

OBLIGACIONES PARA LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES EN EL INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE INTERNACIONAL:

posible, adecuado y fundamental



Amigos de
la Tierra
América Latina
y el Caribe



FEBRERO 2025



Foto: Victor Barro / Amigos de la Tierra Internacional

OBLIGACIONES PARA LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES EN EL INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE INTERNACIONAL: posible, adecuado y fundamental¹

Andressa Oliveira Soares

ÍNDICE

1. Empresas bajo el Derecho Internacional

- 1.1 Obligaciones directas para actores no-estatales en normas internacionales
- 1.2 Derecho internacional económico: ¿obligaciones para los Estados y derechos para las empresas transnacionales?

2. La agenda internacional de Derechos Humanos y empresas

- 2.1 Lagunas de regulación y arquitectura de la impunidad
- 2.2 Historia de la agenda: proceso jurídico y político
- 2.3 Instrumento jurídicamente vinculante

3. Obligaciones comunes pero diferenciadas

- 3.1 ¿Cuáles serían las obligaciones para las empresas transnacionales? Ejemplos de normas con obligaciones directas a nivel nacional y regional
- 3.2 Derecho internacional de los derechos humanos: instrumentos de derecho internacional que se complementan y cómo se benefician las comunidades afectadas

¹. Trabajo realizado a solicitud de, y en diálogo con ATALC

INTRODUCCIÓN

La Campaña Global para Reivindicar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder Corporativo y Poner Fin a la Impunidad (Campaña Global) y las organizaciones y movimientos que la componen, como Amigos de la Tierra América Latina y el Caribe (ATALC), acompañan desde el inicio el proceso del Instrumento Jurídicamente Vinculante sobre empresas transnacionales u otras empresas con carácter transnacional con respecto a los derechos humanos (Tratado Vinculante), inaugurado por la Resolución 26/9 que fue aprobada en 2014 en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, un logro de la sociedad civil organizada que presionó por un marco vinculante a nivel internacional que pudiera establecer un estándar común global y hacer frente a la arquitectura de la impunidad que gozan las empresas transnacionales.

Una de las principales demandas históricas de la sociedad civil para el instrumento es el establecimiento de obligaciones específicas directamente dirigidas a las empresas transnacionales. En 2022, la Campaña Global publicó un documento² en el que argumenta jurídicamente por la posibilidad de establecer estas obligaciones específicas en el Instrumento Jurídicamente Vinculante.

Este informe busca reforzar y expandir la argumentación, también busca iniciar la discusión de cuáles podrían ser estas obligaciones y dónde ponerlas en el texto del Tratado Vinculante que hoy se negocia.

A continuación, se presenta un análisis sobre por qué es posible y esencial que estas obligaciones estén en el documento y su impacto a nivel de efectividad jurídica del Tratado, de la importancia para las comunidades y personas afectadas. Serán presentadas algunas propuestas que tienen como objetivo iniciar el debate, que debe continuar con la participación de comunidades, pueblos, entidades sindicales, y todos los movimientos potencialmente afectados, también de los Estados sobre todo del Sur Global, para que puedan aportar desde sus instrumentos nacionales y regionales.

1. EMPRESAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho internacional clásico, desarrollado en el contexto liberal europeo, tiene una perspectiva estadocéntrica; es decir, el Estado es entendido como el único actor relevante que celebra tratados y tiene voluntad soberana. Este abordaje, sin embargo, ya no es capaz, si es que lo fue alguna vez, de responder a las dinámicas entre Estados, entes empresariales, y pueblos e individuos en el mundo.

La idea del Estado como único violador de los derechos humanos es absurda en el escenario actual, en que empresas, principalmente transnacionales, violan sistemáticamente derechos y tienen capacidad económica superior a muchos Estados. Además, el sistema internacional de protección de los derechos humanos ha creado un cuerpo de normas que son llamadas *jus cogens*, lo que quiere decir que no dependen de la soberanía y ratificación de tratados por los Estados para que existan obligaciones de respetarlas.³

En términos prácticos, eso quiere decir que se podría exigir del Estado la garantía de estos derechos, ya sea en tribunales locales, regionales o internacionales, a depender de la competencia de cada uno. No obstante, sabemos que la efectividad de los derechos humanos encuentra muchas barreras en la vía judicial.

Cuando se trata de casos en que el poder corporativo está involucrado, es aún más difícil por no haber obligaciones a nivel internacional establecidas claramente para las empresas, en especial las transnacionales y por cuestiones como la captura corporativa y persecuciones de defensores de derechos humanos. La existencia de un tratado internacional vinculante es una forma de tratar esta laguna, pero es necesario que se creen condiciones para exigir de los entes empresariales de carácter transnacional conductas específicas.

2. https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2022/10/Arguments-direct-obligations-for-TNCs_GlobalCampaign-2.pdf

3. CARVALHO RAMOS, André de. Teoria geral dos Direitos Humanos na ordem internacional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 384 p.

Existe suficiente jurisprudencia internacional para reconocer que hay obligaciones con respecto a los derechos humanos por parte de actores no estatales, lo que se llama eficacia horizontal. En el caso de empresas transnacionales y personas y comunidades afectadas, se refiere a eficacia diagonal, pues las empresas se encuentran en posición de poder mucho más favorable.

Esta primera parte del texto se dedicará a enfrentar los argumentos jurídicos presentados durante las sesiones de negociación del Tratado Vinculante en los últimos diez años para impedir que sean establecidas obligaciones específicas a las empresas transnacionales.

1.1 Obligaciones directas para actores no-estatales en normas internacionales

Aunque la supuesta imposibilidad de establecer obligaciones directas a entes privados en un tratado negociado y firmado por Estados haya sido alegada por representantes de los sectores empresariales y algunos Estados del norte global en diversas las sesiones de negociación, esta posición no encuentra pie en el derecho internacional.

Varios tratados internacionales, sean bilaterales o multilaterales se dirigen a privados, personas jurídicas o individuos, estableciendo derechos y obligaciones, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, tratados de libre comercio que estipulan derechos y privilegios para entes empresariales transnacionales, tratados bilaterales de inversiones que disponen sobre sistemas de resolución de controversias inversionista-Estado, el Estatuto de Roma, entre otros.

Cuando hablamos de que existen obligaciones de las empresas con respecto a los derechos humanos, esto no es algo nuevo. La eficacia horizontal de los derechos humanos, es decir, el deber de respetarlos también en las relaciones privadas es ampliamente aceptada en el derecho internacional de los derechos humanos.

Por ejemplo, la doctrina jurídica de *Drittwirkung*, desarrollada en tribunales alemanes en los años 50, presenta la idea de que los derechos fundamentales deben ser respetados por las autoridades públicas y también en las relaciones horizontales entre privados, y que se podría reclamar la violación de estos derechos por un actor no-estatal. El caso *X and Y v. The Netherlands*⁴ de la Corte Europea de los Derechos Humanos inicia esta doctrina como parte del sistema internacional de protección de los derechos humanos y la Corte Interamericana la consolida.

En la Opinión Consultiva n. 18/03,⁵ que se pronunció sobre los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados, se refuerza que la obligación de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos humanos es exigible erga omnes, por lo que, además de vincular a todos los Estados, tiene efectos sobre terceros, incluidos los particulares. Al reconocer que los trabajadores migrantes se encuentran en desventaja frente a los demás trabajadores, la Corte considera que los Estados y los particulares deben cumplir exigencias de respeto y garantía de los derechos humanos laborales. Como señala la sentencia, las relaciones laborales están presentes tanto en el ámbito público como en el privado. Cabe agregar que, en una relación laboral privada, existe una obligación de respetar los derechos entre personas no estatales, sean personas físicas o jurídicas.

Aún, en la decisión, hay la determinación de que, debido a la existencia de muchas normas internas e internacionales relacionadas con la protección de los derechos humanos, especialmente laborales, y que no siempre hay una armonía entre estas leyes y su aplicación, se debe aplicar siempre la norma más favorable para la/el trabajador/a, ya sea interna o internacional.

El principio *pro persona* del derecho internacional de los derechos humanos apoya la aplicación de la legislación más favorable. El análisis de esta decisión concluye tres importantes aportes para sustentar las demandas de la sociedad civil en relación con el Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante: la capacidad fáctica de violación de los derechos humanos por parte de actores privados, la obligación existente en el *jus cogens* internacional de respeto de los derechos humanos por parte de privados en sus interrelaciones y el precedente de aplicación de una legislación más favorable a la víctima de una violación.

4. Corte Europea de Derechos Humanos, *X and Y v. The Netherlands*, 1985 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57603%22%5D%7D>

5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n. 18/03, 2003 chrome-extension://efaidnbmnnnibpcjpcglclefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.pdf

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), ratificada hasta ahora por 187 naciones, tiene como principal objetivo prevenir y castigar las prácticas de corrupción en todo el mundo. Para ello, dado que la corrupción es un fenómeno que incluye tanto al sector público como al privado, este tratado establece algunas obligaciones que las empresas deben seguir.

Especialmente en su artículo 12, pero en otros puntos del texto, trata de las medidas que los Estados deben proporcionar para regular el sector privado e imponiendo obligaciones y prohibiciones específicas para las empresas.⁶

Otros instrumentos que de alguna manera hacen referencia a las obligaciones de privados de respeto a los derechos humanos: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el marco normativo de la ONU sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes (que incluso menciona a los agentes privados como capaces de violar los derechos humanos), Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación y sus protocolos y varios de los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo.

Queda claro que la evolución del derecho internacional de los derechos humanos demuestra que los agentes no estatales pueden tener obligaciones en relación con los derechos humanos. Dicho esto, se puede afirmar principalmente que el tratado sobre empresas transnacionales y derechos humanos podría tener una sección dedicada a definir cómo deben regularse las empresas transnacionales, cuáles son sus obligaciones en materia de derechos humanos y cómo deben actuar los Estados para construir marcos internos de prevención y responsabilización de las empresas transnacionales.

1.2 Derecho internacional económico: ¿obligaciones para los Estados y derechos para las empresas transnacionales?

No hay imposibilidad jurídica en la previsión de obligaciones específicas para las empresas en un tratado internacional, como se ha argumentado anteriormente. Sin embargo, se ha levantado la cuestión de que, al establecer estas obligaciones, esto les garantiza derechos o un status de sujetos de derecho internacional.

Primeramente, la previsión de obligaciones específicas para las entidades privadas no significa asignarles las mismas obligaciones que tienen los Estados e igualarlas a ellos, ni elevarlas a la condición de sujeto de pleno derecho del Derecho Internacional, como ya argumentaron los profesores Olivier DeSchutter y Robert McCorquada en las sesiones exploratorias del grupo de trabajo de la ONU mandado para negociar el Instrumento Jurídicamente Vinculante. De nuevo, eso ya se hizo en otros tratados y no hubo un cambio de estatus jurídico.

Asimismo, es importante resaltar que las empresas transnacionales ya cuentan con una enorme cantidad de derechos garantizados internacionalmente por el derecho internacional económico y el derecho de las inversiones, donde pese a la dificultad de efectivizar los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales, el derecho en materia de inversiones y las instituciones económicas y financieras, funcionan a su favor -como la Organización Mundial de Comercio, Instituciones de Bretton Woods y sistemas de solución de controversias inversionista-Estado.

Según el informe *“Pagar a los contaminadores: las catastróficas consecuencias de la solución de controversias entre inversionistas y Estados para la acción climática y ambiental y los derechos humanos”* de David Boyd, Relator de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, los Estados del sur global principalmente, son sistemáticamente condenados a indemnizar a corporaciones transnacionales con sumas astronómicas al tratar de aplicar políticas o reglamentación de derechos humanos y protección del medio ambiente. Es decir, el sistema internacional es muy eficiente a la hora de proteger a las actividades de las empresas transnacionales de impactos económicos, pero se queda corto en la protección de los derechos de las personas afectadas.

6. Como se puede apreciar en el artículo 12.3:

3. A fin de prevenir la corrupción, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus leyes y reglamentos internos relativos al mantenimiento de libros y registros, la divulgación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría, para prohibir los siguientes actos realizados con el propósito de cometer cualquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención: (a) El establecimiento de cuentas extracontables; b) La realización de operaciones extracontables o inadecuadamente identificadas; c) El registro de gastos inexistentes; d) La anotación de pasivos con incorrecta identificación de su objeto; e) La utilización de documentos falsos; y f) La destrucción intencionada de documentos contables antes de lo previsto por la ley.

7. [chrome-extension://efaidnbmninnbpcjpcglclefindmkaj/https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n23/205/32/pdf/n2320532.pdf](https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n23/205/32/pdf/n2320532.pdf)

Eso se debe a razones políticas y la captura corporativa de las instituciones, pero también existe una asimetría jurídica que garantiza amplios privilegios y derechos a entes empresariales transnacionales y casi ninguna obligación, menos con respecto a derechos humanos. Por tal razón, el argumento levantado de que prever obligaciones para las empresas transnacionales en el Instrumento Jurídicamente Vinculante tendría que generar derechos no se aplica; a final de cuentas ya gozan de amplios y extraordinarios privilegios y derechos en el derecho internacional comercial y de inversiones. Por el mismo hecho de que tienen derechos reconocidos internacionalmente, pueden y deben existir instrumentos que les impongan obligaciones, especialmente cuando sus actividades violan a los derechos humanos.

El entendimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva 22/16 va en la misma línea al afirmar que las personas jurídicas tienen obligaciones de respeto a los derechos humanos pero no por eso se vuelven titulares de derechos humanos, primero porque gozan de otros derechos como propiedad, marca, etc., y porque los derechos humanos específicamente son inherente a la dignidad humana del individuo o de algunas colectividades como comunidades indígenas y tradicionales.

Establecer obligaciones específicas para las empresas transnacionales no resultaría en conceder más derechos a las mismas.

2. LA AGENDA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS

2.1 Lagunas de regulación y arquitectura de la impunidad

Consolidadas las razones jurídicas por las cuales las obligaciones directamente dirigidas a empresas transnacionales en el INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE son posibles e importantes, es necesario abordar también las condiciones fácticas que vuelven esencial esta medida.

Cuando en la década de 1970 empezaron a proliferar denuncias sobre violaciones de derechos por parte de grandes empresas, surge la discusión también sobre la necesidad de reglamentar estos actores. Algunas de estas iniciativas, que serán presentadas a continuación, tenían obligaciones claramente dirigidas a las empresas transnacionales y buscaban contraponerse y equilibrar la *lex mercatoria*, el conjunto de normativas que surgían para preservar y proteger la actividad empresarial, en particular las empresas transnacionales.⁸

Pero los proyectos de regulaciones vinculantes no lograron éxito por la presión del poder económico de las corporaciones y de los países del norte global, sede de las empresas transnacionales. Como alternativa, surgieron los códigos de conducta, estimulados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con el fin de traer la discusión para marcos voluntarios e impedir las normas duras.

Se suma a este proceso el surgimiento del concepto de Responsabilidad Social Corporativa (RSC), cuyos inicios se sitúan en la década de 1950, pero que se consolidó principalmente tras la expansión del neoliberalismo como ideal económico. La RSC surgió como una forma de barnizar la imagen de las grandes corporaciones para hacer frente a la creciente desigualdad y concentración de ingresos generada por su constante crecimiento, en lugar del desarrollo prometido.

Por ejemplo, la idea de procesos «multiactor» (*multi-stakeholders*), en que todo el mundo estaría naturalmente interesado en el éxito de las empresas, justificaría una «cautela» en la imposición de fuertes regulaciones sobre las actividades de las transnacionales, porque, según la lógica neoliberal, después de todo, sin estas corporaciones, el crecimiento económico supuestamente no sería viable.

En los años 90, la plena implantación del modelo neoliberal en el Sur Global, con la fuerte presencia de las privatizaciones, y el aumento de la fragmentación de la producción y del poder de las grandes cadenas globales consolida la lógica de atracción de inversiones extranjeras. Los Estados en desarrollo son presionados o hasta chantajeados a fin de proporcionar exenciones de impuestos, avanzar en la flexibilización de su legislación laboral y ambiental, y ofrecer otras ventajas, convirtiéndose en cómplices de las violaciones que son producto de las actividades de las empresas transnacionales en su territorio.

8. ZUBIZARRETA, Juan Hernández; RAMIRO, Pedro. Against the 'Lex Mercatoria': proposals and alternatives for controlling transnational corporations. Madrid: OMAL, 2016.

La captura de las estructuras estatales por parte de las empresas transnacionales también establece un fenómeno conocido como «carrera a la baja» (race to the bottom), en el que las naciones rebajan sus estándares de derechos humanos para abaratar los costes de producción de las empresas, mientras éstas no invierten sus ganancias de ninguna forma en beneficio de la población local. Este proceso de inversiones extranjeras suele estar acompañado del establecimiento de acuerdos bilaterales de inversión que facilitan la no rendición de cuentas.

Cabe señalar que la dinámica del poder Estado-empresas transnacionales es asimétrica. Varias corporaciones tienen un valor de mercado superior al PIB de muchos países en desarrollo, lo que demanda una reacción articulada y global.

A lo largo de las décadas, estos y otros elementos, derivados de la ideología del desarrollo económico neoliberal, han impregnado la actuación empresarial de carácter transnacional, generando lo que podemos denominar impunidad generalizada, o *arquitectura de la impunidad*. La imposición de normas vinculantes con obligaciones claras a las empresas transnacionales es necesaria para empezar a romper esta impunidad.

2.2 Historia de la agenda: proceso jurídico y político

La sociedad civil no acompañó de forma pasiva el fortalecimiento de la lógica voluntarista y la impunidad de las empresas. Además de las luchas locales, nacionales y regionales, en el ámbito internacional y de la propia ONU, surgieron iniciativas de regulación de las empresas transnacionales.

La llamada primera fase de la agenda internacional por Surya Deva y David Bilchitz (2013) tuvo lugar entre 1972 y 1990, durante la cual el contexto permitió la creación de una Comisión de Empresas Transnacionales (por el entonces Consejo Económico y Social de la ONU -ECOSOC), cuyos trabajos culminaron con la redacción del Código de Conducta de las Empresas Transnacionales.

Este código, publicado en 1983, se dirigía directamente a las empresas, principalmente en su sección “ACTIVIDADES DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES”, cuando listan una serie **de obligaciones y deberes de las empresas transnacionales**, como por ejemplo “respetar a la soberanía nacional, a las leyes y reglamentaciones del estado donde actúan, respetar a los derechos humanos y no influenciar al Estado a su favor ni los asuntos internos”.⁹

No obstante, se produjo una importante paralización de esta cuestión en las Naciones Unidas, ya que el modelo neoliberal alcanzó su apogeo en la década de 1990. Este contexto tuvo una gran influencia en la selección de los temas de debate en la ONU. Sin embargo, la sociedad civil organizada, a través de movimientos sociales y organizaciones no gubernamentales, emprendió la lucha para reanudar los debates.¹⁰

Una segunda fase comenzó en 1997 y duró hasta 2005. Ya se había creado la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y se creó un Grupo de Trabajo con el objetivo de presentar un resumen de las actividades y normas de actuación de las ETN. Como resultado de las actividades del Grupo, en 2003 se lanzó un borrador de las Normas de Responsabilidad de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en materia de Derechos Humanos, que se presentó a la Comisión.

Este documento, más que nada estaba enfocado en las obligaciones de las empresas, con algunas previsiones también para actuación de los Estados. En el artículo 1, obligaciones generales, el proyecto ya dejaba claro que

“[...] Dentro de sus respectivas esferas de actividad e influencia, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen la obligación de promover y proteger los derechos humanos consagrados en el derecho internacional y en la legislación nacional, incluidos los derechos e intereses de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar”.

10. BILCHITZ, David.; DEVA, Surya. The human rights obligations of business: A critical framework for the future. In: DEVA, Surya; BILCHITZ, David (Eds.), Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect? Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 1-26. doi:10.1017/CBO9781139568333.003

Hay disposiciones sobre obligaciones de las empresas respecto a “Derecho a la igualdad de oportunidades y a un trato no discriminatorio, Derecho a la seguridad personal, Derechos de los trabajadores, Respeto de la soberanía nacional y de los derechos humanos, Obligaciones en materia de protección del consumidor, y Obligaciones en materia de protección del medio ambiente”.¹¹

Como se puede observar, un documento internacional con pretensión de volverse una norma vinculante ya establecía diferentes obligaciones a las ETN, con lenguaje directamente dirigido a ellas, lo que hace caer el argumento de que no se podría hacer. Las obligaciones que deben ser previstas en el Instrumento Jurídicamente Vinculante que se negocia hoy pueden basarse en gran medida en esta experiencia anterior, aunque deben ser actualizadas y complementadas.

Este proyecto se rechazó nuevamente por la presión empresarial y por el surgimiento del Pacto Global y el refuerzo del camino de instrumentos voluntarios, culminando en los Principios Rectores de 2011, que además de no vinculantes, están muy por debajo de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, de otros tratados y convenciones e incluso de estas dos iniciativas.

2.3 Instrumento jurídicamente vinculante

Dada la insuficiencia de los Principios Rectores y la lucha, articulación y presión de la sociedad civil en esta agenda sumada a la creciente impunidad, se aprobó en 2014 la Resolución 26/9 que crea el Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Empresas Transnacionales y Otras Empresas (OEIGWG) en materia de derechos humanos, liderado por Ecuador.

El Grupo de Trabajo comenzó entonces a celebrar sesiones anuales en la sede del Consejo de Derechos Humanos en Ginebra para ejercer su mandato y construir el instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con carácter transnacional respecto a los derechos humanos.

La primera sesión tuvo lugar entre el 6 y el 10 de julio de 2015 y los debates se organizaron en ocho mesas redondas, cada una con un tema diferente que ayudaría a establecer los principios y elementos iniciales del instrumento. En las ocho mesas redondas se abordaron cuestiones como los principios del instrumento vinculante, su ámbito de aplicación, los derechos humanos que deberían contemplarse, la obligación de los Estados de garantizar el respeto de los derechos humanos, incluido el aspecto de la extraterritorialidad, la responsabilidad jurídica de las empresas y la creación de mecanismos jurisdiccionales nacionales e internacionales.

Algunas lagunas de los Principios Rectores fueron expuestas por las delegaciones que mencionaron la necesidad de prever la máxima protección de los derechos humanos, mecanismos de reparación, así como algún instrumento complementario que mejore la aplicación de la protección en el ámbito interno.

También hubo, desde la primera sesión, una gran participación de la sociedad civil, que planteó la necesidad de un enfoque extraterritorial del instrumento, basado en la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos. Igualmente, se observó por parte de los miembros de la sociedad civil la importancia de dotar de responsabilidad y obligaciones directas a las empresas y crear un mecanismo que permita a las personas y comunidades afectadas demandar a los infractores.

La segunda sesión de debates tuvo lugar entre el 24 y el 28 de octubre de 2016 e incluyó seis mesas redondas, en las que se debatieron en profundidad los temas tratados en el periodo anterior. La sociedad civil llamó la atención, en la 2ª sesión, sobre la necesidad de prever un tribunal internacional para garantizar la máxima eficacia del Tratado.

En la tercera sesión, que tuvo lugar del 23 al 27 de octubre de 2017, se presentó el primer producto concreto del proceso de negociación, el documento «Elementos para un proyecto de instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos», que traía en su contenido las cuestiones debatidas en las dos primeras sesiones, como el principio de primacía de los derechos humanos y la posibilidad de un tribunal internacional para exigir responsabilidades a las ETN, y marcó el inicio de los debates más sustanciales sobre el texto del instrumento.

11. <https://digitallibrary.un.org/record/498842?v=pdf>

De hecho, el documento de los Elementos para el tratado, publicado por el Presidente Relator del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta (OEIWG) en 2017, hablaba de una sección que dispondría de deberes específicos para las empresas transnacionales u otras empresas de carácter transnacional. Eso porque el Tratado tenía como su objetivo principal cubrir las lagunas existentes que garantizan impunidad a las empresas transnacionales por su estructura desterritorializada, que las legislaciones y sistemas nacionales no son capaces de corregir. En la propuesta de la Campaña Global para este Tratado, que incluye los elementos demandados por la sociedad civil, se hablaba de artículos o secciones separadas para tratar las obligaciones de los Estados y de las empresas transnacionales. Este también fue el camino elegido en algunas propuestas de legislaciones nacionales, como el Proyecto de Ley Marco de Derechos Humanos y Empresas de Brasil.

Sin embargo, desde el Borrador 0 publicado en 2018, la sección de obligaciones para las empresas no estuvo presente en ninguno de los textos. Esta ausencia mina severamente el potencial del documento, pues el Tratado internacional debería ser capaz de crear un estándar mínimo global de obligaciones para impedir la carrera hacia abajo.

Este estándar haría que tanto los Estados como las empresas transnacionales, independiente de dónde están ubicadas, registradas y llevan a cabo sus actividades, tuvieran que cumplir este rol de obligaciones, que representan un mínimo, siendo facultados los Estados para que puedan desarrollar sus propios marcos ampliando la protección. La existencia de estas obligaciones directas también refuerza la soberanía estatal y facilita que los Estados puedan desarrollar sus leyes y normativas domésticas con menos presión del lobby empresarial y con un instrumento internacional como base a referenciar.

3. OBLIGACIONES COMUNES PERO DIFERENCIADAS

Establecer obligaciones para las empresas en normas regulatorias no significa eximir a los Estados de sus obligaciones. Las obligaciones respecto a los derechos humanos en la dinámica de actividades empresariales **son comunes a los Estados y las empresas**, aunque **diferenciadas** dependiendo de sus competencias, obligaciones previas de derecho internacional y posibilidades fácticas de actuación.

Es importante también resaltar qué obligaciones en el Instrumento Jurídicamente Vinculante no tienen como objetivo establecer un techo ni debilitar normas más protectoras internamente, sino todo lo contrario, crear un rol mínimo que pueda aumentar la protección de las personas afectadas y facilitar a los Estados a regular desde sus realidades.

Un documento que busque regular la actividad empresarial debe prever la obligación de las empresas respecto a los derechos humanos, pero no solamente. Deben ser establecidos deberes de conductas concretas a ser tomados por los entes empresariales para **prevenir y reparar las violaciones de derechos humanos causados por su actuación**.

Sin la disposición de obligaciones específicas, el deber de las empresas de respetar los derechos humanos sigue siendo tan general como en los Principios Rectores, y a merced del establecimiento de directrices y reglamentaciones nacionales, que son importantes, pero no son capaces de cubrir todas las lagunas.

3.1 ¿Cuáles serían las obligaciones para las empresas transnacionales? Ejemplos de normas con obligaciones directas a nivel nacional y regional

Las obligaciones específicas de las empresas en el Tratado Vinculante, acá propuestas, están basadas en iniciativas regulatorias de nuestro continente que contaron con amplia participación popular, como la Ley Marco de Derechos Humanos y Empresas en Brasil, y el acumulado de la Campaña Global y de discusiones en otros sectores como el laboral. Sin embargo, la propuesta es mostrar ejemplos de cuáles deberían ser algunas de las obligaciones previstas como forma de iniciar y concretar la discusión sin perjuicio de que esta lista se extienda para agregar las experiencias de personas y comunidades afectadas en los casos concretos de sus luchas.

- 1) obligación de respeto a todos los derechos humanos y ambientales internacionalmente reconocidos: cuerpo jurídico de derechos, convenciones de derechos humanos, declaraciones de derechos
- 2) deber de no violar los derechos humanos

Ambos son principios básicos para el Tratado, y deben estar contenidos en el preámbulo. Respecto a obligaciones de prevención, es decir, actuar para evitar a toda costa la violación:

3) deber de prevenir las violaciones mediante una serie de mecanismos como:

- a) plan de vigilancia y monitoreo efectivo en las cadenas de producción;
- b) plan de inversión ética y monitoreo de las actividades financiadas, para instituciones financieras internacionales;
- c) transparencia en las contrataciones en toda la cadena de valor, entre las ETN y las empresas proveedoras y subcontratadas;
- d) incorporación de los más elevados estándares internacionales en sus prácticas;
- e) adoptar las normativas más protectoras existentes en los países que actúan;
- f) prohibición del acoso a miembros o líderes de las comunidades;
- g) respeto al consentimiento y consulta libre, previa e informada y al derecho de la comunidad afectada a decir no al emprendimiento;
- h) Respeto a las estrategias y prioridades de la comunidad para su autodeterminación
- i) respeto a la libertad de asociación, la negociación colectiva y los derechos sindicales;
- j) garantizar asistencia técnica independiente a las comunidades afectadas.

Pero si las obligaciones de prevención fallan o no son suficientes para evitar la violación, deben existir obligaciones para garantizar la reparación integral y la responsabilidad jurídica de las empresas en toda su cadena de valor:

- 4) obligación de transparencia y concesión de información;
- 5) obligación de reparar integralmente la violación;
- 6) responsabilidad común y solidaria por los actos de los integrantes de la cadena de valor global cuando haya beneficio económico de la violación, aun cuando los deberes de prevención hayan sido cumplidos y la empresa matriz no haya tenido control directo sobre las actividades de las demás;
- 7) responsabilidad estricta para actividades con alto riesgo o impacto previsto y alta ocurrencia de violaciones;
- 8) proveer prueba en el curso del proceso;
- 9) observar condiciones de interseccionalidad, como género, raza, edad, discapacidad, orientación sexual, entre otras en el proceso de análisis de impacto, consulta y reparación;
- 10) abstenerse de actos de corrupción o influencia indebida en las instituciones y agentes del poder judicial o del Estado responsables por el monitoreo preventivo y las sanciones;

3.2 Derecho internacional de los derechos humanos: documentos de derecho internacional que se complementan y cómo se benefician las comunidades afectadas

El derecho internacional de los derechos humanos, así como un sistema nacional de normas, está formado por diferentes documentos que se complementan y forman lo que llamamos un *cuero jurídico*. Al surgir un nuevo tratado, especialmente en temas de derechos humanos, este documento debe reforzar y avanzar en las conquistas anteriores.

Según la evolución progresiva de los derechos humanos,¹² las nuevas regulaciones no pueden retroceder en lo conquistado, solamente avanzar. Los tribunales y órganos de aplicación de la ley, sean nacionales o internacionales, deben tener en cuenta todos estos documentos en conjunto y la primacía de convenciones de derechos humanos sobre otras normas dispositivas del derecho internacional, como son los tratados de inversiones.

Por tal razón, la existencia de obligaciones específicas en el Instrumento Vinculante abre espacio para que derechos que están previstos en tratados y declaraciones puedan ser referenciados y se creen más condiciones para su efectivización. Un derecho cuando está previsto en un documento internacional puede ser reclamado, pero se necesitan obligaciones referentes a conductas concretas por parte de los Estados y entes privados para impedir que estos derechos sean vulnerados, o para que sean reparados cuando ocurre la violación.

12. Tesis consolidada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y otros sistemas regionales.

Esta obligación no sólo refuerza el derecho previsto en la declaración sino que crea un elemento más para su satisfacción: todo derecho que pasa a integrar un documento internacional o nacional es producto de una lucha por su reconocimiento, al final los derechos no son regalados, no caen del cielo. Pero aun cuando esté reconocido en documentos jurídicos, este derecho es mejor garantizado si está acompañado de otras normas que establecen obligaciones que dicen quienes son los responsables por hacerlos efectivos y cómo.

Lo mismo sucede al establecer obligaciones para las empresas respecto a trabajadores, a mujeres, personas LGBTI, personas con discapacidad, niños y adultos mayores, comunidades indígenas, personas racializadas y todos aquellos grupos que tienen protección especial en algún documento internacional.

Las comunidades y personas afectadas saben muy bien que la existencia de un documento jurídico o norma, por mejor que sea, no hace con que el derecho sea garantizado. Eso es consecuencia de la lucha de estas poblaciones por sus derechos.

Sin embargo, es importante que el Instrumento Vinculante tenga en cuenta los derechos ya reconocidos, creando obligaciones específicas para las empresas transnacionales con respecto a ellos y no limitando a un rol taxativo, incluyendo así nuevos derechos que puedan llegar a existir.

De esta manera, el Tratado Vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos puede ser una poderosa herramienta más en las manos de las comunidades y personas que luchan día a día, que podrán exigir de las corporaciones transnacionales conductas determinadas y demandar responsabilización.

REFERENCIAS

BILCHITZ, David.; DEVA, Surya. The human rights obligations of business: A critical framework for the future. In: DEVA, Surya; BILCHITZ, David (Eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 1-26. doi:10.1017/CBO9781139568333.003

GLOBAL CAMPAIGN TO RECLAIM PEOPLES SOVEREIGNTY, DISMANTLE CORPORATE POWER AND STOP IMPUNITY. *Treaty on Transnational Corporations and their supply chains with regard to Human Rights*. Octubre 2017. https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2017/10/Treaty_draftEN.pdf.

GLOBAL CAMPAIGN TO RECLAIM PEOPLES SOVEREIGNTY, DISMANTLE CORPORATE POWER AND STOP IMPUNITY. *Arguments For Establishing Proper And Direct Obligations For Transnational Corporations In The Un Binding Treaty On TNCs And Human Rights*. Octubre, 2022. https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2022/10/Arguments-direct-obligations-for-TNCs_GlobalCampaign-2.pdf

CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 384 p.

CETIM, Centro Europa-Tercer Mundo. *La Impunidad de Las Empresas Transnacionales*. Ginebra, 2016.

OEIGWG. *Elements for Legally Binding Instrument To Regulate, In International Human Rights Law, The Activities Of Transnational Corporations And Other Business Enterprises*. Ginebra, 19 sept. 2017. https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-

RAJAGOPAL, Balakrishnan. **El Derecho Internacional desde abajo**: el desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo. Bogotá, ILSA, 2005, 366 p.

ZUBIZARRETA, Juan Hernández; RAMIRO, Pedro. *Against the 'Lex Mercatoria': proposals and alternatives for controlling transnational corporations*. Madrid: OMAL, 2016.

ANEXO

Sugerencias concretas para el texto del borrador actualizado revisado que se encuentra en negociación

En el preámbulo, es importante que se resalten las obligaciones de las empresas transnacionales con relación a respetar, no violar y no contribuir a violaciones de derechos humanos. Se sugiere que el PP12 se redacte de la siguiente manera:

PP12: *Subrayando que las empresas transnacionales y otras empresas de carácter transnacional tienen la obligación de respetar y no violar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, entre otras cosas evitando que sus propias actividades ocasionen o contribuyan a causar violaciones de los derechos humanos; así como previniendo las violaciones de los derechos humanos o mitigando los riesgos para los derechos humanos vinculados a sus operaciones, o los productos o servicios de sus relaciones comerciales, y no realizando actos de colaboración, complicidad, instigación, inducción y encubrimiento económico, financiero o de servicios con otras entidades, instituciones o personas que violen los derechos humanos.*

La parte más importante de las obligaciones de las empresas transnacionales hace referencia a la prevención, pues es donde deben actuar directamente para no violar los derechos humanos. El artículo 6 del borrador revisado, que habla de prevención, solamente establece algunas directrices para que los Estados demanden de las empresas (una disposición indirecta) algunas acciones referentes a una versión debilitada de la debida diligencia, que no son suficientes.

Aquí se propone incluir en este artículo un lenguaje directamente dirigido a las empresas transnacionales que establezca obligaciones concretas de prevención, algunas de ellas referentes a la debida diligencia pero que van mucho más allá.

Estas propuestas fueron elaboradas con base a la experiencia de diferentes grupos de afectados, que detectaron las principales lagunas y debilidades en los sistemas de gestión de riesgo y ejecución de las actividades de las empresas.

Artículo 6 Prevención

6.X Las ETN y otras empresas de carácter transnacional 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 civil, administrativa y penal en caso de que se produzcan dichas violaciones.

6.XX Las ETN y otras empresas de carácter transnacional han de promover, respetar y garantizar los derechos humanos en el ámbito de sus actividades, con base en las siguientes directrices:

(a) Evitar causar o contribuir a violaciones de los derechos humanos, previniendo daños ocasionados por sus propias actividades o derivados de los servicios prestados en sus relaciones comerciales, y hacer frente a dichos daños cuando se produzcan, disponiendo el cese inmediato de la actividad violatoria en curso;

(b) No realizar ningún acto de colaboración, complicidad, instigación, inducción y encubrimiento económico, financiero o de servicios con otras entidades, instituciones o personas que violen los derechos humanos;

(c) Respetar todas las normas internacionales y nacionales que prohíben la discriminación, en particular por motivos de raza, color, sexo, orientación sexual, religión, opinión política o actividad sindical, nacionalidad, origen social, pertenencia a un pueblo o comunidad, discapacidad, edad, situación migratoria o cualquier otra condición no relacionada con los requisitos para desempeñar un trabajo, y aplicar acciones positivas contra la discriminación;

(d) Respetar todas las normas internacionales y nacionales que prohíben la explotación del trabajo infantil y esclavo en toda la cadena de suministro;

(e) No fijar metas abusivas, que constituyen prácticas de acoso individual o acoso organizacional;

(f) Exigir el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que realicen transacciones comerciales, contractuales o de otro tipo.

(g) Respetar y proteger la información personal de las y los empleados y la protección efectiva de los datos de los clientes;

(h) Respetar los derechos territoriales y de autodeterminación de los Pueblos Indígenas y comunidades tradicionales, así como su soberanía sobre los recursos naturales y la riqueza genética local, de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT, especialmente el derecho al consentimiento libre, previo e informado.

(i) Respetar el derecho a la consulta libre, previa e informada y a la participación efectiva de las y los trabajadores, sus representantes y los órganos sindicales representativos en los procesos que puedan tener un impacto significativo sobre los derechos laborales.

(j) Respetar los derechos de las comunidades indígenas, tradicionales, campesinas y rurales e impedir el soborno u otras formas de corrupción e intimidación en el acceso a tierras y recursos para concesiones extractivas, acuicultura, agronegocios, turismo, producción de energía y otros;

(k) Respetar los procesos colectivos, asociaciones, sindicatos, organizaciones, movimientos y otras formas de representación de las y los trabajadores, comunidades y defensores de los derechos humanos, como sujetos legítimos para el diálogo y la defensa de los intereses de aquellos cuyos derechos humanos han sido violados o están bajo amenaza de violación;

(l) Publicar, en un formato de fácil acceso, la estructura de gestión de la empresa y sus respectivos roles en la cadena productiva y sus políticas de promoción y defensa de los derechos humanos, e informar a los responsables por la toma de decisiones;

(m) Difundir información sobre las actividades empresariales a las comunidades afectadas a través de medios de notificación adecuados, teniendo en cuenta la situación de comunidades remotas, aisladas, sin acceso a Internet o analfabetas, y garantizar que dicha notificación no sólo se entregue, sino que también se comprenda utilizando las lenguas de las personas y grupos afectados;

(n) En el caso de actividades riesgosas, garantizar la participación de las y los trabajadores, así como de las personas y comunidades afectadas, en la elaboración, gestión y seguimiento de los planes de gestión de riesgos y diligencia debida;

(o) Garantizar el acceso de las poblaciones potencialmente afectadas por las actividades a consultores técnicos independientes, pagando por este trabajo y proporcionando todas las condiciones para que se lleve a cabo y no interfiriendo en la elección de dichos consultores.

(p) Crear mecanismos, en discusión con la comunidad, que permitan materialmente la participación de la comunidad en la toma de decisiones sobre los procesos de reparación y compensación de daños, incluyendo transporte y alimentación durante los eventos destinados a la consulta popular;

(q) Las empresas transnacionales que actúan en diversos países deben adoptar en su organización interna las normas del país que garanticen mayor protección a los derechos humanos, independientemente de la localización de la actividad;

Finalmente, sobre el acceso a reparación, aunque las garantías institucionales vengan del Estado y el mismo Estado debe conducir el proceso para que no sea cooptado por los violadores, las empresas transnacionales también deben tener obligaciones referentes al proceso de indemnización de las personas y comunidades afectadas y reparación del medio ambiente. Algunas propuestas a ser insertadas en el artículo 7:

Artículo 7 Acceso a reparaciones

7.X Las ETN y otras empresas de carácter transnacional tienen la obligación de actuar para la reparación integral de las violaciones de los derechos humanos y ambientales, buscando restablecer la situación lo más próxima posible a la anterior a las violaciones;

7.XX Las ETN y otras empresas de carácter transnacional han de comprometerse a combatir los obstáculos a la aportación de pruebas por las y los afectados y a contribuir a las investigaciones;



**Amigos de
la Tierra
América Latina
y el Caribe**