



Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

XXIII Congreso Mundial

7 - 10 de Septiembre de 2021 - Lima, Perú

# RETOS DE LOS SISTEMAS DE LEGISLACIÓN LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

- Transformación del trabajo: desafíos para el Derecho del Trabajo
- Comercio internacional y trabajo
- Nuevos retos de la Seguridad Social
- Trabajadores migrantes
- Trabajadores atípicos e informales
- Igualdad en el trabajo
- El Estado y las nuevas formas de voz colectiva



Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

XXIII Congreso Mundial

7 - 10 de Septiembre de 2021 - Lima, Perú

# RETOS DE LOS SISTEMAS DE LEGISLACIÓN LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

---

- Transformación del trabajo:  
desafíos para el Derecho del Trabajo
- Comercio internacional y trabajo
- Nuevos retos de la Seguridad Social
- Trabajadores migrantes
- Trabajadores atípicos e informales
- Igualdad en el trabajo
- El Estado y las nuevas formas de  
voz colectiva

## PATROCINADORES



## AUSPICIADORES



<b>Retos de los Sistemas de Legislación Laboral y Seguridad Social</b>
PRIMERA EDICIÓN DIGITAL MARZO 2023
Prohibida su reproducción total o parcial DERECHOS RESERVADOS D. Leg. N.º 822
<p><b>Autores:</b>  Alberto Pizzoferrato / Sergio Torres Teixeira / Wilfredo Sanguinetti Raymond / Kurt Paerli / Masahiko Iwamura / Helga Špadina / Petra Herzfeld Olsson / Pamhidzai Bamu / Roberto Fragale Filho / María Luisa Molero Marañón / Bernd Waas / Oscar Raúl Chuquillanqui Aragón / Carlos De Fuentes García-Romero De Tejada / Marina Fernández Ramírez / Carmen Ferradans Caramés / Giovanni Gaudio / Francisca Moreno Romero / María Olaya Martín Rodríguez / Rodrigo Palomo Vélez / Adrián Pérez Pastrana / César Alfredo Puntriano Rosas / María Carmen Tatay Puchades / Mireia Llobera / Dulce María Cairós Barreto / Carlos García Gallego / María Katia García Landaburu / Luis Gordo González / Oscar Hernández Álvarez / José Eduardo López Ahumada / Priscila Martín Vales / Rosa María Morato García / Daniel Peres Díaz / Gastón López Argonz / Matthieu Chabannes / Leopoldo Gamarra Vilchez / Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca / Javier Paitán Martínez / Leiso Fasney Restrepo Aguirre / Gaye Burcu Yildiz / Francisca Bernal Santamaria / Karla Giamnina Cánova Talledo / Chiara Cristofolini/ Vincenzo Cangemi/ Roberto Pettinelli / Ljubinka Kovačević/ Boško Latković / Kwang-Taek Lee / Jovana Rajić-Čalić / Jovana Misailović / Carlos Eduardo Saco Chipana / Daniel Ulloa Millares / Christa Caro Palacios / Ángela Sofía Bilbao Pazmiño / Laura Sofía Pérez Pianda / Stefano Guadagno / Chiara Hassemer / Flávia Souza Máximo Pereira / Luis Mendoza Legoaas / Fiorella Peyrone Villacorta / Ivan Ramiro Campero Villalba / Lilli Carollo / Macarena Castro Conde / Emilio De Castro Marín / Viviana Mariel Dobarro / María Begoña García Gil / Luciana Guaglianone / María Laura Parisi / Balwinder Kaur / Diego Megino Fernández / Pedro Oliveira / Ccantu Stefany Osorio Velarde / Luz Pacheco Zerga / María Gema Quintero Lima / Carmen Grau Pineda / Concha Sanz Sáez / Sarai Rodríguez González / Fernando Varela Bohórquez / Juan Manuel Moreno Díaz.</p>
<p><b>Coordinadora:</b> María Katia García Landaburú</p> <p>© <b>Comisión Organizadora del Congreso:</b> Germán Ramírez-Gastón Ballón (Presidente), Guillermo Boza Pró, María Katia García Landaburu, Emilio Morgado Valenzuela, Mónica Pizarro Díaz, Michael Vidal Salazar</p>
<p>Copyright 2021 Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social</p>
<p><b>Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social</b>  Dirección: Av. Dos de Mayo 516, dpto. 201. Miraflores - Lima, Perú  Telef.: 51(1) 7055586</p>
<p>ISBN: 978-9972-9422-4-2  Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2023-02736  Publicado en el mes de marzo de 2023  DERECHOS RESERVADOS. Prohibida su reproducción parcial o total (D. Leg. 822)</p>

En su edición electrónica, el libro alcanza a un número de lectores peruanos y del extranjero, de los ámbitos universitario, gremial, profesional, impulsando el estudio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Esta edición se encuentra alojada y disponible para descarga libre en la página web de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: [www.spdts.org.pe](http://www.spdts.org.pe)

## **COMISIÓN ORGANIZADORA DEL CONGRESO**

Germán Ramírez-Gastón Ballón (Presidente)

Guillermo Boza Pró

María Katia García Landaburu

Emilio Morgado Valenzuela

Mónica Pizarro Díaz

Michael Vidal Salazar

## **COMISIÓN REVISORA DE PONENCIAS**

Guillermo Boza Pró

Ana Cecilia Crisanto Castañeda

María Katia García Landaburu

César Gonzales Hunt

Sandro Nuñez Paz

Estela Ospina Salinas

Luz Pacheco Zerga

Mónica Pizarro Díaz

César Puntriano Rosas

Germán Ramírez-Gastón Ballón

Michael Vidal Salazar

**COMERCIO INTERNACIONAL Y TRABAJO**

**GLOBAL TRADE AND WORK**

# **EMPRESAS TRANSNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS TÉCNICO-JURÍDICO Y RAZONES PARA AVANZAR HACIA UN INSTRUMENTO VINCULANTE**

## **DANIEL PERES DÍAZ**

Investigador Predoctoral Contratado en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada (España). Ha sido galardonado con el IX Premio Jóvenes Investigadores convocado por la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (2019), el Premio a mejor Expediente Académico de la Real Academia de la Legislación y Jurisprudencia de Granada (2019), y el Premio UGR-Caja Rural a la Excelencia en el Rendimiento Académico (2020).

## **GASTÓN LÓPEZ ARGONZ**

Relator en la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Argentina), y docente de grado y posgrado del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y en la Facultad de Derecho de la Universidad Indoamérica (Ecuador). Es Magister en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales por la Universidad de Salamanca (España) y es actualmente Doctorando en esta última institución.

**ABSTRACT:** As a consequence of economic-financial globalization, there are currently two legally significant events. On the one hand, the emergence of transnational companies with the ability to circumvent the regulatory framework of nation-states. On the other hand, the insufficiency of International Law to deal with the violations or abuses of human rights committed by these transnational companies in the context of their commercial activity. In this context, we will draw up a technical-legal analysis that shows the need to overcome the paradigm of voluntariness and soft law (codes of conduct and global framework agreements), as well as the reasons why it would be desirable to approve a treaty legally binding that establishes the legal responsibility of companies.

**KEYWORDS:** Human Rights, Legally Binding Instrument, Transnational Corporations.

## 1. INTRODUCCIÓN

Con motivo de la globalización —deslocalización industrial, financiarización de la economía y desterritorialización del capital<sup>1</sup>— se ha consolidado en la esfera internacional una suerte de ley del mercado (*lex mercatoria*), de variable y heterogénea composición, pero en cualquier caso reconducible al dominio de los “poderes salvajes”<sup>2</sup> por encima de los Estados-nación, ahora concebidos como sujetos inermes e incapaces de regular la actividad económica<sup>3</sup>. El capital, en la forma de empresa transnacional, no produce ya únicamente bienes y servicios, sino que adopta también el *status* de agente productor de normas, con capacidad de regir o —al menos— influir en las reglas jurídicas aplicables, modulándolas al gusto y asumiendo compromisos de manera unilateral y voluntaria. El correlato es la creación de un espacio jurídicamente gris, donde la responsabilidad de las empresas transnacionales por las violaciones de los derechos humanos internacionalmente protegidos es, como mínimo, difusa. Es por eso que el estado de cosas requiere de una reflexión técnico-jurídica rigurosa, acompañada de la subsiguiente propuesta de política legislativa, con el fin de fortalecer un marco normativo e institucional todavía insuficiente. En última instancia, de lo que se

1 BERARDI, F., *La sublevación*, México, Surplus Ediciones, p. 50 ss.

2 FERRAJOLI, L., *Manifiesto por la igualdad*, Barcelona, Trotta, 2019, p. 95.

3 *Vid.* GIL y GIL, J.L., “La dimensión social de la globalización en los instrumentos de la OIT”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Trabajo*, Vol. 5, núm. 1, 2017.

trata es de ofrecer razones para superar el paradigma de la autorregulación privada y el *soft law* (códigos de conducta y Acuerdos Marco Globales)<sup>4</sup>, y avanzar consecuentemente hacia un instrumento jurídicamente vinculante.

## 2. EL “SOFT LAW” Y LA VOLUNTARIEDAD COMO PARADIGMAS HEGEMÓNICOS

### 2.1. Los principios rectores de naciones unidas. Un paso necesario pero insuficiente

Las cadenas globales de valor plantean esencialmente tres problemas relacionados entre sí: la autonomía jurídica de cada una de las sociedades que la componen; la territorialidad de cada orden jurídico; y la ausencia de personalidad jurídica de la empresa trasnacional. Estos tres elementos abren la puerta a la irresponsabilidad jurídica de las empresas trasnacionales y, con ello, a las dificultades para reparar el daño sufrido por las víctimas en el extranjero<sup>5</sup>.

Con el fin de emparejar la clara asimetría entre la dimensión trasnacional de las actividades empresariales y el carácter nacional de las normas laborales, así como de reducir el notorio déficit de gobernanza de las cadenas mundiales de valor y avanzar en la tríada “proteger, respetar y remediar” (*Global Compact* anunciado en julio del 2000), la ONU aprobó en el 2011 los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*<sup>6</sup>. Se trata de un instrumento de “derecho suave” que, lejos de crear nuevos deberes, recoge e interpreta las obligaciones en derechos humanos ya establecidas por el Derecho Internacional, limitándose a señalar directrices para su cumplimiento en el contexto de la relación entre la empresa trasnacional y los derechos humanos. En síntesis, no crea ni establece un marco normativo en sí mismo, ni tampoco un sistema de sanciones para los casos de incumplimiento.

El núcleo de los Principios Rectores lo compone la noción de *debida diligencia* para identificar, prevenir, mitigar y responder a los efectos adversos de

4 Vid. LANTARÓN BARQUÍN, D., “¿Hacia un sistema «cosmopolita» de fuentes del Derecho del Trabajo? La empresa multinacional como detonante del cambio”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. extra 10, 2019.

5 DAUGAREILH, I., “La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y contratistas: entre renunciaciones y promesas”, en SANGUINETI RAYMOND, W. y VIVERO SERRANO J.B., *Impacto laboral de las redes empresariales*, Granada, Comares, 2018, pp. 362-363.

6 Vid. Resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU del 16 de junio de 2011. El texto de los Principios Rectores se halla publicado en [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf) (última consulta 5/07/2021).

la actividad empresarial. Los mencionados Principios resaltan la capacidad de influencia de las empresas transnacionales sobre todos los eslabones que integren su cadena de valor, insistiendo, además, en la importancia de que sean las empresas quienes reconozcan y respeten una serie de valores fundamentales en materia de derechos humanos, normas laborales, medio ambiente y corrupción. No obstante, se sigue poniendo el foco en los Estados y la necesidad de establecer leyes, normativas y acuerdos internacionales vinculantes. De esta forma, una iniciativa de regulación que se postula como global, al quedar sujeta al refrendo de cada Estado conforme a su propia estructura de fuentes locales (fórmulas de “anclaje”)<sup>7</sup>, termina por fragmentarse y reculando en su pretendido carácter universal y uniforme<sup>8</sup>. Así, aun cuando su adopción pueda ser considerada un avance en relación a otros instrumentos de *soft law*, no es más que otro intento por promover el respeto por los derechos humanos laborales en el orden internacional sin abordar la cuestión esencial: el déficit de gobernanza que padecen los Estados receptores para regular el funcionamiento laboral de los eslabones de las cadenas de valor situadas en su territorio<sup>9</sup>.

El impacto de los Principios rectores en la construcción de este paradigma basado en la voluntariedad es claro, como atestigua la revisión de las Líneas Directrices de la OCDE<sup>10</sup> en el año 2011. En efecto, las aludidas Directrices incorporaron un capítulo sobre derechos humanos, así como una recomendación sobre la debida diligencia en materia de derechos y gestión responsable

7 BAYLOS GRAU, A., “La responsabilidad de las empresas transnacionales en los procesos de externalización. Las cláusulas sociales internacionales”, en MONEREO PEREZ, J.L y PERÁN QUESADA, S. (Dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2018, pp. 115-132.

8 Algunos ejemplos son la Ley de Transparencia en la Cadena de Suministro de California (EEUU, 2010), la Ley sobre la Esclavitud moderna (Reino Unido, 2015) y la más reciente Ley sobre el deber de vigilancia de las casas matrices y empresas contratistas (Francia, 2017).

9 La limitada capacidad regulatoria de los Estados receptores se debe principalmente a la búsqueda de un mejor posicionamiento en el mercado y en la competencia global, proceso donde concurren, en mayor y menor medida, factores políticos, técnicos y económicos, los cuales inciden y potencian el llamado *shopping normativo*. Vid. SANGUINETI RAYMOND, W., “Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un derecho del trabajo sin fronteras”. Ponencia inaugural del XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salamanca, 2019.

10 El proceso normativo a nivel internacional ha comenzado de la mano de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) con sus Líneas Directrices para Empresas Multinacionales (1976), seguida por la Declaración Tripartita sobre Empresas Multinacionales y Política Social de la OIT (1977) y, más recientemente, con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2011).

de la cadena de suministros; también se incluyó una guía de procedimiento para los Puntos Nacionales de Contacto, concebidos como mecanismo de implementación. Las Directrices, al igual que los Principios Rectores, contienen principios y normas no vinculantes que, con base en la Responsabilidad Social Empresarial como elemento ideológico central (típica de toda norma de *soft law*), se traducen en simples recomendaciones dirigidas por los Gobiernos a las empresas multinacionales que operan en países adherentes o que tienen su sede en ellos, sin eficacia obligatoria, ni carácter vinculante en el plano interestatal<sup>11</sup>.

Por otra parte, las Directrices mantienen la debida diligencia como mecanismo de control para prevenir y mitigar los impactos negativos de su operatoria a nivel global<sup>12</sup>, e incorporan los Puntos Nacionales de Contacto, no como órganos con capacidad jurisdiccional, sino como foro de mediación y conciliación. Así, aun cuando contemplen un procedimiento para recibir denuncias (instancias específicas), la comparecencia, la negociación e, incluso, el cumplimiento del eventual acuerdo, dependerá exclusivamente de la voluntad de la empresa. En este sentido, la implementación de este especial mecanismo de reclamación no puede considerarse un avance en materia de regulación, sino, en todo caso, un instrumento más de cooperación voluntaria transnacional.

## 2.2. Los acuerdos marco globales. ¿Un mecanismo adecuado para la protección de los derechos humanos?

Tal y como se desprende de su propio nombre, los Acuerdos Marco Globales, que implican una negociación colectiva sustitutoria de los códigos de conducta adoptados unilateralmente por las empresas, tienen una proyección que excede los contornos del Estado-nación y se expande hacia un mercado global de producción (según la extensión de la cadena de valor de cada empresa transnacional). Como todo instrumento de *soft law* de carácter no vinculante, los Acuerdos Marco mantienen el mecanismo voluntario de la responsabilidad social de la empresa<sup>13</sup>, evidenciando una influencia cada vez mayor y más extensa de la

11 FERNANDEZ MARTINEZ, S., “Las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales y su puesta en práctica por los Puntos Nacionales de Contacto”, *Lex Social*, Vol. 10, núm. 2, 2020.

12 Sobre la debida diligencia en las cadenas mundiales de suministro, *Vid.* European Commission Synthesis Report, “Study on due diligence requirements through the supply chain”, Bruselas, 2020.

13 *Vid.* Libro Verde de la Comisión Europea “Fomentar un marco para la Responsabilidad Social de las Empresas”, Bruselas, 18 de julio de 2001.

nueva —y ya citada— *lex mercatoria*. Si bien ya no estamos ante una regulación unilateral, cuya aplicación depende de la voluntad de la empresa líder en la cadena de producción, y del poder que pueda ejercer esta sobre sus socios comerciales, el paso a la bilateralización de las normas no es en sí mismo un mecanismo que otorgue eficacia, aún en su intento de autorregulación trasnacional<sup>14</sup>. Más bien, se trata de una nueva regulación sin Estado, donde de nuevo queda a criterio de la empresa el contenido y el alcance de sus propias responsabilidades frente a la sociedad; la oportunidad y conveniencia de la asunción de responsabilidades para la satisfacción de aquellas necesidades; la continuidad, modificación o interrupción de las acciones emprendidas bajo el paraguas de la Responsabilidad Social Empresarial según su rentabilidad o conveniencia; e incluso la interpretación y alcance de las reglas fijadas<sup>15</sup>.

Aquí, incluso aunque pueda considerarse al Acuerdo Marco como un contrato que genera obligaciones para las partes, y se acepte que sus cláusulas puedan incorporarse a los contratos individuales de trabajo<sup>16</sup>, la eficacia normativa dependerá de la actuación de la organización sindical firmante y, otra vez, de que cada Estado los reconozca, los interiorice y les atribuya carácter vinculante. Además del escaso contenido, y la dificultad de obtener su exigibilidad<sup>17</sup>, el mayor de los problemas en estos sistemas se encuentra probablemente en la muy limitada capacidad de los sujetos privados de inspeccionar los distintos establecimientos de las diferentes empresas a lo largo y ancho del globo. La realización periódica de visitas y auditorías a los distintos centros de trabajo que integran la cadena de producción, necesarias para controlar el cumplimiento del acuerdo, resulta una tarea extraordinariamente difícil y onerosa, considerando

14 Vid. GARCIA-MUÑOZ ALHAMBRA, M.A., “Acuerdos Marco Globales Multilaterales: una nueva expresión colectiva del derecho trasnacional del trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 70, 2015, pp. 199-216.

15 ACKERMAN, M.E., “Consideración jurídico-laboral de la llamada responsabilidad social de la empresa (para una responsabilidad social responsable)”, *La Ley*, 2008. Cita Online: AR/DOC/829/2008.

16 Vid. GIANIBELLI, G., “Responsabilidad legal de las empresas trasnacionales. Eficacia jurídica de los acuerdos marcos globales y estrategias de exigibilidad”, Programa Sindical Regional de FEDESUR, Montevideo, 2009.

17 Sobre el contenido, sujetos y mecanismos de puesta en práctica y cumplimiento voluntario de los Acuerdos Marco Globales, Vid. BAYLOS GRAU, A.P., “Un instrumento de regulación: empresas trasnacionales y acuerdos marco globales”, *Cuaderno de relaciones laborales*, Vol. 27, núm. 1, 2009, pp. 107-146.

el complejo entramado de empresas que la componen<sup>18</sup>. Basta señalar, como ejemplos de auditorías insuficientes, los casos de Kika y Rana Plaza<sup>19</sup>.

Las alternativas a las regulaciones y a las responsabilidades del Estado analizadas hasta aquí acuden a la Responsabilidad Social Empresarial como elemento ideológico de base, y son fruto de soportar décadas de políticas de desregulación y de privatizaciones, cuyas consecuencias repercuten sobre la ciudadanía y no sobre el capital<sup>20</sup>. Los Estados han delegado parte de sus responsabilidades en las empresas, quedando librado su cumplimiento a la pura voluntad de estas. En este marco de desregulación, la Responsabilidad Social Empresarial debe ser reconducida a la obligatoriedad, porque, si los Estados acometen esta efectiva delegación de sus responsabilidades, entonces el sujeto beneficiado de esa delegación (las empresas trasnacionales en este caso) debería asumir, al menos, las mismas obligaciones. En otras palabras, la Responsabilidad Social Empresarial no puede ser entendida como una serie de acciones que las empresas desarrollan dentro de sus posibilidades y conveniencias, sino como conjunto de obligaciones ineludibles e impuestas normativamente, que la llevarán a organizar sus actividades en función de la responsabilidad frente a sus trabajadores y a la sociedad en su conjunto<sup>21</sup>. De ahí la oportuna y necesaria reflexión sobre un instrumento jurídicamente vinculante.

### 3. ELEMENTOS DE REFLEXIÓN PARA LA APROBACIÓN DE UN INSTRUMENTO VINCULANTE EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

#### 3.1. La resolución 26/9 como punto de partida. Contexto, estructura y principales elementos del instrumento vinculante

El 26 de junio de 2014 se aprueba por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas la Resolución 26/9<sup>22</sup> y se crea el grupo de trabajo inter-

18 El dinamismo de la propia cadena de valor limita la eficacia normativa de estos Acuerdos Marco ante la imposibilidad de prever las formas, espacios y el marco normativo que los recepcionará después de celebrado. Del mismo modo, la negociación y adopción de un acuerdo en un “no-espacio” de regulación global o trasnacional impide la existencia de una normativa de referencia o a la que ajustarse en relación a aspectos como sujetos, materia, vigencia, etc. Sobre esto, *Vid.* GIANIBELLI G., *op. cit.*

19 *Vid.* GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y MORENO GONZÁLEZ, G., *Empresas trasnacionales y Derechos Humanos. La necesidad de un Instrumento Vinculante*, Albacete, Bomarzo, p. 67.

20 HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., *Las empresas trasnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad corporativa a las redes contrahegemónicas trasnacionales*, Bilbao, Hegoa, 2009, p. 98.

21 *Vid.* ACKERMAN, M.E., *Consideración jurídico...* *op. cit.*

22 Resolución 26/9, de 14 de junio de 2014, del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Uni-

gubernamental de composición abierta (OEIGWG, por sus siglas en inglés), cuyo mandato sería el de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Resolución, que contó con el apoyo de un importante número de “países en desarrollo”<sup>23</sup>, abrió un complejo y todavía inacabado proceso de negociaciones bajo la premisa nuclear de que las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos<sup>24</sup>. Partiendo de esa idea, se han celebrado hasta la fecha seis períodos de sesiones (con una séptima sesión programada para octubre de 2021), cuyos resultados más evidentes son un conjunto de documentos que requieren ser analizados desde un prisma jurídico y crítico. Entre otros, y sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse el Documento de Elementos de la Presidencia<sup>25</sup> (2017), el Borrador Cero (2018), una versión revisada de este último (2019) y, finalmente, una Segunda Versión Revisada (2020)<sup>26</sup>.

---

das, por el que se establece un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos.

- 23 Se entrecomilla la expresión “países en desarrollo” porque, a pesar de tratarse de una terminología ampliamente extendida en la literatura científica, su uso supone o refuerza un paradigma —desarrollismo o modernización— sometido a una revisión crítica en las últimas tres décadas. Para más información sobre este particular, *vid.* PERES DÍAZ, D., “Current Trends in the Political Economy of Development: New Institutional Economy (NIE), Theory of Capacities and Degrowth”, en FRAGIO, A. y ROS VELASCO, J., *Contemporary Approaches in Philosophical and Humanistic Thought*, Italia, Aracne Editrice, 2017, pp. 67-88.
- 24 Esta declaración de la Resolución 26/9 supone, en contra de las iniciativas basadas en la voluntariedad, un regreso al espíritu de las Normas sobre responsabilidades de las empresas y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, aprobadas por la extinta Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobadas en el 2003 (E/CN.4/Sub.2/2003/12). Con base en la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos humanos, y reafirmando las obligaciones y responsabilidades de las empresas en este ámbito, las Normas del año 2003 reconocían un importante catálogo de derechos y obligaciones: igualdad de oportunidades, derecho a la seguridad personal, obligaciones en materia de protección del consumidor, y obligaciones en materia de protección del medio ambiente, entre otras cosas. Asimismo, establecían la obligación de la empresa transnacional de cumplir con las disposiciones allí establecidas, previéndose compensaciones rápidas, eficaces y adecuadas a las víctimas en caso de incumplimiento. También incluían evaluaciones periódicas y otros mecanismos de control. Las Normas, fuertemente criticadas por la Organización Internacional de Empleadores y la Cámara de Comercio Internacional, fueron descartadas por la Decisión 2004/116, de 20 de abril de 2004, del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH).
- 25 Elementos para el proyecto de Instrumento Internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, Presidencia del OEIGWG establecido por la Res. A/HCR/RES/26/9 del Consejo de Derechos Humanos, 29 de septiembre de 2017.
- 26 Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of trans-

Es importante reseñar en este punto que el mandato de la Resolución 26/9 no está dirigido al establecimiento de un catálogo de derechos subjetivos de carácter sociolaboral, sino a “elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Así, la problemática principal es de tipo procedimental, es decir, tiene que ver con el alcance de los mecanismos de tutela y las vías para la eventual exigencia de responsabilidades (civiles, administrativas o penales). De ahí, la necesidad de abordar —aunque sea parcialmente— el problema de la “estructura” del instrumento vinculante. ¿Debe adoptar el instrumento la forma de un tratado marco? ¿O debe consistir, más bien, en un acuerdo con contenido detallado<sup>27</sup>? Recuérdese, al respecto, que John Ruggie —arquitecto de los citados Principios Rectores— ha sido muy crítico con la posibilidad misma de aprobar un instrumento vinculante, reiterando en varias ocasiones su oposición a una regulación detallada de las obligaciones de las empresas transnacionales en materia de derechos humanos. En su opinión, un instrumento tan amplio no resultaría adecuado en este ámbito, dada la complejidad de las relaciones comerciales mundiales y las dificultades políticas para negociar el aludido instrumento e implementarlo posteriormente a nivel nacional<sup>28</sup>.

En este contexto, la Comisión Internacional de Juristas (ICJ por sus siglas en inglés) parece alinearse con la opción del tratado marco<sup>29</sup>, reiterando que las

---

national corporations and other business enterprises, Second Revised Draft, 6 de agosto de 2020. Tanto las dos primeras versiones como la Segunda Versión Revisada están disponibles en la página web de ACNUDH: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntNC.aspx> (última consulta 28/06/2021).

- 27 A decir verdad, y aunque nos limitamos a comentar las dos opciones más destacables, son cuatro las fórmulas que han sido consideradas por la doctrina especializada: acuerdo detallado, convención marco, protocolo facultativo anexo a un tratado de derechos humanos ya existente, o un conjunto de instrumentos individuales separados sectorialmente. Para más información sobre este particular, *vid.* MARTENS, J. y SEITZ, K., *The struggle for a UN Treaty. Towards global regulation on human rights and business*, New York, Rosa Luxemburg Stiftung—New York Office, 2016, pp. 30-43; CASSELL, D. y RAMASASTRY, A., “White Paper: Options For a Treaty on Business and Human Rights”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Vol. 6, núm. 1, 2016, artículo 4.
- 28 *Vid.* RUGGIE, J.G., *A UN Business and Human Rights Treaty Update*, Boston, Harvard John F. Kennedy School of Government, mayo de 2014. Disponible en: [http://business-humanrights.org/sites/default/files/media/un\\_business\\_and\\_human\\_rights\\_treaty\\_update.pdf](http://business-humanrights.org/sites/default/files/media/un_business_and_human_rights_treaty_update.pdf) (última consulta el 29/06/2021).
- 29 En su opinión, dicho tratado debería centrarse en definir las normas que no se han considerado (o solo se han considerado parcialmente) en los Principios Rectores. Así, el tratado debería incluir una definición más clara de lo que constituye un “abuso” en materia de derechos humanos deri-

normas internacionales son poderosas fuerzas impulsoras para realizar cambios en las leyes nacionales y fomentar políticas destinadas a aumentar la convergencia y coherencia entre los sistemas jurídicos estatales. Aun así, la ICJ indica dos elementos interesantes que conviene subrayar. Primero, deja claro que “la propuesta de un instrumento jurídicamente vinculante en este momento goza de un amplio apoyo [...] especialmente de la sociedad civil”, siendo un instrumento eficaz para abordar las lagunas existentes en la regulación actual en cuanto a la actividad de las empresas transnacionales y los derechos humanos. Segundo, si bien entiende que el foro más adecuado para llevar a cabo la elaboración del tratado internacional es el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, defiende una mayor participación en el proceso de los órganos de la OIT, abogando incluso por una fórmula de cooperación OIT-ONU<sup>30</sup>. Es esta una opción especialmente interesante para la doctrina laboralista, en la medida en que permite conjugar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Internacional del Trabajo. Lamentablemente, podrá comprobarse en las páginas siguientes que el debate sigue (todavía) enclaustrado en el OEIGWG.

Cerrando este punto, entendemos que no procede la forma de un tratado marco. Por dos razones. En primer lugar, ello delegaría en el Estado la facultad de concretar las obligaciones y el estándar de protección, con el subsiguiente riesgo de crear criterios dispares entre países y con un más que probable efecto *dumping* (los derechos humanos conceptuados por las empresas como “costes”). En segundo lugar, y lo que es más importante, un tratado marco haría decaer la finalidad explícita en el proceso abierto con la Resolución 26/9, que es —recordemos— regular la actividad de las empresas transnacionales y otras empresas con el fin de evitar “las repercusiones negativas para los derechos humanos”.

A la vista de lo antedicho, se ofrecerá en lo sucesivo una reflexión técnico-jurídica de conjunto a partir de unos ejes temáticos concretos, a saber: el ámbito subjetivo de aplicación, la posición del instrumento vinculante respecto de los Principios Rectores (¿oposición o complementariedad?), el establecimiento de obligaciones directas para los Estados y las empresas, la conformación de vías

---

vado de la actividad empresarial. Asimismo, debería concretar la debida diligencia (prevención) y definir estándares apropiados para la sanción y posterior reparación a las víctimas. MARTENS, J. y SEITZ, K., *The struggle for... op. cit.*, p. 31.

30 ICJ, *Needs and Options for a New International Instrument in the Field of Business and Human Rights*, junio de 2014. Disponible en: [https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/06/NeedsandOptionsinternationalinst\\_ICJReportFinalecvers.compressed.pdf](https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/06/NeedsandOptionsinternationalinst_ICJReportFinalecvers.compressed.pdf) (última consulta 30/06/2021).

efectivas para la eventual exigencia de responsabilidad, y el diseño de los oportunos mecanismos de supervisión y control. Dejamos orillada, por tratarse de una cuestión que requeriría un estudio separado más amplio, la problemática relativa a la primacía del instrumento vinculante respecto de los tratados o acuerdos de comercio e inversión<sup>31</sup>.

### 3.2. ¿Qué empresas? La polémica cuestión de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación

Durante las sesiones del OEIGWG, un debate recurrente ha sido el del tipo de empresas que deben caer bajo la regulación del instrumento vinculante. Mientras que algunos Estados se han manifestado a favor de incluir todo tipo de empresas, con independencia de su carácter nacional o transnacional, otros entienden que el sentido del instrumento es, precisamente, el de regular la actividad de las empresas transnacionales en particular. En el Borrador Cero se apostó por un enfoque reducido, de manera tal que el instrumento sería aplicable “a las violaciones de derechos humanos en el contexto de cualquier actividad comercial de carácter transnacional” (art. 3)<sup>32</sup>, mientras que el Borrador Revisado señala que, salvo que se disponga otra cosa, el Instrumento Vinculante se aplicará “a todas las actividades comerciales”<sup>33</sup>, incluyendo, pero sin limitarse, a

31 El asunto es complejo, por lo que aquí nos limitaremos a ofrecer un bosquejo de nuestra postura. La tendencia a incluir cláusulas laborales en los Tratados de Libre Comercio (TLC), cuyo efecto positivo es apreciado por parte de la doctrina laboralista, en ningún caso puede suponer un obstáculo para un mecanismo “fuerte” (*hard law*) y universal de promoción del trabajo decente en las cadenas mundiales de producción. En el informe preparatorio del XXIII Congreso Mundial de la SIDTSS, los expertos del Grupo Español argumentan que, ante la insuficiente acción normativa de la OIT, y aun no siendo los tratados de comercio e inversión los instrumentos internacionales apropiados para el reconocimiento y garantía de los derechos de los trabajadores, las cláusulas sociales han servido para encauzar la gobernanza económica internacional por un camino más social, de manera que las ganancias comerciales no se logren sacrificando los derechos humanos. No obstante, lo realmente relevante no es tanto el posible efecto útil de dichas cláusulas, siempre bienvenido (pero en todo caso circunstancial), sino la exigibilidad de un estándar mínimo de derechos humanos en el desarrollo de la actividad económica y comercial mundial. Sobre el particular, *vid.* SANGUINETI RAYMOND, W. (coord.), Research Group “Global Trade and Work”, International Society for Labour and Social Security Law, Working Papers, 2021; y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., “La negociación del TTIP como ejemplo de ingeniería jurídica al servicio de la degradación de los derechos laborales”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 10, núm. 1, 2018, pp. 33-44.

32 Todas las citas literales de las diferentes versiones son traducciones al castellano elaboradas por los autores a partir de los originales publicados en inglés. Pueden consultarse los textos en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntnc.aspx> (última consulta 02/07/2021).

33 Esta modificación fue bien acogida por la ICJ, añadiendo que la previsión del art. 3.2 debería

las empresas transnacionales. Finalmente, la Segunda Versión Revisada reafirma este último inciso, y diluye aún más el criterio, señalando que el Instrumento Vinculante se aplicará “a todas las empresas, incluyendo, pero sin limitarse, a las empresas transnacionales y otras empresas que llevan a cabo actividades de carácter transnacional”.

La sucesión de proyectos evidencia un cambio de perspectiva. Pasamos de un enfoque inicial volcado en las empresas transnacionales a otro de mayor rango, pensado para abarcar a todas las empresas. Algunos autores<sup>34</sup> han hecho una valoración positiva de esta expansión del ámbito subjetivo de aplicación, porque entienden que las eventuales violaciones de derechos humanos cometidas por empresas no dependen del carácter transnacional o local de la misma. Fue esta una controversia de alta intensidad durante la cuarta sesión del OEIGWG. Muchos Estados y organizaciones insistieron en que el instrumento abarcara a todas las empresas, se dedicasen o no a actividades transnacionales, y señalaron que ello sería compatible con los Principios Rectores. A su juicio, lo importante era la gravedad de las consecuencias en los derechos humanos y no el tipo de actividad o la índole de la empresa, insistiendo en que el planteamiento era vago y posiblemente demasiado amplio<sup>35</sup>. Es un dato a destacar que los partidarios de ampliar el ámbito subjetivo son mayoritariamente occidentales (con la UE y Reino Unido a la cabeza) y firmes defensores de los Principios Rectores<sup>36</sup>.

---

ser suficiente para tranquilizar a los críticos del denominado “enfoque de amplio alcance”, pues ofrecía criterios para la demarcación de la actividad empresarial de carácter transnacional. En verdad, la previsión de criterios definitorios en la norma no resuelve el problema planteado. Si el objetivo es la regulación de la actividad comercial transnacional, el enfoque “amplio” debe ubicarse en el concepto de “empresa transnacional”, no en la noción de “empresa” sin más. Hay aquí un doble movimiento de ampliación del ámbito subjetivo general y restricción del criterio inclusivo para la categoría “empresa transnacional”, algo contra lo que manifestamos nuestro desacuerdo, porque desvirtúa el objetivo de la Resolución 26/9. *Vid.* ICJ, Comments and recommendations on the Revised draft of an International Legally Binding Instrument on Business and Human Rights, febrero de 2020. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session5/NGOs/ICJcommentsReviseddrafttreaty2019.pdf> (última consulta 1/07/2021).

34 BIALEK, J., “Evaluating the Zero Draft on a UN Treaty on Business and Human Rights: What Does it Regulate and how Likely is its Adoption States?”, *Goettingen Journal of International Law*, núm. 9, 2019, p. 515.

35 Report on the fourth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other enterprises with respect to human rights, A/HRC/40/48, 2 de enero de 2019, parágrafo 73.

36 Así, por ejemplo, Reino Unido calificó de “mejora sustancial” la redacción del art. 3 en la Segunda Versión Revisada, la cual incluye expresamente dentro del ámbito de aplicación a todas las empresas privadas (no solo a las empresas transnacionales) y las empresas propiedad del Estado. *Vid.*

Con todo, la discusión relativa al ámbito subjetivo de aplicación no debe perder de vista cuál es el objetivo principal del instrumento vinculante. Así, si lo que se pretende es resolver los problemas que se derivan de las operaciones internacionales de las empresas trasnacionales, sobre la base de que estas empresas puedan cometer violaciones (o abusos) de los derechos humanos en países en los que no se puede obtener una reparación efectiva, el instrumento debería cubrir esta laguna del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la forma de un tratado vinculante. La Resolución 26/9 así lo entendió desde un principio, como evidencia la nota al pie de página en la que se deja claro que el término “otras empresas” hace referencia a todas las empresas “cuyas actividades operacionales tienen carácter transnacional y no se aplica a las empresas locales registradas con arreglo a la legislación nacional pertinente”.

En consecuencia, la finalidad esencial del instrumento vinculante debería ser el instituir mecanismos para evitar que las empresas de dimensión transnacional recurran a estructuras contractuales y corporativas complejas con el objeto de eludir su responsabilidad en casos de violación de los derechos humanos. En modo alguno supone esto una negación de la responsabilidad que recae sobre las empresas locales o nacionales en el cumplimiento de los estándares de protección de los derechos humanos. Ahora bien, la aproximación conceptual y las implicaciones prácticas son bien distintas si el ámbito de aplicación del instrumento abarque finalmente (o no) a todas las empresas, con independencia de su carácter transnacional. En ese sentido, compartimos la opinión de Correa<sup>37</sup> y Guamán Hernández<sup>38</sup>, según la cual la expansión del ámbito subjetivo desvirtúa los objetivos que se marca el instrumento.

Otra cuestión conectada con lo anterior es la conveniencia o no de definir “empresa transnacional”. Nuestra posición al respecto es contraria, ya que entendemos que la operatividad del instrumento no depende de una definición exacta y cerrada, siendo válido a dichos efectos un planteamiento más flexible como el de “empresas con actividad económica transnacional”<sup>39</sup>. Obsérvese que,

---

Report on the sixth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other enterprises with respect to human rights, A/HRC/46/73.

37 CORREA, C.M., “Análisis del ámbito de aplicación de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas trasnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”, Centro del Sur. Informe sobre políticas, núm. 28, septiembre de 2016, p. 5.

38 GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y MORENO GONZÁLEZ, G., *op. cit.*, p. 199.

39 En las Normas de 2003 se ofrecía una definición de “empresa transnacional” flexible, como aquella “entidad económica que realiza actividades en más de un país o un grupo de entidades económicas

precisamente, el cambio operado por la Segunda Versión Modificada respecto del Borrador Revisado en el art. 3 (“Scope”) ha sido en sentido contrario: donde se decía “a todas las actividades comerciales” ahora se dice “a todas las empresas”, en lo que es un claro reforzamiento de las tesis más conservadoras —sobre todo de parte de la UE— y posicionadas en la lógica de mantener los Principios Rectores como principal referente “normativo”.

### 3.3. ¿Oposición o complementariedad? Notas críticas sobre la relación del instrumento vinculante con los principios rectores

Ya hemos esgrimido en apartados anteriores las razones por las que los Principios Rectores, basados en el paradigma de la voluntariedad, nos parecen insuficientes para abordar las transformaciones de las estructuras normativas resultantes del proceso globalizador. Está por ver, no obstante, si los aludidos Principios son compatibles o no con un futuro instrumento vinculante. Durante las tres primeras sesiones, los miembros del OEIGWG que habían votado en contra de la Resolución 26/9 —con EEUU, la UE y Reino Unido como ejemplos destacados— adoptaron una postura de oposición entre los Principios Rectores y el instrumento vinculante en ciernes. La ICJ ya advertía en el año 2014 que existía una corriente de opinión escéptica respecto de la idea de un instrumento jurídicamente vinculante, cuyo principal motivo era el miedo a perder todos los avances logrados a resultas de la implementación de los Principios. Por ello, a juicio de la citada Comisión, el proceso de aprobación del instrumento vinculante debería tener en cuenta esta circunstancia y llevarse a cabo en armonía con los instrumentos no vinculantes ya en marcha<sup>40</sup>. Esta es, sin ir más lejos, la posición defendida por la Alta Comisionada, para quien los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos y el nuevo tratado podían y debían reforzarse y complementarse mutuamente, subrayando además que el proceso de elaboración del tratado no debía utilizarse para debilitar o detener la aplicación

---

que realizan actividades en dos o más países, cualquiera que sea la forma jurídica que adopte, tanto en su propio país como en el país de la actividad”. También la Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y Política Social de la OIT afirma que no es necesario dar una definición jurídica precisa de las empresas multinacionales para que la Declaración pueda cumplir su finalidad. En ese sentido, se limita a decir que entre las empresas multinacionales figuran las empresas, ya sean de dominio público, mixto o privado, que son propietarias o controlan la producción, la distribución, los servicios u otras facilidades fuera del país en que tienen su sede.

40 ICJ, Needs and Options... *op. cit.*, p. 46.

de los Principios Rectores, al menos hasta que se hubiera establecido un marco normativo más firme<sup>41</sup>.

La posición de Reino Unido en este punto ha sido, sin duda, la más beligerante. Durante el sexto período de sesiones, la delegación británica se expresó en los siguientes términos:

[...] las disposiciones relativas a la responsabilidad legal crean cargas poco realistas para las empresas, yendo más allá de las normas de diligencia debida. El artículo 8, tal y como está redactado, viene a decir que las empresas pueden ser consideradas responsables de los abusos de derechos humanos producidos a raíz de "sus relaciones comerciales", incluso si los daños causados por otras actividades empresariales fuesen imprevistos y se observase una debida diligencia adecuada. Esta carga legal es simplemente inviable [...] Tal y como están las cosas, los emblemáticos Principios Rectores de la Naciones Unidas siguen constituyendo el más claro, global y sólido marco legal para situar el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas en las respectivas agendas nacionales de los Gobiernos. El próximo año será el décimo aniversario de los Principios. Permanecemos inquebrantables en nuestro compromiso con su implementación, tanto a nivel nacional como internacional. Y apoyaremos al ACNUDH en su mandato para apoyar su difusión e implementación en el transcurso de la próxima década<sup>42</sup>.

A decir verdad, la argumentación de Reino Unido es muy cuestionable. Y ello por la sencilla razón de que, al igual que los Principios Rectores, la debida diligencia sigue siendo el principal instrumento de prevención contemplado por el OEIGWG (art. 6 en la Segunda Versión Revisada). Si bien, hay algunas diferencias sustanciales, ya que la responsabilidad de los Estados sobre la vigilancia y el control de las actividades empresariales se hace más explícita, según se desprende de la literalidad del art. 6. Este precepto establece la obligación de los Estados Parte de regular de forma efectiva las actividades de todas las empresas domiciliadas en su territorio o jurisdicción y que llevan cabo actividades comerciales de carácter transnacional, al objeto de asegurar que respetan todos los

41 Report on the fifth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other enterprises with respect to human rights, A/HRC/43/55, 9 de enero de 2020.

42 Annex on the sixth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other enterprises with respect to human rights, A/HRC/46/73, 9 de enero de 2020, p. 19 (la traducción es de los autores).

derechos humanos reconocidos internacionalmente, así como prevenir y mitigar los abusos que pudieran producirse a lo largo de la cadena de operaciones<sup>43</sup>.

Por otra parte, el Comité Económico y Social Europeo se ha mostrado crítico con la postura mantenida por la delegación de la UE a lo largo de las diferentes sesiones del OEIGWG. Son dos las cosas que, al hilo de un informe publicado en el año 2020<sup>44</sup>, dice el citado Comité sobre este particular. En primer lugar, aboga por reforzar el proceso con la inclusión de sistemas de tutela reforzados, citando como posible modelo el procedimiento de reclamaciones de la OIT; la idea es que las normas vinculantes, en el decir del Comité, resultarán del todo ineficaces sin el compromiso de los Estados Parte y —esto es lo más relevante— sin mecanismos fuertes de control. Y, en segundo lugar, entiende el aludido organismo que las normas vinculantes deberían formularse de manera coherente con los sistemas de diligencia debida existentes, especialmente los Principios Rectores, para facilitar de este modo su aplicación y evitar posibles redundancias. Así, en contra de la postura expresada por la delegación de la UE, afirma que las medidas voluntarias y vinculantes no se excluyen mutuamente, sino que se complementan. En cualquier caso, entiende que sería más que adecuado aclarar cuál es la relación entre debida diligencia (prevención y supervisión a lo largo de la cadena de suministro) y responsabilidad jurídica (consecuencias jurídicas activables en caso de incumplimiento).

Al igual que la postura mantenida por el Comité Económico y Social Europeo, la Alta Comisionada u otros agentes de la sociedad civil, la mayoría de países considera acertado el alineamiento del instrumento vinculante con los instrumentos y estándares internacionales no vinculantes sobre empresas y derechos humanos, como los Principios Rectores, las Líneas Directrices de la OCDE o la Declaración Tripartita de la OIT. De hecho, se vislumbra ya en el sexto período de sesiones un principio general compartido por muchos Estados y actores presentes en el OEIGWG, según el cual ambos procesos (mecanismos vinculantes y mecanismos voluntarios) son complementarios y no excluyentes<sup>45</sup>. De cualquiera manera, el debate sobre la compatibilidad entre los Principios

43 El Borrador Cero regulaba la prevención en su art. 9, cuyo apartado 2.h) contenía una previsión relativa a la constitución de garantías financieras para cubrir posibles indemnizaciones. Esta garantía financiera ha desaparecido en la Segunda Versión Revisada.

44 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el “Tratado vinculante de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos” (Dictamen de iniciativa), DOUE C 97/9, 24 de marzo de 2020.

45 Annex on the sixth session... *op. cit.*, p. 9.

Rectores —y otros mecanismos no vinculantes— y el futuro tratado está superado y carece de sentido. La aludida introducción de los mecanismos de diligencia debida en los marcos normativos vinculantes demuestra la perfecta compatibilidad entre los procesos ya comenzados que se basan en la voluntariedad de las partes con la exploración de otras vías que introduzcan mecanismos que generen obligaciones directas para las empresas. Un ejemplo evidente al respecto es la ley francesa<sup>46</sup> (ya citada en apartados anteriores) sobre diligencia debida, que ilustra la total compatibilidad entre la implementación de los Principios Rectores (mediante la aprobación de un Plan Nacional de Actuación) con la adopción de normas vinculantes que establezcan responsabilidades directas y claras a las empresas en lo referente al deber de respeto de los derechos humanos<sup>47</sup>.

### 3.4. Responsabilidades y exigibilidad de derechos. La cuestión nuclear del acceso a la justicia

El Documento de Elementos de la Presidencia establecía en su apartado 3.2. una serie de obligaciones para las empresas transnacionales y otras empresas, tales como evitar los impactos a los derechos humanos producto de sus actividades, proporcionar reparación en caso de incumplimiento (mediante procesos judiciales y extrajudiciales) o realizar un seguimiento y revisión del cumplimiento de las normas internacionales de protección de los derechos humanos. Por lo demás, y a pesar de un importante núcleo preventivo —apoyado en la noción de debida diligencia—, el texto proponía regular la responsabilidad jurídica, tanto individual como colectiva, de las empresas transnacionales y otras empresas en los campos administrativo, civil y penal. Al respecto, destacaba la obligación de los Estados Parte de establecer la responsabilidad jurídica de las susodichas

46 Nos referimos a la Ley 2017-339, de 27 de marzo de 2017, relativa al deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas controladoras (JORF de 28 de marzo de 2017). Se trata de la primera ley tanto en establecer de forma explícita y vinculante un deber de actuación diligente en materia de derechos humanos y tutela medioambiental en cabeza de las sociedades que se sitúen al frente de grupos empresariales y redes de empresas colaboradoras, sean estos de dimensión transnacional o no, como en desarrollar su contenido, configurándolo como un “deber de vigilancia” sobre todas las organizaciones que se integran en unos u otras, cuya falta de acatamiento se encuentra sujeta además a responsabilidades jurídicamente exigibles, tanto de orden administrativo como civil. Para un resumen de esta ley, *vid.* SANGUINETI RAYMOND, W., “La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas controladoras”, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 55-56, pp. 10-14.

47 GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos”, Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales, Vol. 8, núm. 2, 2018, p. 245.

empresas en su territorio o jurisdicción por violaciones o abusos de derechos humanos, resultantes de las actividades comprendidas a lo largo de sus operaciones, es decir, a lo largo de la cadena de valor. Ello, lógicamente, acompañado del acceso a la justicia, con los correspondientes procedimientos e instituciones de tutela en orden a asegurar la reparación efectiva de las víctimas (tanto de los daños materiales como morales), así como garantías de no repetición<sup>48</sup>.

No cabe duda de que la definición de una responsabilidad jurídica o legal de las empresas por abusos de derechos humanos es uno de los temas más controvertidos, como ya ha podido comprobarse al hilo de las declaraciones emitidas por la delegación británica en la sexta sesión del OEIGWG. Ciertamente, el establecimiento de consecuencias jurídicas, por lo demás un principio esencial de toda norma jurídica coactiva o vinculante, supone ir un paso más allá del enfoque meramente preventivo y basado en la voluntariedad que emana de los Principios Rectores y el paradigma del *soft law*. En tal sentido, el art. 10 del Borrador Cero establecía un mandato dirigido a los Estados Parte, a quienes conminaba a garantizar a través de su derecho interno la responsabilidad penal, civil y administrativa de las personas físicas y jurídicas por las violaciones de los derechos humanos cometidas en el contexto de actividades empresariales de carácter transnacional. A fin de aplicar esa responsabilidad, se preveían medidas “efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluidas sanciones de carácter monetario”. Ahora bien, la formulación de tal principio general necesita de concreción; en el caso de las empresas transnacionales, más aún, exige determinar el grado de responsabilidad de la empresa matriz por violaciones de derechos humanos cometidas por sus filiales o proveedores<sup>49</sup>. Es decir, hasta qué punto es legítimo y oportuno en términos jurídicos extender la responsabilidad a lo largo de la cadena de valor. Ya hemos constatado que el Documento de Elementos de la

---

48 Debe hacerse notar que el derecho de las víctimas a medidas de reparación adecuadas no es nuevo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; constituye el tercer pilar de los Principios Rectores de las Naciones Unidas y ya había sido reconocido anteriormente por la Resolución 60/147 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2005, relativa a los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

49 LÓPEZ, C., “Hacia una Convención Internacional sobre Empresas y Derechos Humanos”, *Investment Treaty News*. Boletín trimestral publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, octubre de 2018. Disponible en: <https://www.iisd.org/itn/es/2018/10/17/toward-an-international-convention-on-business-and-human-rights-carlos-lopez> (última consulta 29/06/2021).

Presidencia abogaba por la inclusión de la responsabilidad jurídica “a lo largo de la cadena de operaciones”.

Pues bien, el Borrador Cero intentó abordar este complejo asunto estableciendo tres criterios que, de darse, harían extensible la responsabilidad (civil) a la empresa matriz, a saber: i) el control ejercido sobre las operaciones; ii) la relación “suficientemente estrecha” con la filial o entidad en su cadena de suministro y existencia de una conexión sólida y directa entre su conducta y el agravio sufrido por la víctima; iii) la previsión de riesgos de violaciones de los derechos humanos en su cadena de actividad económica. Si bien estas especificaciones permiten avanzar hacia un mayor control sobre la actuación de las empresas, no es menos evidente la dificultad presente a la hora de establecer vínculos directos entre matrices y sus empresas filiales y, aún más, entre estas y sus proveedores. En esta línea, valdría la pena contemplar —como propuesta de política jurídica— la posibilidad de introducir mecanismos de rendición de cuentas en los que se enumeren y expliquen las relaciones comerciales e institucionales de las empresas, esto es, una suerte de inventario de “relaciones económico-comerciales”, al objeto de garantizar la transparencia de sus acciones<sup>50</sup>. En cualquier caso, el principal punto débil del Borrador Cero radicaba en dejar en manos de los Estados el poder para determinar las sanciones “adecuadas”, aspecto que con toda probabilidad daría lugar a divergencias notables entre las distintas jurisdicciones.

La presencia de fuertes intereses contrapuestos en torno a esta cuestión es la que permite explicar que el precepto sobre responsabilidad jurídica sea uno de los que, a primera vista, más cambios haya sufrido en la versión del Borrador Revisado (art. 6) y la Segunda Versión Revisada (art. 8). En el Borrador Revisado, aunque sigue manteniéndose el enfoque flexible y las orientaciones específicas presentes en el anterior documento, se elimina la referencia a la jurisdicción universal y se amplía el ámbito de aplicación propuesto para el tratado, adoptando un enfoque híbrido (*hybrid approach*)<sup>51</sup> que distingue entre violación y abuso de derechos humanos. A este respecto, en línea con la opinión expresada por algunas delegaciones presentes en el OEIGWG (como la mexicana), consideramos que

50 Vid. ALAMEDA, S., “Tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos. ¿El fin de la impunidad?”, Réseau International des Droits Humaines, febrero de 2019. Disponible en: <https://ridh.org/news/tratado-vinculante-sobre-empresas-y-derechos-humanos-el-fin-de-la-impunidad/> (última consulta 29/06/2021).

51 PIGRAU SOLÉ, A. e IGLESIAS MÁRQUEZ, D., “La versión revisada del Borrador del Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos: hacia la siguiente ronda de negociaciones”, Policy Paper, núm. 19, octubre de 2019.

la introducción formal del concepto de abuso permite distinguir claramente entre las empresas —entes privados cuya actividad es real o potencialmente dañina para los derechos humanos— y Estados —sujetos obligados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos—. En todo caso, la distinción conceptual debe servir para clarificar y diferenciar las responsabilidades de unos y otros sujetos en sus respectivas esferas de acción, más específicamente, la responsabilidad civil, administrativa o penal de las empresas (abuso de derechos humanos), y la responsabilidad internacional de los Estados (violación de derechos humanos). Por ello, entendemos que la definición formulada en la Segunda Versión Revisada (art. 1.2) es más apropiada al no mezclar ambos conceptos en un mismo párrafo. Con todo, el enfoque adoptado sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales sigue instalado en un marco teórico limitado, siendo deseable que contuviese disposiciones más claras sobre las obligaciones extraterritoriales, en particular, en lo tocante a las responsabilidades dentro de la cadena de valor. La responsabilidad jurídica de las empresas, especialmente las matrices, debe ser clara y de aplicación directa (arts. 6 y 8). La reversión de la carga de la prueba debe ser incluida directamente en el texto del instrumento y no depender de las leyes internas de cada país (art 7.6)<sup>52</sup>.

Por su parte, la regulación detallada de los mecanismos de control se ha trasladado a un Proyecto de protocolo opcional<sup>53</sup> en el que, entre otras cosas, se prevé un Mecanismo Nacional de Implementación. Tal Mecanismo tendría competencias para solicitar y recibir toda la información necesaria de los Estados Parte sobre los motivos de la denuncia; solicitar y recibir información adicional de los Estados Parte, organizaciones intergubernamentales y ONGs, u otras fuentes que considere oportunas, así como recibir testimonio escrito u oral de las víctimas, las empresas afectadas, peritos, testigos, asociaciones de víctimas y otros; realizar visitas o inspecciones al lugar donde se haya producido o tenga lugar la infracción; o transmitir al Estado Parte interesado, para su consideración con carácter urgente, solicitudes dirigidas a las autoridades correspondientes para la adopción de medidas provisionales, en la medida en que ello sea nece-

52 Comunicado de la Red-DESC: “Segundo Borrador Revisado del Instrumento Jurídicamente Vinculante. Debe ponerse fin a la impunidad corporativa”, agosto de 2020. Disponible en: <https://www.eschr-net.org/es/noticias/2020/comunicado-segundo-borrador-revisado-del-instrumento-juridicamente-debe-ponerse-fin> (última consulta 05/07/2021).

53 Zero draft optional protocol to the zero draft legally binding instrument. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOOnTNC.aspx> (última consulta 29/06/2021).

sario para evitar daños irreparables a las víctimas de las presuntas violaciones de derechos humanos.

Si bien lo anterior representa un avance en comparación con las normas existentes, sería deseable que tales mecanismos, antes que nada, formasen parte del instrumento vinculante (no de un protocolo opcional) y, además, que se arbitrasen fórmulas para garantizar la independencia y neutralidad de los organismos encargados del control y la vigilancia de las actividades empresariales. Es este un requisito fundamental, si tenemos en cuenta el gran poder de influencia de las empresas sobre algunos Estados o sobre los responsables de dirigir las políticas públicas. El caso es que dejar exclusivamente en manos de los Estados la responsabilidad de controlar la actividad empresarial podría tener un efecto contraproducente, a saber, servir de incentivo para que las empresas modifiquen su actuación en lo sustancial, puesto que no habría ninguna obligación jurídica adicional. Por otra parte, son los Estados los que a menudo propician (por acción u omisión) escenarios idóneos para la comisión de abusos de derechos humanos y la impunidad corporativa<sup>54</sup>.

Por último, y aunque por exigencias de brevedad nos dejamos muchos contenidos sin abordar pormenorizadamente (*v. gr.* el conjunto de derechos de las víctimas, la cooperación entre Estados o los problemas de ley aplicable), es importante cerrar con una mención a la opción de una Corte Internacional de Derechos Humanos y Empresas Transnacionales. Tal vez sea esta la posibilidad jurídica más inviable de entre todas las propuestas dentro de la eventual aprobación del instrumento vinculante. No vamos a estudiar aquí su problemática, habida cuenta de la enorme complejidad que entraña. Sin embargo, sí nos gustaría cerrar con una reflexión referente a la importancia de “internacionalizar” la tutela judicial efectiva en materia de protección de los derechos humanos. Y es que, a pesar de haber orillado la cuestión relativa a la primacía de los acuerdos de comercio e inversión respecto del instrumento vinculante, no debe olvidarse que la *lex mercatoria* está imponiéndose en la esfera internacional gracias a la consolidación de mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado

---

54 Conviene subrayar que los Estados tienen ya un deber de proteger los derechos humanos, de conformidad con la Observación General núm. 24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En concreto, deben adoptar medidas legislativas, administrativas y cualesquiera otras apropiadas para prevenir de manera eficaz toda conculcación de los derechos humanos en el trabajo en el contexto de las actividades empresariales y asegurar a los trabajadores un acceso efectivo a la justicia y reparaciones adecuadas.

(ISDS) y otros sistemas arbitrales que, en el fondo, representan un serio desgaste del Estado de Derecho y el control jurisdicción en un sentido amplio. Así, y aunque la implementación de una Corte Internacional de Derechos Humanos y Empresas Transnacionales pueda parecer todavía un horizonte utópico, es necesario dar los pasos para su futura conformación, quizá comenzando por Centros o Agencias de monitoreo, con representación de organizaciones y entidades de la sociedad civil. Sin duda, ello redundará en una mejora significativa de la protección de los derechos humanos en el mundo.

#### 4. CONCLUSIONES

De la exposición realizada, pueden extraerse como mínimo tres conclusiones principales. En primer lugar, y situándonos en un plano más conceptual, el proceso descrito evidencia el peligro de lo que Locke llamaba “promesa del poder privado”<sup>55</sup>, es decir, la consolidación de un escenario de juego en el que la empresa transnacional deviene organizadora de toda la producción de las reglas que le afectan. Así, la empresa transnacional supera los marcos normativos estatales, que ya no sirven de referencia (si acaso una referencia fragmentada) de las condiciones de trabajo y empleo de sus trabajadores en los diferentes lugares en los que esté implantada. La globalización, en efecto, ha ido construyendo un “concepto de frontera desarraigada de las circunscripciones nacionales” mediante la generación de sistemas regulativos autónomos a través de autoridades privadas o autorreferenciales que tienen sus propias funciones de frontera, sin que su demarcación coincida con la delimitación operada por los sistemas nacionales<sup>56</sup>. La *lex mercatoria*, en cuanto correlato de ese poder salvaje y “autónomo”, va de la mano de un capital desterritorializado al que urge encauzar mediante fronteras jurídicas de carácter público. En tal sentido, el instrumento vinculante no es una oportunidad, sino una imperante necesidad.

En segundo lugar, desde una perspectiva técnico-jurídica, compartimos la opinión crítica expresada por la *Campaña Global* acerca de la Segunda Versión Revisada<sup>57</sup>. Por una parte, y de forma coherente con lo expresado en las páginas

55 LOCKE, R.M., *The promise and the limits of private power. Promoting labor standards in a global economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

56 SASSEN, S., *Una sociología de la globalización*, Buenos Aires, Katz, 2007, p. 280.

57 Declaración de la Campaña Global sobre el Segundo Borrador revisado del Tratado Vinculante, agosto de 2020. Disponible en: [https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2020/08/Statement\\_GC\\_2nd-draft-TNCs\\_CAST.pdf](https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2020/08/Statement_GC_2nd-draft-TNCs_CAST.pdf) (última consulta 29/06/2021).

precedentes, valoramos muy negativamente la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación, porque diluye el espíritu y objetivos de la Resolución 26/9. Esta se dirige a las empresas transnacionales y deja meridianamente claro que la expresión “otras empresas” hace referencia, también, a aquellas otras cuya actividad tiene “carácter transnacional”. Entendemos que la posición de las delegaciones de la UE o Reino Unido en las sesiones del OEIGWG es injustificada y no responde a los intereses y objetivos del proceso abierto con la citada Resolución. Ello se ve reforzado por la disputa ficticia entre los Principios Rectores y el instrumento vinculante. Consideramos que no hay razones para obstaculizar la aprobación del tratado vinculante y que, en todo caso, las lógicas entre las dos tipologías son de complementariedad, nunca de oposición. Por otra parte, es criticable la falta de ambición de la Segunda Versión Revisada, expresada en notables ausencias. Hablamos, entre otras cosas, del reconocimiento de obligaciones directas para las empresas, la responsabilidad solidaria a lo largo de la cadena de valor (además de debilitar al texto anterior en cuanto a la responsabilidad de las empresas matriz), o la previsión de mecanismos jurídicos internacionales eficaces de aplicación del Tratado y de sanción en caso de no cumplimiento, como la propuesta de una Corte Internacional de Derechos Humanos. Asimismo, y aunque es una cuestión comentada tangencialmente en este trabajo, entendemos que va de suyo la primacía de las normas internacionales de derechos humanos sobre cualquier otro instrumento jurídico, incluidos los acuerdos de comercio e inversión. Cualquier otra opción significaría, *de facto*, mantener el actual estado de cosas. Resumiendo, no se abordan los problemas que derivan de la arquitectura institucional sobre la que se apoyan las empresas transnacionales. El carácter genérico de los principios y su “aire de familia” respecto de los Principios Rectores parecen reforzar las tesis más conservadoras, vaciando la razón de ser del tratado —su vocación transnacional— y regresando una vez más a la voluntad política de los Estados.

En tercer y último lugar, con un enfoque propositivo, cabe reflexionar sobre la futura aprobación del instrumento —con el contenido concreto que finalmente se acuerde— y las dinámicas que pueden impulsarse para reforzar la protección de los derechos humanos en el trabajo. El foro de discusión se ha situado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero sería interesante explorar, junto a ella, la posible incorporación de la acción normativa de la OIT; el Derecho Internacional del Trabajo no puede estar ausente de este proceso. La consagración de la responsabilidad social de la empresa resulta poco adecuada para afrontar los retos de la globalización salvaje a la que

asistimos y sus efectos sobre la reconfiguración del trabajo a escala mundial. No resulta aventurado afirmar que, actualmente, los derechos laborales en el contexto transnacional habitan un espacio jurídico gris u opaco. ¿Cuál es la ley aplicable? ¿Cuáles son las obligaciones concretas para Estados y empresas transnacionales? ¿Qué mecanismos existen para prevenir y reparar el daño? Resulta imperante articular técnicas jurídicas universales desde el saber acumulado que ofrece el Derecho Internacional de Trabajo. Su generalización permitiría ofrecer la seguridad de una mejor protección de los derechos laborales en las empresas transnacionales, aprovechando el entorno creado por el efecto “desestabilizador” de la globalización, es decir, acometiendo por fin la incorporación sistemática y completa del constitucionalismo social al plano del Derecho Internacional. Lógicamente, ello requiere una ingente tarea de coordinación y armonización jurídica, al tiempo que se fraguan los consensos políticos —aún lejanos— necesarios para ello. Debe aclararse que el trabajo, como realidad social, económica, política y jurídica, no es ya asunto que los países puedan regular aisladamente, sino un fenómeno mundializado. Sin una mirada universal, su regulación es poco menos que un *desiderátum*, siendo de todo punto inasumible dejar a las empresas (y su compromiso social) la reglamentación del mismo. No debe olvidarse que el objeto social de las empresas es obtener beneficios, no contribuir al bien común de los pueblos<sup>58</sup>.

---

58 SERVAIS, J.M., “La regulación social transnacional de las Empresas Multinacionales”, *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 10, núm. 2, 2020, p. 92.