

ARTÍCULOS CENTRALES

Hacia un tratado vinculante

Khuraisha Patel y Nomonde Nyembe

Centre for Applied Legal Studies, Universidad de Witwatersrand, Sudáfrica

Tradicionalmente los tratados internacionales sobre derechos humanos establecen que los Estados son los responsables de la protección y el respeto de los derechos de sus ciudadanos, y ponen el acento en la importancia que reviste la rendición de cuentas en el auténtico cumplimiento de esos derechos. Sin embargo, el proceso de globalización ha favorecido el desarrollo de las entidades empresariales y ello ha supuesto el aumento de los efectos negativos sobre los derechos humanos. Estos cambios en cuanto a los actores globales y a las repercusiones de sus actividades contrastan con el hecho de que las obligaciones relativas a los derechos humanos siguen centradas en el ámbito de los Estados, ocasionando una serie de deficiencias en la normativa y la gobernanza sobre esta materia que plantean la cuestión de si las empresas deberían ser también responsables de la protección y el respeto de los derechos humanos.

Este artículo empieza describiendo los recientes intentos de la comunidad internacional para remediar las deficiencias en la normativa y la gobernanza relativas a las interacciones entre empresas y derechos humanos, para proseguir centrándose específicamente en el establecimiento del Grupo de Trabajo Intergubernamental (en adelante IGWG, por sus siglas en inglés) de Composición Abierta sobre Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos. Seguidamente, plantea qué forma debería tener el IGWG y cuál debería ser el contenido normativo y jurisprudencial del tratado.

En 2008 como respuesta a las crecientes preocupaciones por las repercusiones de las actividades de las empresas en los derechos humanos, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU) nombró un Representante Especial del

Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales a fin de que investigara la dinámica y los efectos de esta relación¹. El Representante Especial propuso el hoy conocido marco «Proteger, Respetar y Remediar» relativo a las empresas y los derechos humanos, que encomienda a los Estados el deber de protección contra la vulneración de los derechos humanos por parte de terceros, incluidas las empresas, e impone a las entidades empresariales la responsabilidad de respetar los derechos humanos. Se requiere tanto a los Estados como a las empresas que posibiliten el acceso efectivo a soluciones para las personas afectadas por las conductas de ambos actores.

“ La ineffectividad de los planes de acción nacionales ha motivado los llamamientos en pro de un tratado vinculante empresas y derechos humanos ”

En 2011, el marco de tres vértices se concretó en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU (UNGP, por sus siglas en inglés), aprobados por el Consejo de Derechos Humanos. El objetivo de estos Principios Rectores es proporcionar una norma mundial para abordar y tratar de evitar los efectos negativos que las actividades empresariales puedan ocasionar en los derechos humanos. En los últimos años, los Estados han impulsado la implementación de estos principios mediante el establecimiento de planes de acción nacionales específicos para cada país². Los instrumentos mencionados anteriormente ponen en primer plano la obligación de las empresas transnacionales de respetar las normas relativas a los derechos humanos y han sido criticados por su ineffectividad para responsabilizar a las empresas multinacionales por las violaciones de derechos humanos cometidas por ellas o en su beneficio³.

La ineffectividad de estos instrumentos de *soft law*⁴ motivó los llamamientos en pro de un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos, y dio como resultado en 2014, la aprobación por el CDHNU de la Resolución 26/9, que estableció el Grupo de

Trabajo Intergubernamental (IGWG). De acuerdo con su mandato, el IGWG debe elaborar un instrumento legalmente vinculante que regule, en el marco del derecho internacional en materia de derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. En las dos primeras sesiones del grupo, en 2015 y 2016, tuvieron lugar debates entre Estados, ONG, académicos, representantes de empresas y representantes de las comunidades afectadas sobre el contenido y la naturaleza del tratado propuesto. El nivel de respuesta de las Naciones Unidas a las preocupaciones relativas a los derechos humanos, que ha llevado al inicio del proceso, es ciertamente loable, pero para garantizar que el tratado vinculante no se convierta en un arma más del ineficaz arsenal contra la impunidad de las empresas es necesario, en primer lugar, que la composición del IGWG y sus debates sean representativos y, en segundo lugar, que las disposiciones esenciales del tratado se fundamenten en una base filosófica y normativa sólida.

“ El tratado vinculante debe basarse en tres enfoques que están interrelacionados: género, igualdad y raza ”

En cuanto al primer punto, el grupo de trabajo debe contar con colaboradores de diferentes disciplinas, pero, además, es primordial que los participantes estén diversificados en términos de género, raza, procedencia geográfica y pertenencia a diferentes grupos minoritarios y comunidades afectadas⁵. Los derechos de estos grupos o comunidades son, generalmente, los primeros afectados por los efectos de las actividades empresariales. Por ello, la inclusión de sus voces dará mayor legitimidad al proceso de elaboración del tratado. Incorporar diferentes puntos de vista contribuirá a la creación de un tratado integral: a través de las experiencias vitales de los participantes, los redactores podrán tomar conciencia de la verdadera naturaleza y alcance de las deficiencias de la normativa y la gobernanza a las que deben enfrentarse las personas, lo que ayudará a desarrollar mecanismos de reparación adecuados y efectivos.

En relación con el contenido del tratado, las contribuciones recibidas por el grupo de trabajo han evidenciado la necesidad de que éste tenga muy en cuenta las desiguales repercusiones en términos de género de las actividades empresariales y las consecuencias agravadas para los países del sur, con rentas bajas y en situación de conflicto. Con este fin, se recomienda que el tratado esté basado en tres enfoques que están interrelacionados: género, igualdad y raza. Un enfoque de género puede imponer obligaciones proactivas a las empresas que afronten temas recurrentes, como las diferencias salariales, la falta de seguridad en el empleo, así como la violencia y la discriminación contra las mujeres y la identidad de género y las minorías sexuales. Además, este enfoque permite establecer vínculos entre los desplazamientos a gran escala de mujeres desde puntos vitales de subsistencia y la feminización de la pobreza.

El uso de un enfoque igualitario y de raza puede servir para deconstruir la naturaleza de índole racial de la explotación económica y de los recursos humanos en la que, a menudo, se basan las empresas del norte, cuyas actividades se fundamentan en la explotación de los recursos naturales y humanos de los países receptores menos desarrollados. Las inadecuadas instituciones nacionales, las incertidumbres respecto de las regulaciones nacionales, el débil estado de derecho y la competencia por retener las inversiones que ejercen los Estados receptores son característicos de muchos países. Estos factores combinados con las presiones de los Estados de las compañías inversoras han permitido, a menudo, que las empresas pudieran aprovecharse de los Estados receptores sin tener que rendir cuentas de los efectos de sus actividades sobre los derechos humanos. Estos tres enfoques (género, igualdad y raza) presentan un posicionamiento integral frente a las empresas y los derechos humanos y reconocen que los efectos en los derechos humanos pueden variar en función de las diferentes identidades de la persona afectada.

“ Deberían imponerse obligaciones positivas a las empresas encaminadas a proteger, reparar y respetar los derechos humanos en casos de

violación directa o indirecta ”

Finalmente, puede hacerse una triple recomendación respecto al contenido de las disposiciones fundamentales del tratado a fin de que engloben dichos enfoques⁵. En primer lugar, a la luz de la indivisibilidad y la interrelación de los derechos humanos, el tratado debería garantizar la protección de todos los derechos humanos por encima de la protección de los derechos de los inversores. En segundo lugar, es crucial que haya un mecanismo de rendición de cuentas y reparación que sea accesible, equitativo, efectivo, previsible y transparente para que se produzca un cambio sustancial del *statu quo* en cuanto a la responsabilidad de las empresas. Por último, deberían imponerse a las empresas obligaciones positivas encaminadas a proteger, reparar y respetar los derechos humanos cuando directa o indirectamente exista violación o retroceso respecto a su observación.

El avance en el desarrollo de un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos es visto como un paso muy positivo hacia la efectiva responsabilidad de las empresas. Ahora bien, para poder aprovechar plenamente el alcance de este instrumento, es esencial que el grupo de trabajo continúe teniendo un enfoque inclusivo e integral en los debates del proyecto de tratado.

1. Los intentos anteriores de regular los efectos negativos de las actividades empresariales en los derechos humanos incluyen la Declaración tripartita de la OIT, los Principios Sullivan y los proyectos de normas de la Subcomisión de las Naciones Unidas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales.

2. Nota del editor: ver el artículo [“Planes de Acción Nacionales”](#) publicado en esta misma revista.

3. Nota del editor: derecho internacional no de obligado cumplimiento y principalmente declarativo.

4. Robinson «International Obligations, State Responsibility and Judicial Review under the OECD Guidelines for Multinational Enterprises Regime» 30(78) (2014) *Utrecht Journal of International and European Law* 68, 73.

5. Nyembe «Progress and Challenges to the Process of the Binding Treaty» (2016),
presentación: 5o Foro Anual sobre Empresa y Derechos Humanos, Ginebra.

6. Nyembe, op. cit.

Fotografía (CC) : PROIIP Photo Archive

© Generalitat de Catalunya