

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), José Luis Gil y Gil (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), María Luz Rodríguez Fernández (*España*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Miguel Basterra Hernández (*España*), Carolina Blasco Jover (*España*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), María Belén Fernández Collados (*España*), Alicia Fernández-Peinado Martínez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Miguel Ángel Gómez Salado (*España*), Estefanía González Cobaleda (*España*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), José Luis Ruiz Santamaría (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Viqueira Pérez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

El Proyecto de instrumento internacional vinculante sobre empresas y derechos humanos: ¿fin del paradigma de la voluntariedad?*

Luciana ABOIM MACHADO**
Francisco PÉREZ AMORÓS***

RESUMEN: El proceso de elaboración del Proyecto de referencia desarrollado en Naciones Unidas ha dado lugar a seis periodos de sesiones de negociación 2015 a 2020 durante las que se han elaborado tres sucesivos borradores del Proyecto (2018, 2019 y 2020), y es un proceso que sigue abierto pendiente de nuevas reuniones (2021) a la espera un resultado final que, por ahora, es incierto. Se comentan los principales aspectos del Proyecto debatidos en cada uno de dichos periodos de negociaciones y valora el contenido de cada uno de los tres borradores del mismo. El estudio concluye con la presentación y

* Este ensayo es una versión ampliada y actualizada de la ponencia oficial de F. PÉREZ AMORÓS, *Derechos Humanos y trabajo decente*, presentada en el *VI Congreso Internacional de Estudios Jurídicos: derechos humanos e transnacionalidad* organizado por la Universidade Federal de Sergipe (Brasil), con la colaboración de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AIDTSS), desarrollado del 4 a 8 junio 2020 en Aracaju (Brasil). Este estudio forma parte de las actividades del equipo de investigación CNPQ “Eficácia dos direitos humanos e fundamentais: seus reflexos nas relações sociais” de la Universidade Federal de Sergipe (GEDH-UFS) integrado en la Rede de Pesquisa de Direitos Humanos e Transnacionalidade (REDHT). Este trabajo se terminó de redactar el 30 de mayo de 2021.

** Profesora del Departamento de Derecho, Universidade Federal de Sergipe (Brasil); Doctora en Derecho del Trabajo, Universidade de São Paulo (Brasil); Líder del equipo de investigación CNPQ “Eficácia dos direitos humanos e fundamentais: seus reflexos nas relações sociais” de la Universidade Federal de Sergipe (GEDH-UFS); Directora de la Rede de Pesquisa de Direitos Humanos e Transnacionalidade (REDHT); Vicepresidenta de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AIDTSS).

*** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat Autònoma de Barcelona (España), jubilado; Investigador del Instituto de Estudios del Trabajo, Universitat Autònoma de Barcelona (España); Profesor Visitante del Programa de Postgrado en Derecho de la Universidade Federal de Sergipe (PRODIR-UFS, Brasil); Miembro del equipo de investigación CNPQ “Eficácia dos direitos humanos e fundamentais: seus reflexos nas relações sociais” de la Universidade Federal de Sergipe (GEDH-UFS); Miembro de la Rede de Pesquisa de Direitos Humanos e Transnacionalidade (REDHT); Vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AIDTSS).

glosa del estado actual del debate, haciendo mención especial de las siguientes cuestiones del Proyecto: de su ámbito subjetivo y objetivo, de las obligaciones de los estados y de las empresas transnacionales y otras empresas implicadas; del acceso a la justicia de las víctimas; del alcance de la jurisdicción para conocer de los incumplimientos y la reparación de daños. La primordial novedad del Proyecto es su condición de vinculante; de aprobarse en los términos previstos, representaría el fin del paradigma de la voluntariedad imperante hasta ahora en la ordenación internacional de los derechos humanos en el ámbito de las multinacionales.

Palabras clave: Derechos humanos, empresas, empresas multinacionales, obligaciones y responsabilidades, reparación de daños, jurisdicción.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Empresa y derechos humanos: antecedentes próximos y una década de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de 2011. 3. Proceso de elaboración del Proyecto de Instrumento Vinculante: una larga negociación todavía inacabada. 3.1. Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. 3.2. Seis periodos de sesiones de deliberación y tres borradores del Proyecto. 3.2.1. Primeras deliberaciones constructivas. 3.2.2. Negociaciones sustantivas. Y estado actual del debate. 4. Bibliografía.

The Draft Binding International Instrument on Business and Human Rights: End of the Voluntary Paradigm?

ABSTRACT: The process of preparing the Reference Project developed at the United Nations has resulted in six negotiating sessions 2015 to 2020 during which three successive drafts of the Project have been prepared (2018, 2019 and 2020), and is a process that remains open pending further meetings (2021) pending a final result that, for now, is uncertain. It discusses the main aspects of the Project discussed in each of the previous periods of negotiations and assesses the content of each of the three drafts of the Project. The study concludes with the presentation and gloss of the current state of the debate, making special mention of the following issues of the Project: its subjective and objective scope, the obligations of states and transnational corporations and other companies involved; the access to justice for victims; the scope of jurisdiction to deal with breaches and reparation for damages. The first novelty of the project is its condition of binding; if it is approved in the terms envisaged, it would represent the end of the paradigm of voluntariness prevailing until now in the international organization of human rights in the field of multinationals.

Key Words: Human rights, enterprises, multinational companies, obligations and responsibilities, repair of damages, jurisdiction.

1. Introducción

La relación entre la empresa y los derechos humanos no siempre ha sido ni es pacífica, y menos cuando se trata de multinacionales. Las expectativas de mejorar tal situación están en buena parte depositadas actualmente en el Proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas (en adelante, Proyecto de Instrumento Vinculante o Instrumento Vinculante).

El Proyecto de Instrumento Vinculante ocupa un lugar destacado en la agenda de las relaciones internacionales desde hace unas dos décadas, aunque no se pergeñó hasta 2014, y desde entonces sigue un proceso de elaboración que ha consumido seis periodos de sesiones de deliberaciones (desde 2015 a 2020) del grupo de trabajo habilitado al efecto en Naciones Unidas, dando lugar a un documento preparatorio (2017) y a tres sucesivos borradores (Borrador Cero de 2018; Borrador Revisado de 2019; Segundo Borrador Revisado de 2020). A fecha de hoy (mayo 2021), tal proceso de preparación sigue su curso sin fecha de cierre prevista.

Este estudio acota los aspectos más relevantes debatidos en cada uno de los seis periodos de reuniones referidos y, concluye presentando el estado actual del debate sobre el Proyecto de referencia. Los comentarios vertidos en estas páginas, de cariz jurídico laboral, son reflexivos por su tono, obligadamente breves en extensión, y son *provisionales* por cuanto se refieren a un proceso inacabado. La bibliografía y la documentación sobre la cuestión es voluminosa y prolija, la citada en estas páginas es un apretado resumen.

Son tantas las *proclamas* divulgadas y pregonadas sobre los derechos humanos, que resulta difícil creer que no exista un marco normativo internacional que obligue a cumplirlos todos de manera real y efectiva en todos los lugares. Tanto es así que, posiblemente, los comentarios que se contemplan en estas páginas perderían buena parte de sentido, si aquí y ahora no se recordara, a todos los efectos, unos hechos: el 24 de abril de 2013 fallecieron unas mil personas, la mayoría trabajadoras, en el hundimiento del edificio Plaza Rana (Savar, Bangladesh) de 8 plantas, en las que se fabricaban, en condiciones laborales precarias, prendas de vestir que comercializaban conocidas empresas con intereses en distintos estados, dicho sea a modo de ejemplo, pues no son los primeros sucesos ni los últimos de tal condición, ni son los más o menos graves.

2. Empresa y derechos humanos: antecedentes próximos y una década de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de 2011

El binomio empresa y derechos humanos tiene su origen en torno a la década de los setenta del siglo anterior¹, y la relación existente entre sus términos ha sido bastante convulsa desde entonces, especialmente en el caso de las multinacionales y sus cadenas mundiales de suministro², aunque con diferencias regionales³.

El Proyecto de Instrumento Vinculante parte de la idea que los derechos humanos universales, por globales, pueden proteger los derechos laborales en el ámbito de las empresas multinacionales (globalización de derechos y económica, o viceversa)⁴; su elaboración preocupa en sede internacional

¹ A modo de ejemplo, ver el “Informe VI Empresas Multinacionales del Secretario General” de NU (A/CN.9/104), 21 de marzo de 1975, en *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, 1975, vol. VI; Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social del Consejo de Administración de la OIT, aprobada en su 204ª reunión de noviembre de 1977.

² Vid. AA.VV., *Empresas y derechos humanos: una relación compleja*, Aportes DPLF, 2011, n. 15; M. DE LA CUESTA, E. PARDO (coords.), *Empresas, Derechos Humanos y Competitividad. Principales resultados*, Cátedra Telefónica-UNED, 2014; A. GINER, *Las empresas transnacionales y los Derechos Humanos*, en *Lan Harremanak*, 2008, n. 19, pp. 67-87; A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, G. MORENO GONZÁLEZ, *Empresas transnacionales y Derechos Humanos. La necesidad de un Instrumento Vinculante*, Bomarzo, 2018; J. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos. Historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrabegemónicas transnacionales*, Hegoa y Omal, 2009; W. SANGUINETI RAYMOND, *La tutela de los derechos fundamentales en las cadenas de producción de las empresas multinacionales*, en Á. FIGUERUELO BURRIEZA, F.J. GORJÓN GÓMEZ (coords.), *Las transformaciones del derecho en Iberoamérica. Homenaje a los 75 años de la Universidad de Nuevo León*, Comares, 2008; W. SANGUINETI RAYMOND, *Transnacionalización del derecho del trabajo y empresas multinacionales*, en *Trabajo y Derecho*, 2015, n. extra. 1.

³ Vid. L. ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA, A.C. FONTES FIGUEIREDO MENDES, *Trabalho escravo contemporâneo: análise das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, en *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais*, 2018, n. 2, pp. 146-168; H. CANTÚ RIVERA (coord.), *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina*. Instituto Interamericano de derechos humanos, IIDH, 2017; F. PÉREZ AMORÓS, *Sistema europeo de protección de los derechos humanos laborales: cuestiones de presente y retos de futuro*, en *Revista Científica Criterio Académico*, 2020, n. 4, pp. 57-98; A. PIGRAU SOLÉ, *Empresas multinacionales y derechos humanos: la doble vía del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, en M.C. MARULLO, F.J. ZAMORA CABOT (coords.), *Empresas y derechos humanos: temas actuales*, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 27-68; C. REYNOSO CASTILLO, *Los derechos humanos laborales*, Universidad Autónoma Metropolitana, Tirant lo Blanch, 2017; T. USHAKOVA, *Las empresas y la protección de los derechos humanos en el sistema del Consejo de Europa*, en *Revista Internacional Consinter de Direito*, 2018, n. VII, pp. 359-376.

⁴ Vid. O. ERMIDA URIARTE, *Deslocalización, globalización y derecho del trabajo*, en *IUSLabor*,

desde hace ya unas dos décadas⁵; a efectos discursivos, se adelanta desde un principio, que el buen fin del debate sobre tal Instrumento Vinculante, ni parece próximo, ni, mucho menos, está asegurado a fecha de hoy⁶.

Como antecedentes más próximos del Instrumento en cuestión, merecen cita propia los siguientes.

El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH)⁷ aprobó en abril de 2008 el documento [Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie](#), comúnmente denominado Marco de la ONU “Proteger, Respetar, Remediar” para las actividades empresariales y los derechos humanos o, simplemente, Marco o Informe John Ruggie⁸, un texto que por la expectativas que suscitó en su momento se denominó

2017, n. 1.

⁵ Por ejemplo, a partir del Pacto Global (Kofi Annan, en Davos, 1999), recordar tres datos significativos y distintos: las *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos* (agosto 2003) de la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que no fueron aceptadas por el Consejo de Derechos Humanos de NU en 2004; el *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, 15 febrero 2005; la Resolución 2005/69 de la Comisión de Derechos Humanos, 20 abril 2005, sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. *Vid.* H. CANTÚ RIVERA (coord.), *op. cit.*, y H. CANTÚ RIVERA, *Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos*, *ibidem*, pp. 27-83, C. RODRÍGUEZ GARAVITO (ed.), *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil*, Siglo Veintiuno, 2018; J.G. RUGGIE, *¿Jerarquía o ecosistema? La regulación de los riesgos relativos a los derechos humanos provenientes de las empresas multinacionales*, *ibidem*.

⁶ *Vid.* D. CASSEL, *Opciones para un tratado sobre empresas y derechos humanos. Avances y estado del arte*, en A. VON BOGDANDY ET AL. (coords.), *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, UNAM-IIJ, 2018; A. GUAMÁN, *Empresas transnacionales y derechos humanos: acerca de la necesidad y la posibilidad de la adopción de un Instrumento Jurídicamente Vinculante (Binding Treaty)*, en *Jueces para la Democracia*, 2018, n. 92, pp. 100-124, y en *Revista de Derecho Social*, 2018, n. 81, pp. 197-218; D. IGLESIAS, *Explorando las fronteras del Derecho internacional de los derechos humanos: hacia la adopción de un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos*, en *Akademia*, 2018, n. 1, pp. 165-214; D. IGLESIAS-MÁRQUEZ, [Nuevos instrumentos para la protección de los derechos humanos en el contexto de la globalización: apuntes sobre el tratado de empresas y derechos humanos](#), en *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 2019, vol. 14, pp. 229-249; A. TREBILCOCK, *El desastre de Rana Plaza siete años después: Iniciativas transnacionales y proyectos de tratado*, en *Revista Internacional de Trabajo*, 2020, n. 4, pp. 599-626.

⁷ Resoluciones y Decisiones del CDH, en NACIONES UNIDAS, [Informe del Consejo de Derechos Humanos](#), A/75/53, 2020.

⁸ John G. Ruggie fue nombrado para tal cargo en 2005, y lo ostentó hasta 2011.

la “paz de Ruggie”.

Tal Informe, según anticipa su propio título, se sustenta sobre tres principios básicos: 1) el deber del estado de proteger a las víctimas por los abusos de derechos humanos cometidos por terceros, en particular, por las empresas; 2) la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos (diligencia y responsabilidad de las empresas); 3) la existencia de vías efectivas y mecanismos eficaces de investigación, sanción y consiguiente reparación de tales agravios. Estos tres principios esbozan el primer marco conceptual – sujetos, objeto y contenido de la protección de derechos humanos – sobre el que el propio CDH realizaría dos operaciones de calado en 2011: 1) hizo suyos – por unanimidad de los 47 estados miembros – los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar (en adelante, Principios Rectores)⁹; 2) creó el denominado Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas¹⁰.

Los Principios Rectores, según el aludido Informe Ruggie, forman un todo y se dirigen a los estados en beneficio de las víctimas, y se sustentan en tres pilares generales: «a) Las [...] obligaciones de los Estados de respetar,

⁹ El Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (John Ruggie), elevó al Consejo de Derechos Humanos su Informe final, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31, 21 marzo 2011, en el que resume su labor entre 2005 y 2011, y anexa los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”* con vistas a su consideración por el Consejo de Derechos Humanos. El Consejo de Derechos Humanos toma en consideración dichos Principios Rectores por medio de su *Resolución 17/4 de 16 de junio de 2011*, A/HRC/RES/17/4.

¹⁰ La propia *Resolución 17/4*, cit., creó el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (también conocido como el Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos), integrado por cinco expertos independientes con una representación geográfica equilibrada, que entre otros, tiene el mandato de promover la divulgación y aplicación efectiva y global de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos (puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar), competencia que explica que a dicho Grupo de Trabajo también se le haya denominado Grupo de Trabajo sobre Principios. *Vid.* la *página web de este Grupo de Trabajo*, en la que constan los Informes del Grupo de Trabajo presentados al Consejo de Derechos Humanos y los Informes del Grupo de Trabajo elevados a la Asamblea General, algunos de los cuales contienen referencias a la problemática de los derechos humanos en las empresas. El Grupo de Trabajo sobre las empresas y los Derechos Humanos, tal como establecen las resoluciones *17/4*, cit., y *35/7* del Consejo de Derechos Humanos, también dirige y preside el Foro de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, del que se tratará.

proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales; b) El papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; y, c) La necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento»; y, a su vez, cada uno de los tres pilares, engloba una serie subprincipios o reglas fundacionales y operativas (31 en total). Los títulos de los tres pilares se corresponden a las tres partes nucleares del Informe: II, *El deber del Estado de proteger los derechos humano*; III, *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos*; IIV, *Acceso a mecanismos de reparación*¹¹.

Tales “triadas”, significativas por lo que anticipan sobre la cuestión objeto de reflexión, vertebran una gobernanza de los derechos humanos en el ámbito internacional de las empresas calificada de compartida de forma asimétrica entre tres actores, pues mientras al estado se le impone un “deber” (u “obligaciones”) de “proteger” los derechos humanos, a las empresas, simplemente, se les exige “responsabilidad” (no “deberes” u obligaciones directas) para “respetar (los)”, y el tercer actor – la víctima, protagonista por protegido – resulta que no tiene plenamente asegurados medios efectivos suficientes para reclamar y/u obtener la “reparación” debida por incumplimiento de tales deberes y responsabilidades, hándicap que es una nota clave del debate.

Aceptando que los Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos de 2011 sean un antecedente y referente de mención indispensable para reflexionar por qué y cómo se elabora actualmente un instrumento internacional jurídico vinculante sobre los derechos humanos en las empresas – y recordando que el próximo 16 de junio de 2021 ya cumplen una década –, se formulan a continuación unas consideraciones sobre los mismos¹².

Los Principios Rectores fueron asumidos por el CDH con unanimidad, una decisión cuya relevancia se debe modular recordando que parte de tal consenso, también se debe a que ciertos de sus aspectos controvertidos se suprimieron del texto sometido a votación: como se ha escrito, existió una «alfombra del consenso», bajo la que se escondían discrepancias¹³, que más

¹¹ Según el Informe final [A/HRC/17/31](#), cit.

¹² Vid. J.L. GIL Y GIL, *La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares laborales. Una perspectiva global*, en *Lex Social*, 2020, n. 2, pp. 6-70.

¹³ Vid. S. DEVA, *Tratar los derechos humanos a la ligera: una crítica de la retórica del consenso y el lenguaje empleado por los principios rectores*, en S. DEVA, D. BILCHITZ (eds.), *Human Rights Obligations of Business Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge University Press, 2013.

pronto que tarde resurgirían, si es que en algún momento desaparecieron realmente.

Los Principios Rectores están enunciados con un tono generalista – *pro pactista* – que en ocasiones puntuales dificulta su puesta en práctica, y, en otras se refieren a una serie de obligaciones en materia de derechos humanos que algunos estados ya habían asumido, y que si lo vuelven a hacer es, en parte, para reintentar que otros las suscriban también. Tales Principios Rectores, por sí mismos, no generan – en sentido estricto – nuevas obligaciones a todos los estados, sino que, simplemente, les compelen a respetarlos de acuerdo con la normativa internacional vigente; y, tales Principios también impelen a todas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura, a respetar los derechos humanos, pero lo hacen sin atribuirles obligaciones directas. En este sentido, se afirma que los Principios Rectores no son vinculantes – ni para aquéllos ni para éstas – sino indicativos (*soft law*), circunstancia esta que los caracteriza¹⁴, y los hace merecedores de halagos o de críticas, pues de los mismos se ha escrito, tanto, que son un avance, como, que son un freno cuando no un paso atrás. Tras una década desde su puesta en práctica, con más o menos éxito, lo cierto es que los Principios Rectores han colaborado, por acción o por omisión, a abrir el camino a nuevos proyectos, tales como, por ejemplo, al futuro instrumento jurídicamente vinculante sobre derechos humanos y empresas: «Los Principios Rectores no servirá[n] por sí solos para poner fin a los problemas que plantea la cuestión de las empresas y los derechos humanos. Pero marcará[n] el fin del comienzo [...] como base para seguir avanzando»¹⁵.

Desde un plano teórico, no existe una dicotomía entre los dichos Principios Rectores de 2008 (no vinculantes) y el repetido Instrumento Vinculante, es más, ambas experiencias podrían convivir, complementarse, y retroalimentarse¹⁶; cuestión distinta, es que ciertos planteamientos desconfíen de la eficacia práctica del Instrumento Vinculante por razones

¹⁴ Vid. J.E. ESTEVE MOLTÓ, *Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?*, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2011, n. 27, pp. 317-351; C.R. FERNÁNDEZ LIESA, M.E. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ (dirs.), *Empresas y derechos humanos*, Aranzadi, 2018.

¹⁵ Según la Introducción del texto *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”* del Informe final [A/HRC/17/31](#), cit.

¹⁶ Vid. J. RUIZ GALAN, *Búsqueda de consensos sobre Empresas y Derechos Humanos: hacia un Instrumento Internacional Vinculante*, en *American University International Law Review*, 2017, vol. 32, n. 4, pp. 819-857.

jurídicas o de política del derecho¹⁷, o que, incluso se utilice la existencia de dichos Principios Rectores – siempre modulables, pero nunca vinculantes – para intentar frenar alternativas vinculantes por razones extrajurídicas. Y por lo demás, los Principios Rectores son uno de los primeros instrumentos internacionales no vinculantes en la materia, que han tenido acogida en la OIT¹⁸, y que inspiran y forman parte de un conjunto de instrumentos internacionales¹⁹ que apuestan por la «voluntariedad como paradigma dominante»²⁰ para lograr la protección de los derechos humanos en el entorno de las empresas transnacionales, operación que no parece tener todo el éxito pretendido según reconoce, por ejemplo, la propia OIT (Resolución OIT de 19 junio 2016, citada *supra*). La superación del paradigma de la voluntariedad por un nuevo Instrumento – real y efectivamente – Vinculante parece necesaria: «los Principios [Rectores] no ofrecen ninguna solución efectiva [...] porque no son vinculantes ni para unos [gobiernos] ni para otras [empresas]»²¹ o, es más, los Principios son «¿un paso atrás?»²².

¹⁷ Vid. C. RODRÍGUEZ GARAVITO (ed.), *op. cit.*; J.G. RUGGIE, *op. cit.*; J.G. RUGGIE, '[Guiding Principles' for the Business & Human Rights Treaty Negotiations: An Open Letter to the Intergovernmental Working Group](#), Harvard Kennedy School, 2018.

¹⁸ Por ejemplo, en la Resolución OIT relativa al trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, adoptada el 19 junio 2016.

¹⁹ Tras los Principios Rectores de Naciones Unidas de 2011, aparecen textos internacionales no vinculantes que también afectan a la problemática empresas y derechos humanos, tales como los siguientes: 1) Las [Líneas Directrices de la OCDE](#) para Empresas Multinacionales, cuya versión revisada de 2011 incorpora incorporó un nuevo capítulo sobre derechos humanos de acuerdo con los repetidos Principios Rectores; 2) [La Declaración Tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social](#) de la OIT en su quinta versión de marzo 2017; 3) El [Pacto Mundial de las Naciones Unidas](#) (2000), no vinculante sino voluntario, para que las empresas incorporen 10 principios universales relacionados con los derechos humanos y otras cuestiones, y así mismo para que las empresas actúen de acuerdo con los diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 (NU, Asamblea General, A/RES/70/1, 25 de septiembre de 2015). Partiendo de las previsiones internacionales, a nivel regional europeo (tanto el Consejo de Europa, como la Unión Europea) y a nivel regional interamericano existe instrumentos y mecanismos que procuran la protección de los derechos humanos en el ámbito de las empresas y de las multinacionales; tanto el sistema europeo como el interamericano merecen una atención monográfica, pero aquí y ahora sólo resultarán posibles alguna que otra simple remisión a los mismos.

²⁰ A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, G. MORENO GONZÁLEZ, *op. cit.*

²¹ J.A. MORENO, [Derechos humanos y empresas transnacionales: algo se mueve](#), en www.agorarsc.org, 3 septiembre 2015.

²² A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, G. MORENO GONZÁLEZ, *op. cit.*

3. Proceso de elaboración del Proyecto de Instrumento Vinculante: una larga negociación todavía inacabada

3.1. Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos

El Consejo de Derechos Humanos, por medio de su Resolución 26/9, aprobada el 26 junio de 2014²³, estableció un denominado Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos (GTI) al que confía elaborar un «instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos», a la vez que impone pautas sobre el contenido y procedimiento para elaborarlos²⁴.

Desde este momento conviene formular una precisión sobre el ámbito subjetivo del Proyecto que genera polémica. La propia Resolución clarifica a pie de página (*sic*) que la expresión “(y) otras empresas” que consta al final de su título «se refiere a todas las empresas cuyas actividades operacionales tienen carácter transnacional y no se aplica a las empresas locales registradas con arreglo a la legislación nacional pertinente»: una previsión confusamente formulada vía inclusión/exclusión, que según voz autorizada – y, estimamos, acertada – significa que se pretende «excluir a las empresas nacionales, de modo que el nuevo marco jurídico se aplique únicamente a las empresas transnacionales»²⁵; una previsión, que es y será objeto de polémica porque hay quienes han mantenido y mantienen que “otras empresas”, se refiere a todas las empresas sin más (no solo a las que desarrollan actividades transnacionales y forman parte de la cadena de tales).

Dicha Resolución 26/9 (2014), se aprobaría en el CDH por 20 votos contra 14 y 13 abstenciones. Con tales resultados la polémica está servida, y más si se advierte cuáles son los estados (y cuales sus planteamientos) que se abstuvieron en la votación, cuales los favorables, y, cuales los contrarios (entre éstos, Estados Unidos, la UE y todos los estados europeos de la

²³ Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 26/9 el 26 junio de 2014, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos* (A/HRC/RES/26/9).

²⁴ *Vid.* A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, G. MORENO GONZÁLEZ, *op. cit.*

²⁵ J. RUGGIE, *The Past as Prologue? A Moment of Truth for UN Business and Human Rights Treaty*, en www.ihrrb.org, 8 julio 2014.

UE)²⁶: el norte global se posiciona frente al sur global²⁷. Tales resultados en la votación, sin duda, contrastan con la comentada unanimidad con la que se aprobaron los citados Principios Rectores, pero extraña menos si se recuerda que éstos no eran vinculantes mientras que el Instrumento que ahora se plantea sí lo sería, y si además se tienen en cuenta otras razones que explican el fondo de dicha unanimidad, alguna ya anticipada y otra que se explicitarán.

Este contraste de pareceres, ya reflejado en la misma Resolución 26/9 que origina el Instrumento Vinculante de referencia, reaparecerá en otros momentos²⁸, y, con especial intensidad se suscitará en todas las reuniones del GTI desarrolladas para elaborarlo, desde la primera hasta la última.

La conveniencia de un Instrumento Vinculante de tales características ya se había considerado con anterioridad²⁹, pero no se había institucionalizado hasta que lo hace la repetida Resolución 26/9³⁰, calificada por ello, como «un paso sin precedentes»³¹, apreciación cierta, y más que lo es teniendo en cuenta las discrepancias existentes desde buen principio.

3.2. Seis periodos de sesiones de deliberación y tres borradores del Proyecto

El GTI, hasta la fecha, ha celebrado seis periodos de reuniones (2015-2020)

²⁶ Tales resultados de la votación, constan en la precitada Resolución 26/9, A/HRC/RES/26/9, cit.

²⁷ Vid. D. IGLESIAS MÁRQUEZ, [Hacia la adopción de un tratado sobre empresas y derechos humanos: viejos debates, nuevas oportunidades](#), en *Revista Deusto de Derechos Humanos*, 2019, n. 4, pp. 145-177; J. RUGGIE, [The Past as Prologue? A Moment of Truth for UN Business and Human Rights Treaty](#), cit.

²⁸ Curiosa o significativamente, un día después de aprobada la antecitada Resolución 26/9 con la ajustada votación comentada, es decir, el 27 de junio de 2014, el propio CDH aprueba, “sin votación”, otra Resolución 26/22, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/26/22, auspiciada por Noruega y veinte países. Texto de tal Resolución. En esta Resolución se solicita al Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos y a la Alta Comisionada de UN para los Derechos Humanos que informen y estudien sobre los progresos conseguidos en la aplicación de los Principios Rectores relacionadas son ciertos aspectos propios del proyecto de instrumento vinculante jurídicamente elaborado en el citado GTI, coincidencias que si no se califican de interferencias sí que podrían reflejar cierta falta de unidad de acción entre ambos grupos de trabajo del propio CDH de NU.

²⁹ Vid. C. LÓPEZ, *Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco jurídico internacional*, en *Aportes DPLf*, 2015, n. 20, pp. 4-6.

³⁰ Vid. Resolución CDH 26/9 de 2014.

³¹ J. RUGGIE, [The Past as Prologue? A Moment of Truth for UN Business and Human Rights Treaty](#), cit.

en torno al Proyecto de Instrumento Vinculante de referencia. Los dos primeros se ocuparon de determinar y ordenar los aspectos base del tema a tratar (deliberaciones constructivas), y las cuatro restantes, para concretarlos (deliberaciones sustantivas), reuniones de trabajo que han dado forma a un documento base (2017) y a tres borradores del Proyecto (2018, 2019 y 2020). El proceso de negociaciones sigue abierto, y como se relatará, ya está previsto el séptimo periodo de reuniones para este año 2021 en fecha a determinar.

Interesa consultar – además de otra documentación que recibe o solicita el GTI y otras aportaciones externas – el documento base o – en su caso – el borrador del Proyecto discutido en cada periodo para deducir sus aportes, y además tener en cuenta el Informe del Presidente-Relator de cada periodo para conocer así los planeamientos de los participantes en el debate³². Se avanza, que el estudio de estos dos documentos de cada una de los seis periodos, evidenciará que el proceso de preparación en cuestión ha sido y es, en ocasiones, repetitivo y zigzagueante, y por lo general, algo lento en opinión de quien suscribe.

El debate tiene sus momentos más álgidos en tales reuniones anuales de la GTI, aunque continúa abierto durante todo el año en otras sedes de NU³³, en foros de la sociedad civil de muy distinta condición³⁴, y en el ámbito académico. Se subraya que la intervención y las aportaciones de los actores sociales en tal proceso de elaboración es una de sus singularidades, tal y como corresponde a la composición del GTI.

³² Como se comprobará, en el sitio web oficial del GTI se recoge toda la documentación de cada uno sus distintos períodos de sesiones.

³³ El [Foro de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos](#), creado en 2011 por el CDH, dirigido y presidido por el Grupo de Trabajo sobre las empresas y los Derechos Humanos, se desarrolla cada año para tratar de temas relacionados con los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos (el marco para “Proteger”, “Respetar” y “Remediar”)*. Sus sesiones anuales acogen debates sobre aspectos puntuales que tienen su reflejo tanto en las reuniones del Grupo de Trabajo sobre las empresas y los Derechos Humanos, como en las del GTI; ver [Informes del Foro](#).

³⁴ Por ejemplo: Campaña Global para Reivindicar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder de las Transnacionales y poner Fin a la Impunidad ([Campaña Global](#)); [Normas vinculantes para enfrentar la impunidad de las empresas transnacionales](#); el Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos ([Business Human Rights Resource Centre](#)); [Amigos de la Tierra](#); [CIDSE](#) (juntos por la justicia global). De algunos de estos actores, se referenciarán algunas de sus aportaciones escritas al debate.

3.2.1. Primeras deliberaciones constructivas

Según el orden previsto, estas sesiones se dedicaron, principalmente, a perfilar cuatro cuestiones: «el contenido, el alcance, la naturaleza y la forma del futuro instrumento internacional» (ex Resolución CDH 26/9 de 2014).

*Primer periodo de sesiones del GTI (6-10 de julio de 2015)*³⁵

Las aportaciones de esta primerísima fase se pueden obtener, principalmente, de dos fuentes: de las mesas redondas celebradas en el marco de dichas reuniones y del Informe final del periodo. De ambas, se deduce que existían serias desavenencias entre las delegaciones del GTI, algunas de las cuales llegaron a manifestar – ya en tan pronta ocasión – su oposición más o menos explícita al referido Instrumento Vinculante (v.gr. la propia UE)³⁶.

El Informe del Presidente-Relator del GTI³⁷, tras resumir los preliminares y las declaraciones generales sobre el alcance y los elementos del instrumento internacional jurídicamente vinculante, deja constancia del desarrollo de las 8 mesas redondas celebradas, cuyos títulos por el tema tratado en cada una, son la mejor lista de los aspectos más debatidos. Así, por ejemplo, una mesa trata del *Alcance del instrumento: empresas transnacionales y otras empresas; conceptos y naturaleza jurídica en el derecho internacional* y otras sobre las «obligaciones de los estados», las «responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas».

Por lo que aquí interesa, los desacuerdos más sensibles se pueden compendiar en dos: formalmente se acepta que las relaciones entre los precitados Principios Rectores (no vinculantes) y el nuevo Instrumento Vinculante sean de complementariedad, pero se discute el alcance de tal vínculo, que es tanto como decir que se discrepa sobre tal carácter vinculante; y, se disiente sobre si el nuevo instrumento afectaría, sólo a las transnacionales, o también a las empresas nacionales. Es demostrativa al respecto, la insistencia de algunas delegaciones (v.gr. la UE) en que se añada

³⁵ [Desarrollo y documentación del primer periodo de sesiones GTI.](#)

³⁶ Vid. AA.VV., [Transnacionales y Derechos Humanos](#), América Latina en Movimiento, 2016, n. 520; H. CANTÚ RIVERA, *¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2016, vol. XVI; A. GUAMÁN, G. MORENO, *El fin de la impunidad. La lucha por un instrumento vinculante sobre empresas transnacionales y derechos humanos*, Icaria, 2017.

³⁷ [Informe del primer periodo de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante](#), A/HRC/31/50.

el término “todas” a la palabra “empresas” cada vez que la misma se debatía o documentaba en las reuniones: ha sido esta una constante desde principio a final.

El Informe de este primer periodo de sesiones del GTI, se aprueba el 10 julio de 2015, y se presentaría al Consejo de Derechos Humanos para su examen en su [31er período de sesiones](#).

Segundo periodo de sesiones del del GTI (24-27 de octubre de 2016)³⁸: especial consideración del documento Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante

El Informe del Presidente del GTI correspondiente a esta fase³⁹ resume las actividades realizadas durante la misma y los planteamientos de los intervinientes más sustanciales. Da cuenta de cada una de las seis mesas redondas celebradas sobre temas monográficos (naturaleza, ámbito, responsabilidades, etc), pero que, en la práctica, en todas se debate de casi todo, dando así prueba del tipo de desacuerdo que realmente existe. Algunos planteamientos de parte sobredimensionan tanto los Principios Rectores de 2011 (no vinculantes) frente al futuro Instrumento Vinculante proyectado, que bien parece que se quiere desmerecer el carácter vinculante del mismo. Ya se observa en el Informe que existen tentativas de ampliar el alcance del instrumento internacional jurídicamente vinculante para que abarque conjuntamente a «empresas transnacionales y otras entidades», es decir para que no afecte solo a las transnacionales, desdibujando así el planteamiento original de la repetida Resolución CDH 26/9, de 26 de junio de 2014. Se constatan algunos avances en la precisión de «la debida diligencia [requerida a las empresas] en materia de derechos humanos» y en la concreción de la «la jurisdicción extraterritorial» en casos de abuso de dichos derechos. Quedan a la vista las reticencias de algunas delegaciones para establecer obligaciones (directas) de las empresas transnacionales en orden a la protección de tales derechos. Y así mismo, se desprende del Informe de referencia tenues intentos para favorecer el acceso a la justicia nacional e internacional por partes de las víctimas, que por sus costes es también difícil de conseguir en muchos casos, un objetivo este que condiciona muchas otras cuestiones (recursos, garantías y reparaciones, temas puntuales menos tratados hasta el momento) que forman parte del núcleo duro del Proyecto.

³⁸ [Su desarrollo y documentación](#) en sitio web oficial del GTI.

³⁹ [Informe del segundo periodo de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/34/47.](#)

Este Informe permite concluir que la mayoría de las delegaciones del GTI reafirman formalmente la necesidad de un Instrumento Vinculante para superar los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos que supere «la asimetría entre los derechos y las obligaciones de las empresas transnacionales en los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio» (Informe citado), pero ocurre que siguen sin encontrar el punto justo de tal complementariedad, debido, en el fondo, a sus discrepancias sobre el sentido vinculante del nuevo instrumento proyectado, que es tanto como desconfiar del mismo.

El GTI aprobó *ad referendum* el 28 octubre 2016 el proyecto del referido Informe y decidió confiar a la Presidenta-Relatora su finalización y presentación al Consejo de Derechos Humanos para que este lo examinara en su [34° período de sesiones](#) (27 de febrero de 2017-24 de marzo de 2017). Finiquitado este segundo periodo, la propia Presidenta-Relatora del GTI (Ecuador) resume el estado de la cuestión considerando que «la Resolución 26/9 [...] es un punto de quiebre en la evolución de la normativa internacional de los derechos humanos, pues abrió el camino para avanzar en la tarea de completar vacíos importantes en el derecho internacional de los derechos humanos», e identificaba el núcleo duro de la problemática al decir que «se ha evidenciado que existe una asimetría de poder, donde las transnacionales pueden acceder a mecanismos de arreglos de diferencias y demandar a los Estados, sin embargo, ni éstos ni las comunidades tienen mecanismos internacionales para asegurar el cumplimiento de los derechos humanos, el acceso a la justicia y la reparación»⁴⁰.

La referida Resolución del CDH 26/9, de 26 de junio de 2014 (párrafo operativo 3), mandata que, concluido el segundo periodo de reuniones, el Presidente(a)/Relator(a) del GTI deberá preparar «los elementos para un proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante a fin de emprender las negociaciones sustantivas sobre el tema al comienzo del tercer período de sesiones del grupo de trabajo», requerimiento que se recoge en el Informe de este segundo periodo de 2016. Y, así pues, concluido este periodo de reuniones del GTI, la Presidencia del GTI elabora el documento [Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos](#), fechado el 29 de septiembre de 2017 (*Elementos para el proyecto*, en adelante), y lo publica el día el 2 de octubre de 2017, es decir, con escaso tiempo para conocerlo antes del inicio del tercer periodo de sesiones del GTI en el que se discutiría dando comienzo a las negociaciones

⁴⁰ M.F. ESPINOSA GARCÉS, [Avanza construcción de instrumento vinculante](#), en [alainet.org/es](#), 16 diciembre 2016.

sustantivas.

Dicho texto *Elementos para el proyecto*, cuya importancia ya se intuye y subraya antes de comentar su contenido, identifica con cierto pormenor y sistematiza los aspectos y (sub)aspectos – elementos – de referencia de un futuro instrumento jurídico, cuáles son los siguientes. 1) Diseña el marco general de un instrumento “vinculante” que garantice «el respeto, la promoción y la protección de los derechos humanos frente a las violaciones o abusos resultantes de las actividades de las ETs [empresas transnacionales] y OEs [otras empresas]», pergeñando así ya los sujetos, el objeto o referente y los derechos en juego en el debate. 2) Fija su ámbito – triplemente amplio – con los siguientes términos: «debe abarcar todas las violaciones o abusos de derechos humanos resultantes de las actividades de las ETs y OEs que tienen carácter transnacional, independientemente de su modo de creación, control, propiedad, tamaño o estructura». Abarca pues todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos y alcanza todas las «violaciones o abusos a los derechos humanos resultantes de cualquier actividad empresarial de carácter transnacional» (es decir, tanto de actividades de ETs como de OEs), incluidas todas las empresas de cadenas de suministro y valores, de la matriz hasta las filiales o similares. Resulta evidente que «el factor determinante es la actividad desarrollada por las ETs y OEs, particularmente si dicha actividad tiene carácter transnacional» (punto 2 del documento *Elementos para el proyecto*), no si se trata de una ETs de OEs en sí mismo consideradas. 3) Establece obligaciones a los sujetos concernidos: al estado la “obligación primaria” de proteger; a las transnacionales y otras empresas – públicas y privadas – las “obligaciones generales” de cumplir las normas sobre derechos humanos; a las personas naturales, acceso a la justicia (*infra*). 4) Plantea que el estado asegure que las empresas prevengan las violaciones de derechos humanos actuando, por ejemplo, con la diligencia debida. 5) Prevé que los estados realicen todas las acciones necesarias, incluyendo medidas normativas y de otra índole, para asegurar la responsabilidad jurídica (administrativa, civil y penal) de las ETs y OEs, y, en su caso, de las personas naturales implicadas, aunque no precisa más. 6) Considera que los estados deben asegurar a las víctimas el acceso a la justicia, los recursos efectivos y garantías de no repetición. 7) Patrocina un «concepto amplio de jurisdicción» que permita a las víctimas acceder a la justicia y obtener reparaciones «ya sea a través del foro donde el daño fue causado, o en el foro donde la empresa matriz está radicada o donde tiene presencia sustancial», incluyendo «sus filiales, subsidiarias, afiliados, u otras entidades directa o indirectamente controladas» (aunque cierto es que no utiliza el término “extraterritorialidad”). 8) Estima necesario el establecimiento de medidas de “cooperación internacional”. 9) *Idem*, de

«mecanismos de promoción, implementación y monitoreo». 10) Y, por último, el referido documento *Elementos para el proyecto*, incluye unas *Disposiciones generales*, entre las que merece cita propia la cláusula que establece la «primacía de este instrumento sobre otras obligaciones derivadas de los sistemas jurídicos de comercio e inversión».

De todas las aportaciones del documento *Elementos para el proyecto*, quizás cuatro se deben retener más: 1) que sea la “actividad empresarial” el factor determinante del ámbito del instrumento proyectado (punto 2): es un referente híbrido o ecléctico, pues no se identifica totalmente ni con las transnacionales ni todas las otras empresas, sino con ciertas actividades de ambas; 2) que se establezcan obligaciones – directas – a las empresas (privadas y públicas) sobre protección de derechos humanos (punto 3); 3) la tendencia a aceptar responsabilidades por actos cometidos en otro estado – extrajudicialidad/extraterritorialidad –, en aras al «concepto amplio de la jurisdicción» (punto 7); 4) la primacía del instrumento proyectado sobre otras obligaciones (punto 10)⁴¹. Estas cuatro referencias confirman la anticipada relevancia del documento de referencia, pero quizás la primera, es, en opinión de ciertos estudiosos, un (el) elemento clave porque delimita el referente básico – el ámbito subjetivo – del Instrumento en cuestión⁴²; y comprobar si tales cuatro referencias se recogen o no en cada borrador elaborado, y si se aceptan o no en el estado actual de la cuestión, ayuda mucho a evaluar los resultados obtenidos en orden a la elaboración del Proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas y derechos humanos. El texto *Elementos para el proyecto*, es una propuesta *institucional* (no de parte), ni de mínimos ni de máximos, es amplio, mínimamente ordenado y equilibrado a los efectos que persigue, y como tal, su nivel de precisión, es – como se comprobará – superior al de los sucesivos borradores sobre el Instrumento Vinculante que se elaborarán durante la negociación, y a la vez, es, menos ambicioso que las propuestas de algunos colectivos defensores de los derechos humanos. Por todo ello, y por otras razones, el texto *Elementos para el proyecto*, con casi toda probabilidad, conserve cierta utilidad en los momentos actuales a modo de hoja de ruta, dicho sea, a sabiendas que también es un texto calculadamente ambiguo en ciertos aspectos que merecerían mayor concreción, y que ya han transcurrido casi 4 años desde su publicación.

No resulta extraño, que, precisamente, sea a partir de tal documento *Elementos para el proyecto* que las negociaciones meramente constructivas dejaron paso a las negociaciones sustantivas, cambio de tercio, que debe –

⁴¹ Vid. A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, G. MORENO GONZÁLEZ, *op. cit.*

⁴² *Idem.*

o debería – profundizar en el debate y avanzar en la negociación.

3.2.2. Negociaciones sustantivas. Y estado actual del debate

Tercer período de sesiones del GTI (23 a 27 octubre de 2017)⁴³: discusión del documento Elementos para el proyecto y preparación del Borrador Cero como primer borrador institucional del Proyecto

Este periodo es de especial interés estratégico por dos razones: durante el mismo se discutiría un documento de la categoría que tiene el referido a *Elementos para el proyecto* (fechado el 29 de septiembre de 2017) que ya se ha comentado y calificado de referente para el debate; y, concluidas las deliberaciones del periodo, se elaboraría el primer borrador del Proyecto a discutir en el siguiente periodo.

Así, en puertas de este un nuevo periodo de reuniones de tales características, subió el tono del debate entre los negociadores en el seno del GTI. Desde buen principio se genera un desafío entre defensores⁴⁴ y reticentes o detractores del Instrumento Vinculante, que por lo demás, refleja un tipo de confrontación más complejo (norte global *versus* sur global).

Concluidas las reuniones de trabajo de esta tercera fase, se redacta el Informe final de la misma⁴⁵, que corrobora que la discusión y negociación adquieren un tono más elevado, especialmente sobre las cuestiones siguientes. Se sigue subrayando tanto el empaque de los Principios Rectores existentes desde 2011 (no vinculantes), que podría parecer que quienes lo hacen dudan de la necesidad de un nuevo instrumento sobre la cuestión (por todos, ver §§ 20 y 26 del Informe). En torno al ámbito, se reseñan las discrepancias sobre si son todos o sólo algunos los derechos humanos implicados pues ocurre que no todos los estados los han adoptado con igual intensidad, e igualmente se discurre sobre si las empresas afectadas son todas o solo las transnacionales (por todos, ver los §§ 55, 59 y 71 del Informe). Recoge la preocupación sobre cómo articular la puesta en práctica real del acceso a la justicia, del recurso efectivo, y de las garantías de no repetición en favor de las víctimas (por todos, §§ 92-97 del Informe).

⁴³ [Su desarrollo y documentación](#) en sitio web oficial del GTI.

⁴⁴ Vid. R. JÁUREGUI, [Por una norma internacional en favor de los Derechos Humanos](#), en [diarioresponsable.com](#), 6 octubre 2017.

⁴⁵ [Informe del tercer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos](#), A/HRC/37/67.

Informa de las discusiones habidas sobre el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción necesario para hacer cumplir el futuro Proyecto Vinculante: «La mayoría de los debates se centró en si el texto debería permitir la jurisdicción extraterritorial y en el alcance de esa jurisdicción» (por todos, §§ 102 y 107 del Informe). Y, por último, el Informe de referencia, deja constancia que algunas delegaciones reclaman que se prevea la cooperación internacional a distintos niveles en aras a lograr que la aplicación del futuro instrumento resulte efectiva, pero discrepan sobre cómo concretarla (por todos, §§ 113 y 116 del Informe).

Esta sinopsis del Informe, ya demuestra que las negociaciones – aunque en parte repetitivas – no versan sobre aspectos coyunturales del instrumento jurídicamente vinculante de referencia, sino – cada vez más – sobre su *ser* (efectivo y real) o *no ser*, pues según como se configure, resultaría ser simplemente una más de las prácticas de responsabilidad social que ya existen en el mundo de la empresa⁴⁶ como expresión del comentado *paradigma de la voluntariedad*, o bien, resultaría ser un instrumento auténticamente vinculante para estados y empresas que podría trastocar el *statu quo* generando ciertas expectativas de progreso (*hard law versus soft law*). Según obra en el referido Informe resultante del tercer periodo considerado, se recomienda al Presidente/Relator «Presentar un proyecto de instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, [...] con miras a la celebración de negociaciones sustantivas durante su cuarto período de sesiones anual y los períodos de sesiones anuales ulteriores hasta el cumplimiento de su mandato».

El Informe final de periodo referenciado se aprueba en el GTI el 27 de octubre de 2017 para su presentación a la Comisión de Derechos Humanos en su [37º período de sesiones](#) (26 de febrero de 2018-23 de marzo de 2018). Consumidos los tres primeros periodos de sesiones del GTI realizadas desde 2015 a 2017, su Presidente-Relator, atendió la elaboración, del [Instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el marco del Derecho Internacional, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas](#) de 16 de julio de 2018 (conocido como Borrador Cero)⁴⁷, que presentado 16 de junio de 2018 sería distribuido a partir del 20 de julio de 2018, y debatido en el cuarto periodo de sesiones del GTI (15-19 de octubre de 2018) tal y como

⁴⁶ Vid. L. ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA, [La responsabilidad social de la empresa y su interrelación con el Derecho del Trabajo](#), en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2012, n. 5, pp. 135-142.

⁴⁷ Traducción oficiosa al castellano del [texto original en inglés](#) realizada por Campaña Global por la Soberanía de los Pueblos, para dismantelar el poder Corporativo y poner fin a la Impunidad.

se expondrá en el sub epígrafe siguiente, no sin antes enfatizar que será la primera vez que se presenta en sede institucional un borrador articulado del instrumento jurídicamente vinculante sobre la materia en el sentido estricto del término de origen también institucional⁴⁸, primicia que debe acentuarse. Acorde con la mayor profundidad que adquiere el proceso de elaboración al pasar de su fase constructiva a la sustantiva, se intensifica algo más la participación de actores de la sociedad civil – una característica – en la elaboración del Instrumento Vinculante, que se materializa mediante varias aportaciones, por ejemplo, por medio de la propuesta sistematizada de un instrumento tal patrocinada por Campaña Global en octubre de 2017⁴⁹. Se trata de una proposición de parte – “de máximos” –, dedicada expresa y únicamente a «Empresas transnacionales y sus cadenas de suministros», que prevé que «Los Estados Partes reconocen la supremacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre todo otro instrumento jurídico en particular los concernientes a comercio e inversión», y que dedica su Parte II a tratar, monográficamente, de las *Obligaciones de las Empresas Transnacionales*, detalles que transmiten el sentido de la propuesta. Los entrecomillados, sin más, ya traslucen el nivel de algunas de las novedades de la propuesta referida.

Una comparativa entre, el referido documento *Elementos para el proyecto* (fechado el 29 de septiembre de 2017) elaborado por la Presidencia del GTI, las propuestas de los actores de la sociedad como la precitada, y los borradores del Proyecto que se elaborarán, ilustraría el debate, y a su vez, afloraría la problemática y complejidad que encierra un sistema internacional de gobernanza de los derechos humanos en el que interactúan múltiples órganos de gobierno (poli centrismo), en el que se aplican sistemas normativos de dispar condición (pluralismo jurídico)⁵⁰, y en el que

⁴⁸ Con la misma fecha que el Presidente-Relator del GTI publica el precitado *Borrador Cero del Instrumento jurídicamente vinculante* (16 junio 2018), hace lo propio con el consiguiente [Borrador de Protocolo Facultativo](#), centrado en «el acceso a la justicia para las víctimas y ofrecía la posibilidad de interponer acciones en los planos nacional e internacional», y que presentaría en el referido cuarto periodo de sesiones del GTI. La deliberación sobre este documento sería más lenta y merecería menor atención debido a que el debate sobre el proyecto del instrumento jurídicamente vinculante – el principal y prioritario – no avanzaba todo lo previsto.

⁴⁹ En nombre de la Campaña Global para Reivindicar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder Corporativo y Poner Fin a la Impunidad, el Centro Europa-Tercer Mundo (CETIM) y el Institute for Policies Studies/Transnational Institute presentan un propuesta sistematizada de [Tratado sobre empresas transaccionales y sus cadenas de suministro con respecto a los Derechos Humanos](#) (2017) como una contribución para las sesiones del GTI a celebrar los días 23 a 27 de octubre de 2017.

⁵⁰ *Vid.* D. LANTARÓN BARQUÍN, *¿Hacia un sistema «cosmopolita» de fuentes del Derecho del*

los actores de la sociedad civil disfrutaran de un justificado protagonismo.

Cuarto periodo de sesiones del GTI (15-19 de octubre de 2018)⁵¹: discusión del Borrador Cero y encargo de preparación del Borrador Revisado

Como se ha adelantado, en este periodo el GTI delibera, entre otros documentos⁵², sobre el denominado Borrador Cero del instrumento jurídicamente vinculante de fecha 16 de julio de 2018 que se publicaría el 20 del mismo mes y año⁵³.

Acorde con la referida categoría de la ocasión, no es de extrañar que voces autorizadas tuvieran interés en hacerse oír en esta fase crucial⁵⁴, y que alguna muy cualificada la aproveche para manifestar abiertamente sus dudas sobre el instrumento jurídicamente vinculante muy poco antes del inicio de las sesiones⁵⁵.

a) Borrador Cero: primer borrador institucional

El Borrador Cero consta de unos escasos 15 artículos (pues el art. 1, en realidad, es el Preámbulo y el art. 15 contiene varias *Disposiciones Finales*, mayoritariamente de procedimiento), estructurados en tres secciones (preliminares, cuestiones de fondo, y temas de seguimiento). A continuación, se seleccionan los aspectos de dicho borrador que mejor configuran al Instrumento Vinculantes en cuestión⁵⁶.

Su «finalidad» es «Fortalecer el respeto, la promoción, la protección y la realización de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales de carácter transnacional» (art. 2.1.a). Por su «alcance», «se aplicará a todas las violaciones de los derechos humanos ocurridas en el contexto [...] de toda actividad empresarial de carácter transnacional» (*sic*) (art. 3.1), sin alcanzar pues a empresas que solo actúen a nivel estatal, art.

Trabajo? *La empresa multinacional como detonante del cambio*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n. extra. 10.

⁵¹ Su desarrollo y documentación en [sitio web oficial del GTI](#).

⁵² Vid. *Zero Draft*. “[Legally binding instrument to regulate, in international Human Rights Law, the activities of transnational corporations and other business enterprises](#)”.

⁵³ Vid. nota 47.

⁵⁴ Vid. AA.VV., *La construcción supranacional del Derecho del Trabajo*, Trabajo y Derecho, 2019, n. extra. 10; I. ZAMFIR, [Hacia un tratado internacional vinculante sobre las empresas y los derechos humanos](#), Briefing Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, 2017, PE 608.636.

⁵⁵ Vid. J.G. RUGGIE, [‘Guiding Principles’ for the Business & Human Rights Treaty Negotiations: An Open Letter to the Intergovernmental Working Group](#), cit.

⁵⁶ Vid. A. GUAMÁN, [Del Documento de Elementos al Draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del Proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos](#), en [Revista de Derecho Internacional](#), 2018, n. 2, pp. 85-115.

4.2); y, desde el punto de vista del objeto protegido, «abarcará a todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente y aquellos reconocidos en el ordenamiento interno» (art. 3.2). En orden a la “jurisdicción” y su extraterritorialidad, se previene que «recaerá en el tribunal del Estado donde: a) se produjeron (los) actos u omisiones o; b) el tribunal del Estado donde esté domiciliada la persona física o jurídica o la asociación de personas físicas o jurídicas que presuntamente haya cometido los actos u omisiones» (art. 5.1). Tratando de los “derechos de las víctimas”, se establece que «tendrán el derecho a un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia y a los recursos, de conformidad con el derecho internacional» a la «Restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición para las víctimas [...]. Reparación ambiental y restauración ecológica [...], incluida la asunción de los gastos para la reubicación de las víctimas y la reposición de las instalaciones comunitarias» (art. 8.1), todo sin concretar totalmente la titularidad de los concernidos. Se previene que los estados asumirán ciertas obligaciones, sin mayor precisión (art. 8.3); y, que velarán por que en su legislación interna todas las personas (bajo su jurisdicción o control) con «actividades empresariales de carácter transnacional» respeten las «obligaciones de diligencia debida con respecto a dichas actividades, teniendo en cuenta los posibles efectos sobre los derechos humanos» (art. 9.1). En punto a la “responsabilidad jurídica”, se proyecta que «Los Estados Partes garantizarán [...] que se exijan responsabilidades de índole penal, civil o administrativa a las personas físicas y jurídicas por violaciones de los derechos humanos cometidas en el contexto de actividades empresariales de carácter transnacional» (art. 10); y, se refiere a las responsabilidades de las empresas matrices y “filiales” (art. 10.6). En el borrador de referencia, se prevé la *Asistencia judicial recíproca entre los Estados* (art. 11) y la *Cooperación internacional* (art. 12). Y el Borrador Cero remata su planteamiento evocando los «principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados» (art. 13.1) y punteándolos después con cierto detalle (art. 13, apartados 2-7); y, por último, introduce la figura del “Comité” como un mecanismo de supervisión (art. 14).

Resulta pues, que el Borrador Cero se desvía algo del referido documento *Elementos para el proyecto* pues no alcanza totalmente ni su tono ni su contenido, no obstante, es relativamente amplio, y su sistemática es mejorable.

b) Informe final del periodo

El Informe del Presidente-Relator de este cuarto periodo de sesiones del⁵⁷, contribuye a la reflexión abierta. Confirma que el Proyecto del Borrador Cero tiene cuatro pilares encadenados: la prevención; los derechos de las víctimas, en particular el acceso a la justicia; la cooperación internacional; y, el cuarto, los mecanismos de supervisión (§§ 27-30 del Informe). A continuación, el Informe, efectúa una *Primera lectura del proyecto de instrumento* sin seguir el orden de los ordinales del borrador, dando muestra así que tal orden no es la mejor posible. Desde el principio, identifica que un aspecto muy controvertido es «el alcance adecuado del instrumento», pues para unos «debía ser aplicable a todas las empresas sin distinción y con inclusión de empresas nacionales y estatales» y para otros, que «las empresas transnacionales [...] debían constituir el objeto principal del instrumento» (§ 35 del Informe, *ex arts.* 2 y 3), cuestión que el Informe resaltarán de nuevo (por todos, §§ 84 y 85 del Informe, *ex* Preámbulo y art. 1). Da cuenta de las opiniones críticas manifestadas sobre el tono generalista – indeterminado – de la «protección de las víctimas» (por todos, §§ 38 y 39 del Informe, *ex art.* 8). Señala que los estados quedan obligados a asegurar la “prevención” (diligencia debida *ex art.* 9) en aras a asegurar desde principio la mejor protección de los derechos humanos, preocupación esta que es «uno de los [aspectos] más importantes del proyecto», aunque, en opinión de varias delegaciones, no se presenta debidamente perfilado (§§ 54-63). El Informe muestra que el tema de la “responsabilidad” (civil, penal y administrativa) por violaciones de los derechos humanos incluye tanto a personas físicas como jurídicas (*v.gr.*, empresas), previsión que como era de esperar, se rebate por algunas delegaciones solicitando – con distintos objetivos – “claridad” y “precisión”, a pesar que según el Relator, en el texto del proyecto debatido «se intenta equilibrar [lo] prescriptivo y la flexibilidad, de manera de dar a los Estados libertad para determinar cuál era la mejor forma de aplicar el artículo» (§§ 64 y 65). Así mismo, el Informe da cuenta de los desacuerdos de ciertos estados sobre la «inversión de la carga de la prueba» (§ 67 del Informe, *ex art.* 10.4) porque entienden que se trata de una interferencia en el ordenamiento interno de los estados. El Informe retoma el tema del “ámbito” o alcance del Instrumento Vinculante para señalar que «los Estados y organizaciones insistieron en que el instrumento abarcara a todas las empresas comerciales, se dedicasen o no a actividades transnacionales [...]». Algunas delegaciones pidieron que el instrumento

⁵⁷ [Informe del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos sobre su cuarto periodo de sesiones, A/HRC/40/48, 2 enero 2019 \(Presidente-Relator: Luis Gallegos\).](#)

abarcara únicamente a las empresas transnacionales. A juicio de varias otras, el planteamiento adoptado en el proyecto [...] debería satisfacer a quienes querían que el instrumento abarcara no solamente a las empresas transnacionales» (§ 73 del Informe, *ex art.* 3); y señala que algunas delegaciones discrepan también sobre el alcance de la expresión «todos los derechos humanos internacionales y los reconocidos en el derecho interno» (§ 74 del Informe, *ex art.* 3.2) ya sea porque la consideran amplia y/o imprecisa, aunque otras la tienen por acertada. El tema de la “jurisdicción” (*ex art.* 5) continúa suscitando profundos desacuerdos, que el Informe resume así: «Algunas delegaciones expresaron su apoyo al párrafo 1 a) del artículo 5, porque reafirmaba la jurisdicción sobre la base de la territorialidad. Hubo un mayor debate acerca del párrafo 1 b) del artículo 5, ya que podía permitir el ejercicio de jurisdicción extraterritorial. Una organización empresarial sostuvo que el ejercicio de esa jurisdicción amenazaba la soberanía del Estado [...]. Muchas ONG, haciendo caso omiso de esas preocupaciones, sostuvieron que la base de la jurisdicción a que se refería el párrafo 1 b) del artículo 5, estaba aceptada en derecho internacional y que los Estados tenían derecho a regular los actos de sus nacionales en el extranjero» (§ 79 del Informe)⁵⁸.

Las anteriores transcripciones parciales del articulado del Borrador Cero, y las referencias del Informe entresacadas, sirven para identificar y perfilar las – no pocas – discrepancias de fondo existentes en el GTI, confirman que los desacuerdos son de alto voltaje, y ponen en evidencia que muchos ya habían sido debatidos en ocasiones y/o sesiones anteriores, redundancia que, desde principio, ayuda a calificar al proceso de zigzagueante.

El GTI aprobó *ad referendum* el proyecto de Informe sobre su cuarto período de sesiones en su décima sesión de este periodo celebrada el 19 de octubre de 2018, y decidió encomendar al Presidente-Relator que lo presentara al Consejo Derechos Humanos para su examen en su [40º período de sesión](#) (25 de febrero de 2019-22 de marzo de 2019).

c) Unas valoraciones del periodo: claro oscuros y norte versus sur

Resumidos el Borrador Cero y el Informe en cuestión, procede formular unas valoraciones reflexivas sobre los resultados del cuarto periodo⁵⁹.

⁵⁸ Este Informe final, en su § V, referencia la *Presentación del proyecto de protocolo facultativo* (en su primera versión citada y referenciada), un documento en evolución, centrado en el acceso a la justicia, texto que, como se ha comentado, no fue objeto de largo debate en este periodo de sesiones porque la negociación del Borrador Cero del instrumento jurídicamente vinculante – muy debatido – no avanzaba lo suficiente.

⁵⁹ Cfr. D. IGLESIAS-MÁRQUEZ, [Nuevos instrumentos para la protección de los derechos humanos en el contexto de la globalización: apuntes sobre el tratado de empresas y derechos humanos](#), cit.; A.

Varias de las cuestiones se formulan manera imprecisa, y algunas reiteran mandatos ya previstos en el derecho internacional; y consideradas en conjunto, su sistemática es mejorable (*v.gr.*, arts. 1, 2 y 15), es por ello que, como se comprobará en versiones posteriores del borrador, el cambio de orden del articulado continúa siendo una práctica. Existen algunos elementos concretos parcialmente positivos: se muestra una predisposición a potenciar el acceso a la justicia (arts. 8 y 10 del Proyecto), favoreciendo así la protección de las víctimas; se apura algo más la configuración de prevención de los derechos humanos a base de perfilar la diligencia debida por la empresa (art. 9); se refuerzan cuestiones – menos discutidas, aunque no menores –, como la asistencia y cooperación internacional (arts. 11 y 12); se abren posibilidades a la extraterritorial de la jurisdicción (competencia del tribunal de tercer país, no sólo el del lugar de la violación); y, también resulta positiva la pretensión de crear el referido Comité supervisor, aunque sus funciones sean algo limitadas y/o imprecisas (art. 14). Mientras que otros aspectos merecen una reflexión crítica: al no reservarse el proyecto estrictamente para las multinacionales, sino aplicarse también a “otras empresas” en los términos expuestos («toda actividad empresarial de carácter transnacional», *sic*, *ex* arts. 2, 3 y 4.2 y según confusa expresión ya comentada), se altera la repetida Resolución CDH 26/9, de 26 junio de 2014, y en definitiva, se difumina el objetivo final del proyecto cuya eficacia podría, así, mermar; levanta suspicacias el hecho que no se establezcan obligaciones directas a las empresas para que respeten los derechos humanos, posibilidad que solo consta en el preámbulo – interpretativo, pero no dispositivo – del borrador, y, genera dudas que las responsabilidades de filiales, subcontratistas o similares (art. 10.6) no se contemplen con mayor claridad; de la misma manera que resulta objetable que no se reconozca expresamente primacía alguna a los instrumentos de derechos humanos ante otros instrumentos o tratados “comerciales”. Algunos de estos puntos críticos del Borrador Cero de 2018, persisten en buena parte en la actual y última versión (2020) del Proyecto elaborada hasta la fecha, tal y como podrá comprobarse.

Resulta cada vez más evidente – como no podía ser de otra manera –, que los referenciados avances y las limitaciones del proceso comentado son también reflejo de las discrepancias ideológicas que existen entre defensores (ciertas delegaciones estatales y civiles del *sur global*) y detractores (ciertas delegaciones estatales y empresariales del *norte global*: Estados Unidos,

GUAMÁN HERNÁNDEZ, G. MORENO GONZÁLEZ, *op. cit.*; A. PIGRAU SOLÉ, D. IGLESIAS MÁRQUEZ, [La versión revisada del Borrador del Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos: hacia la siguiente ronda de negociaciones](#), Policy Paper ICIP, 2019, n. 19.

Japón, la UE y los estados europeos) del proyecto⁶⁰.

Para prosperar en la exposición en el orden previsto, se retoma el Informe de este cuarto periodo de reuniones del GTI, recordando que en el mismo se encarga al Presidente-Relator del GTI que elabore dos documentos: primero, «un proyecto revisado de instrumento jurídicamente vinculante» a negociar en el quinto periodo de sesiones; y, otro que «Presente en el quinto período de sesiones [...] un segundo texto con información sobre el proyecto de protocolo facultativo como anexo del proyecto de instrumento jurídicamente vinculante».

Quinto periodo de sesiones del GTI (14-19 de octubre de 2019)⁶¹: deliberación del Borrador Revisado y encargo de preparación del Segundo Borrador Revisado

a) Borrador Revisado

El [Borrador Revisado del instrumento jurídicamente vinculante](#) fechado el 16/7/2019⁶² (en adelante, Proyecto Revisado) y publicado el 16 de julio de 2019, contiene 22 artículos, es más coherente en conjunto que la versión anterior (Borrador Cero de 2018), incorpora algunas observaciones formuladas en el anterior periodo de reuniones e integra más ideas de los Principios Rectores (2011), pero sigue concitando discrepancias en el GTI y en el entorno social.

Sigue un somero repaso del articulado del borrador de referencia que permita seleccionar los aspectos básicos y más discutidos del Instrumento Vinculante que proyecta con vistas a un futuro.

Sus “finalidad” (es) son múltiples, tales como fortalecer el respeto, la promoción, protección y el cumplimiento de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales; garantizar el acceso efectivo a la justicia y reparación a las víctimas; y, promover la cooperación internacional a tales (art. 2): es a partir de este elemento teleológico del Instrumento Vinculante que el borrador ofrece un panorama general del mismo. Sobre su “ámbito” – que se agranda una vez más –, se previene que «se aplicará, a menos que se especifique lo contrario, a todas las actividades empresariales, incluyendo en particular, pero no limitadas a las de carácter transnacional» (art. 3.1), entendiendo por «actividad empresarial de carácter transnacional» la que se ajusta a los supuestos descritos al efecto (*ex* art. 3, apartados 2 y 3,

⁶⁰ Cfr. A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, G. MORENO GONZÁLEZ, *op. cit.*, y A. GUAMÁN, *El Draft 0 del Binding Treaty: análisis crítico del contenido del texto y su adecuación con el objetivo de la Resolución 26/9*, en *Cuadernos de Pesquisa-Homa*, 2018, n. 6, pp. 3-35.

⁶¹ Su desarrollo y documentación en [sitio web oficial del GTI](#).

⁶² Traducción no oficial del [texto original en inglés](#) realizada por el Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos (CIEDH).

que se dan por transcritos); y continuando con el ámbito del proyecto, ahora desde una óptica objetiva, se añade en dicho borrador que tal ámbito “abarcará” a “todos” los derechos humanos (art. 3.a), resultando pues de todo ello, un alcance subjetivo y objetivo amplio, que concitará críticas y parabienes. En relación a los “derechos de las víctimas”, se previene que «tendrán derecho a un acceso justo, eficaz, rápido y no discriminatorio a la justicia y recursos suficientes, eficaces y expeditos, de conformidad con este instrumento y el derecho internacional. Dichos recursos incluyen, pero no se limitan [a la] [...] Restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición para víctimas; remediación ambiental y restauración ecológica cuando se aplique» (art. 4.5); y se garantiza «el derecho a las víctimas de presentar reclamaciones ante los tribunales o los mecanismos de queja no judiciales de los Estados Partes» (art. 4.8). En punto concreto a la “prevención” de transgresiones de los derechos humanos, el texto plantea que los «Estados deberán asegurar que sus disposiciones [...] exijan a todas las personas que realizan actividades empresariales, incluidas las de carácter transnacional, en su territorio o jurisdicción, respetar los derechos humanos y prevenir violaciones o abusos de derechos humanos» practicando la “diligencia debida” obligatoria (art. 5, apartados 1 y 2). Sobre *Responsabilidad legal*, se establece que «Los Estados Partes se asegurarán de que su legislación nacional disponga de un sistema integral y adecuado sobre responsabilidad legal por violaciones o abusos de los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales, incluidas las de carácter transnacional» (art. 6.1), una previsión declarativa que después no se traslada siempre a los estados concernidos con la debida concreción. En orden a la “jurisdicción judicial”, y a la extraterritorialidad, se plantea que «la competencia respecto de las denuncias presentadas por las víctimas [...] recaerá en los tribunales del estado donde: ocurrieron dichos actos u omisiones; o las víctimas están domiciliadas; o las personas naturales o jurídicas acusadas de haber cometido dichos actos u omisiones, en el contexto de actividades empresariales, incluidos los de carácter transnacional, estén domiciliadas» (art. 7.1). Así mismo, en el Borrador Revisado se plantea que «los Estados prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca» (art. 10.1), bajo la idea de “cooperación internacional” (art. 11). Para todo ello, y bajo la exigencia de «coherencia con el derecho internacional», los Estados cumplirán sus obligaciones «en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados y la no intervención en los asuntos internos de otros Estados» (art. 12), precisión cautelar que rezuma ciertas dudas sobre el Instrumento Vinculante internacional. El último bloque del borrador glosado, trata las siguientes cuestiones puntuales: de las *Disposiciones institucionales* (art. 13); de

su “implementación” efectiva, especialmente en ámbitos más vulnerables (art. 14), en los que se requiere una protección especial; la «solución de controversias» (art. 16); y, se refiera a cuestiones procedimentales y modificativas varias que se deben dar por citadas en aras a la brevedad debida (arts. 17-22).

b) Informe final del periodo

Tras el debate sobre el Borrador Revisado realizado en el GTI, su Presidente-Relator redacta el Informe del quinto período de sesiones⁶³, del que interesan retener sus referencias a los planteamientos y argumentos de los participantes. Confirma que el ámbito del Instrumento Vinculante proyectado ya no se limita a las actividades transnacionales de empresas transnacionales y de otras empresas como ocurría en el Borrador Cero anterior, sino que también abarca a todas las “actividades empresariales” tanto de “transnacionales” como de “otras empresas” (*ex* arts. 1 y 3 del Borrador y, por todos, §§ 16 y 41 del Informe); y relata que “abarcará” a “todos” los derechos humanos (por todos, § 43 del Informe), amplitud de miras ambas que, como siempre, cuentan con detractores y valedores. Se hace constar que el tratamiento de los “derechos de las víctimas” (*ex* art. 4 del Proyecto), recibe críticas de fondo (imprecisiones) y de forma (orden) (§§ 45-58 del Informe). La “prevención” a practicar por los Estados (*ex* art. 5 del Proyecto), como concepto merecía un beneplácito general, pero concitaba observaciones críticas sobre su falta de precisión. La cuestión de la “responsabilidad legal” (*ex* art. 6 del Proyecto), novedosa en relación a planteamientos anteriores, a criterio de muchos, «constituía un elemento fundamental del instrumento jurídicamente vinculante» (§ 70 del Informe), y, por razones obvias, suscita precisiones (§§ 71-77). Sobre el tema básico de la «jurisdicción en material judicial» «Se convino ampliamente en que el artículo 7 podía dar lugar a que los tribunales ejercieran su competencia respecto de acciones que habían tenido lugar fuera del territorio de su jurisdicción, aunque hubo un importante desacuerdo en cuanto a la conveniencia de que así fuera» (§ 79 del Informe y *ex* art. 7 del Proyecto). Así mismo, el Informe, recoge las deliberaciones sobre los arts. 13-22 (procedimentales, cuestiones modificativas, y ciertas salvedades), que resultan ser de más bajo tono, porque la mayoría estimaba que primero se debían acordar las cuestiones más sustantivas.

El Informe considerado pone de relieve que se han alcanzado algunos acuerdos positivos en el GTI, pero también que persisten las desavenencias

⁶³ [*Informe del quinto período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos.*](#)

entre ciertas delegaciones (empresariales y de ciertos estados – y de la UE⁶⁴ – *versus* delegaciones sociedad civil) sobre aspectos básicos de la negociación. Finalmente, el Informe se aprobaría por el GTI en su sesión de 18 de octubre de 2019, y sería presentado al Consejo de Derechos Humanos para examen en su [43er período de sesiones](#) (24 de febrero de 2020-23 de marzo de 2020).

c) Unas evaluaciones del periodo

Al efecto se toman en consideración algunas aportaciones de los actores de

⁶⁴ Como se ha anticipado el sistema europeo de protección de los derechos en las empresas (Consejo de Europa y UE) merecería un estudio monográfico, como particularmente activa – y polémica – ha sido y es la participación de la UE en el GTI que debate sobre el Instrumento Vinculante considerado en este estudio. Por todas, sirva la mención de la fuente del Consejo de Europa (2016) denominada [Recomendación CM/Rec \(2016\) 3](#) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los Derechos Humanos y las empresas (adoptada por el Comité de Ministros el 2 de marzo de 2016 en la 1249ª reunión de los Delegados de los Ministros); y entre los abundantes instrumentos de la UE sobre la protección de los derechos humanos en las multinacionales y otras empresas, valga la cita del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (UE) sobre el Tratado vinculante de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos (Dictamen de iniciativa), EESC 2019/01278, OJ C 97, 4 marzo 2020, en el que se pueden observar coincidencias y discrepancias en relación al Borrador Revisado de referencia. Así, por ejemplo, se apunta: «Dado que el ámbito de aplicación abarca ahora todas las actividades empresariales, y no solo las transnacionales, también deberán existir disposiciones que permitan cierta flexibilidad entre, por un lado, normas proporcionadas pero no excesivas para las pymes y, por otro, normas más estrictas para las operaciones de alto riesgo» (punto 4.7 del Dictamen). Añádanse dos recordatorios: téngase presente que las discrepancias de la UE sobre la cuestión se han manifestado y manifiestan abiertamente en el GTI de NU, unas diferencias que, en ocasiones, también existen entre los propios órganos de la UE; y, téngase presente también que, desde hace un tiempo, la UE se plantea la aprobación de una directiva sobre diligencia debida obligatoria en derechos humanos y conducta empresarial responsable, proyecto que se entrecruza en el tiempo con el objeto de atención en estas páginas (ver el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Tratado vinculante de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, 2020/C 97/02, Diario Oficial de la Unión Europea C 97/9, 24 marzo 2020; y, observar que el pasado 10 de marzo el Parlamento Europeo ha aprobado el [informe legislativo de la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre debida diligencia empresarial y responsabilidad corporativa](#) que da un mandato a la Comisión Europea para el desarrollo de una legislación de debida diligencia obligatoria que hace responsables a las empresas para detectar, prevenir y reducir los impactos ambientales y de derechos humanos de sus actividades a lo largo de sus cadenas de suministro), todo según la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL).

la sociedad civil⁶⁵ y ciertos pareceres de estudiosos del tema⁶⁶.

El panorama actual de la cuestión debatida se presenta mejor estructurado, y ciertos contenidos cada vez están más apegados a los repetidos Principios Rectores de 2011, procurando, quizás así, un mayor grado de consenso entre las delegaciones negociadoras, e incluso, intentando evitar rupturas en la negociación que parecían posibles en algún momento. Se mejoran aspectos puntuales, por ejemplo: se intenta asegurar la “prevención” y consiguiente protección introduciendo algunas medidas coercitivas (controles por los estados, art. 5, apartados 2 y 3); y, al tratar de la “responsabilidad legal” (art. 6) – una de las temáticas básicas más modificadas en la GTI y controvertidas en la doctrina –, se propone (art. 6, apartados 1, 6 y 7, especialmente) un «modelo integral de responsabilidad», idea positiva en sí mismo considerada, pero que se debería precisar, y se trata – insiste – expresamente de la reparación de daños (otras de las claves del debate), siempre imprescindible, pero continua faltando concreción al respecto. Consideración especial merece el hecho que se amplíe el ámbito del Instrumento Vinculante proyectado (*ex* art. 3.1), abarcando todas las actividades empresariales indiferenciadamente (tanto la de las transnacionales como a las de otras empresas privadas y públicas), y sobrepasando así las previsiones de la repetida Resolución del CDH 26/9 que constreñían su alcance a la actividad empresarial de carácter

⁶⁵ Entre otros, ver: CAMPAÑA GLOBAL, [Comentarios y enmiendas sobre el Borrador Revisado del instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas respecto de los derechos humanos](#), enero 2020; Red-DESC, [Informe de posición sobre el Borrador Revisado para un Tratado Jurídicamente Vinculante que regule las Empresas Transnacionales y otras Empresas con respecto a los Derechos Humanos](#), octubre 2019; CIDSE, [Contribución al Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos](#), octubre 2019.

⁶⁶ Cfr. P. AUVERGNON, *El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas transnacionales, o cómo no dejar que los zorros cuiden libremente del gallinero mundial*, en *Lex Social*, 2020, n. 2, pp. 206-223; J.L. GIL Y GIL, *op. cit.*; A. GUAMÁN, A. LUQUE GONZÁLEZ, [Cadenas de suministro. Derechos Humanos, Empresas Transnacionales e industria textil: de los AMI a un Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante](#), en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2019, n. 2, pp. 393-418; D. IGLESIAS MÁRQUEZ, [Hacia la adopción de un tratado sobre empresas y derechos humanos: viejos debates, nuevas oportunidades](#), *cit.*; D. IGLESIAS MÁRQUEZ, *Las obligaciones de las empresas en virtud del Derecho Internacional Retos y oportunidades en materia de empresas y derechos humanos*, en R. ABELLO-GALVIS, W. ARÉVALO-RAMÍREZ (eds.), *Derechos humanos y empresas y Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Reflexiones y diálogos*, Universidad del Rosario, 2019; INTERNATIONAL COMMISSION OF JURIST, [Comments and recommendations on the Revised draft of an International Legally Binding Instrument on Business and Human Rights](#), 2020; C. LÓPEZ, [El Proyecto Revisado de un Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos: Mejoras innovadoras y perspectivas más claras](#), en [www.iisd.org](#), 2 octubre 2019; P. NIETO ROJAS, [Cadenas mundiales de suministro y trabajo decente: instrumentos jurídicos ordenados a garantizarlo](#), en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2019, n. 2, pp. 393-418; A. PIGRAU SOLÉ, D. IGLESIAS MÁRQUEZ, *op. cit.*

transnacional, y del comentado Borrador Cero explicadas supra: ocurre, que con dicha ampliación se podría desvirtuar y mermar la eficacia del proyecto en detrimento de la protección de los derechos humanos en el ámbito de las transnacionales, dicho sea a sabiendas de otras opiniones que, contrariamente, estiman que la versión amplia es más eficaz. El Borrador Revisado cuenta con lagunas, pues, por ejemplo, se sigue sin imponer «obligaciones directas a las empresas de respetar los derechos humanos» (parece como si el borrador las reservara todas para el estado), ni se asegura suficientemente la responsabilidad empresarial conjunta o solidaria en las cadenas de suministro (levantamiento del velo corporativo); de la misma manera se debe reflexionar sobre si la frecuente remisión a la legislación interna de cada estado que se hace en el borrador, podría desvirtuar la eficacia de la normativa internacional (al igual que potenciar según como la jurisdicción estatal podría condicionar la jurisdicción internacional).

En conclusión, todo hace pensar que – salvo mejor opinión – el debate no prospera tal y como sería de desear, una opinión general compartida por los negociadores, aunque explicable por motivos distintos. Mientras no se perfilen debidamente ciertas cuestiones *previas* (ámbito, responsabilidades y jurisdicción), las cuestiones *consecuentes* (*v.gr.*, reparación), aunque no son menos importantes, se debaten con menor intensidad y perfilan con menos detalle. La falta de un consenso suficiente entre las delegaciones en algunos aspectos básicos, convierte a las negociaciones en reiterativas, sino cansinas en algunos momentos.

Y para avanzar en la exposición, se retoma el Informe de este quinto periodo de sesiones para recordar que formula las siguientes recomendaciones: que el Presidente-Relator elabore un «segundo proyecto revisado de instrumento jurídicamente vinculante» y lo presente a finales de junio de 2020 a más tardar para que sea considerado en sexto período de sesiones del GTI de 2020 a partir del que se elaboraría el tercer Proyecto Revisado de instrumento jurídicamente vinculante.

Sexto periodo de sesiones del GTI (23-30 de octubre de 2020)⁶⁷: deliberación y negociación sobre Segundo Borrador Revisado, y encargo de preparación del Tercer Borrador o Proyecto Revisado

Este sexto periodo de sesiones (octubre 2020) merece especial atención porque, siendo el último desarrollado hasta la fecha (a la espera del próximo previsto para finales de 2021), sus resultados dan paso al estado actual del

⁶⁷ Su desarrollo y documentación en el [sitio web oficial del repetido GTI](#). Mas información sobre este periodo de sesiones en el sitio del [Business & Human Rights Resource Centre](#).

debate del Proyecto de referencia tras años de debate, panorama al que se dedicará el siguiente y último epígrafe de este apartado. Un periodo que transcurrió coincidiendo con crisis social, económico y laboral derivada de la Covid-19, cuyos efectos todavía perduran parcialmente en el momento que se cierra este estudio (mayo 2021).

a) Segundo Borrador Revisado

El denominado [Segundo Borrador Revisado del Instrumento Vinculante](#) publicado el 6 de agosto de 2020⁶⁸, es el tercer y último elaborado hasta la fecha, y, con sus 24 artículos, es el más extenso de todos.

De tal borrador se transcriben sus pasajes más notables para el debate⁶⁹:

1. se formulan unas *Definiciones* (art. 1) que intentan precisar el sentido de varios conceptos básicos controvertidos, como, por ejemplo «actividades comerciales de carácter transnacional» (art. 1, apartados 3 y 4), que es una de las claves para delimitar el ámbito subjetivo del propio Instrumento Vinculante;
2. al señalar los cuatro “objetivos” específicos del Instrumento proyectado (art. 2), se identifican los tres sujetos del debate y sus cargas y/o atribuciones respectivas, y se hace según los siguientes términos: «El propósito del Instrumento [...] es: [...] clarificar y facilitar la implementación efectiva de la obligación de los Estados de respetar, proteger y promover los derechos humanos en el contexto de las actividades comerciales, así como las responsabilidades de las empresas comerciales en este respecto; [...] garantizar el acceso a la justicia y a una reparación efectiva para las víctimas [...]. Prevenir [...] los abusos/violaciones de los derechos humanos [...]. Facilitar y fortalecer la asistencia legal recíproca y la cooperación internacional» (art. 2);
3. para delimitar las empresas afectadas (alcance subjetivo) se estipula, con manifiesta amplitud (y con una redacción algo compleja), que «A menos que se indique lo contrario [...] se aplicará a todas las empresas comerciales, incluidas, entre otras, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales que realicen actividades comerciales de carácter transnacional» (art. 3.1, regla general, reiterada en el art. 6.1 y complementado con el art. 1, apartados 3 y, especialmente, 4, que incorpora el concepto novedoso de “actividad comercial transnacional”), a lo que se añade que «no obstante» – ¿excepciones o

⁶⁸ Acceso a traducción no oficial en el [sitio web oficial del GTI](#).

⁶⁹ Para tratar este borrador, interesa tener presente desde buen principio que el propio Presidente del OEIGWG (GTI) Segundo Proyecto Revisado, publica unas Notas explicativas *Cuestiones clave y estructura del segundo proyecto revisado*, Recomendaciones Presidente-Relator (de consulta en [sitio web oficial del GTI](#)).

modulaciones? –, «los Estados Parte podrán establecer en su legislación una base no discriminatoria para diferenciar la forma en que las empresas comerciales cumplen esas obligaciones en función de su tamaño, sector, contexto operacional y la gravedad de las repercusiones en los derechos humanos» (art. 3.2, concordante con art. 6.2)⁷⁰; y, ya en orden a los derechos concernidos (ámbito objetivo), se indica que «abarcará todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos internacionalmente que emanan de [...]» (arts. 3.3 y 1.2). La amplitud subjetiva, y objetiva, está pues servida;

4. el Segundo Borrador Revisado, instituye a las víctimas (art. 1.1) de sujetos de los derechos humanos (art. 4, *Derechos de las víctimas*) y de beneficiarios de la protección que les debe prestar el estado para disfrutarlos (arts. 1.1, 5 y 6, apartados 2-7), y, en caso de incumplimiento, los califica de beneficiarios de la reparación debida (art. 7). Al efecto, tal borrador establece los dos siguientes mandatos: primero, que los estados garantizarán que las «víctimas [...] disfrutarán de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos internacionalmente» (derecho general), de «un acceso justo, adecuado, efectivo, rápido y no discriminatorio a la justicia» afianzando así su derecho «a presentar reclamaciones, incluso por medio de un representante o mediante una acción colectiva en los casos apropiados, ante los tribunales y los mecanismos de reclamación extrajudiciales de los Estados Parte» (art. 4); y, segundo, que «los estados [...] regularán las actividades de todas las empresas [...] y adoptarán todas las medidas jurídicas y normativas necesarias para garantizar que las empresas [...] respeten todos los derechos humanos en todas sus operaciones» (art. 6.1), exigiendo así a las que actúen con la “diligencia debida” en materia de derechos humanos (art. 6.2) mediante la puesta en práctica de una serie de medidas (art. 6, apartados 2 y 3). Y, en esta línea de protección de las víctimas, el borrador en cuestión, también propone que «los estados proporcionarán a sus tribunales y a los mecanismos extrajudiciales de origen estatal la jurisdicción necesaria [...] para permitir el acceso de las víctimas a una

⁷⁰ La nota explicativa del art. 3.1 del Segundo Borrador Revisado elaborada por el Presidente del GTI, apunta que el Instrumento Vinculante «se aplica a las actividades comerciales realizadas por todas las empresas comerciales, incluidas las de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, tal y como se establece en el párrafo 4 del artículo 1»; y, añade que «de acuerdo con los Principios Rectores de la NU, el Instrumento Vinculante, otorga a los estados [...] flexibilidad para el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del artículo 6 sobre la base del tamaño, el sector, el contexto operativo y la gravedad de los impactos en los derechos humanos» (traducción no oficial de tales *Notas explicativas* citadas *supra*), haciendo pensar que las situaciones a las que se refiere el art. 3.2 *in fine* en concordancia con el art. 6.2, más que auténticas *excepciones* son *modulaciones*.

- reparación adecuada, oportuna y eficaz» (art. 7). Este planteamiento *teórico* de la tutela de la víctima, resulta clásico y completo, pero su puesta en práctica ha sido y es muy mejorable;
5. tratando de la “responsabilidad legal” de las empresas, plantea el Segundo Borrador Revisado, que «Los Estados Parte velarán por que la legislación interna de los estados prevea un sistema amplio [integral] [...] de responsabilidad legal para las personas jurídicas y naturales que realicen actividades comerciales, domiciliadas u que operen en su territorio o jurisdicción, o estén de otro modo bajo su control, por los abusos/violaciones de los derechos humanos que puedan derivarse de sus propias actividades comerciales, incluidas las de carácter transnacional, o de sus relaciones comerciales» (arts. 8.1 y 1, apartados 3 y 4), una responsabilidad – civil, administrativa y penal – de las empresas por sus incumplimientos en la materia que les puede obligar a constituir «garantías financieras» en ciertos supuestos (art. 8.6);
 6. al conformar la «jurisdicción en materia judicial» se prevé que «La competencia respecto de las reclamaciones presentadas por las víctimas, independientemente de su nacionalidad o lugar de domicilio, derivadas de actos u omisiones que resulten o puedan resultar en violaciones de los derechos humanos [...], corresponderá a los tribunales del Estado en que: a) el abuso/violación de los derechos humanos ocurrió; b) un acto u omisión que contribuya a la violación de los derechos humanos; o, c) las personas jurídicas o físicas que presuntamente hayan cometido un acto o una omisión que cause o contribuya a ese abuso/violación de los derechos humanos en el contexto de las actividades comerciales, incluidas las de carácter transnacional, están domiciliadas» (art 9.1), resultando así, que el juzgador puede actuar, por ejemplo, contra personas físicas o jurídicas no domiciliadas en el territorio del estado del foro (extraterritorialidad). Posibilidades que explican la necesidad de «asistencia legal recíproca y de cooperación judicial internacional» entre estados (art. 12), así como la financiera (art. 13);
 7. todo ello, en «coherencia con los principios e instrumentos del derecho internacional» (art. 14, de nueva redacción), de manera que «los Estados Parte cumplirán sus obligaciones [...] de manera compatible con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados y de no intervención en los asuntos internos de otros Estados»; y, estableciendo que «los estados [...] se asegurarán» que «todo acuerdo bilateral o multilateral de comercio e inversión será compatible con las obligaciones de derechos humanos» (art. 14.5.b), previsión de compatibilidad que no dé prioridad del Instrumento Vinculante que merecerá una valoración posteriormente;

8. el postrer bloque del borrador ahora resumido, trata de las “disposiciones institucionales” y cuestiones procedimentales variadas (arts. 15-24).

Los referidos ocho elementos básicos del Segundo Borrador Revisado deducidos de la simple relectura y transcripción parcial de sus artículos, muestran que la estructura sistemática del texto mejora en comparación con los borradores anteriores, y evidencian que los temas más polémicos se han revisado una vez más buscando un acuerdo no siempre alcanzado. No es de extrañar que este periodo de sesiones haya concitado un interés singular, no solo en el propio GTI, sino también en foros externos de muy diversa condición, tal y como se comprobará⁷¹.

b) Informe final del periodo

El posterior Informe del Presidente-Relator del GTI⁷², resultante de las deliberaciones de este sexto periodo de reuniones y centradas especialmente sobre el Segundo Borrador Revisado, da debida cuenta de los aspectos más debatidos y de los planteamientos de los intervinientes en la discusión. Desde buen principio, el Informe expone que una vez más se repiten las divergencias sobre si el futuro Instrumento Vinculante debe afectar a todas las empresas y no solo a las transnacionales (ámbito subjetivo) tal y como así se establece en el articulado del borrador parcialmente transcrito (§§ 8 y 14 del Informe y arts. 3.1, 6.1 y 1, apartados 3 y 4), problemática al que el propio Presidente-Relator del GTI se refiere en sus “notas explicativas” que redacta en un documento aparte precitado y comentado; y, el Informe, relata que también existen diferencias sobre si el Instrumento Vinculante debe y/o puede cubrir “todos” los derechos humanos (ámbito objetivo) (§§ 23 y 24 del Informe, *ex art.* 3, en concordancia con arts. 1.4 y el amplio 3.3, en contraposición al escueto art. 3.3 del anterior Borrador Revisado de 2019). Se comenta, que los derechos de las “victimas”, según ciertas delegaciones, representan «una carga excesiva para los Estados» (§ 25 y *ex art.* 4), mientras que, para otras, parecen acertados. Las cuestiones sobre la “prevención” (diligencia debida, *ex art.* 6) y el acceso a la reparación (acceso a la justicia, *ex arts.* 7 y 9.3), según resume el Informe de referencia, se consideraron oportunas en general, pero requerían una reordenación, simplificación y precisión distintas según intereses de las partes que negocian (§§ 27 y 28 del Informe). La configuración de la “responsabilidad” legal – «civil, administrativa y penal» –, aunque considerada por todos como

⁷¹ *Vid.* nota 67.

⁷² [*Informe sobre el sexto periodo de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/46/73, 14 enero 2021.*](#)

cuestión «fundamental para garantizar el acceso a la justicia» (§ 30, *ex art.* 8), es un tema que por amplitud y trascendencia merece mayores detalles. Con respecto a la “jurisdicción”, a la “prescripción” y al “derecho aplicable”, el Informe considerado – que cada vez es más parco en su contenido en relación a los Informes de periodos anteriores – explicita que «las delegaciones [...] pidieron más claridad y precisión en el texto» (§§ 33-35, *ex arts.* 8, 9 y 10, respectivamente). También el planteamiento sobre la “asistencia jurídica mutua” (art. 12), recibió críticas por parte de delegaciones empresariales por considerar «que imponía cargas excesivas a los Estados» (§ 37 del Informe). El Informe se cierra dando cuenta de unas breves consideraciones y precisiones concretas sobre las “disposiciones institucionales” (§§ 40 y 41 del Informe, *ex art.* 15) y de cuestiones más procedimentales (§ 24, *ex arts.* 16-24).

A pesar de lo avanzado de las deliberaciones sobre el Instrumento Vinculante y/o del largo tiempo dedicado a las mismas, el Informe final deja constancia que, junto a los avances que se alcanzan, persisten ciertos desacuerdos entre las delegaciones participantes en el GTI⁷³ en aspectos básicos, como, por ejemplo, sobre su comentado ámbito y sobre su no prioridad – jerarquía – frente a otros tratados comerciales o de inversiones⁷⁴ según se ha expuesto al resumir el Segundo Borrador Revisado; y el Informe, también permite deducir que de las muchas las demandas de precisión que se formulan (por ejemplo, en materia de diligencia debida y responsabilidades) no pocas expresan desacuerdos de fondo y se formulan más que con objetivos realmente aclaratorios intentando establecer limitaciones *ad cautelam*.

Según relata este Informe, el Presidente-Relator recibe el encargo de continuar alentando las consultas y estudios, y de preparar un «tercer proyecto revisado de instrumento jurídicamente vinculante» sobre la base de los debates mantenidos durante la sexta sesión del grupo de trabajo (y aportaciones posteriores), a presentar a más tardar a finales de julio de 2021, para su examen y ulterior debate en el séptimo periodo de sesiones del GTI que celebrará en 2021.

⁷³ Entre las delegaciones que manifiesta más desacuerdos, se debe seguir citando la UE. Conviene anotar que, desde hace un tiempo, la UE se plantea una directiva sobre diligencia debida obligatoria en derechos humanos y conducta empresarial responsable, proyecto que se entrecruza en el tiempo con el objeto de atención en estas páginas. Por razones de extensión, se omiten en este trabajo referencias detalladas de la participación de la UE en el GTI.

⁷⁴ *Vid.* M. KRAJEWSKI, [Ensuring the Primacy of Human Rights in Trade and Investment Policies: Model clauses for a UN Treaty on transnational corporations, other businesses and human rights](#), CIDSE, 2017.

Este proyecto de Informe se aprobó en la reunión del GTI del 30 de octubre de 2020, y se ha examinado por el Consejo de Derechos Humanos en su [46º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos](#) (22 de febrero-23 de marzo de 2021).

A fecha de hoy (mayo 2021), se está a la espera del «tercer proyecto revisado de instrumento jurídicamente vinculante», que debería considerarse en el venidero séptimo periodo de sesiones del GTI a celebrarse en 2021 según el calendario previsto, y que nadie puede asegurar que será el definitivo.

Estado actual del proceso de elaboración del Proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas y derechos humanos: voluntariedad versus obligatoriedad para estados y empresas

Para elaborar el panorama de la situación actual (2020-2021), se toma en consideración todo el proceso seguido, pero de manera especial, se observan los resultados del referido sexto periodo de reuniones del GTI (octubre 2020), y se tienen presentes algunas de las numerosas y variadas opiniones formuladas sobre el mismo⁷⁵.

Se puede avanzar que el estado actual del debate (2020-2021) – que no alcanzan el nivel del repetido documento *Elementos para el proyecto* (2017) – no recibe el visto bueno por parte de todos los participantes en el GTI, ni de todos los actores sociales interesados: el debate sigue abierto.

Sigue a continuación un inventario de los aspectos básicos del estado actual de la cuestión comentados en el mismo orden en que se suceden en el Segundo Borrador Revisado (2020) y citando los ordinales del mismo para facilitar el relato.

⁷⁵ En relación al Segundo Borrador Revisado, entre otros, ver a título de ejemplo, seis aportaciones distintas por su autoría y contenido: [9th Annual Forum on Business and Human Rights](#), 16-18 noviembre 2020; [Reflexiones sobre el texto en preparación de la 6ª sesión del GTI de la Federación Internacional por los Derechos Humanos \(FIDH\)](#), 2020; [Declaración de la Campaña Global sobre el segundo borrador revisado de Tratado Vinculante](#), 2020; [Comunicación Colectiva sobre el Segundo Borrador Revisado del Instrumento Jurídicamente Vinculante sobre Rendición de Cuentas Debe ponerse fin a la impunidad corporativa](#), de la Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Red-DESC), octubre 2020; ITUC-CSI, [Comentarios de los sindicatos: Instrumento jurídicamente vinculante que regule, en el marco del derecho internacional relativo a los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas](#), 8 octubre 2020; [Documento de la posición final de la OIE \(Organización Internacional de Empleadores\), Business at OECD \(BIAC\) y Business Europe sobre el segundo borrador revisado del Tratado sobre empresas y derechos humanos](#), 7 octubre 2020. La Coalición Europea para la Justicia Corporativa (ECCJ), presenta un resumen de este periodo de sesiones bajo el título [UN Treaty negotiations conclude without clear negotiated reforms, but expectations for next year remain high](#), 4 noviembre 2020.

1) *Naturaleza: una fuente internacional y vinculante*

Durante todo el proceso se ha mantenido invariable la expresión “instrumento” (internacional), sin precisarla, a la espera que avance su preparación.

Es un Instrumento internacional que, de prosperar, y según su propio nombre («derecho internacional de los derechos humanos»), se integraría en el sistema universal de protección de los derechos humanos junto al derecho estatal interno propiciando así el dualismo y pluralismo jurídico.

Y, se trata de un Instrumento “vinculante” y complementario. Tal vinculación afecta a los estados y las empresas con distinta intensidad, y en ambos casos podría y debería ser más intensas, pero sin duda, más lo debería ser el segundo en sí mismo considerado. Y, es complementario – no sustitutivo – de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos (2011) que son, simplemente, *indicativos* y que actualmente siguen su curso con más o menos fortuna.

Lo positivo que resulta que el Instrumento sea vinculante, se puede desvirtuar, en parte, porque no se presenta como jerárquicamente superior a otros tratados de inversiones, y/o comerciales (art. 14), una prioridad prevista en otras pautas internacionales (*v.gr.*, art. 103 de la Carta de Naciones Unidas) y que se ha había planteado anteriormente en el debate. Contrariamente a las *fuertes* protecciones que las normas internacionales brindan hoy día a las cuestiones comerciales y a las inversiones, las que ofrecen a los derechos humanos son *débiles*: esta comparativa muestra una dimensión de la asimetría *externa* entre los intereses en conflicto que el Instrumento Vinculante pretende corregir.

Que algunos convenios comerciales o instrumentos internacionales similares incluyan ciertas cláusulas de salvaguarda de los derechos humanos (*ex art.* 14), es positivo, cuestión distinta es que garanticen real y efectivamente las reclamaciones y reparaciones consideradas (art. 14). Aquí cabe insistir en que las experiencias de la manida responsabilidad social corporativa – que son voluntarias – no siempre han arraigado ni menos fructificado lo suficiente para asegurar la protección de los derechos humanos real y efectivamente.

2) *Objetivos y escenario: de la finalidad de la protección a los elementos definidores de la misma*

Resulta ilustrativo que el elemento teleológico del Instrumento Vinculante (*Objetivos*), previsto en unos de los primeros artículos del último borrador (art. 2), sea el punto de partida para identificar los elementos básicos del debate, cuáles son, los sujetos, el objeto y el contenido. Los sujetos

concernidos son tres: “estados”, “empresas” y “víctimas”; y de cada uno se predicen cargas y/o beneficios distintos: al “estado” se le atribuye la “obligación” de «respetar, proteger y promover» los referidos derechos; a las “empresas” se les imponen “responsabilidades” al respecto; y de las “víctimas”, se predicen “garantías” para el disfrute de tales derechos. Y el objeto de protección lo son «los derechos humanos en el contexto de las actividades comerciales» (dimensión objetiva y subjetiva, respectivamente, ver *infra*).

Entre los cuatro objetivos mencionados, se incluye de forma expresa «garantizar [a la víctima] el acceso a la justicia y la reparación efectiva» (art. 2): un propósito loable por su forma (la cuestión asciende a nivel de “objetivo”) y su fondo (se pretende un disfrute real y efectivo), pero es una declaración de propósitos huérfana de suficientes medidas dispositivas.

A pesar de sus aspectos mejorables, esta panorámica actual resulta estructuralmente positiva porque ayuda a identificar y a contextualizar los aspectos puntuales más controvertidos del objeto de debate, y por lo demás, refuerza la centralidad de los derechos humanos en el debate.

3) *Ámbito subjetivo y objetivo: qué empresas y qué derechos*

La vertiente subjetiva del “alcance” del Instrumento Vinculante, que en el estado actual del debate se delimita mediante la regla general y las excepciones o modulaciones literalmente transcritas (*ex art. 3.1*, en concordancia con arts. 1, apartados 3 y 4, y 6, apartados 1 y 2, todos citados *supra*), tal como se ha anticipado, ha sido objeto de especial atención por una de las referenciadas *Notas explicativas* redactadas por el propio Presidente-Relator del GTI sobre el Segundo Borrador Revisado apuntando que: el Instrumento «se aplica a las actividades comerciales realizadas por todas las empresas comerciales, incluidas las de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales», confirmando así que el referente (híbrido, mixto u omnicomprensivo) que delimita el ámbito debatido son «las actividades comerciales de carácter transnacional», no tanto las empresas en sí mismo consideradas.

Este planteamiento amplio de la dimensión subjetiva, de configuración algo confusa, como se ha comentado, acepta las pretensiones de las partes negociadoras que desde principio argumentaban que incluir sólo a las transnacionales era un posible discrimen (la UE, incluso, hizo depender su continuidad en la negociación de dicha amplitud), y rechaza las contrarias.

Es cierto que esta concepción extensiva podría interpretarse como más beneficiosa para las potenciales víctimas por incluir más empresas y más trabajadores en el ámbito de protección, pero también lo es que hacer que el Instrumento Vinculante asuma la defensa de intereses heterogéneos

(apartándose así de la idea originaria de la Resolución CDH 26/9) y someta, innecesariamente, a empresas no transnacionales a normas internacionales, podría diluir el problema de la protección de los derechos humanos en las multinacionales, y en definitiva, podría mermar la eficacia del futuro Instrumento Vinculante. Así pues, convendría valorar la posibilidad de constreñir el alcance subjetivo del Instrumento Vinculante a las transnacionales (y a “otras”, entendidas éstas otras como todas las empresas de las cadenas de valor y suministros), no solo por dichas razones de eficacia, sino también – entre otras razones – porque las normas internacionales tienen importantes lagunas sobre la protección de tales derechos humanos, sin que ello perjudicara para nada a personas que trabajan en otras empresas. Si se quiere avanzar, resulta necesario zanjar este punto del debate sobre el referido ámbito subjetivo del Instrumento Vinculante; y, pretender cerrarlo, incluyendo en tal ámbito a “otras empresas” entendidas como las no transnacionales en vez de entenderlas como otras empresas de la cadena, es, posiblemente, cerrarlo en falso.

La amplitud también se puede predicar de la dimensión objetiva del ámbito de un futuro instrumento que pretende alcanzar a “todos” los derechos humanos (arts. 3.3 y 1.2 y Preámbulo), no solo en sentido cuantitativo (“todos”: incluidos los laborales y sindicales), sino también cualitativo, pues el texto concreta que tales derechos son «universales, indivisibles e interdependientes» (Preámbulo); es esta una previsión positiva, aunque condicionada por las normas internacionales sobre derechos humanos aplicables o no en cada estado en concreto.

Merece una reflexión propia el hecho que un texto que afecta al ejercicio de los derechos humanos en las empresas, no contenga referencia expresa alguna sobre los derechos humanos laborales (sólo se podrían deducir referencias indirectas *ex* art. 3.3): una mención de los derechos fundamentales de los trabajadores y de los derechos de los sindicatos y asociaciones empresariales no resultaría sobra, y mucho menos, una referencia a la libertad de asociación y sindical desde la óptica supraestatal. Mientras que, la inclusión de los “derechos ambientales” entre los derechos humanos a proteger por el Instrumento Vinculante (arts. 1.2 y 5), es un detalle con envidia que se subraya positivamente, sin desconocer que es objeto de críticas por ciertas opiniones empresariales que aprecian en tal planteamiento una extralimitación.

Esta amplitud de miras objetiva – igual que la subjetiva – potencia el sentido de la centralidad de los derechos humanos en el debate reflejado en estas páginas. Y, la significación del ámbito subjetivo y objetivo del Instrumento Vinculante es mayor si cabe, porque condiciona otros aspectos básicos del mismo fácilmente identificables.

4) *Afectación de los estados: sus obligaciones y los planes de acción*

Las previsiones del proyecto de texto internacional ahora considerado dirigidas a los estados se configuran formalmente como “obligación(es)” tanto, globalmente consideradas (arts. 2.1.a y 6) como en supuestos concretos (protección de víctimas, art. 5; prevención, art. 6; reparación daños, art. 7; responsabilidades, art. 8). A subrayar, que, entre las obligaciones previstas, se incluyen las preventivas, no se trata pues de obligaciones operativas tan solo *post* quiebra de los derechos, un realce de la idea *preventiva* que se debe valorar positivamente.

Los estados deben cumplir tales mandatos implementando sus “planes de acción nacional” sobre los que no se añaden más precisiones, y en caso que no lo hagan o lo hagan indebidamente, no se establecen las consecuencias con suficiente claridad.

En el estado actual de la cuestión, está previsto que «los estados exigirán a las empresas [...]» respeten los derechos humanos en el desarrollo de sus actividades actuando con la diligencia debida (art. 6.2), un precepto internacional – clave – que afecta a dos sujetos, uno público y otro privado, de forma escalonada, detalles que merecerán un comentario particular desde la óptica de las empresas implicadas.

En el borrador de Instrumento Vinculante ahora considerado, la expresión «violación de derechos humanos» – de larga tradición en el debate – ha perdido, con el paso del tiempo, algo de fuerza frente a la expresión «abuso de [...]» (por todos, art. 4.1): una nueva locución que podría hacer pensar que se pretenden reprender sólo las actuaciones indebidas de los estados, dejando algo al margen a las de las empresas, o incluso, podría hacer pensar que se tiende a mermar las responsabilidades del propio estado, sospechas, todas, que convendría difuminar.

5) *Afectación de las empresas: una responsabilidad, pero no una obligación directa*

Según las previsiones actuales, los estados adoptarán las medidas necesarias para que las “empresas” (incluidas multinacionales) respeten “todos” los derechos en “todas” sus operaciones, dicho sea, en los términos literales transcritos *supra* (ex art. 6.1), precisándose que «los estados parte exigirán a las empresas [...] que actúen con la debida diligencia en materia de derechos humanos» (art. 6, apartados 2 y 3).

La afectación de las empresas (y transnacionales, incluidas sus cadenas) prevista en el estado actual de la cuestión, merecería varias reflexiones, como por ejemplo las siguientes. No se formula imponiendo obligaciones directas a las misma (cuestión distinta son sus responsabilidades), sino que se *obliga* o mandata a los estados a que lo hagan, todo ello teniendo presente

que, como es sabido, bien podría ocurrir que algunas de aquéllas tengan igual o más *fuera* que algunos de éstos. Y, en caso de multinacionales, deberían – deben – quedar afectadas todas las empresas que formen parte de la cadena de valores y suministros (*ex* arts. 1.5 y 6.1 transcrito), una pretensión que debería reflejarse en el texto proyectado en los términos acordados que exige la casuística del supuesto. Y, también debería perfilarse con atención la posibilidad que las afectaciones puedan exigirse «de manera proporcional a su tamaño, al riesgo de las repercusiones graves y a la naturaleza y el contexto de sus operaciones» (art. 6.2, en concordancia con art. 3.2), recordando siempre que estas circunstancias más que excepciones son simples modulaciones previstas para garantizar la eficacia máxima de la protección perseguida.

Líneas arriba, al tratar de la dimensión subjetiva del ámbito del Instrumento Vinculante, se escribía que la forma genérica de exigir a los estados que implementen “planes de acción” para asegurar la protección de los derechos humanos en el entorno de la empresa, no siempre garantiza el éxito de los mismos, ahora se añade igual duda y crítica en punto a cómo se exige a las empresas que actúen con la diligencia debida idénticos fines: si los planes de acción y las previsiones de diligencia debida resultan ser, en ciertas ocasiones, *flatus vocis*, cada vez más se hacen necesarios instrumentos internacionales que sean vinculantes para estados y empresas multinacionales. Jurídica y políticamente existen ciertas dificultades para que el instrumento internacional en elaboración atribuya, sin más, obligaciones a estados, y más que lo haga directamente a las empresas (privadas), pero si no se sortean tales apuros, el objetivo final del proyecto es de muy difícil alcance: el problema no es nuevo ni imprevisto, y alternativas, de *haberlas haylas* en el ámbito de la política del derecho.

En el marco de las previsiones actuales, se valora positivamente que la diligencia debida de las empresas no las exime automáticamente de la responsabilidad por causar o contribuir a abusos contra derechos humanos (art. 8.7), y, con igual sentido y brevedad, se indica que, entre las empresas afectadas, se incluyen las “estatales” (art. 1.3).

6) *Afectación de las “víctimas”: sus derechos*

Omitiendo cualquier comentario sobre lo acertado o no del término “víctimas”, se formulan dos primeras consideraciones: se utiliza en un sentido subjetivo amplio, pues incluye también a «sus representantes, familiares y testigos», planteamiento que no recibe un visto bueno unánime; y son objeto de consideración en dos de los primeros artículos sustantivos del borrador (arts. 4 y 5), es decir, en un lugar privilegiado.

Como se ha detallado, las víctimas son consideradas de forma expresa

sujetos de los derechos humanos en general (art. 4, *Derechos de las víctimas*, apartado 1) y beneficiarias de la protección que les deben prestar sus respectivos estados (arts. 4.2 y 5) a nivel de prevención (arts. 4.2 y 6, apartados 2-7) y de reparación (arts. 4.2 y 7). Queda así reforzado el protagonismo de las víctimas y, una vez más, acentuada la centralidad de los derechos humanos.

No obstante tales reconocimientos generales y específicos en favor de las víctimas, el borrador – el estado – actual no parece aportar novedades que hagan pensar que, en la práctica, se superarán todas las dificultades que tienen para hacer valer sus derechos real y efectivamente, y, en su caso, para obtener la reparación de los daños sufridos: frente a los estados (obligados) y a las empresas (*sólo* responsables), las víctimas, son el eslabón débil de la cadena, pues parecen ubicadas en el escenario real del debate, casi, como “terceros” – dicho sea, a afectos reflexivos – a expensas que las empresas cumplan con sus obligaciones, que como se ha señalado, no están previstas de manera directa en el Instrumento Vinculante proyectado (art. 6, apartados 1 y 2).

7) Responsabilidad legal: integral, pero con brechas y asimetrías internas

Según las previsiones actuales se pretende que el futuro Instrumento Vinculante vele por que los estados implementen un sistema integral y realmente efectivo de *Responsabilidad legal* (art. 8) para personas naturales y jurídicas (empresas), que abarque la responsabilidad civil, administrativa y penal, incluidas las garantías financieras necesarias, y un sistema que facilite las reclamaciones de las víctimas por daños, por ejemplo, aceptando también la corresponsabilidad de los estados, y que prevea la imposición de sanciones, y, consecuentemente, que procure la reparación debida (art. 8.5). Resultaría oportuno que el próximo borrador del Proyecto precisara más las responsabilidades de los estados y las atribuyera expresamente a las empresas de manera directa (*v.gr.*, art. 8, apartados 1 y 7); y, en el caso de las multinacionales, sería necesario que concretara y reforzara la responsabilidad de todas las empresas de la cadena de valor y suministro (levantamiento del velo desde las matrices hasta todas filiales o controladas similares), pergeñando así un «sistema amplio y adecuado de responsabilidad para personas [...]» (*ex art.* 8.1 parcialmente transcrito supra) de acuerdo con las exigencias de la OIT en favor del «trabajo decente en las cadenas mundiales de suministros»⁷⁶.

Las reflexiones sobre la responsabilidad de los estados y empresas a la luz de la normativa internacional actual, ayudan mucho a comprobar que entre

⁷⁶ *Ex* Resolución OIT relativa al trabajo decente, 2016, cit.

la teoría (prevención) y la práctica de la protección (rendición de cuentas y reparación) de los derechos humanos laborales en el entorno de las multinacionales y de otras empresas, existen asimetrías y brechas *internas* que el futuro instrumento internacional vinculante de referencia debería superar.

8) *Jurisdicción y extrajudicialidad: extraterritorialidad de la jurisdicción ante una desterritorialización de las empresas multinacionales. Levantamiento velo corporativo*
La delimitación de la *Jurisdicción* (art. 9, apartados 1, transcrito *supra*, y 2), y en especial su universalidad, requiere mayor detalle si, como se pretende, se quiere garantizar el acceso a la justicia y la real y la efectiva reparación del daño a las víctimas (art. 7) por lesión de los derechos humanos.

Cierto es que la propuesta actual ha mejorado en relación a anteriores, por ejemplo, aceptando la doctrina *forum non conveniens* («jurisdicción [...] obligatoria»), asegurando la competencia en virtud del *forum necessitatis*, y sugiriendo – aunque sin imponerla – a los estados que prevean la inversión de la carga de la prueba (art. 7.6) en favor de los intereses de las víctimas, pero también lo es que se debería avanzar. Teniendo presente que – en la inmensa mayoría de los casos – la multinacional es de un estado *fuerte* (desarrollado) mientras que las víctimas los son de un estado más *débil* (en vías de desarrollo), se debería procurar una *extraterritorialidad de la jurisdicción* que hiciera frente a tal *desterritorialización de las empresas multinacionales*. Es importante pues que las víctimas puedan elegir una jurisdicción entre varias posibles para poder reclamar; una jurisdicción, que, además, esté inspirada por la idea de la cooperación judicial internacional (art. 13), y en especial, por la de asistencia legal recíproca (art. 12), dos requerimientos ineludibles acordes con la naturaleza de los derechos – humanos o universales – objeto de protección.

Concluyendo esta cuestión, se apunta que la idea de la jurisdicción universal en su sentido más completo (supervisión, ejecución y reparación, pública e internacional), que alguna representación o delegación del GTI parecía reivindicar en algún momento anterior de la negociación, no tiene suficiente reflejo en el estado actual de la cuestión.

Y, para cerrar el estudio, una nota a modo de resumen, y una acotación final.

Así pues, según lo expuesto y las opiniones citadas, los aspectos del estado actual de la cuestión más polémicos, puede ser los siguientes: no se trata de un instrumento exclusivamente pensado en las multinacionales; siendo un instrumento vinculante no tiene primacía sobre a los acuerdos comerciales; obliga a los estados, pero no directamente a las empresas; no se proyecta

suficientemente sobre toda la cadena de valores de las transnacionales; carece de suficientes mecanismos de seguimiento y control; y, tampoco dispone de dispositivos que aseguren el cumplimiento real y efectivo de la normativa internacional. A estas alturas del proceso de elaboración del Instrumento Vinculante, los aspectos en discusión no son precisamente pocos.

Cuando las multinacionales deciden fragmentar la producción en distintas fases, y eligen la forma de hacerlo y el lugar geográfico donde materializar cada una de las mismas (deslocalización y globalización) pensando en satisfacer así de la mejor manera posible sus intereses empresariales y económicos, también están eligiendo o seleccionando – en parte – las normas (laborales y sindicales incluidas) que se les aplicarán en cada momento productivo y en cada lugar, delicada operación selectiva esta que también es decisiva por idénticos motivos. Por razones de equilibrio y justicia social – y comercial (dumping social) –, la globalización económica personificada por las multinacionales, debería coexistir con la globalización de los derechos laborales basada en unos derechos universales y globales como lo son los derechos humanos por definición: este deseable equilibrio de intereses contrapuestos explica el por qué, el cómo y el para qué del *Proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas*; este nuevo Proyecto, debe informar y confirmar el carácter tuitivo que define el ordenamiento laboral tanto internacional como estatal.

4. Bibliografía

AA.VV., *La construcción supranacional del Derecho del Trabajo*, Trabajo y Derecho, 2019, n. extra. 10

AA.VV., *Transnacionales y Derechos Humanos*, América Latina en Movimiento, 2016, n. 520

AA.VV., *Empresas y derechos humanos: una relación compleja*, Aportes DPLF, 2011, n. 15

ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA L., *La responsabilidad social de la empresa y su interrelación con el Derecho del Trabajo*, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2012, n. 5, pp. 135-142

ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA L., FONTES FIGUEIREDO MENDES A.C., *Trabalho escravo contemporâneo: análise das decisões da Corte Interamericana de*

[Direitos Humanos](#), en *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais*, 2018, n. 2, pp. 146-168

AUVERGNON P., *El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas transnacionales, o cómo no dejar que los zorros cuiden libremente del gallinero mundial*, en *Lex Social*, 2020, n. 2, pp. 206-223

CANTÚ RIVERA H., *Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos*, en H. CANTÚ RIVERA (coord.), *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina*. Instituto Interamericano de derechos humanos, IIDH, 2017

CANTÚ RIVERA H., *¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2016, vol. XVI

CANTÚ RIVERA H. (coord.), *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina*. Instituto Interamericano de derechos humanos, IIDH, 2017

CASSEL D., *Opciones para un tratado sobre empresas y derechos humanos. Avances y estado del arte*, en A. VON BOGDANDY ET AL. (coords.), *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, UNAM-IIIJ, 2018

DE LA CUESTA M., PARDO E. (coords.), [Empresas, Derechos Humanos y Competitividad. Principales resultados](#), Cátedra Telefónica-UNED, 2014

DEVA S., *Tratar los derechos humanos a la ligera: una crítica de la retórica del consenso y el lenguaje empleado por los principios rectores*, en S. DEVA, D. BILCHITZ (eds.), *Human Rights Obligations of Business Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge University Press, 2013

ERMIDA URIARTE O., *Deslocalización, globalización y derecho del trabajo*, en *IUSLabor*, 2017, n. 1

ESPINOSA GARCÉS M.F., [Avanza construcción de instrumento vinculante](#), en alainet.org/es, 16 diciembre 2016

ESTEVE MOLTÓ J.E., *Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?*, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2011, n. 27, pp. 317-351

FERNÁNDEZ LIESA C.R., LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ M.E. (dirs.), *Empresas y derechos humanos*, Aranzadi, 2018

GIL Y GIL J.L., *La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares laborales. Una perspectiva global*, en *Lex Social*, 2020, n. 2, pp. 6-70

GINER A., *Las empresas transnacionales y los Derechos Humanos*, en *Lan Harremanak*, 2008, n. 19, pp. 67-87

GUAMÁN A., [Del Documento de Elementos al Draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del Proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos](#), en *Revista de Direito Internacional*, 2018, n. 2, pp. 85-115

GUAMÁN A., *El Draft 0 del Binding Treaty: análisis crítico del contenido del texto y su adecuación con el objetivo de la Resolución 26/9*, en *Cuadernos de Pesquisa-Homa*, 2018, n. 6, pp. 3-35

GUAMÁN A., *Empresas transnacionales y derechos humanos: acerca de la necesidad y la posibilidad de la adopción de un Instrumento Jurídicamente Vinculante (Binding Treaty)*, en *Jueces para la Democracia*, 2018, n. 92, pp. 100-124, y en *Revista de Derecho Social*, 2018, n. 81, pp. 197-218

GUAMÁN HERNÁNDEZ A., [Derechos humanos y empresas transnacionales: las debilidades del tercer pilar derivadas de las normas de promoción e inversión. El caso Chevron como paradigma de la necesidad del Binding Treaty](#), en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2019, n. 39

GUAMÁN A., LUQUE GONZÁLEZ A., [Cadenas de suministro. Derechos Humanos. Empresas Transnacionales e industria textil: de los AMI a un Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante](#), en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2019, n. 2, pp. 393-418

GUAMÁN A., MORENO G., *El fin de la impunidad. La lucha por un instrumento vinculante sobre empresas transnacionales y derechos humanos*, Icaria, 2017

GUAMÁN HERNÁNDEZ A., MORENO GONZÁLEZ G., *Empresas transnacionales y Derechos Humanos. La necesidad de un Instrumento Vinculante*, Bomarzo, 2018

HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA J., *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos. Historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrabegemónicas transnacionales*, Hegoa y Omal, 2009

IGLESIAS D., *Explorando las fronteras del Derecho internacional de los derechos humanos: hacia la adopción de un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos*, en *Akademia*, 2018, n. 1, pp. 165-214

IGLESIAS MÁRQUEZ D., [Hacia la adopción de un tratado sobre empresas y derechos humanos: viejos debates, nuevas oportunidades](#), en *Revista Deusto de Derechos Humanos*, 2019, n. 4, pp. 145-177

IGLESIAS MÁRQUEZ D., *Las obligaciones de las empresas en virtud del Derecho Internacional Retos y oportunidades en materia de empresas y derechos humanos*, en R. ABELLO-GALVIS, W. ARÉVALO-RAMÍREZ (eds.), *Derechos humanos y empresas y Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Reflexiones y diálogos*, Universidad del Rosario, 2019

IGLESIAS-MÁRQUEZ D., [Nuevos instrumentos para la protección de los derechos humanos en el contexto de la globalización: apuntes sobre el trabado de empresas y derechos humanos](#), en *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 2019, vol. 14, pp. 229-249

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURIST, [Comments and recommendations on the Revised draft of an International Legally Binding Instrument on Business and Human Rights](#), 2020

JÁUREGUI R., [Por una norma internacional en favor de los Derechos Humanos](#), en [diarioresponsable.com](#), 6 octubre 2017

KRAJEWSKI M., [Ensuring the Primacy of Human Rights in Trade and Investment Policies: Model clauses for a UN Treaty on transnational corporations, other businesses and human rights](#), CIDSE, 2017

LANTARÓN BARQUÍN D., *¿Hacia un sistema «cosmopolita» de fuentes del Derecho del Trabajo? La empresa multinacional como detonante del cambio*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n. extra. 10

LÓPEZ C., [El Proyecto Revisado de un Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos: Mejoras innovadoras y perspectivas más claras](#), en [www.iisd.org](#), 2 octubre 2019

LÓPEZ C., *Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco jurídico internacional*, en [Aportes DPLf](#), 2015, n. 20, pp. 4-6

MORENO J.A., [Derechos humanos y empresas transnacionales: algo se mueve](#), en [www.agorarsc.org](#), 3 septiembre 2015

NIETO ROJAS P., [Cadenas mundiales de suministro y trabajo decente: instrumentos jurídicos ordenados a garantizarlo](#), en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2019, n. 2, pp. 393-418

PÉREZ AMORÓS F., *Sistema europeo de protección de los derechos humanos laborales: cuestiones de presente y retos de futuro*, en *Revista Científica Criterio Académico*, 2020, n. 4, pp. 57-98

PIGRAU SOLÉ A., *Empresas multinacionales y derechos humanos: la doble vía del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, en M.C. MARULLO, F.J. ZAMORA CABOT (coords.), *Empresas y derechos humanos: temas actuales*, Editoriale Scientifica, 2018

PIGRAU SOLÉ A., IGLESIAS MÁRQUEZ D., [La versión revisada del Borrador del Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos: hacia la siguiente ronda de negociaciones](#), Policy Paper ICIP, 2019, n. 19

REYNOSO CASTILLO C., *Los derechos humanos laborales*, Universidad Autónoma Metropolitana, Tirant lo Blanch, 2017

RODRÍGUEZ GARAVITO C. (ed.), *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil*, Siglo Veintiuno, 2018

RUGGIE J.G., *¿Jerarquía o ecosistema? La regulación de los riesgos relativos a los derechos humanos provenientes de las empresas multinacionales*, en C. RODRÍGUEZ GARAVITO

- (ed.), *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil*, Siglo Veintiuno, 2018
- RUGGIE J.G., [*'Guiding Principles' for the Business & Human Rights Treaty Negotiations: An Open Letter to the Intergovernmental Working Group*](#), Harvard Kennedy School, 2018
- RUGGIE J., *¿Solamente Negocio? Multinacionales y derechos humanos*, Icaria, 2014
- RUGGIE J., [*The Past as Prologue? A Moment of Truth for UN Business and Human Rights Treaty*](#), en www.ibrb.org, 8 julio 2014
- RUIZ GALAN J., [*Búsqueda de consensos sobre Empresas y Derechos Humanos: hacia un Instrumento Internacional Vinculante*](#), en *American University International Law Review*, 2017, vol. 32, n. 4, pp. 819-857
- SANGUINETTI RAYMOND W., *Transnacionalización del derecho del trabajo y empresas multinacionales*, en *Trabajo y Derecho*, 2015, n. extra. 1
- SANGUINETTI RAYMOND W., *La tutela de los derechos fundamentales en las cadenas de producción de las empresas multinacionales*, en Á. FIGUERUELO BURRIEZA, F.J. GORJÓN GÓMEZ (coords.), *Las transformaciones del derecho en Iberoamérica. Homenaje a los 75 años de la Universidad de Nuevo León*, Comares, 2008
- TREBILCOCK A., *El desastre de Rana Plaza siete años después: Iniciativas transnacionales y proyectos de tratado*, en *Revista Internacional de Trabajo*, 2020, n. 4, pp. 599-626
- USHAKOVA T., [*Las empresas y la protección de los derechos humanos en el sistema del Consejo de Europa*](#), en *Revista Internacional Consinter de Direito*, 2018, n. VII, pp. 359-376
- ZAMFIR I., [*Hacia un tratado internacional vinculante sobre las empresas y los derechos humanos*](#), Briefing Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, 2017, PE 608.636

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo