

ISSN 2526-0774 | *Seção Cadernos de Pesquisa Homa*

# HomaPublica

REVISTA INTERNACIONAL DE  
**DERECHOS HUMANOS  
Y EMPRESAS**



Vol. V | Nº. 02 | Jul - Dic 2021

Recibido: 09.08.2021 | Aceptado: 09.08.2021 | Publicado: 10.08.2021

## ANÁLISIS DEL SEGUNDO BORRADOR REVISADO DEL INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE SOBRE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

ANÁLISE DO SEGUNDO DRAFT REVISADO DO INSTRUMENTO JURIDICAMENTE VINCULANTE SOBRE EMPRESAS TRANSNACIONAIS E OUTRAS EMPRESAS COM RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS

ANALYSIS OF THE SECOND REVISED DRAFT 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 0000-0001-5168-2230](#)*

**Andressa Oliveira Soares**

*Universidade de São Paulo | São Paulo - SP, Brasil | [ORCID-ID 0000-0001-8063-6380](#)*

**Maria Fernanda Campos Goretti de Carvalho**

*Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | [ORCID-ID 0000-0003-3296-9396](#)*

**Aline Laís Lara Sena**

*Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | [ORCID-ID 0000-0001-6471-0966](#)*

**João Pedro Brito Perillo**

*Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | [ORCID-ID 0000-0002-1963-4930](#)*

**Luca Cezário Tostes Tito**

*Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | [ORCID-ID 0000-0002-4737-8153](#)*

**Renata Paschoalim Rocha**

*Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | [ORCID-ID 0000-0002-2202-0438](#)*

**Sofia Miranda de Oliveira**

*Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora - MG, Brasil | [ORCID-ID 0000-0001-5182-5270](#)*

### Resumen

El presente texto pretende ofrecer una visión general del texto del Borrador Dos, comenzando con un análisis específico de cada artículo del documento, en relación con el objetivo establecido por la Resolución 26/9 sobre la regulación de las actividades de las Empresas Transnacionales, y también con la posición adoptada por la Campaña Global para Reivindicar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder Corporativo y Acabar con la Impunidad. Bajo el punto de vista adoptado, el trabajo expone una visión crítica sobre los cambios introducidos por el Segundo Borrador Revisado, afrontando los problemas que no fueron resueltos por la nueva redacción, así como señalando sugerencias para un mejor desarrollo y enfoque del Instrumento. En este sentido, se utiliza la metodología cualitativa a través de la revisión de documentos, con el fin de proporcionar un conocimiento más específico sobre el tema, demostrando también la necesidad de adiciones al texto, con el objetivo de alinearse con los preceptos de protección de los derechos humanos.

### Palabras clave

Tratado Internacional sobre Empresas y Derechos Humanos. Borrador 2. Empresas transnacionales. Violaciones de los derechos humanos.



## Abstract

This paper aims to provide an overview regarding the Draft Two, starting from a punctual analysis of each article and considering along with it, goals set by the Resolution 26/9, which concerns the regulation of Transnational Companies activities. Notwithstanding, we consider the position adopted by the Global Campaign to Dismantle Corporate Power and Stop Impunity to take on a critical perspective referring to the changes made in the Second Revised Draft, as well as to face problems not solved by the new wording and pointing out suggestions for a better buildout and specificity of the Instrument. In this sense, we apply qualitative methodology through document review, in order to provide a more punctual aspect with regard to the subject and also to demonstrate the need for additions in the current wording, aiming for an alignment with the Human Rights protection system.

## Keywords

International treaty on business and human rights. Draft Two. Transnational Companies. Human Rights violations.

## Resumo

O presente texto busca traçar um panorama acerca do texto do Draft Two, partindo de uma análise pontual de cada artigo do documento, em conjunto com o objetivo estabelecido pela Resolução 26/9 a respeito da regulação de atividades de Empresas Transnacionais, e ainda com a posição adotada pela Campanha Global para Reivindicar a Soberania dos Povos, Desmantelar o Poder Corporativo e por fim à Impunidade. Sob o ponto de vista adotado, o trabalho expõe uma visão crítica acerca das mudanças trazidas pelo Second Revised Draft, enfrentando as problemáticas que não foram solucionadas pela nova redação, bem como apontando sugestões para um melhor desenvolvimento e foco do Instrumento. Nesse sentido, emprega-se a metodologia qualitativa através de revisão documental, a fim de proporcionar um conhecimento mais pontual acerca da temática, demonstrando também a necessidade de complementações ao texto, com o objetivo de alinhamento aos preceitos de proteção de Direitos Humanos.

## Palavras-chave

Tratado internacional sobre Empresas e Direitos Humanos. Draft 2. Empresas Transnacionais. Violações de Direitos Humanos.

La Campaña Global para Recuperar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder Empresarial y Poner Fin a la Impunidad<sup>1</sup>, continuando su labor en defensa de los Derechos Humanos frente a las violaciones provocadas por las grandes Empresas, está dedicada, en este documento, a analizar el *Second Revised Draft*<sup>2</sup> Presentamos la continuidad del seguimiento y estudio sobre el tema de Derechos Humanos y todo el proceso de negociación del Tratado, en un intento por delimitar su importancia, sus errores y aciertos y si hubo una evolución o no en la forma de responsabilizar a las Empresas por violaciones de Derechos Humanos.

La participación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) con el tema de Derechos Humanos es relativamente reciente. Si bien las discusiones sobre el tema se iniciaron en la década de 1970, con la expansión de la globalización y el poder de las Empresas Transnacionales, fue recién en

<sup>1</sup> Creada en 2012, la Campaña Global para Recuperar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder Corporativo y Poner Fin a la Impunidad, denominada en este trabajo de "Campaña", es una red que reúne a más de 250 movimientos, organizaciones de la sociedad civil y comunidades afectadas por actividades de Empresas transnacionales. La organización, creada como respuesta a las frecuentes violaciones de derechos humanos por parte de las empresas, permite una estructura global en busca de visibilidad de la resistencia frente a las actividades de las grandes empresas. Más información está disponible en: <https://www.stopcorporateimpunity.org>.

<sup>2</sup> A los efectos de este análisis, OEIGWG Second Revised Draft on the "Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the activities of transnational corporations and other business enterprises" se denominará "Borrador 2" y se puede encontrar en:

[https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG\\_Chair-Rapgrapher\\_second\\_revised\\_draft\\_LBI\\_on\\_TNCs\\_and\\_OBEs\\_with\\_respect\\_to\\_Human\\_Rights.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapgrapher_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf)

2011, Hace unos 40 años, que los Principios Orientadores sobre Derechos Humanos y Empresas se presentaron dentro del ámbito del Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Por lo tanto, debido a su carácter voluntario en esta materia, ha habido una intensa presión por parte de varios países y de la sociedad civil, y tres años después de su aprobación mediante la resolución 26/9, por la elaboración del Tratado Internacional sobre Empresas y Derechos Humanos, un hito histórico en el proceso de lucha en defensa de los Derechos Humanos contra las violaciones cometidas por las Empresas.

Después de realizar dos consultas informales en línea durante los meses de mayo y junio de este año, el presidente del Grupo de Trabajo publicó una nueva versión del documento jurídicamente vinculante a principios de agosto.

Este borrador es reconocido por tener solo mejoras puntuales y sin valor y, estructuralmente, reproduce la lógica presente en el último borrador, que es la lógica de los Principios Rectores. Esto significa que el documento no tiene el poder de innovar, regular las empresas transnacionales y garantizar la protección de los Derechos Humanos, que debe ser su principal objetivo.

Y podemos señalar varias cuestiones problemáticas en este borrador. Primero, el tratado mantiene obligaciones solo con los Estados. Por lo tanto, no se asigna responsabilidad directa a las empresas más allá de las mismas pautas defectuosas reproducidas en los Principios Rectores. En este sentido, el propio texto limita la eficacia del Tratado al no imponer obligaciones directas a las Empresas. Por supuesto, estas obligaciones deben ser distintas a las obligaciones de los Estados, pero, en nuestra opinión, es fundamental que las Empresas respeten los principios y normas de Derechos Humanos establecidos por Naciones Unidas.

Además, no estamos sugiriendo una reinención del Derecho Internacional, ya que existen tratados e instrumentos internacionales que incluyen obligaciones y hacen que las personas jurídicas, como las ETNs, legalmente responsables, incluso en algunos tratados de inversiones<sup>3</sup>.

La primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre cualquier otro instrumento jurídico internacional, en particular los acuerdos comerciales y de inversión, es fundamental para establecer un tratado eficaz. Sin embargo, este concepto no se abordó en el Borrador. Es imperativo que este principio sea destacado en el documento final y que sea objeto de un artículo específico, además de ser reafirmado a lo largo de todo el Tratado.

Otro problema importante es el alcance del Tratado. El uso de "all business" es una señal de la falta de compromiso del OEIGWG con la protección efectiva de los Derechos Humanos. El alcance más amplio evita un instrumento que llenaría las lagunas del Derecho Internacional, manteniendo el statu quo y planteando un gran riesgo para la eficacia del Tratado, porque diluye los esfuerzos de investigación y regulación de todas las especificaciones de la actividad empresarial transnacional, optando por dispositivos más genéricos, y que también deben adecuarse a las ramas de actividad de todas y cada una de las corporaciones en la política interna de cada país. La particularidad del poder de las Empresas Transnacionales y su estructura jurídica y económica requieren de un instrumento de Derecho Internacional para regular sus impactos, ya que el derecho interno puede ser muy susceptible al poder económico y político. Además, constituye una flagrante violación del mandato de la Resolución 26/9 y su espíritu.

---

<sup>3</sup> Algunos de los tratados internacionales: Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes; Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación; entre otros.

Debido al no reconocimiento de las obligaciones directas atribuidas a las empresas, el Borrador 2 reproduce la diferencia terminológica / conceptual en relación a los campos de actuación desarrollados por países y empresas. En otras palabras, los países violarían los Derechos Humanos y las Empresas sólo causarían impactos o abusos. Un aspecto esencial, que debe ser reconocido para asegurar una adecuación sistemática del instrumento internacional a la lógica de otros tratados internacionales de protección de los Derechos Humanos, es que debe prevalecer la perspectiva de la víctima en cuanto a la identificación de la dimensión de los derechos violados. Por lo tanto, siempre que se haga referencia a grupos afectados por "damages", se debe utilizar el término "violation" de Derechos. No se abusó de las víctimas, ni de las comunidades afectadas, pero se violaron sus Derechos Humanos y sus garantías. Por tanto, esta distinción debe eliminarse en todo el documento.

Además, para garantizar una mayor uniformidad en la interpretación y aplicación del futuro Tratado, es necesario excluir conceptos fundamentalmente imprecisos e indeterminados, o un exceso de adjetivos. Como, por ejemplo, *principalmente documentos; relaciones sustanciales; crímenes más graves*. Este tipo de terminología amenaza la buena ejecución del Tratado, ya que los términos vagos no tienen conceptos definidos y pueden invocarse en cualquier momento en un intento por eludir la responsabilidad.

También nos preocupa mucho la ausencia total de discusión sobre cadenas de suministro y la falta de mecanismos de rendición de cuentas para todas las Empresas involucradas en la actividad comercial transnacional a lo largo de la cadena de suministro, además de la aplicación del principio de obligación de solidaridad.

Además, el Borrador 2 no aborda una cuestión importante de "levantar el velo corporativo". El velo corporativo evita que todas las entidades legales en la cadena de suministro tengan una existencia legal común, por lo que cada una se considera una persona jurídica independiente. Este hecho representa un obstáculo para el reconocimiento de la responsabilidad legal de la Empresa Matriz por las violaciones ocasionadas por otras Empresas de su cadena de suministro, a pesar de la conexión entre ellas. Es fundamental que la oficina central divulgue toda la información sobre las Empresas que forman parte de su cadena de suministro. En este sentido, el Tratado debería establecer mecanismos claros para declarar la responsabilidad legal entre la matriz y todas las partes de la cadena de suministro. Como propuesta para el Tratado, la Campaña Global sugiere una vez más la siguiente descripción:

For the purposes of this Treaty, the TNC supply chain consists of companies outside the TNC that contribute to the operations of the TNC – from the provision of materials, services and funds to the delivery of products for the end user. The supply chain also includes contractors, subcontractors or suppliers with whom the parent company or the companies it controls carry on established business relations. The TNC may exercise influence over a supply chain company depending on the circumstances.

Si bien el Borrador 2 menciona el proceso de debida diligencia en su Artículo 6, no es suficiente para considerarlo como un avance. Es necesario promover un seguimiento independiente de la debida diligencia con un enfoque en los Derechos Humanos. Se ha demostrado que no se puede confiar en que las empresas controlen sus propias acciones y decisiones.

Además, el proyecto no aborda adecuadamente la extremadamente importante prohibición del *forum non-conveniens*. Aunque se menciona en el Artículo 7, es vago y no tiene mecanismos para

forzar o ayudar a los países en el tema. Además, es fundamental incluir la doctrina del *forum necessitatis* siempre que se establezca el vínculo entre el promotor de ETN y la comunidad violada.

En este nuevo texto no se observó ningún tipo de dispositivo de aplicación, lo que deja al documento sin ningún mecanismo para garantizar y sostener su efectividad. Insistimos en que se debe plantear la posibilidad de una Corte, ya que incluso el ex embajador ecuatoriano Luis Gallegos, junto a Daniel Uribe, ha reconocido que una Corte es viable y necesaria en el contexto del Tratado.<sup>4</sup>

Brevemente, se puede decir con seguridad que la capacidad de regular la actividad comercial transnacional se ve debilitada por este Borrador. Temas esenciales como los mencionados anteriormente se han dejado de lado, suavizados o relativizados. Necesitamos un tratado de lenguaje más fuerte que se enfoque en la protección efectiva y la reparación justa para las comunidades y personas violadas.

## PREÁMBULO

El preámbulo del Borrador 2 tiene las mismas cuestiones problemáticas que obstaculizan la efectividad del Tratado y el cumplimiento del mandato de la Resolución 26/9. A priori, cabe mencionar que este proyecto no presentó una sesión sobre derechos y principios a ser protegidos y respetados por los signatarios del Tratado. Sin embargo, lo consideramos fundamental para el diseño de un Tratado de Derechos Humanos y Empresas, además de ser parte de la praxis de documentos vinculantes.

Además, es fundamental establecer la primacía de los Derechos Humanos sobre los acuerdos comerciales y de inversión. Este es el núcleo principal del documento y debe presentarse con claridad.

Sin embargo, el comienzo del documento debe mencionar los nueve principales instrumentos internacionales de derechos humanos adoptados por las Naciones Unidas<sup>5</sup>, y los ocho convenios fundamentales adoptados por la OIT<sup>6</sup>. Sin embargo, el documento es restringido, determina sólo unos pocos instrumentos internacionales y señala " *others internationally agreed human rights-relevant declarations*".

Sin embargo, en primer lugar, entendemos que mencionar instrumentos específicos puede terminar limitando las posibilidades de instrumentos de Derechos Humanos que puedan apoyar la LBI. En este sentido, el artículo 3.3 menciona que el Tratado debe abarcar todos los convenios e

---

<sup>4</sup> Luis Gallegos, Daniel Uribe. El próximo paso contra la impunidad empresarial: ¿un tribunal mundial de empresas y derechos humanos?, 2016

<https://harvardilj.org/2016/07/the-next-step-against-corporate-impunity-a-world-court-on-business-and-human-rights/>

<sup>5</sup> Los nueve instrumentos adoptados por la ONU son: Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984); Convención sobre los Derechos del Niño (1989); Convención internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990); Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006); Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad (2006). Puede encontrar más información sobre los instrumentos aquí: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>

<sup>6</sup> Ya las ocho principales convenciones adoptadas por la Organización Internacional del Trabajo son Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention n. 87 (1948); Right to Organise and Collective Bargaining Convention n. 98 (1949); Forced Labour Convention n.29 (1930); Abolition of Forced Labour Convention n.105 (1957); Minimum Age Convention n.138 (1973); Worst Forms of Child Labour Convention n.182 (1999); Equal Remuneration Convention n. 100 (1951) e Discrimination (Employment and Occupation) Convention n. 111 (1958)) Más información está disponible en: <https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--en/index.htm>

instrumentos de Derechos Humanos reconocidos internacionalmente, así como el Derecho Consuetudinario. Por lo tanto, entendemos que la limitación resultante de citas específicas en el preámbulo es contradictoria con la disposición del Tratado.

Aun así, si los instrumentos siguen siendo distintos, proponemos la consideración de otros instrumentos internacionales, además de los mencionados anteriormente, tales como por ejemplo:

The Convention relating to the Status of Refugees; the Convention against Corruption; the Convention the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide; the Convention on the Slavery; the Declaration on the Right of Peoples to Peace; the four Geneva Conventions and their Optional Protocols; the International Convention against Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries; the International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid; the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity; the Rome Statute of the International Criminal Court and other relevant international instruments approved at the international level in the human rights framework; the Convention on Biological Diversity; the Declaration on the rights of peasants and other working in rural areas, besides other Conventions and Recommendations of the International Labour Organization, specially The Indigenous and Tribal Peoples Convention n.169 (1989), marco internacional essencial na proteção de povos indígenas e comunidades tradicionais<sup>7</sup>.

El Borrador 2 también fracasa al no reafirmar los Derechos Fundamentales de algunos grupos y algunos acuerdos que deberían ser considerados, señalando sólo la necesidad de promover la igualdad entre hombres y mujeres, mientras que el texto también debería enfocarse en los instrumentos relacionados con los Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Políticos y Laborales. En todo caso, es necesario imponer Derechos Colectivos, como la autodeterminación, el derecho al desarrollo y un medio ambiente sano, incluyendo los derechos de los pueblos indígenas y comunidades originarias y la necesidad de promover el progreso social y mejores niveles de vida en una mayor libertad, respetando las obligaciones derivadas de los tratados y otras fuentes del Derecho Internacional, según lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas.

Otro problema que no fue resuelto por este borrador es la mención del término " *all business enterprises*", que sugiere, principalmente, la visión de Estados Unidos y la Unión Europea, de incluir una redacción que ampliaría el alcance de la LBI a todas las empresas. Sin embargo, esta prerrogativa va en contra de la Resolución 26/9, que deja claro el carácter transnacional de estas empresas (ETNs), como se mencionó anteriormente.

Nuevamente, el borrador de LBI tiene términos vagos e indefinidos que pueden socavar su efectividad. Es importante que el texto del decimotercer párrafo del preámbulo sea modificado en su parte final, eliminando la palabra " *directly*" de la construcción textual: [...] *as well as by preventing or mitigating human rights abuses that are **directly** linked to their operations, products or services by their business relationships* [...]

La expresión antes mencionada puede llegar a restringir el alcance del documento ya que no existe una definición de lo que estaría " *directly linked*", y la rendición de cuentas de las empresas por violaciones de derechos humanos debe ocurrir en cualquier momento, independientemente de que hayan cometido directa o indirectamente las violaciones de Derechos Humanos. violación, ya sea de

<sup>7</sup> CAMPAÑA GLOBAL PARA RECUPERAR LA SOBERANÍA DE LOS PUEBLOS, DESMANTELAR EL PODER CORPORATIVO Y PONER FIN A LA IMPUNIDAD. Treaty on Transnational Corporations and their supply chains with regard to Human Rights. Outubro 2017. p.7. Disponible en: [https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2017/10/Treaty\\_draftEN.pdf](https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2017/10/Treaty_draftEN.pdf)

operaciones, productos o servicios en sus relaciones comerciales. En este sentido, la Empresa que obtiene beneficios de la actividad debe asumir la responsabilidad de toda la cadena de suministro.

El preámbulo del Borrador 2 aboga por el deseo de "*clarify and facilitate the effective implementation of State obligations regarding the human rights abuses related to the business activities, and the responsibilities of business in that sense*". Sin embargo, nuevamente aquí, y en todo el documento, las funciones se delegan únicamente a los Estados, sin imposición directa sobre las obligaciones de las empresas. Este enfoque, entonces, contradice la Resolución 26/9 y socava la efectividad del Tratado en la protección de los Derechos Humanos<sup>8</sup>

El borrador también mantuvo la mención al cumplimiento de los *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*. Si bien entendemos que los Principios Rectores fueron un paso para ser reconocidos en la agenda de Derechos Humanos y Empresas, el objetivo del Tratado es contrarrestar su lógica de voluntariedad y llenar los vacíos a través de formas de vincular a las Empresas directamente con los Derechos Humanos y hacerlas responsables por sus actividades.

Por último, otro tema que requiere atención es la decisión tomada por el Grupo Intergubernamental de utilizar la expresión "*human rights abuses*" en lugar de "*human rights violations*". Este recurso lingüístico se utilizó a lo largo de todo el documento, comenzando por el preámbulo. Sin embargo, es una visión equivocada de las violaciones, pues si bien las acciones son reconocidas internacionalmente como "abusos", enfatizamos que siempre que el escenario se refiere a actividades comerciales perjudiciales y a las personas afectadas por el problema, lo que está en juego es la integridad de los Derechos Humanos, por lo tanto, tus violaciones, no abusos.

Si bien el término que se usa al hablar de las acciones de una empresa es abuso, con el argumento de ser reconocidos internacionalmente de esta manera, enfatizamos que siempre que hablamos de personas en el contexto de actividades empresariales perjudiciales, lo que está sucediendo es la violación de sus Derechos, no el Abuso. Al utilizar el término "violations", implicamos la comprensión de las consecuencias más severas de quienes deben prevenir las actividades ilícitas, después de todo, la violación sufrida por la persona afectada queda anulada. Reiteramos que la perspectiva que siempre debe prevalecer es la de la víctima y no la del violador. Este entendimiento ya está cristalizado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por ejemplo, con la doctrina de la Centralidad del Sufrimiento de la Víctima en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Finalmente, una enmienda final y necesaria sería cambiar la expresión existente "*to clarify and facilitate*" por la más aplicable "*effectively implement*", y también reemplazar el término "*responsibilities*" de las ETNs por "*obligations*". En resumen, estas modificaciones son importantes para mantener la perspectiva de la víctima sobre el Tratado y facilitar su acceso a la reparación.

---

<sup>8</sup> GLOBAL CAMPAIGN COMMENTS AND AMENDMENTS TO THE UN BINDING TREATY REVISED DRAFT (DRAFT 1). Febrero 2020. P. 4 Disponible en: <https://www.stopcorporateimpunity.org/global-campaign-comments-and-amendments-to-the-un-binding-treaty-revised-draft-draft-1/>.

## SECCIÓN I

### ARTÍCULO 1. DEFINITIONS

El propósito de este artículo es definir los conceptos de: víctimas, abusos de Derechos Humanos, actividades comerciales, actividades comerciales transnacionales, relaciones comerciales y organización de integración regional.

Primero, rechazamos una definición de *victim*, porque este término puede quitarles protagonismo a las personas y expresar una idea de incapacidad, que no refleja la realidad. Por lo tanto, sugerimos el uso de personas y comunidades afectadas<sup>9</sup>.

El Segundo Borrador agregó al término "*victims*" (1.1) el daño físico, mental, emocional, económico o daño sustancial a los Derechos Humanos a través de actos u omisiones en el contexto de actividades transnacionales, que formaban parte del término "*Human rights violation or abuse*", en el Borrador Uno. También se eliminó la condición de adecuación con el derecho interno presente en el anteproyecto anterior, que incluyó a los familiares inmediatos o dependientes directos de la víctima, así como a las personas que intervinieron para ayudar a la víctima en peligro o para evitar la victimización, generando así un concepto más completo.

El término "*Human rights violation or abuse*" presente en el Borrador Uno fue reemplazado por "*Human rights abuse*" en el Borrador 2<sup>10</sup>. La eliminación del término violación también puede entenderse como una restricción y, además, una contradicción con El documento en sí, al fin y al cabo, en este nuevo borrador, se abordó específicamente a las empresas estatales, y en este caso, el Estado acaba siendo el infractor directo. Por tanto, esta retirada no tiene sentido.

Con respecto a las "*business activities*", el artículo 1.3. mantiene su alcance a todas las empresas y cubre todo tipo de actividad económica. Así, debido a la gran cantidad de empresas y sus diferentes particularidades, que varían según el tamaño de *supply chain*, la naturaleza de su actividad, su alcance internacional, entre otros, la redacción del artículo contribuye a la pérdida de la efectividad del Tratado, que debería estar enfocado en el desempeño de los ETNs. La pregunta afecta una vez más lo establecido por la Resolución 26/9 y ha sido ampliamente defendida por la Campaña Global, que se enfoca en la rendición de cuentas de las empresas transnacionales. Además, la composición del artículo no enumeraba los actos de comisión u omisión, prerrogativa defendida por la Campaña<sup>11</sup>.

La definición de "*business activities of a transnational character*" fue incorporado al artículo 1.4. En el inciso b, debe eliminarse el término "*substantial*", ya que el mero desarrollo de cualquier actividad en un Estado distinto del país de origen de la empresa ya indica el carácter de una actividad transnacional. El uso del término en cuestión reduce la responsabilidad de las empresas por actividades potencialmente infractoras en Estados distintos de los de origen. Nuevamente, existe el uso de términos cuyos conceptos no definidos explícitamente pueden conducir a la pérdida de efectividad del instrumento.

<sup>9</sup> GLOBAL CAMPAIGN COMMENTS AND AMENDMENTS TO THE UN BINDING TREATY REVISED DRAFT (DRAFT 1). (BORRADOR 1). Febrero de 2020. P. 4 Disponible en: <https://www.stopcorporateimpunity.org/global-campaign-comments-and-amendments-to-the-un-binding-treaty-revised-draft-draft-1/>.

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> Ibidem. p.6.

El Borrador 2 retoma el documento de los elementos y el Borrador 0 en el artículo 1.5 cambiando la terminología “*contractual relationship*” por “*contractual relationship*”, solicitada por la Campaña Global para evitar una interpretación restrictiva del artículo que anteriormente no cubría los ejercicios laborales no contractuales. A pesar del cambio de nomenclatura, el contenido se mantuvo prácticamente sin cambios, añadiéndose únicamente la inclusión de las actividades realizadas por medios electrónicos. En esta coyuntura, cabe mencionar que problemas como la falta de definiciones relativas a la cadena de valor se mantuvieron. Además, proponemos una modificación al artículo 1.5, de la siguiente manera:

The term business relationship shall not be restricted to the signing parts of specific contracts or other formal proof and should be interpreted in the most protective manner for the alleged victims under this treaty. This “business relationship” is built upon the joint and several liability between the parent company of a TNC and all entities along their global value chain (as defined in this article), including private and public investors, International Economic and Financial Institutions (as defined below) and banks participating by investing in the production processes, for all of their activities.

Con la recomendación de “*joint and several liability*” que se incluirá en el artículo 1.5, la Campaña también quisiera proponer una aclaración de este término, que debería especificarse en un nuevo párrafo, 1.5 bis 1:

For the purposes of this Treaty, “Joint and several liability” refers to the responsibility that exists between TNCs, all its subsidiaries and their global value chain, including the parent company and private and public investor, the International Economic and Financial Institutions (as defined below) and banks participating by investing in the production processes, for all of their activities.

Con respecto a la “*global value chain*”, la Campaña sugiere la inclusión de un nuevo párrafo, 1.5. bis 2, que debería dejar muy claro este concepto para futuras interpretaciones:

The “global value chain” consists of a group of companies coordinated by a transnational corporation that contribute to the operations of the transnational corporation - from the provision of material, services and funds to the delivery of products for the end user. The global value chain includes affiliates, contractors, subcontractors or suppliers with whom the transnational corporation carries on established business relations. The TNC may exercise influence over a global value chain company depending on the circumstances.

En cuanto a la “*regional integration organization*” prevista en el artículo 1.6, el Proyecto 2 trae como novedad la responsabilidad de estas organizaciones de declarar, a través del instrumento formal de confirmación o adhesión, su nivel de competencia en relación con las materias reguladas por el Tratado e informar también al depositario de cualquier modificación sustancial de competencia.

Finalmente, aclaramos las “*International Economic and Financial Institutions*”, en adelante IFIs, una definición que debe agregarse en un nuevo párrafo, 1.7, según se propone:

IFIs include Inter-governmental organizations, the United Nations and its specialized agencies (International Monetary Fund, World Bank), the World Trade Organization (WTO), development, trade and investment banks, regional banks and other international financial institutions.

## ARTÍCULO 2. STATEMENT OF PURPOSE

El Borrador 2 incluyó explícitamente, a través del artículo 2.1.a, que el objeto del Tratado es regular las *“responsibilities of business enterprises in this regard”*, lo que se caracteriza por una pequeña mejora con respecto a su redacción anterior. Sin embargo, aún no cumple con el mandato de la Resolución 26/9, que es establecer responsabilidades objetivas y concretas a las Empresas Transnacionales. Con solo mencionar que las *“business enterprises”* tienen responsabilidades, sin enumerarlas o establecerlas de manera más contundente, refuerza el carácter de soft law en cuanto a las obligaciones de estos agentes privados.

Además, la redacción actual del Proyecto aún perpetúa la lógica de los Principios Rectores del Artículo 2.1.a, al establecer la amplia responsabilidad de *“respect, protect and promote human rights in the context of business activities”* que incumben a los Estados. Como forma de reforzar las obligaciones directas que persigue esta LBI, se debe agregar el Artículo 2.1.b *“by establishing concrete obligations to respect human rights for TNCs, in addition to States’ obligations, and by creating effective and binding mechanisms of monitoring and enforceability.”*

Finalmente, en aras de asegurar una mayor positividad, la expresión *“strengthen”*, presente en el artículo 2.1.d, debería ser sustituida por una semánticamente más fuerte como *“guarantee”*, que demostraría un carácter más contundente en la prevención de violaciones de Derechos Humanos comprometidos por las Empresas Transnacionales.

## ARTÍCULO 3. SCOPE

Resumiendo este análisis, el alcance del Borrador 2 mantiene el alcance de *“all business enterprises”* e *“other business enterprises that undertake business activities of a transnational character”* a través del Artículo 3.1. De esta manera, reduce la efectividad del Tratado al comparar, en el plan teórico, diferentes sujetos en el plan concreto, como Empresas Transnacionales y otras empresas, estableciendo una tarea prácticamente imposible de alcanzar y controlar.

La nueva redacción del Proyecto, a través del artículo 3.2, establece que los Estados serán responsables de determinar las obligaciones de las *“business enterprises”* de acuerdo con su ley interna. Así, nuevamente, el texto del documento incluye disposiciones que son responsables de disminuir su efectividad e impedir la adecuada protección y acceso a la justicia de las víctimas. El hecho de que los Estados sean responsables de tal tarea, no una Corte Internacional, ignora las diferentes realidades de los países más polifacéticos en términos de protección de los Derechos Humanos y acceso a la justicia. Así, como ya lo señaló la Campaña Global, las ETNs no pueden aprovechar un débil alcance nacional en la protección de los Derechos Humanos para eludir sus deberes y responsabilidades y, por lo tanto, este artículo debe ser modificado.

Además, la composición del artículo citado no incluye obstáculos a la rendición de cuentas de las entidades privadas, como la lógica de la *“race to the bottom”* y la captura empresarial. En esta perspectiva, un Tratado Internacional de Derechos Humanos y Empresas, para acabar con la impunidad, debería restringir con vehemencia cualquier mecanismo que permita el escape de responsabilidad por parte de las Empresas Transnacionales. Así, con el texto actual del artículo 3.2, cada país será responsable de establecer obligaciones para las empresas, lo cual es inadecuado ya que

aquellas naciones que tienen marcos ineficientes en el tema de Derechos Humanos, o que tienen sus economías fuertemente dependientes de actividades empresariales, son vulnerables a estos compromisos y susceptibles a las continuas e indefinidas violaciones de Derechos Humanos. Y más: una vez aprobado el tratado, además de su ineficacia en esta materia, contribuiría al mantenimiento de esta perspectiva, ya que tendría una legitimidad reconocida internacionalmente.

Finalmente, el artículo 3.3 trae una ampliación de los documentos internacionales de Derechos Humanos que debe cubrir el tratado, lo que denota la inconsistencia con la denominación de ciertos documentos en el preámbulo, como ya se mencionó.

## SECCIÓN II

### ARTÍCULO 4. RIGHTS OF VICTIMS

El artículo 4 inicia la segunda sección del Tratado delimitando los Derechos de las Víctimas. El contenido presente en el artículo sufrió algunos cambios, y algunas de sus disposiciones anteriores fueron trasladadas al artículo siguiente, agregado al documento como "*Protection of the Victims*", reduciendo así el gran volumen de contenido presente en este artículo, generando una división más articulada, ya que la separación proporciona un mayor enfoque del artículo 4 efectivamente en las garantías de los afectados, y menos en las obligaciones directas del Estado.

Sin embargo, estos cambios no resuelven todos los problemas presentados anteriormente. En este sentido, aún queda la duda de que, en cuanto a los derechos de los afectados, estos tienen un alcance más amplio que lo que se presenta en el texto. Tal situación, que antes se consideraba como una potencial restricción de derechos, cuando se enumera en una lista de un documento jurídico, como si fuera una lista de situaciones a garantizar, puede sentar precedentes para una interpretación exhaustiva del artículo, es decir, sólo se debe proteger a quien realmente esté dispuesto.

Además, es claro que dos puntos previamente criticados no han sufrido ningún tipo de cambio, a saber: en el artículo 2, punto "c", se habla de "*environmental remediation, and ecological restoration*";. Aquí es clara la presuposición de que el Derecho a la Naturaleza está sujeto a restauración o reparación después de la perpetración de violaciones. Sin embargo, esta disposición ya ha sido objeto de críticas, ya que ahora se reconoce la falacia de este razonamiento. Sin embargo, incluso con tales comentarios hechos con respecto al Borrador Uno, se mantuvieron las posibilidades.

Aun así, otro tema ampliamente debatido en relación al Borrador anterior fue la ausencia del enfoque temático que considere la captura corporativa. Aún con el retiro de las obligaciones propias de los Estados del artículo en cuestión, no hay nada en él que implique la atribución de responsabilidades directas a las Empresas, aun cuando esta atribución ya se infiera de otros ámbitos del Derecho Internacional, como en el informe de la CIDH<sup>12</sup> y su REDESCA<sup>13</sup>, en el ámbito de la OEA.

Con respecto a las críticas también planteadas por la Campaña, anteriormente relacionadas con el párrafo 4.6, que ahora está previsto en 4.2, inciso f, se refiere a la ambigüedad de la disposición que garantiza el acceso a la información relevante. Así, es necesario incluir prerrogativas que amplíen

<sup>12</sup> Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos  
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpleadasDDHH.pdf>

<sup>13</sup> Relatoría Especial de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.

el alcance de efectividad de dicha garantía, por ejemplo, obligar que las víctimas puedan tener información legal sobre las Empresas Transnacionales, a fin de facilitar efectivamente la búsqueda de recursos.

Cabe señalar también que no estaba previsto el derecho a la reparación integral de los afectados, concepto ya tan solidificado en la jurisprudencia internacional de Derechos Humanos, por ejemplo, en la Corte Interamericana, a través de la *restitutio in integrum*<sup>14</sup> que, además de medidas de restitución e indemnización, prevé medidas de rehabilitación, satisfacción y no repetición.

## PROPUESTAS

Con la reestructuración del artículo, lo que se busca ahora es la reformulación de la idea de que el Derecho a la Naturaleza se puede "restored". Además, la propuesta realizada por la Campaña de modificar el párrafo 4, f, para: "*victims shall be guaranteed access to informations relevant to the pursuit of remedies. This shall include information relative to all the different legal entities involved in the transnational business activity alleged to harm human rights, such as property titles, contracts, board members, communications and other relevant documents.*"<sup>15</sup>

Además, el artículo 4.2.c debería modificarse, considerando la eliminación "such as", que podría verse como un obstáculo para garantizar realmente un acceso adecuado a la justicia y una reparación efectiva. Dicho esto, la expresión "including covering expenses for relocation of victims, replacement of community facilities, and emergency and long-term health assistance. Victims shall be guaranteed the right for long-term monitoring of such remedies." shall be included at the end of the article.

Finalmente, la Campaña propone un nuevo párrafo 4.2, punto h, asegurando que las "*have access to independent technical advisory mechanisms that facilitate access to impartial evidence regarding the harm or risk of harm caused by companies*". De un cuarto párrafo, 4.4, asegurando que "*affected individuals and communities have the right to request States parties to adopt precautionary measures related to serious or urgent situations that present a risk of irreparable harm pending the resolution of a case as, for instance in cases of risks of environmental harm.*".

## ARTÍCULO 5. PROTECTION OF THE VICTIMS

La incorporación del tema "*protection of victims*" en un artículo exclusivo del tema es un cambio estructural con relación al documento anterior, y demuestra que el reconocimiento de los Derechos de los afectados por las violaciones (descrito en el artículo 4) no es suficiente para la garantía de los mismos, siendo necesaria la creación de mecanismos legales y estructurales para hacer valer estos derechos. El artículo, que mantiene el tema del término "víctimas", ya debatido, se compone de tres párrafos, que abordan la necesidad de garantizar la protección a las personas y comunidades afectadas en la búsqueda de la realización de sus Derechos, especialmente en lo que respecta al acceso a la justicia. Esta protección, sin embargo, se presenta de manera vaga, general e

<sup>14</sup> Velásquez Rodríguez parrafo. 26

<sup>15</sup> Global Campaign Comments and Amendments to the unbinding treaty revised Draft (draft 1), p.8

imprecisa, como podemos ver en los dos primeros párrafos, sin demostrar cómo se llevará a cabo ni prever medios efectivos para su aplicación.

En cuanto al alcance del artículo, existe una falta de tratamiento diferenciado sobre las vulnerabilidades de cada grupo que sufre violaciones de Derechos Humanos por parte de las Empresas en un enfoque interseccional. Esta ausencia demuestra la importancia de avanzar en la discusión sobre las individualidades de los afectados y su representación en el Tratado, a fin de implementar acciones encaminadas a asegurar las necesidades específicas de cada grupo, como lo requiere la protección de las víctimas.

También se requiere de disposiciones específicas sobre defensores y defensoras de Derechos Humanos y sindicalistas, protegiendo su integridad física y psicológica a través de obligaciones legales atribuidas al Estado y a las Empresas, dado que el escenario en el sur global de asesinatos de aquellos actores indispensables en la lucha por la defensa de los Derechos Humanos, hace necesaria una protección especial para este grupo. Además, podrían existir parámetros de conducta para casos de violaciones a los Derechos Ambientales en los que los afectados necesiten ser destinados a otra región, garantizando su seguridad y tratamiento médico y psicológico.

Finalmente, debemos darnos cuenta de que la disposición solo trata de la rendición de cuentas de los Estados hacia los afectados, no estableciendo obligación alguna para las Empresas en relación con las personas que sufren las consecuencias de sus violaciones. La resistencia a vislumbrar medidas que viabilicen la atribución de estas responsabilidades a las Empresas está condicionada por los desafíos políticos y legales en la superación del lobby, la captura empresarial y el poder que tienen en el escenario global. Sin embargo, las bases que estructuran la “arquitectura de la impunidad” no pueden justificar la omisión de la rendición de cuentas directa de las empresas en un instrumento normativo que aborde las violaciones de Derechos Humanos.

Es necesario que las garantías del individuo y su comunidad se destaquen en todos los ámbitos de la defensa de estos Derechos, ya sea en la prevención, mitigación o reparación de los daños sufridos por la actividad empresarial, siempre apuntando a la soberanía del principio de Centralidad de Víctimas. De esta manera, se espera que se establezcan obligaciones claras y objetivas, con la imposición de sanciones bien definidas tanto para los Estados como para las Empresas, a fin de garantizar la protección integral a las víctimas.

## PROPUESTAS

En cuanto a la vaguedad de la disposición, la imposición de obligaciones expresas para la preservación de garantías individuales por parte de Estados y Empresas se deberá pasar por la creación de políticas públicas que hagan valer su cumplimiento, asegurando la responsabilidad civil, administrativa, laboral y penal de dichas entidades, teniendo como foco siempre en asegurar el principio de la Soberanía de los Derechos Humanos, así como las normas ya consolidadas del Derecho Internacional ya consolidado. Estas políticas deben salvaguardar, en todos los ámbitos, los Derechos sociales, culturales, civiles, económicos, políticos, laborales, el derecho al desarrollo, el trabajo decente, la autodeterminación y un medio ambiente equilibrado, así como reconocer la necesidad de mecanismos de protección específicos de los Defensores de Derechos Humanos, según lo propuesto por la Campaña:

States parties shall take adequate and effective measures to (atualizado: guarantee all rights of persons, groups and organizations that promote and defend human rights and the environment, so that they are able to exercise their human rights free from any threat, intimidation, violence or insecurity. This obligation requires taking into account their internacional obligations in the field of human rights, and their constitutional principles.) recognize, protect and promote the rights of human rights defenders in environmental matters, including their right to life, personal integrity, freedom of opinion and expression, peaceful assembly and association, and free movement, as well as their ability to exercise their access rights, taking into account its international obligations in the field of human rights, its constitutional principles and the basic concepts of its legal system.<sup>16</sup>

La protección de las personas afectadas por violaciones de Derechos Humanos debe incluir el reconocimiento de su individualidad y vulnerabilidades. Por lo tanto, es necesario tener cortes de género, raza y clase. Las comunidades quilombolas y tradicionales y los pueblos indígenas deben tener su cultura, forma de vida, organización social, usos y costumbres reconocidas y preservadas. Deben protegerse las creencias y tradiciones de todo el grupo.

Además, la Campaña sugiere la inclusión de un nuevo párrafo, 5.4, centrado en los mecanismos de respuesta a emergencias, como se propone:

States parties shall ensure emergency response mechanisms in case of disasters caused by the action of transnational corporations and other business enterprises of transnational character.

El artículo 5.3 también propone la incorporación del deber del Estado de garantizar la reparación integral, como se discutió en el artículo anterior. Por tanto, la redacción podría ser:

State Parties shall investigate all human rights abuses covered under this (Legally Binding Instrument), effectively, promptly, thoroughly and impartially, and where appropriate, take action against those natural or legal persons found responsible, and guarantee access to restitutio in integrum, in accordance with domestic and international law.

## ARTÍCULO 6. PREVENTION

Podemos ver, en el primer párrafo del artículo 6, el mantenimiento del alcance del Tratado, ya criticado en el análisis del proyecto y en este mismo texto, que abarca "*all the commercial activities*", sin diferenciación alguna, un tema que consideramos un paso atrás en relación al borrador Cero. La mención expresa que a "*all business enterprises domiciled within their territory or jurisdiction, including those of a transnational character*" todavía parece que se estuviera colocando en primer plano a las Empresas que operan en el territorio nacional. Esta medida contradice la resolución 26/9, que en una nota de pie de página afirma la referencia a las Empresas Transnacionales en "otras empresas comerciales", y las expectativas, por parte de los Estados participantes, la sociedad civil y las organizaciones que están a la vanguardia del proceso de elaboración del Tratado.

Esta contradicción provoca una abstracción normativa, ya que la ampliación del alcance del Tratado corrobora la generalización de sus disposiciones, provocando un cierto vacío sobre la discusión. Sin embargo, la ampliación de este alcance, recogido en las propuestas de la Unión Europea (la mayoría de los países de origen de las ETNs que participan en el Tratado) y del sector privado, aún

<sup>16</sup> Global Campaign Comments and Amendments to the unbinding treaty revised Draft (draft 1), p.9

revela una captura corporativa de la agenda, en la medida en que saca del primer plano los mecanismos de rendición de cuentas de estas empresas específicas, eliminando la efectividad del Tratado.

Es evidente que ni siquiera en materia de prevención se establecen obligaciones directas con las Empresas. Sin embargo, prevenir las violaciones es responsabilidad conjunta de los agentes. El Estado es responsable de crear estándares vinculantes de *human rights due diligence*, verificando, regulando e inspeccionando el potencial nocivo de las actividades empresariales, y las empresas son responsables de cumplir con dichos estándares y verificar la propia operación, la cual debe guiarse por la perspectiva de protección a los Derechos Humanos. Es necesario crear secciones separadas que se ocupen de las obligaciones de los Estados y las empresas.

También podemos observar que, con relación al Borrador Uno, en el primer párrafo de este documento, hay un agregado sobre la noción de cadena de valor. Sin embargo, se puede analizar la falta de disposiciones para la implementación de mecanismos efectivos que consideren las consecuencias de este fenómeno en el que transitan dificultades de rendición de cuentas, como los obstáculos para identificar el vínculo entre la casa matriz, la subsidiaria y las actividades de la cadena; control de mercado; la capacidad de reducir costos de lo que se produce en otras partes de su estructura y la consiguiente precariedad del trabajo.

En el párrafo 2, otros tipos de violaciones, como la laboral, por ejemplo, también necesitan un tratamiento más efectivo, considerando la flexibilización de la normativa laboral en los países en desarrollo para atraer inversiones transnacionales, favoreciendo la explotación económica y las precarias condiciones a las que suelen estar sometidos los trabajadores, lo que desencadena el fenómeno conocido como *"race to the bottom"*.

En 6.3 c), nuevamente, tenemos el uso de *human rights abuses* cuando deberían ser violaciones. En esta disposición, se hace referencia a las víctimas directamente como aquellas que sufren violaciones, no abusos. Hay un intento de caracterizar erróneamente el fenómeno de la violación de los derechos de estos grupos.

Finalmente, podemos señalar, en el párrafo 4, el incentivo al cumplimiento. Sin embargo, no existen parámetros para que el instrumento sea desarrollado y utilizado, requiriendo la existencia de obligaciones expresas a seguir. La decisión de cumplir sigue estando condicionada por el Estado, que con mayor frecuencia sufre la captura empresarial, lo que genera inseguridad jurídica para los afectados. Se mantuvo el uso de los términos *"small"* y *"medium sized"* que ya fue problematizado en el análisis de Homa del Borrador Uno por su imprecisión, caracterizado como un concepto abierto en relación a los pasivos y activos legítimos y quiénes son los titulares de las obligaciones.

## PROPUESTA

El Tratado debe restringirse a los Estados y las Empresas Transnacionales, y deben adoptar mecanismos de control, prevención y reparación capaces de identificar y prevenir las violaciones de derechos humanos derivadas de sus actividades, sin perjuicio de su responsabilidad en caso de que tales violaciones ocurran. Las obligaciones de prevención deben expresarse para ambas entidades, y deben incluir la creación de vías de rendición de cuentas extraterritorial, además de disposiciones que aseguren la coherencia de los Estados con relación a los acuerdos de comercio e inversión, así como el establecimiento de mecanismos de control del cumplimiento de las obligaciones. asumido a nivel

internacional. La responsabilidad de las empresas debe extenderse a lo largo de la cadena de valor, considerando a los afectados a lo largo de toda su cadena productiva.

También podría haber un tema específico sobre los derechos de la comunidad en la que se ubicará el proyecto, siendo previamente informada a la comunidad de los riesgos que implica la actividad antes de que se instale la Empresa. Y que también sean consultados para manifestar su interés o rechazo, **teniendo derecho a decir que no**, especialmente en el caso de comunidades tradicionales.

### ARTÍCULO 7. ACCESS TO REMEDY

El artículo número 7, también parte de la sección II, es una adición al primer borrador, que no tenía tal construcción. Este artículo está compuesto por siete párrafos, el tercero de los cuales tiene cinco párrafos, todos relacionados con la necesidad de acceso a la reparación de las víctimas. También busca que las leyes nacionales no constituyan un obstáculo para el acceso a la justicia, haciendo exactamente lo contrario, actuando como mecanismos para garantizar dicho acceso, con facilitación de información y bajos costos.

Lo que se nota con la institución de este nuevo artículo es un cierto reconocimiento de que las víctimas, además de las violaciones perpetradas por las Empresas, también se ven afectadas por las acciones de los Estados Nacionales que, cuando dificultan el acceso a los medios para reclamar los Derechos de los afectados, perpetúan un proceso de reducción de estos Derechos, al que contribuyen en gran medida la burocracia estatal y la captura empresarial. En este sentido, en el artículo 7, en la búsqueda de una regulación más efectiva, atribuyendo responsabilidades a los Estados para facilitar el acceso de las víctimas a los recursos de las violaciones, se reconoce implícitamente que la falta de mecanismos o mecanismos eficaces es una gran barrera para la articulación de las víctimas.

Sin embargo, el artículo no está exento de críticas, ya que enfatiza, en el primer párrafo, el fomento de medidas “extrajudiciales”. En este caso, el problema pasa por el hecho de que la disparidad entre víctimas y empresas transnacionales es inmensa, ya que estas últimas tienen mucho más poder económico-financiero e incluso político. Para ejemplificar una situación de medidas extrajudiciales que demuestran su ineficacia, se toma el caso de los TACs en el caso del colapso de la represa Fundão, en Mariana, en 2015, que desencadenó una situación en la que los afectados hasta ahora han No recibió las debidas reparaciones, pero la empresa aprovechó la existencia de acuerdos extrajudiciales para lograr una efectiva no rendición de cuentas. Con eso, terminamos enfatizando una revictimización.

Otro tema que no se aborda en este Anteproyecto, y consecuentemente en el artículo en cuestión, es la inclusión del principio de la centralidad del sufrimiento de la víctima, que constituye una base importante para el tema de los Derechos Humanos, y que ya ha sido abordado en varias oportunidades anteriores, incluida la Campaña, en un intento de llamar la atención sobre la importancia de colocar al sujeto que sufrió las violaciones en el centro de los debates sobre Derecho Internacional. Es importante enfatizar que la base de este derecho también debe ser la protección de las personas, ya sea contra violaciones estatales o corporativas, que son, por regla general, sujetos en una relación de poder mucho mayor. De esta forma, también en el ámbito de la OEA, la Corte

Interamericana ya ha actuado hacia el reconocimiento de este principio, demostrando que el escenario internacional ya está tomando conciencia de la necesidad de priorizar a las víctimas.

El artículo 7, sin embargo, hace mención, breve pero importante, de la prohibición del “*forum non conveniens*”, tema que ha sido incansablemente discutido, ya que las Cortes Nacionales rechazan con frecuencia acciones bajo esta doctrina. Sin embargo, no se menciona el “*forum necessitatis*” en este documento, lo que puede hacer que la discusión sobre el tema de la extraterritorialidad sea bastante incompleta.

Tampoco se prevé en este artículo un mecanismo que pueda mitigar la captura empresarial de las estructuras internas del Estado y evitar la no responsabilidad y la no reparación. Tal mención sería imprescindible.

Aquí, dado que el artículo trae el tema de la creación de mecanismos extrajudiciales de una manera más desarrollada, la propuesta de la Campaña, que anteriormente abordó el artículo cuarto, que busca crear una cláusula de seguridad que tenga como objetivo asegurar que, en caso de continuación con tales mecanismos, constituyen objeciones al acceso de los titulares de derechos al sistema judicial. Además de asegurar que terceros puedan presentar denuncias en nombre de las víctimas, con su consentimiento, salvo que se pueda justificar su ausencia, para que todo el texto sea algo en el siguiente sentido:

#### PROPUESTA

Victims shall be guaranteed the right to submit claims to the courts and State-based non-judicial grievance mechanisms of the State Parties. Where a claim is submitted by a person on behalf of victims this shall be with their consent, unless that person can justify acting on their behalf **without a written/formal consent**. State Parties shall provide their jurisdiction in accordance with this (Legally Binding Instrument), as applicable, in order to allow for victim's access to adequate, timely and effective remedies, ensuring a fair and impartial system of assessment and quantification of damages, independent from the influence of the entities that caused them <sup>17</sup>

Además, la Campaña sugiere la inclusión de un nuevo párrafo, 7.8, asegurando el principio de *in dubio pro persona*:

States shall guarantee that if there is any doubt about the implementation of the LBI, people and communities that have been or are affected or threatened by the activities of transnational corporations and other business enterprises of transnational character will enjoy the widest protection of their rights.

### ARTÍCULO 8. LEGAL LIABILITY

En el primer tema, se dice que los países deben estructurar las responsabilidades legales de las personas naturales y jurídicas. Esta es la lógica que se ha repetido desde el Borrador Cero<sup>18</sup> y a lo largo de las siguientes disposiciones del nuevo Borrador y es problemática en sí misma ya que va en

<sup>17</sup> Global Campaign Comments and Amendments to the unbinding treaty revised Draft (draft 1), p. 9.

<sup>18</sup> Para los propósitos de este trabajo el OEIGWG Draft “Legally Binding Instrument to Regulate, in Internacional Human Rights Law, the activities of transnational corporations and other business enterprises” sera llamado de “Borrador Cero” y puede ser encontrado en: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/DraftLBI.pdf>.

contra del principal objetivo del Tratado: crear un mecanismo internacional y vinculante que permita a las Empresas Transnacionales rendir cuentas.

En cuanto a los cambios provocados por la nueva versión, los más expresivos son en relación a los parámetros a ser considerados por la legislación nacional, principalmente porque también deben abarcar las relaciones derivadas de las cadenas de valor que, aunque no explícitas, el texto les permite por lograr. No obstante, se recomienda encarecidamente que esta mención de la responsabilidad en toda la cadena de valor se exprese en el artículo 8.7.

Anteriormente, el Estado debía elegir qué proyectos serían incluidos en sus leyes nacionales, pero, en su forma actual, se entiende que estas leyes deben responsabilizar no sólo a las empresas domiciliadas o que operan dentro del territorio o jurisdicción, sino también a las incluidas en sus “*business relations*”. Esta idea está presente en los ítems 8.1 y 8.7, este último menciona que estas entidades pueden ser consideradas responsables incluso en los casos en que el daño era previsible pero la empresa no tomó las medidas necesarias para evitarlo, creando así un deber de debida diligencia a ser entendido. Sin embargo, se repite la extensión a todas las empresas, ya que debería restringirse a las corporaciones transnacionales, como se mencionó anteriormente.

### Propuesta de Campaña

**8.1.** State Parties shall hold liable, even for the complicity, collaboration, instigation, incitement or concealment, the International Financial Institutions that have provided any kind of financial support to transnational corporations and other business enterprises of transnational character responsible for human rights violations, including through their business relationships and global value chain.

### Propuesta

**8.7.** States Parties shall ensure that their domestic law provides for the liability of legal or natural or legal persons conducting **transnational** business activities **along the supply chain**, for their failure to prevent another legal or natural person with whom it has a business relationship, from causing or contributing to human rights abuses, when the former legally or factually controls or supervises such person or the relevant activity that caused or contributed to the human rights abuse, or should have foreseen risks of human rights abuses in the conduct of their **transnational** business activities, character, or in their business relationships, but failed to put adequate measures to prevent the abuse.

Otro cambio es la inclusión de la perspectiva de género en el ítem 8.5, que también debe mencionar otros grupos vulnerables que carecen de protecciones adecuadas a sus particularidades.

El mismo artículo establece que si una persona natural o jurídica es responsable de una violación y debe reparar a la víctima, la persona en cuestión debe indemnizar al afectado o indemnizar al Estado, si éste ya ha reparado al afectado. Tal disposición es inadecuada. Quién debería tener el deber primordial de reparar a las víctimas es el propio violador, es decir, en el caso de este Tratado, las Empresas Transnacionales.

Además, si el Estado efectivamente soporta las cargas que implican las medidas de emergencia, por ejemplo, en este caso, de hecho debería ser indemnizado, pero esto no excluye la reparación efectiva que las víctimas deben recibir en su momento.

### Propuesta

**8.5.** States Parties shall adopt measures necessary to ensure that their domestic law provides for adequate, prompt, effective, and **adequate to the victims needs and vulnerabilities, such as gender, race, sexual orientation and if they had substantial life**

**changes** reparations to the victims of human rights abuses in the context of **transnational business** character, in line with applicable international standards for reparations to the victims of human rights violations. Where a legal or natural person conducting business activities is found liable for reparation to a victim of a human rights abuse, such person shall provide reparation to the victim and compensate the State, if that State has already provided reparation to the victim for the human rights abuse resulting from acts or omissions for which that legal or natural person conducting business activities is responsible.

El Tópico 8.6, a su vez, podría ser una buena fuente de obligaciones para las empresas, pero necesita ajustar el lenguaje y el enfoque: es necesario señalar que las Empresas Transnacionales deben mantener fondos en caso de que exista una necesidad de compensación. Esta es una forma de garantizar que la Empresa posiblemente rinda cuentas y funciona como un deber porque la Empresa debe adoptar un determinado comportamiento para poder operar. Sin embargo, el borrador dice que "*The States shall*", lo que elimina la obligación del gobierno de implementar esta medida en su territorio y desconoce que los países dependientes de las empresas, precisamente los que más necesitan un tratado internacional vinculante, tendrán dificultades para implementar una predicción como esa.

### Propuesta

**8.6. TNC shall** establish and maintain financial security, such as insurance bonds or other financial guarantees to cover potential claims of compensation **and judicial costs**.

El Tópico 8.8 también excluye la posibilidad de que la existencia de la debida diligencia sea utilizada como factor para la absolución del violador, ya sea natural o jurídico, haciendo que el juez evalúe junto con otras pruebas. Sin embargo, podría excluir que el programa de cumplimiento se utilice para determinar la responsabilidad que debe evaluarse objetivamente.

### Propuesta de Campaña

**8.8.** The parent and outsourcing companies assume several and joint liability with their subsidiaries and the legal persons with whom they have business relationships and/or which are part of their global value chain regarding the obligations established in this (Legally Binding Instrument). The obligation to assume this liability shall be directly applied by judges in cases in which the existing legal framework in force in the home and/or host states in which the affected persons or communities are based is not adequate for the implementation of this (Legally Binding Instrument).

Aunque ha presentado cambios respecto a la versión anterior, aún queda mucho por mejorar. Las Cadenas de Valor podrían haber recibido una mención más directa que abordara sus particularidades que conducen a la impunidad, y las personas merecen un tratamiento más adecuado, ya que debe considerar si existe el elemento de voluntariedad que es distintivo de las acciones humanas y las acciones que se realizan mientras forman parte de una entidad legal.

Además, este es un artículo más que no contribuye a la protección de los países económicamente más vulnerables que dependen de agentes externos para mover sus economías.

## ARTÍCULO 9. ADJUDICATIVE JURISDICTION

La primera disposición se ocupa de las demandas judiciales de las víctimas y se ha vuelto más integral, ya que permite que se entable acciones por acciones u omisiones que hayan causado o puedan causar violaciones de Derechos Humanos. Sin embargo, en los ítems, la posibilidad de que la demanda se presente en el domicilio de la víctima (ex 7.1.a) **fue reemplazada por el “lugar donde ocurrió el abuso de Derechos Humanos”** (9.1.a), en la práctica, este cambio puede hacer acceso a la justicia, en la medida en que los afectados puedan tener dificultades para trasladarse de un lugar a otro y en este caso, lo que pone de relieve la importancia que el fondo implementado en el artículo anterior es una obligación.

Además, el uso del término “*human rights abuse*” en el artículo 9.1 no tiene sentido, ya que se trata de la víctima, y las víctimas sufren violaciones de sus Derechos, no abusos. Como se discutió anteriormente en este texto, esto puede causar una caracterización errónea del fenómeno de las violaciones de Derechos Humanos, y el tratado ahora hace referencia a las empresas estatales, y en este caso, el estado sería el violador. Se sugiere intercambiar abuso por *violation*.

La Campaña propone la inclusión de los artículos 9.1.d y 9.1.e:

- d. “The legal or natural persons conducting business activities of transnational corporation alleged to have committed, including through their business relationships and global value chain, such acts or omissions in the context of business activities are domiciled; or
- e. “The Companies that have business relationships with the transnational corporation alleged to have committed such acts or omissions in the context of business activities, are domiciled.”

En el siguiente dispositivo, 9.2, en el que se colocan los criterios para determinar el domicilio de la empresa, también se debió haber incluido el lugar donde se ubican los activos de ETN, por lo que, en caso de una posible ejecución, el proceso se puede resolver con mayor celeridad.

- 2. Without prejudice to any broader definition of domicile provided for in any international instrument or domestic law, a legal person conducting business activities of a transnational character, including through their business relationships or global value chain, is considered domiciled at the place where it has its:

- a. **patrimony** (ya no está en la nueva versión de la plantilla)
- b. place of incorporation; or
- c. statutory seat; or
- d. central administration; or
- e. principal place of business; (*sustituir por “or substantial business interests”*)

Este artículo hace otra referencia explícita al uso del “*forum non conveniens*” en el ítem 9.3, como argumento para que una Corte no pueda rechazar un caso presentado por las víctimas, pero se sugiere una mención de una prohibición más explícita, aunque se pueda inferir, es importante no dejar un margen en este contexto. Además, podría mencionarse expresamente el “*forum necessitatis*”.

Según esta doctrina, un Tribunal puede determinarse competente para juzgar un caso incluso sin una relación directa con la causa,<sup>19</sup> por lo que es el más ajustado a los Derechos Humanos. La lógica resultante sería la inversa: el juez debe considerar primordialmente los intereses de los afectados al

<sup>19</sup> ROLAND Manoela C., SOARES, Andressa O., **A Essencialidade do instituto da jurisdição extraterritorial no tratado internacional sobre Direitos Humanos e Empresas.**

momento de determinar la jurisdicción del caso, lo que implicaría en el análisis de la eficiencia del marco normativo y en cuál de ellos se atenderá mejor, el acceso a justicia.

### Propuesta

**9.3.** A court **cannot** decline its jurisdiction to hear a case on the basis that there is another court that also has jurisdiction (*forum non conveniens*), especially when the alleged perpetrator has assets or substantial interests under the jurisdiction of the state of the court receiving the specific complaint (*forum necessitatis*).

La determinación del foro en casos de violaciones de Derechos Humanos por parte de Empresas debe tomar en cuenta el acceso a la justicia y el conjunto de factores involucrados en todo el contexto de la jurisdicción. Cabe mencionar que se entiende que no solo las disposiciones legales y jurisprudenciales son vitales en este proceso, sino que también depende de la capacidad de las instituciones, las cuales deben ser lo suficientemente robustas para realizar investigaciones, determinar la protección necesaria para las víctimas incluso durante el proceso y también la posibilidad de hacer cumplir la pena.

Todos estos factores no están presentes en su mayor potencial en todas las jurisdicciones, de ahí la necesidad de que exista extraterritorialidad en el Tratado y que sea adecuado a los Derechos Humanos.

## ARTÍCULO 10. STATUTE OF LIMITATIONS

El artículo tuvo pocos cambios con respecto a su versión anterior, por lo que se reitera la misma crítica ya realizada: las violaciones a los Derechos Humanos cometidas por Empresas Transnacionales no deben ser prescritas porque son daños a los bienes más queridos por la comunidad internacional. Se debe eliminar el término “most serious crimes”, por su indefinición y la posibilidad de interpretaciones que debiliten la efectividad del documento. Además, el plazo razonable también debe ser una regla general y aplicable en todos los casos y debe eliminarse la mención a la legislación nacional.

Un aspecto que podría utilizarse para mejorar la capacidad de conciliación del futuro tratado con la gama más amplia posible de tratados internacionales de Derechos Humanos sería la reproducción de la disposición referente a la responsabilidad penal de las Empresas, cuando el instrumento alienta a los Estados a mejorar su legislación interna para contemplar este tipo de responsabilidad. Dicha disposición debería aplicarse para prever un esfuerzo por internacionalización de las normas para la protección de los Derechos Humanos en general. Sería la misma lógica.

Como se dijo, existe una brecha para la impunidad y deben existir garantías de que las demandas serán seriamente enfrentadas y reparadas, especialmente considerando que existe una disparidad de poder entre los afectados y las ETNs.

### Propuesta

**10.1.** The States Parties to the present (Legally Binding Instrument) undertake to adopt any legislative or other measures necessary to ensure that statutory or other limitations shall not apply to the prosecution and punishment of all violations of international human rights law, Labor rights, Environmental norms, and humanitarian law.

**10.2** Domestic statutes of limitations applicable to civil claims or to violations that do not

constitute the most serious crimes of concern to the international community as a whole shall allow a fair and adequate period of time for the investigation and commencement of prosecution or other legal proceedings, particularly in cases where the violations occurred in another State or when the harm may be identifiable only after a long period of time.

### ARTÍCULO 11. APPLICABLE LAW

El mayor cambio en este artículo fue la remoción del lugar de residencia de las víctimas, un punto ya discutido anteriormente. Sin embargo, los mayores problemas no se resolvieron en relación con el documento anterior.

El Tratado debe ser un instrumento que colabore para la supremacía de los Derechos Humanos sobre los tratados de inversión, por lo tanto, en los casos en que existan conflictos de leyes y jurisdicción, lo que se debe utilizar principalmente es la legislación más adecuada y que cumpla en Derechos Humanos y en consecuencia, los intereses de la víctima.

#### Propuesta

**11.1.** The choice of applicable law shall always be in accordance with the provisions regarding the primacy of human rights over trade and investment agreements and the ones that better protect the affected people rights.

### ARTÍCULO 12. MUTUAL LEGAL ASSISTANCE AND INTERNATIONAL JUDICIAL COOPERATION

El artículo 12 del Borrador Dos, trata de la asistencia judicial recíproca y la cooperación judicial internacional, es decir, de la posibilidad de intercambio de información entre Estados y del alcance extraterritorial de las sentencias. De la lectura del artículo se desprende que su contenido fue poco modificado, manteniéndose los problemas estructurales presentes en Borradores anteriores y yendo en contra del modelo de Tratado elaborado por la Campaña Global.

La condición de adecuación al derecho interno y sin perjuicio de la Ley Doméstica (cuestiones responsables de reducir el alcance del artículo) permanece invariable en los artículos 12.3.xi y 12.4. En este sentido, deben eliminarse todas las referencias a "*consistent with domestic law*", así como la estructura "*any other type of assistance that is not contrary to the domestic law of the requested State Party*". Además, el artículo 12.9.c, al referirse a casos de denegación de asistencia judicial recíproca, preserva el interés de mantener el "*ordre public*" como posibilidad de denegación de sentencia. Por tanto, este artículo debe ser eliminado, ya que devalúa la supremacía de los Derechos Humanos frente a los intereses del orden público, cuando, de hecho, un Tratado de Derechos Humanos y Empresas debería afirmar la supremacía de estos derechos sobre cualquier otra norma y firmar su compromiso con la lucha contra la impunidad de las ETNs.

Además, el artículo 12.3 establece que la concesión de asistencia judicial recíproca será determinada por los Estados involucrados caso por caso. En esta perspectiva, el artículo escapa al significado del Tratado, que es la formulación de estándares vinculantes y obligatorios sobre Derechos Humanos y Empresas. Por lo tanto, deben ignorarse las normas basadas en el criterio de la

voluntariedad o en cualquier otro que permita perpetuar la impunidad de las ETN. Finalmente, una vez más, el texto del Tratado guarda silencio sobre los posibles problemas que enfrentan los Estados con instituciones más débiles, como la captura empresarial. Por lo tanto, este desafío, ya entendido por la Campaña Global como una reproducción de las violaciones de Derechos Humanos, debe ser legislado en el Tratado para poder ser reprimido.<sup>20</sup>

### ARTÍCULO 13. INTERNATIONAL COOPERATION

El Artículo 13 del Borrador 2 trata de la cooperación internacional y, a pesar de no tener cambios sustanciales con relación al Borrador Uno, trae algunos puntos nuevos para discutir. Se mantiene inalterado el mantenimiento de la lógica de delegación de obligaciones sólo a los Estados del artículo 13.1, sin mencionar el rol de las empresas en el proceso, hecho que contribuye a la evasión de responsabilidad de estos agentes y contradice los lineamientos emitidos en el documento, de elementos y discusiones de campaña.

El cambio en la terminología de “compromisos” a “obligaciones” también debe señalarse en el artículo 13.1, que demuestra la iniciativa en la intención de establecer una lógica menos voluntarista en el Tratado. Sin embargo, el cambio no es útil si las delegaciones de responsabilidades se mantienen (como lo son) solo a los países, y no a los verdaderos perpetradores de violaciones de Derechos Humanos, que son las Empresas Transnacionales.

Además, a través del artículo 13.2.c, también se incluyó “*raising awareness about the rights of victims of business-related human rights abuses and the obligation of States*”. Esta medida es positiva, sin embargo, no hay elementos suficientes para entender realmente cómo se desarrollará esta propuesta. En este sentido, sería fundamental, a fin de incrementar la eficiencia del texto, que, además de concientizar, se implementen proyectos objetivos que demuestren la rendición de cuentas de las empresas violatorias de Derechos Humanos.

Finalmente, el artículo 13.2.e prevé la contribución de los Estados a la creación de un Fondo Internacional para las Víctimas de Violaciones de Derechos Humanos. Cabe mencionar que la planificación de este Fondo es un avance en el acceso a la reparación de las víctimas y debe mantenerse en el texto. Sin embargo, al encomendar a los Estados la obligación del aporte económico, y no a las empresas, el instrumento se desvía de su proyecto de responsabilizar a las Empresas Transnacionales al acordar que los verdaderos violadores de los Derechos Humanos quedarán impunes.

### ARTÍCULO 14. CONSISTENCY WITH INTERNATIONAL LAW PRINCIPLES AND INSTRUMENTS

El artículo 14 del Borrador Dos, analiza la coherencia con los principios e instrumentos del Derecho Internacional. En este punto, el texto actual del Anteproyecto mantiene la lógica de la preservación incondicional de la soberanía de los Estados y su jurisdicción, prerrogativa que se aleja

---

<sup>20</sup> GLOBAL CAMPAIGN COMMENTS AND AMENDMENTS TO THE UN BINDING TREATY REVISED DRAFT (DRAFT 1). Febrero 2020. p. 10

de la propuesta por la Campaña y por el documento Elementos para el Tratado Internacional de Empresas Transnacionales y otros. Empresas y Derechos Humanos.

Así, el artículo 14.1 establece que los Estados Partes deben cumplir con sus obligaciones en virtud del Tratado de una manera que respete plenamente la soberanía, la igualdad y la no intervención en los asuntos internos de otros Estados. En este sentido, este tema cobra gravedad en un Tratado cuya intención es acabar con la impunidad por las violaciones de Derechos Humanos perpetradas por las Empresas Transnacionales, ya que somete la cooperación y la extraterritorialidad a la soberanía de un Estado y, por tanto, limita la efectividad del documento. Cabe señalar también <sup>21</sup> que la Campaña, al abordar la negociación de esta legislación internacional, es contraria a la soberanía estatal ilimitada, defendiendo la soberanía de los pueblos.

El Borrador 2, a través del artículo 14.2, excluye la posibilidad de aplicar mecanismos de jurisdicción extraterritorial, la cual es responsable de restringir el acceso a la justicia de las víctimas. Esta restricción está en consonancia con el incentivo que presenta el Tratado para facilitar la cooperación entre Estados, ya que atenta contra las disposiciones internacionales en materia de Derechos Humanos al dejar a los países establecer, de acuerdo con su legislación interna, cómo se llevará a cabo esta cooperación. En este sentido, una vez más, debe destacarse la preocupación por países cuyos marcos normativos no son tan estrictos en la defensa de los Derechos Humanos, dejando un vacío abierto para la falta de rendición de cuentas por acciones violatorias de Derechos Humanos cometidas por las ETNs.

Finalmente, el artículo 14.5.a establece que los Estados no podrán utilizar otros instrumentos que reduzcan la efectividad de sus obligaciones establecidas por el Tratado. La mencionada resolución es positiva, sin embargo, hace pocos aportes concretos si esta lógica no se extiende a las empresas, como las alianzas público-privadas y los contratos a través de la afirmación de la supremacía jerárquica de los Derechos Humanos.

## SECCIÓN III

### ARTÍCULO 15. INSTITUTIONAL ARRANGEMENTS COMMITTEE

Nuevamente, el documento trae la predicción del Comité, pero sigue siendo un mecanismo frágil, considerando la impunidad estructural de la que gozan las empresas, especialmente las transnacionales, a pesar de todas las normas internacionales y nacionales ya implementadas.

Es fundamental definir claramente los criterios para la elección de los posibles candidatos indicados por los Estados para componer el Comité, que, por ejemplo, no podrían estar vinculados al sector empresarial. También es necesario dotar, al menos, de un Protocolo Facultativo para la recepción de denuncias individuales y colectivas, y la apertura del debate, incluso con una cláusula de negociación futura, sobre una Corte Internacional, cuya viabilidad histórica fue tan bien retratada en

<sup>21</sup> Mas informaciones disponibles en: <http://homacdh.com/wp-content/uploads/2020/01/Cadernos-de-Pesquisa-An%C3%A1lise-do-Draft-One-Retificado.pdf>, p.24

un Artículo de 2016 ya referido en este documento, además de ser presentado como propuesta por varios actores durante las sesiones de negociación.

## CONCLUSIÓN

Es posible inferir, de la lectura del documento, que la responsabilidad primordial de *“respect, protect, fulfil and promote human rights”* aún está delegada en los Estados. En este sentido, el Borrador Dos, mantiene la brecha sobre la atribución de responsabilidades y obligaciones directas a los agentes privados, que sería central en un Tratado de Derechos Humanos y Empresas, dada la capacidad ya reconocida por la doctrina internacional y por numerosos instrumentos de Derecho Internacional de violaciones de Derechos Humanos perpetradas por entidades corporativas. Además, sería necesario enfatizar en el documento que no existe una gradación de responsabilidad diferente entre Estados y Empresas, sino una suma de responsabilidades y, por lo tanto, las Empresas también están sujetas a obligaciones. Además, las Empresas Transnacionales no necesitan ser reconocidas como sujetos de Derecho Internacional para ser consideradas responsables de sus actividades.

La inclusión del tema de género puede considerarse un logro en el texto del Borrador Dos. En este sentido, se agregó el énfasis en la atención a la perspectiva de género en línea con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Declaración de Beijing, la Plataforma de Acción y otras normas internacionales relevantes sobre el tema. A pesar de esta adición, no se trazó una descripción general de cómo se llevará a cabo este punto culminante, faltando una estandarización más enfática para garantizar que la disposición se cumpla realmente y no se convierta solo en un objeto de retórica. Además, solo se mencionaron otros grupos vulnerables, como *“children, indigenous peoples, persons with disabilities, migrants refugees, and other persons in vulnerable situation”*, lo que no garantiza la plena protección de sus Derechos. Por ello, se recomienda que se presenten medidas más específicas para cada grupo vulnerable a fin de garantizar la seguridad de todos los titulares de derechos de los más variados matices.

Otras omisiones relevantes también se identifican en el texto del Borrador Dos. Desde esta perspectiva, el documento actual mantiene la ausencia de menciones al principio de la centralidad del sufrimiento de la víctima, tema esencial en el Tratado, ya que es necesario buscar la plena satisfacción de los intereses de los afectados y acceso a reparaciones. Sin embargo, suprime la afirmación de la supremacía de los Derechos Humanos sobre los acuerdos comerciales y de inversión, que también es un tema central para evitar que los intereses económicos y corporativos prevalezcan sobre los Derechos Humanos del Pueblo, lo que sería fundamental para evitar la admisión de la posibilidad de violaciones de Derechos Humanos a justificar los beneficios económicos. Por tanto, es fundamental incorporar al Tratado la superioridad jerárquica de las normas de Derechos Humanos sobre los acuerdos comerciales y de inversión.

Cabe mencionar que el tema de la evasión de responsabilidad de las Empresas por violaciones a los Derechos Humanos y la captura empresarial son aspectos esenciales que tampoco fueron considerados en la redacción del documento. De esta forma, las proposiciones sobre las responsabilidades independientes del Estado y la Empresa deben ser implementadas en el texto, y esta última no puede aprovechar un débil alcance nacional en la protección de los Derechos Humanos para quedar impune. En cuanto a la captura empresarial, a través de la asimetría económica, legal,

política e institucional de algunos Estados y ETNs, se deben presentar medidas para evitar que agendas provenientes de entidades privadas penetren en la esfera pública con el fin de comprometer el goce de los Derechos Humanos.

El escopo se mantuvo en “*all business*”, lo que termina reduciendo significativamente la efectividad del documento, tal y como se comenta a lo largo del texto. También se manifiesta una brecha significativa en la ausencia total de mecanismos de *enforcement*. No se menciona la posibilidad de que se constituya una Corte y el Comité presentado parece muy frágil y sin ningún mecanismo para prevenir conflictos de interés y mantener la honestidad de los miembros. No existe ninguna disposición para recibir quejas.

Considerando los puntos discutidos a lo largo del análisis y resumidos en estos últimos párrafos, podemos concluir que el Borrador Dos incorporó algunas sugerencias hechas por los Estados y la sociedad civil, pero sigue siendo insuficiente en sus principales elementos. Con el nuevo texto, el Tratado parece regular mucho más a otras Empresas, pero pierde su capacidad de regular a las Empresas Transnacionales. Por tanto, parece no poder cambiar la perspectiva actual y brindar una protección real a los Derechos Humanos, no cumpliendo con su propósito previsto en la Resolución 26/9.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | REFERENCES | REFERENCIAS

- Angelucci, P. D. & Roland, M. C. (2016). *O Processo de elaboração do Tratado de Direitos Humanos e Empresas: uma oportunidade de superação da perspectiva estadocêntrica adotada pelo Direito Internacional Público*. XXV Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Curitiba - PR. Available at: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2017/03/O-PROCESSO-DE-ELABORA%C3%87%C3%83O-DO-TRATADO-DE-DIREITOS-HUMANOS-E-EMPRESAS-1.pdf>. Accessed July, 05, 2021.
- Aragão, D. M. & Roland, M. C. (2017). The Need for a Treaty: expectations on counter hegemony and the role of civil society. In *Building a Treaty on Human Rights: context and contours*. Cambridge University Press.
- Correa, C. M. (2016). *Scope of the Proposed International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with respect to Human Rights*. South Centre, Police Brief.
- Deva, S. (2004). Acting Extraterritorially to Tame Multinational Corporations for Human Rights Violations: Who Should 'Bell the Cat'?. *Melbourne Journal of International Law*, 37. Available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2004/2.html>. Accessed July, 05, 2021.
- Gallegos, L. & Uribe, D. (2016). *The Next Step against Corporate Impunity: A World Court on Business and Human Rights?*. Harvard International Law Journal. Vol. 57 Online Symposium. Available at: <https://harvardilj.org/2016/07/the-next-step-against-corporate-impunity-a-world-court-on-business-and-human-rights/>. Accessed July, 05, 2021.
- Global Campaign to Reclaim Peoples Sovereignty, Dismantle Corporate Power and Stop Impunity. (2017). *Global Campaign Comments and amendments to the UN Binding Treaty Revised Draft (Draft 1)*. Available at: <https://www.stopcorporateimpunity.org/global-campaign-comments-and-amendments-to-the-un-binding-treaty-revised-draft-draft-1/>. Accessed July, 05, 2021.
- Global Campaign to Reclaim Peoples Sovereignty, Dismantle Corporate Power and Stop Impunity. (2017). *Treaty on Transnational Corporations and their supply chains with regard to Human Rights*. Available at: [https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2017/10/Treaty\\_draft-EN1.pdf](https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2017/10/Treaty_draft-EN1.pdf). Accessed July, 05, 2021.

- Guamán, A. (2018). *El Draft 0 del Binding Treaty: crítica jurídica y propuestas en el camino a la cuarta sesión del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales ETN y otras empresas con respecto a los derechos humanos*. In: *Cadernos de Pesquisa Homa*. vol. 1, n. 6. Available at: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2020/01/An%C3%A1lise-do-Draft-One-EN.pdf>. Accessed July, 05, 2021.
- United Nations Human Rights Council. (2014). *A/HRC/RES/26/9 Resolution*. Available at: <https://www.ihrb.org/pdf/G1408252.pdf>. Accessed July, 05, 2021.
- United Nations Human Rights Council. (2018). *Zero Draft*. Available at: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>. Accessed July, 05, 2021.
- United Nations Human Rights Council. (2020). *Report on Sixth Session*. Available at: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx>. Accessed July, 05, 2021.
- United Nations Human Rights Council. (2020). *Second Revised Draft*. Available at: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session6/Pages/Session6.aspx>. Accessed July, 05, 2021.
- Roland, M. C. & Soares, A. O. (2020). A Essencialidade do instituto da jurisdição extraterritorial no tratado internacional sobre Direitos Humanos e Empresas. In: *Direitos Humanos e Empresas: responsabilidade e jurisdição*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido.
- Roland, M. C. & Soares, A. O. (2020). Retos para la aprobación de un tratado sobre Derechos Humanos y empresas en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. In: *Desafíos para la regulación de los Derechos Humanos y las empresas: ¿Cómo lograr proteger, respetar, y remediar?*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Roland, M. C., Soares, A. O., Brega, G. R., Oliveira, L. de S., Carvalho, M. F. C. G. & Rocha, R. P. (2018). Cadeias de Valor e os impactos na responsabilização das empresas por violações de Direitos Humanos. *Cadernos de Pesquisa Homa*, 1 (5). Available at: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2018/08/Cadernos-de-Pesquisa-Homa-Cadeias-de-Valor.pdf>. Accessed July, 04, 2021.
- Roland, M. C., Soares, A. O., Brega, G. R., Braga, L. D., Carvalho, M. F. C. G. & Rocha, R. P. Draft One Analysis. (2019). *Cadernos de Pesquisa Homa*, 2 (8). Available at: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2020/01/An%C3%A1lise-do-Draft-One-EN.pdf>. Accessed July, 04, 2021.
- Roland, M. C., Aragão, D. M., Angelucci, P. D., Neto, A. A., Galil, G. C. & Lelis, R. C. (2018). Desafios e perspectivas para a construção de um instrumento jurídico vinculante em direitos humanos e empresas. *REVISTA DIREITO GV | SÃO PAULO*, 14 (2), p. 393-417. Available at: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n2/1808-2432-rdgv-14-02-0393.pdf>. Accessed July, 05, 2021.
- Zubizarreta, J. H. & Ramiro, P. (2016). *Against the "Lex Mercatoria": proposals and alternatives for controlling transnational corporations*. Madrid: OMAL. Available at: [http://omal.info/IMG/pdf/against\\_lex\\_mercatoria.pdf](http://omal.info/IMG/pdf/against_lex_mercatoria.pdf). Accessed July, 04, 2021.
- Zubizarreta, J. H. & Ramiro, P. (2008). La responsabilidad social corporativa y las empresas transnacionales: de la ética de la empresa a las relaciones de poder. *Revista de Relaciones Laborales, Lejona*, 2 (19), p. 17-49. Available at: [https://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/2648](https://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/2648). Accessed July, 05, 2021.
- Zubizarreta, J. H. (2017). *El Tratado Internacional de los Pueblos para el Control de las Empresas Transnacionales: Un análisis desde la sociología jurídica*. Available at: <http://www.relats.org/documentos/GLOB.Zubizarreta3.pdf>. Accessed July, 03, 2021.
- Zubizarreta, J. H. (2016). El Tribunal Internacional para el control de las empresas transnacionales y los derechos humanos. *Transnacionales y Derechos Humanos Alai no 520*.

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

**Agencia de financiación**  
Fundação Ford Brasil

**Coordinación**

**Manoela Carneiro Roland**

*Doctora, coordinadora general de Homa, profesora de Derecho Internacional en la Universidad Federal de Juiz de Fora*

**Supervisión**

**Andressa Oliveira Soares**

*Máster, coordinadora de investigación en Homa, Universidad de São Paulo*

**Maria Fernanda Campos Goretti de Carvalho**

*Licenciada en Derecho, investigadora en Homa, Universidad Federal de Juiz de Fora*

**Aline Laís Lara Sena**

*Estudiante de Derecho, investigadora de Homa, Universidad Federal de Juiz de Fora*

**João Pedro Brito Perillo**

*Estudiante de Derecho, investigador de Homa, Universidad Federal de Juiz de Fora*

**Luca Cezário Tostes Tito**

*Estudiante de Derecho, investigador de Homa, Universidad Federal de Juiz de Fora*

**Renata Paschoalim Rocha**

*Estudiante de Derecho, investigadora de Homa, Universidad Federal de Juiz de Fora*

**Sofia Miranda de Oliveira**

*Estudiante de Derecho, investigadora de Homa, Universidad Federal de Juiz de Fora*

**Traducción**

**Rosa Daniela Díaz Guerrero**

---

Instagram & Twitter | @HomaPublicaDHE  
[periodicos.ufjf.br/index.php/homa/](http://periodicos.ufjf.br/index.php/homa/)