



Centro de Información sobre
Empresas y Derechos Humanos

PROGRAMA COLOMBIA
www.business-humanrights.org



HACER QUE LAS EMPRESAS RINDAN CUENTAS EN CASOS DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

OCTUBRE 2020

De los Principios Rectores al Tratado Vinculante en la ONU

**Hacer que las empresas rindan cuentas en casos de violaciones de derechos humanos:
De los Principios Rectores al Tratado Vinculante en la ONU**

Autoras: Valentina Muñoz y Amanda Romero

Diseño y diagramación: Diego Andres Nuñez Guerrero

Foto de portada: Comunidad Wayuu – Juana Potes

Código ISBN: Obra independiente: 978-958-52906-1-7

Sello editorial: Centro de Información Sobre Empresas y Derechos Humanos (978-958-52906)

Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos – Programa Colombia

Con el apoyo de:



Bogotá – Octubre de 2020

TABLA DE CONTENIDOS

03	07	10	12	21
INTRODUCCIÓN	¿QUÉ SIGNIFICA TENER UN INSTRUMENTO VOLUNTARIO? ¿CUÁLES SON SUS IMPLICACIONES Y EFECTOS LEGALES?	GRUPOS DE TRABAJO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS	TRATADO VINCULANTE: PROCESO Y CONTENIDOS	EN RESUMEN ¿CUÁLES SON LOS AVANCES DEL TRATADO VINCULANTE?
04	09	11	13	22
EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO MUNDIAL	EL CAMINO DE LOS PRINCIPIOS RECTORES	PRINCIPIOS RECTORES DE LA ONU SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS	SESIONES DEL GRUPO DE TRABAJO INTER- GUBERNAMENTAL	RECURSOS ADICIONALES
06			14	
INSTRUMENTOS OBLIGATORIOS Y VOLUNTARIOS EN EL CONTEXTO DE LAS NACIONES UNIDAS			PRINCIPIOS RECTORES Y BORRADOR REVISADO DEL TRATADO VINCULANTE: UNA MIRADA COMPARADA	



Foto de Valentina Muñoz

INTRODUCCIÓN

La presente cartilla, realizada con el apoyo de Diakonia Programa Colombia, tiene como objetivo proporcionar una lectura comparativa entre los aspectos centrales de los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos (PR), de 2011 y el borrador de un Tratado Vinculante (TV) u obligatorio que viene discutiéndose en la ONU por iniciativa de varios Estados. Su propósito es facilitar la comprensión de los alcances, ámbito de aplicación y objetivos que ambos instrumentos persiguen dentro del Sistema Universal de derechos humanos, específicamente relacionados con el campo de empresas y derechos humanos, así como promover la reflexión sobre la complementariedad entre los PR (como el único instrumento voluntario actualmente existente en materia de empresas y derechos humanos) a nivel mundial y las potencialidades de un instrumento de carácter obligatorio que pueda aprobarse en el seno de la ONU respecto de los derechos de las víctimas de abusos/violaciones de derechos humanos atribuibles a las empresas.

El CIEDH considera necesario elaborar instrumentos para el fortalecimiento de las capacidades de las personas de organizaciones sociales (ambientales, de derechos humanos, campesinas, indígenas, afrodescendientes, de mujeres, de jóvenes y otras), ONG y grupos con los que se relaciona. Para ello, la producción de materiales que sean fáciles de comprender, como herramienta explicativa de aspectos técnicos que, de manera clara, puedan ser usados por las comunidades, como las cartillas. Una cartilla es una guía que organiza, compila y explica dichos contenidos y los presenta para la reflexión y el trabajo pedagógico de los talleres de formación.

El [Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos - CIEDH](#) es una organización no gubernamental, independiente e internacional, sin fines de lucro, que trabaja en asociación con diversas organizaciones de derechos humanos, ambientales y sociales y prominentes instituciones académicas. Nuestra página web¹ está en diez idiomas: alemán, árabe, chino cantonés, chino mandarín, español, francés, inglés, japonés, portugués y ruso. Nuestros investigadores e investigadoras regionales tienen su sede en Australia, Brasil, China, Colombia, India, Kenia, Jordania, México, Myanmar, Filipinas, Senegal, Sudáfrica, Túnez, Reino Unido, Ucrania y los Estados Unidos. Ellos y ellas llaman la atención mundial sobre los impactos (positivos y negativos) de las empresas en los derechos humanos en su región, buscan respuestas de las empresas cuando la sociedad civil plantea preocupaciones y establecen estrechos contactos con las ONG de base, los empresarios locales y otros. Tenemos oficinas en Londres, Berlín, Nueva York y Bogotá².

¹ Las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo, las empresas, ONG y universidades, han puesto enlaces a nuestro sitio web en sus sitios en línea. Nuestro sitio es actualizado cada hora y recibe más de 1.5 millones de visitas por mes.

² El Centro de Información es una organización independiente sin fines de lucro: en el Reino Unido somos una organización benéfica registrada en Inglaterra y Gales (no. 1096664). En los Estados Unidos somos una organización sin fines de lucro exenta de impuestos según la Sección 501(c)(3) del Código de Rentas Internas, y en Colombia somos una oficina de país registrada ante la Cámara de Comercio de Bogotá como entidad extranjera sin fines de lucro (Nº. S0055919). Fecha de inscripción: 17 de mayo de 2019.

EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO MUNDIAL

Si bien la declaración universal de los Derechos Humanos fue proclamada hace más de 70 años (1948), posterior a juicios como los de Nüremberg que juzgaron a actores económicos responsables de violaciones de derechos humanos durante la Segunda Guerra Mundial, la relación entre derechos humanos y abusos o violaciones cometidas en contextos empresariales en diversos lugares del mundo no ha sido un tema regulado, a pesar de numerosos casos de denuncias de tales violaciones y abusos, que siguen impunes. A continuación, se puede observar la manera como este tema toma relevancia y evoluciona en la agenda internacional:

CONTEXTO

El rápido aumento de empresas multinacionales entre 1980 y 1990 conllevó a que la opinión pública conociera sobre incidentes de violaciones de derechos humanos (como la muerte por intoxicación causada por gases tóxicos de más de 30.000 personas en Bophal, India, en 1984; el asesinato de grupos opositores a la contaminación petrolera por parte de la Royal Dutch Shell en Nigeria, en 1994, que daría lugar al famoso caso [Kiobel vs Shell](#) ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, cerrado en 2014) y muchos otros más, en donde la relación entre derechos humanos y la responsabilidad directa e indirecta de las empresas en la comisión de delitos contra el ambiente y los derechos humanos planteaba que, además de los Estados, se debía incluir la responsabilidad empresarial.

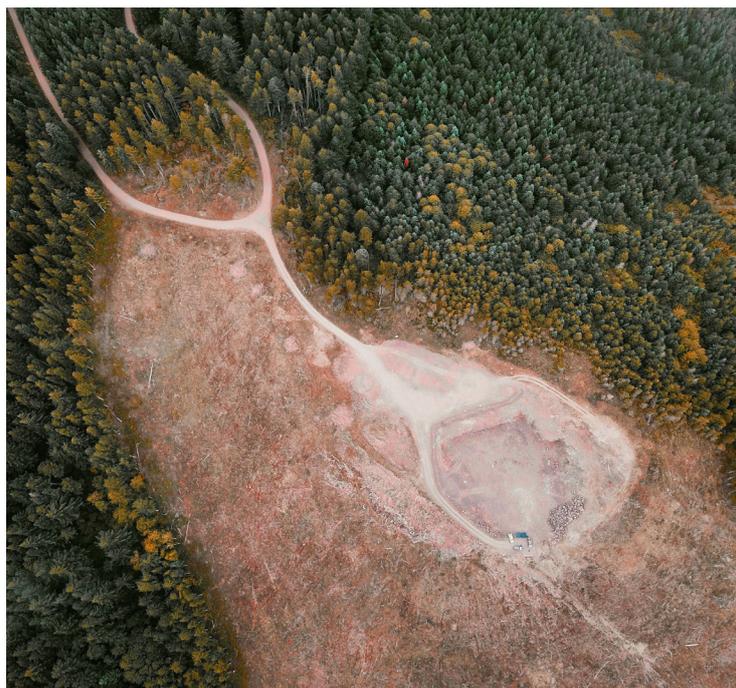


Foto de Aleksey Kuprikov en Pexels

Así, en 2002 la entonces Subcomisión de Derechos Humanos de la ONU, órgano técnico de la Comisión de Derechos Humanos, presentó un documento denominado “Normas sobre empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos” que fuera aprobada por esa Subcomisión, pero posteriormente sería objeto de críticas por gobiernos y empresas transnacionales (ETN), que llevaron a ver frustrada su aprobación como instrumento mundial.

Posteriormente, el Secretario General de la ONU, que había promovido una iniciativa con la Declaración del Milenio en 2000, que dio lugar a la Red del Pacto Global (o Pacto Mundial), nombró como su Representante Especial al profesor de derecho John Ruggie, de la universidad de Harvard, para que desarrollara un proceso sobre la cuestión de las empresas y los derechos humanos, que lograra construir consensos alrededor de un tema tan complejo.

- Normas de la Subcomisión de la ONU sobre empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos.

- Aprobada por la Subcomisión de Derechos Humanos de la ONU, en su 22º período de sesiones, el 13 de agosto de 2003.



PRINCIPIOS RECTORES

- La Misión Permanente de Ecuador presentó un Borrador Revisado del instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.

NORMAS



- PR de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.

- Aprobados por unanimidad en el Consejo de Derechos de la ONU en junio 2011.

BORRADOR TRATADO VINCULANTE



Al cabo de este proceso, el Representante Especial propuso el documento “Marco para proteger, respetar y remediar”, el cual fue sometido a discusión del Consejo de Derechos Humanos, que los incorporó y aprobó por unanimidad posteriormente con el nombre de “Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos”. Dado que ese instrumento es voluntario, un grupo de países, encabezados por Ecuador, Sudáfrica y Argentina, propusieron la creación de una convención o instrumento obligatorio (vinculante) desde 2014, que sirva para que las empresas rindan cuentas por abusos o violaciones de derechos humanos, como veremos más adelante.

INSTRUMENTOS OBLIGATORIOS Y VOLUNTARIOS EN EL CONTEXTO DE LAS NACIONES UNIDAS

DIFERENCIAS ENTRE INSTRUMENTOS OBLIGATORIOS E INSTRUMENTOS VOLUNTARIOS

Para los organismos intergubernamentales, los Estados tienen el deber de proteger, respetar y promover los derechos humanos, como signatarios o firmantes de instrumentos internacionales. Sin embargo, no todos los instrumentos son obligatorios. Se dividen entre voluntarios y vinculantes u obligatorios.

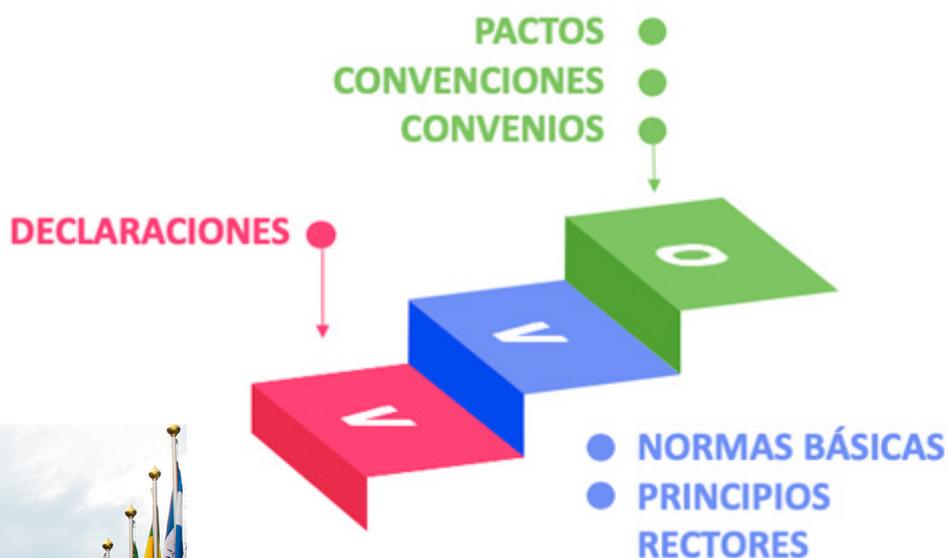


Foto de Mat Reding en Pexels

PROTEGER Y RESPETAR

¿QUÉ SIGNIFICA TENER UN INSTRUMENTO VOLUNTARIO?

¿CUÁLES SON SUS IMPLICACIONES Y EFECTOS LEGALES?

Un instrumento voluntario es aquel que no genera obligaciones internacionales de cumplimiento para los Estados; es decir, no se considera vinculante. Sin embargo, es importante resaltar que esto no implica que sea inútil; todo lo contrario, una declaración, una norma o unos principios rectores permiten la creación de conceptos, definen los alcances de las obligaciones y de la costumbre internacional y abre paso a una posible obligación de cumplimiento, a través de la aprobación posterior por los Estados de instrumentos vinculantes, como se explica en el siguiente cuadro:

VOLUNTARIOS	OBLIGATORIOS O VINCULANTES
<p>DECLARACIONES (EJEMPLOS)</p> <ul style="list-style-type: none">■ Declaración Universal de Derechos Humanos.■ Declaración sobre el derecho al desarrollo.■ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.■ Declaración sobre los derechos de los campesinos y las personas que trabajan en zonas rurales. <p>NORMAS BÁSICAS</p> <ul style="list-style-type: none">■ Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos■ Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, etc. <p>PRINCIPIOS RECTORES</p> <ul style="list-style-type: none">■ Principios Rectores de los desplazamientos internos■ Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos	<p>PACTOS</p> <ul style="list-style-type: none">■ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos■ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales <p>CONVENCIONES INTERNACIONALES</p> <ul style="list-style-type: none">■ Sobre los derechos del Niño■ Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial■ Sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer■ Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes <p>CONVENIOS</p> <ul style="list-style-type: none">■ Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en cualquier lugar del mundo, de la Organización Internacional del Trabajo, OIT.

UN INSTRUMENTO VOLUNTARIO PUEDE VOLVERSE OBLIGATORIO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO NACIONAL (O INTERNO)

EJEMPLO 1

Los Principios Rectores sobre desplazamiento interno, en Colombia, se convirtieron en la Ley 387 de 1997

EJEMPLO 2

Las Líneas Directrices de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) son obligatorias para los Estados miembros de este escenario, mientras que para las empresas de esos mismos países son voluntarias.

EJEMPLO 3

El Modern Slavery Act (La ley sobre esclavitud contemporánea) de Gran Bretaña y Australia que hacen obligatorios los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos

EJEMPLO 4

Ley de Francia sobre diligencia debida



Foto de Valentina Muñoz

Los Principios Rectores, por ejemplo, han sido adoptados en mecanismos “cuasi vinculantes” como los estándares del Banco Mundial, del Fondo Monetario Internacional y los estatutos de la OIT. De manera similar, han sido incluidos o mencionados en los mecanismos de quejas de algunas iniciativas multiactor y en políticas empresariales internas.

EL CAMINO DE LOS PRINCIPIOS RECTORES

2005

John Ruggie

Nombramiento del Representante Especial de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos, John Ruggie.

2007

Consulta Regional

Consulta Regional América Latina con John Ruggie – Carta de la Sociedad civil.

2009

Experiencias piloto

10 experiencias piloto de John Ruggie: Cerrejón (Mecanismo de quejas y reclamos).

2011

Aprobación de los PR

- Aprobación de los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos.
- Creación del Grupo de Trabajo de expertos sobre las Empresas Transnacionales y otras empresas.

GRUPOS DE TRABAJO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS

Mandato: Promover la **divulgación y aplicación efectiva** y mundial de los **Principios Rectores** sobre las empresas y los derechos humanos³.

Año de creación: 2011

Resolución por medio de la cual fue creado: Resolución [17/4](#) del 6 de julio de 2011

Integrantes: El Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos esta integrado por **cinco expertos independientes**, quienes son designados por el Consejo de Derechos Humanos por un periodo de tres años, deben tener una representación geográfica equilibrada.

Actualmente esta integrado por: Anita Ramasastry (Presidenta, Norteamérica y Europa), Dante Pesce (Vicepresidente, América Latina y el Caribe), Surya Deva, Asia y el Pacífico, Elzbieta Karska, Europa Oriental y Githu Muigai, África.

Votación: Resolución aprobada sin votación

GRUPO DE TRABAJO INTERGUBERNAMENTAL DE COMPOSICIÓN ABIERTA SOBRE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS CON RESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS

Mandato: Elaborar un **instrumento jurídicamente vinculante** para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos⁴.

Año de creación: 2014

Resolución por medio de la cual fue creado: Resolución [26/9](#) del 14 de julio de 2014

Integrantes: Estados, de composición abierta.

Presidencia del grupo: Ecuador.

Votación: 20 votos a favor, 14 en contra y 13 abstenciones.

Votos en contra: Alemania, Austria, Estados Unidos de América, Estonia, ex República Yugoslava de Macedonia, Francia, Irlanda, Italia, Japón, Montenegro, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Rumania.

³El mandato del grupo de trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos es bastante amplio, sus objetivos y actividades se encuentran reseñadas en su [sitio web](#)

⁴[Sitio web](#) disponible sólo en inglés.

PRINCIPIOS RECTORES DE LA ONU SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

Tras el proceso fallido en la entonces Comisión de Derechos Humanos de la ONU, entre 2000 y 2004, que buscaba responder con un instrumento ("Las Normas") a diversas tragedias y violaciones de derechos humanos ocurridas en distintos lugares del mundo, relacionadas con actuaciones empresariales, el Representante Especial Ruggie propone un marco que se convertiría en los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Estos Principios fueron adoptados por el Consejo de Derechos Humanos en la resolución 17/4 del 16 de junio de 2011 y por medio de esta misma Resolución se crea también el Grupo de Trabajo de expertos independientes de la ONU, cuyo mandato es brindar asesoría a los gobiernos y otros actores interesados para la aplicación de los PR sobre los derechos humanos, las empresas transnacionales y otras empresas. Este Grupo de Trabajo recomienda a los Estados la producción de Planes Nacionales de Acción (PNA)⁵ sobre las empresas y los derechos humanos, realiza visitas a los países y además produce Observaciones y estudios temáticos⁶.

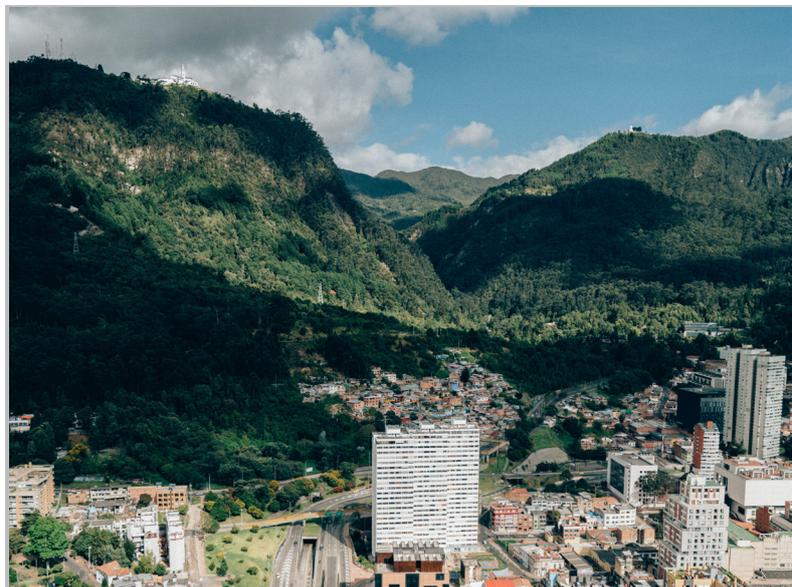


Foto de Random Institute en Unsplash

PILARES FUNDAMENTALES DE LOS PR:

1

EL DEBER DEL ESTADO DE PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS

2

LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS

3

ACCESO A MECANISMOS DE REPARACIÓN

LOS PRINCIPIOS RECTORES:

- Se basan en el reconocimiento del deber de los Estados y las empresas de respetar los derechos humanos; sin embargo, el Estado no sólo tiene la obligación de respetarlos, sino también de protegerlos.
- Aplican para todos los Estados y todas las empresas sin distinción de tamaño, sector, ubicación, estructura y propietarios.
- No generan obligaciones en el marco del derecho internacional ni modifican o reducen las obligaciones legales ya establecidas por el derecho interno de cada país (porque son una norma voluntaria). Sin embargo, al estar inspirados en instrumentos vinculantes, afirman obligaciones ya adquiridas por los países según tratados, convenciones y pactos, contribuyendo a la creación de costumbre internacional.

Debido a la voluntariedad de los Principios Rectores y a las críticas de las organizaciones de la sociedad civil y de algunos gobiernos por la continuidad y profundización de casos de abusos o violaciones de derechos humanos, se propuso la redacción de un convenio o tratado dentro del marco del derecho internacional de los derechos humanos como veremos enseguida.

⁵Por ejemplo, el Plan Nacional de Acción sobre Derechos Humanos y Empresas de Colombia. Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/issues/business/nationalplans/pna_colombia_9dic.pdf

⁶Como el Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión al Perú. Disponible en: <http://acnudh.org/informe-del-grupo-de-trabajo-sobre-derechos-humanos-y-empresas-mision-al-peru/>



TRATADO VINCULANTE: PROCESO Y CONTENIDOS

El 26 de junio de 2014 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 26/9, por medio de la cual se crea el Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos (OEIGWG, por sus siglas en inglés),

con el mandato de “elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante que regule, en el marco de las normas internacionales de derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales”⁷. Pese a existir diversas normas obligatorias que deben aplicarse en todo momento por los Estados que las han ratificado, este instrumento estaría específicamente enfocado en la cuestión empresarial⁸.

Un tratado vinculante en el sistema de la ONU requiere de un proceso largo y dispendioso, que depende de la voluntad política de los Estados. Así, por ejemplo, la Convención Internacional contra las desapariciones forzadas comenzó con la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, en 1992, casi una década después de una Declaración similar de la OEA⁹ (Organización de Estados Americanos) en 1983 y tardó casi diez años en ser aprobada. La experiencia del hundimiento de las normas en 2002 y la posición de defensa de los Principios Rectores por la mayoría de los países del Norte Global, cuyo origen “vertical” no generó el consenso necesario con las organizaciones de la sociedad civil, según el Grupo de Trabajo Intergubernamental harían suponer un proceso aún más difícil para este tratado vinculante. Desde que fue establecido en 2014, liderado por el gobierno de Ecuador, este Grupo de Trabajo (OEIGWG) ha llevado a cabo 5 sesiones, en las cuales se han discutido los elementos que harán parte del Tratado Vinculante¹⁰.

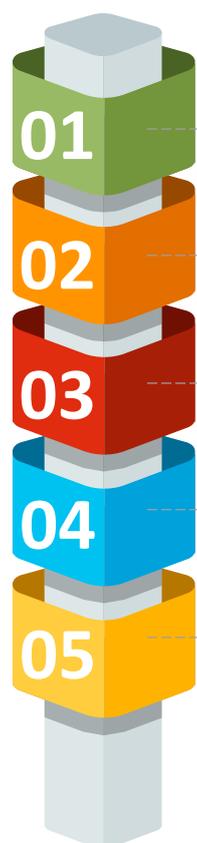


⁷ONU. Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. Disponible en <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx>.

⁸Por ejemplo, normas obligatorias como los Pactos internacionales

⁹Ver más en: <https://www.oas.org/es/sla/docs/ag03797501.pdf>

¹⁰Informe del primer período 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. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/018/25/PDF/G1601825.pdf?OpenElement>.



2015 (Del 6 al 10 de Julio) 

Se discutió el contenido, alcance, naturaleza y forma del futuro instrumento internacional.



2016 (Del 24 al 28 de Octubre)

Al igual que en la primera sesión, continuó la discusión con relación al contenido, alcance, naturaleza y forma del futuro instrumento internacional.

2017 (Del 23 al 27 de Octubre)

Se discutieron los elementos del Tratado, posterior a la sesión se publicó el documento “Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos.”



2018 (Del 15 al 17 de Octubre)

Se discutió el borrador Cero del tratado, el cual fue publicado por el Grupo de Trabajo Intergubernamental el 16 de julio de 2018 tras abrir una convocatoria, dirigida a los Estados y otras partes interesadas, a comentar acerca de los elementos del tratado, esta convocatoria cerró a finales de febrero de 2018

2019 (Del 14 al 18 de Octubre)

La Misión Permanente de Ecuador presentó un Borrador Revisado del instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.



SESIONES DEL GRUPO DE TRABAJO INTERGUBERNAMENTAL DE COMPOSICIÓN ABIERTA SOBRE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS COMERCIALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

PRINCIPIOS RECTORES Y BORRADOR REVISADO DEL TRATADO VINCULANTE: UNA MIRADA COMPARADA

Ha pasado casi una década desde la adopción y aprobación de los Principios Rectores por parte de la ONU¹¹. Sin embargo, persisten las violaciones/abusos de derechos humanos relacionadas con las empresas.

Por esto, un instrumento voluntario –como los Principios Rectores–, si bien aporta a la discusión y sienta un precedente que puede convertirse en una costumbre (o una ley del país)¹², no tiene las herramientas para garantizar de manera amplia la protección, respeto y reparación a víctimas de las violaciones de derechos humanos cometidas en contextos empresariales, por no ser un instrumento obligatorio internacionalmente. Por consiguiente, los PR pueden ser considerados como un punto de partida sobre las obligaciones de las empresas y de los Estados. Las víctimas, las organizaciones de derechos humanos, las comunidades, las personas líderes, así como organismos internacionales han planteado la necesidad de un instrumento **obligatorio** que conserve el espíritu de los Principios Rectores basado en las normas internacionalmente reconocidas de derechos humanos y que, al ser un tratado internacional, y por consiguiente, obligatorio o vinculante, logre que las empresas rindan cuentas por comportamientos contrarios a los derechos humanos. Teniendo esto en cuenta y la gran distancia entre un instrumento voluntario y uno obligatorio, veamos las similitudes y diferencias de los dos instrumentos. Respecto del Tratado Vinculante, analizamos la versión entregada por el Grupo de Trabajo de gobiernos en el año 2020, denominada Segundo borrador revisado: Instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.

ALCANCE DE LOS INSTRUMENTOS:

Los Principios Rectores y el borrador del Tratado Vinculante reconocen la obligación de todas las empresas de respetar los derechos humanos, sin importar el tamaño, estructura, sector, ubicación y propietarios de dichas empresas. Cabe destacar que, inicialmente, el borrador Cero del Tratado sólo incluía las empresas transnacionales y fue gracias a la presión de la sociedad civil que el Grupo de Trabajo reconsideró este elemento para incluir a todas las actividades comerciales, nacionales e internacionales.



¹¹A partir de julio de 2020 el Grupo de Trabajo de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos emprenderá un proceso de revisión, evaluación y perspectivas de lo que ha denominado Principios Rectores +10, al que el CIEDH dará seguimiento en su [sitio web](#) y promoverá discusiones regionales

¹²Como sucedió en el caso colombiano con los Principios Rectores de la ONU sobre desplazamientos internos, que fue sometido a consideración del legislativo en 1996, y produjo la Ley 387 de 1997 que incorporó plenamente el contenido de tales principios. De modo paralelo, en varios países europeos se discuten normas nacionales sobre diligencia debida obligatoria.



Ámbito de aplicación del segundo borrador del Tratado Vinculante:

1. A menos que se indique lo contrario, este instrumento [Instrumento jurídicamente vinculante] se aplicará a todas las empresas comerciales, incluidas, entre otras, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales que realicen actividades comerciales de carácter transnacional.
2. No obstante el artículo 3.1 arriba, al imponer obligaciones de prevención a las empresas comerciales, en virtud del presente [Instrumento jurídicamente vinculante], 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.
3. El instrumento [Instrumento jurídicamente vinculante] abarcará todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos internacionalmente que emanan de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de cualquier tratado internacional básico de derechos humanos y de los convenios fundamentales de la OIT en los que un Estado es parte, así como del derecho internacional consuetudinario.



Foto de Liliana Muñoz

ALGUNAS DEFINICIONES:

ACTIVIDADES COMERCIALES:

El artículo 1 del borrador del Tratado Vinculante presenta algunas definiciones, entre ellas las actividades comerciales, las cuales define como *“toda actividad económica con fines de lucro o de otra índole, emprendida por una persona natural o jurídica, incluidas las empresas estatales, las empresas transnacionales, otras empresas comerciales y las empresas mixtas, emprendidas por una persona natural o jurídica. Esto incluirá las actividades realizadas por medios electrónicos”*¹³, mientras que los Principios Rectores hacen referencia a actividades en general *“Los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades.”*¹⁴ Esta diferencia conceptual es significativa a la hora de definir qué casos son del ámbito del Tratado, con relación al tipo de actividad que se estaba realizando al cometer una violación o vulneración de derechos humanos.

VÍCTIMA:

A diferencia del borrador del Tratado Vinculante, los Principios Rectores no contemplan una definición de víctima. Esta definición ha sido uno de los temas más controversiales del Tratado, y ha sido modificada en los tres borradores (borrador cero, borrador revisado y segundo borrador revisado). Entre los avances más importantes de esta definición encontramos el reconocimiento a título individual y grupal o colectivo, así como que se considere como víctimas a los familiares.

Por “víctima” se entenderá toda persona o grupo de personas que, individual o colectivamente, haya sufrido un daño, incluidos daños físicos o mentales, sufrimiento emocional o pérdida económica, o un menoscabo sustancial de sus derechos humanos, por actos u omisiones en el contexto de actividades comerciales, que constituyan un abuso/violación de los derechos humanos. El término “víctima” incluirá también a los familiares inmediatos o a las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para ayudar a las víctimas en necesidad o para impedir la victimización. Se considerará víctima a una persona, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor de la violación de los derechos humanos¹⁵



¹³Segundo borrador revisado: Instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. OEIGWG. 2020. Disponible en: https://media.business-humanrights.org/media/documents/Traduccion_no_oficial_CIEDH_-_Segundo_borrador_Tratado_2020_hcUxltm.pdf

¹⁴Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. ONU. 2011. P. 3. Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

¹⁵Op. Cit., OEIGWG. P. 4

COMPROMISO Y COHERENCIA POLÍTICA DE LOS ESTADOS Y LAS EMPRESAS

Tanto los Principios Rectores como el Tratado Vinculante parten del deber de los Estados de proteger y de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Así las cosas, la voluntad y la coherencia política, tanto de Estados como de empresas es fundamental a la hora de respetar los derechos humanos; por esto, los Principios Rectores señalan que el Estado debe actuar con coherencia política, con el fin de poder cumplir con su obligación de proteger. Esta coherencia implica una coordinación entre el derecho internacional y el derecho interno, así como el nacional y subnacional¹⁶. De igual manera, contempla la necesidad de que las empresas hagan público su compromiso político de respetar los derechos humanos, así como la manera como planean llevarlo a la práctica, monitorearlo y evaluarlo. Por su parte, el Tratado Vinculante, como la mayoría de los tratados, parte de la buena fe de los Estados, señalando en el Art. 13 que “Los Estados Parte cooperarán de buena fe para permitir el cumplimiento de sus obligaciones reconocidas en virtud del presente (Instrumento jurídicamente vinculante) y el de los propósitos del instrumento (Instrumento jurídicamente vinculante)”. Sin embargo, el Borrador no hace obligatorio el pronunciamiento de las empresas, respecto de su intención de cumplir con estándares de derechos humanos en la práctica.

La voluntad política es un elemento clave para que el Tratado se consolide como un instrumento jurídicamente vinculante y sea ratificado por una gran cantidad de Estados¹⁷.

**Coherencia
política**



¹⁶Para los países con constituciones federales o provinciales, como México o Argentina.

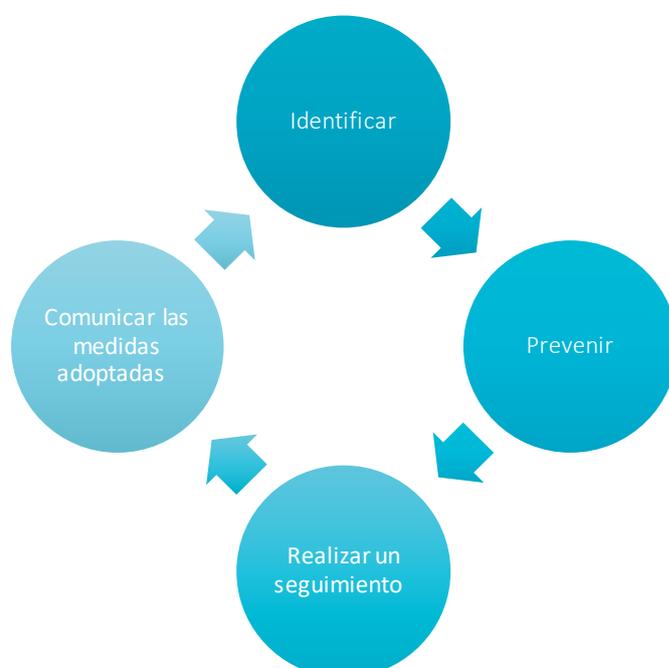
¹⁷La Resolución 26/9 se aprobó con la siguiente votación: Votos a favor: Argelia, Benin, Burkina Faso, China, Congo, Côte d'Ivoire, Cuba, Etiopía, Federación de Rusia, Filipinas, India, Indonesia, Kazajstán, Kenya, Marruecos, Namibia, Pakistán, Sudáfrica, Venezuela (República Bolivariana de), Viet Nam. Votos en contra: Alemania, Austria, Estados Unidos de América, Estonia, ex República Yugoslava de Macedonia, Francia, Irlanda, Italia, Japón, Montenegro, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Rumanía. Abstenciones: Arabia Saudita, Argentina, Botswana, Brasil, Chile, Costa Rica, Emiratos Árabes Unidos, Gabón, Kuwait, Maldivas, México, Perú, Sierra Leona.]

DILIGENCIA DEBIDA:

Los dos instrumentos contemplan la necesidad de la diligencia debida en materia de derechos humanos y comparten la estructura con la que esta se debe llevar a cabo: (i) Identificar, (ii) Prevenir, (iii) Realizar un seguimiento, (iii) Comunicar las medidas adoptadas.

Sin embargo, los Principios Rectores señalan que, para las empresas que cuenten con una extensa cadena de valor “puede resultar demasiado difícil proceder con la diligencia debida en materia de derechos humanos a nivel de cada entidad.”¹⁸. Por lo tanto, sólo deben enfocarse en aquellas que tengan un mayor riesgo.

No obstante, la diligencia debida no debe estar supeditada al número de entidades en las cadenas de valor; todo lo contrario, si la empresa trabaja con un gran número de filiales, subcontratistas o subsidiarias, entonces, su diligencia debida debe ser más sólida y cuidadosa para asegurarse que, en ninguna parte de su cadena de valor se estén cometiendo violaciones o abusos de los derechos humanos. Por esto, aunque el Tratado no señale ninguna salvedad con relación al tamaño de las empresas o a la extensión de las actividades comerciales, es necesario que, se aclare que, sin importar esto, la diligencia debida es necesaria y obligatoria en todas las actividades de las empresas y su cadena de suministros.



¹⁸Op. Cit., ONU. P. 20



INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA:

En un proceso judicial quien causa un perjuicio debe demostrar que no es culpable y reparar dichos daños. Pero generalmente, las empresas piden que las comunidades o individuos demuestren que han sido víctimas de violaciones o abusos de sus derechos. Cuando en un proceso legal se pide que se invierta la carga de la prueba, ello quiere decir que se da credibilidad al testimonio de las víctimas y que es la empresa la que debe demostrar su inocencia.

Debido a su naturaleza como instrumento voluntario, los Principios Rectores no contemplan aspectos detallados sobre la actuación de los tribunales por violaciones de derechos humanos por parte de empresas, directa o indirectamente. Sin embargo, el Tratado vinculante sí ofrece algunos elementos en este sentido. Uno de ellos es la posibilidad de que los tribunales o juzgados exijan la inversión de la carga de la prueba, con el fin de asegurar el acceso de la víctima (individual o colectiva) a la justicia y a la reparación integral.

PERSONAS DEFENSORAS DE DERECHOS HUMANOS:

Los Principios Rectores abordan el tema de las personas defensoras de derechos humanos de manera superficial, diciendo que se les debe consultar, explorando la necesidad de que no existan obstáculos para el desarrollo de sus actividades, a las que califica de “legítimas y pacíficas”¹⁹. Sin embargo, la discusión sobre las personas defensoras de derechos humanos ha tomado especial relevancia en la última década, debido al aumento de ataques y agresiones contra ellas, en especial asesinatos y violencia contra quienes cuestionan o critican efectos negativos de actividades empresariales.

En cambio, el Tratado Vinculante asume una postura clara, aunque aún no suficiente, para asegurar su plena protección y el ejercicio libre y seguro de sus derechos, pues reconoce el papel de quienes defienden los derechos humanos como “importante y legítima en la promoción del respeto de los derechos humanos por parte de las empresas comerciales y en la prevención, mitigación y búsqueda de remedios eficaces para los abusos de los derechos humanos relacionados con las empresas;”²⁰ y señala que los Estados Parte adoptarán “medidas adecuadas y eficaces para garantizar un entorno seguro y propicio para las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos y el ambiente, de modo que sean capaces de actuar libres de amenazas, restricciones e inseguridad”²¹. Sin embargo, un gran vacío del borrador actual es que no define medidas de prevención de dichos ataques o de daños contra el ambiente.

¹⁹Op. Cit., ONU. P. 35

²⁰Op. Cit., OEIGWG.P. 3

²¹Por iniciativa de la CEPAL desde 2018 se impulsó un instrumento interamericano, conocido como [Acuerdo de Escazú](#), cuyo artículo 9º garantiza explícitamente la protección a la integridad y al trabajo de personas defensoras ambientales.

ACUERDOS DE INVERSIÓN :

En los acuerdos de inversión y otros acuerdos económicos (como los Tratados de Libre Comercio, TLC) debe primar siempre el respeto por los derechos humanos ante los intereses económicos de las partes. La primacía de los derechos humanos no deber ser implícita, sino ser mencionada de manera clara en el tratado o acuerdo. De igual manera, como lo mencionan los Principios Rectores, los acuerdos comerciales no pueden ignorar las obligaciones de los Estados de proteger los derechos humanos; es decir, en caso de realizar un acuerdo económico, los Estados deben asegurarse de mantener la posibilidad de aplicar las leyes pertinentes para proteger los derechos humanos, incluyendo los derechos ambientales (salvaguardas sociales y ambientales). Adicionalmente, estas normas se deben aplicar a los inversionistas o inversores privados respecto de su obligación de cumplir con la diligencia debida, la evaluación de riesgos de violaciones o abusos de derechos humanos y los entornos en los que actúan las empresas a donde van a poner sus inversiones.

DAÑOS IRREPARABLES:

Los dos instrumentos contemplan la necesidad de la reparación de los agravios, abusos y violaciones de derechos humanos atribuidas o relacionadas con operaciones empresariales. Sin embargo, ninguno de estos dos instrumentos considera que la actuación empresarial puede causar y causa de hecho daños irreparables, en especial por la pérdida de bienes naturales no renovables, como el agua.



Foto de Valentina Muñoz

EN RESUMEN ¿CUÁLES SON LOS AVANCES EN EL SEGUNDO BORRADOR REVISADO DEL TRATADO VINCULANTE?

RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN A LAS PERSONAS DEFENSORAS DE DERECHOS HUMANOS

IMPACTOS DIFERENCIADOS

MEDIDAS OBLIGATORIAS DE DILIGENCIA DEBIDA

CONSULTA Y CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO

PREVER SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO



Haz clic sobre la imagen para acceder a los textos completos.





**Hacer que las empresas rindan cuentas en casos de violaciones de derechos humanos:
De los Principios Rectores al Tratado Vinculante en la ONU**

Autoras: Valentina Muñoz y Amanda Romero

Diseño y diagramación: Diego Andres Nuñez Guerrero

Foto de portada: Comunidad Wayuu – Juana Potes

Código ISBN: Obra independiente: 978-958-52906-1-7

Sello editorial: Centro de Información Sobre Empresas y Derechos Humanos (978-958-52906)

Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos - Programa Colombia
Bogotá D.C. - Octubre 2020

Con el apoyo de:

