

06

Vol. I

Cadernos de Pesquisa

eISSN 2595-5330

El Draft 0 del Binding Treaty: análisis crítico del contenido del texto y su adecuación con el objetivo de la Resolución 26/9



CENTRO DE
DIREITOS HUMANOS
E EMPRESAS



FORDFOUNDATION

Capa: edição e montagem de Gabriel Lima Miranda Gonçalves Fagundes

Cadernos de Pesquisa - Homa

Vol. 01, n. 06 (Setembro de 2018)

Juiz de Fora: Homa, 2018. Semestral.

Direito – Periódicos

eISSN: 2595-5330

Universidade Federal de Juiz de Fora

Rua José Lourenço Kelmer, s/n – Campus Universitário

Bairro São Pedro – CEP: 36036-900 – Juiz de Fora – MG

CNPJ:

21.195.755/0001-69

GUAMÁN, Adoración. El Draft 0 del Binding Treaty: análisis crítico del contenido del texto y su adecuación con el objetivo de la Resolución 26/9. In. Cadernos de Pesquisa Homa. vol. 1, n. 6, 2018.

COORDENAÇÃO

Profª Drª Manoela Carneiro Roland

AUTORA

Profª Drª Adoración Guamán¹

DIAGRAMAÇÃO

Gabriel Lima Miranda Gonçalves Fagundes

¹ Adoración Guamán. Profesora titular de derecho del trabajo. Universidad de Valencia. Este texto resume el análisis realizado en el texto titulado “El Draft 0 del Binding Treaty: crítica jurídica y propuestas en el camino a la cuarta sesión del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales ETN y otras empresas con respecto a los derechos humanos” de próxima publicación

INTRODUCCIÓN

El 26 de junio de 2014 el Consejo de derechos humanos de Naciones Unidas adoptó la Resolución 26/9 por la que se creó “un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta (OEIGWG) sobre las empresas transnacionales ETN y otras empresas con respecto a los derechos humanos, 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”².

El grupo de trabajo (OEIGWG por sus siglas en inglés), presidido desde su creación por los representantes de Ecuador, ha celebrado tres sesiones en Ginebra: del 6 al 10 de julio de 2015; del 24 al 28 de octubre de 2016 y del 23 al 27 de octubre de 2017³. En la tercera sesión la presidencia del grupo presentó el “Documento de Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los Derechos Humanos”⁴, como punto de partida para comenzar las negociaciones sustantivas, un documento que fue preparado sobre la base de los insumos y los debates de las dos primeras sesiones.

² Resolución A/HRC/RES/26/9 «Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos»: adoptada con votación en el Consejo de derechos humanos (CDH) de las Naciones Unidas el 26 de junio de 2014. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement>

³ Los informes se encuentran en: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx>

⁴ El Documento de “elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos” puede encontrarse en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindinInstrumentTNCs_OBEs_SP.pdf

El informe de la compleja tercera sesión⁵, presentado ante el CDH en su sesión de marzo de 2018⁶, incluyó tres recomendaciones de la Presidencia, cuyo contenido es el siguiente:

a) Invitar a los Estados y las distintas partes interesadas a que presenten sus observaciones y propuestas sobre los elementos del proyecto de documento a más tardar a finales de febrero de 2018;

b) Presentar un proyecto de instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, sobre la base de las aportaciones de los Estados y otros interesados pertinentes, por lo menos cuatro meses antes del cuarto período de sesiones del grupo de trabajo, con miras a la celebración de negociaciones sustantivas durante su cuarto período de sesiones anual y los períodos de sesiones anuales ulteriores hasta el cumplimiento de su mandato;

c) Convocar un cuarto período de sesiones del grupo de trabajo, que se celebrará en 2018, y celebrar consultas oficiosas con los Estados y otros interesados pertinentes en relación con su programa de trabajo.

Como puede comprobarse, las líneas maestras de estas recomendaciones son dos, la presentación del Draft 0, sobre la base de las aportaciones de los Estados y otros interesados pertinentes y la realización de las consultas oficiosas, relativas al programa de trabajo de la cuarta sesión. Debe recordarse que la Resolución 26/9 establece la obligación de la Presidencia de presentar un texto para iniciar las negociaciones, aquel Documento de elementos, incluido en el numeral tercero de la Resolución, que se presentó en la tercera sesión y que dio pie al inicio de las negociaciones sustantivas. En cambio, la Resolución 26/9 no prevé en sus cláusulas la obligación de elaborar un borrador de texto articulado, de hecho, la decisión de elaborar el Draft 0 fue tomada

⁵ Para un relato de esta sesión se remite a: SEITZ, Karoline. One step further towards global regulation of business. Report of the third session of the UN working group on a binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights ("treaty"). Rosa Luxemburg Stiftung, GPF, 2018. Disponible en <http://www.rosalux-nyc.org/towards-global-regulation-of-business/>. Acceso el 10 jun. 2018. También lo relatamos en: GUAMÁN, Adoración, GONZÁLEZ, Gabriel. Empresas Transnacionales y Derechos Humanos. Bomarzo, Albacete. 2018

⁶ Informe del tercer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/37/67, 24 de enero de 2018. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/017/53/PDF/G1801753.pdf?OpenElement>.

en el último tramo de las negociaciones al cierre de la tercera sesión e incluida *in extremis* en las recomendaciones de la presidencia, ante la imposibilidad de insertarlo en las conclusiones del Grupo que se adoptaron *ad referendum* con el conjunto del Informe al final de la sesión⁷.

El 17 de mayo de 2018 comenzaron las “consultas oficiosas” convocadas por Luís Gallegos. Lejos de orientarse a articular un acuerdo entre las delegaciones en lo relativo al programa de trabajo y organización de la cuarta sesión, el nuevo representante del Ecuador ante Naciones Unidas decidió utilizarlas para debatir el fondo de los contenidos de un posible instrumento. Para ello, se llegó a publicar una serie de tres guías, donde se preguntaba a las delegaciones su opinión sobre temas variados, la mayoría ya discutidos en las sesiones del Grupo. A las consultas no asistieron muchos de los países habituales en estas sesiones, ni mucho menos el amplio conjunto de organizaciones de la sociedad civil que se esfuerzan por acudir a la cita anual. Sin embargo, el contenido de estas consultas, ha sido utilizado para, en nombre de la presidencia del Grupo, construir la propuesta de texto articulado, el esperado “Draft 0”, que fue finalmente difundido el día 20 de julio de 2018.

Así lo reconoce la Misión Permanente del Ecuador ante Naciones Unidas en la nota verbal enviada el 19 de julio al Alto Comisionado de Derechos Humanos. En la nota se afirma que la Misión, en nombre de la presidencia del Grupo, ha elaborado el borrador de tratado sobre la base de las cuatro consultas informales y otras reuniones multilaterales y bilaterales, de cuyo contenido y participantes tampoco hay noticia. En esta nota no hay una sola referencia a los trabajos anteriores ni a las aportaciones por escrito realizadas en los años precedentes, antes y durante las sesiones, ni a los resultados de los debates de las tres sesiones previas. Debe recordarse que todas estas aportaciones se han realizado a través de los mecanismos formalmente articulados por la presidencia y el CDH y están publicadas en la página web del Grupo, siendo los textos y su autoría públicos y el proceso sumamente transparente.

El contenido del Draft 0 publicado, como no podía ser de otra manera a la luz de estos antecedentes, no sigue el camino marcado por el Documento de elementos, ni se alinea con las posturas sostenidas por la representación del Ecuador en los

⁷ Informe del tercer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/37/67, 24 de enero de 2018. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/017/53/PDF/G1801753.pdf?OpenElement>.

debates del Grupo, ni con el posicionamiento anterior de la propia presidencia del Grupo de Trabajo. Más aún, es posible afirmar que este borrador se aparta del objetivo fundamental de la propia Resolución 26/9. El texto se presenta así como un documento que da la espalda al proceso de tres años de trabajo del OEIGWG, un proceso que ha involucrado a más de 90 países (97 estuvieron presentes en la tercera sesión) y centenares de organizaciones de la sociedad civil, muchas de ellas en representación de las afectadas y afectados por las empresas transnacionales.

En las próximas páginas se aborda un análisis del Draft 0, dividido en grandes apartados y criticado a la luz de los siguientes documentos: el Documento de Elementos, la propuesta de texto articulado elaborada por la Campaña Global, presentada también en la tercer sesión de 2017⁸; los aportes realizados por la doctrina científica especializada sobre el proceso⁹; los insumos presentados durante los tres

⁸ El texto de esta propuesta de la Campaña se elaboró mediante un procedimiento participativo donde intervinieron las organizaciones y asociaciones que forman parte de la misma, así como diversos juristas y académicas/os expertos en la cuestión. El documento resultante, denominado "Contribución escrita del Centro Europa-Tercer Mundo (CETIM) y del Institute for Policies Studies/Transnational Institute a la 3ª sesión del grupo de trabajo intergubernamental sobre empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos (23- 27 de Octubre de 2017), puede encontrarse en el enlace: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/CETIM-TNI_SP.pdf.

⁹ Entre la doctrina especializada que ha analizado el proceso deben destacarse las siguientes obras: DE SCHUTTER, Olivier. The "Elements for the draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights": A Comment, 23 October 2017. Disponible en <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/ElementsTBHR-De%20Schuttercomments23.10.2017.pdf>. Consultado el 10 oct. 2017. DE SCHUTTER, Olivier. Towards a New Treaty on Business and Human Rights. *Business and Human Rights Journal*, 1, 2016. DEVA, Surya, BILCHITZ, David (Eds.). *Building a Treaty on Business and Human Rights. Context and Contours*. Cambridge University Press. Cambridge. 2017. CANTÚ, Humberto (Coord.) *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica. 2017. ÖZDEN, Melik. *Impunidad de Empresas Transnacionales*, CETIM, Ginebra, 2017. ROBÉ, Jean Paul, LYON-CAEN, Antoine, VERNAC, Stephan. (dir.) *Multinationals and the constitutionalisation of the World Power System*, Routledge. 2016. ZAMORA CABOT, Francisco Javier. *Extraterritoriality: Outstanding Aspects*. In ZAMORA, Francisco Javier, et alt. (eds), *Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights*, Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, Geneva / Zurich. Schulthess Éditions Romandes. 2017. MARULLO, María Chiara. y ZAMORA CABOT, Francisco Javier. (eds.), *Empresas y Derechos Humanos*, Scientifica, Nápoles, 2018; GUAMÁN, Adoración, GONZÁLEZ, Gabriel. *Empresas Transnacionales y Derechos Humanos*. Bomarzo, Albacete. 2018.

grupos de trabajo y sus informes¹⁰, en particular del tercero y los comentarios y sugerencias realizados por Estados y organizaciones sociales siguiendo el llamamiento del Presidente del grupo¹¹.

- **Consideraciones sobre el Preámbulo**

Más allá del error que supone denominar al Preámbulo como “artículo 1”, su contenido denota ya desde el inicio una clara voluntad de reducir las posibilidades del futuro instrumento, haciéndolo descansar sobre un punto fundamental: la responsabilidad *primaria* de los Estados de “promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y las libertades fundamentales”. En este sentido, el texto omite por completo la atribución de responsabilidades directas a las empresas, que aparecían claramente, en cambio, en el Documento de Elementos. Se trata, evidentemente, de la principal carencia del texto que, combinada con la restringida finalidad apunta a una mutación del objetivo de la Resolución 26/9.

Además, el Preámbulo omite diversas cuestiones que fueron incluidas en el Documento de elementos y que sería conveniente conservar como, por ejemplo:

- La referencia expresa a los Principios Ruggie, a efectos de remarcar la complementariedad entre ambos procesos
- La afirmación de la primacía de las obligaciones respecto a los derechos humanos sobre los acuerdos de comercio e inversión, contenida en el texto presentado por la Presidencia en 2017. En lugar de incluir esta

¹⁰ Los insumos presentados en el primer y segundo grupo de trabajo están organizados por paneles. Las contribuciones por escrito tanto de los Estados como de especialistas en la materia dejan sentados los posicionamientos y los insumos, siendo un elemento fundamental que debería haberse tenido en cuenta para la elaboración del Draft, tal y como se hizo en la elaboración del Documento de elementos. Los aportes a las tres sesiones así como sus informes pueden encontrarse en: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx>.

¹¹ La convocatoria de comentarios y sugerencias se envió así mismo mediante nota verbal por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, fijando como fecha límite para el envío el 28 de febrero de 2018. La nota puede encontrarse en el siguiente enlace:

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/CallsCommentsDraftElements_SP.pdf. Los Estados que han enviado comentarios son los siguientes: Argentina; Azerbaijan; Mexico; Qatar; Singapore. También se recibieron 14 contribuciones de organizaciones no gubernamentales y otros actores relevantes para el proceso. Todas ellas pueden encontrarse en:

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session3/Pages/WrittenContributionsDraftElements.aspx>. Ambos documentos consultados el 10 jun. 2018.

previsión en el Preámbulo, el Draft 0 deriva la cuestión a dos apartados del artículo 13, que, como se verá posteriormente, no llegan a proclamar la señalada primacía.

Más allá de estas omisiones, y dejando para el apartado siguiente las consideraciones sobre las responsabilidades de Estados y empresas en materia de derechos humanos, respecto del Preámbulo deben realizarse las siguientes consideraciones:

- El borrador utiliza, en el Preámbulo y posteriores artículos, la expresión “los estados parte”, como sujetos obligados. Es preciso tener en cuenta que esta expresión no guarda coherencia con lo dispuesto en el art. 15.8, que abre la firma del tratado a organizaciones de integración. En este sentido y para mantener la coherencia, el texto debería referirse a “las Partes”.
- En el párrafo primero se afirma la indivisibilidad de los derechos humanos pero posteriormente utiliza la expresión “derechos humanos y libertades fundamentales” en dos ocasiones. Es cierto que hace referencia al artículo 55 de la Carta de Naciones Unidas, donde se aparece esta expresión, también incluida en la Resolución 26/9, pero la coherencia del texto impone la utilización de una denominación que responda al principio de indivisibilidad. En una línea similar, debería optarse por un lenguaje inclusivo sin sesgo de género y evitar afirmaciones como “sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”, que dejan evidentemente fuera de la consideración a un buen número de categorías discriminatorias.
- En su párrafo tercero se afirma la obligación de los Estados de “brindar protección contra las violaciones de los derechos humanos cometidas por terceros, incluidas las empresas, en su territorio *o de otra forma bajo su jurisdicción o control*”. Esta frase, que mimetiza el contenido de la Resolución 26/9 añadiendo el término control, de manera acertada, podría entenderse referida también a las empresas públicas con actividad transnacional, sin embargo, no vuelve a repetirse en articulado del texto. Sería conveniente expresar tanto en el Preámbulo como en el articulado la inclusión de las empresas públicas bajo el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado.

- En su párrafo sexto se afirma que “todas las empresas, independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propiedad y estructura, deben respetar todos los derechos humanos, en particular evitando que sus *propias*¹² actividades causen o contribuyan a provocar *impactos negativos* sobre los derechos humanos, y haciendo frente a esas consecuencias cuando se produzcan”. Este párrafo menciona expresamente la posibilidad de que las empresas provoquen “impactos negativos” (que no violaciones) sobre los derechos humanos y su deber de respeto de los mismos.

Debe remarcar que la utilización del término “impactos negativos” en lugar del de “violaciones” denota la clara voluntad de evitar la introducción de obligaciones directas a las empresas y de eludir el reconocimiento de una realidad innegable, que de facto está en el origen de la Resolución 26/9: las empresas violan los derechos humanos, produciendo un daño a las víctimas equiparable (o superior) al que pueden producir los Estados y los principios basados en la voluntariedad son insuficientes para evitar de manera efectiva estas violaciones.

- **Consideraciones sobre la finalidad del Instrumento (artículo 2)**

Del listado del artículo 2 del borrador se deriva que el objetivo del Instrumento (con mayor o menor acierto en los mecanismos que incluye) es la satisfacción del derecho de las víctimas al acceso a la justicia y a la reparación, frente a violaciones a los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales de carácter transnacional, a través de la inclusión de mecanismos que fortalezcan el efectivo cumplimiento por los Estados de sus obligaciones respecto de los derechos humanos. Es particularmente relevante el apartado 2.1.a), que señala como finalidad del Instrumento el “Fomentar la cooperación internacional con miras a que se hagan efectivas las *obligaciones de los Estados en virtud* del derecho internacional de los derechos humanos”

La lectura de este objetivo, sumada a la ausencia de atribución de responsabilidades directas a las empresas, evidencia que la finalidad del tratado no es

¹² El uso de la palabra “propias” y la omisión, en el resto del texto, de la expresión “cadena de suministro” o “filiales”, excepto en el artículo 9 relativo a la prevención puede provocar una interpretación restrictiva a efectos de atribuir responsabilidades a las matrices por las actividades de sus filiales o subsidiarias.

la “regulación de las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos” como mandata la Resolución 26/9, sino que estamos en ante un texto *victims-oriented* y *States-oriented*. No es un objetivo criticable, desde luego, pero el mandato de la Resolución 26/9 es otro.

Es importante remarcar que, si hay algún tema respecto de la cual se han pronunciado la práctica totalidad de actores presentes en las tres sesiones del OEIGWG, ese es la posibilidad de efectuar una atribución de responsabilidades directas a las empresas en relación con el respeto de los derechos humanos. Se trata de un debate antiguo que fue en buena medida resuelto en el Documento de elementos. Como se recordará, este Documento utiliza la expresión “violaciones o abusos” tanto en los artículos dedicados directamente a las empresas como en relación a las obligaciones atribuidas a los Estados. La intención, evidente, era evitar una discusión terminológica, afirmando sin embargo en su articulado de manera clara la necesidad de atribuir responsabilidades directas a las empresas, sin que esto implique un reconocimiento de las mismas como sujeto de derecho internacional¹³.

Como se señaló a lo largo de los debates de la tercera sesión, el Documento de elementos no innovaba nada al afirmar que las empresas tienen la obligación de respetar los derechos humanos y al atribuirles responsabilidades. De hecho, se trata de una cuestión abundantemente tratada por la doctrina, los documentos del sistema de Naciones Unidas y diversos instrumentos de derecho internacional que establecen responsabilidades para las empresas de manera directa¹⁴. La mayoría de estos textos

¹³ No se desconoce que la práctica tradicional en la materia determina la utilización del término “violaciones” en relación con los Estados mientras que para las empresas se utiliza habitualmente el de “abusos”. Hay incluso organizaciones como FIAN que apuestan por aceptar esta división para mantener la claridad de la identificación del Estado como el principal responsable de asegurar el respeto a los derechos humanos, aunque reconoce que en determinadas situaciones la utilización de nueva terminología es útil y necesaria para seguir avanzando FIAN. Written contribution by FIAN International for the 3rd session of the OEIGWG on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights: Comments to the elements document presented by the Chairperson-Rapporteur. February 2018. Texto disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/CallforComments/FIAN.pdf>. Consultado el 10 jun. 2018.

¹⁴ A modo de ejemplo pueden tenerse en cuenta las siguientes:

- El Tratado Internacional de Responsabilidad Civil por Daños derivados de la Contaminación por Petróleo de 1969, que obliga a los dueños de los barcos a responsabilizarse de los daños (art. 3.1).
- El Convenio sobre el Derecho del Mar de 1982, que prohíbe no solo a los Estados sino también a las empresas la apropiación de recursos marinos.

han sido subrayados a lo largo de los debates que sobre este tema se han desarrollado en las sesiones del OEIGWG. En concreto, en el Panel VI de la primera sesión dedicado a este tema, fueron cuatro los Estados que intervinieron por escrito a favor de la inclusión de responsabilidades directas. En el Panel III, subtema 1 de la segunda sesión se presentaron dos contribuciones escritas, ambas a favor. No consta ninguna aportación estatal por escrito contraria a esta inclusión en ninguna de estas dos sesiones. En concreto es posible destacar los siguientes fragmentos de los Estados que participaron en la discusión con aportes escritos (sesión primera):

- Bolivia: “el nuevo instrumento deberá establecer obligaciones, claras y directas para las empresas transnacionales, para que puedan ser consideradas responsables en prevenir, mitigar y compensar por los efectos de sus acciones en los derechos humanos, a fin de evitar la impunidad por sus acciones”¹⁵.

- El Protocolo para la Eliminación del Comercio Ilícito de Productos de Tabaco, que incluye la obligación de diligencia debida para todos los participantes de la cadena de suministro de tabaco, incluyendo controles y sanciones por las autoridades competentes a nivel estatal.

- Con respecto a la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que “todas las empresas deben cumplir sus responsabilidades en relación con los derechos del niño y los Estados deben velar por que lo hagan. Además, las empresas no deben mermar la capacidad de los Estados para cumplir sus obligaciones hacia los niños de conformidad con la Convención y sus protocolos facultativos”.

- El Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna, OMS/UNICEF, de 1981.

- La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, que integra en su artículo 26 la obligación de los Estados de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la Convención.

- La Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, cuyo artículo 10 establece que la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

- El Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000).

Además de las normas anteriores, señala Özden otra serie de instrumentos que contienen la obligación del Estado de asegurar un determinado comportamiento de los actores privados. En este sentido es posible destacar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 2.e); la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 4.1.e); la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y en general la normativa de la OIT, que, evidentemente, establece obligaciones para las empresas. Vid. ÖZDEN, Melik. Impunidad de Empresas Transnacionales, CETIM, Ginebra, 2017.

¹⁵ En la segunda sesión, Bolivia desarrolló su aporte, indicando las propuestas concretas de obligaciones directas a las empresas que podría incluir el Instrumento, entre otras las siguientes: “1. Que tienen la responsabilidad de respetar las leyes nacionales y contribuir a las estrategias nacionales de desarrollo, respetando la soberanía del Estado y su capacidad normativa y regulativa, contribuyendo al desarrollo económico y social del país. 2. Que tienen la responsabilidad de respetar todos los derechos humanos, incluyendo el humano al agua, y a los servicios básicos, esenciales para la vida y la salud. Asimismo la obligación de respetar tanto los

- Ecuador: “si en realidad deseamos dar un paso hacia adelante en la materia que hoy debatimos, el futuro instrumento vinculante debe asignar obligaciones a las empresas transnacionales y a otras empresas de negocios”¹⁶.
- Sudáfrica: “The prominence of the responsibility of the corporate sector is also illustrated under Pillar II of the UNGPs, which indicates that corporations should “address adverse human rights impacts with which they are involved”. This lays the ground for liability and accountability for these entities in international human rights and humanitarian law. Due to the fact that operational activities of TNCs and other business enterprises can interfere in the practical enjoyment of human rights and fundamental freedoms, it is therefore imperative to ensure universality of application of uniform standards, on a global scale. This approach would ensure equal protection and effective remedies for all”¹⁷.
- Cuba: “uno de los objetivos del instrumento debe ser delinear las principales obligaciones de las empresas transnacionales para prevenir, mitigar y compensar de forma efectiva las violaciones de derechos humanos que pudieran ser cometidas como parte de sus operaciones. Dicho instrumento debe reflejar los principios de la transparencia y el acceso del público a la hora de conocer los planes y medidas concretas que aprueben las corporaciones transnacionales para prevenir las violaciones de derechos humanos”¹⁸.

En la segunda sesión, el Profesor Surya Deva realizó una interesante aportación respecto de este tema, señalando de manera muy acertada que el punto de interés no está en si las empresas deben ser o no reconocidas como sujetos de derechos en el

derechos humanos individuales como colectivos incluyendo los derechos de los pueblos indígenas, y de los campesinos. 3. El Instrumento debe incluir la obligación de las empresas transnacionales de respetar los derechos de la Madre Tierra que han sido reconocidos por varios países. 4. Asimismo, las empresas transnacionales tienen la responsabilidad de prestar con transparencia y diligencia la información sobre sus actividades, sobre su estado de organización y su capacidad de prevenir y remediar violaciones de derechos humanos. Esto incluye también la responsabilidad de garantizar la capacidad de reparar violaciones a los derechos humanos. Vid. https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session1/Panel6/States/Bolivia_Plurinational_State_of.pdf y https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session2/Pages/Panelll_1.aspx

¹⁶<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session1/Panel6/States/Ecuador.pdf>

¹⁷https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session1/Panel6/States/South_Africa.pdf

¹⁸<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session1/Panel6/States/Cuba.pdf>

ámbito internacional y mucho menos si estas deberían o no firmar tratados internacionales. En cambio, el centro del debate radica en aceptar que el derecho internacional ya reconoce en distintos instrumentos, como hemos visto, estas obligaciones directas y que, citando literalmente al autor, “it is too late in the day to suggest that private actors like corporations cannot or do not have direct obligations under international law”.

En una línea clarísima, el profesor Deva finalizó su intervención afirmando que “no centre of power in society should be immune to obligations flowing from human rights law. Human rights are not ‘unirelational’: it matters little for victims whether the violator is a state or a private actor”¹⁹.

En la tercera sesión, y en un sentido similar, el Profesor Olivier De Schutter subrayó diversas ideas fundamentales. Por un lado, que la inclusión expresión “responsabilidad primordial” de los Estados respecto de las obligaciones en relación con los derechos humanos, presente en el Documento de elementos y reiterada en el Draft 0, podía dar lugar a una confusión. No existen distintos grados de responsabilidad entre Estados y empresas sino una serie de responsabilidades independientes y que en ningún caso deben ser sustitutivas unas de otras²⁰. Por otro

¹⁹ El profesor Deva afirmó que: “We should also not forget that although corporations have a separate legal personality, in reality they are nothing but a collection of individuals working together for a common goal. If individuals have certain human rights obligations under national or international law, these obligations should not disappear simply because a group of individuals decided to operate as a corporation. If an individual cannot use child labour, infringe the privacy of others or pollute a river, why should a corporation be allowed to do these very human rights violative acts? Imposing direct human rights obligations on corporations will also address the asymmetry between the rights and obligations of corporations under international law. If corporations as investors can enforce their rights under bilateral investment treaties, it will be a necessary corollary to subject such private actors to human rights obligations under international instruments. Last but not the least, if there are direct human rights obligations on private actors, it will be easier for victims to seek remedies against the relevant corporations. This would, for example, allow victims to trigger judicial remedies without the help of state agencies. Similarly, direct human rights obligations will enhance the leverage of victims in negotiating out of court settlements with corporations”. La intervención completa puede encontrarse en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session2/PanelIIISubtheme1/SuryaDeva.pdf>

²⁰ DE SCHUTTER, Olivier. The “Elements for the draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights”: A Comment, 23 October 2017. Disponible en <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/ElementsTBHR-De%20Schuttercomments23.10.2017.pdf>. Consultado el 10 oct. 2017. En su contribución como panelista en la sesión del martes 24 de octubre, el profesor De Schutter planteó buena parte de

lado, que la inclusión de responsabilidades directas a las empresas no constituye, por las razones antedichas, una ruptura del derecho internacional, al contrario, supone una réplica de lo que ha sido largamente desarrollado en textos como las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (revisión de 2011) o la Declaración tripartita de principios de la Organización Internacional del Trabajo sobre las empresas multinacionales y la política social. Por añadidura, De Schutter recordó un argumento que ha sido abundantemente utilizado en los debates anuales del Grupo: el derecho internacional (de inversiones) reconoce derechos específicos a las empresas, en particular en los Tratados Bilaterales de Inversión o en los Tratados de Comercio que contienen disposiciones relativas a la inversión. Si las empresas pueden ser, de facto lo son, sujetos a los que el derecho internacional reconoce derechos, no solo es posible sino necesario reconocerles obligaciones.

Un repaso de las contribuciones aportadas por escrito al Grupo nos demuestra que únicamente es posible encontrar un insumo que cuestione la posibilidad de introducir obligaciones directas en el texto: el texto enviado por México en el marco de la tercera sesión²¹. Ni tan siquiera Singapur, que expuso reticencias por escrito a una buena parte del contenido del texto, manifestó una oposición frontal a esta cuestión²².

Por otro lado, si atendemos al desarrollo de los debates, fundamentalmente a los de la tercera sesión (en el denominado *subject 3*), podemos observar que el único posicionamiento claramente en contra de la atribución directa de responsabilidades a

los argumentos incluidos en este paper. El profesor David Bilchitz, ponente en el mismo panel, reforzó ideas similares.

²¹ En concreto, respecto a los actores concernidos y la inclusión en el Documento de elementos de las empresas con actividad transnacional, México señaló que “se estima preferible avanzar en esta primera etapa de negociaciones bajo la perspectiva de la responsabilidad primordial de los Estados y sólo considerar, para otros sujetos, el carácter de actores sin que ello derive en obligaciones a su cargo en virtud del instrumento. Lo anterior podría reunir mayor consenso”. Vid. <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/CallforComments/Mexico.pdf>

²² La aportación de Singapur en este tema fue la siguiente “Singapore notes that as a matter of general treaty law, TNCs and OBEs, as private entities, are typically not considered subjects of international law with certain narrow exceptions. On this note, the legal basis for imposing obligations and liability on business entities within a treaty needs to be clarified. If the intent is to depart from international legal norms, including general treaty law, the working group may need to engage parties with key interest in processes to develop new principles or change basic principles of international law”. Vid. <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/CallforComments/Singapore.pdf>

las empresas fue el presentado por las organizaciones de empresarios. De hecho, esta Organización ha reiterado en todas las sesiones la imposibilidad de establecer responsabilidades directas respecto del respeto a los derechos humanos a las empresas, afirmando que este tipo de iniciativas podía acabar con la competitividad y la inversión extranjera²³. De manera contundente, en frontal oposición al reconocimiento de responsabilidades a las empresas, la Secretaria General de la Organización Internacional de Empresarios (Linda Kromjong), en su participación como panelista, llegó a afirmar que los Estados pretendían incluir obligaciones para las empresas, contrarias en su opinión al derecho internacional, para eludir sus propias responsabilidades respecto de los derechos humanos.

En una postura más acorde con la realidad, distintas delegaciones, entre otras la UE, expresaron su preocupación por la necesidad de clarificar la extensión de esas responsabilidades a lo largo de la cadena de suministro. En un sentido similar, Brasil manifestó sus dudas acerca de cómo hacer efectivas las obligaciones que pudieran afirmarse en el tratado para las empresas. Más allá de estas consideraciones, ningún Estado elevó una opinión contraria a la posibilidad de introducir responsabilidades directas a estas organizaciones. Al contrario, delegaciones como las de Ecuador y de Sudáfrica, con amplio apoyo del Grupo Africano y de diversos Estados de América Latina, han considerado esta cuestión como uno de los núcleos fundamentales del futuro tratado.

Teniendo todo lo anterior en cuenta, y a la luz del mandato de la Resolución 26/9, es importante repetir que el *leitmotiv* del proceso no es la elaboración de un instrumento para hacer efectivas las obligaciones de los Estados, o no únicamente, sino para regular las obligaciones de las empresas en el derecho internacional de los derechos humanos.

²³ Tanto en esta sesión como en las anteriores, la IOE se ha posicionado frontalmente en contra de dos cuestiones fundamentales, la extraterritorialidad y la posibilidad de establecer un mecanismo internacional de control. Otras organizaciones, como el World Business Council for Sustainable Development, la Cámara Internacional de Comercio o el Business and Industry Advisory Committee en la OCDE, han enviado insumos sosteniendo la postura de la UE respecto de los dos temas comentados, incluyendo el rechazo de la extraterritorialidad. Los insumos están disponibles en: International organisation of employers. IOE follow-up response to OHCHR's call for comments and proposals on the draft "elements" document for the draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/BIAC-FTA-BSCI-ICC-IOE.pdf>. Consultado el 10 jun. 2018.

- **Consideraciones sobre los derechos protegidos (artículo 3.1.)**

El art. 3.1 indica que “La presente Convención abarcará todos los *derechos humanos internacionales* y aquellos reconocidos en el derecho interno”. El Documento de elementos no integró la cuestionable expresión “derechos humanos internacionales” pero el objetivo era similar. Diversos países cuestionaron en la tercera sesión la amplitud de la fórmula, apostando por una que vinculara a los tratados de derechos humanos ratificados por las partes, pero la opción del Draft, si se mejora la técnica jurídica, parece la correcta.

- **Consideraciones sobre las actividades concernidas por el Instrumento (artículos 3 y 4)**

Como se ha señalado, una de las principales carencias del texto es la ausencia de obligaciones directas para las empresas, la otra es la falta de claridad a la hora de identificar al sujeto responsable por las violaciones de derechos humanos. Así, el texto opta por una definición de su alcances centrada en las violaciones “ocurridas en el *contexto* de cualquier actividad empresarial de carácter transnacional”. Posteriormente, en el artículo denominado “definiciones” se afirma que: “Por “actividades empresariales de carácter transnacional” se entenderán todas las actividades económicas con fines de lucro, entre otras, las actividades productivas o comerciales, realizadas por una persona natural o jurídica, incluidas las efectuadas por medios electrónicos, que tengan lugar en dos o más jurisdicciones nacionales o entrañen acciones, personas o impactos en dichas jurisdicciones”.

Como puede observarse esta definición se aparta, y complejiza, de la utilizada en el Documento de elementos, donde se incluía dentro de las actividades concernidas por el Instrumento las resultantes: “... de cualquier actividad empresarial de carácter transnacional, incluidas las empresas, asociaciones, corporaciones, compañías, otras asociaciones, personas naturales o jurídicas o cualquier combinación de ellas, independientemente del modo de creación o control o propiedad, e incluyen sus sucursales, subsidiarias, afiliadas u otras entidades directa o indirectamente controladas por ellos”

El Draft 0 elimina la referencia a las sucursales, subsidiarias u otras entidades que se integran en las cadenas de suministro, de hecho, esta expresión no aparece

hasta su artículo 9. Se trata de una omisión grave ya que esta referencia es imprescindible para determinar el alcance de la responsabilidad de las empresas por la comisión de violaciones que se producen a lo largo de sus actividades y fuera del Estado de origen de la matriz. De hecho, una de las cuestiones más debatidas en los diferentes foros de discusión del Instrumento ha sido la oportunidad o necesidad de definir determinados conceptos, como el término “Empresa Transnacional”, “cadena de suministro”, “control empresarial”, “empresa matriz”, “empresa filial”, etc. Cuestiones todas omitidas en el artículo destinado a definiciones.

Además, y con igual gravedad, la parca definición del artículo 4.2 podría dejar fuera del ámbito de aplicación a las empresas públicas o bajo control estatal con actividad transnacional, que en realidad no son mencionadas en ningún apartado del Draft y que deberían incluirse expresamente²⁴.

- **Consideraciones sobre los apartados referidos a la jurisdicción, la prescripción y el conflicto de leyes (artículos 5, 6, 7)**

Bajo la rúbrica “jurisdicción”, el artículo 5 afirma, en su apartado primero que será competente el tribunal del Estado donde se produjeron tales actos u omisiones o; el tribunal del Estado donde esté domiciliada la persona natural o jurídica o la asociación de personas naturales o jurídicas que *presuntamente haya cometido los actos u omisiones*’.

El artículo omite la referencia, que se incluyó en el documento de elementos²⁵, a la cadena de suministro, es decir, a la relación entre la entidad (subsidiaria, filial, sucursal...) que comete la violación y la entidad (matriz) que la controla. Sin esta

²⁴ Así lo ha señalado Carlos López en su temprano comentario al Draft 0, publicado en <http://opiniojuris.org/2018/07/23/towards-an-international-convention-on-business-and-human-rights-part-i/>

²⁵ Apartado 7 del Documento de elementos: “Los Estados Parte adoptarán medidas normativas y otras medidas adecuadas para permitir que sus tribunales consideren las demandas relativas a violaciones o abusos de derechos humanos que presuntamente hayan sido cometidos por ETs y OEs a través de sus actividades, incluyendo las empresas, asociaciones, corporaciones, compañías, otras asociaciones, personas naturales o jurídicas, o cualquier combinación de estas, sin tomar en cuenta el modo de creación o control o propiedad, incluyendo sus filiales, subsidiarias, afiliados, u otras entidades directa o indirectamente controladas por ellos”. “Los Estados Parte adoptarán medidas normativas para facilitar que sus tribunales consideren las violaciones o abusos cometidos por las ETs y OEs y sus subsidiarias, a través de la cadena de suministro, domiciliadas fuera de su jurisdicción”.

vinculación de nada sirve la posibilidad de demandar a la empresa principal en su Estado de origen si no se le puede imputar de manera efectiva el daño causado por las empresas que operan bajo su control.

Cabe también señalar que el apartado 5.2 define “domicilio” con 4 posibles conexiones, sin embargo esta lista cerrada debería incluir una cláusula de apertura, dejando abierta la posibilidad a apreciar “otro elemento de conexión que permitiera la reparación adecuada de los derechos vulnerados”. En todo caso, resulta extraño que no se defina “control” y sí “domicilio”.

Sería conveniente mejorar la redacción de este artículo incluyendo al referencia a las actividades de las empresas que forman parte de la cadena de suministro de la principal. También sería aconsejable incluir aquí, como ha señalado la Campaña Global, una mención específica respecto de la limitación de la utilización de la doctrina del foro de no conveniencia.

El artículo 6 del Draft 0 se dedica a la prescripción de los delitos, en su apartado 1 (curiosa numeración porque no hay apartado segundo), afirma que: “Las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos que *constituyan crímenes* en virtud del derecho internacional no prescribirán. El artículo 29 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional afirma que “los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán” y que su artículo 5 incluye entre los crímenes de la competencia de la Corte los siguientes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión. Si el Draft 0 quería mantenerse en el estricto ámbito de los crímenes internacionales según están recogido en el Estatuto, la previsión de la primera frase del artículo 6 es evidentemente innecesaria.

Además, el artículo 6.1, en el segundo inciso indica que: “Las disposiciones nacionales sobre la prescripción de otros tipos de violaciones que no constituyan crímenes en virtud del derecho internacional, incluyendo limitaciones de tiempo aplicables a acciones civiles y otros procedimientos, no deberían ser *excesivamente restrictivas* y contemplarán un *plazo adecuado* para la investigación y el enjuiciamiento de la violación, en particular en los casos en que las violaciones se produjeron en el exterior”

Como puede observarse, hay una abundante utilización de conceptos jurídicos indeterminados, con un lenguaje excesivamente laxo que restaría capacidad de conseguir imponer obligaciones efectivamente exigibles a los Estados en relación a la prescripción de las violaciones de derechos humanos.

- **Consideraciones sobre las garantías del acceso a la justicia (artículo 8)**

Bajo el título de “derechos de las víctimas” se recogen en el artículo 8 un conjunto de cuestiones que deberían agruparse bajo la rúbrica de “acceso a la justicia”. En el artículo se aprecian ausencias importantes: no hay ninguna referencia a la necesidad de establecer garantías especiales para las personas que defienden derechos; tampoco se contemplan los colectivos o grupos que se ven especialmente afectados por las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas o que tienen mayores dificultades para el acceso a la justicia (comunidades indígenas, mujeres, personas con discapacidad, etc.). Tampoco se ha incluido una específica referencia a la posibilidad de que las organizaciones sociales o sindicales puedan actuar en nombre de las víctimas ante los tribunales contra las empresas. Se ha eliminado además las siguientes cuestiones incluidas en el apartado sexto del documento de elementos: la obligación de los Estados de adoptar las medidas adecuadas para asegurar que los mecanismos no judiciales no sean considerados un sustituto de los mecanismos judiciales, la introducción de la inversión de la carga de la prueba; la adopción de medidas de protección para evitar el uso de estrategias “intimidatorias” para disuadir reclamaciones o demandas individuales o colectivas; limitación del uso de la doctrina de *fórum non conveniens*.

Además, se detecta que a lo largo del conjunto de los apartados del artículo 8 (8.3, 8.4 y 8.5, 8.8 se incluye la frase “de conformidad con el derecho interno”), esta inclusión puede rebajar en buena medida las obligaciones que se deriven del Instrumento.

Por añadidura, se han integrado expresiones que podrían causar problemas. Por ejemplo, en el art. 8.2 se habla de la “recolocación de las víctimas”. Como es bien sabido es necesario tratar este tema con precaución y señalar, si se desea incluir la cuestión, que esta recolocación podría hacerse “a requerimiento de las mismas en todo caso”.

También es necesario cuestionar la adecuación del “Fondo Internacional para las Víctimas” que se establece en el artículo 8.7 de la siguiente manera: “Los Estados Partes establecerán, al amparo de la presente Convención, un Fondo Internacional para las Víctimas con miras a proporcionar asistencia jurídica y financiera a las víctimas. El Fondo se establecerá, como máximo, (X) años después de que entre en vigor la

presente Convención. La Conferencia de las Partes establecerá las disposiciones pertinentes para el funcionamiento del Fondo”

Para evitar que el Fondo se convierta en una vía de elusión de responsabilidades por parte de los actores económicos y en una carga específica de los Estados, el artículo debería incluir las líneas maestras de funcionamiento

Por último, es especialmente llamativo el contenido del artículo 8.12 donde se enumeran una serie de derechos que los Estados deben garantizar (el derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad de opinión y expresión, a la reunión y asociación pacíficas, y a la libre circulación de las víctimas, sus representantes y familiares). Es evidente que en esta lista se han enumerado derechos civiles y políticos, y se han apartado los sociales, económicos y culturales. Esta diferenciación, además de ser incoherente con frase que es el pórtico del Draft 0, responde a una tradición trasnochada, superada plenamente por la Constitución vigente en el Ecuador y por una amplia mayoría doctrinal, por lo que debería evitarse su reproducción.

- **Consideraciones acerca de los mecanismos de prevención (artículo 9)**

En todas las sesiones de trabajo del OEIWG, y en particular en la discusión del Documento de elementos, hubo unanimidad respecto de la necesidad de implementar marcos normativos que desarrollen los mecanismos de diligencia debida.

El Documento de Elementos incluye la prevención y las obligaciones de diligencia debida, que se desarrollan mimetizando el contenido del Plan de Vigilancia de la ley francesa. Esta elección de la ley francesa sobre vigilancia debida como modelo para la inclusión del deber de diligencia en el Documento de elementos fue celebrada en los debates de la tercera sesión. Aun así se señalaron los defectos técnicos de los mecanismos incluidos (como la falta de obligación de publicitar el Plan de Vigilancia) y se apuntó a la conveniencia de incluir los documentos de la OCDE²⁶ y establecer de manera clara la obligación para los Estados de aprobar normas que establezcan de manera vinculante las obligaciones de diligencia debida para las empresas, a efectos

²⁶ En particular, las siguientes: OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas: Third Edition, OECD Publishing, Paris. 2016. Due Diligence Guidance for Meaningful Stakeholder Engagement in the Extractive Sector, OECD Publishing, Paris. 2017. Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector, OECD Publishing, Paris. 2018. Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct, OECD Publishing. 2018.

de conseguir el deseado efecto “level playing field”, tan señalado dentro de los objetivos del IJV por la Misión del Ecuador.

El borrador presentado por la Misión permanente del Ecuador incluye en su artículo 9 bajo la rúbrica de “prevención”, la obligación de los Estados de incluir en su legislación interna mecanismos de diligencia debida que deben ser respetados por todas las personas con actividades empresariales de carácter transnacional en su territorio o de otra forma bajo su jurisdicción o control, respecto de *estas actividades* y teniendo en cuenta los posibles efectos sobre los derechos humanos derivados del tamaño, la naturaleza, el contexto y el riesgo asociados con las actividades empresariales²⁷. Para desarrollar esta obligación, se enumeran en una lista abierta en el artículo 9.2 (que curiosamente hace una referencia errónea al artículo 7.1 del mismo texto en lugar de referirse 9.1).

La primera cuestión relevante es la no inclusión de la obligación de la adopción de un plan de vigilancia con un contenido determinado, que sistematice las obligaciones de diligencia debida y que deba hacerse público. En cambio, este apartado incluye una serie de obligaciones, que deben ser establecidas en el marco de la legislación nacional, respecto de “las personas con actividades empresariales de carácter transnacional”.

Entre otras cuestiones, estas personas deben supervisar las actividades (que no operaciones) realizadas por “sus filiales y entidades bajo su *control directo o indirecto* o vinculadas directamente con sus operaciones, productos o servicios”²⁸. Además, deben identificar y evaluar (ex ante y ex post) las violaciones de los derechos humanos que puedan tener lugar en ese contexto y prevenir las mismas “incluso, cuando resulte necesario, *a través una contribución financiera*”.

Nótese que aparece aquí el concepto de control que, como hemos visto, se repite únicamente en el artículo 10 pero que no se define. Tampoco se conectan directamente estos deberes de supervisión, identificación y evaluación con la obligación de publicar “información no financiera”, prevista en el apartado d). Más aun, respecto de las evaluaciones ex ante y ex post del impacto de estas actividades en los derechos humanos, el apartado e) únicamente establece la obligación de “integrar las

²⁷ Es importante señalar el mimetismo entre esta última parte del párrafo 9.1 y el 17.b) de los Principios Rectores.

²⁸ Idéntica similitud se aprecia entre esta expresión relativa a la vinculación directa de las actividades y el apartado 17.a) de los Principios.

conclusiones en las funciones y los procesos *internos* pertinentes”. En otras palabras, no hay obligación de efectuar una política de publicidad vinculada directamente con los resultados de los mecanismos de supervisión, identificación y evaluación. Tampoco se entiende el inciso relativo a la contribución financiera en el marco de la prevención.

Es interesante la inclusión de la obligación de reflejar estos mecanismos en las relaciones contractuales de los actores económicos, aunque sería más acertado incluir, en el conjunto de las obligaciones, la referencia a la “cadena de suministro”.

Otra de las cuestiones relevantes es la inclusión de la obligación de “celebrar consultas *sustantivas (meaningful)*” (no adecuadas como se incluía en el Documento de elementos ni mucho menos obligatorias o vinculantes, sino *sustantivas*, siguiendo el apartado 18 de los Principios Rectores). Por añadidura, este apartado de las consultas es el único lugar (más allá como veremos del art. 15) donde se incluye la referencia a “quienes enfrentan un riesgo mayor de violaciones de los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales, como las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los pueblos indígenas, los migrantes, los refugiados y los desplazados internos”. Como se señalará en los apartados posteriores, esta referencia debería ser transversal al contenido del documento y aterrizar en propuestas concretas.

Por último, llama poderosamente la atención la inclusión del siguiente párrafo, como apartado 9.8.h): La diligencia debida podría exigir que se establezca y se mantenga una garantía financiera, como bonos de seguros u otro tipo de garantías, para hacer frente a las posibles reclamaciones de indemnización.

Cabe recordar que la diligencia debida en materia de derechos humanos no puede confundirse con otras formas de diligencia debida, fundamentalmente las establecidas en el ámbito empresarial para una correcta toma de decisiones económicas y de gestión. Como señala el Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas de 2018 sobre la cuestión, la diferencia fundamental es que los segundos mecanismos se implementan para reducir los riesgos económicos de las empresas mientras que los primeros, los de diligencia debida en el ámbito de los derechos humanos, tiene como objetivos la eliminación de los riesgos que se derivan para las personas de las actividades empresariales²⁹. No cabe duda de que la propuesta de incluir un seguro para las empresas no está en una línea “victims-oriented” sino que se

²⁹ Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse: The relevance of human rights due diligence to determinations of corporate liability, A/HRC/38/20/Add.2, 1 June, 2018.

trata de un mecanismo para reducir los riesgos de las empresas cuando violan los derechos humanos no para prevenir las violaciones de los mismos.

- **Consideraciones acerca de las previsiones respecto de la “jurisdicción” (artículo 10 del Draft).**

El artículo 10 del Draft se dedica a la responsabilidad jurídica. Su frase inicial recuerda al contenido del Documento de elementos³⁰, pero como veremos su contenido vuelve a recortar severamente las previsiones del documento de 2017.

La primera de las cuestiones que debe subrayarse es la grave ausencia de responsabilidad administrativa. Se anuncia la misma en el pórtico del artículo pero se omite en su desarrollo. Así, se ha eliminado todo tipo de sanción administrativa, como, por ejemplo, la “no concesión de contratos públicos a empresas que hayan incurrido en conductas que den lugar a la violación de un derecho humano”, prevista en el Documento de elementos.

Igualmente incomprensible es la eliminación de la responsabilidad directa del Estado por acciones y omisiones cometidas por empresas bajo su control, instrucción o dirección o que ejerzan autoridad gubernamental delegada, de manera expresa o tácita. Es cierto que Estados como China o Rusia se habían opuesto a esta inclusión pero su eliminación, genera un grave vacío y un espacio de impunidad tanto para las empresas como para los comportamientos corruptos³¹ y la captura corporativa.

Además de las ausencias, el artículo se caracteriza, como ocurría en el numeral 8 del texto, por contener en distintas ocasiones la previsión “con sujeción a su derecho interno”, lo cual deja al albur de cada uno de los Estados la integración o no de las previsiones del Instrumento³².

³⁰ “Art. 10.1. Los Estados Partes garantizarán, por medio de su derecho interno, que se exijan responsabilidades de índole penal, civil o administrativa a las personas naturales y jurídicas por violaciones de los derechos humanos cometidas en el contexto de actividades empresariales de carácter transnacional. Dicha responsabilidad estará sujeta a sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasorias, incluidas sanciones monetarias (...).”

³¹ Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003. Texto disponible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf. Consultado el 10 jun. 2018.

³² Por ejemplo, el artículo 10.4 indica que “con sujeción a su derecho interno, los tribunales que se declaren competentes con arreglo a la presente Convención podrán solicitar, cuando sea necesario, que se invierta la carga de la prueba con el fin de hacer efectivo el acceso de las víctimas a la justicia”.

El artículo 10.6, es uno de los más importantes del texto. El mismo establece que:

“Todas las personas con actividades empresariales de carácter transnacional serán responsables de los perjuicios ocasionados por las violaciones de los derechos humanos que surjan en el contexto de *sus actividades* empresariales, incluidas *sus operaciones*:

- a. en la medida en que ejerza *control* sobre las operaciones, o
- b. en la medida en que exhiba una *relación suficientemente estrecha* con la filial o entidad en su *cadena de suministro* y exista una *conexión sólida y directa* entre su conducta y el agravio sufrido por la víctima, o
- c. en la medida en que se hayan previsto o se debieran haber previsto *riesgos* de violaciones de los derechos humanos en su *cadena de actividad económica*.”

La intención de este artículo es determinar la responsabilidad y para ello, como no podía ser de otra manera, utiliza conceptos fundamentales que, tal y como se ha señalado en los apartados anteriores, ni se han definido ni se tratan con la necesaria coherencia. Veamos:

- El artículo incluye las palabras “actividades” y “operaciones”. El segundo concepto aparece por primera vez en el artículo 9, dedicado a la prevención. No se encuentra sin embargo en el artículo segundo donde se delimita el alcance del instrumento pero parece ser el hilo conductor del artículo 10. Evidentemente, no son conceptos de igual amplitud, por lo que parece recomendable incluir ambos términos en el conjunto del texto.
- Se introduce por primera vez el término “control”, sin apuntar a una definición del mismo. Ya se señaló en las páginas anteriores las distintas posibilidades para abordar esta cuestión y la necesidad de dar una definición, aunque sea derivada, de la expresión “control”.
- Las expresiones “*relación suficientemente estrecha*” o “*conexión sólida y directa*”, por su amplitud e indeterminación, pueden permitir la elusión de responsabilidades por parte de las empresas matrices respecto de las violaciones cometidas por sus subsidiarias. Pensemos en la industria del textil y en el caso Rana Plaza ¿serviría este artículo para determinar la responsabilidad de las grandes marcas por las muertes de más de un millar de mujeres tejiendo sus productos en Bangladesh? ¿podría determinarse una relación *suficientemente*

estrecha o una conexión *sólida y directa* entre los talleres de Bangladesh y una matriz domiciliada, por ejemplo, en La Coruña (España)?.

- Aparece por primera vez la expresión “cadena de suministro”, pero no se indica cual es su contenido, es más, en el párrafo siguiente la expresión se convierte en “cadena de actividad económica”
- Se incluye el concepto de “riesgo de violación” y previsión del mismo, que debe analizarse a la luz de las medidas de prevención que veremos en el próximo apartado.

Debe tenerse en cuenta que este artículo 10.6 es uno de los núcleos fundamentales del tratado y que requiere por tanto una mayor atención específica que solucione las carencias en la redacción y los conceptos utilizados con escaso rigor.

De importancia similar es el artículo 10.8, que incluye la responsabilidad penal, de la siguiente manera: “Los Estados Partes dispondrán medidas, *con arreglo a su derecho interno*, para establecer la responsabilidad penal de todas las personas con actividades empresariales de carácter transnacional que cometan *de forma intencionada*, ya sea directamente o *a través de intermediarios*, violaciones de los derechos humanos que constituyan un delito penal, como crímenes reconocidos por el derecho internacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos o la legislación nacional. (...)”

Una vez más nos encontramos ante la confusión entre las actividades concernidas y el reconocimiento de responsabilidades. No parece coherente afirmar que los Estados deben adecuar su normativa interna para atribuir responsabilidad penal por violaciones de los derechos humanos únicamente a las empresas con actividad transnacional³³. Al contrario, lo idóneo sería que esta responsabilidad se reconozca al conjunto de las personas jurídicas por la comisión de violaciones de estos derechos³⁴. Por otro lado, se introduce la intencionalidad, lo cual se aleja de diversos

³³ Sobre este artículo, Carlos López ha indicado que la redacción que podría añadirse es la siguiente: *The offences established in accordance with article 10.8 of this Convention shall be established in the domestic law of each State Party independently of the transnational nature of the business activity, except to the extent that the nature of the crime would require the transnational element.* Puede encontrarse el texto completo del análisis en: <http://opiniojuris.org/2018/07/23/towards-an-international-convention-on-business-and-human-rights-part-i/>

³⁴ No deben desconocer los autores del Draft 0 que el artículo Art. 49 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador señala que: “Responsabilidad de las personas jurídicas. En los supuestos previstos en este Código, las *personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho*

modelos de normas nacionales que vinculan la comisión del delito a la obtención de beneficio, directo o indirecto, e incluye el concepto “intermediarios”, que aparece por primera y única vez en el texto, sin mayor definición.

Es también importante destacar las dudas respecto del contenido del artículo 10.11 del borrador, que señala que: “Cuando así lo exija *el derecho internacional*, los Estados incorporarán o aplicarán de otro modo dentro de su derecho interno las disposiciones apropiadas relativas a la *jurisdicción universal* sobre las violaciones de los derechos humanos que constituyen crímenes”

No se acaba de entender la extensión de la jurisdicción universal, que debería preverse en derecho interno, si la misma se vincula con lo que “exija” el derecho internacional.

Por último, es importante subrayar que el artículo 10.12 introduce una vía de escape, que debe revisarse a la luz del mandato de la primera frase del artículo 10.8: “En caso de que, *según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas*, esa Parte velará por que estas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones monetarias, por los actos contemplados en los dos párrafos anteriores”

privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para *beneficio propio o de sus asociados*, por la *acción u omisión* de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas”. La tendencia hacia la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha extendido en Europa, La incriminación de las personas jurídicas ha pasado luego a Europa. Holanda (1976); Gran Bretaña, Irlanda y Noruega (1991); Islandia (1993) Francia (1994); Finlandia (1995), Eslovenia (1996), Dinamarca (1996), Estonia (1998), Bélgica (1999), Suiza (2003), Polonia (2003), Portugal (2007), España (2010 con la modificación de 2015). En concreto, el Código penal español establece en su artículo 31.bis que: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos *en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto*, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.”

Teniendo en cuenta los dos párrafos del mismo texto ¿deben o no las partes introducir responsabilidad penal a las empresas?

- **Consideraciones respecto de la relación entre el Instrumento Jurídicamente Vinculante y los tratados de comercio e inversión**

Bajo la rúbrica “conformidad con el derecho internacional”, el artículo 13 incluye una serie de disposiciones que en realidad se dirigen a establecer el respeto de las obligaciones “dimanantes del *derecho interno* y del derecho internacional”³⁵. La no inclusión de una referencia expresa a los derechos humanos y a las obligaciones respecto de ellos, sino una remisión general, llama la atención y podría inducir a la conclusión de que se están protegiendo, al mismo nivel que los derechos humanos, los derechos de las empresas que se derivan de los acuerdos de comercio e inversión.

Precisamente a estos acuerdos se refieren los apartados 6 y 7 del artículo con una reacción mucho más moderada, además de confusa, que lo anunciado por el Documento de elementos:

“6. Los Estados Partes convienen en que los futuros acuerdos de comercio e inversión que negocien, ya sea entre ellos o con terceros, no contendrán disposiciones que estén en conflicto con la aplicación de la presente Convención y garantizarán la defensa de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales, por las Partes que se beneficien de tales acuerdos”.

“7. Los Estados Partes acuerdan que los acuerdos de comercio e inversión, tanto existentes como futuros, se interpreten *de la manera menos restrictiva posible* en cuanto a su capacidad de respetar y hacer respetar sus obligaciones en virtud de la presente Convención, independientemente de otras normas *contradictorias* de

³⁵ El apartado tercero del artículo establece que: “Nada de lo dispuesto en los presentes artículos se interpretará en el sentido de que restringe o deroga cualquiera de los derechos u obligaciones dimanantes del derecho interno y del derecho internacional. Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier obligación de los Estados de conformidad con los tratados pertinentes o con las normas del derecho internacional consuetudinario, incluidas las obligaciones dimanantes de otros tratados vigentes o futuros que rijan, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca”.

resolución de conflictos derivadas del derecho internacional consuetudinario o de acuerdos de comercio e inversión existentes³⁶

Debe recordarse que el Documento de Elementos, dentro del apartado “principios”, incluía las siguientes dos previsiones:

“Reconocimiento de la *primacía* de las obligaciones respecto a los derechos humanos sobre los acuerdos de comercio e inversión”.

“Obligación de los Estados Partes de realizar una evaluación de impacto sobre los derechos humanos de manera previa a la suscripción de acuerdos de comercio e inversión, incluyendo la identificación de cualquier potencial inconsistencia entre los tratados de derechos humanos preexistentes y los subsiguientes acuerdos comerciales o de inversión; así como la obligación de abstenerse de celebrar tales acuerdos cuando existan estas inconsistencias”.

Además, dentro de las “otras cláusulas posibles” reiteraba la posibilidad de introducir la primera cláusula, sobre la primacía. Sin embargo, y como puede apreciarse, el Draft 0 evita la afirmación de la primacía de los derechos humanos, evade la inclusión de las obligaciones respecto de las evaluaciones de impacto y presenta una curiosa contradicción entre los apartados 6 y 7 mencionados. En efecto, si en el primero de ellos se afirma la obligación de las partes de no incluir disposiciones en los tratados de comercio o inversión que entren en conflicto con lo dispuesto en el Instrumento; en el segundo las mismas partes aceptan que estos acuerdos pueden afectar su capacidad para cumplir con las obligaciones que se derivan del Instrumento y por tanto, se obligan a interpretar *de la manera menos restrictiva posible* los acuerdos de comercio e inversión.

Es evidente que la inclusión de una mención específica en el Instrumento respecto de la relación entre los derechos humanos y los acuerdos de comercio e inversión es un tema que ha causado enormes reticencias políticas. Sin embargo, Ecuador y sus aliados se han mantenido desde el principio inflexibles en la necesidad de introducir esa mención expresa de la primacía de los derechos humanos, apoyados en todo momento por el conjunto de la sociedad civil.

³⁶ La frase literal en inglés es la siguiente “(notwithstanding other conflicting rules of conflict resolution arising from customary international law or from existing trade and investment agreements)”

- **Consideraciones respecto de los mecanismos institucionales para el monitoreo del cumplimiento de las obligaciones del Instrumento**

El artículo 14 se dedica a las “disposiciones institucionales” abarcando tanto el Comité como la Conferencia de las partes. Se trata probablemente del artículo que, en lo concerniente al Comité como órgano de monitoreo de la aplicación del Instrumento, más se aparta de las posibilidades abiertas en el Documento de elementos, manteniéndose de manera clara en la tradición más conservadora del derecho internacional.

Más allá de la composición del Comité, que sigue los parámetros típicos de un organismo de control de tratados, puede afirmarse que las funciones atribuidas al mismo lo convierten en un órgano inocuo, muy alejado de lo previsto en el Documento de elementos.

Cabe recordar que en el Documento de Elementos se señaló una doble opción. La más conservadora, un Comité sobre Empresas y Derechos Humanos, y la más rupturista, que iba desde la creación de una Corte Internacional sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos al establecimiento de una sala especial sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos en tribunales o cortes internacionales o regionales ya existentes. Se trataba de una decisión fundamental y es bien conocido que la opción que más peso ha tendido, tanto entre la doctrina como entre los Estados, es la que prefiere evitar la Corte y caminar en primer lugar hacia un Comité, dejando en todo caso la puerta abierta para posteriores avances.

En este sentido, se pensaba en que era posible optar un Comité de carácter avanzado, entre cuyas funciones se incluyeran, entre otras, las siguientes (según el Documento de elementos):

- Examinar los progresos hechos por los Estados Partes en el logro de la realización de las obligaciones asumidas en el presente instrumento.
- Evaluar, investigar y monitorear la conducta y las operaciones de las ETN
- Realizar visitas a los países de conformidad con su mandato.
- Examinar los informes periódicos de acuerdo con su mandato.
- Recibir y examinar las comunicaciones de acuerdo con su mandato.

Además, para dar respuesta a las exigencias tanto de la sociedad civil como de buena parte de la doctrina implicada, esta opción debería acompañarse del

establecimiento de mecanismos claros para permitir el acceso al Comité de las víctimas y sus representantes en forma de actores colectivos, así como la participación de la sociedad civil en las distintas funciones del Comité.

Alejándose de estos planteamientos, el borrador ha incluido un Comité clásico, que no se abre de manera clara a las víctimas y sus organizaciones, y que tiene las siguientes funciones:

a. Formular observaciones generales sobre la comprensión y aplicación de la presente Convención basadas en el examen de los informes y datos recibidos de los Estados Partes y *otras partes interesadas*.

b. Examinar y brindar las observaciones y recomendaciones finales que estime oportunas con respecto a los informes presentados por los Estados Partes y remitirlas al Estado Parte interesado, que *podrá responder* al Comité con las observaciones que desee formular. El Comité podrá, *a su discreción*, tomar la decisión de incluir estas sugerencias y recomendaciones de carácter general en el informe del Comité, junto con los comentarios, si los hubiera, de los Estados Partes.

c. Apoyar a los Estados Partes en la tarea de recopilar y transmitir la información necesaria para garantizar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención.

d. Presentar un informe anual *sobre sus actividades* en virtud de la presente Convención a los Estados Partes y a la Asamblea General de las Naciones Unidas

e. El Comité podrá recomendar a la Asamblea General que pida al Secretario General que efectúe, en su nombre, estudios sobre cuestiones concretas relativas al presente Tratado.

Como puede observarse el Comité, tal y como se presenta en el Borrador, carece de cualquier facultad de investigación o requerimiento directo a las empresas que cometan violaciones de derechos humanos; no se abre su acceso a denuncias por las víctimas u organizaciones; no se explicita la publicidad de las observaciones generales y de los informes que emite. En definitiva, queda muy lejos de convertirse en un verdadero órgano de monitoreo de la aplicación de un Instrumento que tampoco se orienta a la regulación de las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas respecto del derecho internacional de los derechos humanos.

El 4 de septiembre la Misión del Ecuador en Ginebra presentó un Protocolo opcional anexo al Draft 0, "inspirado en las experiencias previas en la elaboración de Instrumento Internacionales de Derechos Humanos". El Protocolo opcional tiene dos pilares, el establecimiento de "mecanismos nacionales de implementación" y el

desarrollo de la posibilidad de que individuos o colectivos puedan presentar comunicaciones ante el Comité creado en el Draft 0. Ninguno de estos mecanismos satisface las carencias señaladas. Los mecanismos nacionales de implementación, recuerdan a los llamados Puntos Nacionales de Contacto (PNC), encargados de promover y vigilar el cumplimiento de las Líneas Directrices sobre Empresas Multinacionales, que forman parte de la Declaración sobre la inversión internacional de las Empresas Multinacionales adoptada por los países Miembros de la OCDE el 21 de junio de 1976 y revisada en 1979, 1984, 1991, 2000 y 2011. Estos puntos deben ser constituidos por cada uno de los gobiernos de los países adherentes.

Los mecanismos nacionales creados por el Protocolo tienen competencias limitadas y su función, al igual que ha ocurrido en muchos países con los Puntos Nacionales de Contacto, parece enfocarse a la actuación de mediador entre la empresa que ha cometido una violación y las afectadas/os³⁷. En este sentido, es importante señalar el contenido del artículo 6.4 del Protocolo opcional.

“4. After all documentation has been submitted, the National Implementation Mechanism shall make available its good offices to the parties concerned with a view to reaching an amicable settlement of the matter, consistent with the legal and administrative system of the State party concerned. When an agreement on an amicable settlement is reached under the auspices of the National Implementation

³⁷ Es interesante realizar una aproximación al funcionamiento de estos PNC, tomando como ejemplo el PNC español, a efectos de valorar con un ejemplo concreto, la eficacia de los mecanismos destinados a promover y vigilar el cumplimiento de las Líneas y sus Guías. La Orden PRE/2167/2014, de 11 de noviembre, creó y regula la composición y funcionamiento del Punto Nacional de Contacto (PNC) español. Este PNC tiene como misión dar a conocer y difundir el contenido de las Líneas Directrices, contribuir al estudio y solución de los problemas que surjan en relación con la aplicación de las mismas, realizar un estudio anual y responder a las consultas acerca de las Líneas Directrices realizadas por otros PNC, los círculos empresariales, las organizaciones sindicales, otras organizaciones no gubernamentales y los ciudadanos interesados, así como por los poderes públicos de los países que no las hayan suscrito (artículo 5 de la Orden). El PNC elaboró una Guía de Procedimiento, con el asesoramiento al Consejo Asesor. Es fundamental subrayar que, según su artículo 5.4., de las actuaciones llevadas a cabo por el Punto Nacional de Contacto en el ejercicio de sus funciones, no podrá derivarse efecto jurídico directo alguno respecto a terceros. Además, su funcionamiento tampoco podrá suponer incremento alguno del gasto público. Según se indica en el art. 6.1. el PNC se reunirá por lo menos una vez al año (en 2017 se convocaron tres plenos y en lo que llevamos de 2018 dos) pero ni sus reuniones ni las actas de las mismas son públicas. El Punto Nacional de Contacto español ha tramitado 6 casos en total desde su creación en 2001. En sus resoluciones ha dejado claro que su función es actuar como “mediador” entre la reclamante y la empresa afectada.

Mechanism, it shall discontinue the complaint proceedings at the National Implementation Mechanism under the present Protocol”

Las disposiciones del Protocolo sobre las funciones del Comité se centran en la apertura de la posibilidad de presentar comunicaciones individuales y colectivas. Más allá de que esta facultad sea necesaria en el tema que nos ocupa, la capacidad del Comité sigue siendo muy limitada, como demuestra el contenido del artículo 11 en sus numerales 2 y 3.

“2. After examining the findings of an inquiry made in accordance with this article, the Committee shall transmit these findings to the State party and the involved person conducting business activities of a transnational character concerned, together with any comments or suggestions which seem appropriate in view of the situation.

3. After such proceedings have been completed, the Committee *may decide* to include a summary of the inquiry in the annual report on its activities to the General Assembly of the United Nations, according to Article [14.4 (d) of the (Instrument)”

- **Consideraciones sobre temas de especial relevancia que han sido relegados a un segundo plano en el Draft 0: el enfoque de género y las empresas que operan en zonas en conflicto.**

Ya a modo de cierre es preciso atender al contenido del artículo 15 donde, a modo de cajón de sastre, se han acumulado temas que se relegan a un segundo plano a pesar de la gran importancia de los mismos y de haber sido reiterados a lo largo de los debates del OEIWWG.

En concreto va a centrarse este último comentario en dos cuestiones que requieren una especial atención: las actividades empresariales en zonas en conflicto y la especial afectación de esas actividades sobre determinados colectivos.

Respecto de la primera cuestión, el artículo 15.4 dispone que:

“Se prestará *especial atención* a los casos de actividades empresariales en zonas afectadas por conflictos, entre otras cosas mediante la adopción de medidas para determinar, prevenir y mitigar los riesgos que entrañen sus actividades y relaciones empresariales para los derechos humanos, y para evaluar y tratar los principales riesgos de abusos, prestando especial atención tanto a la violencia de género como a la violencia sexual”

Se trata de un tema fundamental y el contenido del artículo debería desarrollarse, ya que no se aprecia el plus de protección respecto de las medidas indicadas con carácter general en artículos anteriores. En este sentido es posible tomar, a modo de ejemplo, el contenido del Informe de la misión internacional independiente de investigación de las repercusiones de los asentamientos israelíes en los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales del pueblo palestino en todo el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén Oriental (A/HRC/22/63) de 2013. El Informe contiene una serie de recomendaciones directas para las empresas y los Estados³⁸, que se conjugan con el Principio 7 de los Principios Rectores, donde se establecen medidas para fomentar el respeto de los derechos humanos por las empresas en zonas afectadas por conflictos. Ambos conjuntos de medidas podrían incorporarse al texto del IJV. Además, no se entiende la omisión de una referencia directa respecto de las empresas que sean propiedad o estén bajo el control del Estado y que se vean implicadas en estas violaciones.

La segunda de las cuestiones se refiere a la necesaria inclusión de un enfoque de género, que se toca de manera poco significativa y acertada en el artículo 15.5, donde se indica que:

“5. En la aplicación de este acuerdo, los Estados Partes abordarán los efectos específicos de las actividades empresariales en, prestando especial atención a quienes enfrentan un riesgo mayor de violaciones de los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales, como las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los pueblos indígenas, los migrantes, los refugiados y los desplazados internos.”

Como puede observarse, el Draft 0 incurre en el mismo error señalado por distintas organizaciones en el debate y las contribuciones en la tercera sesión de 2017, que es la falta de un concreto desarrollo del enfoque de género.

³⁸ Las medidas son las siguientes:

- Las empresas privadas deben evaluar los efectos que tienen sus actividades en los derechos humanos y tomar todas las medidas necesarias, entre otras cosas poniendo fin a sus intereses comerciales en los asentamientos, para asegurarse de que no tengan un efecto perjudicial en los derechos humanos del pueblo palestino, de conformidad con el derecho internacional y con los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.
- La misión exhorta a todos los Estados miembros a que adopten medidas apropiadas para velar por que las empresas comerciales domiciliadas en su territorio y/o bajo su jurisdicción, incluidas las que sean de su propiedad o estén bajo su control, que realicen actividades en los asentamientos o relacionadas con ellos respeten los derechos humanos en todas sus operaciones. La misión recomienda que el Grupo de Trabajo sobre las Empresas y los Derechos Humanos se ocupe de esta cuestión.

- **Conclusiones:**

La valoración del contenido Draft 0 publicado en nombre de la Presidencia del OEIWWG es sin duda negativa. Aunque su publicación reafirma que el proceso va a continuar, al menos hasta la cuarta sesión, el contenido limitado, impreciso, lleno de incorrecciones jurídicas y apartado de los trabajos y de la construcción colectiva anterior merece una crítica contundente, seguida de un llamamiento a continuar el trabajo conjunto hacia el cumplimiento de la Resolución 26/9.

En este sentido, cabe remarcar algunas ideas que se han expresado en las páginas anteriores:

- El Draft 0 se planteó como un paso más para continuar las negociaciones sustantivas que ya comenzaron con el Documento de elementos. Por tanto, no puede considerarse como un texto que reemplace al Documento de 2017, máxime cuando en las cuestiones fundamentales camina en sentido contrario de lo que se reflejó en su contenido y en los trabajos anteriores del OEIWWG.
- El Draft 0 debe revisarse para corregir los graves defectos que integra en cuanto a la técnica jurídica y para devolver el estado de la cuestión a un momento previo, reincorporando las líneas fundamentales que han sido eliminadas (se desconoce a propuesta de quien). En concreto, la atribución de responsabilidades a las empresas, la inclusión de las empresas públicas, de la responsabilidad administrativa y de un mecanismo de control con atribuciones reales para monitorear las violaciones de derechos humanos cometidas por actores económicos parecen mínimos irrenunciables. Además, cuestiones como el enfoque de género o la especial situación de las empresas que actúan en territorios en conflicto deben ser líneas transversales, que permeen todo el debate.
- Los debates en la cuarta sesión deben ser una continuación de los trabajos anteriores, sin que los elementos eliminados en el Draft 0 limiten los debates ni las posibilidades del futuro texto.

El proceso de la 26/9 ha despertado una enorme expectativa entre la sociedad civil global y entre numerosos Estados que se han implicado en apoyo de Ecuador para

sostener este proceso. Centenares de personas han apostado por el objetivo marcado por la Resolución que, repetimos, no es otro que la “regulación de las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos”.

Un texto que no contemple obligaciones para las empresas, que no incluya una definición que permita establecer la responsabilidad de las matrices por las violaciones cometidas a lo largo de su cadena de suministro, que no incluya un mecanismo de supervisión mínimamente potente y que esté plagado de frases como “de conformidad con el derecho interno”, no solo supone un incumplimiento del mandato de la Resolución sino la frustración de uno de los procesos más importantes de la década en el ámbito internacional.



CENTRO DE
DIREITOS HUMANOS
E EMPRESAS



FORDFOUNDATION

homacdhe.com