

# Documento de posición de la OIE, Business at OECD (BIAC) y BusinessEurope sobre el tercer proyecto revisado de instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales

---

## I. Introducción

La Organización Internacional de Empleadores (OIE), Business at OECD (BIAC) y BusinessEurope celebran la oportunidad de presentar de nuevo sus comentarios al Grupo de Trabajo Intergubernamental sobre esta nueva versión del proyecto de tratado sobre empresas y derechos humanos. La comunidad empresarial sigue comprometida con la adopción de medidas que respeten los derechos humanos y participa de manera equilibrada en los debates políticos sobre este tema. La OIE, BIAC, BusinessEurope y sus miembros, que representan a decenas de millones de empresas en todo el mundo, están trabajando juntos para sensibilizar y desarrollar la capacidad de las empresas a partir de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos.

Las empresas, destinatarias de este texto, quieren recordar al Grupo de Trabajo sus anteriores aportaciones a los distintos borradores<sup>1</sup> que han surgido de este proceso. En este documento volvemos a tratar los aspectos y las preocupaciones que aún no se han visto abordadas, que siguen siendo relevantes para analizar de este nuevo borrador.

### Contextualización

#### *La importancia de la participación de las empresas*

Aunque reconocemos que se trata de un proceso intergubernamental, volvemos a insistir en que las **empresas representativas deben participar** en la redacción de cualquier texto de este tipo. Los procesos de elaboración de normas de la OIT, así como los procesos de las Naciones Unidas, en particular los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, han demostrado, a lo largo del tiempo, el valor de un enfoque inclusivo, no solo en el proceso de redacción, sino también en la creación del consenso necesario para hacer efectiva una norma, un instrumento o, como en este caso, un tratado.

#### *Distinguir entre el papel de los Estados y el de las empresas*

No hay que olvidar que un **tratado de este tipo requiere la ratificación de un Estado para que su contenido se convierta en una obligación** que el Estado debe cumplir. Cuando el Estado traduce el tratado

---

<sup>1</sup> <https://www.ioe-emp.org/es/noticia/detalles/documento-de-posicion-final-sobre-el-segundo-tratado-revisado-sobre-empresas-y-derechos-humanos>

en sus legislación nacionales, impone el cumplimiento por parte de las empresas. El Estado tiene la obligación de proteger los derechos humanos cuando ello surge de la ratificación o adhesión a un tratado por parte de ese Estado, del derecho internacional consuetudinario o porque el Estado legisla internamente una obligación. La Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por ejemplo, no genera por sí misma obligaciones para los Estados. Además, ningún organismo privado o individuo está obligado legalmente a cumplir obligaciones que no estén impuestas por la ley o por un acuerdo, aunque exista una obligación moral evidente en cuanto al respeto de los derechos humanos, con la que las empresas están plenamente comprometidas.

### ***La importancia de la ratificación y de la aplicación***

Por desgracia, el proyecto de tratado sigue partiendo de la premisa de que todos los Estados están jurídicamente vinculados al mismo marco de derechos humanos, lo que no es cierto. Un rápido vistazo a la ratificación de los instrumentos de derechos humanos muestra esta disparidad entre Estados: <https://indicators.ohchr.org/>

El proyecto de tratado también ***presupone que todos los Estados tienen la misma capacidad para hacer efectivo un tratado de este tipo tras su ratificación, lo que tampoco es, por desgracia, la realidad.*** Esta es una de las principales causas de las violaciones de los derechos humanos en todo el mundo. Los informes presentados ante la Comisión de Expertos de la OIT sobre la ratificación por parte de los Estados de las normas de la OIT muestran claramente, año tras año, la falta de capacidad o de voluntad para aplicar una norma internacional del trabajo en la legislación nacional. Esta falta de capacidad también está presente en muchos sistemas jurídicos nacionales. Solo se pueden prestar reparaciones cuando el poder judicial cuenta con recursos suficientes y está libre de influencias políticas y de corrupción.

Estos aspectos pueden conducir a una ratificación desigual, mientras que la ratificación es crucial para garantizar un enfoque internacional común, así como la certidumbre para las empresas y para quienes podrían verse afectados de manera negativa por sus acciones.

### ***Se debe poner el foco en todas las terceras partes***

***Aunque los Estados deben seguir protegiendo contra los abusos de los derechos humanos dentro de su territorio o jurisdicción, todas las terceras partes deberían respetar los derechos humanos.*** La idea de un enfoque restrictivo sobre la protección de los derechos humanos, que mira solo a las empresas, es errónea. Las empresas no son el único actor que puede conculcar los derechos humanos dentro de un país. Para ello es necesario tomar las medidas adecuadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos por parte de todos los actores mediante políticas, leyes, reglamentos y resoluciones judiciales eficaces.

En este proceso, los Estados deben mirar más allá del papel de las empresas y garantizar que cualquier tercera parte esté protegida por el Estado y que, cuando haya leyes al respecto, todas las respeten al completo.

El hecho de que el 61,2 % de la fuerza de trabajo y de la actividad comercial mundial se inserte en la ***economía informal*** limita el Estado de derecho, que es fundamental para la protección real de los derechos humanos. Además, cuando los Estados no ponen medidas, el trabajo informal también conduce

a una falta de protección de los derechos humanos para aquellos que con mayor frecuencia están en riesgo de sufrir daños graves. Esto crea un desequilibrio en materia de derechos humanos y los Estados deben encontrar la forma de abordarlo para evitar la creación de un doble rasero en materia de derechos humanos sobre el terreno, una situación en la que algunos están protegidos y otros no, lo que constituye una situación inaceptable para todos.

Se debería poner el foco en el Estado de derecho. Los Estados deben garantizar que las infraestructuras políticas, jurídicas y judiciales existentes sean competentes, para garantizar la aplicación efectiva de las salvaguardas jurídicas existentes. Debería ser responsabilidad de cada Estado particular abordar esta cuestión.

También hay que proteger a las personas de las acciones de un Estado que sean contrarias a sus obligaciones asumidas.

También debe quedar claro que, cuando un Estado opera como empresa, está obligado a cumplir las mismas normas de derechos humanos que cualquier otra empresa y no puede tomar medidas para eximir, transferir o diluir de otro modo esas responsabilidades, tal y como establece el artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

## **II. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos**

Han pasado diez años de la adopción de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos por parte de los Estados miembro y se pueden extraer muchas lecciones tanto de las acciones de los Estados como de las acciones de las empresas. Existen argumentos sólidos para decir que los Estados ya están equipados con las herramientas necesarias en el marco del primer pilar para hacer efectivas las obligaciones que han asumido en materia de derechos humanos, al tiempo que se hace evidente que ha de ponerse más esfuerzos en la aplicación por parte de los Estados del primer pilar, en lugar de centrarse tanto en las empresas, que es la tendencia actual. Si el tratado sigue adelante, el Grupo de Trabajo debe analizar en profundidad las evaluaciones del trabajo realizado en el marco de los Principios Rectores y asegurarse de que, si sigue adelante, ambos instrumentos estén plenamente alineados..

El Grupo de Trabajo debería consultar los siguientes textos, en los que se exponen los pasos positivos que han dado las empresas desde 2011, al igual que los Estados no esperan a un contar con tratado para actuar, tras consultar con las empresas nacionales y otros actores, y aplicar los requisitos de derechos humanos. Cualquier tratado debe evitar diluir esos esfuerzos colectivos o crear confusión y conflicto entre los pasos que ya se han dado.

[Enlace al documento #UNGPsPlus10 de la OIE](#)

### **III. Comentarios al tercer proyecto revisado de tratado**

Esta nueva versión del tratado sigue exhibiendo la mayoría de las problemáticas identificadas durante la revisión del segundo proyecto revisado. Por desgracia, las mínimas revisiones introducidas no abordan las preocupaciones verbalizadas por las empresas y muchos Gobiernos hasta la fecha. El tercer proyecto de tratado revisado no aborda los retos reales, se aleja de los conceptos básicos de los Principios Rectores y desvía los recursos y la atención de los esfuerzos actuales de aplicación.

Este documento hace hincapié en la perspectiva de la comunidad empresarial, representada por la OIE, BusinessEurope y BIAC, sobre algunos aspectos fundamentales que siguen suponiendo un gran obstáculo para que la comunidad empresarial respalde el proceso del Tratado.

Como comentario general y para evitar repeticiones, es importante que la terminología utilizada sea clara y esté libre de ambigüedades o subjetividades. El texto también debe distinguir claramente entre las «obligaciones» de los Estados y la responsabilidad de las empresas de cumplir la ley y «respetar» los derechos humanos, en consonancia el enfoque de los tres pilares, de amplio uso y aplicación, que promueven por los Principios Rectores.

Las empresas están muy preocupadas por los siguientes aspectos del proyecto de tratado revisado:

#### **Preámbulo**

El texto completo es importante, ya que determina cómo se puede interpretar un tratado en caso de que se ratifique. El Preámbulo no es una excepción.

PP2. La adopción de instrumentos por parte de las Naciones Unidas no es lo mismo que las obligaciones que se derivan de su ratificación por parte de los Estados. El Preámbulo no debe dejar dudas sobre esta distinción.

PP3. ¿Qué se entiende por «convenios de la OIT pertinentes»? Solo debería hacerse referencia a los convenios que un Estado ha ratificado y, si no, la referencia debería ser a la Declaración de la OIT de 1998 sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. No debe quedar abierto a la interpretación qué se aplica a cada país. Asimismo, cuando dice «todas las declaraciones de derechos humanos acordadas internacionalmente» adoptadas por las Naciones Unidas como entidad no conllevan «obligaciones» de derechos humanos para los Estados particulares.

PP11. Los tratados que incorporan los derechos humanos reconocidos internacionalmente se dirigen a los Estados y no general obligaciones para las empresas. Sin embargo, las empresas deben, en palabras de los Principios Rectores, respetar los derechos humanos. Esto significa que deben evitar infringir los derechos humanos de los demás y disponer reparaciones en caso de que ocurra una vulneración de los derechos humanos, al igual que cualquier otro actor de la sociedad.

#### **Sección 1**

##### **Artículo 1. Definiciones**

- 1.1 Víctima.** «Víctima» es un término utilizado para describir a una persona que ha sufrido un daño y que ha sido declarada como tal por un tribunal de justicia. Hasta entonces, es una persona que alega una violación de derechos. El uso incorrecto del término en este caso otorga el estatus de víctima a una persona antes de que se haya demostrado el daño en sí. La palabra «víctima» no se utiliza en los Principios Rectores y no debería utilizarse aquí. El texto debe incluir el hecho de que hasta que no se demuestre el daño, se trata de un presunto daño y el mejor término para describir lo que se quiere decir aquí sería utilizar la palabra «**demandante**» o «**denunciante**».

Esta definición sigue ampliando el término «víctima» para abarcar a los «familiares directos o personas a cargo de la víctima directa». Una víctima es aquella persona o personas que han sufrido un daño probado como consecuencia de acto de abuso. Así es como se entiende en la mayoría de las jurisdicciones. Ampliar la etiqueta de víctima a aquellos que pueden no haber sufrido el daño es un mal uso del término víctima y minusvalora a la persona o personas perjudicadas. La cuestión de quién es una víctima es un asunto que debe determinar la ley en función de los hechos de un caso concreto y no debe crear una categoría preferente de titulares de derechos mediante la inclusión de los familiares directos o las personas a cargo. **Por lo tanto, debería suprimirse esta mención.**

- 1.2 Abuso de derechos humanos.** Aquí el tratado pretende ampliar la definición de abuso de los derechos humanos tal y como está recogido en la legislación de derechos humanos reconocida internacionalmente y mencionada en el Preámbulo para incluir ahora un «entorno seguro, limpio, saludable y sostenible». Estos términos no están definidos en el texto y se presta a incoherencias interpretativas. Esta extralimitación del texto carece de toda base jurídica, ya que las obligaciones de los agentes sociales, incluidas las empresas, son las que establece el Estado en su propia legislación. **Debería suprimirse esta mención.**

- 1.3 Actividades empresariales.** ¿Qué se entiende por «otra actividad»? Los ejemplos que siguen son todos de naturaleza económica, que es el núcleo de cualquier actividad empresarial, así que ¿qué intenta recoger aquí el borrador? Esas «otras actividades» deben explicitarse y explicarse o **debería eliminarse esta mención.**

¿Qué significa la expresión «llevadas a cabo por medios electrónicos»? La vaguedad de esta formulación es preocupante. Además de ser poco claras, estas palabras amplían enormemente el alcance normativo del proyecto de tratado. Por ejemplo, en las transacciones por Internet pueden intervenir intermediarios conocidos o desconocidos, como bancos o proveedores de servicios bancarios, que están fuera de cualquier grado de control por parte de una empresa. Este problema se agrava si consideramos las empresas más pequeñas, que utilizan tecnología telefónica para sus transacciones financieras, en particular, en los mercados en desarrollo. O bien se aclara la redacción para facilitarse su comprensión o **debería eliminarse.**

- 1.5 Relación empresarial.** El tercer borrador revisado de tratado sigue definiendo las relaciones empresariales como «toda relación entre personas físicas o jurídicas [...] con el fin de llevar a cabo una actividad empresarial» o «cualquier otra estructura o relación [...], inclusive aquellas actividades llevadas a cabo por medios electrónicos». Definir las relaciones empresariales como «toda relación» o «cualquier otra estructura» es extremadamente impreciso, vago y desproporcionado. Esta redacción amplifica el potencial alcance de la responsabilidad y de la

diligencia debida derivada de una relación empresarial a entidades, inclusive terceros, con las que una empresa no tiene relación contractual y sobre cuyas operaciones no tiene control o información.

- 1.6** Los Principios Rectores, así como las Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales, que constituyen otra importante norma internacionalmente reconocida sobre conducta empresarial responsable, dejan claro que se presupone que las «relaciones empresariales» incluyen las relaciones con los socios comerciales, las entidades de una cadena de valor y cualquier otra entidad no estatal o estatal directamente vinculada a sus operaciones comerciales, productos o servicios de una empresa.

Esta formulación difumina la línea entre las obligaciones de los Estados en virtud de los instrumentos de derechos humanos ratificados y el papel de las empresas y otros actores. El hecho de que las empresas deben respetar los derechos humanos está claro: las empresas aceptan que deben actuar de forma responsable con sus empleados, clientes, consumidores y comunidades. Sin embargo, otros actores también deben hacerlo. Como se menciona en la Declaración Universal de Derechos Humanos, las empresas forman parte de la sociedad, pero no son el único grupo que el Estado debe tener en cuenta a la hora de disponer obligaciones a nivel nacional. Como dice el artículo 29 de la Declaración Universal, «toda persona tiene deberes para con la comunidad». El proyecto no debería eludir abordar las preocupaciones que despiertan formulaciones como «toda relación» o «cualquier otra estructura». No se debe dejar que los tribunales intenten deducir un significado de estas expresiones tan vagas. El proyecto debería ser claro, **o bien omitir esos términos.**

## **Artículo 2. Declaración de intenciones**

- 2.1 b** Como se ha mencionado anteriormente, las obligaciones solo recaen sobre las empresas cuando la ley lo exige o ellas mismas han asumido dicha obligación. Por lo tanto, el proyecto no puede imponer esas obligaciones sin la ratificación y la legislación por parte de cada Estado. Es necesario aclarar en el texto que esto se aplica **«cuando así lo exija la legislación nacional».**

- 2.1 d** Aquí se hace referencia a la «justicia», mientras que la atención debe centrarse en la reparación del daño causado, lo que incluye medios judiciales y no judiciales. La justicia sin reparación no está en consonancia con el enfoque de los Principios Rectores de tratar de devolver en la medida de lo posible a la persona perjudicada a la situación tenía antes de que se produjera el daño. La redacción aquí debería ser **«Para garantizar el acceso a un sistema de reparaciones tanto judiciales como no judicial y efectivas...».**

## **Artículo 3 Ámbito de aplicación**

- 3.1** En aras de la claridad, debería hacerse referencia explícita a la redacción final de estos términos recogida en la sección de definiciones.
- 3.2** No es descabellado permitir que un Estado determine, al menos en parte, cómo hacer operativo un tratado a nivel nacional. Sin embargo, esto no debería ser un poder absoluto. Los gobiernos tienen que seguir mejorando el cumplimiento de los derechos humanos en sus territorios y no actuar de forma que se produzca una violación o una omisión de protección de los derechos humanos. Estas

excepciones deben ser explicadas, excepcionales, limitarse en el tiempo y estar sujetas a una revisión interna periódica con las partes interesadas. Las empresas de todos los tamaños pueden generar riesgos para los derechos humanos y, por lo tanto, comparten la responsabilidad de respetar los derechos humanos y proporcionar reparación cuando se produce un daño.

- 3.3** Acogemos con satisfacción que el proyecto especifique que abarcará todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente «**vinculantes para los Estados**» como requisito previo a la creación de obligaciones estatales.

Sin embargo, es un error tratar de otorgar el mismo estatus a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Declaración de la OIT de 1998. Las declaraciones no son vinculantes *per se*, a menos que un Estado haya incorporado esas disposiciones a su legislación. Incluso la OIT reconoce esto en su Declaración y pide a los Estados que no habían ratificado los convenios de los que se extrajeron los principios que trabajaran para su aplicación. El proyecto no debería exigir a los Estados que hagan algo que han decidido no hacer o elevar a obligación aquellos requisitos no aceptados. Además, la introducción de las «libertades fundamentales» es una cuestión preocupante. Este concepto no está reconocido en la mayoría de las jurisdicciones del mundo y crearía obligaciones jurídicas contradictorias.

En su lugar, el proyecto debería hacer referencia a la lista autorizada de los derechos humanos fundamentales reconocidos internacionalmente, tal y como se definen en el artículo 12 de los Principios Rectores, a saber, la Carta Internacional de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los principios establecidos en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. La redacción aquí también plantea la cuestión del contenido de este proyecto de instrumento cuando un Estado ha ratificado pocos de estos instrumentos.

## Sección II

**Artículo 4. Derechos de las víctimas.** Remítase a nuestros comentarios anteriores en la cláusula 1.1 sobre el uso de este término.

¿Quién es responsable de «asegurar», «garantizar», «proteger», etc.? Son derechos que debe garantizar el Estado y que no deben transferirse a las empresas. ¿Qué pasa con los Estados en los que no se protegen algunos de estos derechos? Pueden ser bienintencionados, pero no sirven de nada para una persona que tiene una alegación genuina que presentar, pero que no puede hacerlo debido a la falta de protección del Estado.

- 4.2 a.** El «bienestar psicológico» es una cuestión que debe determinar un profesional médico capacitado y no las partes del proyecto, y es imposible garantizarlo ya que no es necesariamente una condición estática.

**c.** El modo en que un demandante accede a reparaciones (la palabra «justicia» es inapropiada, como se explica en el punto 2.1), debe ser una cuestión que determine el derecho interno. Por lo tanto, deberían omitirse las palabras «reparación individual o colectiva». Del mismo modo, la lista de reparaciones debería describirse como ejemplos en lugar de utilizar las palabras «como», ya

que, de nuevo, corresponde a cada Estado determinar cómo quiere proporcionar la reparación.

**d. Esto debería reformularse. «Ha de garantizarse el derecho a optar por presentar reclamaciones, incluso a través de un representante debidamente instruido y autorizado, ante los tribunales y los mecanismos de reclamación no judiciales de los Estados parte».**

Esta nueva redacción aborda la supresión de las acciones colectivas (a menos que estén previstas en las leyes nacionales). No hay ninguna razón para introducir específicamente instrumentos de las demandas colectivas, ya que las reclamaciones pueden presentarse a título individual. Las demandas colectivas conllevan el peligro de abuso y no suele ser posible llegar a un acuerdo eficaz que evite los abusos. Esto es especialmente válido cuando no solo los organismos gubernamentales tienen capacidad para ejecutar procedimientos de recurso colectivo, sino también las ONG y las organizaciones privadas. De hecho, las demandas colectivas suponen una transferencia de la aplicación de la ley a entidades privadas. Además, la posibilidad de interponer demandas colectivas conlleva la posibilidad de ejercer una presión indebida sobre una empresa en las negociaciones previas al juicio (a través de la conciliación) que debe ser rechazada. Las acciones colectivas son especialmente peligrosas si se diseñan con un procedimiento de exclusión voluntaria: el grupo de demandantes incluirá entonces a personas que no se oponen expresamente y puede crecer hasta varios miles de personas. Esto es contrario al derecho de autodeterminación de las víctimas (vinculado al principio de acceso a la justicia), que ya no pueden decidir por sí mismas si quieren participar en una demanda. Si ni siquiera saben que el caso les concierne, también se vulnera el derecho a ser oído. Si a esto se le añade una industria de litigios a terceros en auge que no tienen más que un interés financiero en las reclamaciones judiciales, tenemos todos los ingredientes para crear una cultura de litigio en masa que no beneficiará a nadie.

**f. Las normas sobre asistencia jurídica deben, por un lado, garantizar el acceso a la justicia de las personas que alegan ser víctimas de violaciones de los derechos humanos y, por otro lado, no deben facilitar las reclamaciones frívolas o el dolo. Para lograr este equilibrio de intereses, son necesarias ciertas condiciones para el derecho a la asistencia jurídica, que el texto sigue omitiendo. Además, el «acceso a la información» debe ser matizado con un reconocimiento efectivo de la importancia vital del carácter confidencial de ciertas informaciones.**

La disposición del artículo 4 no reconoce la equidad ni el equilibrio, ya que no aborda ninguno de los derechos que debe tener una empresa o persona durante una denuncia contra ella. La presunción de inocencia es una base de derecho que no debe ser interferida por un órgano del tratado. También tienen derecho a la equidad del proceso, la confidencialidad y la privacidad, etc. **Esta disposición debería incluirse aquí.**

**4.3** Esto solo puede aplicarse cuando un Estado nacional ha aceptado quedar vinculado por ellos y lo ha reflejado en la legislación y la normativa nacional.

### **Artículo 5 Protección de las víctimas**

Aquí existe la misma preocupación que en el artículo 4. Desgraciadamente, no todos los Estados ofrecen este tipo de protección, y el proyecto de tratado no menciona las consecuencias para los Estados que no lo hagan. Esto significa que no es probable que estos ideales se apliquen, ya que dichos Estados

probablemente no ratificarían un tratado como este.

Por lo tanto, un tratado de este tipo daría lugar a un marco de derechos humanos s dos velocidades y socavaría la probada universalidad e inclusividad de los Estados, las empresas y otros que trabajan en el marco de los Principios Rectores.

**5.3** Esto vuelve a plantear la cuestión de la capacidad de los Estados. Incluso el Estado más avanzado tendría probablemente dificultades para investigar todos los abusos de los derechos humanos. También niega la responsabilidad que tienen las empresas, en virtud de los Principios Rectores, de actuar con la debida diligencia para identificar y remediar los abusos que encuentren, así como para evitar, en la medida de lo posible, que se repitan.

### **Artículo 6 Prevención**

**6.3** Esta disposición debería sustituirse por la redacción de los Principios Rectores, a saber:

**Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber:**

- a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos;**
- b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos;**
- c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar.**

**Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas.**

**La debida diligencia en materia de derechos humanos:**

- a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales;**
- b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones;**
- c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas.**

**A fin de calibrar los riesgos en materia de derechos humanos, las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en las que**

**puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales.**

Esta formulación es conocida y comprensible para las empresas, los Estados y otras partes interesadas.

Además, se necesita una cláusula específica para dar a los Estados partes la posibilidad de excluir a las microempresas y a las pequeñas y medianas empresas (pymes) de las obligaciones de diligencia debida jurídicamente vinculantes con el objetivo de no causar cargas administrativas adicionales indebidas y respetar sus limitaciones. Las pymes son la columna vertebral de todas las economías y en todas las leyes nacionales de diligencia debida existentes existen umbrales específicos para excluir a las empresas más pequeñas de las obligaciones jurídicamente vinculantes. Según el artículo 14 de los Principios Rectores, la escala y la complejidad de los medios a través de los cuales las empresas cumplen con su responsabilidad pueden variar en función de su tamaño. Las pymes tienen menos capacidad, así como procesos y estructuras de gestión más informales que las empresas más grandes, por lo que sus respectivas políticas y procesos adoptarán formas diferentes.

- 6.4. Como punto de partida, esta cláusula debería eliminarse en su totalidad y sustituirse por la redacción de los Principios Rectores:

**Para explicar las medidas que toman para hacer frente a las consecuencias de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben estar preparadas para comunicarlas exteriormente, sobre todo cuando los afectados o sus representantes planteen sus inquietudes. Las empresas cuyas operaciones o contextos operacionales implican graves riesgos de impacto sobre los derechos humanos deberían informar oficialmente de las medidas que toman al respecto. En cualquier caso, las comunicaciones deben reunir las siguientes condiciones:**

- a) Una forma y una frecuencia que reflejen las consecuencias de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos y que sean accesibles para sus destinatarios;**
- b) Aportar suficiente información para evaluar si la respuesta de una empresa ante consecuencias concretas sobre los derechos humanos es adecuada;**
- c) No poner en riesgo, a su vez, a las partes afectadas o al personal, y no vulnerar requisitos legítimos de confidencialidad comercial.**

- a. Sin embargo, si se mantiene esta cláusula, la redacción utilizada es problemática. Comentaremos la cuestión de los informes más adelante en estos comentarios, pero esta nueva disposición introduce el término “evaluaciones”. Esto va más allá de otras disposiciones de este proyecto y añade coste y complejidad sin destacar la razón de ser de esta adición. ¿A quién va dirigido y cuál es su finalidad? También amplía el ámbito de aplicación a otros temas, como el medio ambiente o el cambio climático, sin destacar un vínculo claro con los derechos humanos. Este tipo de disposición general amplía las obligaciones de las empresas, creando más cargas, sin una justificación clara. Por lo tanto, debería omitirse.

El proyecto incluye la publicación, por parte de la empresa, de “abusos reales o potenciales de los derechos humanos que puedan surgir de sus propias actividades comerciales o de sus relaciones comerciales”. La referencia a los abusos “potenciales” lo hace demasiado amplio. Aunque las

empresas intentan hacer todo lo posible para evitar posibles abusos de los derechos humanos, esto requiere suposiciones/predicciones por parte de una empresa en cuanto a eventos futuros, lo cual es muy difícil de evaluar. Este riesgo se acentúa cuando se tienen en cuenta las responsabilidades relativas a las relaciones comerciales. Teniendo en cuenta las sanciones previstas en el apartado 6.7, se podría descubrir que una empresa no ha informado sobre algo que no había previsto, lo que la expondría a una responsabilidad legal, en particular dada la supresión de la disposición de puerto seguro.

- b. La integración aquí debería ser “según corresponda” en lugar de “en todas las etapas”, ya que puede no ser un problema al principio pero se vuelve más importante a medida que avanza la diligencia debida.
  - c. Debe evitarse siempre el lenguaje subjetivo. ¿Qué se entiende aquí por la palabra “significativo”? ¿Quién determinará lo que es significativo? Lo que es significativo para una parte puede no serlo para la otra. Esta palabra debe omitirse.
  - d. Esto supone un acuerdo internacional en torno al consentimiento libre, previo e informado, lo que amplía el grado de acuerdo que puede existir. Omita “con las normas acordadas internacionalmente”.
  - e. Esto debe modificarse posteriormente debido a la inclusión del medio ambiente y el clima. Además, las normas no existen necesariamente en cada Estado sobre estos temas y el coste de cumplimiento que supone para las empresas cumplir lo que en realidad es un ejercicio de predicción de acontecimientos es inapropiado y debe omitirse.
  - f. Esta redacción no tiene en cuenta la forma en que se crean los contratos comerciales. Esta inclusión debería fomentarse, no imponerse, y debería reconocerse que el uso de tales inclusiones llevaría tiempo, ya que lo más probable es que los contratos existentes no incluyan este tipo de redacción. Tampoco está claro por qué dicha inclusión debe “prever el desarrollo de capacidades o las contribuciones financieras, según proceda”. ¿A quién van dirigidas estas palabras adicionales y para qué sirven? Esas palabras deberían omitirse.
- 6.6 ¿Cómo se van a aplicar los requisitos aquí expuestos y tienen todos los Estados los recursos y la capacidad para hacerlo “eficazmente”?
- 6.7 Dada la previsión de sanciones prevista en este apartado, es importante que la incertidumbre y la vaguedad aquí y en los apartados anteriores se aborden adecuadamente. ¿Qué son las “sanciones adecuadas” y para qué se consideran adecuadas? ¿Para el denunciante? ¿Para disuadir? ¿Para castigar? Las personas, incluidas las empresas, necesitan tener claras las obligaciones que se esperan de ellas según la ley. En cualquier caso, las sanciones deberían establecerse de acuerdo con los sistemas judiciales nacionales.
- 6.8 Esta disposición es excluyente y restringe la libertad de expresión consagrada en el artículo 19 de la Declaración Universal. Las empresas tienen un papel clave y legítimo a la hora de hablar sobre el desarrollo y la aplicación de las políticas de derechos humanos y empresariales. De hecho, este artículo cuestiona y socava el derecho legítimo de las empresas a participar en la expresión de sus

puntos de vista en dichos diálogos a nivel nacional y afecta a los debates tripartitos que adoptan los enfoques de consulta y diálogo de la OIT y otros organismos de las Naciones Unidas. Este párrafo debe omitirse.

### **Artículo 7 Acceso al reparaciones**

7.2 Este «acceso a la información» hace caso omiso de las obligaciones internacionales existentes de varios Estados en esta materia, estas obligaciones existentes deben cumplirse. Además, cuando se introduzca esta facilitación, debe cumplir con leyes tales como los requisitos de las leyes de privacidad. La información a la que se puede acceder debe definirse de forma estricta/limitada, para garantizar que es directamente relevante para el asunto que se está tratando en un tribunal y para proteger los derechos comerciales y otros derechos de propiedad del demandado.

7.3 La cláusula parte de la falsa suposición de que los requisitos legales son obstáculos para decidir el lugar o el foro para un asunto concreto. Esto denigra los derechos legales de todas las partes en un asunto. Esas protecciones están ahí para algo y no pueden ser desestimadas tan simplemente.

La doctrina del *forum non conveniens* es, en gran medida, una doctrina jurídica del derecho consuetudinario y, como tal, debe ser respetada por las jurisdicciones fuera del derecho consuetudinario. Además, esta cláusula 7.3 ignora el hecho de que existen varios instrumentos de derecho nacional, internacional o europeo que establecen normas de jurisdicción. Estos no pueden ni deben ser calificados como «obstáculos legales». El Estado debe proteger sus propias leyes y permitir que sus tribunales se aseguren de que los detalles de cualquier procedimiento estén debidamente fundados, incluyendo el lugar o el foro a utilizar. La solicitud de un denunciante sobre el lugar en el que debe ser atendido un asunto es en sí misma una cuestión de derecho. Por lo tanto, corresponde a los tribunales decidir en función de su independencia. Rechazar esta doctrina crea una enorme inseguridad jurídica en cuanto al lugar en el que una empresa puede enfrentarse a un denunciante y le deja sin capacidad para impugnar esa petición. Esto es especialmente cierto teniendo en cuenta la vaga definición de «relación comercial» del artículo 1.5.

Toda esta cláusula debería **omitirse**.

7.5 Esta cláusula contraviene un principio jurídico fundamental y bien establecido la presunción de inocencia y el *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. De hecho, exigir que la parte acusada demuestre su inocencia viola los principios del debido proceso y las nociones fundamentales de justicia en la mayoría de las jurisdicciones. No es aceptable sugerir que poner a los denunciantes en la posición de probar una violación de los derechos humanos es injusto, ya que son ellos los que tienen las pruebas del daño reclamado. El argumento de que los denunciantes están en una posición más débil que la empresa ya se aborda en las disposiciones anteriores de esta cláusula. Esta cláusula debe **omitirse**.

### **Artículo 8 Responsabilidad jurídica**

8.5 Esta disposición no es razonable, no tiene cabida en los marcos jurídicos nacionales y vulnera los derechos que las legislaciones nacionales reconocen a las personas físicas y jurídicas. Además, desde un punto de vista práctico, las cantidades de financiación requeridas serían completamente desproporcionadas y estarían fuera de las posibilidades financieras de muchas empresas. Esto también podría actuar como un elemento disuasorio para el comercio y la inversión en los países, mientras que esto generalmente tiene un impacto positivo en el desarrollo económico y social y en los derechos humanos. Además, las empresas no pueden permitirse el lujo de bloquear el capital, simplemente en caso de un evento futuro, ya que este capital estaría mucho mejor canalizado en inversiones empresariales sólidas y en medidas prácticas para garantizar el respeto de los derechos humanos. Por lo tanto, la cláusula debe omitirse.

- 8.6 En una importante desviación de los Principios Rectores, el proceso de diligencia debida del proyecto exige que las empresas impidan que se produzcan violaciones de los derechos humanos o se enfrenten a la responsabilidad. Los Principios Rectores, en cambio, presentan más adecuadamente la diligencia debida en materia de derechos humanos como un proceso en el que las empresas adoptan medidas adecuadas para tratar de prevenir, mitigar y remediar los impactos sobre los derechos humanos. Este proyecto sigue tratando de transformar la diligencia debida de una norma basada en el proceso a una norma basada en los resultados.

Cualquier responsabilidad derivada de la falta de prevención de un daño a los derechos humanos debe estar sujeta a al carácter previsible y evitable del evento y ser mitigada por los esfuerzos de una empresa a través de su debida diligencia. La redacción utilizada en el borrador es contraria a los Principios Rectores, que exigen una reparación solo cuando la empresa ha causado o contribuido a la violación de los derechos humanos. La responsabilidad requiere una violación negligente de los derechos humanos de un individuo causada por el demandado y que cause un impacto que requiera remedio. El proyecto prevé la responsabilidad civil sin una causalidad suficiente. Introduce una responsabilidad de la empresa matriz y una responsabilidad para toda la cadena de suministro (también conocida como responsabilidad indirecta). Esto no se ajusta a los Principios Rectores 15 y 22. Además, se trata de una carga desproporcionada para las empresas y contradice las tradiciones jurídicas básicas de muchas jurisdicciones nacionales que se basan en el principio de la autonomía jurídica. Además, la reparación y la restauración de los daños ambientales es una cuestión compleja. La mayoría de los sistemas jurídicos nacionales deciden no optar por un derecho general de legitimación en estos asuntos.

En cuanto a la cuestión de las normas de responsabilidad, abogamos por un enfoque y una mentalidad de «permanecer y acatar» en lugar de «cortar y largarse». Las empresas están preparadas y dispuestas a mejorar positivamente la situación en las cadenas de suministro globales. Sin embargo, una normativa de gran alcance sobre la responsabilidad de la cadena de suministro podría tener consecuencias contraproducentes. Las empresas tendrían que retirarse de los países con una situación difícil en materia de derechos humanos si se las considerara responsables de los efectos adversos sobre el terreno.

Dado que la responsabilidad se extiende a las personas físicas, se abre la puerta a que los Estados puedan responsabilizar incluso a los gestores de derechos humanos de las empresas. Así, el proyecto pretende «levantar el velo empresarial» al imponer una amplia responsabilidad a una amplia franja de entidades e individuos. La legislación nacional deberá determinar quiénes son los responsables y estar sujetos a cuestiones más amplias de responsabilidad comercial que pueden incluir o no a las personas físicas.

- 8.7 Tal y como está redactada actualmente, esta cláusula niega a una empresa un importante atenuante en la defensa de una reclamación presentada contra ella, es decir, la diligencia debida de buena fe. Esta exclusión es contraria a las normas de la justicia natural. No se debe impedir que un tribunal considere estos factores atenuantes a la hora de determinar la responsabilidad. Este requisito se omite en la segunda frase del proyecto y debería incluirse. La «autoridad competente» se incluye aquí sin definir qué es y cómo funcionará en dicho proceso. Si se mantiene, es necesario definirlo.

Esta redacción también actúa como elemento disuasorio para las empresas que invierten en lo que se consideraría países de alto riesgo, mientras que en general esto tiene un impacto positivo en el desarrollo económico y social y en la promoción de los derechos humanos.

## **Artículo 9 Jurisdicción judicial**

El alcance de la jurisdicción judicial que propone el texto sigue promoviendo una jurisdicción extraterritorial.

De hecho, este último borrador dispone que una empresa se considera domiciliada «donde ejerce su actividad de manera regular». Esta formulación no solo es muy ambigua, sino que significaría que muchas empresas multinacionales, que operan en la mayoría de las economías del mundo, estarían sujetas a una jurisdicción universal.

La amplitud del ámbito de aplicación jurisdiccional del texto se hace aún mayor si consideramos la cantidad de «actividades» que pretende regular, entre las que se encuentran las transacciones electrónicas (*vid supra*).

El nuevo texto también parece permitir que exista una jurisdicción concurrente en el país en el que haya ocurrido el perjuicio, en el país en el que se encuentra ubicada la empresa o incluso en un tercer país. Y, para exacerbar esta incertidumbre jurisdiccional, el nuevo texto sigue rechazando de forma explícita la doctrina del *forum non conveniens*, cuyo mantenimiento se ha solicitado anteriormente en nuestros comentarios sobre el punto 7.3.

Asimismo, el texto ni siquiera propone las formas prácticas y eficaces de ofrecer reparaciones a escala nacional, lo que podría permitir a los Estados eludir cualquier responsabilidad de mantener siquiera en apariencia sus obligaciones obvias y fundamentales, consagradas en el Pilar III de los Principios Rectores. Dado que el acceso a la reparación en la gran mayoría de los casos es más probable que se produzca a través de sistemas judiciales mejores y más eficaces a nivel nacional donde se producen las violaciones, los esfuerzos y los recursos deberían centrarse en la mejora de los sistemas judiciales nacionales en los países de acogida y donde se producen las violaciones, en lugar de centrarse en la ampliación de la disponibilidad de la jurisdicción extraterritorial y en la construcción de nuevas estructuras jurídicas internacionales.

El uso de términos mal definidos, como «actividad de forma regular», «presencia de activos» y «actividad sustancial del demandado», aumentan la incertidumbre a la que se enfrenta una empresa y pueden restringir sus derechos legales a la hora de organizar una defensa.

## **Artículo 10 Prescripción**

10.1 La determinación de los límites legales para la recepción de denuncias también debe reconocer la legislación existente en un Estado a este respecto. Los Estados deben ciertamente considerar las limitaciones existentes, pero deben conservar la competencia para alterar, modificar o afirmar sus propias leyes a este respecto. El lenguaje utilizado aquí es demasiado absoluto.

## **Artículo 11 Legislación aplicable**

El proyecto sigue concediendo al demandante un amplio margen de maniobra para elegir la ley aplicable y fomentará la búsqueda de foros de conveniencia por parte de los demandantes. Cualquier solicitud de este tipo tendría que estar sujeta a una investigación legal y a la decisión de un tribunal. Tal como está redactado ahora, esto socava el principio general de que la ley aplicable es la del Estado del foro. Esto no

solo crea incertidumbres en cuanto a las leyes que se aplicarán, sino que también crea problemas de competencia en el sentido de que los juristas de un país pueden no estar equipados para interpretar las leyes de otro Estado parte. Además, esta regulación contradice el principio internacionalmente reconocido del reglamento Roma II, según el cual se aplicará en general la ley de la jurisdicción en la que se haya producido el daño.

Esto ha demostrado ser eficaz también para evitar conflictos en cuanto a la ley aplicable, ya que permitir que una empresa que cumpla con las leyes nacionales sea procesada en ese mismo país por un demandante que busque reparación bajo las leyes de otro Estado crearía, de hecho, un doble estándar dentro del mismo.

### **Artículo 12 Asistencia jurídica recíproca y cooperación internacional en materia judicial**

La asistencia y la cooperación internacionales son importantes para promover los derechos humanos y el acceso a reparaciones. Los países deben desplegar más esfuerzos para brindarse apoyo mutuo, por medio de la cooperación técnica, el aprendizaje entre pares y el intercambio de experiencias para reforzar sus sistemas judiciales.

**12.5** Consideramos inadecuada la lista de acciones propuestas por el artículo que insta a la cooperación entre Estados, entre las que se encuentra «la ejecución de registros e incautaciones», «el examen de objetos y lugares» o «la facilitación del bloqueo y la recuperación de activos», que no están sujetas al debido proceso legal. Estos ejemplos tan amplios podrían llegar a favorecer acciones legales o enjuiciamientos con motivación política contra las empresas y a derivar en problemas complejos relacionados con el dolo o la extorsión las empresas.

**12.10** En virtud del derecho internacional, un importante mecanismo de control de la jurisdicción judicial de un tribunal siempre ha sido la capacidad de un tribunal nacional de negarse a reconocer la aplicación del fallo de un tribunal extranjero. Esta es una importante salvaguarda que permite a un tribunal nacional rechazar la decisión de un tribunal extranjero de ejercer su jurisdicción sobre un acusado que se encuentre en el país del tribunal nacional. No obstante, esta importante salvaguarda sigue sin aparecer recogida en el tercer borrador revisado del tratado, pues exige, con muy pocas excepciones, que todos los Estados parte reconozcan y apliquen las decisiones judiciales de otro Estado parte. Esto podría dar lugar a que un Estado incumpla su obligación de proteger los derechos humanos de sus propios ciudadanos.

### **Artículo 13 Cooperación internacional**

**13.1** Esta redacción contradice la del **12.12** y otras disposiciones del proyecto que otorgan a los Estados poderes directos. Es necesario que haya una coherencia, teniendo en cuenta la noción de soberanía del Estado.

### **Artículo 14 Coherencia con los principios e instrumentos del derecho internacional**

La redacción que se emplea en este artículo no reconoce el derecho a la libertad de negociación y el papel de contrapeso que los Estados deben ejercer cuando haya opiniones o prioridades contrarias. Siempre se puede animar a los Estados a asumir estas expectativas, pero el proyecto no puede exigir ese resultado.

Tampoco está claro qué consecuencias tendría, de haberlas, si un Estado no cumpliera con los requisitos que emanan de esta redacción.

### **Artículo 20 Entrada en vigor**

¿Cuál es el umbral para que un tratado de este tipo entre en vigor? Dado que el tratado sería debe contar con múltiples Estados para ser operativo, requeriría un gran número de ratificaciones antes de entrar en vigor y ser efectivo.

### ***Observaciones finales***

Desde el principio, las empresas han expresado una válida preocupación sobre la viabilidad y aplicación de este proyecto de tratado, ya que se aleja del exitoso enfoque de los Principios Rectores y debido a su contenido, que lamentablemente aún no recoge los comentarios expuestos por las empresas y muchos Gobiernos. Nos hemos comprometido activamente a informar al Grupo de Trabajo de nuestras preocupaciones, así como a destacar el éxito de los Principios Rectores en el desarrollo del respeto de los derechos humanos por parte de las empresas. Este éxito está bien documentado y es más que apreciable en el contexto actual, el 10.º aniversario de la adopción de los Principios Rectores por parte de los Estados, que también forman parte de este proceso.

Sobre esta base, el tratado, en su forma actual, sigue siendo una respuesta innecesaria e inapropiada a los retos actuales para la protección y el respeto de los derechos humanos y el acceso a reparaciones. Seguimos convencidos de que los Estados podrían lograr más si siguieran trabajando en el marco del Principios Rectores, en conjunción con las empresas y otras partes interesadas, y a través de sus propias leyes nacionales vigentes. En los casos en los que esto ocurre, se han cosechado grandes logros, ya que muchos Estados están creando, sentándose a la mesa con las empresas, diversas respuestas normativas a una variedad de desafíos en materia de derechos humanos. El proceso de redacción del tratado debe reconocer que los avances no deben obstaculizar, contradecir, confundir o retrasar de otro modo estos esfuerzos. Si se sigue trabajando en el proyecto de tratado, es importante que se corrijan los numerosos escollos, contradicciones y conceptos erróneos que recoge.

Seguimos creyendo que este tratado, tal y como está planteado en la actualidad, no solo generaría muy poco o ningún valor añadido, sino que además contribuiría a la incertidumbre. Los Estados podrían conseguir más si siguieran trabajando en el marco de los Principios Rectores y avanzando en sus propias leyes nacionales.

En particular, cuestionamos la falta de alineación con los principios y enfoques fundamentales defendidos por los Principios Rectores, incluyendo un claro sentido de los deberes y responsabilidades de los Gobiernos y las empresas, así como consideraciones equilibradas para la diligencia debida basada en el riesgo y orientada a los procesos. Además, subrayamos que la falta de claridad del Tratado y la vaguedad de sus disposiciones constituirían probablemente una fuente de considerable inseguridad jurídica y podrían dar lugar a disputas interpretativas y consecuencias no deseadas. Por último, seguimos muy preocupados por las posibles implicaciones de las desviaciones del tratado respecto a principios jurídicos fundamentales y bien establecidos, así como por la ausencia de salvaguardias adecuadas.

Tal y como se indica en nuestra contribución conjunta a la hoja de ruta para la próxima década de

aplicación de los Principios Rectores, creemos en la importancia de seguir líneas de acción alternativas o adicionales, incluyendo mejoras en la gobernanza y el Estado de derecho en zonas de alto riesgo, mejoras en el acceso a los recursos para los titulares de derechos y esfuerzos reforzados para abordar las causas profundas de las violaciones de los derechos humanos, al tiempo que se trabaja para abordar los retos de la economía informal.

En respuesta al reciente y triste fallecimiento del profesor John Ruggie, principal autor de los Principios Rectores, una portavoz del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos declaró:

«...Los Principios Rectores están firmemente anclados en las normas internacionales de derechos humanos y se guían por un enfoque que Ruggie denominó célebremente “pragmatismo de principios”. Proporcionan un marco claro y común para abordar los riesgos para los derechos humanos y contribuir a una economía mundial más equitativa y sostenible.

Todos los que nos dedicamos a los derechos humanos podemos honrar su memoria ayudando a hacer realidad su visión y seguir trabajando para la aplicación efectiva de los Principios Rectores en todas partes».

\* \* \* \* \*



**Financiado por  
la Unión Europea**

*La presente publicación ha sido elaborada con el apoyo financiero de la Unión Europea. Su contenido es responsabilidad exclusiva de la Organización Internacional de Empleadores y no necesariamente refleja los puntos de vista de la Unión Europea.*