

La versión revisada del Borrador del Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos: hacia la siguiente ronda de negociaciones

N. 19 · OCTUBRE 2019

ISSN: 2014-2765

Antoni PIGRAU SOLÉ
Daniel IGLESIAS MÁRQUEZ

La comunidad internacional trata de someter a un escrutinio más riguroso el impacto negativo de las empresas sobre el disfrute de los derechos humanos y el medio ambiente. La necesidad de paliar los efectos negativos de las operaciones globales de las empresas, así como de garantizar el acceso a los recursos judiciales a las víctimas cuando sufren abusos de derechos humanos cometidos por las mismas, es una cuestión discutida en la agenda internacional contemporánea. En el seno de las Naciones Unidas, el Consejo de Derechos Humanos estableció en 2014 un Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta para la elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante, con el objetivo principal de subsanar las deficiencias existentes en la normativa y en la gobernanza de las actividades transnacionales de las empresas en relación con el respeto de los derechos humanos.

En julio de 2018 se publicó el Borrador Cero del Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos para dar comienzo a las negociaciones sustantivas en octubre del mismo año. Un año más tarde, se presentó una versión revisada del Borrador que se basa en las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su cuarto período de sesiones, en las observaciones y propuestas de las partes interesadas y en las consultas celebradas por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo.

El presente *policy paper* tiene una doble finalidad. Por un lado, analiza de manera crítica el contenido del Borrador Cero con el fin de identificar los avances y las novedades que presenta la versión revisada. Por otro lado, reflexiona sobre la postura de diversos *stakeholders* en relación al contenido y al futuro incierto del documento, tomando como referencia su participación en el cuarto período de sesiones del Grupo de Trabajo.

Contexto

El 26 de junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos (CDH) de las Naciones Unidas adoptó la [Resolución 26/9](#) relativa a la “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”. El resultado de la votación estuvo sumamente repartido, con 20 votos a favor, 14 votos en contra y 13 abstenciones.¹

Este proceso tiene lugar de manera paralela a la implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (en adelante, Principios Rectores), adoptados por unanimidad el 16 de junio de 2011 por el CDH, mediante la [Resolución 17/4](#). Mientras que los Principios Rectores cuentan con un enfoque predominantemente de *soft law*, la Resolución 26/9 sienta las bases que podrían llevar a la posible adopción de un instrumento de *hard law* en materia de empresas y derechos humanos.

La Resolución 26/9, además de establecer el Grupo de Trabajo Intergubernamental (en adelante, Grupo de Trabajo) cuyo mandato es elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos, decide, a su vez, que los dos primeros períodos de

sesiones (del 6 al 10 de julio de 2015 y del 23 al 27 de octubre de 2017) del Grupo de Trabajo se consagren a deliberaciones constructivas sobre el contenido, el alcance, la naturaleza y la forma del futuro instrumento internacional.

Asimismo, señala que el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo prepare los [elementos para un proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante](#) con el propósito de emprender las negociaciones sustantivas sobre el tema al comienzo del tercer período de sesiones (del 23 al 27 de octubre de 2017) del Grupo de Trabajo, teniendo en cuenta las deliberaciones de sus dos primeros períodos de sesiones. El documento de elementos que recoge los aportes e insumos presentados por vía oral o por escrito por los Estados y otras partes relevantes en el marco de las sesiones referidas anteriormente, se publicó en septiembre de 2017.

En julio de 2018, a raíz de las recomendaciones contenidas en el informe del tercer período de sesiones y dirigidas al Presidente-Relator, el Grupo de Trabajo publicó el [Borrador Cero del Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos](#), tomando como punto de partida los debates e insumos de las sesiones previas y las consultas informales con los Estados y otras partes interesadas pertinentes que tuvieron lugar entre mayo y julio de 2018. A inicios de septiembre de 2018 se

publicó el [Borrador del Protocolo Facultativo](#). El contenido de estos primeros proyectos se debatió en el cuarto período de sesiones del Grupo de Trabajo que tuvo lugar del 15 al 19 de octubre de 2018 y que reunió a un gran número de delegaciones, así como a más de 200 representantes de la sociedad civil.

En julio de 2019, la Misión Permanente de Ecuador, en nombre del Grupo de Trabajo, publicó una [nueva versión revisada del Borrador del Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos](#), que se generó a partir de los comentarios y sugerencias expuestas de manera oral y escrita por los Estados, así como de las [consultas informales](#) con los gobiernos, organizaciones internacionales, sociedad civil y otros grupos de interés, que tuvieron lugar durante junio de 2019.

Análisis

La elaboración de un proyecto de tratado sobre empresas y derechos humanos y de su protocolo facultativo marcaría un hito en la historia, ya que sería una oportunidad única para que los Estados y otras partes interesadas lleven a cabo, por primera vez con éxito, negociaciones sustantivas y constructivas sobre instrumentos jurídicamente vinculantes en materia de empresas y derechos humanos a nivel internacional.

La publicación del Borrador Cero del Tratado fue un paso importante para el Grupo de Trabajo en el complejo proceso de negociaciones que ha tenido lugar en los últimos años en el seno del CDH. No obstante, generó diversas opiniones encontradas entre la sociedad civil, organizaciones internacionales, academia y organizaciones empresariales, ya que muchas de las disposiciones propuestas en esta versión eran imprecisas, incoherentes e inconsistentes en relación con otras disposiciones del mismo texto, e incluso algunas eran reiterativas con obligaciones y principios generales de derecho internacional. Concretamente, los artículos relativos al alcance, las definiciones, la jurisdicción, el derecho aplicable, los derechos de las víctimas, la responsabilidad legal y la cooperación internacional presentaban deficiencias técnicas que necesariamente debían ser corregidas.

La versión revisada del Borrador del Tratado de 2019 presenta una estructura, contenido y lenguaje mucho más preciso, coherente y claro. Por ejemplo, uno de los cambios más evidentes en la estructura es que el preámbulo ya no se encuentra en la parte dispositiva del texto. A su vez, la versión revisada intenta alcanzar un mayor consenso y conciliar las posiciones de las partes a favor del tratado y de las partes en contra de un instrumento vinculante que pueda afectar la implementación de los Principios Rectores.

Los artículos relativos al alcance, las definiciones, la jurisdicción, el derecho aplicable, los derechos de las víctimas, la responsabilidad legal y la cooperación internacional presentaban deficiencias técnicas que necesariamente debían ser corregidas

El preámbulo de la versión revisada no solo utiliza un lenguaje más próximo a los Principios Rectores, sino también reconoce el papel que han jugado en la agenda de empresas y derechos humanos del CHD a través de la implementación práctica del Marco de las Naciones Unidas de “Proteger, Respetar y Remediar”. Esta referencia a los Principios Rectores puede ser considerada como un llamamiento a los detractores del tratado a participar con un criterio constructivo y trabajar con un espíritu de colaboración durante las negociaciones, teniendo en cuenta la [compatibilidad y complementariedad](#) entre ambos instrumentos.

A pesar de los evidentes cambios que presenta la versión revisada del Borrador del Tratado, se sigue alejando de posturas que alterarían el *statu quo* del derecho internacional, ya que no incluyó disposiciones sustantivas que imponen obligaciones directas a las empresas de respetar los derechos humanos, sino más bien sigue reafirmando la *obligación primaria* de los Estados de, por un lado, respetar, proteger y cumplir los derechos humanos frente a las actividades empresariales y, por otro, garantizar a las víctimas recursos efectivos en caso de violaciones de derechos humanos. Tampoco incluye una afirmación expresa de la primacía de los derechos humanos respecto de los acuerdos de comercio e inversión, como lo han propuesto varias delegaciones y organizaciones de la sociedad civil a lo largo de los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo.

Asimismo, la versión revisada sigue manteniendo un enfoque orientado a proteger contra los abusos de derechos humanos relacionados con actividades empresariales, erradicar la impunidad y hacer que las víctimas puedan recurrir a la justicia. Sus disposiciones, por tanto, están principalmente dirigidas a cubrir los vacíos jurídicos existentes en relación al acceso a la justicia y la reparación en caso de abusos de derechos humanos cometidos por empresas.

No obstante, la versión revisada amplía el ámbito de aplicación propuesto para el tratado y adopta un enfoque híbrido ([hybrid approach](#)). El ámbito de aplicación propuesto en el Borrador Cero se enfocaba únicamente a las violaciones de los derechos humanos ocurridas en el contexto de toda actividad empresarial de *carácter transnacional*. En la versión revisada se

propone que el tratado se aplicará, salvo que se indique lo contrario, a *todas las actividades empresariales*, incluidas particularmente, pero no limitadas, a aquellas de carácter transnacional. El nuevo ámbito de aplicación parece incluir una de las recomendaciones propuesta por la Unión Europea (UE) desde el inicio de las negociaciones de no limitar la discusión exclusivamente a las empresas transnacionales. Con este nuevo enfoque se reducen los argumentos de la UE –y otros Estados con posturas similares– para no contribuir a alcanzar el mandato del Grupo de Trabajo de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante en el ámbito de empresas y derechos humanos.

En la versión revisada del Borrador del Tratado se mantiene los cuatro pilares en los que se cimentará el futuro instrumento y que se analizan en los siguientes apartados:

- La prevención de abusos de derechos humanos.
- El derecho de las víctimas de acceso a la justicia y a la reparación efectiva.
- La cooperación internacional para la efectiva implementación del instrumento.
- Los mecanismos de supervisión.

Prevención de abusos de derechos humanos

Los Estados y las organizaciones de la sociedad civil (OSC) coinciden en que la prevención es un eje primordial del futuro instrumento, con el fin de evadir los costos de complejos litigios y, sobre todo, para evitar el sufrimiento de las víctimas. En este sentido, el artículo 9 del Borrador Cero recogía y reinterpretaba algunos de los elementos de la diligencia debida en materia de derechos humanos contemplada en los Principios Rectores² y, a su vez, como aspecto positivo, introducía algunos nuevos elementos:

- Realizar consultas significativas con los grupos afectados, prestando una especial atención a grupos en situación de vulnerabilidad, como las mujeres, los niños y niñas, las personas con discapacidad, los pueblos indígenas, las personas migrantes, refugiadas y desplazadas internas.
- Exigir garantías financieras para hacer frente a las posibles reclamaciones de indemnización.
- Incorporar medidas de diligencia debida en todas las relaciones contractuales que entrañen actividades empresariales de carácter transnacional.

La posición de los Estados y de las OSC respecto a esta disposición fue positiva. Sin embargo, la discusión en torno a este artículo fue en relación a la necesidad de una mayor precisión y alcance de los requisitos de diligencia debida en materia de derechos humanos, así como de una mayor alineación con los conceptos y la terminología del proceso de diligencia debida contemplado en los Principios Rectores o en las guías sectoriales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), ya que algunas de las etapas de diligencia debida de los Principios Rectores

no estaban presentes en el artículo 9 o se habían modificado. En relación con el cumplimiento, se sugirió que esta disposición asegurase que los Estados establezcan un órgano independiente de supervisión, que garantice que las empresas implementen las medidas de diligencia debida y prevención de afectaciones a derechos humanos. Asimismo, surgieron dudas sobre la posibilidad que otorga a los Estados de eximir a las pequeñas y medianas empresas de ciertas obligaciones contenidas en dicho artículo, ya que es contrario al espíritu del segundo pilar de los Principios Rectores que se aplica a todas las empresas atendiendo a sus capacidades.

En la versión revisada del Borrador, la disposición de prevención es mucho más clara y está contemplada en el artículo 5. El nuevo texto recoge las inquietudes manifestadas por las distintas partes interesadas y, por tanto, se alinea mejor con lo dispuesto en el segundo pilar de los Principios Rectores: impone a los Estados la obligación de asegurar en su legislación interna que todas las personas que realizan actividades empresariales, incluidas las de carácter transnacional, en su territorio o jurisdicción, respeten los derechos humanos y prevengan las violaciones o abusos de los derechos humanos. Asimismo, esta nueva disposición incorpora de manera literal las etapas del proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos contemplado en los Principios Rectores, al mismo tiempo que mantiene y mejora los nuevos elementos propuestos en el artículo 9 del Borrador Cero, que complementan de manera positiva los procesos de diligencia debida de las empresas.

No obstante, el alcance previsto para los procesos de diligencia debida se limita a las “actividades” de las empresas (*business activities*), incluidas las “relaciones contractuales” (*contractual relationships*), en lugar de las “relaciones comerciales” (*business relationships*) como establecen los Principios Rectores. Esto crea un riesgo de que las empresas no aborden algunos de los impactos que se pueden generar a lo largo de la cadena de suministro. Por otra parte, el artículo 5 de la versión revisada del Borrador reformula la posibilidad de eximir a las pequeñas y medianas empresas y, en su lugar, contempla que los Estados puedan proporcionar incentivos y otras medidas para facilitar que estas empresas cumplan con las obligaciones de diligencia debida sin causar cargas adicionales indebidas. Esta nueva disposición se aproxima más a lo establecido en los Principios Rectores.

El potencial de la disposición de prevención del futuro tratado es que cristaliza la obligación de diligencia debida para las empresas. Debido al carácter no vinculante de los Principios Rectores, no existe una práctica estandarizada respecto a la implementación de la diligencia debida en materia de derechos humanos por parte de las empresas, sino más bien predomina la expectativa social de que se adoptarán las medidas necesarias para prevenir abusos de derechos humanos. Por tanto, en virtud de esta posible disposición, los Estados estarían obligados a introducir en su legislación interna la diligencia debida obligatoria en

materia de derechos humanos como mecanismo de prevención de abusos corporativos que afecten el disfrute de los derechos humanos. Esto permitiría consolidar marcos normativos similares a la [Ley francesa del deber de vigilancia](#) o a otras [iniciativas legislativas](#) similares propuestas en los Países Bajos, Suiza, Alemania, Austria, Bélgica y Finlandia, entre otros.

Acceso a la justicia y a la reparación efectiva

Una de las aportaciones novedosas del Borrador Cero eran las disposiciones relacionadas con los derechos de las víctimas (artículo 8) y con la responsabilidad jurídica de las empresas con actividades de carácter transnacional (artículo 10). Estas disposiciones estaban dirigidas a adaptar los sistemas judiciales nacionales a las prácticas económicas y comerciales contemporáneas. Por tanto, el propósito de estos artículos es eliminar o reducir los obstáculos prácticos y legales en el acceso a la justicia y para hacer efectiva la responsabilidad de las empresas.

El artículo 8 del Borrador Cero enunciaba algunos de los siguientes derechos para las víctimas:

- Acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia y a los recursos (restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición).
- Acceso adecuado a la información pertinente para la tramitación de los recursos.
- Asistencia jurídica adecuada y efectiva durante todo el proceso legal.
- Exención de los costes del litigio.
- Acceso a un fondo internacional para las víctimas.
- Acceso a medios diplomáticos y consulares apropiados.
- Derecho a gozar de una consideración y atención especiales, para que los procedimientos destinados al acceso a la justicia y los recursos no den lugar a una nueva victimización.

Durante el cuarto período de sesiones fueron varios los comentarios y recomendaciones que surgieron para mejorar y precisar la redacción de los elementos contenidos en el artículo 8, con el fin de lograr una aplicación efectiva por parte de los tribunales nacionales y evitar reiterar normas ya aceptadas en el derecho internacional. Asimismo, también han surgido algunas reservas razonables respecto a las disposiciones del artículo 8. Por ejemplo, se pidió que se eliminasen las referencias a las demandas de grupos, ya que las acciones colectivas no están contempladas en todos los sistemas jurídicos de los Estados.

Por otra parte, se formularon objeciones al hecho de que se contemple que en ningún caso se requerirá a las víctimas que reembolsen los gastos judiciales de la otra parte de la reclamación, ya que para algunos Estados esta disposición genera dudas por la posibilidad de un aumento en el número de casos frívolos y sin fundamento. De manera similar, los Estados han manifestado cierta reticencia al Fondo Internacional para las Víctimas, por la posibilidad de que sean los

mismos Estados que terminen pagando los abusos cometidos por las empresas. Por su parte, las OSC sugirieron que este artículo debe integrar una perspectiva de género y hacer una referencia expresa a la protección de las personas defensoras de derechos humanos.

La versión revisada del Borrador atiende en su gran mayoría las inquietudes surgidas durante el cuarto período de sesiones del Grupo de Trabajo respecto a la disposición de los derechos de las víctimas. El artículo 5 de la versión revisada elimina las referencias a las demandas de grupos. A su vez, mantiene la disposición que estipula que en ningún caso se requerirá a las víctimas que accedan a un mecanismo de reparación el reembolso de las costas judiciales de la otra parte de la reclamación, pero agrega que esto se hará efectivo siempre y cuando la presunta víctima demuestra que dicho reembolso no puede realizarse debido a la falta o insuficiencia de recursos económicos. El Fondo Internacional para las Víctimas se elimina de esta disposición y se traslada al artículo 13 sobre cuestiones institucionales (*institutional arrangements*).

Asimismo, uno de los avances más relevantes es que incluye una nueva disposición que señala que los Estados Partes tomarán medidas adecuadas y efectivas para garantizar un entorno seguro y propicio para las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos y el medio ambiente, de modo que puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad.

Por su parte, el artículo 10 del Borrador Cero abordaba la responsabilidad jurídica de las empresas en caso de abusos de derechos humanos cometidos en el marco de sus actividades. Esta disposición adoptaba una posición flexible para dar a los Estados la libertad para determinar cuál era la mejor forma de aplicar el artículo, señalando que los Estados Partes garantizarán que, por medio de su derecho interno, se exijan responsabilidades de índole *penal, civil o administrativa* a las personas físicas y jurídicas por violaciones de derechos humanos cometidas en el contexto de actividades empresariales de carácter transnacional. Para ello, el artículo contenía disposiciones específicas sobre responsabilidad civil y penal. Asimismo, esta disposición añadía que dicha responsabilidad estará sujeta a sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasorias, incluidas sanciones monetarias, según el derecho interno de cada Estado. Por tanto, se otorgaba la potestad a los Estados de elegir las sanciones que consideren adecuadas para cumplir los objetivos del tratado, dando lugar así a posibles divergencias entre las jurisdicciones. Aunque es una técnica frecuente en los tratados internacionales, esto puede permitir que las empresas elijan estratégicamente el lugar de sus operaciones alejándose de aquellos Estados con sanciones más estrictas.

Las disposiciones del artículo 10 del Borrador Cero generaron bastantes discrepancias entre los Estados debido a que el tratamiento de la responsabilidad de las personas jurídicas varía de un ordenamiento

jurídico a otro. En este sentido, se pidió que este artículo estableciera una mayor conexión con las disposiciones de prevención del futuro instrumento. La mayoría de las OSC pidieron disposiciones más claras acerca de la necesidad de perforar el velo corporativo, mientras que las empresas sostenían que el proyecto hacía caso omiso de la personalidad jurídica separada. Asimismo, se consideraba que la disposición sobre la inversión de la carga de la prueba era demasiado amplia y podía dar lugar a la trasgresión de las debidas garantías procesales y de otros derechos de los demandados.

En relación con las disposiciones de responsabilidad penal, algunas delegaciones plantearon serias inquietudes respecto al artículo 10 porque, tal y como lo interpretaban, requería la imposición de responsabilidad penal a entidades jurídicas, lo que no era posible en sus sistemas jurídicos. En este mismo sentido, muchas delegaciones expresaron su preocupación por la inclusión de la jurisdicción universal en el proyecto, ya que era una cuestión muy polémica y que, en el pasado, algunos Estados habían hecho un uso indebido de ella. Finalmente, cabe señalar que, a pesar de la referencia a la responsabilidad administrativa, el Borrador Cero no contenía disposiciones específicas que orientasen a los Estados a exigir este tipo de responsabilidad. En este sentido, se obviaba el potencial de algunas sanciones administrativas, como puede ser la exclusión de las empresas de participar en procedimientos de contratación pública, de acceder a subvenciones estatales o créditos a la exportación y de obtener garantías públicas para inversiones o créditos a la exportación.

El artículo sobre la responsabilidad jurídica es uno de los que a primera vista más cambios presenta en la versión revisada del Borrador (artículo 6), aunque sigue manteniendo un enfoque flexible y orientaciones específicas para los regímenes de responsabilidad civil y penal. La disposición sobre la inversión de la carga se traslada al artículo de los derechos de las víctimas. Se elimina la referencia a la jurisdicción universal. A su vez, se incluye una disposición que establece que los Estados pueden exigir que las personas físicas o jurídicas que participan en actividades empresariales establezcan y mantengan una seguridad financiera, como bonos de seguros u otras garantías financieras para cubrir posibles reclamaciones de indemnización. Esta disposición estaba anteriormente prevista en el artículo de prevención del Borrador Cero y algunas delegaciones habían solicitado que se indicara con mayor claridad qué se esperaba con esta disposición.

Los avances más significativos del artículo 6 de la versión revisada del Borrador son, por un lado, una mayor relación con las disposiciones de prevención, ya que presenta un lenguaje más concreto y preciso en relación con la responsabilidad de una empresa por no prevenir que otra persona física o jurídica con la que tenga una relación contractual cause daños a terceros, y que debería prever o debería haber previsto en el desarrollo de las actividades empresariales -incluidas

las de carácter transnacional-, independientemente de dónde se lleve a cabo la actividad. Por otro lado, de conformidad con las [recomendaciones](#) de los expertos, el artículo 6 enuncia de manera clara y específica una serie de delitos reconocidos por el derecho internacional, incluidos los crímenes del Estatuto de Roma, que darán lugar a la responsabilidad de las empresas por actos que constituyen un intento, participación o complicidad en los ilícitos contemplados para el futuro instrumento. Esta lista de delitos fortalece el texto del tratado, ya que le dota de una mayor seguridad jurídica. No obstante, los Estados aún mantienen la potestad discrecional de elegir el tipo de responsabilidad según los principios de su derecho interno. Este enfoque reduce la posibilidad de que los Estados manifiesten reservas a esta disposición.

Asistencia judicial recíproca y cooperación internacional

El Borrador Cero del Tratado incorporó disposiciones relacionadas con la asistencia judicial recíproca (artículo 11) y la cooperación internacional (artículo 12), con el fin de garantizar una implementación efectiva del futuro instrumento y para fortalecer los esfuerzos de los Estados de respetar y proteger los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional en el marco de las prácticas económicas contemporáneas.

En virtud del futuro instrumento, se espera que los Estados Parte cooperen de buena fe para iniciar y llevar a cabo investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionadas con casos de abusos de derechos humanos cometidos por empresas con actividades de carácter transnacional. Para ello, se contempla la asistencia judicial recíproca para las siguientes situaciones, entre otras:

- Recibir testimonios o tomar declaración a personas.
- Presentar documentos judiciales.
- Efectuar inspecciones e incautaciones.
- Examinar objetos y lugares.
- Facilitar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos.
- Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado Parte requirente.
- Facilitar la congelación y la recuperación de activos.
- Cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el derecho interno del Estado Parte requerido.

Para asegurar la asistencia judicial recíproca, los Estados Parte deben considerar la posibilidad de celebrar, o en su defecto enmendar, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales, así como la creación de órganos mixtos de investigación. Aun así, los Estados han manifestado algunas preocupaciones en relación a esta disposición, principalmente en relación a la falta de consideración de las posibles dificultades que algunos países pueden tener para

implementarla y al desequilibrio con respecto a los derechos procesales de los acusados.

En relación a la cooperación internacional, se espera que se adopten medidas entre los Estados Parte, las organizaciones internacionales y regionales pertinentes y la sociedad civil con el fin de:

- Fomentar la eficacia técnica y la creación de capacidades.
- Compartir experiencias, buenas prácticas, dificultades, información y programas de capacitación.
- Facilitar la investigación y estudios sobre las mejores prácticas y experiencias para prevenir las violaciones de los derechos humanos.

Los artículos 11 y 12 del Borrador Cero no generaron gran controversia, ya que estas disposiciones tienen como objetivo colmar las lagunas de jurisdicción, con el fin de superar algunos de los obstáculos que pueden resultar de las actividades transnacionales de las empresas. No obstante, alguna delegación propuso incorporar un componente de doble tipicidad para evitar el uso indebido del artículo 11. Con respecto al artículo 12, algunas delegaciones sugirieron que se permitiera que las empresas transnacionales y otras empresas comerciales se sumaran a la cooperación internacional. Por tanto, el contenido de estas disposiciones no supuso grandes cambios en la versión revisada del Borrador. Quizás el único cambio que salta a la vista es que el requerimiento a los Estados Partes de cooperar de buena fe se ubica ahora en el párrafo inicial del artículo 11 sobre cooperación internacional, en lugar del párrafo inicial del artículo sobre asistencia judicial recíproca, donde estaba anteriormente en el Borrador Cero. Este cambio da una mayor claridad y coherencia al texto.

Los mecanismos de supervisión

Con base a la experiencia de otros tratados de derechos humanos, el Borrador Cero del Tratado introdujo en el artículo 14 la creación de un comité de expertos independientes para supervisar el cumplimiento de las disposiciones del futuro instrumento, dejando así a un lado la propuesta de establecer un tribunal internacional en materia de empresas y derechos humanos, como se propone desde algunas OSC y la academia.

Las funciones contempladas para el Comité son las siguientes:

- Formular observaciones generales.
- Examinar y brindar las observaciones y recomendaciones finales que estime oportunas en relación con los informes presentados por los Estados Partes.
- Apoyar a los Estados Partes en la tarea de recopilar y transmitir la información necesaria para garantizar la aplicación del tratado.

- Presentar un informe anual sobre sus actividades a los Estados Partes y a la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Por su parte, el Borrador del Protocolo Facultativo reconoce la competencia del Comité para recibir comunicaciones de individuos o grupos relacionadas con violaciones de derechos humanos en el contexto de actividades comerciales de carácter transnacional, bajo la jurisdicción de un Estado Parte del Protocolo Facultativo.

A pesar de que la creación de un comité puede ser un aspecto positivo para la implementación del futuro instrumento, no se debe obviar la experiencia de otros órganos de tratados y las diversas [recomendaciones](#) formuladas por personas expertas y académicas para mejorar el sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos (sobre el fortalecimiento de la independencia y la experiencia de los miembros de los órganos de tratados, mayor accesibilidad para la presentación de comunicaciones individuales, simplificación del proceso de presentación de informes, entre otras). En este sentido, durante el cuarto período de sesiones varias delegaciones expresaron su preocupación por establecer un nuevo comité y que tuviera en cuenta el examen en curso del proceso de fortalecimiento de los órganos creados en virtud de tratado.

Por otra parte, el Borrador Cero no estableció disposiciones claras para evitar problemas históricos en los que los Estados hacen una selección arbitraria de los miembros de los Comités sin que cuenten con las capacidades suficientes. En cuanto al ámbito de empresas y derechos humanos, los miembros del Comité deben ser capaces de abordar en sus observaciones generales e informes cuestiones complejas y multidisciplinarias de este ámbito en particular. Finalmente, en relación con este mecanismo de supervisión, surgieron dudas sobre el financiamiento de este órgano, ya que el Borrador Cero no contenía disposiciones sobre esta cuestión.

A su vez, el Borrador Cero propuso una Conferencia de las Partes (COP) para abordar cuestiones relacionadas con la aplicación del futuro instrumento. La COP abre la puerta a más negociaciones para el desarrollo de nuevos avances y mecanismos en el ámbito de empresas y derechos humanos que puedan ser adoptados en ulteriores protocolos. Esto permite que el instrumento se adapte a futuros cambios en la coyuntura política y social de la comunidad internacional.

Las disposiciones sobre el Comité y la COP del Borrador Cero se reproducen –casi– de manera íntegra en el artículo 13 de la versión revisada del Borrador. Las dos novedades que pueden ser identificadas en el artículo 13 son, por un lado, una especificación expresa de que los Estados Parte deberán asegurar que los expertos elegidos no participen, directa o indirectamente, en ninguna actividad que pueda

afectar adversamente el propósito de tratado. Y, por otra parte, como se señaló anteriormente, la propuesta de crear un Fondo Internacional para las Víctimas se integra ahora en las disposiciones del artículo 13 de la versión revisada del Borrador.

Siguientes pasos y recomendaciones

A pesar de que la Resolución 26/9 no especifica el mandato del Grupo de Trabajo más allá del tercer período de sesiones, el cuarto período de sesiones fue un momento histórico ya que marcó el punto de partida para las negociaciones sustantivas de un tratado vinculante en materia de empresas y derechos humanos. Las [contribuciones escritas y consultas informales](#) los *stakeholders* han sido insumos importantes para la versión revisada del Borrador del Tratado que contiene una estructura y contenido que aproxima las distintas posturas de los gobiernos, grupos regionales, la sociedad civil, expertos, organizaciones intergubernamentales y otras partes interesadas.

La publicación de la versión revisada del Borrador del Tratado es otro paso importante que da continuidad al proceso de elaboración del instrumento jurídicamente vinculante, ya que se comienzan a cubrir los vacíos e incoherencias presentes en el Borrador Cero. A pesar de que aún es un texto que está sujeto a mejoras, los progresos evidentes deberían resultar más sugestivos para que todas partes interesadas con diversas opiniones tengan una participación más constructiva y proactiva en el [quinto período de sesiones](#), que tendrá lugar del 14 al 18 de octubre de 2019, y, sobre todo, para seguir avanzando en el mandato del Grupo de Trabajo.

Por lo anterior, se recomienda

Al Presidente-Relator del Grupo de Trabajo:

1. Invitar a todas las partes interesadas a participar con un criterio constructivo y trabajar con un espíritu de colaboración durante el quinto período de sesiones.
2. Continuar trabajando en mejorar el lenguaje, estructura y contenido del futuro instrumento en materia de empresas y derechos humanos para evitar incoherencias, confusiones o generar vacíos jurídicos que las empresas puedan aprovechar para continuar con el paradigma de *Business as Usual*.
3. Seguir trabajando para asegurar que el tratado garantice el acceso a la justicia a las víctimas de los abusos causados por empresas transnacionales y otras empresas, especialmente las que se encuentran en situación más vulnerable. Por tanto, se debe seguir considerando la integración de disposiciones que eliminen o reduzcan los obstáculos prácticos, legales y políticos que enfrentan las víctimas.

4. Reevaluar la propuesta de incluir obligaciones directas para las empresas de respetar los derechos humanos en la parte dispositiva del texto.
5. Mantener en el texto final del tratado el reconocimiento al trabajo y la protección de las personas defensoras de derechos humanos y del medio ambiente.
6. Seguir trabajando para integrar un enfoque de género a lo largo del contenido del futuro instrumento vinculante que sea capaz de eliminar todas las formas de discriminación en contra de las mujeres y de lograr una igualdad de género sustantiva. En este sentido, el futuro tratado debe ser un instrumento que garantice cambios sistemáticos en las estructuras de poder discriminatorias, las normas sociales y los entornos hostiles que obstaculizan que las mujeres disfruten de manera igualitaria los derechos humanos en todos los ámbitos.

A los diversos *stakeholders* que participan en las sesiones del Grupo de Trabajo:

1. Invitar a todas las partes interesadas a participar con un criterio constructivo y trabajar con un espíritu de colaboración durante el quinto período de sesiones.

NOTAS

¹ Votos a favor: Argelia, Benín, Burkina Faso, China, Congo, República de Costa de Marfil, Cuba, Etiopía, Federación de Rusia, Filipinas, India, Indonesia, Kazajstán, Kenia, Marruecos, Namibia, Pakistán, Sudáfrica, Venezuela (República Bolivariana de), Vietnam. / Votos en contra: Alemania, Austria, Estados Unidos de América, Estonia, ex República Yugoslava de Macedonia, Francia, Irlanda, Italia, Japón, Montenegro, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Rumania. / Abstenciones: Arabia Saudita, Argentina, Botsuana, Brasil, Chile, Costa Rica, Emiratos Árabes Unidos, Gabón, Kuwait, Maldivas, México, Perú, Sierra Leona.

² En el contexto de los Principios Rectores, la diligencia debida en materia de derechos humanos constituye un proceso continuo de gestión que una empresa prudente y razonable debe llevar a cabo, a la luz de sus circunstancias para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos.

³ La asistencia judicial recíproca es un proceso por el cual los Estados procuran y prestan asistencia con el fin de recibir testimonios o tomar declaración a personas; comunicar documentos judiciales; efectuar inspecciones e incautaciones; examinar objetos y lugares; facilitar información y elementos de prueba; entregar originales o copias auténticas de documentos y expedientes relacionados con el caso, inclusive documentación bancaria, financiera, social y comercial; e, identificar o detectar el producto, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios, entre otras diligencias.

SOBRE LOS AUTORES

Antoni Pigrau Solé es Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universitat Rovira i Virgili. Miembro de la Junta de Gobierno del ICIP. Director del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona de la Universitat Rovira i Virgili (CEDAT-URV). Coordinador de Territorio, Ciudadanía y Sostenibilidad, Grupo consolidado de investigación de la Generalitat de Catalunya (2017 SGR 781). Miembro del *Advisory Board del Network on Business, Conflict and Human Rights (BCHR Network)*. Miembro del Tribunal Permanente de los Pueblos.

Daniel Iglesias Márquez es investigador posdoctoral Juan de la Cierva del Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Sevilla. Experto independiente en empresas y derechos humanos. Investigador asociado al Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona de la Universitat Rovira i Virgili (CEDAT-URV). Miembro del *Network on Business, Conflict and Human Rights (BCHR Network)*. Miembro del Consejo de la Rama latinoamericana de la *Global Business & Human Rights Scholars*.

RENUNCIA DE RESPONSABILITAT

Les opinions expressades en aquesta publicació no reflecteixen necessàriament les de l'ICIP.

Instituto Catalán Internacional para la Paz (ICIP)

El Instituto Catalán Internacional para la Paz (ICIP) es una institución pública, pero independiente, que tiene como principal objetivo promover una cultura de paz y facilitar la resolución pacífica y la transformación de conflictos. La actividad del ICIP se articula alrededor de cuatro programas de actuación transversales, y de cada uno de estos programas se deriva la organización de seminarios y jornadas, publicaciones, la creación de exposiciones y materiales audiovisuales, y diferentes iniciativas de sensibilización y fomento de la cultura de paz. Los cuatro programas son:

- Construcción de paz y articulación de la convivencia después de la violencia
- Violencias fuera de contextos bélicos
- Paz y seguridad en las políticas públicas
- Empresas, conflictos y derechos humanos

Con la investigación como uno de sus puntos clave, el ICIP tiene un interés especial en fomentar la investigación original que aporte nuevos resultados, no sólo en el campo teórico sino también en la aplicación práctica de soluciones. Es en este contexto donde se enmarca la publicación de la serie de *Policy Papers* del ICIP.

www.icip.cat / icip@gencat.cat