



Novedades en DD.HH y Empresas

Boletín mensual N° 3
Octubre, 2023

El boletín mensual que presenta el Radar de Derechos Humanos y Empresas de la CCB describe y analiza los procesos regulatorios producidos a nivel regional, nacional e internacional en materia de empresas y derechos humanos. Este número del boletín aborda el siguiente tema:

9ª Sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental de la ONU sobre un Tratado Vinculante.

Durante junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó una resolución para la elaboración de un Proyecto de Tratado Vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos (en adelante “TV”). Dicha resolución ordenó “establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre un instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo mandato será elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular, en el derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales”¹. Con base en este mandato se creó el Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en materia de Derechos Humanos (en adelante “GT”) y se iniciaron las negociaciones entre los Estados miembros de la ONU para diseñar y redactar dicho instrumento tomando como punto de partida los pilares de “Proteger, Respetar y Remediar” contenidos en los Principios Rectores para las Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante “PR”).

El 29 de septiembre de 2017 Ecuador presentó el primer insumo. Consiste en un conjunto de “elementos” generales que sirven como punto de partida para iniciar las negociaciones del TV. La propuesta incluye elementos típicos de los tratados internacionales como: (i) definiciones; (ii) ámbito de aplicación; (iii) obligaciones generales de los Estados, las empresas y las organizaciones internacionales; (iv) las medidas preventivas, incluidas la debida diligencia, la consulta y el acceso a la información pública; (v) la responsabilidad jurídica; (vi) el acceso a la justicia y los mecanismos de reparación; (vii) la jurisdicción transnacional; (viii) mecanismos de resolución de controversias².

En julio de 2018, el GT presentó el primer borrador del proyecto conocido como él (“Zero Draft”). Este es considerado el documento oficial del TV, su objetivo consiste en definir las obligaciones de los Estados y las empresas, regular la responsabilidad legal por los impactos negativos de sus actividades, y proporcionar medidas eficaces para evitar afectaciones a los DH. El “Zero Draft” es relativamente corto y emplea un lenguaje general. Adopta elementos básicos sobre los que ya existía un consenso mínimo entre las partes para facilitar las negociaciones.

En julio de 2019, se publicó el³ (“Revised Draft”). Esta versión mantuvo la estructura del “Zero Draft” pero precisó las obligaciones de los Estados y las empresas así como el contenido de los derechos de las vícti-

1. Human Rights Council, ‘Elaboration of an Internationally Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights’, UN Doc. A/HRC/26/L.22/Rev.1 (25 June 2014).
2. ELEMENTS FOR THE DRAFT LEGALLY BINDING INSTRUMENT ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES WITH RESPECT TO HUMAN RIGHTS Chairmanship of the OEIGWG established by HRC Res. A/HRC/RES/26/9 (29/09/2017).
3. OEIGWG CHAIRMANSHIP REVISED DRAFT 16.7.2019. Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the activities of transnational Corporations and other Business Enterprises. Consultado en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf

Alianza con:



Novedades en DD.HH y Empresas

mas. Este texto tiene tres diferencias con respecto al texto anterior: (i) aplica a empresas transnacionales y nacionales⁴; (ii) hace referencia expresa a los PR; (iii) está redactado y estructurado con mayor precisión⁵. Las disposiciones de esta versión exigen a los Estados adoptar medidas para garantizar que todas las empresas realicen la debida diligencia en DH, la cual incluye: identificación, evaluación, prevención, y mitigación de riesgos de afectación a los DH de terceros así como comunicar a las partes interesadas el estado de dicho proceso. El texto incluye una tipología de conductas que pueden acarrear la responsabilidad civil, administrativa o penal de las empresas y propone aplicar los regímenes dependiendo del sistema jurídico de cada país⁷.

En agosto 6 de 2020 se publicó el “Segundo Borrador Revisado” (“*Second Revised Draft*”)⁸ del TV. Esta versión del proyecto no introduce mayores modificaciones al texto de 2019, pero realiza algunos ajustes en los siguientes temas. Propende por una mayor sincronización con los PR e incluye a las empresas estatales que no estaban cubiertas expresamente en los borradores anteriores. Las disposiciones en el nuevo texto exhortan a las empresas a realizar la debida diligencia en DH teniendo en cuenta la perspectiva de género⁹ y la consulta previa, libre, e informada a los pueblos indígenas¹⁰. Asimismo, propuso incorporar “*sanciones proporcionales, incluidas medidas correctivas*” cuando no se cumpla la obligación de realizar la debida diligencia¹¹. Las negociaciones de esta versión se llevaron a cabo durante la sexta sesión del GT entre el 26 y el 30 de octubre de 2020.

El 17 de agosto de 2021 el GT publicó el “Tercer Borrador Revisado” (“*Third Revised Draft*”) del TV¹². El texto mantiene la esencia estructural de obligar a que los Estados adheridos se comprometan a regular las actividades y relaciones comerciales de las empresas para prevenir afectaciones a los DH. El alcance de esta versión del TV recae de nuevo solo en las operaciones empresariales de carácter transnacional, aclara la naturaleza de los mecanismos de reparación, y continua el esfuerzo por alinear el lenguaje con los PR.

4. Artículo 3.1, “*El presente (instrumento jurídicamente vinculante) se aplicará, salvo que se indique lo contrario, a todas las actividades empresariales, incluidas en particular, pero no exclusivamente, las de carácter transnacional*”.
5. Doug Cassel, “Ecuador’s Revised Draft Treaty: Getting Down to Business”, 3 Sep 2019. Consultado en: <https://www.business-humanrights.org/en/blog/ecuadors-revised-draft-treaty-getting-down-to-business/>; Carlos, López. “The Revised Draft of a Treaty on Business and Human Rights: A Big Leap Forward”, 15.08.19. Consultado en: <http://opiniojuris.org/2019/08/15/the-revised-draft-of-a-treaty-on-business-and-human-rights-a-big-leap-forward/>
6. Artículo 5.2.
7. Artículo 6.7 “Con sujeción a su derecho interno, los Estados Parte velarán por que su legislación interna prevea la responsabilidad penal, civil o administrativa de las personas jurídicas por los siguientes delitos: 1. Crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio, tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; 2. La tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, tal como se definen en el artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; 3. Desaparición forzada, tal como se define en los artículos 7 y 25 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; 4. La ejecución extrajudicial, definida en el principio 1 de los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias; 5. El trabajo forzoso, tal y como se define en el artículo 2.1 del Convenio sobre el trabajo forzoso de la OIT de 1930 y en el artículo 1 del Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957; 6. La utilización de niños soldados, tal como se define en el artículo 3 del Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, de 1999; 7. El desalojo forzoso, tal como se define en los Principios y Directrices Básicos sobre los Desalojos; 8. Desplazamiento Basados en el Desarrollo; 9. Esclavitud y delitos similares a la esclavitud; 10. Desplazamiento forzoso de personas; 11. Trata de personas, incluida la explotación sexual, la violencia sexual y de género.
8. OEIGWG CHAIRMANSHIP SECOND REVISED DRAFT 06.08.2020. Consultado en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf
9. Artículo 6.3.b.
10. Artículo 6.3.d.
11. Artículo 6.6.
12. OEIGWG CHAIRMANSHIP THIRD REVISED DRAFT 17.08.2021. Consultado en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf>

Novedades en DD.HH y Empresas

Con respecto al borrador previo, añade que la debida diligencia en DH debe incluir también un análisis de riesgo sobre “*derechos laborales y las evaluaciones de impacto sobre el medio ambiente y el cambio climático*”¹³. El texto amplía el alcance de la obligación de prevención de las empresas, exigiéndoles no solo tomar medidas para prevenir y mitigar los riesgos reales o potenciales de afectar los DH, sino también de “evitar” que dichos riesgos se materialicen. Según algunos expertos una carga desproporcionadamente alta. Además, el texto afirma que el hecho de realizar la debida diligencia en materia de DH no absuelve “automáticamente” a una persona física o jurídica de su responsabilidad y establece que cada juez o autoridad competente debe decidir sobre la responsabilidad de la empresa tras un examen y valoración de la prueba presentada.

Como consecuencia del Covid-19, en La 8ª sesión del GT entre el 24 y el 28 de octubre de 2022 no se discutió un nuevo texto del TV sino sobre el texto del tercer proyecto revisado de instrumento jurídicamente vinculante con las propuestas presentadas por los Estados durante la 7ª sesión¹⁴ y la “Propuestas de la Presidencia para determinados artículos del TV (6 octubre de 2022)”¹⁵. Es decir que los participantes negociaron sobre la misma versión del año 2021.

En esta sesión, algunos Estados argumentaron que 10 años después de la expedición de los PR todavía existen obstáculos para acceder efectivamente a la administración de justicia como por ejemplo la inexistencia de una jurisdicción especial para juzgar a las empresas por disputas relacionada con afectaciones a los DH, la prescripción, la carga de la prueba o los costos de litigio. Para suplir dichos vacíos las partes acordaron promover la adopción de medidas para priorizar la regulación de la responsabilidad civil, por sobre la responsabilidad administrativa o penal, con el argumento de que este tipo de responsabilidad genera menos objeciones que otros tipos de responsabilidad debido a su existencia en la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo.

Otro aspecto relevante en esta ronda de negociaciones fue la queja de las comunidades indígenas en cuanto a que el TV no es consecuente con su objetivo en materia de participación. Propusieron incluir en el borrador la obligación de consultar y obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas por las empresas que pretenden operar en sus territorios. En esta ronda de negociaciones, se alcanzó cierto grado de consenso entre las partes negociadoras sobre acceso a los mecanismos jurídicos de reparación¹⁶. Otro aspecto relevante fue que las empresas manifestaron su preocupación por la falta de claridad sobre la existencia de eximentes de responsabilidad legal cuando puedan demostrar que realizaron la debida diligencia en DH de acuerdo con los estándares internacionales.

En julio de 2023 se publicó el último texto actualizado (“*Updated Draft*”) del TV¹⁷. Las modificaciones a este nuevo borrador se discutieron la semana del 23 al 27 de Octubre durante la 9ª sesión del GT¹⁸. En términos generales el proyecto actualizado es más coherente, organizado y está alineado con la mayoría de los estándares contenidos en los PR, sin embargo presenta algunos retrocesos comparados con la versión anterior como la eliminación de referencias a los impactos de las empresas sobre el medio ambiente, a las zonas afectadas por conflictos armados y a los instrumentos que protegen los derechos laborales¹⁹.

13. Artículo 6.4(a)

14. Ver: <https://digitallibrary.un.org/record/3958826>

15. Ver: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/wgtranscorp/session8/2022-10-06/igwg-8th-suggested-chair-proposals.pdf>

16. Artículos 6 y 7.

17. Ver: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/igwg-transcorp/session9/igwg-9th-updated-draft-lbi-clean.pdf>

18. Ver: www.ohchr.org/en/statements-and-speeches/2023/10/turk-calls-accountability-business-related-human-rights-harms.

19. Ver: https://www.fidh.org/IMG/pdf/fidh_s_preliminary_comments_ahead_of_9th_unbt_negotiation_session.pdf

Novedades en DD.HH y Empresas

Independiente de los argumentos a favor o las interpretaciones críticas sobre el contenido particular de cada artículo, para efectos de este análisis consideramos importante resaltar los siguientes aspectos. Con respecto a las definiciones contenidas en el primer artículo, la definición de debida diligencia todavía no está completamente alineada con los estándares internacionales contenidos en el Principio 17 de los PR y las normas de la OCDE. La redacción carece de referencias al carácter continuo de este proceso y tampoco establece la diferencia entre los impactos directos sobre los DH que una empresa puede “causar o puede contribuir a causar a través de sus propias actividades” y los que están “directamente relacionados con sus operaciones, productos o servicios”²⁰.

Otro aspecto relevante es que las partes valoraron que el proyecto fuera más flexible en términos de su aplicación, y acogieron con satisfacción las disposiciones relativas a “*garantizar el acceso a la justicia con perspectiva de género, sensible a las necesidades de los niños y centrada en las víctimas*”²¹. El texto mantiene la idea de aplicar las normas del TV a todas las empresas y actividades comerciales transnacionales o nacionales por razones prácticas y éticas²². Un avance significativo con respecto a versiones anteriores es que el texto alude expresamente a la obligación de proteger a defensores de derechos humanos, periodistas, trabajadores, miembros de pueblos indígenas puesto que pueden ser objeto de represalias²³. Otra adición positiva se refiere al principio de la carga dinámica de la prueba²⁴.

A pesar de que por limitaciones de tiempo sólo se discutieron el preámbulo y los artículos 1 a 3 del TV, las partes tienen un interés común en intervenir las actividades de los grupos empresariales para que no violen los DH. El propósito de un nuevo tratado internacional es limitar los poderes del mercado y presionar a los Estados para que investiguen las actividades comerciales abusivas, ejerzan mayores controles sobre las cadenas de suministro y garanticen el acceso a mecanismos de reparación. Asimismo, obligar a las empresas a realizar la debida diligencia para evitar futuras afectaciones a los DH y reparar los daños previamente causados. De acuerdo con el reportero especial de la ONU sobre la pobreza extrema el TV “es una gran oportunidad para pensar e implementar modelos de desarrollo sostenible que a la vez protejan el interés público”²⁵.

20. Artículo 1.8.

21. Artículo 2 (d).

22. Artículo 3.

23. Artículo 6.4(e).

24. Artículo 7. 4(d).

25. Olivier De Schutter. Recuperar la soberanía económica de los Estados: el quid del nuevo tratado sobre empresas y derechos humanos, en: <https://www.business-humanrights.org/en/blog/reclaiming-states-economic-sovereignty-the-crux-of-the-new-treaty-on-business-and-human-rights/>