

ISSN 2526-0774 | Sección Cuadernos de Investigación Homa

HomaPublica REVISTA INTERNACIONAL DE
**DERECHOS HUMANOS
Y EMPRESAS** 

Vol. V | Nº. 01 | Jun 2021

Recibido: 09.03.2021 | Aceptado: 10.03.2021 | Publicado: 30.03.2021

POSICIONAMIENTO DE LOS ESTADOS EN LA 6ª SESIÓN DE NEGOCIACIÓN DEL INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE SOBRE EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

POSICIONAMENTO DOS ESTADOS NA 6ª SESSÃO DE NEGOCIAÇÃO DO INSTRUMENTO JURIDICAMENTE VINCULANTE SOBRE EMPRESAS TRANSNACIONAIS E OUTRAS EMPRESAS COM RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS

STATEMENT OF STATES AT THE 6TH NEGOTIATION SESSION OF THE LEGALLY BINDING INSTRUMENT ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES WITH RESPECT TO HUMAN RIGHTS

Manoela Carneiro Roland

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | ORCID-ID

Andressa Oliveira Soares

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | ORCID-ID

Aline Laís Lara Sena

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | ORCID-ID

João Pedro Brito Perillo

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | ORCID-ID

Luca Cezário Tostes Tito

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | ORCID-ID

Renata Paschoalim Rocha

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | ORCID-ID

Sofia Miranda de Oliveira

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | ORCID-ID

Resumen

El presente trabajo está dedicado a analizar la posición de los Estados participantes en la 6ª sesión de negociación del instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas en materia de derechos humanos. A través del análisis de los documentos oficiales de la sesión, los statements difundidos por los países y el informe elaborado internamente por Homa en el seguimiento de las negociaciones, fueron seleccionadas las posiciones más relevantes en puntos clave de discusión y apreciados por la efectividad de las negociaciones del tratado, a saber, primacía de los derechos humanos, alcance, obligaciones directas para las empresas, responsabilidad jurídica y due diligence, mecanismos de extraterritorialidad, forum non conveniens y forum necessitatis, y asistencia legal mutua. A través de la investigación que se realiza aquí, es posible comprender mejor el escenario actual de la negociación del instrumento y trazar panoramas en un futuro próximo.

Palabras clave

Tratado internacional sobre empresas y derechos humanos. Consejo de Derechos Humanos. 6ª sesión de negociación. Posición de los Estados.



Resumo

O presente trabalho dedica-se a analisar o posicionamento dos Estados participantes da 6ª sessão de negociação do instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionais e outras empresas com respeito aos direitos humanos. Através da análise dos documentos oficiais da sessão, dos statements divulgados pelos países e do relatório elaborado internamente pelo Homa no acompanhamento das negociações, foram selecionados os posicionamentos mais relevantes em pontos-chave de discussão e caros à efetividade do tratado, a saber, primazia dos direitos humanos, escopo, obrigações diretas para as empresas, responsabilização legal e due diligence, mecanismos de extraterritorialidade, forum non conveniens e forum necessitatis, e assistência legal mútua. Por meio da pesquisa aqui realizada, é possível compreender melhor o cenário atual da negociação do instrumento e traçar panoramas no futuro próximo.

Palavras-chave

Tratado internacional sobre empresas e direitos humanos. Conselho de Direitos Humanos. 6ª sessão de negociação. Posição dos Estados.

Abstract

The present work aims at analyzing the position of the States participating in the 6th negotiation session of the legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. Through the analysis of the official documents of the session, the statements released by the countries and the report prepared internally by Homa during the negotiations, the most relevant positions on key points of discussion were selected, especially regarding to the effectiveness of the treaty, namely, primacy of the human rights, scope, direct obligations to business, legal liability and due diligence, extraterritoriality mechanisms, forum non conveniens and forum necessitatis, and mutual legal assistance. As a result of the research conducted here, it is possible to better understand the current scenario of the negotiation and to draw panoramas in the near future.

Keywords

International treaty on business and human rights. Human Rights Council. 6th negotiation session. States' position.

1. INTRODUCCIÓN

En 2020, las negociaciones sobre el Tratado Internacional de Derechos Humanos y Empresas en el *Human Rights Council* llegaron a la 6ª sesión¹, que tuvo lugar entre el 26 y el 30 de octubre de 2020, en medio de la pandemia del coronavirus. Esta vez, la atención se centró en el *Second Revised Draft*², publicado por Ecuador como presidente del Grupo de Trabajo³. La nueva propuesta incorporó algunas discusiones y demandas de la 5ª Sesión⁴, pero aún es incapaz de transmitir las demandas más urgentes de los afectados y afectadas, además de presentar inconsistencias con los objetivos del Tratado.

Hubo varios cambios producto de las restricciones impuestas por la crisis mundial de salud: cada delegación pudo enviar solo un representante para asistir al evento en el Palácio das Nações, y varias participaciones se realizaron de forma remota, con videos pregrabados o con intervenciones en vivo. Las entidades de la sociedad civil pudieron seguir, pero los *side events* se limitaron solo a los medios digitales. Además, los expertos no pudieron estar presentes, y fue evidente cómo el vacío de

¹ La página oficial de la 6ª Sesión:

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session6/Pages/Session6.aspx>

² Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf

³ O open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights no Human Rights Council fue creado por la Resolución 26/09.

⁴ Las declaraciones pronunciadas en la 5ª sesión pueden encontrarse en el enlace:

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session5/Annex_CompilationStatements_5th_session.pdf

la Sala XX se volvió determinante para dirigir discursos más rápidos y directos, así como la falta de debates desmoderados.

Otro cambio es que los Estados podrán presentar hasta febrero de 2021, por formulario propio, solicitudes de aclaración y sugerencias textuales para el *Third Draft*.

Primero, el *Chairperson* hizo breves consideraciones con respecto a las mudanzas traídas por el nuevo Borrador, luego pasó la palabra para los pronunciamientos del Estado y, finalmente, a la sociedad civil.

A la 6ª sesión asistieron veintisiete Estados intervinientes⁵; de Palestina y de la Santa Sede como observadores y la Unión Europea como organismo internacional. Sin embargo, la participación disminuyó significativamente durante la semana y, en comparación con la sesión anterior, otros siete países⁶ quienes participaron en las discusiones no se pronunciaron, solo la Santa Sede que no había hablado previamente y, en esta sesión, se hizo activa. Este efecto se puede atribuir al coronavirus, pero hay que prestar atención a un posible vaciado del proceso.

En un escenario diferente a las sesiones anteriores, observar a los actores que se han involucrado activamente en el tema es fundamental, ya que son ellos quienes determinarán las perspectivas para las siguientes sesiones, principalmente para las consultas ya programadas para mayo y junio de 2021 y para la Séptima Sesión, programada para octubre.

El objetivo del presente trabajo, por tanto, es hacer explícitos los argumentos utilizados por el Estado y analizar su contribución al desarrollo del Tratado. Cabe señalar que los artículos en sí no serán tratados, ya que la Campaña Global ya ha publicado su propio análisis, desentrañando el significado y efectos de las disposiciones.

Hasta la fecha del cierre de esta edición, no todas las *statements* habían sido publicados en el sitio web oficial del *Human Rights Council*, por lo que también se utilizó como fuente el informe interno elaborado por Homa durante la sesión.

2. ELEMENTOS CENTRALES E INTERVENCIONES

2.1 PRIMACÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La primacía de los Derechos Humanos es uno de los pilares que deben incluirse en los fundamentos de un Tratado de Derechos Humanos y Empresas. Esto se debe a que implica la superioridad jerárquica de las normas de derechos humanos sobre los tratados de comercio e inversión, además de constituir un mecanismo que coloca en la agenda de los Estados el desarrollo de obligaciones que deben ser asumidas por sus gobiernos, a fin de elaborar todo un sistema de protección y reafirmación de los derechos y libertades fundamentales de los pueblos frente a las empresas transnacionales.

Este tema es el segundo de los siete puntos principales presentados por la Campaña Global⁷, que necesariamente debe estar contenido en el Tratado para garantizar su eficacia. Sin embargo, a

⁵ Fueron nueve asiáticos (Armenia, Afganistán, China, India, Paquistán, Filipinas, Rusia, Indonesia, Irán), ocho latinoamericanos (Brasil, Argentina, Chile, Ecuador, México, Panamá, Cuba y Venezuela), ocho africanos (Burkina Faso, Egipto, Etiopía, Mozambique, Namibia, Senegal, África del Sur), y tres europeos (Francia, Suiza y Reino Unido).

⁶ Argelia, Angola, Colombia, Honduras, Perú, España y Arabia Saudita

⁷ Global Campaign. Puntos claves de la Campaña Global en relación al Tratado de la ONU. Disponible en: <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2019/05/Pontos-chave-para-a-Campanha-Global-sobre-o-tratado-vinculativo.pdf> Acceso: 09 feb 2021

pesar de estar en el corazón del documento, por lo que necesita una presentación clara, el tema apenas se aborda.

Cabe destacar que la Campaña propone la creación de un artículo específico "*Primacy of Human Rights*"⁸, en el que tiene como objetivo establecer obligaciones generales con los Estados partes, así como con las empresas transnacionales, asegurando que todas las actividades realizadas por ambos tengan en cuenta el respeto y protección de los Derechos Humanos.

Sin embargo, con la excepción del Estado de Palestina, que se considera un miembro observador, ningún país enfatiza la ausencia de una clara mención de la primacía de los Derechos Humanos en el texto del Borrador. Los comentarios sobre el tema de la protección de dichos derechos como uno de los pilares del Tratado, a lo sumo, mencionan los Principios Orientadores, cuyas disposiciones implican el trinomio *Protect, Respect and Remedy*, lo que por lo tanto conlleva un cierto sesgo protector. Sin embargo, estos Principios consisten en estándares abiertos, dotados de un texto muy genérico, ya que constituyen solo parámetros de orientación, que no son suficientes para dar efectividad a el LBI⁹, en contraposición a lo que se busca con la adopción expresa de la Primacía de los Derechos Humanos.

2.2 ALCANCE

El alcance del Tratado es también uno de los elementos centrales de controversia en la negociación. En este sentido, para garantizar la efectividad del documento, es fundamental limitar el poder y acabar con la impunidad que actualmente favorece a las ETN's, para lograr una protección más efectiva de los Derechos Humanos.

Por tanto, el alcance es un punto clave del Tratado¹⁰, con un gran debate sobre su redacción, ya que, para las empresas, extender la aplicación a todo tipo de negocios conlleva una inaplicabilidad práctica del Tratado, favoreciendo así sus intereses monetarios, ya que habría poca fiscalización. Por otro lado, la limitación en la incidencia de la protección de los Derechos Humanos solo afecta a grupos vulnerables a la actividad empresarial, cayendo nuevamente en un contexto de ineficacia práctica.

El art. 3º del Borrador 2, entonces, trajo un texto compatible, en su mayoría, con los intereses comerciales, lo que reduce la efectividad del Tratado, adoptando conceptos y disposiciones amplios que dejan una gran apertura a la acción de los Estados. Así, la Campaña Global propone que el artículo en cuestión, para ser más sólido, conste en su texto que se establezca la delimitación del alcance en las empresas transnacionales o que realicen actividades de carácter transnacional, a riesgo de tornarse el documento inofensivo¹¹. Además, sugiere agregar todos los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, haciendo referencia a la lista del preámbulo que debe ampliarse.

⁸ Global Campaign. UN Binding Treaty: Written Contribution Of the Global Campaign, February, 2019, p. 12. Disponible en: <https://www.stopcorporateimpunity.org/un-binding-treaty-written-contribution-of-the-global-campaign-march-2019/> Acceso: 10 Feb. 2021.

⁹ Legally Binding Instrument.

¹⁰ Global Campaign. Puntos claves de la Campaña Global en relación al Tratado de la ONU. Disponible en: <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2019/05/Pontos-chave-para-a-Campanha-Global-sobre-o-tratado-vinculativo.pdf> Acceso: 10 Feb 2021

¹¹ Global Campaign. Puntos claves de la Campaña Global en relación al Tratado de la ONU. Disponible en: <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2019/05/Pontos-chave-para-a-Campanha-Global-sobre-o-tratado-vinculativo.pdf> Acceso: 09 Feb 2021

Observemos la posición de algunos países sobre el tema, conforme los *statements* por ellos realizados en la 6ª Sesión¹²:

2.2.1 BRASIL

La delegación brasileña se posiciona a favor de mantener el concepto ampliado, que, como se dijo, corrobora el retiro de la eficacia del documento. No obstante, contrario al posicionamiento de la Campaña, que sugiere que el Tratado implementa todos los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente, Brasil opina por la aplicación únicamente de los derechos contenidos en los tratados ratificados por los propios países

2.2.2 CHINA

La delegación de China, por su parte, presenta descontento con la amplitud de la definición del alcance, en relación con todas las actividades comerciales, así como también discrepa con las posiciones sobre los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de reconocimiento a través del derecho internacional consuetudinario, mediante la argumentación de que tales estándares no se mantienen en todos los países del mundo. La delegación también critica que muchos de los Derechos Humanos protegidos por el Tratado ya estarían protegidos por las leyes nacionales de los países, por lo que no sería necesario gastar recursos para garantizarlos, sino solo para apreciar un texto que sea complementario a las leyes internas.

2.2.3 EGIPTO

Egipto dice que el alcance del Tratado debe permanecer centrado en las ETN's, de acuerdo con los objetivos de la Resolución 26/9. Además, es importante considerar las cadenas de valor y la rendición de cuentas por los abusos que se han producido a lo largo de ellas. Respeta también la importancia de la centralidad de las víctimas en el proceso, porque uno de los objetivos del Tratado les garantiza la protección y el acceso a los medicamentos necesarios. Por tanto, la delegación egipcia destaca la necesidad de igualdad de acceso a la justicia y atención a la no discriminación y, no obstante, apoya la inclusión de la protección y de la reparación del medio ambiente.

2.2.4 NAMIBIA

El país considera que la redacción del artículo sobre *transnational corporations and other business enterprises* se acerca a los objetivos de la Resolución 26/9. Sin embargo, enfatiza que, a lo largo del texto, las ETNs deben ser en realidad las empresas bajo el foco, y no la aplicación genérica de la LBI a cualquier empresa, ya que lo que se busca es una dirección legal, en un intento de proteger las violaciones a los Derechos Humanos perpetradas por las grandes corporaciones, además de brindar reparación a las víctimas. En este ámbito, Namibia también señaló que la adopción de los Principios Orientadores de Derechos Humanos y Empresas otorga a los Estados un grado de flexibilidad para el cumplimiento de obligaciones que conducen a un mayor favorecimiento de las

¹² Los statements de la 6ª sesión pueden ser accedidos por medio del link: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session6/Pages/Session6.aspx>

empresas y, en consecuencia, generan mayores impactos en el contexto de la protección. de Derecho-Humano.

2.2.5 ETIOPÍA

Para Etiopía, el alcance del Tratado debe ceñirse a las disposiciones de la Resolución 26/9, restringiéndose a la observancia de las ETNs. El país también señala que el texto del artículo es vago y poco claro, por lo que es necesario establecer mejor las disposiciones realizadas, para no generar incertidumbres en la aplicación.

2.2.6 UNIÓN EUROPEA

La participación del bloque europeo se hizo de forma breve y con poca incisividad. Solo hubo una solicitud de aclaración sobre la nueva terminología utilizada en el alcance, sin la adopción de posiciones sobre los cambios realizados o incluso sugerencias para una nueva redacción.

2.2.7 MÉXICO

México también está a favor de la terminología *all business enterprises*, lo que implica la extensión del alcance del Tratado para incluir a todas las empresas, no solo a las transnacionales, como inclusive sigue en el texto. Sin embargo, el país opina por la eliminación o, al menos, por la reformulación del §3º del artículo 3º (*Scope*), que trata de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos contemplados en el Tratado, ya que existen diferencias entre Estados, en el sentido de que no todos ratifican los mismos tratados, lo que podría generar incertidumbre sobre las obligaciones exigidas por las víctimas.

2.2.8 PANAMÁ

Panamá presenta su posición con el propósito de aportar una redacción más clara al Tratado, ya que es necesario diferenciar cuáles son las disposiciones relativas a todas y cada una de las empresas y las dirigidas específicamente a las ETNs. No obstante, el país considera restrictiva la redacción del §3º en el sentido de que al establecer la incidencia de las convenciones de las que los Estados son parte, este criterio puede dificultar el acceso a la justicia de las víctimas.

2.2.9 CUBA

La delegación cubana asume la posición de que el Tratado, como documento que busca limitar el poder de actuación de las empresas, debe estar contenido en lo dispuesto en la Resolución 26/9, es decir, su alcance debe referirse a las ETNs. Las demás empresas y las violaciones cometidas por ellas deben, o deberían, estar a cargo de la regulación interna de los países y no de un instrumento internacional, salvo que la mención de las mismas se haga de manera general y voluntaria a lo largo del texto. Así, es evidente que el Tratado podría ser considerado como un elemento básico para inspirar la legislación interna en la regulación de las empresas dentro de las fronteras nacionales de los países, sin perjudicar, aun, la eficacia vinculante del instrumento, comprometiendo su objetivo.

2.2.10 PALESTINA

El Estado de Palestina, contrario a la posición adoptada por la mayoría de las demás naciones, afirma que el alcance del Tratado debe centrarse en el desempeño de las ETNs y, además, también refuerza el derecho a la autodeterminación de los pueblos, así como la aplicación, además de las disposiciones ya contenidas en el §3º del artículo 3 (*Scope*), las normas del derecho internacional humanitario y penal.

2.2.11 RUSIA

La Federación no está de acuerdo con la existencia de un artículo que limite el alcance del Tratado, por considerar que sería muy general y contrario a lo dispuesto en la Resolución 26/9, por lo que debería redactar el texto de una manera que restringe la protección de los Derechos Humanos en el ámbito de las ETN. También se opone a la ampliación de las obligaciones del Estado y la responsabilidad de las personas físicas o jurídicas por violaciones de Derechos Humanos. También señala que la redacción del artículo, que trae una lista ejemplar de acuerdos internacionales a considerar para la protección de los Derechos Humanos, solo puede actuar como una complicación para las empresas, que se quedan sin comprender los parámetros que deben cumplir. En este sentido, en caso de actuar de conformidad con las leyes nacionales, las empresas podrían ser objeto de denuncias, trayendo una carga que no podría ser soportada por todas ellas. La Federación de Rusia cuestiona, por tanto, la efectividad del Tratado, diciendo que sería más interesante asumir obligaciones para la protección de los Derechos Humanos a través de otros mecanismos multilaterales, que son responsabilidad de los Estados, como muchos, incluso, ya lo han hecho.

2.3 OBLIGACIONES DIRECTAS DE LAS EMPRESAS

No hay protección efectiva de los Derechos Humanos y rendición de cuentas de las entidades violadoras sin el establecimiento de obligaciones directas, con la imposición de sanciones claras y objetivas para frenar los mecanismos que permiten la impunidad de las empresas transnacionales. En este sentido, el mandato de la Resolución 26/9 prevé la necesidad de que estas obligaciones se enumeren de manera contundente y en diferentes apartados para los Estados y empresas, teniendo en cuenta la captura corporativa de Estados que tienen cierta dependencia económica de las actividades desempeñadas por las ETNs.

Al mantener obligaciones solo para los Estados, cada uno de los cuales es responsable de establecer obligaciones para las empresas, el *Borrador 2*, en línea con la redacción del artículo 3.2, ignora la dependencia económica que algunas naciones tienen de las actividades comerciales. Así, se corrobora la falta de fiscalización de estos ante el temor a perder la inversión empresarial en su territorio, haciendo a muchos de estos Estados vulnerables y susceptibles a la perpetuación de violaciones de Derechos Humanos. La falta de esta disposición limita la efectividad del documento y reproduce la lógica de los *Guiding Principles*, según la cual los Estados violarían tales derechos, destinándose a ellos obligaciones, y las empresas promoverían impactos o abusos, dejando a ellas solamente principios a seguir durante la ejecución.

Además, incluso las obligaciones dirigidas a los Estados se caracterizan por la vaguedad e imprecisión en sus disposiciones, sin la provisión de políticas públicas que las hagan cumplir, haciendo

que el carácter voluntarista permanezca, junto con la brecha, a nivel internacional, en un marco regulatorio efectivo para responsabilizar a las empresas por violaciones de los Derechos Humanos.

En este sentido, la Campaña Global está a favor de crear obligaciones directas con las ETNs¹³, apuntando al respeto de los agentes privados a los principios y parámetros de Derechos Humanos impuestos por la Organización de Naciones Unidas y la primacía de las garantías individuales, con la identificación de la dimensión de sus derechos y su amplia defensa, ya sea en materia de prevención, en mitigación o reparación de violaciones causadas por corporaciones. Veamos la posición de los países que se han expresado sobre el tema:

2.3.1 ARGENTINA

La delegación argentina se muestra de acuerdo con la afirmación de que las empresas tienen la responsabilidad de respetar los Derechos Humanos, no causar daños y enfrentar impactos negativos. Pese a ello, todavía agrega que esta responsabilidad no depende del tamaño o sector de la empresa, lo que corresponde con un probable acuerdo en relación con los alcances del Tratado. Enfatiza que las violaciones a estos derechos tienen un impacto desproporcionado en diferentes grupos sociales, y el Estado debe prestar especial atención a los grupos minoritarios y más vulnerables.

2.3.2 ARMENIA

El país entiende que ninguna violación de los Derechos Humanos por parte de las empresas puede ocurrir sin el apoyo tácito del Estado, o, al menos, sin su omisión en relación a cómo se desarrollan las actividades empresariales en su territorio, debiendo existir obligaciones para ambos los agentes. Conscientes de la necesidad de examinar la complicidad entre gobiernos y empresas transnacionales.

2.3.3 BRASIL

La delegación brasileña señala la generalidad y falta de claridad del instrumento con respecto a las obligaciones directas, preguntando si el proyecto de *legal liability* vincularía obligaciones con las empresas o solo a los Estados. También critica la excesiva focalización de estas obligaciones a los Estados, lo que podría obstaculizar la implementación del documento.

2.3.4 BURKINA FASO

La nación señala la necesidad de que el proyecto se ciña a responsabilizar a las empresas transnacionales por violar los Derechos Humanos en detrimento de las obligaciones excesivas hacia los Estados, al tiempo que reconoce que es su deber primordial respetar, proteger y defender los derechos de su pueblo.

¹³ Global Campaign. Pontos-chave da Campanha Global em relação ao Tratado da ONU. Disponível em: <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2019/05/Pontos-chave-para-a-Campanha-Global-sobre-o-tratado-vinculativo.pdf> Acesso: 09 feb 2021

2.3.5 CHINA

En una posición conservadora en relación con la responsabilidad empresarial, China defiende la no creación de cargas “innecesarias” a las entidades privadas, con el fin de proteger su derecho al desarrollo, así como sus intereses legítimos. Sin embargo, defiende la flexibilidad y el respeto a las leyes internas de cada país para proteger a los afectados por violaciones de Derechos Humanos en detrimento de la imposición de nuevas obligaciones a los Estados a nivel internacional. Este entendimiento se confronta con el posicionamiento de la Campaña Global al no tomar en cuenta la captura corporativa marcada por la dificultad para superar el *lobby* empresarial y los marcos regulatorios ineficientes en la temática de Derechos Humanos en cada país.

Incluso en materia de prevención, China defiende la imprecisión de los procesos y mecanismos que garantizan la debida reparación de las personas, mediante una redacción general que solo reafirma la obligación de los Estados de garantizar la debida reparación.

Además, argumenta que de la misma forma en que existe una disposición de que los Estados deben proteger a las organizaciones de Derechos Humanos, también deben existir las obligaciones previstas con las organizaciones, incluyendo ejemplarmente, respeto a la ley, a la transparencia, etc.

2.3.6 CUBA

El país demuestra estar de acuerdo con la responsabilidad corporativa a través de un instrumento legalmente vinculante con obligaciones directas. Señala la impunidad empresarial que afecta a los países y la falta de un marco legal internacional que corrobore dicha impunidad.

2.3.7 ECUADOR

El país sostiene que el instrumento debe estar en línea con el estándar de otros instrumentos internacionales no vinculantes, y que los mecanismos vinculantes, con la imposición de responsabilidades directas, son complementarios a los mecanismos voluntarios, ya que ambos se refuerzan entre sí. También defiende que los tres párrafos del artículo 5° (*Protection of Victims*), deben presentarse como derechos de las víctimas y no como obligaciones del Estado, a fin de facilitar su aplicación.

2.3.8 EGIPTO

Si bien reconoce el papel de las empresas en términos de desarrollo socioeconómico, Egipto enfatiza la necesidad de regular las actividades comerciales para que dicho desarrollo sea equitativo e inclusivo, con respecto a los Derechos Humanos. Para ello, destaca la necesidad de imponer obligaciones directas a las empresas, alegando que *los* instrumentos voluntarios de *soft law* no son suficientes ni exigibles frente al poder corporativo.

2.3.9 FRANCIA

La delegación francesa dirige su discurso al compromiso de responsabilidad empresarial por sus violaciones de los Derechos Humanos y lamenta la ausencia de la imposición de obligaciones directas a las empresas en el artículo 6° (*Prevention*).

2.3.10 INDIA

La posición de India es a favor de imponer obligaciones directas a las ETNs, empujando un enfoque de *soft law*. Por lo tanto, reconoce la necesidad de la rendición de cuentas de las empresas a través de un instrumento normativo vinculante. También señala que dicho documento debe ser flexible y equilibrado para que pueda obtener una amplia aceptación por parte de los más diversos Estados.

2.3.11 MÉXICO

En cuanto a las obligaciones directas, México considera que las reglas deben ser claras para las empresas, evitando tanta ambigüedad o inexactitud en sus pronósticos.

2.3.12 RUSIA

La delegación rusa señala la vaguedad y la generalidad de las obligaciones directas en el documento, así como la necesidad de una reformulación conceptual de lo que encajaría como una violación de los Derechos Humanos, por entender que esta definición es indebidamente amplia. Señala que el Tratado crea un mecanismo privilegiado para la protección de tales derechos en el contexto de las actividades empresariales, pero que muchos de estos derechos ya están reconocidos en el derecho internacional y los Estados ya están obligados a aplicarlos, independientemente de las actividades comerciales.

2.3.13 SENEGAL

El país es partidario de imponer obligaciones directas a los Estados y a las empresas, apoyando la implementación de políticas y procedimientos públicos que brinden medios de prevención, protección y reparación a los afectados por los Derechos Humanos como consecuencia de la actividad empresarial.

2.4 LEGAL LIABILITY E DUE DILIGENCE

La *legal liability* puede conceptualizarse como una forma de responsabilidad legal de los estados y personas - naturales o jurídicas - por acciones u omisiones que violen los Derechos Humanos. En este ámbito, el lenguaje del *Borrador 2* mantiene la lógica centrada en el Estado, al delegar a los Estados la tarea de estructurar la *legal liability* de personas naturales y jurídicas. En vista de esto, se puede decir que tal pronóstico es cuestionable, ya que va en contra del objeto central del Tratado, que es crear un instrumento internacional vinculante que permita responsabilizar a las empresas transnacionales.

La Campaña Global hizo algunos comentarios importantes sobre este tema¹⁴. El primero de ellos es la defensa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, visto como un aspecto esencial, ya que las sanciones civiles no son suficientes y no actúan como impedimento para el

¹⁴ Global Campaign. Puntos clave de la Campaña Global en relación al Tratado de la ONU. Disponible en: <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2019/05/Pontos-chave-para-a-Campanha-Global-sobre-o-tratado-vinculativo.pdf> Acceso: 09 feb 2021

desempeño de la empresa. Además, la Campaña también argumenta que se debe hacer mención a grupos vulnerables que, por sus peculiaridades, carecen de protección especial. Finalmente, destacó que es fundamental prever la reserva de fondos de las empresas transnacionales para los casos necesarios de compensación, ya que es una forma de asegurar que estas empresas sean confiables y puedan indemnizar a los afectados por sus actividades¹⁵.

En cuanto a la *due diligence*, es decir, un procedimiento previo adoptado por las empresas con el fin de evaluar los riesgos de su actividad empresarial en el impacto de los Derechos Humanos, si bien hay una mención expresa en la redacción del Borrador, su construcción textual sigue siendo muy incipiente, no pudiendo resolver eficazmente las violaciones de Derechos Humanos por parte de las empresas. Por lo tanto, como es claramente la ineficacia de las empresas para controlar sus propias acciones, uno debe esforzarse para un monitoreo independiente *due diligence*, que tienen los Derechos Humanos como su foco principal.

La posición de la Campaña Global está en línea con la idea de crear obligaciones directas a las empresas, a través de la elaboración de normas vinculantes de *Human Rights Due Diligence (HRDD)* por los Estados Partes. Es fundamental establecer un precepto que obligue a la matriz a monitorear las actividades realizadas por sus filiales, subsidiarias, subcontratistas y proveedores. Así, será posible regular y verificar el daño potencial a las actividades empresariales partiendo del supuesto de una lógica orientada a la protección de los Derechos Humanos.

Asimismo, la Campaña también declara que la simple adopción de la *due diligence* por parte de una empresa no puede ser utilizada como factor de su absolución en casos de violaciones de Derechos Humanos, dado que el foco está en el resultado y no en la simple implementación del procedimiento¹⁶.

2.4.1 BRASIL

Brasil tiene una posición conservadora con respecto a la *legal liability* dirigida a las empresas. En este contexto, el país destacó que es necesario demostrar un vínculo causal claro entre el daño causado y la empresa a la que se debe responsabilizar. Además, también señaló que el texto del Borrador contiene algunas disposiciones que están excesivamente dirigidas a los Estados, lo que podría dificultar la implementación del instrumento vinculante.

Con respecto a la responsabilidad penal, la delegación brasileña afirmó que el texto del borrador debe centrarse exclusivamente en la responsabilidad administrativa y civil, viendo con preocupación la inclusión de la responsabilidad penal. Finalmente, solicitó más información sobre los estándares internacionales que garantizan la reparación de las víctimas de abusos a los derechos humanos y cómo pueden servir como referencia para la remediación.

2.4.2 RUSIA

¹⁵ Global Campaign. GLOBAL CAMPAIGN STATEMENT ON THE SECOND REVISED DRAFT OF THE BINDING TREATY. Disponible en: https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2020/08/Statement_GC_2nd-draft-TNCs_ENG.pdf

¹⁶ Global Campaign. GLOBAL CAMPAIGN STATEMENT ON THE SECOND REVISED DRAFT OF THE BINDING TREATY. Disponible en: https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2020/08/Statement_GC_2nd-draft-TNCs_ENG.pdf

Rusia afirmó que la noción de responsabilidad penal de las personas jurídicas no existe en su ordenamiento jurídico y, por tanto, la previsión de esta en el Tratado representaría un obstáculo para su adhesión. Además, el país reiteró que el Borrador debe crear estándares para la protección de los Derechos Humanos sin prejuzgar los mecanismos que los Estados pueden utilizar para cumplirlos. Finalmente, argumentó que el §11º del artículo 8º - que establece que los Estados deben adoptar, de acuerdo con su legislación interna, medidas para establecer la responsabilidad penal de las personas naturales y jurídicas - es inaceptable desde el punto de vista legal.

2.4.3 PANAMÁ

El Estado alega que el ordenamiento jurídico panameño no prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2.4.4 MÉXICO

México sugiere excluir diversas frases del texto del Borrador que no se ajusten a la normativa interna de los países. Así, el Estado alegó que el Tratado debe reconocer en su redacción los heterogéneos sistemas jurídicos de los distintos Estados Parte. Con respecto a la seguridad financiera, el país dijo que el §6º del artículo 8º - que disciplina que las empresas mantengan garantías financieras para cubrir posibles reclamos de indemnización - sería contraproducente. Así, afirmó que no todas las personas jurídicas o naturales cuentan con el capital necesario para garantizar dicha seguridad financiera.

2.4.5 CHINA

En cuanto a la *legal liability*, China afirmó que el artículo 8º (*Legal liability*) debe incluir el principio de complementariedad, a fin de respetar la estabilidad jurídica de cada país y los principios de cada Estado. Por lo tanto, los §§2º y 3º deberían ser más flexibles, evitando la adopción de regulaciones obligatorias. Sin embargo, en el §3º, afirmó que la forma de proceder con los procesos civiles y penales no es homogénea en los países, por lo que se necesita el Tratado en un lenguaje amplio para abarcar plenamente a todas las naciones. Además, la delegación china informó que algunos estados ya han expresado su opinión sobre la falta de previsión de responsabilidad penal en el ámbito interno para las personas jurídicas, lo que dificultaría la adhesión al instrumento vinculante. Por lo tanto, de acuerdo con su entendimiento, es imposible tener la intención de que todos los Estados Parte del Tratado incorporen plenamente la lista de los *international crimes* en su legislación penal, que podría caracterizar una violación del principio de la soberanía nacional.

Con respecto a la *due diligence*, China ha declarado que, de conformidad con el §8º del artículo 8º, la simple adopción de la *Human Rights Due Diligence* no es responsable de la exención de la compañía de responsabilidad en los casos de violaciones de Derechos Humanos. Así, el país sostuvo que tal disposición inutiliza el artículo 6º (*Prevention*). Finalmente, afirmó que los criterios establecidos en el Borrador de Cumplimiento de la *Human Rights Due Diligence* no son claros, provocando que las grandes empresas solo "hagan lo mejor". Finalmente, reiteró que, dado que la simple adopción del *HRDD* no es responsable de eximir de responsabilidad por violaciones a los

Derechos Humanos, las empresas perderán la motivación para adoptarlo. Por tanto, según el Estado, la *HRDD* debería ser una obligación de comportamiento, más que una obligación de resultados.

2.4.6 FILIPINAS

La delegación de Filipinas hizo hincapié en que el Borrador debería ser más claro con respecto a la cuestión de la responsabilidad de una persona física por violaciones de Derechos Humanos. Según el Estado, que invocó la doctrina de la actividad empresarial, la responsabilidad de los miembros de las empresas debe ser diferente de la responsabilidad de los individuos. En consecuencia, los individuos no pueden ser considerados responsables de los actos u omisiones de la persona jurídica, salvo algunas excepciones.

En cuanto a la *financial security*, el país reclamó que el §6 del artículo 8° debe adaptar su lenguaje, para adoptar un tono más imponente (cambio de *may* para *shall*). Por lo tanto, incluso si la ETNs se declaran en quiebra, el reclamante seguirá teniendo acceso a cierta seguridad financiera.

2.4.7 ECUADOR

El Estado señaló que el artículo 8° (*Legal liability*) contiene varias mejoras técnicas en comparación con *el Borrador*. Sin embargo, recomienda eliminar la lista de delitos e infracciones y, además, también sugiere que la noción de acceso a la justicia debe ser más general, alineada con el lenguaje y con el propósito del artículo 4° (*Right of Victims*). Finalmente, afirmó que el Tratado debería indicar con mayor claridad qué actos o abusos de Derechos Humanos darán lugar a consecuencias penales, civiles o administrativas.

Además, la delegación ecuatoriana también sostuvo que el §4° del artículo 8° debe ser remodelado, a fin de tomar en cuenta las posibilidades de consecuencias civiles. Además, también enfatizó que en el §5° no hay una referencia adecuada a una cuestión de responsabilidad legal como se propone en el artículo 8° en general, y debería reasignarse al artículo 7° (*Access to Remedy*). Finalmente, afirmó que la idea de *Human Rights Due Diligence* está más ligada al tema de la prevención que a la responsabilidad, y debería ser reubicada para el Artículo 6° (*Prevention*).

2.4.8 PALESTINA

El Estado de Palestina afirmó que el §4° del artículo 8° debería reforzar, mencionando ejemplos específicos de sanciones o penalidades a las que las empresas pueden responder si son procesadas - la noción de *criminal liability*. Como ejemplo, el país citó el retiro de una licencia para operar y la terminación de contratos o proyectos. También sugirió que en el texto del §9° del artículo 8° es fundamental declarar que la responsabilidad penal también puede ser provocada por una actividad empresarial.

En cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la delegación palestina dijo que los Estados partes deben asegurarse de que sus leyes nacionales presenten dicha disposición legal. Además, la lista de crímenes debe entenderse como todos los crímenes ya previstos en los instrumentos de derecho internacional, no limitándose únicamente a la lista adoptada por el Borrador. Finalmente, Palestina afirmó que sería importante establecer un nuevo dispositivo para

criminalizar las influencias políticas y gubernamentales cuando se trata de violaciones de Derechos Humanos.

En cuanto a la *due diligence*, el Estado observador manifestó que *el foco de HRDD* no está en la implementación, sino en el daño causado, con respecto al principio del *duty of care*.

2.4.9 EGIPTO

En cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el país se manifestó consciente de la complejidad del tema, ya que varios Estados no cuentan con esta disposición en sus ordenamientos jurídicos. Por tanto, sería factible incluir una lista específica de delitos para superar este obstáculo. Finalmente, argumentó que el §9º do artículo 8º carece de claridad en cuanto a la expresión *criminal offences under international human rights*.

La delegación de Egipto enfatizó la importancia del Borrador para mantenerse fiel a las disposiciones de la Resolución 26/9. Así, el Estado señaló la necesidad de referirse a los términos *abuses* y *violations*. Además, afirmó que los cambios en el §1º del artículo 8º podrían lesionar el principio de legalidad (*non poena sine lege*). Aún en este punto, el término *functionally equivalente* debe ser eliminado y reemplazado por responsabilidad penal o administrativa, a fin de eliminar todas las diferencias en los diferentes sistemas jurídicos.

En cuanto *due diligence*, Egipto declaró que la disposición del §8º del artículo 8º es beneficioso, ya que la simple implementación de *HRDD* no puede absolver a los Estados que se han cometido *abuses* y *violations*, debiendo este artículo leerse de conformidad con el artículo 6º (*Prevention*).

2.4.10 INDONESIA

El Estado afirmó que el §7º del artículo 8º no es claro porque tiene un lenguaje muy amplio. De este modo, se crea una confusión entre los términos *business relationship* y *business activities*. Además, con respecto a la *due diligence*, el país alegó que el §8º del artículo 8º también está redactado de manera muy amplia, creando una fórmula restrictiva sobre cómo los Tribunales Internacionales deben tomar una decisión en los procesos judiciales.

2.5 CADENAS DE VALOR

El fenómeno del neoliberalismo fue responsable de descentralizar las escalas de producción de las empresas, en un proceso de traspaso del orden productivo de los países centrales a los de la periferia global, dados los bajos costos de producción que son, a su vez, resultado directo de la parca regulación laboral. Este es el contexto para el surgimiento de cadenas de valor¹⁷, un fenómeno que se ha ido expandiendo cada vez más en los países del Sur Global, dada la búsqueda desenfrenada de las empresas por beneficios económicos. Teniendo en cuenta el texto del *Borrador 2*, el documento adolece de fallas considerables en lo que respecta a las cadenas de valor, ya que no hay discusiones sobre las disposiciones sobre las responsabilidades de las empresas involucradas en las actividades a lo largo de toda la cadena de producción. Por lo tanto, aunque el tema se menciona en

¹⁷ Homa. Cadenas de Valor y los impactos en la responsabilización de las empresas por violaciones de Derechos Humanos. Disponible en: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2018/08/Cadernos-de-Pesquisa-Homa-Cadeias-de-Valor.pdf>

algunos puntos del texto, su redacción es defectuosa. En este sentido, debido a la falta de conceptualización y disposiciones claras para la implementación de mecanismos efectivos que tomen en cuenta las consecuencias de este fenómeno - como el vínculo entre la matriz y filial y la responsabilidad por acciones u omisiones cometidas en el Sede central y en las subsidiarias - el Borrador deja que desear.

La posición de la Campaña Global sobre el tema es que la redacción del Borrador 2 no se centra en su verdadero objetivo: la lucha contra la impunidad de las ETN 's en toda su cadena de valor. Así, lo importante sería establecer, expresamente, que el pronóstico de rendición de cuentas está relacionado con la cadena de valor en su conjunto, no restringiéndose solo a la sede, sino también a las sucursales. Así, la responsabilización de las empresas transnacionales sería extendida, de manera que no abarque únicamente los actos directamente cometidos por ellas, sino también los indirectos. Además, la Campaña considera vital definir el concepto de cadena de valor en el texto del Borrador, a fin de evitar que estas complejas estructuras de arquitectura empresarial permitan a las empresas eludir la rendición de cuentas.

2.5.1 PALESTINA

El Estado de Palestina aborda el tema de las cadenas de valor como algo incipientemente disciplinado en la redacción del Borrador, mostrando que se debe reforzar el lenguaje. Por ello, recomienda la adopción de términos que garanticen la responsabilización de las empresas a lo largo de la cadena, extendiendo la responsabilidad más allá de las matrices, incluyendo las acciones realizadas también en las sucursales.

2.5.2 EGIPTO

El Estado mencionó la importancia de la Resolución 26/9 y la necesidad de que el texto del Borrador cumpla con lo establecido en este mandato. Por lo tanto, el país afirmó que las empresas que operan dentro de un Estado se rigen por la legislación nacional y, por lo tanto, la brecha real desafiadora en este tema está en reglamentar las actividades de estas empresas que operan a nivel transnacional, con el fin de lograr su responsabilización a lo largo de su toda la cadena de valor.

2.5.3 NAMIBIA

La delegación de Namibia afirma que todas las actividades realizadas por personas naturales o jurídicas que realicen empresas transnacionales deben tenerse en cuenta en el contexto de las actividades realizadas. En este sentido, entre dichas actividades, no se restringen solo a las realizadas por la casa matriz, sino también a las realizadas por las filiales. Además, el Estado manifestó que la redacción del §1º del artículo 9º debe hacer referencia explícita al término cadena de valor. Finalmente, consideró positivo el §4º del artículo 9º, dada la posibilidad de comprobar el establecimiento de un vínculo entre la sede y las sucursales de las empresas transnacionales.

2.5.4 SENEGAL

El Estado sostuvo que la sentencia de la Resolución 26/9, al establecer la creación de un instrumento jurídicamente vinculante en materia de Derechos Humanos y Empresas, es un paso

decisivo para garantizar la responsabilidad social corporativa en la actividad empresarial. Así, afirmó que la pandemia Covid-19 está evidenciando la vulnerabilidad de los trabajos informales a lo largo de las cadenas de valor y que la negociación del Tratado es una oportunidad para acabar con la impunidad por las violaciones de Derechos Humanos cometidas por empresas transnacionales.

2.5.5 PANAMÁ

El país manifestó que sería relevante adoptar, en el §5 del artículo 1º, el concepto de cadena de valor.

2.5.6 SUIZA

El país declaró que no participaría en las negociaciones, ya que están desarrollando un Plan de Acción Nacional de acuerdo con los Principios Orientadores. Sin embargo, pidió aclaraciones sobre algunas cuestiones jurídicas abordadas por el Tratado. Por lo tanto, afirmó que el *Borrador se* centra en el tema de las cadenas de valor de una manera que puede dar lugar a interpretaciones divergentes. Esto pues, por motivos de seguridad jurídica y dada la importancia del tema, solicitó aclaraciones sobre el tema que sean dadas durante la sesión.

2.5.7 REINO UNIDO

El Estado inició su discurso recordando que fue el primer país en desarrollar un Plan de Acción Nacional para la implementación de los Principios Orientadores de Derechos Humanos y Empresas, en 2013. Además, manifestó que su ley de esclavitud (*Modern Slavery Act*), aprobada en 2015 fue innovadora, ya que introdujo en su redacción la necesidad de que las empresas presenten medidas para enfrentar la esclavitud moderna en las operaciones que realizan a lo largo de toda su cadena de valor.

2.5.8 UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea dijo que la pandemia Covid-19 expuso la vulnerabilidad de las cadenas de valor y las personas que trabajan en ellas. Así, la Agenda de Derechos Humanos y Empresas ha ganado aún más relevancia. Así, se debe tomar en cuenta que la crisis de salud mostró la urgencia de reforzar la protección de los Estados a los Derechos Humanos en el contexto de las actividades empresariales, incluidos los derechos laborales.

2.5.9 FRANCIA

El Estado manifestó que viene estableciendo mecanismos para garantizar la rendición de cuentas de los países en materia de Derechos Humanos. En este sentido, en 2017 se aprobó una ley nacional sobre *duty of care*, que tiene como objetivo responsabilizar a las empresas de las operaciones dentro de sus cadenas productivas, considerando, para tal efecto, la regulación que se da desde el inicio, en la que se establece la relación comercial.

2.6 MECANISMOS DE EXTRATERRITORIALIDAD

En cuanto a la actividad de las empresas transnacionales, la extraterritorialidad se refiere a las actividades que se realizan fuera de la sede de la empresa matriz, comprendiendo no solo la responsabilidad por la conducta activa y omisiva en materia de Derechos Humanos, sino también los deberes de fiscalización, prevención y reparación. Hoy, ante la multiplicación de estas empresas transnacionales, así como la fragmentación de sus cadenas productivas, es necesario incorporar los deberes de la debida diligencia a esta actividad extraterritorial, buscando mecanismos de efectiva rendición de cuentas.

Al abordar el tema, particularmente a la luz del Artículo 9° (*Adjudicative Jurisdiction*), el Borrador 2 no prevé la inclusión de “cadenas de valor”, que son un fiel reflejo de esta producción fragmentada, comprometiendo así la búsqueda por la responsabilización empresarial. Otros desafíos de este logro se imponen en el sentido de que no se prevé la atribución de responsabilidad por las violaciones cometidas por los subcontratistas, ni siquiera en la vinculación de empresas a subsidiarias.

Actualmente, el Borrador prevé mecanismos de extraterritorialidad como los previstos en el §1° del artículo 9°, entre ellos: la posibilidad de interponer una acción en el Estado donde ocurrió la violación de los Derechos Humanos; o en el Estado donde tenga domicilio la persona jurídica o natural presuntamente responsable de esa acción, omisión o contribución a la violación de los Derechos Humanos. Para ambos, el hogar se considera el lugar donde se incorpora la empresa; la ubicación de la sede legal o registrada de la empresa; el lugar donde se encuentra su administración central, o el lugar principal de negocios de dicha empresa.

Aquí, además de los requisitos ya incorporados en el Borrador, se entiende que la inclusión del lugar donde se ubican los bienes de la empresa debe constituir uno de los criterios para el establecimiento del domicilio, como otro medio para combatir la impunidad. En cuanto a los Estados, éstos, a su vez, tienen la obligación de la debida diligencia en relación con sus empresas en otros países, así como de cooperar en el ámbito de la validación de sentencias y crear mecanismos de reparación de daños.

En relación a la extraterritorialidad, las principales demandas de la Campaña Global son: la posibilidad de realizar denuncias en el país donde se ubica la empresa y la posibilidad de realizar varias demandas en otras jurisdicciones. Una crítica común al Borrador es la falta de inclusión de una jurisdicción internacional y universal. Además, la Campaña se ha expresado enérgicamente a favor de la creación de una Corte Internacional¹⁸ para garantizar, de hecho, la jurisdicción universal.

Las posiciones de los países sobre el tema fueron las siguientes:

2.6.1 BRASIL

El país se opone a los mecanismos de extraterritorialidad. En primer lugar, informa de la existencia de una posible carga excesiva para los Estados, en caso de que tales medidas se incorporen al Tratado. También critica la existencia de conexión de casos entre diferentes países; la

¹⁸ Entre los puntos clave planteados por la Campaña Global, el 5° es la Creación de un Tribunal Internacional, para lograr una jurisdicción internacional que supere en exceso la falta de temas internos. Global Campaign. Puntos clave de la Campaña Global en relación con el Tratado de las Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2019/05/Pontos-chave-para-a-Campanha-Global-sobre-o-tratado-vinculativo.pdf>

consideración de la imposibilidad de un juicio justo en el país de la empresa y la posibilidad de que la víctima solicite el uso de una ley de otro Estado, utilizando para ello el alegato de inseguridad jurídica. Afirma que los §§7º y 9º del artículo 8º, leídos en conjunto, así como el §2º del artículo 11 (*Applicable law*), mitigan el principio de juez natural, que puede promover el fenómeno del fórum shopping.

En cuanto a §5º del artículo 9º, aboga por la alteración de la *close connection* por *direct/clear connection*, en un claro intento de impedir la incidencia del *forum necessitatis*. Aun así, alude que lo dispuesto en el artículo 9º (*Adjudicative Jurisdiction*) debe tomar en cuenta el principio de subsidiariedad, es decir, la extraterritorialidad solo puede tomarse en cuenta una vez agotado el proceso en el Estado de origen. Por último, se critica lo dispuesto en el artículo §1º del artículo 10º (*Statute of limitations*), que prevé la garantía de que los Estados firmantes se comprometen a tomar las medidas adecuadas internamente, al afirmar que la regla general de cada jurisdicción es suficiente para garantizar la protección de los derechos previstos en el Tratado.

2.6.2 RUSIA

La delegación rusa critica ampliamente la extraterritorialidad. Alegando que el alcance del §1º del artículo 9º es demasiado amplio y, al igual que la delegación brasileña, menciona la vaguedad de la expresión *close connection/closely connected* presentes en los §§4º e 5º del artículo 9º. De esta forma, se plantea la posibilidad de abrir la prerrogativa para posibles abusos de las víctimas, quienes podrían realizar una “selección” de Tribunales para el juicio (*forum shopping*).

Entonces, el país defiende que la extraterritorialidad no se aplicaría a los casos penales, por lo que debe prevalecer la regla del lugar donde ocurrió el crimen, y el juicio también debe tener lugar en la jurisdicción referida, de lo contrario, se viola el principio contradictorio. Finalmente, argumenta que los estándares progresistas dañan los principios de la justicia penal y el orden público.

2.6.3 PANAMÁ

Críticas a la extraterritorialidad ante la posibilidad de que la víctima ejerza el *forum shopping*. Para la delegación panameña, el concepto de extraterritorialidad aún no está claro, ya que se diferencia del principio de territorialidad presente en el derecho penal. Otro blanco de críticas fue el alcance integral de la extraterritorialidad, especialmente en materia penal, al afirmar que los tribunales nacionales no podrán responder adecuadamente a acciones que contengan delitos ocurridos fuera del territorio nacional. En este sentido, sugiere que la extraterritorialidad debe limitarse al ámbito civil (artículo 9 - *Adjudicative Jurisdiction*).

2.6.4 SUDÁFRICA

Expresa la necesidad de cumplir con el mandato de la Resolución 26/9. Dada la dificultad de las víctimas para buscar reparación, refuerza la necesidad de medidas de extraterritorialidad, que es una parte central del Tratado, según la delegación. La centralidad de las víctimas es el foco principal.

2.6.5 MÉXICO

Va en contra de las medidas de extraterritorialidad. Afirma que todo el contenido del artículo 9º es vago. Está a favor del juicio en la jurisdicción donde ocurrieron las violaciones.

2.6.6 CHINA

El país se opone firmemente a cualquier medida de extraterritorialidad. Primero, se dice que la extraterritorialidad es contraria al principio de soberanía. Luego, el alcance de la relación empresarial contenido en el Borrador es atacado por su magnitud, bajo el argumento de que la falta de distinción entre lo que sería una violación de los Derechos Humanos viola el principio de independencia de la personalidad jurídica.

En este sentido, China se posiciona a favor de las ETN's, aludiendo a que las grandes empresas solo pueden esforzarse al máximo para cumplir con los criterios de la debida diligencia. Aún en relación con la debida diligencia, entiende que ésta debe constituir una obligación de conducta y no de resultado.

2.6.7 FILIPINAS

Defiende los mecanismos de extraterritorialidad. En relación con el §1º del artículo 9º, sugiere la inclusión del acceso al tribunal del Estado donde la víctima es natural o reside, ya que el Estado del domicilio de una empresa transnacional puede ser diferente del Estado del domicilio de la víctima. lo que dificultaría la presentación de una demanda, dada la necesidad de ir al estado donde está domiciliada la transnacional. La posición filipina reconoce la toma del poder en el contexto de estados frágiles frente a las acciones de las empresas transnacionales.

2.6.8 NAMIBIA

Ampliamente favorable a la extraterritorialidad. Elogia el Artículo 9º (*Adjudicative Jurisdiction*) por contribuir al acceso a la justicia: permite que la víctima tenga acceso a la justicia incluso en situaciones en las que se le impide presentar demandas en los Tribunales de su estado de origen o *host-State*, pero puede hacerlo en un tercer estado y en tribunales regionales. En relación con el §1º del artículo 9º, sostiene que el Borrador debe incluir nuevamente a quienes puedan encontrarse en una situación de posible daño al derecho, además de hacer referencia a las cadenas de valor.

2.6.9 ECUADOR

El país se posiciona en el sentido de que, además de las medidas de extraterritorialidad ya presentes en el Borrador, también se incluye un plan para la ejecución de las sentencias en el artículo 9º (*Adjudicative Jurisdiction*).

2.6.10 CHILE

No ve posibilidades en la implementación del artículo 9º, oponiéndose a las medidas de extraterritorialidad. Critica la redacción del §4º del artículo 9º, en relación con el término *closely connected*.

2.6.11 EGIPTO

Destaca la necesidad de la extraterritorialidad, bajo el paradigma central del Tratado sobre la centralidad de las víctimas y el acceso a la justicia. Elogió la redacción del §1º del artículo 9º.

2.6.12 REINO UNIDO

Según la delegación británica, la extraterritorialidad viola los principios de soberanía y debido proceso legal.

2.6.13 SENEGAL

Señala la importancia de los mecanismos de extraterritorialidad para la reparación efectiva de las víctimas.

2.6.14 ARMENIA

El Estado sugirió la exclusión del 9.1.b, en una aparente postura contraria a los mecanismos de extraterritorialidad.

2.7 FORUM NON CONVENIENS Y FORUM NECESSITATIS

El *forum non conveniens* consiste en la facultad discrecional de elegir el foro competente, lo que permite a un Tribunal desestimar el caso a favor de otro Tribunal, en teoría, mejor preparado para analizarlo. Esta discreción evita que los casos de violaciones de Derechos Humanos sean procesados de manera efectiva, especialmente en estados donde prevalece la captura corporativa en detrimento de las instituciones.

La no utilización del *forum non conveniens*, presente en el Borrador en su §3º del artículo 9º, es una demanda antigua de la sociedad civil durante todo el proceso de negociación del Tratado, que considera su prohibición como fundamental para la debida responsabilización de las empresas por sus violaciones a los Derechos Humanos, según lo previsto en el Tratado.

En este sentido, se considera la prohibición del *forum non conveniens* y la inclusión del *forum necessitatis* como un buen paso adelante, a fin de posibilitar un mayor abanico de acceso a la justicia. Sin embargo, es necesario reforzar el lenguaje de estos conceptos en el texto del borrador. El *forum necessitatis* en sí, por ejemplo, no se menciona textualmente, a pesar de ser incorporado en el Borrador a través de la posibilidad de que la víctima accione a jurisdicción en contra de una persona jurídica o natural responsable de la violación de los Derechos Humanos no domiciliados en dicho territorio, en caso no es posible garantizar el juicio justo de la causa, que está presente en el §5º del artículo 9º. Además, la Campaña valora la creación de una Corte Internacional, libre de ataduras estatales, para obtener, así, un amplio acceso a la justicia y reparación de las víctimas de violaciones de Derechos Humanos¹⁹.

Los estados se expresaron de la siguiente manera:

¹⁹ Global Campaign. Puntos clave de la Campaña Global en relación al Tratado de la ONU. Disponible en: <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2019/05/Pontos-chave-para-a-Campanha-Global-sobre-o-tratado-vinculativo.pdf> Acceso: 09 feb 2021

2.7.1 PANAMÁ

A diferencia de la posición más conservadora en materia de extraterritorialidad, Panamá se manifestó a favor de adoptar como principio el *forum necessitatis*, con el objetivo de garantizar la reparación a las víctimas cuando no sea posible decidir a qué Tribunal debe pertenecer la acción.

2.7.2 BRASIL

Al igual que la declaración panameña, Brasil sorprende al elogiar la implementación de la cláusula de prohibición del *forum non conveniens*. Sin embargo, subraya que el párrafo debe perfeccionarse a la luz del impacto potencial en los sistemas judiciales nacionales.

2.7.3 CHINA

El país critica ampliamente la inclusión de la prohibición del *forum non conveniens* en el Borrador, con el argumento de que el Tratado debería respetar la soberanía de los Estados. Por lo tanto, según la delegación china, el uso del *forum non conveniens* no puede descartarse arbitrariamente.

2.7.4 NAMIBIA

El Estado destacó la importancia de excluir el *forum non conveniens* para la reparación efectiva de las víctimas. El país también enfatizó la necesidad de que el Borrador aborde el *forum necessitatis de manera* más específica.

2.8 MUTUAL LEGAL ASSISTANCE

Al establecer el alcance extraterritorial de las sentencias, el instituto de *mutual legal assistance* es de suma importancia para que dichos mecanismos de extraterritorialidad se lleven a cabo, contribuyendo a la reparación efectiva de las víctimas. Dicha cooperación, además de tener los deberes derivados de la buena fe (Artículo 13 - *International Cooperation*), debe tener lugar a través de los deberes de información en materia penal, civil y administrativa (Artículo 12 - *Mutual Legal Assistance and International Judicial Cooperation*).

Sin embargo, quedan algunos obstáculos para su pleno funcionamiento. El artículo 12, en el párrafo 10, punto c, menciona el "orden público". Los motivos de oposición al orden público se identifican como uno de los mayores obstáculos para la homologación de sentencias extranjeras, lo que a menudo dificulta el acceso de los afectados y afectadas a las reparaciones. En este contexto, el principio de primacía de los Derechos Humanos queda relegado a una función secundaria, minimizando el acceso a la justicia y la debida reparación de las víctimas.

En relación al artículo 14 (*Consistency with International Law principles and instruments*), que trata de la compatibilidad entre los principios del Derecho Internacional y los instrumentos vinculantes, el Borrador se refiere a principios como el de soberanía, elevando a los Estados a la posición de actores independientes. Tal postura es contraria a la intención de la sociedad civil durante el proceso de negociación, que valora la primacía de los Derechos Humanos en un sentido de soberanía real de los pueblos, y no de soberanía estatal. Además, uno de los puntos controvertidos

de este artículo es el planteado por el §5º, que establece la compatibilidad de los acuerdos comerciales con el contenido del Tratado en discusión.

Con respecto a estos temas planteados, las principales posiciones de los países involucrados en el proceso de negociación del Tratado son:

2.8.1 UNIÓN EUROPEA

La posición de la Unión Europea se basó en la solicitud de aclaración en relación con la cooperación internacional, indagando sobre su alcance, ya sea entendido en materia penal o también civil.

2.8.2 BRASIL

En una posición contraria a la *mutual legal assistance*, Brasil manifiesta la posible carga excesiva a los Estados, impuesta por el artículo 12 (*Mutual Legal Assistance and International Judicial Cooperation*).

2.8.3 RUSIA

De manera similar a la postura brasileña, Rusia mostró preocupación por las obligaciones excesivas que estos dispositivos traen a los Estados. El país critica el §5º del artículo 14, que exige que los acuerdos comerciales existentes cumplan con las disposiciones del Tratado.

2.8.4 MÉXICO

El país considera innecesario la inclusión de los §§1º a 4º del artículo 14 (*Consistency with International Law principles and instruments*).

2.8.5 CHINA

Para China, el artículo 12 (*Mutual Legal Assistance and International Judicial Cooperation*) va en contra de la soberanía judicial. Según el país, se debe respetar plenamente la soberanía y la discreción. Además, argumentan que el Tratado debe distinguir explícitamente entre acciones civiles y penales. Finalmente, afirman que no existe una jerarquía entre los diferentes tipos de tratados, ignorando la primacía de los Derechos Humanos.

2.8.6 PALESTINA

El Estado sugiere reforzar los términos del artículo 14.5.a, para que los tratados de comercio e inversión vigentes estén en consonancia con el principio de primacía de los Derechos Humanos. Para Palestina, el comercio internacional debe regularse a la luz de la primacía de los Derechos Humanos y del Derecho Humanitario.

2.8.7 CHILE

Chile critica el §5º del artículo 14 porque, según la posición del país, viola el principio de libre comercio y los acuerdos comerciales que de él se derivan, que tienen forma de ley.

2.8.8 ECUADOR

Según el entendimiento del país, el objetivo del artículo 12, al incorporar el principio de la *mutual legal assistance*, es garantizar la reparación a las víctimas. También menciona que el artículo 14 no trata sobre la jerarquía entre instrumentos, sino sobre la compatibilidad entre los instrumentos existentes.

2.8.9 EGIPTO

Según la delegación de Egipto, el principio de cooperación internacional exige que un Estado no utilice su territorio de manera que pueda resultar en violaciones de Derechos Humanos en su jurisdicción ni en la de otros Estados. Por ello, defiende la inclusión de un párrafo en el artículo 13 (*International Cooperation*) para responsabilizar a los Estados por violaciones de Derechos Humanos, en su territorio o en otros territorios, cuando las violaciones sean producidas por las ETN's. También refuerza la limitación del alcance del Tratado a las ETN's y valora los mecanismos de extraterritorialidad.

2.8.10 PANAMÁ

El Estado defiende la inclusión de una cláusula, en el artículo 12 (*Mutual Legal Assistance and International Judicial Cooperation*), para someter a los Estados no signatarios a cooperar en materia de asistencia judicial recíproca.

3. CONCLUSIÓN

En vista de lo anterior, es posible notar que aún existen claras inconsistencias entre la redacción del Borrador y el objetivo del Tratado, en comparación con lo propuesto en la Resolución 26/9. También se observa la dificultad del consenso entre países, especialmente en lo que se refiere a la implementación de puntos que representan una mayor intervención, es decir, la regulación legal, como se muestra en el texto, ya que estos son los temas que más afectarían el desempeño predatorio de la capital transnacional.

No obstante, considerando los *statements* hechas en el documento, se puede decir que la 6ª sesión fue una advertencia para la comunidad internacional, en la medida en que los países presentes han demostrado, en gran parte, descontentos con las pocas adiciones - o incluso el mantenimiento - de partes del texto que demuestran un sesgo más garantista, en materia de protección de los Derechos Humanos.

Teniendo esto en cuenta, es importante destacar el mayor peligro que representaba la pandemia del coronavirus para las discusiones, ya que esto no solo impidió una participación más activa de la sociedad civil, sino que retiró a los expertos de la Sesión, como se indica en la introducción al informe. También posibilitó la ausencia de países con poco interés en la discusión, que se retiraron del proceso, abriendo prerrogativas por su vacuidad, lo que puede dar lugar a una no implementación del Tratado o incluso a un gran retroceso en el texto del próximo Borrador.

Así, es evidente que el contexto político-económico internacional es de gran relevancia para la discusión de un Tratado de Derechos Humanos y Empresas, ya que la regulación de la actividad empresarial es vista por muchos países como un problema que tendría un impacto muy fuerte en la

capital internacional. Por lo tanto, muchos países tienen interés en mantener la situación con la mínima regulación legal posible, dejando la carga de combatir tales violaciones a la discreción de las legislaciones nacionales, perpetuando así el poder de los grandes conglomerados transnacionales.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | REFERENCES | REFERENCIAS

GLOBAL CAMPAIGN TO RECLAIM PEOPLES SOVEREIGNTY, DISMANTLE CORPORATE POWER AND STOP IMPUNITY. *Global campaign statement on the second revised draft of the binding treaty*. Disponible em: https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2020/08/Statement_GC_2nd-draft-TNCs_ENG.pdf

GLOBAL CAMPAIGN TO RECLAIM PEOPLES SOVEREIGNTY, DISMANTLE CORPORATE POWER AND STOP IMPUNITY. *UN binding treaty: written contribution of the global campaign, february 2019*. Disponible em: <https://www.stopcorporateimpunity.org/un-binding-treaty-written-contribution-of-the-global-campaign-march-2019/>

GLOBAL CAMPAIGN TO RECLAIM PEOPLES SOVEREIGNTY, DISMANTLE CORPORATE POWER AND STOP IMPUNITY. *Pontos-chave da Campanha Global em relação ao Tratado da ONU*. Disponible em: <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2019/05/Pontos-chave-para-a-Campanha-Global-sobre-o-tratado-vinculativo.pdf>

OEIGWG. *Second Revised Draft Legally Binding Instrument To Regulate, In International Human Rights Law, The Activities Of Transnational Corporations And Other Business Enterprises*. Ginebra, 06 ago. 2020. Disponible em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf

OHCHR. *Annex to the report on 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)*. Ginebra, 04 mar. 2020. Disponible em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session5/Annex_CompilationStatements_5th_session.pdf

OHCHR. United Nations Human Right Council, 2021. *Sexta sessão do grupo de trabalho intergovernamental aberto sobre empresas transnacionais e outras empresas de negócios com respeito aos direitos humanos*. Disponible em: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session6/Pages/Session6.aspx>

REDESCA (org.). *Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Washington: CIDH/OEA, 2019. Disponible em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>

ROLAND, Manoela C., SOARES, Andressa O., BREGA, Gabriel R., BRAGA, Lucas D., CARVALHO, Maria Fernanda C. G., ROCHA, Renata P. *Análise do Draft One: avanço ou retrocesso?*. In. Cadernos de Pesquisa Homa. vol. 2, n. 8, 2019. Disponible em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2020/01/Cadernos-de-Pesquisa-An%C3%A1lise-do-Draft-One-Reticado.pdf>

ROLAND, Manoela C., SOARES, Andressa O., BREGA, Gabriel R., OLIVEIRA, Lucas de S., CARVALHO, Maria Fernanda C. G., ROCHA, Renata P. *Cadeias de Valor e os impactos na responsabilização das empresas por violações de Direitos Humanos*. In. Cadernos de Pesquisa Homa. vol. 1, n. 5, 2018. Disponible em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2018/08/Cadernos-de-Pesquisa-Homa-Cadeias-de-Valor.pdf>

Documento elaborado por
Homa – Centro de Derechos Humanos y Empresas
projeto.homa@ufjf.edu.br

Coordinación
Manoela Carneiro Roland
Doutora, coordenadora geral do Homa, Professora de Direito Internacional na Universidade Federal de Juiz de Fora

Supervisión
Andressa Oliveira Soares
Mestre, coordenadora de pesquisa do Homa, Universidade Federal de Juiz de Fora

Aline Laís Lara Sena
Graduanda, pesquisadora associada ao Homa, Universidade Federal de Juiz de Fora

João Pedro Brito Perillo
Graduando, pesquisador associado ao Homa, Universidade Federal de Juiz de Fora

Luca Cezário Tostes Tito
Graduando, pesquisador associado ao Homa, Universidade Federal de Juiz de Fora

Renata Paschoalim Rocha
Graduanda, pesquisadora associada ao Homa, Universidade Federal de Juiz de Fora

Sofia Miranda de Oliveira
Graduanda, pesquisadora associada ao Homa, Universidade Federal de Juiz de Fora

Traducción
Rosa Daniela Díaz Guerrero

Instagram & Twitter | @HomaPublicaDHE
periodicos.ufjf.br/index.php/homa/