso, que tiene el potencial de convertirse en un verdadero aporte para el establecimiento de un marco jurídico uniforme en materia de derechos humanos y empresa, con un énfasis en la prevención y en el acceso efectivo a una reparación.

Confiamos en que, considerando debidamente los comentarios de los Estados miembros, Observadores, y otros actores interesados, incluyendo los aquí expresados por el Gobierno de Chile, el Presidente-Relator podrá trabajar en una nueva versión del proyecto que sea susceptible de generar un amplio y necesario consenso.

RLE