



**ANÁLISIS DEL PROCESO DE NEGOCIACIÓN DEL INSTRUMENTO
JURÍDICAMENTE VINCULANTE SOBRE EMPRESAS Y
DERECHOS HUMANOS: HACIA LA BÚSQUEDA DE UN CONSENSO**

**ANALYSIS OF THE NEGOTIATION PROCESS OF THE LEGALLY BINDING
INSTRUMENT ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: TOWARDS THE
SEARCH FOR A CONSENSUS**

Graciela Arguedas Rodríguez

**XVI Edición del Máster Universitario en Protección Internacional de los Derechos
Humanos**

Universidad de Alcalá

Tutor: Dr. Francisco Pascual-Vives

2019-2020

RESUMEN

En esta investigación se analiza el proceso de negociación del instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos, durante las primeras cinco sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta (OEIGWG por sus siglas en inglés), conforme al mandato otorgado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) en la resolución 26/9 del 26 de junio de 2014. Se examina la práctica de los sujetos y actores que participan en la negociación y el proceso de consecución de consensos. Así, se enuncian las principales posiciones de las delegaciones participantes en el OEIGWG, sistematizadas en tres categorías, a saber: delegaciones de los Estados, de la sociedad civil y empresariales. Finalmente, se describe la propuesta de tratado discutida en la quinta sesión (Borrador Revisado) y se identifican cuáles son los elementos más controversiales de su contenido.

PALABRAS CLAVES:

Derechos Humanos – Consenso – Corporación Transnacional - Empresa - Instrumento jurídicamente vinculante - Negociación – Tratado.

ABSTRACT

This research analyzes the negotiation process of the legally binding Instrument on Business and Human Rights, during the first five sessions of the Open-Ended Intergovernmental Working Group (OEIGWG), in accordance with the mandate granted by the United Nations Human Rights Council (HRC) in resolution 26/9 of June 26, 2014. The practice of subjects and actors who participate during the negotiation and the consensus process are examined. Thus, the main positions of the delegations in the OEIGWG are set and systematized into three categories: State's, Civil Society's and Business's delegations. Finally, the proposed treaty discussed in the fifth session (Revised Draft) is described and the results of the most controversial elements are identified.

KEY WORDS:

Human Rights - Consensus - Transnational Corporation - Business Enterprise - Legally Binding Instrument - Negotiation - Treaty.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
---------------------------	----------

CAPÍTULO I. LA DEFINICIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL FUTURO TRATADO INTERNACIONAL SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS	7
--	----------

1. Los primeros pasos de la negociación	8
A) Los grandes interrogantes de la Primera sesión	8
B) Los aspectos controversiales de la Segunda sesión	13
2. La compilación de propuestas: Borrador de Elementos	20
A) Contenido del Borrador de Elementos	20
B) Aspectos generales de la Tercera sesión.....	26

CAPÍTULO II. EL PROCESO DE CONSECUCIÓN DEL CONSENSO: POSICIONES GENERALES DE LAS DELEGACIONES PARTICIPANTES EN EL GRUPO DE TRABAJO	29
---	-----------

1. Las incidencias alrededor de los proyectos iniciales.....	29
A) La Cuarta sesión: la renovación del mandato del Grupo de Trabajo	29
B) La Quinta sesión: aspectos generales previos a la discusión del Borrador Revisado	34
2. Las posiciones generales de las delegaciones.....	35
A) Las delegaciones de los Estados.....	36
B) Las delegaciones de la sociedad civil	40
C) Las delegaciones empresariales.....	45

CAPÍTULO III. EL PROYECTO DE INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE	47
--	-----------

1. Marco general del futuro tratado	47
--	-----------

2. Elementos subjetivo y objetivo	50
3. Las obligaciones estatales y empresariales	58
4. Sobre el acceso a la justicia	65
5. La cooperación interestatal para su implementación.....	71
6. La interpretación sistemática de sus disposiciones	74
7. Constitución del órgano de control	76
8. Disposiciones generales para su adopción	78
CONCLUSIONES	79
BIBLIOGRAFÍA	85

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ACCA	Coalición Africana de Responsabilidad Corporativa
ACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
BIAC	Comité Asesor sobre Negocios e Industria
CALS	Centro de Estudios Jurídicos Aplicados
CDESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CDH	Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
CDN	Comité de los Derechos del Niño
CELS	Centro de Estudios Legales y Sociales
CETIM	Centro Europa – Tercer Mundo
CIDSE	Cooperación Internacional para el Desarrollo y la Solidaridad
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
FIAN	Red de Información y Acción de FoodFirst
FIDH	Federación Internacional de Derechos Humanos
IBFAN	Red Internacional de grupos pro alimentación infantil
IBFAN-GIFA	Asociación para la Alimentación Infantil de Ginebra
ICC	Cámara Internacional de Comercio
ICJ	Comisión Internacional de Juristas
IOE	Organización Internacional de Empleadores
OECD	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OEIGWG	Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PRNU	Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de las Naciones Unidas
Red-DESC	Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales
SOMO	Centro de Investigaciones sobre Empresas Multinacionales
UE	Unión Europea
WBCSD	Consejo Empresarial Mundial para el Desarrollo Sostenible
WILPF	Liga Internacional de Mujeres por la Paz y la Libertad

INTRODUCCIÓN

La ONU ha hecho esfuerzos dirigidos a crear un marco normativo que permita prevenir y sancionar las lesiones contra los derechos humanos cometidas por las empresas, siendo el más exitoso hasta ahora la aprobación de los PRNU, que fueron adoptados por el CDH en su resolución 17/4 del 16 de junio de 2011, con el consenso de los 47 Estados miembros. Este instrumento de *soft law* ha sido ampliamente acogido por las organizaciones de la sociedad civil, organizaciones empresariales y Estados que han manifestado su compromiso con los principios rectores e, incluso, como en el caso de muchos de los países de la UE, han puesto en marcha los planes de acción nacional dirigidos a hacerlos efectivos.

En este sentido, a fin de continuar con el proceso de brindar a las víctimas acceso a la justicia y reparación por los daños ocasionados por las empresas, mediante la resolución 26/9 del 26 de junio de 2014, el CDH decidió establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos (OEIGWG por sus siglas en inglés), cuyo mandado 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.

Luego de cinco sesiones de trabajo celebradas por el OEIGWG, actualmente se cuenta con un proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante en la materia, denominado Borrador Revisado (*“Revised draft 16.7.2019”*), conformado por 22 artículos. Este proyecto concentra en su articulado las propuestas derivadas del proceso de consulta realizado por la Presidencia del grupo de trabajo, el cual ha sido inclusivo y transparente, pues ha contado con la participación de los Estados parte de las NU e, incluso, Estados no parte observadores, organizaciones de la sociedad civil, ONGs con o sin estatuto consultivo, instituciones nacionales de derechos humanos, organizaciones sindicales, empresariales y de empleadores, sin omitir mencionar las contribuciones de académicos y panelistas especializados.

El objetivo principal de este trabajo de fin de máster es examinar la práctica de los sujetos y actores que participan en la negociación y el proceso de consecución de consensos

para la adopción un instrumento jurídicamente vinculante sobre derechos humanos y empresas. El consenso¹ es el fundamento que da validez y eficacia al ordenamiento internacional, pues el derecho internacional público es descentralizado y depende de la voluntad de los sujetos con personalidad jurídica internacional plena, es decir, de los Estados, para legitimarse. Debido a la existencia de un acuerdo general -que no unánime- se crean normas convencionales o dispositivas del derecho internacional público, que luego son oponibles ante los mismos Estados, en virtud de su previa aceptación de esas disposiciones².

En esta investigación, a fin de alcanzar el mencionado objetivo, se analizarán los trabajos de las cinco sesiones del OEIGWG, a fin de identificar los elementos más controversiales, que constituyen obstáculos a la elaboración del futuro tratado, pues es a partir del reconocimiento de los disensos y mediante la negociación, que se puede arribar a soluciones o acuerdos, con el fin de que el proyecto de tratado que se está elaborando sea posteriormente ratificado por el mayor número posible de Estados.

Asimismo, se enunciarán las principales posiciones de las delegaciones participantes en el OEIGWG, agrupadas en tres categorías, a saber: delegaciones estatales, organizaciones de la sociedad civil y empresarial. Finalmente, se hará una descripción del último proyecto de tratado conocido durante la V sesión, sea el denominado Borrador Revisado, así como de su proceso de negociación. Lo anterior, a partir del estudio de las contribuciones escritas y transcripciones de las declaraciones orales, de los representantes

¹ El consenso, según explica el Dr. Pascual Vives: “[d]esde una óptica material el consenso representa un acuerdo general de los sujetos que operan en el sistema internacional que, en tanto que resulta indicativo y representativo de los intereses y convicciones generalmente aceptados por estos, permite identificar el contenido y la obligatoriedad de las normas internacionales aplicables en sus relaciones. Como consecuencia del carácter todavía descentralizado y eminentemente voluntarista del DI público, las normas internacionales serían el producto de este acuerdo alcanzado por el conjunto de Estados interesados que intervienen en su proceso de formación y modificación (*consensus generalis*), bien mediante la repetición constante y uniforme de una práctica convertida en costumbre internacional, bien mediante su plasmación por escrito en un tratado internacional”. F. PASCUAL, “Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI/2 (2014), 113-153, pp. 116-117.

² En palabras del Dr. Jiménez Piernas: “la efectividad y eficacia de las reglas jurídicas que ordenan las relaciones internacionales radicarán en última instancia en un tácito *consensus gentium* que no debe interpretarse como una voluntad unánime (de todos los actores) sino general (del grupo social en su conjunto)” C. JIMÉNEZ, “El Derecho Internacional Contemporáneo: Una Aproximación Consensualista”, *XXXVII Curso de Derecho Internacional*, Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos, Washington, D.C. (2011), pp. 37-38.

de los Estados, de las organizaciones de la sociedad civil, de las entidades empresariales y de otras partes interesadas; que asistieron activamente a las reuniones del OEIGWG.

Cabe señalar que conforme al Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sólo los sujetos del derecho internacional -Estados y organizaciones internacionales- poseen capacidad para negociar tratados internacionales³. No obstante, en la actualidad, la influencia que tienen las organizaciones de la sociedad civil en la opinión pública y la presión que ejercen sobre las políticas públicas de los Estados, conllevó a que la ONU abriera sus puertas para que estas puedan participar en los foros de creación de declaraciones y tratados internacionales, exponiendo sus propuestas, oposiciones e importantes contribuciones.

La participación de estos actores en el proceso de negociación enriquece las discusiones, pues suelen aportar diversos enfoques, investigaciones, opiniones de personas expertas, compilar información, organizar foros, elaborar sus propios proyectos y ser abiertamente críticos de las posiciones estatales⁴. Esto, inevitablemente, hace más complejo el proceso de elaboración de los instrumentos internacionales, pero permite elevar los estándares de protección de los derechos humanos. Además, una vez adoptado el instrumento, estas organizaciones ejercen un papel protagónico en promover su implementación.

Esto es fácilmente constatable en el proceso de elaboración del instrumento jurídicamente vinculante que nos ocupa, pues durante las sesiones del OEIGWG, se observa que en el proceso consultivo y en los distintos paneles celebrados, la mayor parte de las contribuciones escritas e intervenciones orales provinieron de organizaciones de la sociedad civil, con propuestas razonadas y detalladas, que muchas veces opacaron la escasa participación de las delegaciones estatales. A su vez, se admitió también la participación de

³ Sobre los sujetos del derecho internacional y otras manifestaciones de la subjetividad internacional, véase: C. JIMÉNEZ PIERNAS, *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*, Editorial Tecnos, Madrid 2011, pp. 169-258.

⁴ Sobre el papel de la sociedad civil como actor de las relaciones internacionales, véase: M. MARÍN, “La sociedad civil global como agente decisorio en política internacional”, *Oasis*, núm. 12 (2006-07), 271-296. {En línea, 29 de mayo de 2020}. Disponible en (<https://revistas.ueh.edu.co/index.php/oasis/article/view/2423>). Asimismo, sobre las tendencias actuales en las negociaciones interestatales, véase: W. DE LOS REYES, “Universality at the cross-roads: current trends in inter-state negotiations at the United Nations and International (Human Rights) Law”, en R. ABELLO & W. ARÉVALO (eds.), *Derechos Humanos y Empresas y Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Reflexiones y Diálogos*, Editorial Universidad de Rosario, Colombia 2019. {En línea, 24 de abril de 2020}. Disponible en (<https://app.vlex.com/#sources/30925>), pp. 3-33.

delegaciones empresariales, quienes plantearon sus sugerencias y oposiciones, aunque esto fue criticado por algunas ONGs que consideran que puede ocasionar la influencia indebida de intereses económicos en el proceso.

La metodología de esta investigación es inductiva y cualitativa, por medio de un análisis que parte de lo específico a lo general, toda vez que a partir del estudio de las numerosas contribuciones escritas y transcripciones de las declaraciones orales de las delegaciones participantes a lo largo de las cinco sesiones del OEIGWG, se identificarán los principales elementos conflictivos para la consecución de consensos, se enunciarán las posiciones de las delegaciones -estatales, sociedad civil y empresariales- y se describirá el contenido del Borrador Revisado y su proceso de negociación.

La investigación es en su totalidad documental, mediante la revisión y sistematización de las contribuciones escritas y transcripciones de las declaraciones orales de las delegaciones que participaron en las cinco sesiones del OEIGWG, publicadas en el sitio Web del CDH⁵. Adicionalmente, se estudiaron informes de la ACNUDH, resoluciones del CDH, tratados internacionales, instrumentos de *soft law* relacionados con los derechos humanos y empresas, así como proyectos de normas o guías provenientes de la sociedad civil y artículos académicos relacionados con nuestro objeto de estudio.

Debe mencionarse que este trabajo de fin de máster se desarrolló durante los meses de enero a junio de 2020, periodo en que estuvieron vigentes las medidas de distanciamiento social decretadas por los gobiernos de varios Estados, en virtud de la pandemia por Covid-19. En consecuencia, debido a este contexto histórico, casi la totalidad de las fuentes bibliográficas y documentales utilizadas corresponden a archivos digitales obtenidos en línea.

Este trabajo final de máster se divide en tres capítulos, los cuales a su vez se subdividen en secciones y apartados. El primer capítulo se refiere a la definición de los elementos del futuro tratado internacional, llevado a cabo durante las primeras tres sesiones del OEIGWG, de modo que en la primera sección se analizarán los principales elementos debatidos en las sesiones I y II, mientras que la segunda sección se ocupará de la sesión III y el Borrador de Elementos. Seguidamente, el segundo capítulo se refiere al proceso de consecución de consensos, de forma que en la primera sección se exponen las principales

⁵Sitio Web del OEIGWG:
(<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx>).

incidencias durante las sesiones IV y V y en la segunda sección se destacan las posiciones generales de las delegaciones participantes. Finalmente, el tercer capítulo está dedicado al proyecto de instrumento jurídicamente vinculante, dividido en secciones que describen el Borrador Revisado y su proceso de negociación.

La contribución académica de esta investigación radica en brindar a las personas interesadas –letradas o no en la materia- una herramienta fácil de comprender, donde se sintetiza el estado de la cuestión del proceso de elaboración del instrumento jurídicamente vinculante sobre derechos humanos y empresas. Asimismo, se ofrece una visión panorámica de la posición de las distintas delegaciones (Estados-sociedad civil-empresas) que han contribuido a la construcción del proyecto de tratado en cuestión.

CAPÍTULO I. LA DEFINICIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL FUTURO TRATADO INTERNACIONAL

El 26 de junio de 2014, el CDH conoció de la propuesta de Ecuador y Sudáfrica respecto a la elaboración de un tratado internacional vinculante que regulara la actividad de las empresas multinacionales en materia de derechos humanos. En esta ocasión se adoptó la resolución 26/9, en la cual el CDH decidió *“establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo mandato será elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos”*⁶.

Esa decisión no fue unánime, por el contrario estuvo muy dividida, de los 47 Estados que integraban en ese momento el CDH, 20 votaron a favor (entre estos dos importantes potencias mundiales, China y Federación de Rusia, sumados a los países de África), 14 votaron en contra (entre estos destacan Estados Unidos y 9 Estados miembros de la UE –en ese entonces también Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte-) y 13 países se abstuvieron de votar (6 de estos de América)⁷.

El disenso existente quedó en gran parte reflejado en la única nota al pie de la resolución 26/9, en la cual se pretendió aclarar el objeto del futuro tratado, al indicar que *“[e]l término 'otras empresas' se refiere a todas las empresas cuyas actividades operacionales tienen carácter transnacional y no se aplica a las empresas locales registradas con arreglo a la legislación nacional pertinente”*⁸. Como se verá a lo largo de este trabajo, el tema del alcance del instrumento conforme a esta nota al pie, ha sido el aspecto más controversial durante todas las sesiones del grupo de trabajo que se han llevado a cabo hasta la fecha.

⁶ CDH. Res. 26/9. *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*. N.U. Doc. A/HRC/RES/26/9 (26 de junio de 2014), p. 2.

⁷ **Votos a favor:** Argelia, Benin, Burkina Faso, China, Congo, Côte d'Ivoire, Cuba, Etiopía, Federación de Rusia, Filipinas, India, Indonesia, Kazajstán, Kenya, Marruecos, Namibia, Pakistán, Sudáfrica, Venezuela (República Bolivariana de), Viet Nam. **Votos en contra:** Alemania, Austria, Estados Unidos de América, Estonia, ex República Yugoslava de Macedonia, Francia, Irlanda, Italia, Japón, Montenegro, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Rumanía. **Abstenciones:** Arabia Saudita, Argentina, Botswana, Brasil, Chile, Costa Rica, Emiratos Árabes Unidos, Gabón, Kuwait, Maldivas, México, Perú, Sierra Leona.

⁸ CDH, op. cit., p. 2.

1. Los primeros pasos de la negociación

El CDH, dentro de la resolución 26/9, dispuso en términos generales a que se abocarían las primeras tres reuniones del OEIGWG. Así, se indicó que los primeros dos períodos se consagrarían a deliberaciones constructivas sobre el contenido, el alcance, la naturaleza y la forma del futuro instrumento. Luego, el Presidente-Relator del OEIGWG prepararía los elementos para un proyecto de instrumento, a fin de emprender las negociaciones sustantivas sobre el tema en el tercer período de sesiones.

A) Los grandes interrogantes de la Primera sesión

La I sesión del grupo de trabajo se realizó del 6 al 10 de julio de 2015, se eligió a la Presidenta-Relatora María Fernanda Espinoza Garcés, representante permanente del Ecuador, y se dirigió a las deliberaciones constructivas sobre los principios, el alcance y los elementos del futuro instrumento. Se llevaron a cabo 8 mesas redondas, durante las cuales las distintas delegaciones participantes hicieron declaraciones orales con sus propuestas⁹.

Esta sesión contó con la asistencia de 60 delegaciones de Estados miembros de las NU, 2 Estados no miembros en condición de observadores (Palestina y Santa Sede) y también asistió la representación de la UE. Incluso, de los países opositores a la resolución 26/9, concurrieron en la sesión Austria, Francia, Italia y República de Corea. Igualmente, participaron numerosas organizaciones de la sociedad civil, ONGs con estatuto consultivo del ECOSOC, delegaciones empresariales, organizaciones intergubernamentales, órganos de las NU, instituciones nacionales de derechos humanos y otras partes interesadas¹⁰.

Durante los paneles destacaron las intervenciones de las representaciones de Bolivia, Cuba, Ecuador, Sudáfrica (en nombre del denominado Grupo de los Estados Africanos), Namibia, Federación de Rusia y Palestina. Asimismo, la participación de varias

⁹ Las contribuciones escritas y transcripciones de las declaraciones orales del OEIGWG, utilizadas para este análisis de la primera sesión, pueden ser consultadas en el siguiente link: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session1/Pages/Session1.aspx>

¹⁰ Para conocer la lista de delegaciones participantes se recomienda consultar el informe de esta sesión: CDH. *Informe del primer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante*. N.U. Doc. A/HRC/31/50 (5 de febrero de 2016).

ONGs, muchas de las cuales conformaron coaliciones de organizaciones; por ejemplo, Alianza por el Tratado (“*Treaty Alliance*”) y Campaña Global para Reivindicar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder Corporativo y Poner Fin a la Impunidad (en adelante Campaña Global). Asimismo, las delegaciones empresariales, a saber: Business at OECD (BIAC), ICC, IOE y WBCSD; quienes hicieron contribuciones conjuntas.

Todas las delegaciones de organizaciones de la sociedad civil enfatizaron su interés en que el proceso fuese inclusivo y participativo de las personas afectadas y colectivos vulnerables. Sin embargo, varias ONGs manifestaron expresamente su oposición a que participaran representantes del sector corporativo, pues en su criterio esto podía ejercer una influencia negativa de intereses meramente económicos.

De otra parte, pese a que los Estados miembros del CDH que forman parte la UE se opusieron en su momento al acuerdo de la resolución 26/9 y en esa ocasión manifestaron que se rehusarían a participar en el OEIGWG, la UE tuvo representación en esta primera sesión, aunque corta y conflictiva, pues únicamente asistió a las reuniones celebradas el 6 de julio y la mañana del 7 de julio a fin de exponer su oposición.

Así, durante la discusión del programa de trabajo, la representación de la UE intervino e hizo dos propuestas, la primera que se agregara una mesa redonda inicial titulada “Aplicación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: un compromiso renovado de todos los Estados” y la segunda, que se añadiera el término “todas” antes de “empresas” en el programa de trabajo, aunque sin cambiar el título.

Esto provocó que la sesión se suspendiera a fin de alcanzar un consenso al respecto. Luego, la UE compartió con el plenario la propuesta de incluir una nota al pie de página en el programa de trabajo, en lugar de incluir la palabra “todas”, la cual debía decir que: “este programa de trabajo no limita el alcance de este grupo de trabajo, habida cuenta de que se formularon varias peticiones para que el debate incluyera las empresas transnacionales y todas las demás empresas”.

Finalmente, en la versión revisada del programa de trabajo se incluyó la mesa redonda solicitada por la UE (panel I), pero no se incluyó la palabra “todas” ni la nota al pie propuestas, debido a la falta de apoyo por parte de otras delegaciones. La UE agradeció que

se incluyera la mesa redonda, aunque lamentó que no se resolviera la cuestión sobre el alcance del debate. No obstante, no bloqueó la adopción del programa de trabajo, pero se limitó a reafirmar su compromiso de continuar con la implementación de los PRNU y se retiró anticipadamente de la sesión el 7 de julio de 2015.

En su contribución escrita, la UE expuso que la resolución 26/9, al enfocarse solo en las empresas transnacionales, niega el hecho de que muchos abusos son cometidos por empresas nacionales, por lo que en su criterio esta resolución innecesariamente polariza y divide al CDH, cuando la prioridad debería ser implementar los PRNU y hacer eficaces las obligaciones ya existentes. Por esa razón, la UE afirmó que la discusión de un instrumento jurídicamente vinculante resulta prematura e hizo hincapié en que en este proceso se deben incluir tanto las empresas transnacionales como las empresas nacionales -pequeñas y medianas-. Finalmente, se comprometió a seguir colaborando con el grupo de trabajo a fin de alcanzar una solución viable que pueda ser aceptada por todas las partes. No obstante, como se indicó anteriormente, la UE se retiró de la primera sesión a la mitad del segundo día (cabe señalar que Francia sí estuvo presente a durante todo el periodo de sesiones).

Es así como desde el principio, en esta primera sesión, se impusieron dos grandes interrogantes al grupo de trabajo: 1. cuál debe ser la relación entre el futuro tratado y los PRNU. 2. Si el futuro tratado debe dirigirse a regular únicamente las actividades de las empresas transnacionales o también de las empresas nacionales.

Sobre el primer interrogante, existió consenso en que la relación entre el instrumento jurídicamente vinculante y los PRNU debe ser de complementariedad (aunque como se verá más adelante, plasmar esto dentro de las disposiciones del proyecto de futuro tratado no ha sido tarea fácil). El disenso entre las delegaciones negociantes está precisamente en aquellos aspectos en que el proyecto de futuro tratado supera los estándares de los principios rectores.

En este sentido, Ecuador y Sudáfrica, que fueron quienes impulsaron la resolución 26/9, enfatizaron que los PRNU son un paso positivo en este tema, pero no llegan al núcleo de las discusiones, que es la máxima protección de los derechos humanos y los recursos adecuados para las víctimas. En criterio de la representación de Ecuador -que fue apoyado por varias delegaciones-, los PRNU facilitan el proceso de formación del instrumento jurídicamente vinculante; sin embargo, deben ser complementados con otros principios

existentes en el derecho internacional y en el derecho internacional de los derechos humanos, tales como: universalidad, indivisibilidad, interdependencia e inter-relación de los derechos humanos; incluyendo el derecho al desarrollo.

Por otra parte, las delegaciones empresariales señalaron en su contribución escrita conjunta, que cualquier tratado o iniciativa internacional sobre empresas y derechos humanos debe contribuir a la implementación efectiva de los PRNU y exigir a los Estados que desarrollen e implementen los planes de acción nacionales.

En cuanto al segundo interrogante, sea sobre el alcance del tratado, este conflicto tiene su origen en la ambigüedad de la precitada nota al pie introducida en la resolución 26/9. Esa manifestación probablemente fue incluida con la finalidad de que la resolución fuese aprobada en el seno del CDH, pero lejos de aclarar, generó división y confusión. Además, surgen dudas respecto a la naturaleza jurídica de la nota al pie de página y su valor o efecto sobre el mandato consagrado al OEIGWG.

A partir de las contribuciones escritas y transcripciones de las declaraciones orales de algunas delegaciones, se observa que -como se señaló anteriormente- la UE consideró que debe incluirse tanto a empresas transnacionales como nacionales, lo cual fue expresamente apoyado por algunas delegaciones de organizaciones de la sociedad civil, quienes manifestaron que la forma de la corporación que comete el abuso es irrelevante para las víctimas, por lo que la propuesta de tratado debería aplicar a todos los tipos de empresas. Incluso, algunas delegaciones de la sociedad civil sugirieron que debía incluirse dentro de su alcance a institucionales internacionales financieras o bancarias como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y otros bancos regionales.

Asimismo, las delegaciones empresariales también consideraron que el futuro tratado debe dirigirse a todas las compañías, domésticas o multinacionales, privadas, públicas y propiedad del Estado. Destacaron que una de las características clave de los PRNU es que aplican a todas las compañías, independientemente de su tamaño, propiedad o estructura. Además, alegaron que las empresas multinacionales quedarían expuestas a riesgos de derechos humanos, como resultado de sus compromisos con proveedores nacionales más pequeños u otros socios comerciales, si estos quedan fuera del alcance del instrumento.

Mientras que otras delegaciones estatales, tales como Sudáfrica, Bolivia, Cuba y Palestina, así como varias ONGs, apoyaron que el instrumento jurídicamente vinculante se refiera solo a empresas transnacionales y otras empresas conforme al mandato de la resolución 26/9, pues en su criterio las empresas nacionales ya se encuentran cubiertas por la legislación interna de los Estados soberanos.

Particularmente interesante resultó la propuesta híbrida de algunas delegaciones de la sociedad civil, en el sentido de que el instrumento jurídicamente vinculante puede dirigirse a todas las empresas, nacionales y transnacionales, pero con disposiciones especiales para estas últimas. En este sentido, la representación de SOMO, CIDSE, Brot für die Welt, IBFAN, IBFAN-GIFA, Global Policy Forum, y Friends of the Earth Europe; quienes hicieron una presentación conjunta ante el grupo de trabajo, plantearon lo que definieron como la opción híbrida.

Finalmente, se debe mencionar que existió consenso en cuanto a que el futuro tratado debe referirse a todos los derechos humanos sin excepción (aunque en las sesiones posteriores algunas delegaciones estatales plantearon dudas sobre la forma correcta de plasmar esto en el proyecto). Las distintas organizaciones de la sociedad civil destacaron múltiples derechos según los intereses que representan, algunas apelaron a la inclusión del tema de género, otras sobre personas migrantes, indígenas, trabajadoras, defensoras de los derechos humanos, poblaciones en territorios en conflicto, etc. También, algunas solicitaron que se considerara la inclusión del consentimiento libre, previo e informado.

Además, todas las delegaciones participantes que se refirieron a los derechos que debe abarcar el instrumento, señalaron que este no se puede limitar a las violaciones graves, sino que debe referirse a la protección de todos los derechos humanos, inclusive el derecho al desarrollo, al ambiente, a la alimentación y otros.

Asimismo, la representación de Palestina propuso que el instrumento en cuestión aborde el tema de las empresas en territorios ocupados o en conflicto armado. Solicitó que se tuviera en cuenta el respeto del derecho internacional humanitario y el derecho a la autodeterminación, incluida la soberanía permanente sobre los recursos naturales.

B) Los aspectos controversiales de la Segunda sesión

La II sesión del grupo de trabajo se realizó del 24 al 28 de octubre de 2016, se reeligió a la Presidenta-Relatora María Fernanda Espinoza Garcés, representante permanente del Ecuador, y se continuó con el proceso de diálogo constructivo sobre los principios, el alcance y los elementos del instrumento internacional jurídicamente vinculante. Se llevaron a cabo 6 mesas redondas, durante las cuales las distintas delegaciones participantes hicieron declaraciones orales con sus propuestas¹¹.

Esta sesión contó con la asistencia de 80 delegaciones de Estados miembros de las NU, 2 Estados no miembros en condición de observadores (Palestina y Santa Sede) y también participó la representación de la UE. Incluso, de los países opositores a la resolución 26/9, asistieron a la sesión Austria, Alemania, Francia, Irlanda, Italia, Japón, República Checa, Rumania, República de Corea y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Igualmente, participaron numerosas ONGs con estatus consultivo del ECOSOC, delegaciones empresariales, organizaciones intergubernamentales, órganos de las NU, instituciones nacionales de derechos humanos y otras partes interesadas¹².

Durante esta segunda reunión la UE se mantuvo presente a lo largo de toda la actividad, aunque sostuvo sus puntos de oposición. En cuanto a las delegaciones estatales, en los paneles destacó la activa participación de Cuba, Bolivia, Indonesia, Nicaragua, Palestina, Perú, Sudáfrica (a nombre del Grupo de África), Suiza, Francia, Países Bajos y Brasil. Las delegaciones de la sociedad civil, al igual que en la primera sesión, fueron las que tuvieron mayor número de intervenciones y propuestas durante los paneles. De otra parte, la representación de la posición corporativa la ejerció activamente la IOE, la ICC, el BIAC y el WBCSD, mediante su contribución conjunta.

Nuevamente, existió disenso en cuanto al alcance del tratado, sea si este debe enfocarse únicamente a las empresas transnacionales y otras empresas cuyas actividades

¹¹ Las contribuciones escritas y transcripciones de las declaraciones orales del OEIGWG, utilizadas para este análisis de la segunda sesión, pueden ser consultadas en el siguiente link: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session2/Pages/Session2.aspx>

¹² Para conocer la lista de delegaciones participantes se recomienda consultar el informe de esta sesión: CDH. *Informe del segundo período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*. N.U. Doc. A/HRC/34/47 (4 de enero de 2017).

sean de carácter transnacional (según el mandato de la resolución 26/9), o bien, si este debe referirse a todas las empresas, incluso las domésticas, las de propiedad estatal y las entidades de carácter financiero.

La primera posición, es decir, el enfoque restringido a las multinacionales, fue defendido en los paneles principalmente por los representantes de Cuba, Bolivia y Sudáfrica, así como algunas organizaciones de la sociedad civil, tales como CETIM y FIAN International (miembros de Campaña Global).

En cambio, la segunda posición, sobre un enfoque amplio hacia todas las empresas, fue sostenida vehementemente por la UE y las delegaciones empresariales. Mientras que Brasil consideró que los intereses de las víctimas deben prevalecer sobre la discusión de la naturaleza de las empresas en que debe enfocarse el tratado. También, algunas organizaciones de la sociedad civil, tales como WILPF, Red-DESC y la FIDH, mencionaron a partir de su experiencia que era necesario que el futuro tratado se refiera a todas las empresas. Por su parte, SOMO, CIDSE, Brot für die Welt, IBFAN, IBFAN-GIFA, Global Policy Forum y Friends of the Earth Europe, reiteraron su propuesta de una opción híbrida.

Cabe mencionar que la Red-DESC y la FIDH, lideran juntas desde el 2014 una “Iniciativa por el Tratado” y en el 2016 publicaron “Diez Propuestas Clave para el Tratado”¹³, cuyo objetivo fue copilar las principales propuestas para el futuro instrumento, provenientes de consultas realizadas a más de 150 organizaciones de la sociedad civil. En síntesis estas 10 propuestas refieren a lo siguiente: 1. contenido del preámbulo, 2. primacía de los derechos humanos sobre otros acuerdos de comercio e inversión, 3. El alcance del tratado, respecto de lo cual propone una opción híbrida que priorice las empresas transnacionales. Además incluir todos los derechos humanos enumerados en nueve convenios fundamentales; 4. reconocimiento de que las corporaciones tienen responsabilidades de respetar los derechos humanos y brindar un marco normativo para garantizar que cumplan con esas responsabilidades legales; 5. acceso a la información y participación de la sociedad civil; 6. debida diligencia de derechos humanos; 7.

¹³ ESCR-NET & FIDH. *Ten Key Proposals for the Treaty. A Legal Resource for Advocates and Diplomats Engaging with the UN Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises*. {En Línea}. Octubre de 2016. {27 de abril de 2020}. Disponible en (https://www.escr-net.org/sites/default/files/attachments/tenkeyproposals_final.pdf).

obligaciones extraterritoriales; 8. responsabilidad penal corporativa; 9. remedios efectivos; y, 10. mecanismos de reparación.

Además, la temática de los paneles puso de nuevo sobre la mesa la relación del futuro tratado con los PRNU. Se discutió sobre la suficiencia o no de los PRNU, pues si bien parece existir consenso sobre su importancia y complementariedad con el instrumento vinculante que se pretende construir, muchas delegaciones de la sociedad civil adujeron que se debe ir más allá de lo dispuesto en los principios rectores, en cuanto a las obligaciones de las empresas y los mecanismos de acceso a la justicia¹⁴. En el mismo sentido, la delegación de Sudáfrica le restó importancia a los PRNU, en oposición a lo indicado por la UE, al señalar que estos no fueron negociados intergubernamentalmente ni adoptados en Asamblea General a través de una resolución negociada y que no contienen estándares mínimos del derecho internacional de los derechos humanos.

En cambio, los representantes de la comunidad empresarial estiman que el tratado debe fortalecer la implementación de los PRNU, así el instrumento propuesto podría requerir a los Estados ratificantes desarrollar e implementar los planes de acción nacional, o bien requerir reportar la implementación de esos principios y los planes ante un mecanismo supervisor de las NU, como el Examen Periódico Universal. Así, la IOE señaló que no es necesario que un instrumento sea vinculante para que sea efectivo y puso como ejemplo los resultados obtenidos por los puntos de contacto nacionales de las Directrices de la OCDE. Igualmente, la ICC, hizo reflexiones respecto al peligro de presionar a las empresas y que luego estas no quieran comprometerse en cumplir con la debida diligencia, minando así lo logrado hasta ahora con los PRNU.

Ahora bien, procede a continuación hacer referencia a los temas de discusión más destacados en esta segunda sesión. Conforme al programa de trabajo del OEIGWG, así como a partir del estudio de las contribuciones escritas y las transcripciones de las declaraciones orales de todas las delegaciones participantes, se observa que la discusión se enfocó principalmente en tres aspectos, a saber: 1. la responsabilidad jurídica de las

¹⁴ Respecto a los desafíos que enfrentan los PRNU, véase: H. CANTÚ, “Evaluando los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos a dos años de su adopción”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Centro Latinoamericano de Derechos Humanos, Año III - N° 3 (1° de agosto de 2013), 159-180. {En línea, 27 de mayo de 2020}. Disponible en (<http://vlex.com/vid/evaluando-principios-rectores-naciones-654884425>).

empresas en materia de derechos humanos; 2. las obligaciones de los Estados respecto actividades empresariales dentro y fuera de su territorio y; 3. conocer la experiencia de las organizaciones de la sociedad civil en la defensa de los derechos humanos contra los abusos cometidos por corporaciones transnacionales, a fin de extraer recomendaciones para superar los obstáculos que enfrentaron al intentar obtener reparación justa en beneficio de las víctimas.

En cuanto al primer aspecto, generó controversia el tema de las responsabilidades de las empresas, en cuanto a si debe establecerse obligaciones directas dentro del instrumento jurídicamente vinculante. Asimismo, si estas responsabilidades deben ser negativas (omitir lesionar los derechos) o también positivas (contribuir a la realización de los derechos)¹⁵.

Muchas de las organizaciones de la sociedad civil se refirieron a la necesidad de imponer obligaciones directas a las empresas, pues si bien, no tienen personalidad jurídica internacional, se han beneficiado de ser sujetos de derechos a través de tratados de inversión, por lo que consideran que para equilibrar la balanza, también se les debe imponer obligaciones.

Respecto a esta posibilidad, la panelista Surya Deva¹⁶ explicó que -en su criterio- nada impide que los Estados impongan obligaciones y responsabilidades directas a actores privados como las empresas y dio algunos ejemplos de instrumentos internacionales que ya lo hacen, a saber: el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación por hidrocarburos, el Convenio sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el ambiente, la Convención sobre el derecho del mar, el Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y el Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

¹⁵ Sobre las opciones de modelos de responsabilidad de las empresas (directo o indirecto), así como sus ventajas y desventajas, véase: D. BILCHITZ AND C. LÓPEZ, “Corporations and Human Rights: Do They Have Obligations?”. ESCR-NET y FIDH, 2015. {En línea, consultado el 20 de febrero de 2020}. Disponible en (https://www.eschr-net.org/sites/default/files/corporations_and_human_rights-_do_they_have_obligations.pdf).

¹⁶ S. DEVA, “Panel III.1: Examples of International Instruments Addressing Obligations and Responsibilities of Private Actors”, *2nd sesión of OEIWG on TNCs and other business enterprises with respect to human rights*, 26 de octubre de 2015. {En línea, consultado el 26 de febrero de 2020}. Disponible en (<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session2/PanelIIISubtheme1/SuryaDeva.pdf>).

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es reconocida en algunos Estados y en otros no, lo que implica un problema de consenso al respecto¹⁷. En este sentido, la ICJ recomendó que los Estados adopten medidas para establecer la responsabilidad penal de las empresas sujetas a sus jurisdicciones por abusos a los derechos humanos. Aclaró que la responsabilidad penal de las corporaciones no excluye la de los directores, administradores o empleados de la compañía, si su propia conducta constituye un crimen.

Algunos Estados, como Sudáfrica y Palestina, manifestaron su apoyo a que el instrumento establezca obligaciones directas a las empresas, en el mismo sentido que la mayoría de las ONGs. En cambio, las delegaciones empresariales fueron enfáticas en manifestar su desacuerdo con que se imponga nuevas obligaciones a las empresas u obligaciones directas, esto porque en su criterio podría significar sustituir el deber de los gobiernos de proteger, respetar y cumplir los derechos humanos de sus ciudadanos. Consideran que no se deben privatizar los deberes de los Estados, pues esto dificultaría definir dónde terminan y comienzan las obligaciones de uno u otro.

Ahora bien, en cuanto al segundo aspecto de mayor discusión durante la II sesión, sea sobre las obligaciones del Estado respecto actividades de terceros, se analizó si estas deben circunscribirse a sus límites geográficos o si deben ser también extraterritoriales. Las delegaciones estatales de Cuba, Sudáfrica y Palestina, así como las ONGs participantes, apoyaron que los Estados tienen obligaciones extraterritoriales, para fundamentar esto se sustentaron en jurisprudencia de órganos de tratados; por ejemplo, la Observación General n° 24 (2017) del CDESC de la ONU¹⁸, que precisa la obligación de los Estados de proteger frente abusos cometidos por actividades empresariales, y la Observación General n° 16 (2013) del CDN¹⁹, que dispone que el Estado de origen debe proteger frente actividades empresariales extraterritoriales siempre que exista un vínculo razonable.

Asimismo, mencionaron como un instrumento relevante los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el área de los

¹⁷ Sobre la regulación penal de las personas jurídicas en el derecho comparado, véase: A. CASASOLA, “Estudios sobre la Corte Penal Internacional”, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2018, {En línea, consultado el 21 de enero de 2020}. Disponible en (<https://app.vlex.com/#sources/21672>), pp. 67-75.

¹⁸ CDESC. Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales. ECOSOC. NU.Doc. E/C.12/GC/24 (10 de agosto de 2017).

¹⁹ CDN. Observación general n° 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño. NU. Doc. CRC/C/GC/16 (17 de abril de 2013).

Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Principios de Maastricht), que definen el alcance de las obligaciones extraterritoriales de los Estados, entre estas el deber de proteger los derechos económicos, sociales y culturales de las personas que se encuentran en su territorio y extraterritorialmente. Estos principios fueron invocados numerosas veces a lo largo de la II sesión del grupo de trabajo, al ser considerados un importante estándar a seguir en el instrumento jurídicamente vinculante. En estos principios se definen las obligaciones extraterritoriales de los Estados y se determina el ámbito de la jurisdicción. En este sentido fueron muy instructivas las contribuciones escritas y las declaraciones orales de los representantes de FIAN Internacional.

A lo largo de la sesión, gran parte de las contribuciones se refirieron a las experiencias de las organizaciones de la sociedad civil en la defensa de víctimas de abusos a los derechos humanos provocados por corporaciones²⁰. A partir de esas experiencias surgieron numerosas recomendaciones de figuras legales que se podrían incluir en el futuro tratado a fin de garantizar el acceso real a la reparación de las personas afectadas. Una de las recomendaciones fue adoptar la jurisdicción extraterritorial, esta fue apoyada expresamente por las delegaciones estatales de Cuba, Palestina y Sudáfrica; así como por todas las ONGs, Campaña Global, Alianza por el Tratado y demás organizaciones de la sociedad civil participantes.

Por el contrario, las delegaciones empresariales manifestaron su oposición a la jurisdicción extraterritorial, argumentando que el acceso a la reparación debe ser local para ser efectivo. En criterio de los representantes corporativos el problema es que muchos países tienen deficiencias tales como: apoyo financiero inadecuado y una carga de trabajo abrumadora, falta de independencia, responsabilidad y transparencia en los sistemas judiciales; inadecuada capacitación profesional y corrupción.

Además, señalaron que la jurisdicción extraterritorial tiene también sus propias deficiencias, tales como: los altos costos económicos, el mantenimiento de los casos

²⁰ Sobre las acciones de responsabilidad civil contra empresas multinacionales por violaciones a los derechos humanos en Estados Unidos y en la UE, véase: M. ÁLVAREZ, “El derecho internacional privado ante las vulneraciones de derechos humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV/2 (julio-diciembre 2013), 157-190. {En línea, 28 de mayo de 2020}. Disponible en (<http://vlex.com/vid/derecho-internacional-privado-vulneraciones-577782822>). Asimismo, sobre los obstáculos para el acceso a la justicia de las víctimas, véase: G. GUAMÁN & A. MORENO, *Empresas transnacionales y Derechos Humanos la necesidad de un instrumento vinculante*, Editorial Bomarzo, 2018. {En línea, 24 de abril de 2020}. Disponible en (<https://app.vlex.com/#sources/23159>), pp. 35-40.

durante varios años, el reto para los tribunales de emitir un juicio sobre la adecuación de las leyes, instituciones y procesos legales de otros países y resolver de acuerdo con los principios legales extranjeros; así como las dificultades para obtener pruebas y testimonios en otro Estado. Por lo anterior, las delegaciones empresariales sugirieron que se ejerza presión internacional y nacional sobre los gobiernos para que mejoren sus sistemas judiciales con supervisión internacional.

En respuesta a las múltiples dificultades expuestas por quienes se opusieron a la jurisdicción extraterritorial, las delegaciones de la sociedad civil y panelistas brindaron soluciones, a partir de su práctica litigando a favor de las víctimas, entre las cuales cabe destacar las siguientes:

- Plazos razonables de prescripción.
- Mecanismos de protección especial para las personas denunciantes.
- Establecer en todos los países un régimen penal para personas jurídicas, que no sea excluyente de la responsabilidad individual.
- Creación de un fondo económico para financiar a las víctimas durante el proceso y garantizarles una adecuada representación legal.
- Permitir la acción colectiva por parte de grupos numerosos de víctimas.
- Prohibir el *forum no conveniens*.
- Facilitar el acceso a la información.
- Regular el levantamiento del velo corporativo.
- Establecer la reversión de la carga de la prueba a favor de las víctimas.
- Disposiciones sobre cooperación internacional de buena fe, esto a fin de que los Estados faciliten la obtención de medios de prueba, la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, asistencia legal, entre otras medidas.
- Adoptar la doctrina del *forum necessitatis*, base de la jurisdicción universal, en aquellos casos en que se carece absolutamente de un foro adecuado.
- Matizar la regla de que la parte procesal que pierde debe pagar a la contraparte, específicamente cuando la parte fallida es la denunciante.
- Prever medidas de reparación tales como: restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición, entre otras.

De otra parte, también varias delegaciones de la sociedad civil insistieron en la propuesta de crear un tribunal internacional y en la necesidad de crear un mecanismo de control. Asimismo, algunas delegaciones sugirieron que la Corte Penal Internacional amplíe su competencia a casos de responsabilidad penal de las corporaciones²¹.

2. La compilación de propuestas: Borrador de Elementos

En la III sesión, que tuvo lugar del 23 al 27 de octubre de 2017, el grupo de trabajo conoció de la propuesta de elementos de un proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante preparada por la Presidencia del OEIGWG, tomando en consideración las deliberaciones sostenidas durante las primeras dos sesiones, conforme a lo establecido en el mandato de la resolución 26/9.

El documento de elementos fue publicado el 2 de octubre de 2017, esto fue tres semanas antes de la III sesión, lo cual fue criticado por varias delegaciones, ya que impidió que tuvieran tiempo suficiente para estudiarlo y definir su posición sobre varios aspectos de su contenido.

A) Contenido del Borrador de Elementos

En el proyecto presentado por el Presidente-Relator, denominada “Elementos para el Proyecto de Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionales y otras Empresas con respecto a los Derechos Humanos”, fechado 29 de septiembre de 2017 (en adelante denominado “Borrador de Elementos”), se explica que el objetivo de la propuesta “es reflejar los aportes realizados por los Estados y otras partes relevantes en el marco de las referidas sesiones (...) deberá ser considerado como la base para las negociaciones sustantivas”²² durante la tercera sesión. En consecuencia, dado que concentra en un solo documento las principales recomendaciones de las delegaciones

²¹ Respecto a la propuesta de incluir a las personas jurídicas dentro de la competencia de la Corte Penal Internacional, véase A. CASASOLA, *op. cit.*, pp. 97-104.

²² PRESIDENCIA DEL OEIGWG. *Elementos para el proyecto de Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionales y otras Empresas con respecto a los Derechos Humanos*. {En línea}. 29 de septiembre de 2017. {6 de marzo de 2020}. Disponible en: (https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs_SP.pdf).

participantes en las sesiones anteriores, interesa a efectos de esta investigación hacer una descripción, al menos general, de este documento, como a continuación se expone:

1. Marco general: este apartado comienza con el preámbulo (1.1), dentro del cual se propone hacer referencias generales a los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes y convenios, así como instrumentos internacionales de *soft law*, resoluciones de organismos internacionales y principios del derecho internacional. Asimismo, incluye recordatorio de resoluciones y decisiones pertinentes de la Asamblea General de las NU, CDH, órganos de tratados, la OIT y otras organizaciones intergubernamentales. Reafirma el mandato del grupo de trabajo (resolución 26/9 del CDH), así como los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados y de no intervención en asuntos internos de otros Estados. Finalmente, incluye un recordatorio de que las Organizaciones Internacionales no adoptarán ni promoverán ninguna norma o decisión que pudiera limitar la consecución del propósito y objetivos del instrumento.

Seguidamente, dentro del mismo marco general, se encuentran los principios (1.2), que incluyen entre muchos otros, la universalidad, la indivisibilidad, la interdependencia y la interrelación de todos los derechos humanos. Asimismo, la responsabilidad primordial del Estado de proteger contra violaciones o abusos de derechos humanos cometidas dentro de su territorio y/o jurisdicción por parte de terceros, incluyendo las empresas transnacionales y otras empresas. En el mismo sentido, se menciona la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas de respetar todos los derechos humanos, sin importar el tamaño, sector, contexto operacional, propiedad y estructura de estas. Y también incluye expresamente el “[r]econocimiento de la primacía de las obligaciones respecto a los derechos humanos sobre los acuerdos de comercio e inversión”. También reconoce la necesidad de una protección especial de grupos vulnerables.

En esta misma sección se incluye el propósito (1.3), que en términos generales es “[c]rear un marco internacional jurídicamente vinculante que garantice el respeto, la promoción y la protección de los derechos humanos frente a las violaciones o abusos resultantes de las actividades de las ETs y OEs”, siendo uno de sus fines asegurar la responsabilidad civil, administrativa y penal de estas.

Este apartado finaliza con los objetivos (1.4), referidos a facilitar la plena aplicación de la responsabilidad primordial del Estado, asegurar que las empresas transnacionales y

otras empresas respeten los derechos humanos, incluir medidas preventivas, asegurar el acceso a la justicia de las víctimas, establecer o fortalecer mecanismos de recursos efectivos, fortalecer la cooperación internacional y reafirmar la primacía del derecho de los derechos humanos sobre los acuerdos de comercio e inversión.

2. Ámbito de aplicación: esta sección incluye tres aspectos, derechos protegidos (2.1), donde se indica que son todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Luego, las actividades concernidas por el instrumento (2.2), aspecto que fue uno de los más conflictivos durante la sesión, por lo que cabe citarlo literalmente: *“Las violaciones o abusos a los derechos humanos 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.”* A partir de esto, la sección finaliza con indicación de los actores concernidos por el instrumentos (2.3), a saber: 1) Estados y organizaciones de integración económica regional, 2) empresas transnacionales y otras empresas y 3) personas naturales.

3. Obligaciones generales: este apartado se refiere a las obligaciones de Estados (3.1), empresas transnacionales y otras empresas (3.2) y de las organizaciones internacionales (3.3). Las obligaciones estatales de respetar, promover y proteger los derechos humanos; prevenir, investigar, sancionar y reparar tales violaciones o abusos; garantizar acceso a la justicia y recursos efectivos, adaptar su legislación interna a las disposiciones del instrumento. A su vez, incluyó la obligación de adoptar medidas para que los contratos públicos se adjudiquen a licitadores que respeten derechos humanos, así como para que los derechos humanos sean considerados en sus compromisos jurídicos y contractuales. Asimismo, se incluyó la obligación de adoptar evaluaciones de impacto ambiental y de derechos humanos y requisitos de transparencia de la información para las empresas, antes de registrarlas u otorgar permisos de operación.

En cuanto a las obligaciones de las empresas transnacionales y otras empresas, destacan el deber de cumplir con todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos reconocidos internacionalmente, donde quiera que operen, en todas sus cadenas de suministro. Además, la obligación de evitar los impactos negativos producto de sus

actividades y proporcionar reparación. Deberán diseñar, adoptar y aplicar políticas internas consistentes con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas y establecer mecanismos de monitoreo y revisión. Finalmente, se dispone que las empresas deben abstenerse de realizar actividades que menoscaben el estado de derecho y los esfuerzos gubernamentales en este sentido y utilizarán su influencia para promover y garantizar el respeto de los derechos humanos.

Finalmente, en cuanto a las obligaciones de las organizaciones internacionales, su redacción indica que los Estados partes procurarán que estas, incluyendo las instituciones económicas, financieras, de comercio y regionales de las que sean miembros, no adopten ni promuevan ninguna norma o decisión internacional que pueda perjudicar los objetivos del instrumento o afectar la capacidad de las partes para cumplir con sus obligaciones.

4. Medidas preventivas: se refiere a las medidas de debida diligencia en materia de derechos humanos, se pretende dar un carácter jurídicamente vinculante a la adopción de estas por parte de las empresas transnacionales y otras empresas. También se refiere a los procesos de consulta con actores relevantes y el acceso a la información.

5. Responsabilidad jurídica: se refiere a la responsabilidad penal, civil y administrativa, cometida en forma individual o colectiva. Se establece que los Estados parte adoptarán las medidas normativas y otras medidas para establecer la responsabilidad penal o su equivalente de las empresas transnacionales y otras empresas que intenten cometer cualquiera de los delitos reconocidos como violaciones o abusos a los derechos humanos (también si son cómplices o partícipes). Esto, sin excluir la responsabilidad penal y civil de los miembros de la empresa, independientemente de su posición. Asimismo, dispone que la responsabilidad civil no dependerá de la determinación de la responsabilidad penal o su equivalente.

También incluye la responsabilidad administrativa, con procedimientos o sanciones como medidas adicionales para casos de violaciones o abusos a los derechos humanos, que los recursos administrativos deben ser adecuados, accesibles y efectivos. Y en el caso de contratación pública, prevé la sanción de no otorgar la concesión de contratos públicos a empresa que hayan incurrido en conductas que den lugar a la violación de un derecho humano. Finalmente, establece los casos en que los Estados parte serán responsables por acciones u omisiones de las empresas transnacionales y otras empresas.

6. Acceso a la justicia, recursos efectivos y garantías de no repetición: en esta sección se dispone que los Estados parte adoptarán medidas adecuadas para proveer de recursos rápidos, accesibles y efectivos, incluyendo vías de recursos judiciales y no judiciales, cuando las empresas transnacionales y otras empresas estén actuando bajo sus instrucciones, dirección o control; o cuando estén autorizadas para ejercer elementos de autoridad gubernamental y hayan actuado con esta capacidad cometiendo violaciones o abusos a los derechos humanos. Dispone que los Estados parte deben garantizar el acceso a la justicia y recursos efectivos, en especial a las personas vulnerables. Se establece que los mecanismos no judiciales no serán considerados un sustituto de los mecanismos judiciales.

Asimismo, prevé la adopción de mecanismos adecuados para reducir los obstáculos normativos, procesales y financieros que impidan a las víctimas tener acceso a la justicia. En este sentido, contempla la habilitación de las acciones colectivas, facilitar el acceso a la información relevante y la obtención de pruebas en el exterior; la inversión de la carga de la prueba; la adopción de medidas de protección para las personas denunciantes y la limitación del uso de la doctrina de *forum non conveniens*.

También prevé el acceso a la información sobre los recursos existentes, en un idioma que todos los actores puedan entender. Refiere al deber estatal de una pronta, completa e imparcial investigación, así como las medidas de compensación, reparación, restitución, rehabilitación, medidas de satisfacción y de no repetición. Igualmente, menciona la figura del juez imparcial e independiente. Prevé medidas de protección a las víctimas, sus representantes, testigos, defensores o denunciantes. Menciona la asistencia legal, material y médica en el contexto de las violaciones o abusos a derechos humanos.

Igualmente, se invoca el derecho a un juicio justo, los principios de paridad de armas y la provisión de asistencia jurídica, la no existencia de atrasos innecesarios en el tratamiento de los casos, el acceso a información relevante para sustentar las demandas, con el debido respeto a consideraciones de confidencialidad. Finalmente, menciona que los Estados parte garantizarán la reparación rápida, justa y adecuada, así como la reparación ambiental; el derecho a la verdad y la no repetición.

7. Jurisdicción: el borrador de elementos propone que los Estados parte adopten medidas legislativas y otras medidas adecuadas para que sean consideradas las demandas relativas a violaciones o abusos de los derechos humanos presuntamente cometidos por

empresas transnacionales y otras empresas 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”*. Esas demandas a considerar pueden ser *“relativas a violaciones o abusos cometidos por las ETs y OEs bajo su jurisdicción o que conciernan a víctimas que estén bajo su jurisdicción”*. Además, refiere que los tribunales consideren *“las violaciones o abusos cometidos por las ETs y OEs y sus subsidiarias, a lo largo de la cadena de suministro, domiciliadas fuera de su jurisdicción”*.

8. Cooperación internacional: entre los elementos que se incluyen en esta sección destacan la previsión de la asistencia judicial mutua y el intercambio de información para la rápida identificación, enjuiciamiento y ejecución de las órdenes judiciales pertinentes. Adopción de medidas para la coordinación de las actuaciones judiciales, incluyendo la remisión de procedimientos, cuando sea necesario, para evitar repeticiones. Investigaciones transfronterizas conjuntas o coordinadas, así como la obtención de pruebas, acceso a testigos, expertos y otros documentos. Medidas para salvaguardar la participación de las víctimas, testigos, representantes y defensores.

Igualmente, menciona el reconocimiento de las sentencias extranjeras que sean ejecutables y firmes en el Estado de origen, salvo cuando la sentencia se haya obtenido mediante fraude o cuando el demandado no haya sido notificado en un periodo razonable o no haya tenido la oportunidad de presentar defensa. Igualmente, asegurar que las sentencias extranjeras sean reconocidas y ejecutables en cada Estado parte. Finalmente, promueve la adopción de acuerdos bilaterales o multilaterales de cooperación.

9. Mecanismos de promoción, implementación y monitoreo: se proponen mecanismos a nivel nacional (defensoría del pueblo o institucionales nacionales de derechos humanos). También, a nivel internacional, judiciales y no judiciales, en la primer categoría señala que los Estados partes podrán decidir el establecimiento de mecanismos judiciales con jurisdicción internacional (Corte Internacional sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos), así como optar por el fortalecimiento de los mecanismos judiciales internacionales existentes (proponer una sala especial sobre esta materia en tribunales o cortes internacionales o regionales ya existentes). Luego, como

mecanismos internacionales no judiciales refiere a un Comité sobre Empresas y Derechos Humanos, que tenga competencia para realizar visitas a los países, examinar informes periódicos, recibir y examinar comunicaciones.

10. Disposiciones generales: firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión; entrada en vigor, seguimiento, cláusula sobre primacía de este instrumento, mecanismos de solución de controversias sobre su interpretación e implementación, denuncia, depósito e idiomas.

B) Aspectos generales de la Tercera sesión

La III sesión contó con la asistencia de 99 delegaciones de Estados miembros de las NU, 2 Estados no miembros en condición de observadores (Palestina y Santa Sede) y también participó la representación de la UE. Incluso, de los países opositores a la resolución 26/9, asistieron a la sesión Austria, Alemania, Francia, Irlanda, Italia, República Checa, República de Corea, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Estonia y ex República Yugoslava de Macedonia. Igualmente, participaron numerosas ONGs con estatus consultivo del ECOSOC, delegaciones empresariales, organizaciones intergubernamentales, órganos de las NU, instituciones nacionales de derechos humanos y otras partes interesadas²³. Cabe mencionar que, en esta sesión, se eligió como Presidente-Relator a Guillaume Long, representante permanente de Ecuador.

Destacó la participación activa de los Estados de Ecuador, México, Azerbaiyán, Sudáfrica, Suiza, Argelia, Países Bajos, Perú, Indonesia, Francia, Botswana, Santa Sede, así como de la UE. Al igual que en las sesiones anteriores, fueron más numerosas las intervenciones de las delegaciones de la sociedad civil. Además, existió una constante oposición al Borrador de Elementos por parte de las delegaciones empresariales.²⁴

La UE nuevamente intervino a fin de sugerir cambios al programa de trabajo, una vez más para que se incluyera un panel sobre los PRNU, sugerencia que fue adoptada, y

²³ Para conocer la lista de delegaciones participantes se recomienda consultar el informe de esta sesión: CDH. *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*. N.U. Doc. A/HRC/37/67 (24 de enero de 2018).

²⁴ Las contribuciones escritas y transcripciones de las declaraciones orales del OEIGWG, utilizadas para este análisis de la tercera sesión, pueden ser consultadas en el siguiente link: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session3/Pages/Session3.aspx>

también insistió en que se agregara una nota al pie que dispusiera que “este programa de trabajo no limita las deliberaciones de este grupo de trabajo intergubernamental, que pueden incluir a las empresas transnacionales y a todas las demás empresas”; sin embargo, esta última propuesta no fue aceptada, pues no existió consenso al respecto.

Pese a la posición sostenida por esta organización regional a lo largo de las reuniones del OEIGWG, durante esta tercera reunión se hizo evidente la contradicción entre el representante de la UE y Lola Sánchez, miembro del Parlamento Europeo. Esta última afirmó que son más de 250 parlamentarios de más de 20 países y de distintos colores políticos, quienes han firmado un llamamiento reclamando el establecimiento de un tratado vinculante contra la impunidad de las empresas. Además, señaló que el Parlamento Europeo mandó a sus representantes ante el grupo de trabajo a que mantengan una posición constructiva, no obstruccionista, en este proceso; por lo que hizo un llamado al representante de la UE en este sentido:

“Voy a ser muy sincera: la posición sostenida por el representante de la UE me ha indignado. Su postura obstruccionista, y cínica, es totalmente contraria a la sostenida por la cámara de representación de la voluntad popular europea, como es el Parlamento Europeo. Como parlamentaria elegida democráticamente por la ciudadanía europea, le pido que a partir de ahora mantenga una posición constructiva y positiva en este proceso. Si no, me verá obligada a decirle: USTED NO NOS REPRESENTA”²⁵.

Esta panelista dejó en evidencia que a lo interno de la UE falta coherencia en cuanto a su posición, pues mientras el representante de la UE mantiene una postura que algunas delegaciones acusan de “obstruccionista” del proceso del tratado -ya que insiste en sugerir que un tratado vinculante en este momento es innecesario o apresurado-; por el contrario, la panelista en representación del Parlamento Europeo destacó que la posición de la mayoría parlamentaria es clara en cuanto a la necesidad de un instrumento jurídicamente vinculante para acabar con la impunidad de las empresas transnacionales que violan derechos humanos.

Durante esta III sesión se celebró primeramente un debate denominado “reflexiones sobre la aplicación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos y otros marcos internacionales, regionales y nacionales pertinentes”. Posteriormente, se

²⁵ L. SÁNCHEZ. *Discurso de Lola Sánchez Caldentey ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas*. {En línea}. 23 de octubre de 2017. {9 de marzo de 2020}. Disponible en (https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/OralInterventions/LolaSánchez_GeneralFramework.pdf).

celebraron 11 paneles, los cuales se enfocaron en los principales aspectos del borrador de elementos descrito anteriormente.

CAPÍTULO II. EL PROCESO DE CONSECUCIÓN DEL CONSENSO: POSICIONES GENERALES DE LAS DELEGACIONES PARTICIPANTES EN EL GRUPO DE TRABAJO

Durante las sesiones IV y V del OEIGWG se discutieron los primeros borradores o proyectos del instrumento jurídicamente vinculante sobre derechos humanos y empresas. En estas sesiones se dio una mayor participación activa de los representantes estatales - respecto a las sesiones anteriores- y se vislumbró con mayor claridad las posiciones adoptadas por las distintas delegaciones –estatales, empresariales y de la sociedad civil- frente al proceso de elaboración del tratado, lo cual se expone a continuación.

1. Las incidencias alrededor de los proyectos iniciales

Esta sección se refiere a los aspectos o acontecimientos destacados de las sesiones IV y V del OEIGWG, las cuales se dedicaron a la negociación del Borrador Cero (*Zero Draft 16.7.2018*) y Borrador Revisado (*Revised Draft 16.7.2019*), respectivamente.

A) La Cuarta sesión: la renovación del mandato del Grupo de Trabajo

El cuarto periodo de sesiones del grupo de trabajo tuvo lugar del 15 al 19 de octubre de 2018, se eligió al representante permanente de Ecuador, Luis Gallegos, como Presidente-Relator. Cabe señalar que a diferencia de las sesiones I, II y III; en la resolución 26/9 no se previó ningún objetivo o mandato específico para la IV sesión, más allá del mandato fundamental aprobado por el CDH al grupo de trabajo, sea la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos.

El 20 de julio de 2018 el Presidente-Relator hizo público el Borrador Cero fechado 16 de julio de 2018²⁶, en conjunto con dicho documento se publicó el Borrador de

²⁶ PRESIDENCIA DEL OEIGWG. *Zero Draft*. {En línea}. 16 de julio de 2018. {23 de marzo de 2020}. Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>.

Protocolo Opcional (Zero Draft Optional Protocol)²⁷. Durante esta IV sesión asistieron 92 delegaciones de Estados miembros de las NU, 2 Estados no miembros en condición de observadores (Palestina y Santa Sede) y también participó la representación de la UE. Incluso, de los países opositores a la resolución 26/9, concurrieron en la sesión Austria, Alemania, Francia, República Checa, Rumania y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Igualmente, participaron numerosas ONGs con estatus consultivo del ECOSOC, delegaciones empresariales, organizaciones intergubernamentales, órganos de las NU, instituciones nacionales de derechos humanos y otras partes interesadas²⁸.

Esta cuarta reunión se caracterizó por contar con un mayor número de intervenciones orales por parte de las delegaciones estatales -en comparación con las sesiones anteriores-, destacando las declaraciones de Argelia, Argentina, Azerbaiyán, Bélgica, Bolivia, Brasil, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Egipto, España, Francia, India, Indonesia, Iraq, México, Mozambique, Marruecos, Namibia, Nueva Zelandia, Perú, Filipinas, Federación de Rusia, Sudáfrica, Suiza, Togo (a nombre del Grupo de África), Uruguay, Venezuela, Santa Sede, Palestina y la UE²⁹.

En su declaración de apertura, el Presidente-Relator explicó como fue el procedimiento de elaboración de los proyectos de tratado y protocolo, a partir de la revisión de todas las discusiones llevadas a cabo en el marco del grupo de trabajo durante sus tres primeras sesiones, entre 2015 y 2017, así como los insumos y comentarios recibidos por las anteriores presidencias del grupo de trabajo, sumado a una serie de consultas informales abiertas realizadas entre abril y julio de 2018, donde alrededor de 50 Estados y otros actores relevantes contribuyeron con sus ideas y propuestas. Además, se realizaron reuniones bilaterales y multilaterales. Asimismo, se recibieron insumos por parte de diversos expertos con diferentes perfiles y especializaciones.

²⁷ PRESIDENCIA DEL OEIGWG. *Draft Optional Protocol to the Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises*. {En línea}. 2018. {25 de marzo de 2019}. Disponible en (<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session4/ZeroDraftOPLegally.pdf>)

²⁸ Para conocer la lista de delegaciones participantes se recomienda consultar el informe de esta sesión: CDH. *Informe del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos sobre su cuarto período de sesiones*. N.U. Doc. A/HRC/40/48 (2 de enero de 2019).

²⁹ Las transcripciones orales de las delegaciones estatales que fueron recibidas por la Secretaría fueron compiladas y pueden ser consultadas en el siguiente documento: CDH. *Addendum to the report on the fourth sesión of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and others business enterprises with respect to human rights*. U.N. Doc. A/HRC/40/48/Add.1 (6 de marzo de 2019).

En este sentido, el Presidente-Relator señaló que estos proyectos buscan fortalecer, ampliar o aclarar principios, obligaciones o compromisos ya existentes en diversos instrumentos o documentos internacionales en materias relacionadas, incluyendo varios comentarios generales y recomendaciones de órganos de tratados. Además, aclaró que el proyecto no representa las posiciones de Ecuador ni de Sudáfrica, sino que se trata de la propuesta de la Presidencia del OEIGWG.

Se debe advertir que respecto al Borrador de Protocolo Opcional, poco se ha discutido durante las sesiones del grupo de trabajo, toda vez que el diálogo se ha centrado en el Borrador Cero (y posteriormente en el Borrador Revisado), pues parece precipitado entrar a analizar un protocolo antes de alcanzar acuerdos respecto al tratado base. El Borrador de Protocolo Opcional contiene 20 artículos, todos referidos a la creación de un Mecanismo Nacional de Implementación para promover el cumplimiento, monitoreo e implementación del instrumento jurídicamente vinculante.

Ahora bien, respecto al Borrador Cero, su descripción se omite en este apartado, a fin de hacerlo en forma conjunta con el Borrador Revisado en el siguiente capítulo, pues este último proyecto es una versión corregida del primero. No obstante, a continuación se mencionan algunas de las impresiones generales expuestas por las delegaciones participantes sobre el proceso de elaboración del tratado.

La representación de la UE estimó que las partes proponentes de la resolución 26/9, en los cuatro años posteriores a tal acuerdo, no tomaron ninguna iniciativa en atender a sus sugerencias, a fin de alcanzar consenso, inclusive su propuesta de que el CDH adoptara una nueva resolución para reafirmar el mandato del grupo de trabajo y, al mismo tiempo, repensar la mejor manera de avanzar en el proceso³⁰.

Además, la UE destacó la ausencia de muchos países en la sesión y que muchos de los presentes no estaban listos para iniciar una negociación en el formato actual. Con base en esas consideraciones, el representante de la UE manifestó que todavía no se estaba en

³⁰ El representante de la UE también lamentó que su propuesta para el programa de trabajo de esta sesión no se hubiera tenido en cuenta, en cuanto a la invitar al Prof. Ruggie, ex Representante Especial del Secretario General de las UN para los Derechos Humanos y Empresa y autor de los PRNU, para que diera el discurso de apertura de la sesión, quien publicó una carta abierta dirigida al grupo de trabajo: J. RUGGIE, “Guiding Principles’ for the Business & Human Rights Treaty Negotiations: An Open Letter to the Intergovernmental Working Group”, *Harvard Kennedy School*, 9 de octubre de 2018. {En línea, 14 de abril de 2020}. Disponible en https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Guiding%20Principles%20for%20Treaty%20Negotiations_Open%20Letter%20from%20Professor%20John%20Ruggie.pdf).

una etapa en la que se pudiera buscar un mandato de negociación formal para participar en este formato de debates. Por lo tanto, se reservó su posición sobre el Borrador Cero y solicitó que su reserva fuera registrada en el informe de la sesión.

Pese a lo anterior, Molly Scott Cato, ex miembro del Parlamento Europeo, se separó de la posición del representante de la UE y reiteró el apoyo de ese parlamento al proceso para lograr un tratado vinculante. Al respecto, las delegaciones de Ecuador y de Sudáfrica agradecieron al Parlamento Europeo por la resolución emitida el 4 de octubre de 2018, en la cual hizo de manifiesto su apoyo al grupo de trabajo intergubernamental. La mencionada resolución consideró entre otras cuestiones lo siguiente:

“(…) 19. Reitera una vez más su petición a la Unión y a sus Estados miembros de que participen de buena fe y constructivamente en estas negociaciones y en el proceso intergubernamental orientado a la realización del mandato del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta; pone de relieve la vital importancia de que la Unión contribuya de forma constructiva a la consecución de un tratado vinculante para afrontar de manera efectiva la cuestión de la responsabilidad de las empresas por violaciones de los derechos humanos y otros problemas afines; (...)”³¹.

En el mismo sentido que el representante de la UE, en la sesión participaron otras delegaciones estatales, quienes aclararon que su presencia en la sesión o su silencio durante esta actividad no debía ser interpretada como aceptación tácita del proceso ni del borrador propuesto. Este fue el caso de Nueva Zelanda, cuyo representante manifestó su preocupación por el procedimiento seguido por el OEIGWG, incluida la falta de una resolución que renovara su mandato y expresó su deseo de reservar su posición respecto a todo el Borrador Cero. No obstante, según explicó, decidió asistir y registrar algunas de sus preocupaciones, porque conoce la importancia que para el derecho internacional consuetudinario tiene la participación de los Estados en estas negociaciones.

La delegación de la Federación de Rusia sostuvo el criterio de que aún era prematuro redactar una convención, por lo que solicitó que su posición sobre el Borrador Cero no fuera posteriormente interpretada en su perjuicio. Igualmente, la Federación de Rusia se refirió a la cuestión de la necesidad de renovar la resolución 26/9, así, cuestionó si

³¹ PARLAMENTO EUROPEO. *Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre la contribución de la Unión a un instrumento vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas con características transnacionales con respecto a los derechos humanos (2018/2763(RSP))*. {En línea, 19 de marzo de 2020}. Disponible en (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0382_ES.pdf).

realmente se puede continuar el trabajo productivo en el Borrador Cero, pretendiendo que ese problema no existe. Por lo que invitó a discutir más sobre este punto.

La representación de México cuestionó la oportunidad de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante, pues señaló que es riesgoso negociar un instrumento de esta categoría sin contar con el apoyo de todos los Estados o al menos de una amplia mayoría. Anotó que un apoyo parcial no sólo no consigue su efecto, sino que muchas veces ni siquiera alcanza el número necesario de ratificaciones para que el tratado entre en vigor, en cambio, existen documento normativos no vinculantes de las NU que pueden impulsar esfuerzos nacionales e internacionales para enfrentar los retos de la comunidad internacional. No obstante, México se comprometió a hacer los mejores esfuerzos para contribuir a la implementación del mandato del OEIGWG, con especial énfasis en las víctimas. Además, al igual que algunas de las precitadas delegaciones estatales, sugirió que sería deseable que el CDH se pronunciara, a través de una resolución, sobre la manera en que el grupo de trabajo debe continuar avanzando en la implementación de su mandato. En similar sentido Colombia señaló que el éxito de los PRNU es su voluntariedad y que cada Estado debe desarrollarlos conforme a sus necesidades y contexto.

Ahora bien, cabe reiterar la total oposición de las delegaciones empresariales al Borrador Cero y al Borrador de Protocolo Opcional, quienes incluso elaboraron un documento conjunto del cual participaron IOE, ICC, Business at OECD y Business Europe.³² Estas entidades reafirmaron su compromiso con respetar los derechos humanos conforme a los PRNU. Por esa razón dijeron no apoyar los documentos propuestos por el Presidente-Relator del grupo de trabajo, pues en su criterio, estos socavaban el amplio consenso alcanzado con los principios rectores.

De otra parte, tanto las delegaciones de la sociedad civil, como las delegaciones estatales del Grupo de Estados de África (en esta sesión: Egipto, Sudáfrica, Namibia, Mozambique, Argelia, Marruecos y Togo), Ecuador, Azerbaiyán, Bolivia, China, Cuba, India, Indonesia, Uruguay y Venezuela, entre otras; reiteraron su apoyo al mandato de

³² BUSINESS AT OECD, IOE, ICC & BUSINESS EUROPE. *Business response to the Zero Draft Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises ("Zero Draft Treaty") and the Draft Optional Protocol to the Legally Binding Instrument ("Draft Optional Protocol") Annex.* {En línea}. Octubre 2018. {25 de marzo de 2020}. Disponible en (<https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Joint%20Business%20Response%20-%20Zero%20Draft%20Treaty%20and%20Draft%20Optional%20Protocol%20-%20October%202018.pdf>).

elaborar un instrumento jurídicamente vinculante sobre derechos humanos y empresas, aunque hicieron recomendaciones para mejorar el Borrador Cero y manifestaron su preocupación por varias de sus disposiciones. Igualmente, Palestina y Santa Sede, como Estados observadores plantearon sugerencias constructivas al Borrador Cero.

En cambio, otras delegaciones estatales, entre estas: Costa Rica, Chile, Argentina, Perú y Brasil; adoptaron una posición de “prudencia”, sin indicar expresamente su apoyo o no a la elaboración de un tratado vinculante en la materia, aunque hicieron observaciones al borrador y manifestaron que contribuirían en forma constructiva (estos últimos países de América se abstuvieron al momento de la adopción de la resolución 26/9). Asimismo, estas delegaciones (al igual que México) consideraron que el alcance del tratado debe ampliarse a todas las empresas, nacionales o multinacionales. Perú señaló que esa ampliación puede introducirse, ya sea mediante una nueva resolución del CDH o a través del proceso negociador.

B) La Quinta sesión: aspectos generales previos a la discusión del Borrador Revisado

El quinto periodo de sesiones del grupo de trabajo se realizó del 14 al 18 de octubre de 2019. En esta ocasión se eligió como Presidente-Relator al representante de Ecuador Emilio Rafael Izquierdo Miño. Previo al inicio de esta sesión, el 16 de julio de 2019, se publicó el Borrador Revisado (“*Revised Draft*”), el cual es una versión revisada del anterior Borrador Cero.

Esta quinta sesión contó con la asistencia de 89 delegaciones de Estados miembros de las NU, 2 Estados no miembros en condición de observadores (Palestina y Santa Sede) y también asistió la representación de la UE. Incluso, de los países opositores a la resolución 26/9, concurrieron Austria, Alemania, Francia, Irlanda, Italia, Montenegro, República Checa y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte³³. Igualmente, participaron numerosas ONGs con estatus consultivo del ECOSOC, delegaciones empresariales,

³³ Para conocer la lista de delegaciones participantes se recomienda consultar el informe de esta sesión: CDH. *Informe del quinto período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*. N.U. Doc. A/HRC/43/55 (9 de enero de 2020).

organizaciones intergubernamentales, órganos de las NU, instituciones nacionales de derechos humanos y otras partes interesadas³⁴.

No obstante, de los Estados asistentes, quedaron compiladas las declaraciones orales transcritas únicamente de las delegaciones del Grupo de Estados de África -con la participación activa de Sudáfrica, Angola, Argelia, Namibia-, India, Arabia Saudí, Irán, Azerbaiyán, China, Federación de Rusia, Argentina, Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador, Honduras, México, Perú y Venezuela. Asimismo, quedó plasmada la participación de la UE y algunos países que forman parte de esta organización, a saber: España, Francia, y Suiza. Finalmente, la participación de Palestina como Estado observador³⁵.

Dado que esta V sesión estuvo dedicada a la negociación del Borrador Revisado, se reservan los comentarios sobre dicho instrumento para el Capítulo III.

2) Las posiciones generales de las delegaciones

Antes de ahondar sobre el contenido del Borrador Revisado y las propuestas concretas sobre sus disposiciones, cabe exponer las posiciones generales de las delegaciones participantes en la V sesión, respecto al proceso de consecución de consensos en la elaboración del futuro tratado. A continuación se enuncian algunas de las impresiones de las delegaciones estatales, de la sociedad civil y empresarial.

Como se expuso anteriormente, durante la IV sesión se discutió respecto a la necesidad de que el CDH reafirmara y extendiera el mandato del grupo de trabajo otorgado en la resolución 26/9, pues en criterio de algunas delegaciones esto era requerido para poder ampliar el alcance del tratado más allá de la nota al pie establecida en dicha resolución. No obstante, en el Borrador Revisado el Presidente-Relator optó por efectuar el

³⁴ Las contribuciones escritas y transcripciones de las declaraciones orales del OEIGWG, utilizadas para este análisis de la quinta sesión, pueden ser consultadas en el siguiente link: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session5/Pages/Session5.aspx>

³⁵ CDH. *Annex to the report in the fifth sesión of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (A/HRC/43/55)*. {En línea, 20 de abril de 2020}. disponible en: (https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session5/Annex_CompilationStatements_5th_session.pdf)

cambio -sugerido por la mayoría de las delegaciones estatales- y que sea mediante consenso que se legitime esta disposición.

Así, el proyecto de tratado amplió el alcance a todas las actividades comerciales, incluidas, en particular, pero no limitadas a las de carácter transnacional. Asimismo, otro cambio que se denota a lo largo del documento es que se incluyeron aspectos de los PRNU para hacer más evidente su complementariedad. Estas modificaciones constituyen un mensaje a los países que han estado ausentes o han justificado su reserva a este grupo de trabajo con base en la nota al pie de la resolución 26/9 y los PRNU, para que recapaciten sobre su posición y contribuyan al consenso necesario para construir un tratado vinculante sobre derechos humanos y empresas.

A) Las delegaciones de los Estados

La UE es la delegación que ha ejercido más insistencia en cuanto a la necesidad de ampliar el alcance del tratado tanto a empresas transnacionales como locales, así como su complementariedad con los PRNU. Pese a que en el Borrador Revisado esas modificaciones fueron incluidas, el representante de la UE manifestó que sigue considerando que el instrumento contiene varios aspectos que le preocupan, principalmente el tema de la coherencia de este futuro tratado con otros instrumentos internacionales.

También el representante de esta organización regional señaló que, aunque el Borrador Revisado parece abordar la preocupación clave de la UE, respecto a que el alcance ya no se limita a las empresas y actividades transnacionales, existe la necesidad de una mayor aclaración sobre la definición del alcance, pues el tratado no debe distinguir entre corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales. Además, pese a que el Borrador Revisado está más en línea con los PRNU, alegó que aún queda margen para que el texto se alinee más estrechamente con estos. Finalmente, la UE se excusó de su escasa participación en esta sesión, indicando que:

“For the EU to be in a position to engage in these negotiations a formal negotiation mandate is required by Union law. Given that the next European Commission takes office in November, and as we don’t have such mandate, the EU has to reserve its position on the draft legally binding instrument presented in this session and request that this reservation be

reflected on Friday when the report of the session will be adopted”³⁶. [Para que la UE pueda participar en estas negociaciones, un mandato formal de negociación es requerido por la ley de la Unión. Dado que la próxima Comisión Europea asume el cargo en noviembre, y como no tenemos ese mandato, la UE debe reservar su posición sobre el proyecto de instrumento legalmente vinculante presentado en esta sesión y solicitar que esta reserva se refleje el viernes cuando el informe de la sesión será adoptado].

Por el contrario, los miembros del Parlamento Europeo Clare Daly, Manon Aubry y Marie Arena; en sus intervenciones subrayaron el apoyo del Parlamento Europeo a la elaboración del instrumento jurídicamente vinculante. Asimismo, expresaron que el resto de la UE debe seguir este camino y atender a la demanda de la ciudadanía, dado que más de 650 000 ciudadanos europeos firmaron una petición para apoyar este proceso. A su vez, recordaron que el Parlamento Europeo ha seguido de cerca las negociaciones y ha expresado su apoyo al desarrollo de este tratado en no menos de nueve resoluciones diferentes. Por esto, solicitaron expresamente que el Consejo otorgue el mandato de negociación a la UE lo antes posible, para que participe plenamente en el grupo de trabajo.

En cuanto a los Estados de la UE participantes en la última sesión, cabe mencionar a Suiza, cuya representación manifestó ser escéptica respecto a la posibilidad de un tratado internacional sobre derechos humanos y empresas, por lo que dijo no participar directamente en la negociación. En cambio, sus esfuerzos actualmente se enfocarían en la implementación de su plan de acción nacional sobre los PRNU y las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Igualmente, pese a sus intervenciones y comentarios durante la sesión, la representación de Francia aclaró que se reserva su posición sobre el Borrador Revisado y se suscribió a la declaración de la UE. Asimismo, la delegación de España, que estuvo participando activamente durante los paneles, en sus intervenciones se limitó a hacer preguntas respecto a las disposiciones del proyecto.

De otra parte, el denominado Grupo de África reiteró su compromiso con la resolución 26/9 y contribuir constructivamente a este proceso. Hicieron énfasis en el deber de las empresas transnacionales de respetar los derechos humanos y la dignidad humana, así como ser responsables de cualquier violación o abuso de estos.

³⁶ CDH. *Annex to the report in the fifth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (A/HRC/43/55)*. {En línea, 20 de abril de 2020}. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session5/Annex_CompilationState_ments_5th_session.pdf, p. 21.

También, la representación de Azerbaiyán reiteró su apoyo al mandato del OEIGWG hasta su cumplimiento, indicó ser del criterio que este debe servir para llenar las lagunas existentes en la protección de los derechos humanos de violaciones y abusos cometidos por las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales en el curso de sus actividades alrededor del mundo, especialmente en el caso de territorios ocupados o en conflicto armado, así como en tiempos de desastres naturales o actos terroristas.

En este mismo sentido, la delegación de India recordó que siempre ha apoyado el proceso iniciado por el CDH en la resolución 26/9 y señaló que su delegación estudió el Borrador Revisado en detalle y opinó que es necesario deliberaciones exhaustivas y detalladas sobre varios elementos del proyecto para afinarlo y hacerlo más equilibrado y factible.

En el caso de la participación de Palestina, como Estado no miembro de las NU en su calidad de observador, su representación reiteró su total apoyo al mandato del grupo de trabajo y su compromiso con el proceso de elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante en línea con la resolución 26/9. Además, dio la bienvenida al Borrador Revisado y celebró que tuviera importantes mejoras, así como que integrara varias de sus propuestas durante la cuarta sesión -como incluir lenguaje sobre áreas afectadas por conflictos-, aunque señaló que aún tiene varias lagunas que deben abordarse para garantizar la plena protección de los derechos humanos.

Ahora bien, en cuanto a los países americanos, en el caso de Venezuela manifestó que su país respalda la resolución 26/9 y reiteró su convencimiento respecto a la necesidad de establecer mecanismos y normas internacionales jurídicamente vinculantes en esta materia. En el caso Ecuador se mostró satisfecho de que la versión revisada tomara en consideración varios de sus comentarios durante la cuarta sesión y que no hiciera diferenciación entre empresas, aunque consideró que se deben aclarar algunos temas, como lo son las definiciones y los derechos de las víctimas.

En el mismo sentido, la delegación de México señaló que ve con buenos ojos las discusiones sobre la elaboración de un tratado vinculante, aunque opinó que es indispensable que el propósito y contenido de este sean mucho más concretos. Seguidamente, la delegación de Cuba reiteró su apoyo a la negociación de un instrumento

jurídicamente vinculante, aunque en su criterio aún se está lejos de alcanzar un documento que cumpla con los objetivos para los cuales se creó el grupo de trabajo.

En el caso de Brasil, manifestó su apoyo a la ampliación del alcance del proyecto y opinó que se debe proceder con precaución en las deliberaciones, construyendo consensos y cerrando brechas para llegar a un entendimiento común. Igualmente, la delegación de Perú, notó que el texto del Borrador Revisado se aproxima a los contenidos y principios de los PRNU, reconoció los importantes ajustes hechos al proyecto, incluida la ampliación de su alcance.

En cambio, países como Argentina, Honduras y Colombia, aún parecen estimar que resulta prematuro elaborar un convenio en esta materia. La delegación de Honduras expresó que previamente desea continuar con la discusión y diálogo interno sobre los PRNU. En el caso de la delegación de Colombia, cuestionó si era necesario un tratado o si existen otras formas de alcanzar los mismos objetivos, asimismo, cuestionó la utilidad de un instrumento vinculante si lo ratifican solo algunos Estados, así como su relación con otros convenios de comercio e inversión.

La representación de Argentina alegó que varias de sus observaciones con respecto al Borrador Cero durante la cuarta sesión no fueron incorporadas al Borrador Revisado y consideró que es prematuro avanzar en un proyecto vinculante. También, hizo una sugerencia muy útil, sea que para un mejor seguimiento a las propuestas y opiniones de las delegaciones durante las sesiones, se cuente con una versión en control de cambios cada vez que se presenta una nueva versión del borrador, lo cual contribuiría a mejorar la transparencia del proceso.

Por su parte, la delegación de la Federación de Rusia reiteró que su participación en esta sesión y sus comentarios, no deben prejuzgar sobre su posición respecto a que la elaboración de un tratado vinculante es prematura. Alegó que muchas de las disposiciones del Borrador Revisado estaban algo divorciadas de la realidad y el contexto en que se propone cumplir con estas obligaciones, pues podrían funcionar como recomendaciones, pero no siempre son viables como compromisos.

Finalmente, la representación de China destacó que su participación en las sesiones del grupo de trabajo ha sido con actitud constructiva y su disposición para continuar manteniendo comunicación con todas las partes sobre este asunto. Manifestó que para que

los instrumentos legales sean universalmente aceptados por varios países, deben, primero, coordinar el desarrollo y los derechos humanos, pues estos dos aspectos están interconectados. En segundo lugar, indicó que los instrumentos legales deben respetar plenamente la soberanía y jurisdicción del país anfitrión sobre las violaciones de los derechos humanos y evitar transferir inapropiadamente asuntos dentro de la soberanía del país anfitrión al país de origen de la empresa multinacional. Tercero, señaló que las obligaciones del Estado contratante deben estar claramente definidas. Cuarto, adujo que el grupo de trabajo debe adherirse a un método de trabajo consensuado, paso a paso, con debates en profundidad, considerando plenamente las diferentes condiciones de los países, respetando sus opiniones y preocupaciones. Concluyó diciendo que una propuesta que refleje los intereses de todas las partes de manera equilibrada tendrá amplio respaldo como instrumento legal en el futuro.

B) Las delegaciones de la sociedad civil

Muchas delegaciones de la sociedad civil consideraron que este nuevo documento es un referente adecuado para las negociaciones durante la V sesión, aunque hicieron énfasis en la necesidad de aclarar varias de sus disposiciones. Como se verá más adelante, aunque las ONGs dieron la bienvenida a este Borrador Revisado, algunas reclamaron que muchas de sus propuestas no fueron consideradas y, en cambio, algunos aspectos bien logrados del Borrador Cero fueron eliminados.

En este sentido, cabe destacar la posición de la Campaña Global, que es una coalición de 200 movimientos sociales, redes y organizaciones. Dentro de los miembros de Campaña Global se encuentran muchas de las organizaciones de la sociedad civil que han hecho importantes contribuciones al proceso de elaboración del tratado que nos ocupa, a lo largo de las 5 sesiones hasta ahora realizadas (entre estos: Amigos de la Tierra Internacional, Corporate Accountability International, FIAN International, Institute for Policy Studies, Transnational Institute, Brazilian AIDS Interdisciplinary Association, CETIM, La Vía Campesina y otras).

En enero de 2020, Campaña Global publicó su posición sobre el borrador revisado de tratado vinculante. Pese a que esta organización ha manifestado reiteradamente su apoyo

al OEIGWG en la tarea de elaborar el tratado en cuestión, en este documento manifestó su disconformidad con el Borrador Revisado, pues en su criterio sus propuestas durante la IV sesión del grupo de trabajo no fueron atendidas y, por el contrario, muchos de los aspectos que apoyaron del Borrador Cero fueron eliminados:

“El borrador adolece de deficiencias que reflejan la no-inclusión de múltiples observaciones y propuestas que se destacaron ampliamente en el cuarto período de sesiones y en períodos de sesiones anteriores, y que habrían fortalecido el texto. Más importante aún, la mayoría de las propuestas formuladas durante el cuarto período de sesiones por la Campaña Global para Reinventar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder de las Transnacionales y poner Fin a la Impunidad (Campaña Global), y que provienen de los movimientos sociales y de las comunidades afectadas, no fueron tenidas en cuenta. La mayoría de los cambios son, de hecho, cambios en el orden de los artículos y párrafos, lo que a su vez elimina algunos de los elementos positivos que la Campaña Global había destacado en el borrador anterior. Cabe señalar que los movimientos sociales y las comunidades afectadas han desplegado esfuerzos y recursos considerable para participar en las negociaciones de durante los últimos cinco años”³⁷.

Así, de manera constructiva, Campaña Global en sus comentarios generales señaló varios aspectos a enmendar, entre estos se destacan los siguientes:

- El principio de primacía de las normas internacionales de derechos humanos sobre otros instrumentos jurídicos internacionales, en particular sobre los acuerdos de comercio e inversión, debe reafirmarse explícitamente en un artículo aparte y reforzarse en otras disposiciones del texto.
- Se debe respetar el alcance establecido en la resolución 26/9, el cual se enfoca en las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con actividad transnacional.
- Las disposiciones concretas del futuro tratado deben permitir levantar el velo corporativo.
- El instrumento debe incluir obligaciones en términos del respeto de los derechos humanos por parte de las empresas transnacionales, independientemente de las obligaciones de los Estados. Estas obligaciones deben aplicarse directamente. Se deben establecer claramente las responsabilidades administrativas, civiles y penales de las empresas transnacionales y sus dirigentes.

³⁷ CAMPAÑA GLOBAL. *Comentarios y Enmiendas sobre el borrador revisado del instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas respecto a los derechos humanos*. {En línea}. Enero 2020. {20 de abril de 2020}. Disponible en (<https://www.stopcorporateimpunity.org/posicionamiento-de-la-campana-global-sobre-el-borrador-revisado-del-tratado-vinculante-draft-1/?lang=es>), p. 1.

- Se debe eliminar la referencia sistemática a la legislación nacional, pues, salvo en contadas excepciones justificadas, podría diluir las obligaciones derivadas del tratado.
- Se debe eliminar el uso sistemático del término “abuso” y utilizar únicamente el término “violación”, dado que resulta confuso y establece una jerarquía entre los Estados que violan los derechos humanos y las empresas transnacionales que causan abusos de los derechos humanos.
- Se deben añadir otros instrumentos internacionales en el preámbulo, así como reconocer otros grupos vulnerables, como las personas campesinas, sin tierra y trabajadores informales.
- Propone utilizar el término “comunidades y personas afectadas” en lugar de “víctimas”.
- Propone utilizar la frase “relación de negocios” o “cadena de suministro” en lugar de “relación contractual”, pues esta última podría excluir otras formas de control extracontractual.
- Incluir la definición de “cadena de valor” y de “instituciones financieras internacionales”.
- Se debe mejorar la referencia al derecho a la información de las víctimas, pues en su criterio resulta vaga. Esto, incluyendo, por ejemplo, el acceso a la información sobre las empresas públicas y privadas (personas jurídicas) que forman un grupo económico y/o que están vinculadas en la cadena de valor.
- Se debe incluir una salvaguarda para asegurar que la utilización de los mecanismos no judiciales no menoscabe el acceso a los mecanismos judiciales.
- Se debe restablecer la posibilidad de presentar denuncias sin el consentimiento de la víctima o de un grupo de víctimas.
- Se deben especificar las garantías especiales que le conciernen a las personas defensoras de los derechos humanos y reconocer su condición de vulnerabilidad, recurriendo al lenguaje acordado en el Tratado de Escazú.
- Reclama que las medidas preventivas no contienen las normas de prevención que el Estado debe adoptar en el derecho administrativo, en particular en contratos públicos, asociaciones público-privadas, prestación de servicios o actividades. Acusa que tampoco se

hace referencia a las sanciones por incumplimiento. Por esa razón, sugiere incluir mecanismos de aplicación y sanción.

- Considera que los delitos previstos en el borrador revisado son muy restrictivos y que deberían incluir todos los derechos humanos.
- Sugiere que se incluya una disposición sobre la presunción del control de las empresas matrices y otra sobre la inversión de la carga de la prueba.
- Se debe incluir la prohibición del *forum non conveniens*.
- Se deben incluir disposiciones relativas al *forum necessitatis*.
- Se debe incluir una cláusula que establezca que las estructuras de arbitraje privadas no pueden ser competentes para tratar controversias comerciales que tengan implicaciones para los derechos humanos.
- Se propone incorporar la jurisdicción universal para los crímenes de lesa humanidad y las violaciones del *jus cogens*.
- Se propone la creación de una Corte Internacional que garantice el cumplimiento de las obligaciones del futuro tratado, en caso de que los recursos nacionales fallen.
- Se debe aclarar explícitamente que la elección de la ley aplicable es de las comunidades y personas afectadas y/o la ley que mejor proteja los derechos de las víctimas.
- Se debe incluir la posibilidad de presentar quejas contra las empresas transnacionales ante el Comité y hacer que las recomendaciones de este sean vinculantes.
- Se debe establecer un mecanismo internacional independiente de aplicación del futuro tratado, cuyas decisiones sean ejecutables.

Por otra parte, la Confederación Sindical Internacional elaboró una respuesta conjunta de la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte, UNI Global Union, la Unión Internacional de Asociaciones de Trabajadores de Alimentos, Agricultura, Hoteles, Restaurantes, Catering, Tabaco y Afines, la Federación Internacional de Servicios Públicos y la IndustriALL Global Union. La representación sindical dio la bienvenida a la publicación del Borrador Revisado, pues en su criterio este documento tiene mayor claridad conceptual y resulta más coherente con los PRNU. Asimismo, recordó cuáles son sus prioridades claves en este proceso, a saber: un amplio alcance sustantivo que incluya todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, entre estos los derechos fundamentales de los trabajadores y los sindicatos; la cobertura de todas las empresas

comerciales, independientemente de su tamaño, sector, contexto operativo, propiedad y estructura; la regulación extraterritorial basada en la empresa matriz y acceso a la justicia para las víctimas de violaciones de los derechos humanos de las empresas transnacionales en el Estado de origen de dichas entidades; medidas reglamentarias que requieran a las empresas adoptar e implementar políticas y procedimientos de debida diligencia en derechos humanos; reafirmación de la aplicabilidad de las obligaciones de derechos humanos a las operaciones de las empresas y su obligación de respetar los derechos humanos; y, finalmente, un fuerte mecanismo internacional de supervisión y aplicación³⁸.

En este sentido, la representación sindical hizo recomendaciones para mejorar todos los artículos del tratado, destacando la necesidad de crear un mecanismo adicional al Comité que sirva de control a la aplicación del tratado. También indicó dentro de sus expectativas la creación de un tribunal internacional.

En el mismo sentido, el CALS, miembro de la ACCA, reafirmó que es necesario introducir al borrador de tratado obligaciones internacionales de derechos humanos directas sobre las corporaciones y medios para responsabilizar directamente a las instituciones financieras internacionales por abusos cometidos contra los derechos humanos. Además, manifestó su preocupación por la incapacidad del futuro tratado de prever un mecanismo judicial global³⁹.

Finalmente, cabe destacar que varias organizaciones a favor de los derechos de las mujeres conformaron la coalición “Feminists for Binding Treaty” [Feministas por un tratado vinculante] desde el 2016, entre estas WomanKind Worldwide y WILPF, con la finalidad de trabajar juntas para integrar la perspectiva de género en el instrumento jurídicamente vinculante que nos ocupa, de este modo hicieron varias recomendaciones constructivas al Borrador Revisado.

Procede reconocer que son muchas las ONGs y coaliciones de organizaciones de la sociedad civil que han contribuido al proceso de elaboración del futuro tratado, por lo que supera el alcance de esta investigación y resultan estas páginas insuficientes para

³⁸ CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL, ET AL. *Joint trade union UN treaty statement*. {En línea}. Octubre de 2019. {20 de abril de 2020}. Disponible en (https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/joint_trade_union_un_treaty_statement.pdf).

³⁹ CALS. *Statement by the Centre for Applied Legal Studies, School of Law, University of the Witwatersrand to the 5th session of OEIGWG* {En línea}. 14 de octubre de 2019. {20 de abril de 2019} Disponible en (<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session5/NGOs/CentreforHumanRights-art3-4.pdf>).

mencionarlas a todas y destacar sus importantes contribuciones en favor de distintos sectores vulnerables de la sociedad.

C) Las delegaciones empresariales

Así como lo hicieron durante las sesiones anteriores, la comunidad corporativa aportó una respuesta conjunta⁴⁰ respecto al Borrador Revisado. La IOE, Business at OECD y Business Europe, en este documento dejaron claro que la comunidad empresarial no está de acuerdo con el último proyecto. Señalaron que, en su criterio, las principales barreras para realizar plenamente los PRNU son la ingobernabilidad, poderes judiciales débiles, el conflicto, la pobreza y la corrupción.

Las delegaciones empresariales manifestaron que el Borrador Revisado no es compatible con los PRNU y otros estándares globales autorizados. Reclamaron que el borrador de tratado carece de claridad en cuanto a su alcance, sus disposiciones son confusas y tiene un enfoque coercitivo y punitivo. Alegaron que este texto no mejoró el Borrador Cero, pues conserva muchos de los artículos problemáticos, aunque ordenados y redactados de manera diferente. Opinaron que se desdibujan los límites entre el deber del Estado de proteger y la responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos, así como los límites de la responsabilidad legal y la personalidad jurídica.

En cuanto al tema del acceso a la justicia, las delegaciones empresariales sostuvieron que la solución debe ser fortalecer las jurisdicciones nacionales, por lo que se oponen a la jurisdicción extraterritorial. Al respecto, señalaron como su principal preocupación la jurisdicción con base en el domicilio de la persona física o jurídica que presuntamente cometieron las acciones u omisiones que violan los derechos humanos, así como la frase “interés empresarial sustancial”, por carecer de definición legal.

⁴⁰ BUSINESS AT OECD, IOE, & BUSINESS EUROPE. *Joint business response to the Revised Draft Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises (“Revised Draft Treaty”)*. {En línea}. Octubre 2019. {21 de abril de 2020}. Disponible en (<https://www.ioe-emp.org/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=145680&token=9dbcc1f8414128d575cd6bef9f36b84ec106a386>).

CAPÍTULO III. EL PROYECTO DE INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE

Este tercer capítulo se dedica al examen del Borrador Revisado (*Revised Draft 16.7.2019*), el cual constituye el último proyecto de tratado negociado por el OEIGWG. Lo anterior, nos permitirá conocer el estado actual de la cuestión y, a su vez, establecer cuáles son los aspectos que ocasionan mayor divergencia y cuáles los puntos en que existe posible consenso, con vista en las futuras negociaciones.

Seguidamente, sin afán de ser exhaustiva, se procede a describir el contenido del Borrador Revisado, con énfasis en las modificaciones realizadas a su antecesor, el Borrador Cero⁴¹. Asimismo, se hace una breve referencia a las principales observaciones y comentarios de las delegaciones sobre sus disposiciones.

1. Marco general del futuro tratado

• **Preámbulo.** A diferencia del Borrador Cero, en el Borrador Revisado el preámbulo fue extraído de la numeración del articulado y ampliado. Además de hacer referencia a varios principios del Derecho Internacional y de los Derechos Humanos y a la Carta de las NU, también menciona instrumentos internacionales, tales como los nueve Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos adoptados por las NU, los ocho Convenios Fundamentales adoptados por la OIT, la DUDH, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, la Declaración y Programa de Acción de Viena, la Declaración y Programa de Acción de Durban, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Igualmente, se hace referencia a la resolución 26/9.

También, se hace énfasis en el importante rol de los actores de la sociedad civil, incluyendo los defensores de derechos humanos. Asimismo, en el preámbulo se reconoce el impacto desproporcionado que los abusos de derechos humanos por parte de empresas tienen sobre las mujeres, niñas y niños, pueblos indígenas, personas con discapacidad, migrantes y refugiados.

⁴¹ Cabe mencionar que estos dos proyectos únicamente se encuentran publicados en idioma inglés, de modo que no existe una traducción oficial al español.

A su vez, tal y como fue sugerido por muchas delegaciones durante la cuarta sesión, se hace referencia a los PRNU y al marco de las NU de “Proteger, Respetar y Remediar”. Igualmente, se menciona el Convenio 190 de la OIT sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Y culmina con la frase “*Desiring to contribute to the development of international law, international humanitarian law and international human rights law in this field*” [Deseando contribuir al desarrollo del derecho internacional, el derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos en este campo].

Muchas delegaciones de la sociedad civil agradecieron que en el preámbulo se mencionara a las personas defensoras de derechos humanos. FIAN Internacional, miembro de Campaña Global, sugirió reafirmar en esta disposición la primacía de los derechos humanos sobre cualquier otra obligación conflictiva en virtud de cualquier otro acuerdo internacional, incluidos los convenios de comercio e inversión. Además, sugirió que se incluya a las personas campesinas y otras personas que trabajan en las zonas rurales, entre los grupos que requieren una perspectiva distintiva.

Asimismo, algunas delegaciones sugirieron la inclusión de referencias a otros instrumentos internacionales. La delegación sindical propuso incluir más normas internacionales del trabajo en el preámbulo y señaló que la inclusión de un conjunto más amplio de normas en este no obliga a los Estados ratificantes a ser parte de dichos instrumentos y por lo tanto no constituiría una barrera para la ratificación del instrumento. En el mismo sentido, varias delegaciones sugirieron añadir otros grupos vulnerables a la lista de personas afectadas por los abusos a los derechos humanos por parte de las empresas, así como agregar una expresión inclusiva al final, como “y otros grupos vulnerables”.

Algunas delegaciones estatales, como en el caso de México y China, se opusieron a la inclusión del derecho internacional humanitario dentro del futuro tratado, en el caso de China porque considera que este no aplica a las empresas. Por el contrario, Palestina agradeció que se incluyera en este proyecto lenguaje sobre áreas afectadas por conflictos. Además, se hicieron por parte de las delegaciones estatales varias sugerencias de redacción, a fin de dar más claridad y precisión al preámbulo.

De otra parte, las delegaciones empresariales señalaron que si bien el preámbulo reconoce explícitamente los PRNU y señala el papel positivo que pueden desempeñar las empresas, consideran que la redacción de la “responsabilidad de respetar todos los derechos humanos” no está en línea con los PRNU, pues en estos se hace referencia a la responsabilidad de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

• **Artículo 1. Definiciones.** Este artículo incluye cinco definiciones (tres más que el anterior artículo 4 del Borrador Cero, donde solo se definía víctimas y actividades comerciales de carácter transnacional –esta última fue eliminada debido a la ampliación del alcance del proyecto-). Así, en el actual artículo 1 se definen los siguientes términos: víctimas, violación o abuso de los derechos humanos, actividades comerciales, relación contractual y organización de integración regional.

Varias delegaciones consideraron que la definición de víctimas no es clara; por ejemplo, la representación de Argentina adujo que la definición incluye a la familia inmediata o dependientes de la víctima directa, definición bajo la cual podrían considerarse víctimas un conjunto indefinido de personas, expandiendo la legitimación activa más allá de los objetivos del sistema. No obstante, el término se restringió al dejar por fuera aquellas personas que sufrieron daños interviniendo para asistir a las víctimas o para prevenir la victimización. La representación de Brasil señaló que la definición no permite diferenciar entre víctimas y presuntas víctimas. Igualmente, las delegaciones empresariales consideraron que se trata de una definición muy amplia.

De otra parte, las organizaciones de la sociedad civil señalaron que ese término no incluyó aquellas personas que enfrentan posibles violaciones o abusos de sus derechos humanos, lo cual es necesario para garantizar medidas preventivas. Asimismo, otras delegaciones sugirieron eliminar este concepto, por considerar innecesario su definición.

Existió consenso entre la mayoría de las delegaciones en cuanto a que el término “relación contractual” debe ser eliminado y sustituido por “relación comercial”. Esto, porque el primer término podría socavar el propósito del tratado, al restringir o limitar su aplicación sujeta a la existencia de un contrato. Incluso la delegación empresarial se opuso al término “relación contractual”, pero por razones distintas, pues en su criterio es un término extremadamente amplio, dado que su definición no sugiere una relación contractual directa limitada, además, adujo que ese término podría suponer la intención de poner un

enfoque más preciso en las empresas transnacionales, que a menudo se describen como un paquete de contratos.

El término de “violación o abuso de los derechos humanos” también fue criticado por varias delegaciones, que estimaron que es impreciso, algunas consideran que el término violación de los derechos humanos se refiere a los Estados, mientras que cuando son las empresas las que afectan estos derechos se habla de abuso, por lo que recomendaron que se debían diferenciar.

• **Artículo 2. Declaración de propósito.** En esencia este artículo es similar al anterior artículo 2 del Borrador Cero. Establece 3 propósitos: a. fortalecer el respeto, la promoción, la protección y el cumplimiento de los derechos humanos; b. prevenir la ocurrencia de tales violaciones y abusos, y garantizar el acceso efectivo a la justicia y reparación para las víctimas; c. promover y fortalecer la cooperación internacional para prevenir violaciones y abusos de los derechos humanos. Todo lo anterior, en el contexto de actividades comerciales.

Este artículo no fue controversial, aunque sí se hicieron algunas sugerencias de redacción, incluso algunas delegaciones señalaron que esta disposición debería formar parte del preámbulo.

2. Elementos subjetivo y objetivo

• **Artículo 3. Alcance.** Este artículo introdujo un cambio fundamental sustancial en el proyecto de tratado, sea respecto a los sujetos que se dirige, toda vez que en el artículo 3 del anterior Borrador Cero se indicaba que “[t]his Convention shall apply to human rights violations in the context of any business activities of a transnational carácter” [esta Convención aplicará a las violaciones de derechos humanos en el contexto de cualquier actividad empresarial de carácter transnacional].

En cambio, el artículo 3 del Borrador Revisado amplió ese alcance, al disponer que “[t]his (Legally Binding Instrument) shall apply, except as stated otherwise, to all business activities including particularly but not limited to those of a transnational carácter” [este (instrumento jurídicamente vinculante) aplicará, salvo que se indique lo contrario, a todas

las actividades comerciales, incluyendo particularmente pero no limitado a aquellas de carácter transnacional].

En el punto 2 de este artículo se pretende aclarar cuando una actividad comercial es de carácter transnacional, a saber: a. si se lleva a cabo en más de una jurisdicción nacional o Estado; b. si se lleva a cabo en un Estado a través de cualquier relación contractual, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección, control, diseño, procesamiento o fabricación se lleva a cabo en otro Estado; o c. si se lleva a cabo en un Estado pero tiene un efecto sustancial en otro Estado. Finalmente, el punto 3 de este artículo indica que el instrumento cubrirá todos los derechos humanos (esto de una forma más concisa que el Borrador Cero, donde se decía que cubriría todos los derechos humanos internacionales y aquellos derechos reconocidos en el derecho nacional).

Respecto a la modificación en cuanto al alcance del tratado, la representación de Argentina señaló que esta eleva aún más los estándares de protección de los derechos humanos, pues protege a las víctimas de empresas que realizan actividades comerciales en el ámbito nacional. No obstante, manifestó que le preocupa el intento de regular en este instrumento el accionar de empresas nacionales. Por su parte, la representación de Brasil señaló que el actual lenguaje sobre el alcance es más acorde con el lenguaje de los PRNU y sirve mejor al objetivo de mejorar las perspectivas de las víctimas. Igualmente, Ecuador dijo ver con buenos ojos que el texto no haga distinción entre empresas transnacionales y nacionales. También, México y Perú dieron la bienvenida a la ampliación del alcance del tratado (cabe señalar que durante la IV sesión del OEIGWG, las delegaciones de Brasil, Chile, Honduras, México y Perú; hicieron una declaración conjunta donde coincidían en que el futuro tratado debía ampliar su ámbito de aplicabilidad para abarcar todo tipo de actividad empresarial).

La representación de la UE, pese a que agradeció que en el Borrador Revisado se abordaran algunas de sus preocupaciones, consideró que el documento plantea varias preguntas; por ejemplo, en cuanto al alcance, no existe una definición clara de “todos los derechos humanos” a los que se aplicaría el proyecto de tratado. Además, la UE observó que no está claro si el instrumento sería aplicable a las empresas públicas o empresas propiedad del Estado, pues estas no se incluyen expresamente, pero tampoco se excluyen.

La representación de España manifestó que su valoración sobre la ampliación del ámbito de aplicación es positiva, pero planteó la duda respecto a la función del segundo apartado del artículo 3, donde se define el carácter transnacional de una actividad empresarial, dado que ya no interesa esa diferenciación. Además, consultó a qué se refiere la letra c de ese segundo apartado con que la actividad tenga “efecto sustancial”. Finalmente, también cuestionó la mención genérica a todos los derechos humanos sin aludir a un listado de referencia.

A diferencia de las delegaciones estatales mencionadas, la representación de la Federación de Rusia dijo no estar de acuerdo con la ampliación del alcance del tratado, pues en su criterio debería reducirse a la protección de los derechos humanos ante las empresas transnacionales. De otra parte, la representación de Palestina señaló que el tratado debe mantener su enfoque en la responsabilidad de las empresas transnacionales como principal objetivo.

Por otra parte, la delegación empresarial alegó que el artículo 3, cuando dice que cubre a todos los derechos humanos, replica el mismo error que el Borrador Cero, no tiene base legal y no es claro cuáles cubriría o cuáles estándares aplicaría. Además, consideró que es todavía cuestionable si el tratado aplicaría solo a las corporaciones transnacionales o a todas las empresas comerciales, dado que, en su criterio, los artículos 3.1, 1.3 y el 5.3.d; son incoherentes, y no está claro si la nota al pie de la resolución 26/9 aún aplica o no. A su vez, adujo que no queda claro si el actual borrador aplica a las empresas propiedad del Estado. Alegó que continuar aplicando el tratado a todas las actividades comerciales, incluidas las de carácter transnacional, en lugar de aplicarlo a todas las entidades comerciales sobre la base de su participación en el daño –como lo hacen los PRNU-, plantea preocupaciones sobre la definición legal y aplicabilidad.

Ahora bien, en cuanto a las delegaciones de la sociedad civil, cabe destacar lo manifestado por CETIM, miembro de Campaña Global, que hizo expreso su desacuerdo con la ampliación del alcance del tratado, pues en su criterio debe ser coherente con la resolución 26/9. Alegó que la ampliación del alcance es una “señal política” a la UE y a otros países y también responde a “un deseo de los grupos de lobby del sector privado que han reclamado la ampliación del alcance con el objetivo de mantener el statu quo”. En su

criterio, este cambio debilita el foco sobre las empresas transnacionales, quienes podrían transferir la responsabilidad a los eslabones de las cadenas de suministro que controlan.

En cambio, Franciscans International, miembro de Alianza por el Tratado, dijo acoger con satisfacción el lenguaje utilizado en el alcance del proyecto, toda vez que ha sido su preocupación fundamental abordar los desafíos específicos planteados por las actividades de grupos económicos y corporaciones que actúan a través de las fronteras, sin crear asimetrías o lagunas en la protección de las víctimas de abusos contra los derechos humanos.

En el mismo sentido, FIDH dijo acoger con satisfacción las enmiendas para ampliar el alcance del futuro tratado, pero señaló que también es primordial que el texto mantenga un enfoque particular en establecer estándares y procesos que eviten específicamente que las empresas transnacionales escapen de la responsabilidad por sus impactos a los derechos humanos. Por esto, recomendó incluir una “*presumption of effective control by the parent Company*” [presunción refutable de control efectivo por parte de la empresa matriz], cuando tiene una propiedad directa o indirecta o una participación de control sobre las entidades que forman parte del grupo.

Finalmente, la representación sindical dijo que le complacía que el artículo 3 brinde equilibrio de enfoque en las actividades transfronterizas de las empresas comerciales, al tiempo que aplica sus disposiciones principales a otras empresas comerciales.

• **Artículo 4. Derechos de las Víctimas.** Este artículo es una modificación del anterior artículo 8 del Borrador Cero. Consta de 16 puntos o párrafos, la mayoría coincidentes con los del proyecto anterior, pero su numeración se varió y se efectuaron algunos cambios de consideración. Por ejemplo, el tema del Fondo Internacional para las Víctimas, antes ubicado en el 8.7, ahora se ubica en el artículo 13. Asimismo, se trasladó el tema de la reversión de la carga de la prueba del que fue el artículo 10.4 del Borrador Cero, al punto 4.16 del actual Borrador Revisado.

En síntesis y por su orden, el contenido de esta norma es el siguiente: 1. El deber de tratar a las víctimas con humanidad y respeto por su dignidad. 2. El deber de garantizar a las víctimas el derecho a la vida, la integridad personal, la libertad de opinión y expresión, reunión y asociación pacífica, y libre circulación. 3. El deber del Estado de proteger a las víctimas, sus representantes, familiares y testigos, de cualquier interferencia ilegal contra su

privacidad y de intimidación y represalias. 4. El derecho de las víctimas de beneficiarse de una consideración y cuidados especiales para evitar la revictimización. A este cuarto punto se adicionó *“including through appropriate protective and support services that ensures substantive gender equality and equal and fair access to justice”* [incluso a través de servicios de protección y apoyo que garanticen la igualdad de género sustantiva y el acceso igualitario y justo a la justicia] (este punto anteriormente era el 8.13 del Borrador Cero).

5. El derecho de las víctimas a un acceso justo, efectivo, rápido y no discriminatorio a la justicia y remedios adecuados, efectivos y rápidos. Entre estos remedios se incluyen – aunque no se limitan-: a. restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición; b. remediación ambiental y restauración ecológica, cobertura de gastos por reubicación de víctimas y reemplazo de instalaciones comunitarias.

6. Se garantiza a las víctimas el acceso a la información relevante. 7. El acceso a los medios diplomáticos y consulares apropiados. 8. El derecho de las víctimas a presentar demandas ante los tribunales y los mecanismos de reclamación no judiciales de los Estados parte. Este punto resultó ser conflictivo, toda vez que en el Borrador Cero (artículo 8.2), se indicaba expresamente que se garantizaría el derecho de las víctimas *“individually or as agroup”* [individualmente o en grupo] a presentar demandas ante los tribunales. Esto fue eliminado y el actual artículo 4 agregó que cuando una persona presenta un reclamo en nombre de víctimas, esto será con su consentimiento, a menos que esa persona pueda justificar actuar en su nombre.

9. Esta es una nueva disposición que refiere a que los Estados partes garantizarán un entorno seguro, libre de amenazas, restricciones e inseguridades para las personas, grupos y organizaciones que defienden los derechos humanos y el ambiente. 10. Dispone el deber de los Estados de investigar todas las violaciones y abusos de los derechos humanos de manera efectiva, inmediata, completa e imparcial, y cuando sea apropiado, tomar medidas contra las personas físicas o jurídicas responsables. 11. Indica que los Estados partes garantizarán que sus leyes y tribunales nacionales faciliten el acceso a la información, siendo una nueva versión del anterior artículo 8.4.

12. Este doceavo punto es una nueva versión del anterior 8.5 del Borrador Cero. Actualmente refiere a que los Estados partes prestarán asistencia jurídica adecuada y efectiva a las víctimas durante el proceso legal, lo que incluye: a. poner la información a su

disposición; b. garantizar su derecho a ser escuchadas; c. evitar costos y demoras innecesarias; d. brindar asistencia con todos los requisitos de procedimiento para la presentación de un reclamo, así como el inicio y continuación de los procedimientos en los tribunales nacionales. e. el artículo 4.12.e. parece corresponder con el anterior artículo 8.5.d; no obstante, en esta ocasión se dispone que en ningún caso las víctimas *“that have been granted the appropriate remedy to redress the violation”* [que se les haya otorgado el remedio apropiado para reparar la violación], se les exigirá que reembolsen los gastos legales de la otra parte del reclamo; mientras que antes se indicaba que en ningún caso procedía el reembolso por parte de las víctimas -sin condicionarlas-. Además, se agregó en este mismo párrafo que en el caso de que el reclamo no haya obtenido la reparación adecuada o alivio como remedio, la presunta víctima no será responsable de dicho reembolso si demuestra que este no puede hacerse debido a la falta o insuficiencia de recursos económicos.

13. Dispone que la incapacidad para cubrir los costos administrativos y de otro tipo no será un obstáculo para iniciar los procedimientos. Así, menciona la exención de costos y prohibición de exigir garantía a las víctimas como condición para iniciar los procedimientos. 14. Este punto se refiere a la pronta ejecución de sentencias o laudos nacionales o extranjeros. 15. Este quinceavo punto es nuevo e indica que los Estados partes tomarán medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos reconocidos en este instrumento a personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos y el ambiente.

16. Este último punto del artículo 4 ha resultado ser uno de los más conflictivos, sobre todo por la oposición de las delegaciones empresariales a la reversión de la carga de la prueba, así como por la oposición de las delegaciones de la sociedad civil a que esté sujeto a la legislación interna de los Estados. Así, este punto dispone que *“Subject to domestic law, courts asserting jurisdiction under this (Legally Binding Instrument) may require, where needed, reversal of the burden of proof, for the purpose of fulfilling the victim’s Access to justice and remedies”* [Sujeto a la ley nacional, los tribunales que afirman jurisdicción bajo este (instrumento legalmente vinculante) pueden requerir, cuando sea necesario, la reversión de la carga de la prueba, con el fin de cumplir con el acceso a la justicia y remedios de la víctima].

Ahora bien, respecto al descrito artículo 4, la representación de México señaló que la asistencia consular ya se encuentra contemplada en otros instrumentos internacionales. Y solicitó que se elimine la frase final del 4.12.e. Igualmente, sobre el 4.15 alegó que se debe eliminar la referencia al medio ambiente, porque este forma parte del conjunto de derechos humanos reconocidos internacionalmente y no hace falta replicarlo. Finalmente, opinó que el instrumento jurídicamente vinculante debería establecer que será una obligación de los Estados parte regular de manera efectiva lo concerniente a la reversión de la carga de la prueba.

La delegación de la Federación de Rusia dijo estar en desacuerdo con el enfoque de este artículo, pues señaló que establece un modo de protección privilegiado de las víctimas de violaciones de los derechos humanos por parte de corporaciones, respecto a las víctimas por violaciones cometidas por el Estado. Además, alegó que muchos de los derechos consagrados en este instrumento ya están reconocidos en el derecho internacional. Consideró que hay disposiciones que son contrarias al principio de igualdad de armas y que no se justifican en la legislación internacional existente, como en su criterio es el caso de los puntos 4.9 y 4.12.e. Además, argumentó que la reversión de la carga de la prueba del punto 4.16 en su criterio es contrario al principio de inocencia y al aforismo según el cual la parte que alega un hecho debe demostrarlo. Finalmente, adujo que no puede admitir justificaciones para la consolidación de una obligación incondicional de los Estados de proporcionar un mecanismo eficaz para la aplicación de decisiones sobre reparación por violaciones de derechos humanos, a través de la pronta ejecución de sentencias nacionales y extranjeras, según el 4.14.

Las delegaciones empresariales hicieron varias críticas a este artículo, siendo las principales las siguientes: el desequilibrio entre las muchas disposiciones referentes a los derechos de la víctima y la falta de consideración por los derechos de los acusados. Incertidumbre legal porque no se hace distinción entre víctimas y presuntas víctimas. Además, en su criterio, no está claro cómo las diversas formas de reparación enumeradas se aplicarían a empresas y/o Estados, ni cómo se relacionarían con los diferentes tipos de mecanismos de reparación y regímenes legales. Manifestaron su desacuerdo con la inclusión de la remediación ambiental y restauración ecológica. La disposición sobre acceso a la información de las víctimas es muy amplia y no queda claro cómo se aplicaría,

además de que podría contradecir otras leyes y principios que rigen la conducta corporativa que justifican mantener cierta información comercial confidencial. Luego, alegaron que la disposición que dice que el Estado debe investigar y tomar acción contra las personas responsables, no aclara que tipo de acciones, lo que conllevaría riesgos como enjuiciamientos por motivos políticos y otras medidas contrarias al debido proceso. La disposición sobre que no se exigirá a las víctimas que reembolsen los gastos legales de la contraparte podría fomentar acciones de mala fe. Finalmente, consideraron inaceptable la reversión de la carga de la prueba, pues contraviene el principio de inocencia y la regla según la cual quien afirma un hecho debe probarlo.

Ahora bien, para otras delegaciones estatales y ONGs este artículo es uno de los más importantes del futuro tratado y es fundamental para garantizar a las víctimas el acceso a la justicia, aunque sugirieron mejoras en la redacción o que se añadieran ciertos elementos. En cuanto a las delegaciones de la sociedad civil, cabe destacar la participación de la representación de Amnistía Internacional, que señaló que el borrador revisado tiene pocas disposiciones sobre acceso a la información, las cuales están dispersas y son poco claras o muy débiles, por lo que sugirió que se deben introducir disposiciones más fuertes o mejorar las existentes. La importancia de garantizar el acceso a la información también fue destacada por CELS, Red-DESC, Franciscans International, Al Haq y FIDH en una declaración conjunta.

Por su parte, CETIM, miembro de Campaña Global, respecto al artículo 4 señaló que tiene importantes elementos para garantizar la justicia para las comunidades e individuos afectados, pero también tiene lagunas, por lo que propuso los siguientes cambios: especificar garantías especiales para los defensores de los derechos humanos y reconocer su condición de personas vulnerables, utilizando el lenguaje del Acuerdo de Escazú; incluir el acceso a la información sobre empresas públicas y privadas que forman un grupo económico y/o están vinculadas en la cadena de valor; con respecto a los mecanismos no judiciales, incluir una cláusula de salvaguardia para garantizar que no comprometan el acceso de las víctimas a mecanismos judiciales; finalmente, eliminar las referencias a la legislación nacional en los párrafos 11, 12.b, 14 y 16, porque limitan el alcance del artículo 4.

La representación sindical indicó que el artículo 4.5 proporciona una lista no exhaustiva de reparaciones, pero creen importante agregar las disculpas privadas y públicas y la reincorporación al empleo. Además, consideraron que en el 4.9, debe referirse expresamente a los sindicalistas. Finalmente, en cuanto al 4.16, sugirieron que la reversión de la carga de la prueba debe regularse en la legislación nacional y no dejarse a la discreción de las personas juzgadoras.

3. Las obligaciones estatales y empresariales

• **Artículo 5. Prevención.** El principal cambio introducido a este artículo, respecto al anterior artículo 9 del Borrador Cero, es que las disposiciones sobre diligencia debida pasaron a centrarse en la conducta y no en los resultados, de conformidad con los PRNU y las recomendaciones de varias delegaciones durante la cuarta sesión. Se eliminó lo indicado en el anterior artículo 9.4 que decía que el incumplimiento de las obligaciones de debida diligencia daría lugar a una responsabilidad proporcional e indemnización.

El actual artículo 5 sobre prevención consta de 6 puntos o párrafos, referidos en síntesis al siguiente contenido: 1. indica que los Estados se asegurarán de que su legislación nacional exija a las personas que realizan actividades comerciales, incluidas las de carácter transnacional, en su territorio o jurisdicción, respetar los derechos humanos y prevenir violaciones o abusos de estos. 2. Indica que los Estados adoptarán las medidas necesarias para garantizar que todas las personas que realizan actividades comerciales, incluidas las de carácter transnacional, lleven a cabo la debida diligencia de derechos humanos de la siguiente forma: a. identificar y evaluar cualquier actual o potencial violación o abusos de los derechos humanos; b. tomar las medidas apropiadas para prevenir; c. monitorear el impacto; d. comunicarse con las partes interesadas y rendir cuentas. Esto según indica “... *in the context of its business activities, including those under their contractual relationships*” [en el contexto de sus actividades comerciales, incluyendo aquellas bajo sus relaciones contractuales]. Esta última frase fue uno de los cambios introducidos, pues anteriormente estas medidas de debida diligencia finalizaban con la frase “... *within the context of its business activities, including the activities of its subsidiaries and that of entities under its direct or indirect control or directly linked to its operations, products or*

services, including through financial contribution where needed” [en el contexto de sus actividades comerciales, incluyendo las actividades de sus subsidiarias y de entidades bajo su directo o indirecto control o directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios, incluso a través de contribuciones financieras donde sea necesario], lo cual algunas delegaciones durante la cuarta sesión adujeron que era muy amplio (9.2.c del Borrador Cero).

El 5.3 refiere a que las medidas del párrafo anterior incluyen, pero no se limitan a lo siguiente: a. realización de evaluaciones de impacto ambiental y de derechos humanos, integrando los resultados a los procesos internos; b. realizar consultas significativas con grupos cuyos derechos humanos pueden ser potencialmente afectados por las actividades comerciales y con otras partes interesadas relevantes. Agrega que las consultas con los pueblos indígenas se harán de acuerdo con los estándares internacionales de consulta libre, previa e informada. c. Informar pública y periódicamente sobre los asuntos financieros y no financieros. d. Integrar los requisitos de debida diligencia de derechos humanos en las relaciones contractuales que involucran actividades comerciales de carácter transnacional, incluso a través de contribuciones financieras donde sea necesario. e. Adoptar e implementar medidas mejoradas de debida diligencia en derechos humanos para prevenir violaciones o abusos de estos en zonas ocupadas o afectadas por conflictos, derivadas de actividades comerciales, o de relaciones contractuales, incluso con respecto a sus productos y servicios.

El 5.4 señala que los Estados partes se asegurarán de que existan procedimientos nacionales efectivos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo. El 5.5 dispone que los Estados partes actuarán para proteger estas políticas de intereses comerciales. El 5.6 es el último párrafo de este artículo y dispone que los Estados partes pueden proporcionar “*incentives and other measures*” [incentivos y otras medidas] para facilitar el cumplimiento de requisitos establecidos en este artículo por parte de las pequeñas y medianas empresas que realizan actividades comerciales, para evitar causarles cargas adicionales indebidas (cabe destacar que en el Borrador Cero, artículo 9.5, se disponía que los Estados partes podían optar por “*to except*” [eximir] a ciertas pequeñas y medianas empresas de las obligaciones de este artículo).

Respecto a este quinto artículo, la representación de Francia adujo que era muy amplio en cuanto al alcance de las empresas que menciona, pues omite la posibilidad de eximir a las pequeñas y medianas empresas de ciertas obligaciones. Además, señaló que el contenido de la obligación de vigilancia es muy extenso e impone restricciones y costos desproporcionados a las empresas. También indicó que es esencial que el texto defina con claridad cuáles derechos humanos caben dentro de su alcance si se pretende extenderlo a asuntos penales.

Las representaciones de España y Suiza consultaron a qué se refiere la expresión “relaciones contractuales” en este artículo y su diferencia con el término “relaciones comerciales” utilizado en los PRNU. Término que a lo largo de toda la sesión es cuestionado por todas las delegaciones, tanto estatales, empresariales y de la sociedad civil. En este mismo sentido, la delegación de México sugirió que se sustituya la utilización del término “relaciones contractuales” por “relaciones comerciales”, así como que se cambie el término “violaciones” por “abusos” de los derechos humanos, por tratarse de conductas atribuibles a las empresas.

Por su parte el representante de la Federación de Rusia consideró que estas medidas de prevención no deberían estar incluidas dentro del instrumento, pues en su criterio corresponde a cada Estado de manera independiente garantizar el cumplimiento de sus obligaciones y la prevención de violaciones a nivel nacional, por lo que sugirió que se tengan como recomendaciones.

En similar criterio, la delegación de China señaló que el propósito central de este instrumento debería ser proporcionar a las víctimas mecanismos de ayuda efectivos, en lugar de imponer nuevas obligaciones de derechos humanos a los Estados. Estimó innecesario que se establezcan disposiciones demasiado específicas sobre debida diligencia, porque cada Estado debe ocuparse de la responsabilidad legal por violaciones a los derechos humanos por partes de empresas, conforme a su derecho interno. Además, expuso que las personas jurídicas solo pueden prever las posibles consecuencias de sus acciones y asumir la responsabilidad, dado que en la mayoría de los casos no tienen la obligación legal de supervisar a otra persona jurídica que tengan relación contractual con ellas. Agregó que no queda claro en el instrumento la relación entre las medidas preventivas del artículo 5 y la responsabilidad legal del artículo 6. Finalmente concluyó que respecto a las medidas de

prevención, el instrumento debería referir a los PRNU y formar una relación complementaria con estos, dejando a los países el establecimiento de políticas y leyes para evitar las violaciones a los derechos humanos.

Ahora bien, las delegaciones de la sociedad civil también reiteraron que limitar las medidas de prevención a “relaciones contractuales” es contraproducente, por lo que recomendaron usar el término “relaciones comerciales”. Además, alegaron que los derechos de los pueblos indígenas no estaban debidamente protegidos en este instrumento, toda vez que se hace referencia a bajos estándares de consulta libre, previa e informada, en lugar de consentimiento libre, previo e informado.

Por su parte, CETIM sugirió que se incluyan disposiciones de la ley francesa sobre deber de vigilancia, que va más allá de la debida diligencia. Señaló que es necesario prever una sanción por el incumplimiento de las medidas preventivas, por lo que sugirió restablecer la frase del artículo 9.4 del Borrador Cero. Muchas otras ONGs apoyaron que este artículo debe prever sanciones cuando se incumple con adoptar las obligaciones de debida diligencia; tales como FIDH, Amistía Internacional, OECD Watch, ICJ, SOMO y Amigos de la Tierra Internacional. Franciscans International además sugirió que se indique expresamente que el mero cumplimiento con la obligación de debida diligencia no protegerá automáticamente a las empresas de la responsabilidad por abusos contra los derechos humanos.

Finalmente, respecto a este artículo 5, las delegaciones empresariales manifestaron que no es cierto que la propuesta del tratado respecto a las medidas de debida diligencia pasó de un estándar de “resultado” a uno de “conducta”. Si bien, la disposición sobre prevención exige que todas las personas que realizan actividades comerciales “tomen las medidas apropiadas” para evitar violaciones o abusos de los derechos humanos, lo cierto es que el artículo 6 sobre responsabilidad legal habla de “un incumplimiento en la prevención”, lo que en su criterio sugiere que el estándar de resultado todavía aplica.

• **Artículo 6. Responsabilidad legal.** Este artículo cambió sustancialmente respecto al artículo 10 del Borrador Cero. Se eliminaron tres puntos conflictivos del anterior proyecto, a saber el 10.6, el 10.11 y el 10.12. El 10.6 se refería directamente a las empresas, pues establecía que todas las personas con actividades comerciales de carácter transnacional serían responsables de los daños causados por violaciones de los derechos

humanos que surgieran en el contexto de sus actividades comerciales, incluso a lo largo de sus operaciones. El extinto 10.11 establecía que donde fuera aplicable según el derecho internacional, los Estados deberían incorporar o implementar dentro de su legislación nacional disposiciones apropiadas para la jurisdicción universal sobre las violaciones de derechos humanos equivalentes a crímenes. Luego, el extinto 10.12 disponía que en el caso que, bajo el sistema legal de una parte, la responsabilidad penal no fuera aplicable a las personas jurídicas, esa parte se aseguraría de que las personas jurídicas estuvieran sujetas a medidas efectivas, proporcionadas y sanciones disuasorias no penales.

Ahora bien, el actual artículo 5 del Borrador Revisado está conformado por 9 puntos, en los cuales se dispone, en síntesis lo siguiente: 1. indica que los Estados partes se asegurarán que su legislación nacional provea un sistema de responsabilidad legal integral y adecuado, por violaciones o abusos de los derechos humanos en el contexto de actividades comerciales. 2. La responsabilidad de las personas jurídicas se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad de las personas físicas. 3. La responsabilidad civil no estará supeditada a la determinación de responsabilidad penal o su equivalente por los mismos actos. 4. Los Estados partes adoptarán las medidas legales y de otro tipo necesarias para garantizar que su jurisdicción interna provea de efectiva, proporcionadas y disuasorias sanciones y reparaciones.

5. Este quinto punto del artículo es innovador –no estaba incluido en el Borrador Cero–, pues establece que los Estados partes “*may require*” [pueden exigir] a las empresas seguridad financiera, como bonos de seguro u otras garantías financieras, para cubrir posibles reclamaciones de indemnización. 6. El sexto punto establece que los Estados partes asegurarán que su legislación nacional provea la responsabilidad de personas físicas o jurídicas que realizan actividades comerciales, incluidas las de carácter transnacional, por su incumplimiento en prevenir que otra persona física o jurídica con la que tiene relación contractual, cause daño a terceros, cuando la primera controla o supervisa la actividad relevante que causó el daño, o debería prever o debería haber previsto riesgos de violaciones o abusos de los derechos humanos en la conducción de actividades comerciales, incluyendo aquellas de carácter transnacional, independientemente del lugar donde tenga lugar la actividad (parece ser una versión mejorada del 10.6 del Borrador Cero).

7. El punto séptimo fue uno de los que más llamó la atención de las delegaciones, pues es otra novedad del Borrador Revisado, donde se enuncian algunos de los delitos por los cuales los Estados deben prever responsabilidad legal de las empresas. Así dispone que sujeto a su legislación nacional, los Estados partes se asegurarán de que su legislación interna establezca responsabilidad penal, civil o administrativa de personas jurídicas por los siguientes delitos: a. crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio; b. tortura, tratos inhumanos, crueles y degradantes; c. desaparición forzada; d. ejecución extrajudicial; e. trabajos forzados; f. el uso de niños soldados; g. desalojo forzoso; h. esclavitud y delitos similares a la esclavitud; i. desplazamiento forzado de personas; j. trata de personas, incluida la explotación sexual; k. violencia sexual y de género.

8. el octavo punto de este artículo dispone que dicha responsabilidad se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad penal prevista en la legislación nacional aplicable a personas físicas que han cometido esas ofensas. 9. El noveno punto es otra innovación del Borrador Revisado, que refiere a que los Estados partes proveerán medidas en su legislación nacional para establecer la responsabilidad legal para personas físicas o jurídicas que realizan actividades comerciales, incluyendo aquellas de carácter transnacional, por actos que constituyan tentativa, participación o complicidad en uno de los delitos penales de acuerdo con el artículo 6.7 y delitos penales definidos en su legislación nacional.

Ahora bien, respecto a este artículo 6, la representación de China dijo estar de acuerdo con el espíritu del punto 1, pero consideró que este implica que los países deben promulgar una serie de leyes especiales, lo que cree innecesario, pues los países deberían poder establecer responsabilidad dentro del marco legal existente. Los párrafos 2 y 3 adujo que deben permitir flexibilidad, respetar los principios legales existentes en cada país; por ejemplo, con el tema de la responsabilidad de personas jurídicas, pues muchos países no tienen disposiciones para la responsabilidad penal de estas. También, señaló que la garantía financiera establecida en el párrafo 5 aumentará significativamente la carga sobre las empresas, lo que es más difícil para pequeñas y medianas empresas, por lo que opinó que debe ser eliminado.

Sobre el 6.6 la delegación de China alegó que impone una misión imposible a las empresas, pues de acuerdo con los principios de personalidad jurídica y responsabilidad

independiente, las compañías solo pueden asumir responsabilidad por sus propias acciones. Con respecto al 6.7, sugirió que el instrumento legal debe centrarse en el manejo de las violaciones de derechos humanos más comunes y graves cometidas por las empresas multinacionales. La enumeración de delitos relacionados con otros convenios específicos en su criterio desvía a otra dirección.

En el mismo sentido, la representación de Rusia se opuso, aduciendo que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se utiliza en su legislación interna y la existencia de tal obligación sería un obstáculo para unirse al futuro tratado. Además, consideró que la frase “responsabilidad penal o su equivalente” es ambigua. Respecto a los delitos del 6.7, Rusia recordó que retiró su firma del Estatuto de Roma. Agregó que no en todos los casos está claro qué se entiende por el delito enunciado; por ejemplo, los incisos h) y k), mientras que muchos otros de esos crímenes están ausentes en la legislación rusa, como la ejecución extrajudicial, desalojo forzoso y la violencia de género.

Al respecto, la representación de Ecuador señaló que si el artículo 6.7 es taxativo podrían estarse excluyendo algunas infracciones penales importantes. Además, también manifestó preocupación porque los delitos previstos en los incisos h) y k) carezcan de definición.

La representación de Namibia apoyó la propuesta de que se impongan sanciones administrativas cuando las empresas no cumplan con los requisitos de debida diligencia en derechos humanos. Además, solicitó que se aclare el 6.2 para especificar en cuáles circunstancias la persona jurídica y la persona física serán responsables de violaciones y abusos. Además, dio la bienvenida a la garantía financiera prevista en el 6.5. Finalmente, solicitó que se aclare si el 6.7 se trata de una lista de delitos cerrada, y manifestó que le gustaría ver la adición de delitos ambientales.

Por su parte, varias organizaciones de la sociedad civil alegaron que el artículo 6.7 es muy restrictivo, pues consideran que debe comprender todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como el derecho al desarrollo, el derecho a la libre determinación, normas de la OIT, normas ambientales y del derecho internacional humanitario). Además, consideraron que la referencia a la legislación nacional en este artículo reduce su alcance. Por esa razón sugirieron que se indique que la lista de delitos no es exhaustiva. Igualmente, varias delegaciones coincidieron que la

relación entre los artículos 5 y 6 debe ser aclarada. Además, varias ONGs señalaron la necesidad de indicar explícitamente la obligación de imponer responsabilidad administrativa. Finalmente, varias hicieron referencia a la necesidad de incluir la posibilidad de levantar el velo corporativo.

Finalmente, las delegaciones empresariales, plantearon la cuestión de quién debe ser considerado legalmente responsable exactamente y cómo se determina esto, pues en su criterio no está claro. Adujeron que en el proyecto la responsabilidad civil es muy amplia, especialmente en cuanto a la disposición sobre la previsibilidad del daño. También les generó inquietud la asignación de responsabilidad a personas físicas y jurídicas por actos que constituyen complicidad en un delito, pues no queda claro qué modos de complicidad serían aplicables, si los de la ley internacional o la nacional. Finalmente, alegaron que el tema de la garantía financiera podría crear situaciones en que los individuos y las empresas son extorsionados.

4. Sobre el acceso a la justicia

• **Artículo 7. Competencia jurisdiccional.** Este artículo corresponde al numeral 5 del Borrador Cero, que anteriormente solo se titulaba “Jurisdicción”. Ahora bien, en cuanto a la competencia jurisdiccional el artículo sufrió varios cambios sustanciales, actualmente está constituido por 2 puntos o párrafos.

El párrafo primero establece el tribunal nacional competente para conocer de la demanda, con base en tres criterios: a. el lugar donde ocurrieron los actos u omisiones (es decir, las violaciones a los derechos humanos); b. el domicilio de las víctimas; o c. el tribunal del Estado donde la persona física o jurídica acusada está domiciliada. Cabe mencionar que anterior Borrador Cero solo establecía dos posibilidades, sea el lugar de los hechos u omisiones y el domicilio de la empresa, de modo que el domicilio de la víctima es un cambio introducido por el proyecto revisado.

Luego, actualmente el párrafo segundo dispone qué se debe entender por el lugar donde la persona física o jurídica está domiciliada, a saber, el lugar donde tiene: a. su incorporación; o b. asiento estatutario; o c. administración central; o d. intereses comerciales sustanciales. El anterior Borrador Cero, en el artículo 5.2.d., indicaba como

otra opción para determinar el domicilio de la empresa, el lugar donde tenga su “*subsidiary, agency, instrumentality, branch, representative office or the like*” [filial, agencia, instrumentalidad, sucursal, oficina de representación o similar], lo cual fue eliminado en el proyecto revisado, pero se agregó el 7.2.a “*place of incorporation*” [el lugar de incorporación] como otro criterio para determinar que la empresa tiene domicilio en ese sitio.

Finalmente, cabe destacar que fue eliminado el anterior punto 5.3 del Borrador Cero, que establecía que cuando se presentara un reclamo en nombre de un individuo o grupo de individuos, esto sería con su consentimiento a menos que el reclamante pudiera justificar actuar en su nombre sin consentimiento.

Respecto al artículo 7, la representación de China consideró que establece una competencia jurisdiccional demasiado amplia, lo que provoca obligaciones irracionales para el país de origen de la empresa multinacional. En su parecer, el ejercicio de la jurisdicción en el lugar de residencia es extremadamente raro en la práctica internacional y no es razonable. Además, opinó que la interpretación que se da al 7.2 en cada país puede generar inconsistencias.

La delegación de la Federación de Rusia también consideró que el concepto de jurisdicción es demasiado amplio. Indicó que hay elementos de la jurisdicción tradicionales, como el del lugar de incorporación de la empresa y el lugar donde ocurrió la violación, pero otros supuestos podrían erosionar estos criterios tradicionales. Además, alegó que no se comprende el término “interés comercial sustancial” utilizado en el 7.2.d. Manifestó que cuando se trata de grandes corporaciones, una definición tan amplia de su lugar de domicilio, podría permitir reclamaciones arbitrarias e irrazonables en las cadenas de producción y suministro. Finalmente, alegó que este artículo padece de una omisión grave, debido a la falta de una disposición sobre cómo debe resolverse la cuestión de conflictos de jurisdicciones nacionales. Con base en lo anterior, la representación de la Federación de Rusia sugirió cambiar la lógica del artículo 7, de modo que en vez de tratar de maximizar las posibilidades de jurisdicción en muchos Estados, en cambio, se prevea con claridad un mecanismo efectivo para establecer la jurisdicción apropiada.

Por el contrario, la representación de Ecuador consideró que sería altamente beneficioso para las víctimas que, además de las tres posibilidades de jurisdicción que

menciona la norma (el lugar de la violación, el domicilio de la víctima o el domicilio de la empresa), se recoja además un foro adicional referido a la “residencia habitual” de la víctima, pues podrían ocurrir que por la falta de formalización administrativa del domicilio se le impida aplicar el futuro tratado. Además, alegó que se deberían incluir disposiciones referentes a la “litispendencia internacional” y a la “cosa juzgada internacional”.

La representación de México compartió el criterio de que es necesario aclarar en el texto cómo resolver un conflicto de concurrencia de jurisdicciones competentes, pero aclaró que esto debería resolverse conforme al derecho interno de cada Estado, a fin de no crear incompatibilidades. Además, sugirió agregar una competencia bajo la figura del *forum necessitatis*. Finalmente, solicitó aclarar el concepto de “interés comercial sustancial”. En el mismo sentido, Namibia apoyó la amplitud de este artículo y sugirió que se considere modificar la regla del *forum non conveniens* para crear la presunción a favor del foro elegido. También dijo apoyar la inclusión de la doctrina del *forum necessitatis*.

La representación de Suiza dijo que resulta problemático que, además de los criterios válidos y reconocidos, como la constitución y domicilio de una empresa, se agreguen además intereses comerciales sustanciales inusuales, pues ocasionaría problemas de interpretación. Alegó que se debe tomar en cuenta que la jurisdicción en el derecho penal y en el derecho civil se basa en diferentes conceptos, pero esa distinción no se hace en el artículo 7.

La representación de Palestina señaló que es importante agregar que, en casos de crímenes internacionales, los Estados partes tendrán competencia jurisdiccional basada en la jurisdicción universal. Además, apoyó que se incluyan disposiciones para fomentar el *forum necessitatis*, particularmente en situaciones de conflicto y ocupación.

Por su parte, las delegaciones de la sociedad civil sugirieron que el instrumento indique explícitamente si recomienda la jurisdicción universal para la materia penal. Asimismo, recomendaron que el artículo 7.1 contenga una referencia explícita a las cadenas de valor de las empresas transnacionales, para poder vincular la responsabilidad de las actividades realizadas por diferentes entidades. En este sentido, reiteraron la necesidad de abordar el tema de la doctrina del velo corporativo. También, coincidieron en que se debe incluir la prohibición del *forum non conveniens* y disposiciones del *forum necessitatis*.

Otras ONGs sostuvieron que es necesario incluir una cláusula que establezca que los únicos tribunales competentes para tratar disputas comerciales que afectan los derechos humanos serán los tribunales nacionales y no los tribunales de arbitraje. Además, Campaña Global sugirió que se incluya una cláusula donde se indique que cuando los reclamos no sean resueltos a nivel nacional, las víctimas tienen derecho a presentar su reclamo ante un tribunal internacional, el cual debe ser claramente establecido en este instrumento.

Finalmente, las delegaciones empresariales manifestaron que el artículo 7, tomado en conjunto con el 9, crea un alcance jurisdiccional tan vasto que las empresas se enfrentan a graves incertidumbres en cuanto a dónde pueden ser llevados a tribunales o a qué conjunto de leyes estarán sujetos. Adujeron que la frase “intereses comerciales sustanciales” no está definida y puede interpretarse fácilmente de una manera demasiado amplia.

• **Artículo 8. Prescripción.** Este artículo corresponde con el artículo 6 del Borrador Cero, pero su redacción actual resulta ser más clara, sin cambiar sustancialmente. Consta de 2 puntos, el primero referido a la imprescriptibilidad de las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que constituyen “*the most serious crimes of concern to the international community as a whole*” [los delitos más graves de preocupación para la comunidad internacional en su conjunto]. Luego, el punto 2 dispone que para todos los demás casos, incluidos los civiles y otros procedimientos, deberán tener “*a reasonable period of time for the investigation and prosecution of the violation*” [un período de tiempo razonable para la investigación y el enjuiciamiento de la violación], particularmente cuando los hechos ocurrieron en otro país.

En cuanto al artículo 8, la delegación de China consideró que la introducción de la frase “delito más grave de preocupación para la comunidad internacional en su conjunto” causará controversias. Además señaló que las disposiciones pertinentes sobre la prescripción de la acción no tienen fundamento en el derecho internacional.

En similar sentido, la delegación de la Federación de Rusia adujo que no está claro qué se debe entender por “crímenes más graves” y por “violaciones del derecho internacional de los derechos humanos”. Manifestó su categórica oposición a la idea de abolir la prescripción en un amplio rango de actos, la gran mayoría de los cuales no son graves crímenes internacionales. Manifestó que este tipo de “elaboración progresiva de

normas” sería un grave perjuicio a los principios fundamentales de la justicia penal y las políticas públicas de los Estados.

De otra parte, en criterio de la representación de México, hacer referencia a “*prosecution and punishment*” [“enjuiciamiento y castigo”], podría implicar que se circunscriba la prescripción a los procedimientos en materia penal y no abarcaría las materias civil y administrativa, planteadas en el artículo 6. Respecto al párrafo 8.2, México solicitó que se prevea la posibilidad de que ciertas conductas que no constituyen crímenes internacionales, pero que implican afectaciones a los derechos humanos como resultado de las actividades empresariales, puedan gozar de un plazo de prescripción más amplio.

La representación de Namibia manifestó su preocupación sobre qué debe entenderse por “un periodo razonable” y sugirió que el tiempo no debe correr en contra de las personas menores de edad y las personas con discapacidad.

En el mismo sentido que muchos Estados, varias delegaciones de la sociedad civil manifestaron su preocupación por la vaguedad del concepto de “periodo de tiempo razonable”.

Por otra parte, las delegaciones empresariales consideraron que este artículo adolece de un lenguaje poco claro, en el sentido de que exige la suspensión de cualquier plazo de prescripción sobre “los delitos más graves de preocupación para la comunidad internacional en su conjunto”, frase que no está definida y queda sujeta a interpretaciones excesivas. En cuanto al plazo de prescripción que aplicaría a las demandas civiles, alegaron que tampoco está claro qué significa un período razonable, lo cual igualmente puede conducir a interpretaciones abusivas.

• **Artículo 9. Ley aplicable.** Este artículo en particular sufrió un cambio sustancial respecto al artículo 7.2 del Borrador Cero, dado que se eliminó la frase que anteriormente disponía que “[a]t the request of victims” [a petición de las víctimas] todos los asuntos de fondo relacionados con el derecho de los derechos humanos relevantes para las reclamaciones ante el tribunal competente, podían regirse por la ley de otro Estado parte donde la persona involucrada con actividades comerciales de carácter transnacional estuviera domiciliada. Actualmente, de la redacción del artículo 9.2 parece que esa decisión sobre la ley a aplicar quedó en manos de quien establezca la legislación interna del Estado o del tribunal o persona juzgadora competente, pues se incluyó la frase “in accordance with

domestic law” [de acuerdo con la ley nacional], pero a su vez se amplió la posibilidad de aplicar legislación sobre derecho humanos no solo del Estado donde está el domicilio de la empresa, sino también el domicilio de la víctima o el lugar donde ocurrieron los hechos.

De ese modo actualmente el artículo 9 dispone, en el punto 1, que todos los asuntos de fondo o procedimiento con respecto a reclamos ante los tribunales competentes que no estén específicamente regulados en este instrumento, se regirán por la ley de ese tribunal, incluidas las normas de dicha legislación relacionadas con conflictos de leyes. Luego, el párrafo 2 dispone que todos los asuntos de fondo relacionados con el derecho de los derechos humanos relevantes a las demandas ante el tribunal competente pueden, de conformidad con la legislación nacional, regirse por la ley de otro Estado donde: a. los actos u omisiones ocurrieron; b. la víctima está domiciliada o c. la persona física o jurídica que presuntamente ha cometido los actos u omisiones está domiciliada. Finalmente el punto 3 dispone que este instrumento no prejuzga el reconocimiento y la protección de ningún derecho de las víctimas que pueda ser provisto bajo la ley doméstica aplicable.

Sobre el artículo descrito, en criterio de la delegación de China, esta disposición podría ser contraria al principio de tipicidad en materia penal (*nullum crimen sine lege*) y el principio del debido proceso en derecho civil, así como conducir a la violación de las garantías procesales del demandado. Alegó que esta norma podría conducir a la aplicación arbitraria de leyes globales a las empresas, lo que traería grandes costos e incertidumbre a las corporaciones, pues se caería en un grave estado de inseguridad jurídica.

En similar sentido, la delegación de la Federación de Rusia expuso que es difícil imaginar, por ejemplo, un juez en Ecuador pronunciando una sentencia sobre la base del Código Penal de la Federación de Rusia. Esta posibilidad se menciona en el 9.2, no limitado a demandas civiles. Pero incluso, si es así, en su criterio, no está claro cómo tal lógica se correlaciona con el principio de igualdad de armas.

Por su parte, la delegación de Ecuador señaló que el 9.2 podría generar confusión en cuanto a la ley aplicable, pues se estaría permitiendo plantear soluciones diferentes para los mismos casos. Es decir, en criterio de Ecuador en el caso de los foros judiciales (artículo 7) se deben mantener varias opciones, pero, en cuanto al derecho aplicable (artículo 9), la persona juzgadora o el tribunal deben sujetarse a normas imperativas con relación a la aplicación de la ley del país que mejor permita juzgar los hechos correspondientes.

Recomendó, por tanto, que esta disposición enumere las diferentes situaciones internacionales –civiles, penales y administrativas- que pueden llegar a darse, para garantizar la seguridad jurídica, pues de ese modo no queda a discreción de la persona juzgadora el derecho a aplicar.

Al respecto, la representación de México señaló que, en su criterio, los tres supuestos planteados en el 9.2 son adecuados y pertinentes (lugar donde ocurrió la violación, domicilio de la víctima y domicilio de la empresa); sin embargo, sugirió que el texto debe identificar quién elegirá el derecho aplicable. Además, recomendó que esta decisión sea de las víctimas, de conformidad con el principio pro persona. Finalmente, adujo que el 9.3 debe eliminarse por reiterativo.

La delegación de Palestina señaló que en el artículo 9 debe enfatizarse la primacía de los derechos humanos sobre todos los acuerdos internacionales.

De otra parte, la mayoría de las delegaciones de la sociedad civil manifestaron su preocupación por que este artículo no aborda el tema del conflicto entre diferentes leyes. Además, sugirieron que se incluya el principio según el cual se aplica la ley más favorable para las víctimas y que corresponda a las víctimas elegir la ley aplicable.

Finalmente, las delegaciones empresariales manifestaron que los tribunales de un Estado apliquen leyes de otro Estado no es una práctica generalmente aceptada según el derecho internacional. En su criterio, esto crea incertidumbre sobre las leyes que se aplicarán y también crea problemas de competencia. Además, señalaron que los juristas de un país podrían no estar preparados para interpretar leyes de otro. En consecuencia, manifestaron que si bien el Borrador Revisado eliminó la mención explícita de la jurisdicción universal, en conjunto los artículos 7 y 9, provocan que no haya una mejora significativa en el alcance jurisdiccional del tratado, pues incluso podrían permitir a los reclamantes participar en la compra de foros y de la ley aplicable.

5. La cooperación interestatal para su implementación

• **Artículo 10. Asistencia Legal Mutua.** Este artículo no tuvo variaciones sustanciales respecto al anterior artículo 11 del Borrador Cero, pues se siguen manteniendo los procedimientos y requisitos de fondo para la prestación de asistencia legal recíproca.

Una de las modificaciones fue que el párrafo 11.1 del Borrador Cero se trasladó al actual artículo 11.1 del Borrador Revisado sobre “Cooperación Internacional”.

Así, el actual artículo 10 está conformado por 12 párrafos o puntos, referidos en síntesis a lo siguiente: 1. establece que los Estados partes se prestarán recíprocamente la mayor asistencia legal mutua para iniciar y llevar a cabo investigaciones, enjuiciamientos y procedimientos judiciales y de otro tipo. 2. Dispone que el Estado requerido informará al Estado requirente, lo antes posible, de cualquier información adicional o documento necesarios para respaldar la solicitud de asistencia. Además, refiere que el Estado parte solicitante puede exigir al Estado requerido mantener confidencial la solicitud. 3. Incluye una lista no exhaustiva de lo que se entiende por asistencia legal mutua; por ejemplo, incluye tomar evidencias o declaraciones de personas, ejecutar búsquedas e incautaciones, suministrar elementos probatorios y otras. 4. Refiere a la posibilidad de intercambiar información entre autoridades competentes de Estados partes, relacionada con delitos penales cubiertos por este instrumento. 5. Refiere a la posibilidad de los Estados partes de celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales de asistencia legal mutua. 6. Dispone que los Estados partes cumplirán sus obligaciones en virtud del párrafo anterior, de conformidad con cualquier tratado y otros arreglos sobre asistencia legal mutua que puedan existir entre estos. 7. Sobre la designación de una autoridad central nacional que tendrá la responsabilidad y potestad de recibir y ejecutar solicitudes de asistencia legal mutua. 8. Indica que los Estados partes prestarán asistencia legal y otras formas de cooperación en la búsqueda de acceso a la reparación de las víctimas. 9. Se refiere a la ejecución de sentencias judiciales de un Estado parte en otro.

10. Esta disposición se refiere a aquellos casos en que el reconocimiento y la ejecución del fallo puede denegarse a solicitud del acusado. Indica que esto puede darse solo si la parte proporciona a la autoridad competente prueba de que: a. el acusado no recibió un aviso razonable y una oportunidad justa para presentar su caso; b. el juicio es irreconciliable con un juicio anterior válidamente pronunciado en otro Estado parte con respecto a la misma causa de acción y las mismas partes o c. donde la sentencia pueda perjudicar la soberanía, seguridad, orden público u otros intereses esenciales de la parte en la cual se busca su reconocimiento. Cabe destacar que este punto c cambió respecto al Borrador Cero, pues antes el artículo 11.10 establecía como última causal para denegar el

reconocimiento de la resolución cuando la sentencia es contraria a la “*public policy*” [política pública] de la parte en donde se solicita su reconocimiento.

11. Indicia que la asistencia legal mutua puede ser rechazada por un Estado parte si la violación a la cual está relacionada la solicitud no está cubierta por este instrumento o sería contrario al sistema legal del Estado parte. 12. El último párrafo del artículo dispone que un Estado parte no se negará a prestar asistencia en reclamaciones que impliquen responsabilidad por daños o delitos penales, dentro del alcance de este instrumento, por el hecho de que se considere que la solicitud involucra asuntos fiscales o secreto bancario (anteriormente el artículo 11.12 solo hacía referencia a secreto bancario, de modo que asuntos fiscales fue agregado al actual proyecto).

Ahora bien, respecto a la norma aquí descrita, las representaciones de México e Irán hicieron algunas sugerencias de cambios en la redacción. La representación de Namibia planteó la duda sobre el caso en que fuera necesario extraditar a una persona que es perseguida por un delito penal, pues no queda claro si esto está cubierto dentro del artículo 10. Además, señaló que los artículos 10 y 11 deberían ser aplicables a todos los casos y no solo a la materia penal.

Por su parte, la delegación de la Federación de Rusia señaló que propone la supresión del párrafo 10.10, sobre la base de que el reconocimiento y la aplicación de una sentencia extranjera deben estar regulados internacionalmente en el marco de un documento único. Alegó que la inclusión de este párrafo en el futuro tratado podría complicar significativamente el proceso de negociación. Además, consideró que la lista de motivos para denegar la cooperación en este caso es irracionalmente corta.

De otra parte, Campaña Global sugirió que en este artículo se debe suprimir la referencia al derecho interno, pues podría limitar su alcance; por ejemplo, en los puntos 10.3.1 y 10.4. Además, respecto al artículo 10.10.c, alegó que no se debe condicionar el reconocimiento de una sentencia extranjera en favor de las víctimas al respeto de la soberanía, seguridad y el orden público u otros intereses esenciales del Estado parte. Consideró que esto iría en contra de la supremacía de los derechos humanos y de la lucha contra la impunidad de las empresas transnacionales.

Por su parte, las delegaciones empresariales plantearon su preocupación respecto a la lista del artículo 10.3, pues la cooperación entre Estados en la ejecución de registros e

incautaciones, examinar objetos y sitios, identificar o rastrear el producto del delito, la propiedad, los instrumentos u otras cosas con fines probatorios; y facilitar la congelación y recuperación de activos; son ejemplos de situaciones que podrían permitir acciones y enjuiciamientos motivados políticamente contra las empresas.

• **Artículo 11. Cooperación internacional.** Este artículo tampoco sufrió cambios esenciales, aunque mejoró su redacción respecto al anterior artículo 12 del Borrador Cero. Actualmente, el artículo 11 del Borrador Revisado contiene dos párrafos, el primero que dispone la cooperación de buena fe entre los Estados, mientras que el párrafo segundo menciona de manera no taxativa medidas, tales como a. cooperación técnica; b. compartir experiencias, buenas prácticas, desafíos, información y programas de capacitación; y, c. cooperación en investigación y estudios.

Respecto a esta disposición, varias delegaciones de la sociedad civil señalaron que el artículo 11 tiene una construcción demasiado vaga y un tono de recomendación. Si bien las posibilidades de cooperación que menciona no deben ser exhaustivas, consideraron que los ejemplos listados no son suficientes para la efectividad del instrumento. Sugirieron que se incluya el compromiso de los Estados de cooperar para la ejecución de sentencias extranjeras y también para la extradición de condenados.

6. La interpretación sistemática de sus disposiciones

• **Artículo 12. Coherencia con el Derecho Internacional.** Este artículo incluye algunas mejoras respecto al anterior artículo 13 del Borrador Cero. Cabe destacar que los puntos 13.6 y 13.7 del Borrador Cero fueron eliminados, pues fueron muy controvertidos durante la sesión cuatro, dado que hacía referencia a la relación del futuro tratado con los acuerdos de comercio e inversión: el extinto 13.6 disponía que los Estados parte acordaban que cualquier arreglo comercial y de inversión futuro que negociaran, ya sea entre ellos o con terceros, no contendría ninguna disposición que entrara en conflicto con la implementación de este convenio y garantizaría la defensa de los derechos humanos. Luego, el extinto 13.7 disponía que los Estados partes acordaban que todos los acuerdos comerciales y de inversión existentes y futuros serían interpretados de una manera que

fuera menos restrictiva de su capacidad de respetar y garantizar sus obligaciones bajo esta convención.

Ahora bien, el nuevo artículo 12 consta de 6 párrafos que disponen en síntesis: 1. los Estados partes cumplirán sus obligaciones en virtud de este instrumento de manera coherente con los principios de igualdad, soberanía e integridad territorial de los Estados y el de no intervención en los asuntos internos de otros Estados. 2. No obstante lo dispuesto en el artículo 7.1, nada en este instrumento da derecho a un Estado parte a emprender en el territorio de otro Estado el ejercicio de la jurisdicción y el desempeño de funciones que están reservadas exclusivamente para las autoridades de ese otro Estado por su derecho interno.

3. El tercer punto de este artículo es una innovación respecto al proyecto anterior y establece que nada en este instrumento afectará ninguna disposición que sea más propicia al respeto, promoción, protección y cumplimiento de los derechos humanos en el contexto de actividades comerciales y para garantizar el acceso a la justicia y reparación a las víctimas de violaciones y abusos de los derechos humanos en el contexto de actividades comerciales que pueden estar contenidas: a. en la legislación interna de un Estado parte; b. en cualquier otro tratado o acuerdo regional o internacional vigente para ese Estado.

4. Establece que las disposiciones de este instrumento se aplicarán de conformidad con los acuerdos o arreglos sobre el reconocimiento mutuo y la ejecución de sentencias vigentes entre Estados parte. 5. El quinto párrafo dispone que este instrumento no afectará los derechos y obligaciones de los Estados partes bajo las normas del derecho internacional general con respecto a la responsabilidad internacional de los Estados. 6. Finalmente, el sexto punto del artículo 12 es también una innovación, pues como se mencionó, fueron eliminados los anteriores párrafos 13.6 y 13.7 del Borrador Cero, para disponer en el nuevo 12.6 del Borrador Revisado que los Estados partes acuerdan que cualquier convenio bilateral o multilateral, incluidos los regionales o subregionales, sobre cuestiones relevantes a este instrumento y sus protocolos, serán compatibles y se interpretarán de conformidad con sus obligaciones en virtud de este instrumento y sus protocolos.

Ahora bien, respecto a esta disposición, la delegación de la Federación de Rusia manifestó su preocupación por que el párrafo 12.1 no enumera todos los principios del

derecho internacional; por ejemplo, no se menciona el principio de resolución pacífica de disputas internacionales ni el principio de igualdad y autodeterminación de los pueblos.

La delegación de México, respecto al 12.6, señaló que podría plantear problemas para aquellos acuerdos bilaterales de inversión que ya estén en vigor para los Estados, por lo que sugirió volver a la formulación de los artículos 13.6 y 13.7 del Borrador Cero, pues en su criterio abordaba con más claridad este tema.

La representación de Namibia planteó la duda de cómo se asegurarán de que los acuerdos serán compatibles y se interpretarán de acuerdo con sus obligaciones bajo este instrumento y sus protocolos, si no todos los Estados involucrados serán parte de este futuro tratado.

Las delegaciones de la sociedad civil coincidieron en que el artículo 12 no establece claramente la primacía de los derechos humanos sobre los acuerdos de comercio e inversión, por lo que propusieron agregar una cláusula específica al respecto. Además, varias ONGs consideraron que el artículo debería, entre otras cosas, exigir evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos y la sostenibilidad, antes del comienzo de las negociaciones comerciales, una obligación clara de garantizar la primacía de las obligaciones de derechos humanos en cualquier mecanismo de solución de controversias.

Incluso CIDSE y Amigos de la Tierra Internacional se pronunciaron a favor de abolir los mecanismos de solución de controversias entre inversores y Estados. Manifestaron que el instrumento debe aclarar que mientras existan tribunales de arbitraje entre inversionistas y Estados y tribunales relacionados con el comercio, todos los casos relacionados con derechos humanos deberán ser llevados a tribunales con competencia en materia de derechos humanos, incluyendo en el derecho laboral, ambiental, constitucional y administrativo, sin perjuicio de otros procedimientos existentes de solución de controversias.

7. Constitución del órgano de control

• **Artículo 13. Arreglos institucionales.** Este artículo se refiere a la constitución del Comité, respecto del cual no se hizo ninguna modificación sustancial en comparación con el Borrador Cero. Luego, también se refiere a la Conferencia de Estados partes, sin ningún

cambio. Quizás el cambio más representativo de esta disposición fue que se incluyó el Fondo Internacional para las Víctimas, que en el Borrador Cero se ubicaba en el artículo 8.7 (sobre derechos de las víctimas).

Respecto a esta disposición, la delegación de Ecuador manifestó que apoya la creación de un Comité para recibir quejas individuales en materia de derechos humanos y actuaciones de las empresas. En cambio, la representación de la Federación de Rusia alegó que ya existen en el ámbito de los derechos humanos mecanismos cuyas actividades se superpondrán con las funciones del Comité que se pretende crear. Además, señaló la necesidad de evaluar los costos que representa para la ONU la creación y mantenimiento de este órgano. Igualmente planteó dudas respecto a la creación del fondo para víctimas.

Por su parte México señaló que en su criterio discutir sobre lo dispuesto en el artículo 13 es prematuro, pues en este momento lo relevante debe ser avanzar en las negociaciones sobre la parte sustantiva del futuro tratado, además, recomendó estar atentos a las discusiones sobre la reforma al sistema de órganos de tratados de derechos humanos y retomar este tema una vez que hayan concluido.

Por su parte, las delegaciones de la sociedad civil señalaron la necesidad de crear otros mecanismos en forma paralela y complementaria al Comité propuesto en el artículo 13. En este sentido, Campaña Global propuso dos tipos de mecanismos: 1. Crear un centro de monitoreo internacional para las empresas transnacionales, responsable de evaluar, investigar e inspeccionar las actividades y prácticas de las empresas transnacionales y; 2. la creación de un Tribunal Internacional con jurisdicción para recibir, investigar y juzgar quejas presentadas contra empresas transnacionales por violaciones a los derechos humanos. Además, sugirió que para financiar el trabajo de estos mecanismos se imponga un impuesto a las empresas transnacionales.

Asimismo, recomendaron fortalecer las prerrogativas del Comité, por ejemplo, que pueda recibir quejas contra las empresas transnacionales, investigar denuncias y que sus decisiones sean vinculantes. Asimismo, que el Comité pueda emitir comunicaciones urgentes y realizar visitas a los países. También, consideraron que el Comité debe servir de guía y brindar asistencia técnica a los Estados. De otra parte, las organizaciones de la sociedad civil en defensa de los derechos de los pueblos indígenas sugirieron que los pueblos indígenas estén representados en la integración del Comité.

8. Disposiciones generales para su adopción

Respecto a los demás artículos del Borrador Revisado, a saber: **Artículos 14** (implementación), **artículo 15** (esta es una disposición nueva relativa a la “relación con protocolos”), **artículo 16** (es también una disposición nueva, relativa a “solución de controversias”), **artículo 17** (firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión), **artículo 18** (entrada en vigor), **artículo 19** (enmiendas), **artículo 20** (reservas), **artículo 21** (denuncia) y **artículo 22** (depósito e idiomas). Estas normas no fueron discutidas durante la cuarta sesión, por lo que tampoco sufrieron modificaciones respecto al Borrador Cero, salvo por los nuevos artículos 15 y 16. En esta quinta sesión tampoco fueron debatidos a profundidad por las delegaciones.

Finalmente, la V sesión concluyó con la recomendación de que el Presidente-Relator elabore un segundo proyecto revisado de instrumento jurídicamente vinculante, basándose en los debates mantenidos en este periodo, los anexos del informe, así como a partir de las propuestas de texto adicionales que aporten las delegaciones a la Secretaría y consultas oficiosas. Esto, a fin de que se publique el nuevo proyecto a finales de junio de 2020. No obstante, en virtud de la pandemia por Covid-19, los plazos de las actividades del grupo de trabajo para este 2020 podrían verse afectados.

CONCLUSIONES

1. El debate sobre si es oportuno o no elaborar un instrumento vinculante en materia de derechos humanos y empresas, ha prevalecido entre las delegaciones estatales a lo largo de las cinco sesiones del OEIGWG. Para algunas delegaciones estatales (Federación de Rusia, Colombia, Argentina, Nueva Zelandia, los países opositores a la resolución 26/9 y la UE, entre otros), la negociación del futuro tratado es prematura, pues en su criterio los esfuerzos en este momento se deben dirigir a implementar los PRNU, los planes nacionales de acción, los estándares actuales en materia de debida diligencia en derechos humanos y las líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. En el mismo sentido, las delegaciones empresariales opinaron que la creación de un tratado en la materia podría socavar los logros obtenidos con los PRNU.

En cambio, otras delegaciones estatales expresamente manifestaron su apoyo al mandato del OEIGWG (Ecuador, el Grupo de Estados de África, Bolivia, Azerbaiyán, India, Venezuela, Cuba, China y Palestina, entre otros), quienes al igual que las organizaciones de la sociedad civil, estiman que este instrumento es necesario a fin de garantizar el acceso a la justicia y reparación de las víctimas. Toda vez que, pese a que reconocen la importancia de los PRNU, consideran que existen lagunas en el derecho internacional que deben ser abarcadas, referidas a las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos y la falta de medidas adecuadas, judiciales y no judiciales, para prevenir y sancionar violaciones a los derechos humanos producto de actividades empresariales.

De otra parte, se debe destacar que la mayoría de los Estados asistentes a las sesiones del OEIGWG miran este proceso con cautela y se abstuvieron de realizar intervenciones que permitan reflejar su postura sobre el futuro tratado.

2. Si bien un tratado internacional vinculante, establece obligaciones que se rigen por el derecho internacional, esto no garantiza que sea más efectivo que un instrumento no vinculante -el cual podría tener amplia aceptación y ser adoptado en forma voluntaria y progresivamente por los Estados-. Lo anterior, porque el tratado requiere que los Estados decidan voluntariamente ratificarlo y someterse a este, es decir, el éxito del futuro instrumento internacional está en el número de ratificaciones que obtenga. Esto podría provocar que durante su negociación, a fin de garantizar el consenso necesario, se reduzcan

los estándares de derechos humanos protegidos. Es fundamental evitar que eso suceda durante la negociación del instrumento que nos ocupa, este debe mantener como estándar mínimo los PRNU y, a su vez, recordar que su principal objetivo es brindar acceso a la justicia y reparación para las víctimas de violaciones de los derechos humanos provocados por actividades empresariales.

Los PRNU, aún con su amplia aceptación por parte de los Estados e, incluso, el beneplácito de las empresas transnacionales, tienen limitaciones, dado que no garantizan el acceso a la justicia de las víctimas y su debida reparación. Lo anterior, no se debe a que los principios rectores sean un instrumento de *soft law*, sino a que estos no prevén mecanismos concretos para eliminar los históricos obstáculos procesales que enfrentan las víctimas, como los que se pretende establecer en el futuro tratado.

3. Pese a lo anterior, se debe rescatar que entre las delegaciones participantes en las distintas sesiones del OEIGWG, existe consenso en cuanto a que el futuro tratado debe ser complementario a los PRNU. Aunque la forma en que esto debe quedar plasmado en las distintas disposiciones del proyecto ha generado controversia, sobre todo cuando se pretende ir más allá de los estándares establecidos en dichos principios rectores.

4. Ahora bien, en cuanto al contenido del futuro tratado, los principales temas debatidos sobre los elementos del proyecto –durante las sesiones del OEIGWG- pueden ser categorizados en cinco aspectos principales, a saber:

- a) La definición del alcance del tratado, dado que, desde la adopción de la resolución 26/9, en el seno del CDH, existe divergencia entre los Estados respecto a si el instrumento jurídicamente vinculante debe dirigirse únicamente a las empresas con actividades transnacionales o también a las empresas nacionales. Asimismo, si debe dirigirse igualmente a empresas propiedad del Estado, así como a organizaciones financieras internacionales.
- b) El establecimiento de responsabilidades directas a las empresas, pues algunas delegaciones consideran que estas pueden ser sujetos de obligaciones internacionales, mientras que otras alegan que esto no puede ser así, dado que carecen de personalidad jurídica internacional. Asimismo, se discute sobre las dificultades de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque no es reconocida en los ordenamientos internos de muchos Estados. Además, se

debate sobre el alcance de la responsabilidad de las empresas matrices sobre sus cadenas de suministro y de valor.

c) La cuestión de las obligaciones extraterritoriales de los Estados de origen, sobre las actuaciones de las empresas fuera de sus fronteras. Esto, dado la existencia de posibles controversias con principios internacionales como el igualdad soberana e integridad territorial de los Estados y de no intervención en los asuntos internos de otros Estados. Sobre este aspecto también se discute el límite que deben tener las obligaciones de proteger del Estado, respecto a violaciones contra los derechos humanos cometidas por terceros.

d) Las medidas para prevenir y sancionar los abusos a los derechos humanos cometidos por empresas, a nivel administrativo, civil y penal. Al respecto, se discute principalmente sobre la creación de un mecanismo jurisdiccional adecuado para atender las denuncias o demandas. En este sentido, las deliberaciones se han enfocado a la competencia jurisdiccional de los tribunales nacionales (jurisdicción extraterritorial). Pero también algunas delegaciones han propuesto la creación de un tribunal internacional sobre derechos humanos y empresas, o bien, ampliar la competencia de los tribunales regionales y de la Corte Penal Internacional para que puedan conocer de asuntos relacionados con esta materia.

e) La relación entre el futuro tratado y otros convenios bilaterales o multilaterales, es decir, sobre la coherencia del tratado con otros instrumentos del derecho internacional, especialmente cuando se trata de acuerdos sobre comercio e inversión, que prevén mecanismos de resolución de controversias ante tribunales arbitrales.

5. En cuanto a los proyectos propuestos por la Presidencia del OEIGWG (el Borrador de Elementos, el Borrador Cero y el Borrador Revisado), una vez analizadas las cinco sesiones del grupo de trabajo, se constata que estos documentos tienen coherencia con las contribuciones orales y escritas de las distintas delegaciones participantes del proceso (Estados-sociedad civil-empresas), lo que refleja un proceso de consecución de consensos participativo, objetivo, transparente e independiente.

6. Se observa un interés y apoyo cada vez mayor de parte de las delegaciones estatales al proceso de formación del tratado que nos ocupa. Se constató que el número de

delegaciones asistentes en la primera sesión (2015) fue de 60 Estados, mientras que en la última sesión (2019) fue de 89 Estados. Además, la cantidad de entidades estatales que participó activamente (mediante manifestaciones orales y escritas) en esta última sesión también fue considerablemente superior a las anteriores, con mayor número de intervenciones y propuestas. Si bien la participación durante estas sesiones no implica la posterior ratificación del tratado, lo cierto es que sí demuestra que existe un interés de los Estados en el tema, más aún cuando realizan contribuciones constructivas a su redacción. Además, la existencia de tres borradores de proyecto demuestra que el desarrollo de las negociaciones avanza progresivamente.

7. El Borrador Revisado es un documento que resulta ser más claro y preciso, con cambios importantes respecto al Borrador Cero. Entre estos destaca la ampliación de su alcance a todas las empresas, en atención a la solicitud de la mayoría de las delegaciones estatales que participaron en la IV sesión. Esta modificación constituye una invitación para las delegaciones estatales que se opusieron o se abstuvieron durante la adopción de la resolución 26/9, para que decidan participar en el proceso de formación del instrumento. No obstante, más allá del alcance, muchas otras disposiciones de este proyecto han recibido objeciones por parte de las delegaciones participantes, de modo que su contenido dista de ser pacífico y evidencia que el proceso de negociación apenas comienza.

8. El Borrador Revisado constituye un documento muy amplio, que abarca numerosos elementos controversiales para las partes negociadoras. En consecuencia, la siguiente propuesta de proyecto de parte del Presidente-Relator requerirá de un examen más técnico y pormenorizado de su contenido, a fin de evitar disposiciones que sean reiterativas e innecesarias (ya sea porque se encuentran previstas en otros instrumentos internacionales o porque pueden ser posteriormente negociadas como parte de un futuro protocolo), para así enfocarse en aquellas disposiciones que de forma efectiva permitan prevenir y sancionar las violaciones de los derechos humanos ocasionadas por actividades empresariales.

9. A fin de facilitar consensos, ciertos elementos sugeridos por las delegaciones participantes, tales como la creación de un órgano de control o incluso de un tribunal internacional, deben ser dejados de lado durante la negociación del instrumento jurídicamente vinculante, para que, de ser necesario, pudieran ser retomados en la negociación de un futuro protocolo adicional.

10. El instrumento jurídicamente vinculante tiene un reto adicional, que es procurar el equilibrio entre el derecho al desarrollo y los demás derechos humanos que pretende tutelar. Esto significa que las obligaciones y medidas que contenga deben ser razonables, a fin de que los países en desarrollo puedan cumplir con estas. Además, este instrumento debe resultar positivo para las empresas transnacionales, de manera que puedan encontrar en su implementación ventajas comerciales que les incentive a invertir en Estados que hayan adecuado su legislación interna a sus disposiciones, de modo que les garantice una plataforma segura. Todo lo anterior, con el principal objetivo de prevenir y sancionar las violaciones y abusos de los derechos humanos ocasionados por la actividad empresarial.

BIBLIOGRAFÍA

R. ABELLO & W. ARÉVALO (eds.), *Derechos Humanos y Empresas y Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Reflexiones y Diálogos*, Editorial Universidad de Rosario, Colombia 2019. {En línea, 24 de abril de 2020}. Disponible en (<https://app.vlex.com/#sources/30925>).

M. ÁLVAREZ, “El derecho internacional privado ante las vulneraciones de derechos humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV/2 (julio-diciembre 2013), 157-190. {En línea, 28 de mayo de 2020}. Disponible en (<http://vlex.com/vid/derecho-internacional-privado-vulneraciones-577782822>).

D. BILCHITZ AND C. LÓPEZ, “Corporations and Human Rights: Do They Have Obligations?”. ESCR-NET y FIDH, 2015. {En línea, consultado el 20 de febrero de 2020}. Disponible en (https://www.escr-net.org/sites/default/files/corporations_and_human_rights-do_they_have_obligations.pdf).

H. CANTÚ, “Evaluando los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos a dos años de su adopción”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Centro Latinoamericano de Derechos Humanos, Año III - N° 3 (1° de agosto de 2013), 159-180. {En línea, 27 de mayo de 2020}. Disponible en (<http://vlex.com/vid/evaluando-principios-rectores-naciones-654884425>).

A. CASASOLA, *Estudios sobre la Corte Penal Internacional*, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2018, {En línea, consultado el 21 de enero de 2020}. Disponible en (<https://app.vlex.com/#sources/21672>).

D. CASSELL AND A. RAMASASTRY, “White Paper: Options For a Treaty on Business and Human Rights”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Vol. 6: Iss. 1, Article 4 (2016). {En línea, 6 de enero de 2020}. Disponible en: (<https://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol6/iss1/4/>).

S. DEVA, “Panel III.1: Examples of International Instruments Addressing Obligations and Responsibilities of Private Actors”, *2nd sesión of OEIWG on TNCs and other business enterprises with respect to human rights*, 26 de octubre de 2015. {En línea, consultado el 26 de febrero de 2020}. Disponible en (<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session2/PanelIIISubtheme1/SuryaDeva.pdf>).

G. GUAMÁN & A. MORENO, *Empresas transnacionales y Derechos Humanos la necesidad de un instrumento vinculante*, Editorial Bomarzo, 2018. {En línea, 24 de abril de 2020}. Disponible en (<https://app.vlex.com/#sources/23159>).

C. JIMÉNEZ PIERNAS, “El Derecho Internacional Contemporáneo: Una Aproximación Consensualista”, *XXXVII Curso de Derecho Internacional*, Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos, Washington, D.C. (2011).

C. JIMÉNEZ PIERNAS, *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*, Editorial Tecnos, Madrid 2011.

M. MARÍN, “La sociedad civil global como agente decisorio en política internacional”, *Oasis*, núm. 12 (2006-07), 271-296. {En línea, 29 de mayo de 2020}. Disponible en (<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/oasis/article/view/2423>).

F. PASCUAL, “Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI/2 (2014), 113-153.

J. RUGGIE, “‘Guiding Principles’ for the Business & Human Rights Treaty Negotiations: An Open Letter to the Intergovernmental Working Group”, *Harvard Kennedy School*, 9 de octubre de 2018. {En línea, 14 de abril de 2020}. Disponible en (https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Guiding%20Principles%20for%20Treaty%20Negotiations_Open%20Letter%20from%20Professor%20John%20Ruggie.pdf).

DOCUMENTACIÓN DE LA PRÁCTICA

BUSINESS AT OECD, IOE, ICC & BUSINESS EUROPE. *Business response to the Zero Draft Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises ("Zero Draft Treaty") and the Draft Optional Protocol to the Legally Binding Instrument ("Draft Optional Protocol") Annex*. {En línea}. Octubre 2018. {25 de marzo de 2020}. Disponible en (<https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Joint%20Business%20Response%20-%20Zero%20Draft%20Treaty%20and%20Draft%20Optional%20Protocol%20-%20October%202018.pdf>)

BUSINESS AT OECD, IOE, & BUSINESS EUROPE. *Joint business response to the Revised Draft Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises ("Revised Draft Treaty")*. {En línea}. Octubre 2019. {21 de abril de 2020}. Disponible en (<https://www.ioe-emp.org/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=145680&token=9dbcc1f8414128d575cd6bef9f36b84ec106a386>).

CALS. *Statement by the Centre for Applied Legal Studies, School of Law, University of the Witwatersrand to the 5th session of OEIGWG*. {En línea}. 14 de octubre de 2019. {20 de abril de 2019}. Disponible en (<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session5/NGOs/CentreforHumanRights-art3-4.pdf>).

CAMPAÑA GLOBAL. *Comentarios y Enmiendas sobre el borrador revisado del instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas respecto a los derechos humanos*. {En línea}. Enero 2020. {20 de abril de 2020}. Disponible en

<https://www.stopcorporateimpunity.org/posicionamiento-de-la-campana-global-sobre-el-borrador-revisado-del-tratado-vinculante-draft-1/?lang=es>).

CDESC. *Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*. ECOSOC. NU.Doc. E/C.12/GC/24 (10 de agosto de 2017).

CDH. Res. 17/4. *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. N.U. Doc. A/HRC/RES/17/4 (16 de junio de 2011).

CDH. Res. 26/9. *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*. N.U. Doc. A/HRC/RES/26/9 (26 de junio de 2014).

CDH. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la marcha de los trabajos acerca de las opciones jurídicas y medidas prácticas para mejorar el acceso a las reparaciones de las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con las actividades empresariales*. N.U. Doc. A/HRC/29/39 (7 de mayo de 2015).

CDH. *Informe del primer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante*. N.U. Doc. A/HRC/31/50 (5 de febrero de 2016).

CDH. *Informe del segundo período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*. N.U. Doc. A/HRC/34/47 (4 de enero de 2017).

CDH. *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*. N.U. Doc. A/HRC/37/67 (24 de enero de 2018).

CDH. *Informe del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos sobre su cuarto período de sesiones*. N.U. Doc. A/HRC/40/48 (2 de enero de 2019).

CDH. *Addendum to the report on the fourth sesión of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and others business enterprises with respect to human rights*. N.U. Doc. A/HRC/40/48/Add.1 (6 de marzo de 2019).

CDH. *Informe del quinto período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*. N.U. Doc. A/HRC/43/55 (9 de enero de 2020).

CDH. *Annex to the report in the fifth sesión of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human*

rights (A/HRC/43/55). {En línea, 20 de abril de 2020}. Disponible en: (https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session5/Annex_CompilationStatements_5th_session.pdf).

CDN. *Observación general n° 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño.* NU. Doc. CRC/C/GC/16 (17 de abril de 2013).

CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL, ET AL. *Joint trade union UN treaty statement.* {En línea}. Octubre de 2019. {20 de abril de 2020}. Disponible en (https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/joint_trade_union_un_treaty_statement.pdf).

ESCR-NET & FIDH. *Ten Key Proposals for the Treaty. A Legal Resource for Advocates and Diplomats Engaging with the UN Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises.* {En Línea}. Octubre de 2016. {27 de abril de 2020}. Disponible en (https://www.escr-net.org/sites/default/files/attachments/tenkeyproposals_final.pdf).

PARLAMENTO EUROPEO. *Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre la contribución de la Unión a un instrumento vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas con características transnacionales con respecto a los derechos humanos (2018/2763(RSP)).* {En línea, 19 de marzo de 2020}. Disponible en (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0382_ES.pdf).

PRESIDENCIA DEL OEIGWG. *Elementos para el proyecto de Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionales y otras Empresas con respecto a los Derechos Humanos.* {En línea}. 29 de septiembre de 2017. {6 de marzo de 2020}. Disponible en: (https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs_SP.pdf)

PRESIDENCIA DEL OEIGWG. *Zero Draft.* {En línea}. 16 de julio de 2018. {23 de marzo de 2020}. Disponible en (<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>).

PRESIDENCIA DEL OEIGWG. *Draft Optional Protocol to the Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises.* {En línea}. 2018. {25 de marzo de 2019}. Disponible en (<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session4/ZeroDraftOPLegally.pdf>).

PRESIDENCIA DEL OEIGWG. *Non-exhaustive list of documents consulted during the preparations of the zero draft of the legally binding instrument.* {En línea}. 2018. {23 de marzo de 2020}. Disponible en: (<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session4/ListDocuments.pdf>).

PRESIDENCIA DEL OEIGWG. *Revised Draft*. {En línea}. 16 de julio 2019. {27 de diciembre de 2019}. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf).