

ISSN 2526-0774

Vol. I, Nº 02
Jan - Jun 2017



Recibido: 20.02.2017

Aceito: 03.05.2017

Publicado: 31.07.2017

LAS NORMAS APLICABLES A LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL

AS NORMAS APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS TRANSNACIONAIS NO
MARCO DO DIREITO INTERNACIONAL

THE NORMS APPLICABLE TO TRANSNATIONAL COMPANIES IN
INTERNATIONAL LAW

Melik Özden¹

Resumen

En el marco de este artículo nos contentaremos con presentar las normas jurídicamente vinculantes que contienen disposiciones específicas relativas al sector privado, entre las que se encuentra las ETNs. Son normas adoptadas por los Estados en el campo del medio ambiente, la corrupción, el crimen organizado, el trabajo y los derechos humanos. Como hay muchos convenios en estos campos (adoptados a escala internacional y regional), presentaremos aquí una muestra escogida entre los más importantes de los que crean obligaciones directas para el sector privado y, por lo tanto, las ETNs.

Palabras clave

Empresas transnacionales. Normas vinculantes. Derecho Internacional.

Resumo

No âmbito deste artigo, contentar-nos-emos em apresentar as normas legais vinculantes que contêm disposições específicas relativas ao setor privado, incluindo as empresas transnacionais. São normas adotadas pelos Estados no campo do meio ambiente, da corrupção, do crime organizado, do trabalho e dos direitos humanos. Como existem muitas convenções nestes campos (adotadas a nível internacional e regional), apresentaremos aqui uma amostra escolhida entre as mais importantes que criam obrigações diretas para o setor privado e, portanto, para as TNCs.

Palavras-chave

Empresas transnacionais. Normas vinculantes. Direito Internacional.

Abstract

In the present article, we shall confine ourselves to presenting the legally binding instruments that contain specific provisions relating to the private sector, including TNCs. These are norms adopted by States in the field of the environment, corruption, organized crime, labor and human rights. As there are many conventions in these fields (adopted at the international and regional level), we will present here a sample chosen from among the most important ones that create direct obligations for the private sector and, therefore, TNCs.

Keywords

Transnational Corporations. Binding norms. International Law.

¹ Director del Centro Europa Tercer Mundo, CETIM.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, no hay ningún instrumento internacional que regule las actividades de las empresas transnacionales en su totalidad y de manera vinculante, ni que sancione las violaciones de derechos humanos cometidas por dichas entidades. Las principales normas específicas existentes aplicables a las ETNs a escala internacional son, por orden cronológico en que fueron adoptadas, los *Principios Rectores de la OCDE relativos a empresas multinacionales* (1979), la *Declaración Tripartita de*

Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT (1977), el *Global Compact* de la ONU (2000) y los *Principios Directores Relativos a las Empresas y a los Derechos Humanos* del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (2011). Sin embargo, como ya hemos analizado en nuestras dos publicaciones anteriores¹, esas normas son sólo códigos de conducta voluntarios y, en este sentido, su aplicación se deja a la buena voluntad de las ETNs y no conllevan ninguna sanción. Esta es la razón por la que han mostrado ser ineficaces viendo la impunidad que continúa reinando en gran medida en materia de violaciones de derechos humanos y de delitos cometidos por estas entidades.

En el marco de este artículo nos contentaremos con presentar las normas jurídicamente vinculantes que contienen disposiciones específicas relativas al sector privado, entre las que se encuentra las ETNs. Son normas adoptadas por los Estados en el campo del medio ambiente, la corrupción, el crimen organizado, el trabajo y los derechos humanos. Como hay muchos convenios en estos campos (adoptados a escala internacional y regional), presentaremos aquí una muestra escogida entre los más importantes de los que crean obligaciones directas para el sector privado y, por lo tanto, las ETNs.

2. EM EL ÁMBITO DEL MEDIO AMBIENTE

El *Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación*² se inscribe en un contexto de toma de conciencia global por lo que se refiere a la necesidad de proteger el medio ambiente, sobre todo tras el descubrimiento en los años 1980, en África, y en muchos países del Sur, de depósitos de desechos tóxicos provenientes del extranjero³.

El objetivo de este convenio es la reducción de la producción de estos desechos tóxicos, explosivos, corrosivos, inflamables, ecotóxicos e infecciosos) y la limitación y la regulación de los movimientos transfronterizos de estos desechos (con el fin de limitar sus nefastos efectos sobre la salud humana y el medio ambiente).

Se afirma la necesaria participación del sector privado en la realización del objetivo principal del Convenio desde su preámbulo, que alude a las obligaciones que incumben a los generadores con relación al transporte y a la eliminación de desechos peligrosos respetando el medio ambiente; siendo los Estados los garantes del respeto de esta obligación y, en este sentido, obligados a velar por su aplicación. Así, el Preámbulo prevé que:

Los Estados deben tomar las medidas necesarias para que el manejo de los desechos peligrosos y otros desechos, incluyendo sus movimientos transfronterizos y su eliminación, sea compatible con la protección de la salud humana y del medio ambiente, cualquiera que sea el lugar de su eliminación.

¹ Sociedades Transnacionales y Derechos Humanos, ya citado, y Alejandro Teitelbaum y Melik Özden, *Sociedades Transnacionales: actores mayores en las violaciones de derechos humanos*, ed. CETIM, Ginebra, 2011, <<http://www.cetim.ch/sociedades-transnacionales-actores-mayores-en-las-violaciones-de-los-derechos-humanos-2/>>.

² Adoptado el 22 de marzo de 1989, en vigor desde el 5 de mayo de 1992, <<http://www.basel.int/Portals/4/Basel%20Convention/docs/text/BaselConventionText-s.pdf>>.

³ Véase, entre otras, las publicaciones del CETIM tituladas respectivamente *Nos déchets toxiques. L'Afrique a faim: v'la nos poubelles !*, Ginebra, 1989 (también disponible en alemán), <http://www.cetim.ch/legacy/fr/publications_ouvrages/50/nos-dechets-toxiques-l-afrique-a-faim-v-la-nos-poubelles> y *Las transferencias transfronterizas de desechos tóxicos y su impacto sobre los derechos humanos*, Ginebra, 2009, <http://www.cetim.ch/legacy/es/documents/cuaderno_4.pdf>.

Por otro lado, en el propio cuerpo del Convenio se enuncian otras obligaciones con respecto a las empresas designadas con los términos “importador”, “persona” (física o jurídica), “exportador” o incluso “generador”. Corresponde al Estado bajo cuya jurisdicción se encuentra la empresa la obligación de velar por el cumplimiento de estas obligaciones:

Cada Parte tomará las medidas apropiadas para: velar por que las personas que participen en el manejo de los desechos peligrosos y otros desechos dentro del país adopten las medidas necesarias para impedir que ese manejo dé lugar a una contaminación y, en caso de que se produzca ésta, para reducir al mínimo sus consecuencias sobre la salud humana y el medio ambiente (art. 4.2.c, destacado por nosotros).

Ratificado hasta hoy por 182 Estados y la Unión Europea⁴, con la notable excepción de los Estados Unidos⁵, la supervisión de la aplicación del Convenio se confió a la Conferencia de las Partes (art. 15) y a su órgano subsidiario que es el Comité de control del respeto del Convenio (art. 15.5.e) formado por 15 miembros. Los Estados no miembros, el sector privado y las ONGs pueden asistir a las sesiones de la Conferencia de las Partes en calidad de observadores (art. 15.6).

De acuerdo con el art. 12 del Convenio, la Conferencia de las Partes adoptó, el 10 de diciembre de 1999, el *Protocolo de Basilea sobre la Responsabilidad e Indemnizaciones en caso de Daños Resultantes de Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos*⁶. Este Protocolo va dirigido a establecer un régimen completo de responsabilidad e indemnización adecuado y rápido en caso de daños resultantes de un movimiento transfronterizo y de la eliminación de desechos peligrosos y otros desechos, incluido el tráfico ilícito de dichos desechos” (art. 1).

Este Protocolo no se limita sólo a las Partes del Convenio de Basilea, sino que se aplica a “todas las personas”. Esto incluye especialmente a las empresas que causen un daño durante la transferencia de desechos peligrosos. Cabe destacar que, a falta de suficientes ratificaciones (un mínimo de 20), este Protocolo no ha entrado en vigor⁷.

Siempre en la estela del Convenio de Basilea, a escala regional, la *Convención de Bamako sobre la Prohibición de la Importación de Desechos Peligrosos a África y sobre la fiscalización de los Movimientos Transfronterizos y el Manejo de Desechos Peligrosos producidos en África*⁸ va más allá, ya que responde a las preocupaciones de los Estados africanos y de sus poblaciones con la prohibición total de importar a África desechos peligrosos provenientes de Partes no contratantes (art. 4.1).

Esta Convención va dirigida claramente a conseguir que los países industriales no exporten más sus desechos peligrosos a los países africanos. Pretende también instaurar un control de movimientos transfronterizos de desechos peligrosos en África y conseguir que la eliminación de dichos desechos sea respetuosa con el medio ambiente.

La Convención de Bamako recuerda desde su Preámbulo las responsabilidades que pesan sobre los generadores durante el transporte, la eliminación y el tratamiento de los desechos peligrosos, que deben ser realizados con respeto hacia la salud humana y del medio ambiente, y el deber de vigilar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados. Además de la

⁴ Este convenio está abierto a la ratificación “de organizaciones de integración política o económica” (art. 21). Esto significa que la Unión Europea como tal tiene las mismas obligaciones que sus Estados miembros en virtud de este convenio.

⁵ Véase <<http://www.basel.int/Countries/StatusofRatifications/PartiesSignatories/tabid/4499/Default.aspx>>.

⁶ Cf. <<https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/27-3bsp.htm>>.

⁷ Cf. <<http://www.basel.int/Countries/StatusofRatifications/TheProtocol/tabid/1345/Default.aspx>>.

⁸ Adoptada el 30 de enero de 1991, entró en vigor en 1998.

prohibición total de importación al continente africano de todos los desechos peligrosos, la Convención prohíbe también “verter desechos peligrosos en el mar; las aguas interiores y las vías de agua” (art. 4.2). Además, prevé la rigurosa regulación de la producción de desechos peligrosos y de sus movimientos transfronterizos en el continente africano en estos términos:

- a) los generadores deben enviar al Secretariado de la Convención los informes relativos a los desechos que generen para que haya una contabilidad de los desechos;
- b) se prevé que cada Parte “imponga una responsabilidad estricta, ilimitada, conjunta y solidaria a los generadores de desechos peligrosos;
- c) las Partes deberán conseguir que la generación de tales desechos se limite al mínimo (...)
- e) las personas que se ocupen de la gestión de desechos dentro de un territorio que se encuentra bajo la jurisdicción de una Parte deben hacer lo posible para evitar cualquier contaminación resultante de esos desechos o, al menos, cuando se produzca dicha contaminación, reducir los efectos sobre la salud humana y el medio ambiente;
- (...)
- m).i. Cada parte prohíbe a toda persona en la que incurra competencia nacional transportar, almacenar o eliminar los desechos peligrosos, a menos que la persona en cuestión sea autorizada a llevar a cabo este tipo de operación” (art. 4.3)

En cuanto al tráfico ilícito, la Convención de Bamako estipula que: “Cada Estado adoptará una legislación nacional apropiada para imponer sanciones penales a toda persona que planifique o efectúe estas importaciones ilícitas o colabore en ellas. Dichas sanciones deben ser suficientemente severas como para castigar estas acciones y tener un efecto preventivo.” (art. 9.2).

La violación de esta Convención por parte de cualquier persona y especialmente personas jurídicas será sancionada también a nivel nacional por las jurisdicciones de las Partes e incluye la sanción penal, cosa que no hace el Convenio de Basilea.

Además, si el tráfico ilícito resulta del comportamiento del exportador o del generador, se prevé que el Estado de exportación vele para que los desechos peligrosos en cuestión sean recogidos por el exportador o el generador o, si ha lugar, por él mismo en su territorio, en un plazo de 30 días a contar desde el momento en que el Estado de exportación fue informado del tráfico ilícito. Con este objetivo, los Estados afectados no se oponen a que dichos desechos sean devueltos al Estado de exportación ni pondrán obstáculos a ello ni lo evitarán, y se prevé una acción judicial apropiada contra los infractores.” (art. 9.3)

Igualmente, si el tráfico ilícito resulta del importador o del eliminador, será obligación del Estado de importación velar para que los desechos sean reenviados al exportador por parte del importador y que se inicie una acción judicial contra el o los responsables del tráfico (art. 9.4).

Ratificada en la actualidad por 25 Estados y firmada por otros 10⁹, la aplicación de la Convención pasa por la cooperación entre las Partes y las organizaciones africanas (art. 10). La Conferencia de las Partes se encargará de crear un órgano *ad hoc* cuya misión será elaborar un “proyecto de Protocolo estableciendo los procedimientos apropiados por lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización en caso de daños resultantes de un movimiento transfronterizo de desechos peligrosos” (art. 12). La citada Conferencia se reunió por primera vez en junio de 2013, pero el órgano *ad hoc* aún no ha sido creado. Haciendo abstracción de la Conferencia de las Partes, la

⁹ Cf. <http://www.au.int/en/sites/default/files/treaties/7774-sl-bamako_convention.pdf>.

Convención de Bamako no dispone, pues, de un procedimiento de aplicación de responsabilidades de los infractores de dicha Convención.

3. EN EL ÁMBITO DE LA CORRUPCIÓN

Se ha aludido a la necesidad de luchar contra la corrupción en el seno de Naciones Unidas desde 1975, por parte de la Asamblea General, que condenó todas las prácticas de corrupción y especialmente los actos de corrupción cometidos por las ETNs¹⁰.

Sin embargo no fue hasta 2013 que la Asamblea General de la ONU adoptó un instrumento jurídicamente vinculante en materia de corrupción: la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*¹¹. Vigente desde 2005, esta Convención pretende no sólo luchar contra la corrupción sino también instaurar una cooperación internacional en la materia, ya que la corrupción es un “fenómeno transnacional que “afecta a todas las sociedades y economías”, tal como indica su preámbulo. Así, acredita un compromiso tomado a escala internacional para prevenir y poner fin a esta plaga que amenaza la democracia, la seguridad y la estabilidad de las sociedades y obstaculiza el desarrollo de ciertos países.

Este tratado promulga una serie de normas y de reglas en las que deben inspirarse los Estados Partes para mejorar su propio régimen jurídico en materia de lucha contra la corrupción en el sector público y privado. El objeto de esta Convención se precisa en su artículo primero:

La finalidad de la presente Convención es:

- a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;
- b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos;
- c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Para conseguir sus objetivos, la Convención contra la Corrupción prevé que los Estados Parte deberán, por un lado, establecer una política de lucha contra la corrupción (artículo 5) y, por otra parte, crear uno o varios órganos que serán los encargados de la prevención contra la corrupción de acuerdo a las disposiciones de la citada Convención (artículo 6).

Por lo que se refiere a la lucha y la *prevención de la corrupción en el sector privado*, la Convención prevé en su artículo 12.1 que los Estados Parte deben tomar las medidas necesarias con el fin de prevenir la corrupción implicada en el sector privado, promulgar normas de contabilidad y auditoría en ese sector y, si hay necesidad de ello, prever “sanciones civiles, administrativas o penales proporcionales y disuasorias” en caso de violación de dichas medidas. También enumera algunos ejemplos de medidas a tomar como “la promoción y elaboración de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes” (art. 12.2.b) y “la promoción de la transparencia entre entidades privadas” (artículo 12.2.c).

Según el artículo 14.1.a) relativo a la *prevención del blanqueo de dinero*, se alienta a los Estados Parte a establecer un “amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos e

¹⁰ Véase en particular la Resolución 3514 titulada “Medidas contra las prácticas corruptas de las empresas transnacionales y otras empresas, de sus intermediarios y de otros implicados en tales prácticas” adoptada el 15 de diciembre de 1975.

¹¹ Véase la Resolución 58/4, adoptada el 21 de noviembre de 2003: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/58/4&Lang=F>.

instituciones financieras no bancarias [...] a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero.” El segundo párrafo establece que los Estados Parte deben establecer medidas de detección y supervisión de los movimientos transfronterizos de efectivo y de títulos negociables, imponiendo a particulares y empresas la obligación de que “notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas del efectivo y los títulos negociables pertinentes.”

En materia de sanciones por cualquier acto de corrupción cometido en el sector privado, el artículo 21 enuncia que los Estados Parte deberán tomar medidas legislativas con el fin de considerar como infracciones penales tales actos cometidos de manera intencionada en el marco de las actividades económicas, financieras o comerciales. Así, por lo que respecta a la Convención, los actos de corrupción cometidos en el sector privado no tendrán el carácter de *infracción penal* si no han sido cometidos de manera intencionada. Este artículo prevé dos tipos de actos:

- a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;
- b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.”

Siempre en materia de sanciones, igual que el acto de corrupción, los Estados Parte deben erigir la sustracción de bienes en el sector privado como infracción penal, adoptando medidas legislativas en este sentido. La sustracción debe ser intencionada y ser cometida “en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo. (art. 22)

La asistencia, complicidad o incitación a cometer tales actos (tanto la corrupción como la sustracción de bienes) también deben erigirse en infracción penal por parte de los Estados Parte (art. 27).

En materia de *responsabilidad de las personas jurídicas*, el artículo 26 de la Convención dice que:

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.
3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de *la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos*.
4. Cada Estado Parte velará en particular para que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.” (el destacado es nuestro)

Por otra parte, en materia de reparación del perjuicio derivado del hecho de un acto de corrupción, la entidad o la persona víctima debe beneficiarse del derecho de presentar una acción ante la justicia contra los responsables y obtener reparación. Los Estados Parte deberán, pues, prever dicha posibilidad para las víctimas en su derecho interno (art. 35).

En esta perspectiva de lucha contra la corrupción y de su represión, el artículo 39 alienta a los Estados a establecer una cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de las

investigaciones en el sector privado, especialmente las entidades financieras, en el curso de la comisión de infracciones penales establecidas por la Convención.

Con 178 Estados Parte¹², la Convención prevé la creación de una Conferencia de los Estados Parte a fin de “mejorar la capacidad de los Estados Parte y la cooperación entre ellos para alcanzar los objetivos enunciados en la presente Convención y promover y examinar su aplicación.” (art. 63.1). Entre las tareas confiadas a dicha Conferencia se encuentran las de facilitar “el intercambio de información entre los Estados Parte sobre las modalidades y tendencias de la corrupción y sobre prácticas eficaces para prevenirla y combatirla [...]” (63.4.b); de examinar “periódicamente la aplicación de la presente Convención por sus Estados Parte” (63.4.e) y de formular recomendaciones para mejorar la presente Convención y su aplicación” (63.4.f).

Tras su creación, la Conferencia de los Estados Parte ha celebrado varias sesiones. Las decisiones adoptadas por la Conferencia durante estas sesiones tratan en particular sobre las recomendaciones hechas a los Estados Parte con el fin de garantizar la aplicación de la Convención, como la adecuación de sus legislaciones a la Convención, el aliento al mundo de las empresas para que participen activamente en la prevención de la corrupción, etc.

Hay que subrayar que, durante su 3ª sesión realizada en 2009, la Conferencia de los Estados Parte creó, de acuerdo con el artículo 63.7 de la Convención, un mecanismo de examen de la aplicación de dicha Convención¹³. Este mecanismo permite verificar el estado de su aplicación por parte de los Estados Parte y ayudarlos a respetar su compromiso. El proceso de examen comprende dos ciclos de una duración de cinco años cada uno. Durante el primer ciclo, se prevé examinar los capítulos III (incriminación, detección y represión) y IV (cooperación internacional) y, durante el segundo ciclo, los capítulos II (medidas preventivas) y V (recuperación de activos). Se quiere que este mecanismo sea, entre otras cosas, “transparente”, “imparcial”, sin carácter “punitivo” o “acusatorio”¹⁴.

A escala regional, la *Convención Penal sobre la Corrupción*, adoptada en 1999 en el seno del *Consejo de Europa*, precede a la de las Naciones Unidas adoptada cuatro años más tarde.

Quiere ser “un instrumento ambicioso encaminado a incriminar de manera coordinada un largo abanico de conductas de corrupción y de mejorar la cooperación internacional para acelerar o permitir la persecución de los corruptores y los corrompidos.”¹⁵ Esta Convención cubre las formas activas y pasivas de corrupción referidas a: funcionarios, parlamentarios y jueces nacionales y extranjeros; el sector privado; el tráfico de influencias; el blanqueo del producto de delitos de corrupción; las infracciones contables (facturas, escrituras contables, etc.) vinculadas con la comisión de infracciones por corrupción¹⁶.

¹² Estado a 9 de febrero de 2016: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-14&chapter=18&lang=fr>.

¹³ Véase la Resolución 3/1 de la Conferencia de los Estados Parte: <<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session3/V1051988s.pdf>> y el Documento de base sobre el mecanismo <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/ReviewMechanism-BasicDocuments/Mechanism_for_the_Review_of_Implementation_-_Basic_Documents_-_F.pdf>.

¹⁴ Véase el documento titulado “Proyecto de mandato del mecanismo de examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: texto evolutivo”, CAC/COSP/2009/3, § 2, de 15 de septiembre de 2009, <<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session3/V0986379s.pdf>>.

¹⁵ Véase su presentación en el sitio del Consejo de Europa, <<http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/173>>.

¹⁶ Idem.

La corrupción en o por parte *del sector privado* se trata en los artículos 7 y 8 de la Convención. Según el art. 7, las Partes deberán adoptar medidas legislativas u otras dirigidas a erigir en infracción penal el acto cometido intencionadamente “en el curso de una actividad comercial, el hecho de permitir ofrecer o dar, directa o indirectamente, una ventaja indebida a cualquier persona que dirige o trabaja para una entidad del sector privado, para sí mismo o para cualquier otra persona, con el fin de que cumpla o se abstenga de cumplir un acto en violación de sus deberes.”

En materia de *responsabilidad de las personas jurídicas*, la Convención, en su artículo 18.1, alienta a los Estados Parte a adoptar medidas legislativas o de otro tipo a fin de poder hacer a estas entidades responsables por actos de corrupción activa, tráfico de influencias¹⁷ y blanqueo de capitales¹⁸, cometidos por cuenta de cualquier persona física actuando individualmente, o como miembro de un órgano de una persona jurídica o que ejerce un poder de dirección en su seno. La responsabilidad de la persona jurídica podrá ser exigida también a la persona que actúa por su cuenta en calidad de cómplice o instigador durante la comisión de las infracciones antes mencionadas. La Convención enuncia, por otra parte, que los Estados Parte deberán tomar las medidas necesarias con el fin de poder exigir responsabilidad a la persona jurídica si la comisión de las infracciones mencionadas resulta de una ausencia de supervisión o de control de una persona física de las mencionadas en el primer párrafo actuando por cuenta de la persona jurídica (art. 18.2). Además, afirma que la responsabilidad de la persona jurídica no excluye acciones penales que puedan iniciarse entre las personas físicas autoras, instigadoras o cómplices de las infracciones a las que se alude en el primer párrafo (art. 18.3).

En materia de sanciones, la Convención dispone que los Estados Parte deberán prever “sanciones y medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluyendo, cuando sean cometidas por personas físicas, sanciones privativas de libertad que pueden dar lugar a la extradición.” (art. 9.1). Por lo que respecta a la responsabilidad de las personas jurídicas, estas deberán ser sancionables con medidas “eficaces, proporcionadas y disuasorias de naturaleza penal o no penal, incluyendo sanciones pecuniarias.” (art. 19.2)

Vigente desde 2002, el tratado cuenta actualmente con 45 ratificaciones¹⁹. El seguimiento de la aplicación de esta Convención por los Estados Parte es garantizado por el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) de acuerdo con el artículo 24 de la Convención. En este sentido, se ha instituido el Grupo vía un acuerdo parcial y ampliado²⁰, y su misión consiste en la evaluación de las medidas llevada a la práctica por los Estados para luchar contra la corrupción. El GRECO cuenta actualmente con 49 Estados miembros. Vela por el respeto y la aplicación no sólo de la Convención Penal sobre la Corrupción sino también de otros tratados, textos jurídicos, principios adoptados por el Consejo de

¹⁷ El tráfico de influencias está definido en el artículo 12 de la Convención como sigue: “el hecho de proponer, ofrecer o dar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida remunerada a cualquiera que afirme o confirme ser capaz de ejercer una influencia sobre la toma de decisiones de una persona de las previstas en los artículos 2, 4 a 6 y 9 a 11, ya sea la ventaja indebida para uno mismo o para cualquier otro, así como el hecho de solicitar, recibir o aceptar el ofrecimiento o la promesa remunerada por dicha influencia, tanto si la influencia es o no ejercida o si la supuesta influencia produce o no el resultado buscado.”

¹⁸ Infracción penal prevista en el artículo 13 de la Convención.

¹⁹ Ente los que figura Bielorrusia, no miembro del Consejo de Europa, y 5 signatarios entre los que figuran los Estados Unidos y México: <http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/173/signatures?p_auth=aQZ4L5Wa>.

²⁰ Un acuerdo como este supone que no se limita a la sola adhesión de Estados miembros del Consejo de Europa tal como prevén los artículos 32 y 33 de la Convención.

Europa en el marco de su Programa de Acción contra la Corrupción. Este Grupo cuenta con un máximo de dos representantes por cada Estado miembro²¹.

Esta Convención fue completada en 2003 por un *Protocolo Adicional a la Convención Penal sobre la Corrupción*, con el fin de aplicar de manera más amplia el Programa de Acción contra la corrupción de 1996, que se encuentra en el origen de la adopción de la Convención Penal sobre la Corrupción. Hasta hoy ha sido ratificado por 41 Estados entre los que se encuentra Bielorrusia, no miembro del Consejo de Europa. Por lo que se refiere al sector privado, el Protocolo no aporta ninguna disposición suplementaria, sólo aumenta las exigencias en materia de responsabilidad penal por corrupción pública y añade nuevos agentes susceptibles de corrupción (corrupción de árbitros y de jurados nacionales y extranjeros).

La adopción de la *Convención Civil sobre la Corrupción* en el seno del *Consejo de Europa* vino motivada por las mismas razones que las de la Convención penal, es decir: la realización de una unión más estrecha entre los miembros del Consejo de Europa, el refuerzo de la cooperación internacional en materia de lucha contra la corrupción y la amenaza que constituye esta plaga para la democracia, los derechos humanos, etc. Esta Convención viene a añadirse a la Convención penal sobre la corrupción al instaurar normas para permitir que las personas que han sufrido un daño como resultado de un acto de corrupción puedan obtener “reparación equitativa” para retomar los términos de su Preámbulo.

La finalidad de esta Convención es incitar a los Estados Parte a instituir en su derecho interno recursos eficaces que permitan que las personas que han sufrido un “daño resultante de un acto de corrupción puedan defender sus derechos y sus intereses” y obtener reparación por daños y perjuicios (art. 1).

La indemnización del perjuicio se somete a la reunión de unas condiciones que cada Estado Parte de la Convención debe introducir en su derecho interno (art. 4). Está subordinada a que:

- el demandado haya cometido o autorizado la comisión del acto de corrupción o no haya tomado las medidas razonables para prevenir el acto de corrupción;
- el demandante haya sufrido un daño; y
- y que haya un vínculo de causalidad entre el acto de corrupción y el daño.

Estos tres criterios son acumulativos y se puede reclamar *la responsabilidad solidaria* de todas las personas responsables de daños resultantes del mismo acto de corrupción (art. 4.2, destacado por nosotros).

Por otro lado, el artículo 8 de la Convención alude al caso en que el acto de corrupción empaña la validez de un contrato al enunciar que los Estados Parte deben prever en su derecho interno, por una parte, la nulidad de todo el contrato cuyo objeto es un acto de corrupción y, por otra parte, la posibilidad de que el contratante solicite la anulación de un contrato y la obtención de daños y perjuicios, ya que su consentimiento estaba viciado por un acto de corrupción.

²¹ Véase la lista de miembros de este grupo, según datos de 18 de noviembre de 2015: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/general/members_en.asp>.

Vigente desde 2003, esta Convención cuenta con 35 ratificaciones y 7 firmas²². Igual que en la Convención Penal sobre la Corrupción, el GRECO se encarga del seguimiento de la aplicación de la Convención Civil sobre la Corrupción (art. 14)²³.

Adoptada el 21 de septiembre de 1997 y vigente desde el 15 de febrero de 1999, la *Convención de la OCDE sobre la Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales*²⁴ instituye normas vinculantes para los Estados Parte con el fin de erigir en infracción penal la corrupción de agentes extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Se encamina a sancionar y, de manera más amplia, a poner fin a la corrupción de los agentes públicos extranjeros en el curso de las transacciones comerciales internacionales recordando la responsabilidad que incumbe a los Estados de luchar contra esta plaga. Este instrumento jurídico es el primero de su género que tiene por objetivo especialmente los sobornos pagados a los agentes públicos extranjeros. Este tratado instituye un marco común en materia de lucha contra la corrupción en los países que lo han firmado e instaura una cooperación internacional en la materia.

De manera parecida a las otras convenciones citadas, la Convención de la OCDE también considera infracción penal la complicidad en un acto de corrupción (art. 1.2). La responsabilidad de las personas jurídicas se describe en el artículo 2.

La Convención prevé así mismo el establecimiento de un sistema de seguimiento de la aplicación de sus disposiciones por los Estados Parte (art. 12), dirigido por el Grupo de Trabajo de la OCDE formado por representantes de sus Partes. Cuenta actualmente con 41 Estados signatarios, de los que 7 no son miembros de la Convención de la OCDE sobre la corrupción²⁵.

Cuadro N° 14

Informe de la OCDE sobre la corrupción

En su informe sobre la corrupción transnacional, hecho público en diciembre de 2014, la OCDE propone un análisis del delito de corrupción de los agentes públicos extranjeros...²⁶ Este informe, que cubre el periodo entre el 15 de febrero de 1999 y el 1 de junio de 2014, cuantifica y describe el cohecho transnacional sobre la base de informaciones reveladas en 427 asuntos de cohecho²⁷ transnacional terminados tras la entrada en vigor de la Convención de la OCDE. En el 41% de los asuntos que implicaban empresas, sus dirigentes estaban directamente implicados, o al menos al corriente de los actos de corrupción internacional.

El informe desvela estadísticas referidas a los sectores más tocados por la corrupción, el origen de los agentes públicos extranjeros (a menudo salen de países en los que el nivel de desarrollo humano es elevado o muy elevado), la duración media de los asuntos por corrupción internacional (más de 7 años), la naturaleza de las sanciones pronunciadas contra los autores de actos de corrupción (daños y perjuicios, pena de prisión, multas...)

Se constata que la aplicación de la legislación anticorrupción es obstaculizada a veces por dificultades experimentadas en la detección de asuntos de corrupción transnacional a menudo construidas entorno a un complejo esquema, con numerosas transacciones, la intervención de intermediarios, las estructuras de empresas complejas...

²² Bielorrusia, no miembro del Consejo de Europa, también figura entre los Estados que han ratificado esta convención <http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/174/signatures?p_auth=AW77ROW8>.

²³ El procedimiento de evaluación es, pues, el mismo que el de la Convención Penal sobre la Corrupción.

²⁴ Cf. <http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery_FR.pdf>.

²⁵ <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/WGBRatificationStatus.pdf>>.

²⁶ Texto íntegro del informe: <<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2814014e.pdf?expires=1463323939&id=id&accname=guest&checksum=E3D1ADF654082CDCF3CFECC5F3E2BCB5>>.

²⁷ De estos 427 asuntos, 167 concernían a personas jurídicas. En la página 8 del Informe hay otros datos numéricos.

El informe alude a “una intensificación de la represión global del delito de cohecho transnacional” y desde esta perspectiva, Estados Unidos es el país que ha concluido la mayor cantidad de asuntos de cohecho transnacional²⁸.

El informe también aporta precisiones que se refieren a las empresas que han cometido actos de corrupciones: 60% de entre las mismas son grandes empresas. El 59% de los asuntos de cohecho concierne a cuatro sectores de actividad: extracción, construcción, transporte y almacenamiento y, finalmente, información y comunicación. El 69% de las sanciones por cohecho transnacional se pronuncian por vía de reglamento contra el 31% pronunciadas por vía de una condena.

Aunque aplaude los progresos realizados por los Estados en materia de lucha contra la corrupción transnacional (adopción de una legislación adecuada, represión de actos de cohecho...), la OCDE concluye su informe diciendo que es necesario “poner presión sobre los Estados para incitarlos a reforzar su arsenal legislativo de lucha contra la corrupción transnacional y hacer que las sanciones para este delito sean eficaces, proporcionales y disuasorias”. Desde esta perspectiva, la OCDE formula las siguientes sugerencias en cuanto a los Estados que son Parte de su convención:

Hacer público el máximo posible de información relativa a los asuntos de cohecho transnacional;

Reforzar los mecanismos de detección y denuncia de casos de cohecho transnacional por parte de las autoridades públicas;

Permitir a las autoridades represivas suspender o interrumpir los plazos de prescripción para poder llevar a cabo sus pesquisas;

Imponer sanciones pecuniarias en los casos de cohecho transnacional y la confiscación de los productos e instrumentos del cohecho.

El caso de Francia

En el curso del seguimiento de la aplicación de la Convención de la OCDE, el examen de Francia se encuentra en la actualidad en la fase 3. Francia ha adaptado su legislación penal a las disposiciones de la Convención, tal como remarca el Grupo de Trabajo en el informe de la Fase 1 de seguimiento de Francia (adopción de la ley de 30 de junio de 2000, relativa a la lucha contra la corrupción y previendo que se añada un capítulo V²⁹ en el Código Penal francés relativo a la corrupción activa y pasiva y a la responsabilidad de los autores de tales delitos en el sector de la administración pública).

Así, el cohecho transnacional de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales se regula en los artículos 435-1 a 435-15 del Código Penal francés. Y en cuanto a las personas jurídicas, las penas a las que se exponen por la comisión de un acto de cohecho transnacional a los agentes públicos extranjeros son la multa, la confiscación de la cosa que haya servido para o haya sido destinada a cometer la infracción o la confiscación de la cosa que se haya producido, tal como prevé el artículo 435-15 del Código Penal francés.

Pero, a pesar de la adopción de una legislación de acuerdo con los compromisos adquiridos con relación a la lucha contra la corrupción, Francia sigue siendo un mal alumno, pues se han pronunciado pocas condenas contra los corruptores (personas físicas) y las penas pronunciadas no eran lo suficientemente disuasivas, como subraya el Grupo de trabajo en su declaración de 23 de octubre de 2014 relativa a la aplicación de la Convención en Francia³⁰. Hacen falta, pues, más esfuerzos por parte de Francia en la aplicación de su legislación.

He aquí algunas constataciones y recomendaciones del Grupo de trabajo sobre la lucha contra la corrupción relativas a la aplicación de la Convención por parte de Francia, después de sus tres informes sobre las tres fases³¹.

Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el Grupo de trabajo remarca que las condiciones de su aplicación son las mismas que las previstas en caso de corrupción de

²⁸ Véase el Gráfico 19 del Informe.

²⁹ El Capítulo V del Código Penal se titula “Atentados a la administración pública de las Comunidades Europeas, de los Estados Miembros de la Unión Europea, de otros Estados extranjeros y de organizaciones internacionales públicas”.

³⁰ <<http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/declaration-du-groupe-de-travail-de-l-ocde-sur-la-mise-en-uvre-par-la-france-de-la-convention-sur-la-corruption-d-agents-publics-etranagers.htm>>.

³¹ Informe de la Fase 1, 1999: <<http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/conventioncontrelacorrupcion/2076569.pdf>>; Informe de la Fase 2, 2004: <<http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/conventioncontrelacorrupcion/26243002.pdf>>; Informe de la Fase 3, 2012: <<http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/FrancePhase3FR.pdf>>.

un servidor público francés. Sin embargo, estas condiciones, interpretadas estrictamente, podrían excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas si el delito es cometido por un subalterno.

En vista de los elementos comentados, el Grupo de Trabajo recomienda a Francia, entre otros:

“alentar el desarrollo y la adopción por parte de las empresas de mecanismos de control interno, el establecimiento de comités de ética y de sistemas de alerta para los empleados, y de un código de conducta aludiendo a la cuestión de la corrupción transnacional”;

“llamar la atención de los magistrados sobre la importancia de la aplicación efectiva de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a las empresas perseguidas por corrupción de servidores públicos extranjeros”.

El Grupo de trabajo lamenta que desde 2000 (fecha de adhesión de Francia a la Convención) sólo se hayan abierto 33 procesos y que, entre los mismos, sólo uno ha llevado a una condena en primera instancia y después a la puesta en libertad en apelación³². Sin embargo, la ausencia de condenas definitivas contra empresas francesas por parte de las autoridades judiciales francesas no significa que las empresas no recurran a la corrupción de servidores públicos extranjeros, vistas las numerosas condenas de empresas francesas por tales hechos en el extranjero³³.

Aunque aplaude las reformas legislativas de 2007 y 2011 sobre la lucha contra la corrupción, el Grupo de trabajo estima que Francia no ejerce de manera vigorosa su acción represiva, sobre todo en los asuntos que afectan a personas jurídicas. Formula un conjunto de recomendaciones a Francia, especialmente con relación a los casos de corrupción que afectan a personas jurídicas:

clarificar las exigencias de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y conseguir que no se libren de ella por haber recurrido a un intermediario;

organizar formaciones continuas para las autoridades judiciales en lo que se refiere a poner en juego la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los asuntos de corrupción;

aumentar la cantidad máxima de la multa a la que se exponen por cohecho las personas jurídicas para que la sanción sea disuasoria y eficaz al tiempo que proporcionada;

sensibilizar a las empresas sobre el delito de cohecho de los servidores públicos extranjeros, y sobre las sanciones disuasorias.

4. EN EL ÁMBITO DEL CRIMEN ORGANIZADO

Adoptada en 2000³⁴ y vigente desde 2003, la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada* está dirigida a promover la cooperación con el fin de prevenir y combatir eficazmente la delincuencia transnacional organizada (art. 1). Su artículo 10 trata sobre la responsabilidad de las personas jurídicas. Este artículo exige a cada Estado Parte que adopte:

las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5 (penalización de la participación en un grupo delictivo organizado),

³² Se trata de un asunto sobre el grupo aeronáutico y de defensa Safran, que fue condenado en Septiembre de 2012 por el tribunal correccional de París a 500.000€ en multas por corrupción activa de agentes públicos extranjeros (Safran está acusada de haber entregado des pots-de-vin a altos funcionarios nigerianos a raíz de un contrato para la fabricación de 70 millones de documentos de identidad en Nigeria). La empresa Safran apeló y, en enero de 2015, el Tribunal de Apelación de París invalidó la decisión del tribunal de primera instancia promulgando la no responsabilidad de la empresa. La fiscalía general, durante la audiencia que tuvo lugar en septiembre de 2014 no había solicitado ninguna pena contra Safran al estimar que la responsabilidad de la empresa como persona jurídica no podía ponerse en juego en este asunto. [Téngase en cuenta que Safran - ex-Sagem -, es propiedad del Estado francés en un 22%].

³³ A modo de ejemplo, el Grupo francés Alston estuvo implicado y condenado en varios asuntos de corrupción de funcionarios públicos extranjeros en Italia, México, Sambia o incluso Suiza: <<http://www.asso-sherpa.org/corruption-dagent-public-etranger-sherpa-souline-la-portee-de-la-condamnation-du-groupe-safran#.VgaNxPntmkp>>.

³⁴ Véase Resolución 55/25 de la Asamblea General, adoptada el 15 de noviembre de 2000.

6 (penalización del blanqueo del producto del delito), 8 penalización de la corrupción) y 23 (penalización de la obstrucción de la justicia) de la presente Convención. (art. 10.1)

Siempre según el art. 10. *la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole "penal, civil o administrativa"* (§ 2, destacado por nosotros), sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido los delitos (§ 3). Este artículo también exige que cada Estado Parte vele "por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo" (§ 4).

La aplicación de la Convención se confía a la Conferencia de las Partes "para mejorar la capacidad de los Estados Parte para combatir la delincuencia organizada transnacional y para promover y examinar la aplicación de la presente Convención." (art. 32.1)

Se pide a cada Estado Parte que tome "las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención" y de incluir en su derecho interno los delitos enumerados en los artículos 5, 6, 8 y 23 [ya mencionados más arriba] de la citada Convención (art. 34.1).

Esta Convención está completada por tres Protocolos, dirigidos a las actividades y manifestaciones específicas de la delincuencia organizada: el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*; el *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire*; el *Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones*. Los Estados deberán ser Parte de la Convención antes de poder ser Parte de uno de los Protocolos³⁵.

Desde 1963, se han elaborado varios instrumentos jurídicos (13 en total) en el seno de la ONU³⁶. Es conveniente presentar en el marco de la presente publicación uno de estos instrumentos titulado la *Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo*. Adoptada en 1999³⁷ y ratificada por 187 Estados³⁸, esta Convención va dirigida a prevenir la financiación del terrorismo y a reprimirlo, persiguiendo y castigando a sus autores.

Según esta Convención, el delito de financiación del terrorismo se define como sigue:

Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer: a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo³⁹ y tal como esté definido en ese tratado; o b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto

³⁵ <<http://www.unodc.org/unodc/fr/treaties/CTOC/>>.

³⁶ <<http://www.un.org/es/counterterrorism/legal-instruments.shtml>>.

³⁷ Véase Resolución 54/109 de la Asamblea General, adoptada el 9 de diciembre de 1999, http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/54/109&TYPE=&referer=http://www.un.org/fr/terrorism/ga.shtml&Lang=S

³⁸ Estado de las ratificaciones a 4 de diciembre de 2015.

³⁹ Se trata de las Convenciones: para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (1970); para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971); sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (1973); contra la toma de rehenes (1979); sobre la protección física de los materiales nucleares (1980); para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (1988); para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (1997) y los Protocolos para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1988); para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (1988).

armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. (art. 2.1)

En resumen, esta Convención castiga toda tentativa de comisión (art. 2.4), la complicidad (art.2.5.a), el/los organizador(es) y/o el/los mandatario(s) de tales actos (art.2.5.b). Exige a los Estados que “tipifiquen como infracciones penales” los actos citados y que los castiguen (art. 4), incluyendo las personas jurídicas ya sea en el ámbito penal, civil o administrativo (art. 5.1). Las sanciones referidas a las personas jurídicas deberán ser “eficaces, proporcionadas y disuasorias” y pueden ser “de índole pecuniario” (art. 5.3)

Esta Convención impone además obligaciones a las instituciones financieras y entidades que intervienen en las operaciones financieras en la identificación “de sus clientes habituales u ocasionales, así como de los clientes en cuyo interés se abran cuentas”, con la intención de detectar “operaciones inusuales o sospechosas” y de informar sobre “transacciones que se sospeche provengan de una actividad delictiva” (art. 18.1.b)

De acuerdo con esta Convención, los Estados deberán prohibir “la apertura de cuentas cuyos titulares o beneficiarios no estén ni puedan ser identificados” (art. 18.1.b.i), y las instituciones financieras deben tomar todas las medidas necesarias para “la identificación de las personas jurídicas”.

Esta Convención contiene toda una serie de artículos que precisan la cooperación entre los Estados para prevenir y reprimir los actos terroristas, en el sentido del artículo 2 ya citado, llegando por ejemplo de la congelación, de la incautación de los fondos afectados (art. 8.1) a la persecución y extradición de las personas implicadas (art. 9.2).

Otro elemento interesante de esta Convención trata sobre la obligación “extraterritorial” de los Estados. En efecto, esta exige a los Estados tomar “todas las medidas posibles (...) para impedir que *se prepare en sus respectivos territorios la comisión de esos delitos tanto dentro como fuera de ellos (...)*”. (art. 18.1, destacado por nosotros).

Adoptada en 1989, pero en vigor desde... 12 años más tarde (2001), la *Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y la Instrucción de Mercenarios*⁴⁰ prevé tres tipos de infracción: 1) el reclutamiento, la utilización, la financiación y la instrucción de mercenarios (art. 2); 2) los delitos cometidos por el propio mercenario cuando participa directamente en hostilidades o comete un acto acordado de violencia (art. 3.1); 3) la tentativa y la complicidad constituyen también un delito (art. 4). Además, la Convención dice a los Estados Parte que “reclutarán, utilizarán, financiarán ni entrenarán mercenarios y prohibirán ese tipo de actividades de conformidad con las disposiciones de la presente Convención” (art. 5).

Si bien en la actualidad esta Convención sigue siendo el principal instrumento jurídico vinculante a nivel internacional sobre esta cuestión, tiene dos inconvenientes: 1) no prevé ningún mecanismo de control, 2) el hecho de que la Convención esté firmada y ratificada a día de hoy por 33 Estados solamente (ningún Estado poderoso, ni Estados Unidos, ni los que con frecuencia han recurrido a los mercenarios, lo han ratificado) limita su campo de aplicación. Además, entre la adopción

⁴⁰ Véase Resolución 14/34 de la Asamblea General de la ONU.

de esta convención y su entrada en vigor (¡12 años!), la definición de mercenario que figura en ella ha sido superada con la creación de las sociedades militares y de seguridad privadas (SMSP).

5. EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO

Por definición, todos los Convenios de la OIT (189 a día de hoy) son aplicables al sector privado, y por tanto a las ETNs, dado el carácter tripartito de esta organización⁴¹. Cubre prácticamente todos los ámbitos del trabajo como: el salario mínimo (Convenio n° 131); el trabajo de la mujer (Convenios n° 45, 89 y 103), la duración del trabajo (Convenios n° 1, 30, 31, 43, 47 de 40 horas, 49 y 153), la seguridad y la salud en el trabajo (Convenios n° 155 y 161), la seguridad social (Convenios n° 102, 118 y 157), la política de empleo (Convenio n° 122), el despido (Convenio n° 158), los trabajadores migrantes (Convenios n° 97 y 143), la libertad sindical y la protección del derecho sindical (Convenios n° 87), el derecho a la organización y a la negociación colectiva (Convenio n° 98), el trabajo forzado (Convenio n° 30 y 105), las peores formas de trabajo infantil (Convenio n° 182), la discriminación en materia de empleo y de profesión (Convenio n° 111)⁴², etc.

Además de los Convenios, el sector privado y, en consecuencia, las ETNs, tienen que respetar el espíritu y la letra de la Declaración de Filadelfia⁴³ que trata sobre los fines y objetivos de la OIT. Conviene incluir aquí un extracto de esta Declaración que precisa entre otras cosas que:

a) el trabajo no es una mercancía; b) la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante; c) la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos; d) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional, continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común." (§ I)⁴⁴

Otra originalidad de la OIT consiste en que esta organización considera que, al contrario de otros tratados internacionales, sus Convenios deben ser respetados incluso por los Estados que aún no los han ratificado formalmente, exigiéndoles informes periódicos⁴⁵. Además, esta organización adoptó en 1998 una Declaración por la que exige al conjunto de sus miembros que "respeten, promuevan y realicen" ciertas convenciones⁴⁶, los hayan ratificado o no⁴⁷.

6. EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS

⁴¹ En la Conferencia Anual de la OIT, durante la que se toman las decisiones (incluida la adopción de Convenios y Recomendaciones), cada Estado miembro está representado por cuatro delegados: dos gubernamentales, uno de los trabajadores y uno de la patronal (art. 3.1 de la Constitución de la OIT), en el bien entendido que cada delegado/a dispone de un derecho de voto individual (art. 4.1). En cuanto a su Consejo de Administración (órgano ejecutivo de la organización), está formado por 56 miembros: 28 gubernamentales, 14 representantes de los trabajadores y 14 representantes de la patronal. Los 10 Estados más industrializados (Alemania, Brasil, China, Estados Unidos, India, Italia, Japón, Rusia y Reino Unido) disponen de un lugar permanente en él, los otros son elegidos por mandatos de tres años.

⁴² Véase <<http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:12000:0::NO::>>.

⁴³ Adoptada en la 26ª sesión de la Conferencia General de la OIT, celebrada en Filadelfia el 10 de mayo de 1944.

⁴⁴ Véase el anexo de la Constitución de la OIT, <<http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/leg/download/constitution.pdf>>.

⁴⁵ Véase el art. 19.5.e) de la Constitución de la OIT.

⁴⁶ Se trata de: la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, la eliminación de cualquier forma de trabajo forzado u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y de profesión. Se entiende que el hecho de que la OIT favorezca ciertos Convenios en lugar de promover la totalidad de los mismos es criticable (véase en este sentido, el derecho al trabajo, ya citado).

⁴⁷ Véase <<http://www.ilo.org/declaration/lang-es/index.htm>>.

Varios instrumentos internacionales en materia de derechos humanos incluyen artículos específicos relativos al sector privado como las ETNs.

La *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*⁴⁸ prevé entre otras, la eliminación de “la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: a) el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano (art. 11.1.a); la igualdad de remuneración (art. 11.1.d); la prohibición “bajo pena de sanciones, [d]el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil” (art. 11.2.a); la nulidad de “todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer” (art. 15.3), etc.

Por otra parte, esta Convención impone a los Estados la obligación de “Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar *la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas.*” (art. 2.e, destacado por nosotros). Es de destacar que esta Convención enumera los derechos específicos de las mujeres campesinas, que comportan entre otros el trabajo (asalariado o independiente) y la seguridad social (art. 14).

La *Convención de los Derechos del Niño*⁴⁹ fija el objetivo de la protección del niño “contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social” (art. 32.1), y prevé que se fije “una edad o edades mínimas para trabajar, una reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo y penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.” (art. 32.2)

Hay que destacar que el Comité de los Derechos del Niño, órgano de la ONU encargado de supervisar la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, adoptó en 2013 una *Observación General sobre las obligaciones de los Estados en relación con el Impacto del Sector Empresarial sobre los Derechos del Niño*⁵⁰. Entre estas obligaciones figuran medidas a tomar por parte de las ETNs teniendo en cuenta su estructura “separada en entidades distintas” lo que hace difícil la atribución de “responsabilidades jurídicas individuales” (§ 67).

En este sentido, el Comité pide a los Estados entre otras cosas “la eliminación de las barreras sociales, económicas y jurídicas” en el acceso a mecanismos judiciales para los niños, la instauración de procedimientos de “denuncias colectivas, como acciones colectivas o litigios de interés público”, la prestación de “asistencia especial a los niños que encuentran obstáculos para acceder a la justicia, por ejemplo por motivos de idioma o de discapacidad o porque son muy pequeños” (§ 68) y la promulgación de “legislación penal que también se aplique a las personas jurídicas, incluidas las empresas.” (§ 70)

Teniendo en cuenta que “los proveedores pueden utilizar mano de obra infantil, las filiales pueden intervenir en desposiciones de tierras y los contratistas o titulares de licencias pueden participar en la comercialización de bienes y servicios perjudiciales para los niños” (§ 38), el Comité

⁴⁸ Adoptada por la Asamblea General de la ONU, por la Resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979 y ratificada a día de hoy por 189 Estados (estado a 11 de diciembre de 2015).

⁴⁹ Adoptada por la Asamblea General de la ONU, por la Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989 y ratificada a día de hoy por 196 Estados, con excepción de Estados Unidos que la ha firmado. Esto le confiere un carácter de casi universal.

⁵⁰ Observación General n° 16, CRC/C/GC/16, adoptada el 17 de abril de 2013.

estima que las actividades extraterritoriales de las ETNs deben ser reguladas por los Estados de origen (o de sede):

Los Estados receptores tienen la responsabilidad primordial de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos del niño dentro de su jurisdicción. Deberán velar por que todas las empresas, incluidas las empresas transnacionales que operen dentro de sus fronteras, estén debidamente reguladas por un marco jurídico e institucional que garantice que sus actividades no afecten negativamente a los derechos del niño ni contribuyan o secunden violaciones de los derechos en jurisdicciones extranjeras. (§ 42)

La *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*⁵¹ prohíbe: la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado (art. 11.1 y 11.2), toda discriminación en relación con, entre otros, la remuneración y las condiciones laborales (art. 25); reconoce el derecho de asociación (art. 26 y 40) la igualdad de trato en relación con los despidos o las prestaciones de desempleo (art. 54), pero permite a los Estados restringir -en ciertas condiciones- la libre elección de empleo (art. 52).

De acuerdo con la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*⁵², los Estados Parte a esta convención “reconocerán el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad” (art. 27.1) Obliga a todos los Estados a “tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discriminen por motivos de discapacidad” (art. 4.1.e, destacado por nosotros).

Pide “a las entidades privadas que presten servicios al público en general, (...) a que proporcionen información y servicios en formatos que las personas con discapacidad puedan utilizar y a los que tengan acceso” (art. 21.c). Esta Convención pide, por otra parte, a los Estados que prohíban “la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida (...), y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable.” (art. 25.e)

La *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*⁵³ reconoce extensos derechos a los pueblos indígenas en relación con todo tipo de actividades, incluyendo las económicas, sobre sus territorios y todas las decisiones que les afecten.

La Declaración, por ejemplo, solicita a los Estados que se pongan de acuerdo y cooperen “de buena fe con los pueblos indígenas interesados” -por mediación de sus propias instituciones representativas- antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, con el fin de obtener su consentimiento previo, libre e informado” (art. 19)

⁵¹ Adoptada por la Asamblea General de la ONU, por la Resolución 45/158 de 18 de diciembre de 1990 y ratificada en este momento por 48 Estados (estado a 11 de diciembre de 2015).

⁵² Adoptada por la Asamblea General de la ONU, por la Resolución 61/295 de 13 de septiembre de 2007. Aunque para algunos Estados (Estados Unidos, por ejemplo), esta Declaración no sea considerada como vinculante jurídicamente, se ha convertido en LA referencia principal en relación con los derechos de los pueblos indígenas.

⁵³ Adoptada por la Asamblea General de la ONU, por la Resolución 61/295 de 13 de septiembre de 2007. Aunque para algunos Estados (Estados Unidos, por ejemplo), esta Declaración no sea considerada como vinculante jurídicamente, se ha convertido en LA referencia principal en relación con los derechos de los pueblos indígenas.

También pide a los Estados que tomen “medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.” (art. 29.2)

Además, prevé que los Estados consulten a “los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.” (art. 32.2)

Esta Declaración también reconoce a los pueblos indígenas el derecho “a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.” (art. 28.1)

7. CONCLUSION

En conclusión, se puede afirmar que las normas aplicables a las personas jurídicas y en consecuencia a las ETNs están fragmentadas (cada norma sólo afecta a un ámbito bien específico como los productos tóxicos o el crimen organizado); no tratan los derechos humanos en su globalidad (exceptuando ciertos aspectos de los derechos de grupos llamados vulnerables (como las mujeres o los niños); no son universales (no están ratificadas por todos los Estados) y su aplicación es aleatoria (falta de mecanismos de aplicación para algunos de ellos y/o falta de medios adecuados para dichos mecanismos).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | REFERENCES | REFERENCIAS

Alejandro Teitelbaum y Melik Özden, *Sociedades Transnacionales: actores mayores en las violaciones de derechos humanos*, ed. CETIM, Ginebra, 2011, <<http://www.cetim.ch/sociedades-transnacionales-actores-mayores-en-las-violaciones-de-los-derechos-humanos-2/>>.

Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación. Adoptado el 22 de marzo de 1989, en vigor desde el 5 de mayo de 1992, <<http://www.basel.int/Portals/4/Basel%20Convention/docs/text/BaselConventionText-s.pdf>>.

Nos déchets toxiques. L'Afrique a faim: v'là nos poubelles!, Ginebra, 1989, <http://www.cetim.ch/legacy/fr/publications_ouvrages/50/nos-dechets-toxiques-l-afrique-a-faim-v-la-nos-poubelles>.

Las transferencias transfronterizas de deechos tóxicos y su impacto sobre los derechos humanos, Ginebra, 2009, <http://www.cetim.ch/legacy/es/documents/cuaderno_4.pdf>.

Protocolo de Basilea sobre la Responsabilidad e Indemnizaciones en caso de Daños Resultantes de Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos. <<https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/27-3bsp.htm>>.

Convención de Bamako sobre la Prohibición de la Importación de Desechos Peligrosos a África y sobre la fiscalización de los Movimientos Transfronterizos y el Manejo de Desechos Peligrosos producidos en África. Adoptada el 30 de enero de 1991, entró en vigor en 1998.

Resolución 3514, "Medidas contra las prácticas corruptas de las empresas transnacionales y otras empresas, de sus intermediarios y de otros implicados en tales prácticas" adoptada el 15 de diciembre de 1975.

Resolución 58/4, adoptada el 21 de noviembre de 2003: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/58/4&Lang=F>.

Resolución 3/1 de la Conferencia de los Estados Parte: <<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session3/V1051988s.pdf>>.

Documento de base sobre el mecanismo <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/ReviewMechanism-BasicDocuments/Mechanism_for_the_Review_of_Implementation_-_Basic_Documents_-_F.pdf>.

Proyecto de mandato del mecanismo de examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: texto evolutivo", CAC/COSP/2009/3, § 2, de 15 de septiembre de 2009, <<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session3/V0986379s.pdf>>.

Convención de la OCDE sobre la Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. <http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery_FR.pdf>.

Informe de la OCDE sobre la corrupción. <<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2814014e.pdf?expires=1463323939&id=id&accname=guest&checksum=E3D1ADF654082CDCF3CFECC5F3E2BCB5>>.

Informe de la Fase 1, 1999: <<http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/conventioncontrelacorrupcion/2076569.pdf>>;

Informe de la Fase 2, 2004: <<http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/conventioncontrelacorrupcion/26243002.pdf>>;

Informe de la Fase 3, 2012: <<http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/FrancePhase3FR.pdf>>.

Resolución 54/109 de la Asamblea General, adoptada el 9 de diciembre de 1999. <http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/54/109&TYPE=&referer=http://www.un.org/fr/terrorism/ga.shtml&Lang=S>.

Constitución de la OIT, <<http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/leg/download/constitution.pdf>>.