



**El futuro
es de todos**

Cancillería
Misión Permanente de Colombia
ante las Naciones Unidas en Ginebra

DCHONU No. 340/19

La Misión Permanente de Colombia ante las Naciones Unidas y otras Organizaciones Internacionales con sede en Ginebra saluda de la manera más atenta al Grupo de Trabajo sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos con el fin de transmitir los comentarios del Estado colombiano sobre el borrador del protocolo adicional al instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas.

La Misión Permanente de Colombia ante las Naciones Unidas y otras Organizaciones Internacionales con sede en Ginebra aprovecha la oportunidad para reiterar al Grupo de Trabajo sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos las seguridades de su más alta y distinguida consideración.



Ginebra, 1 de marzo de 2019

A la Honorable
**OFICINA DE LA ALTA COMISIONADA DE NACIONES UNIDAS PARA LOS
DERECHOS HUMANOS**
Ginebra, Suiza



**COMENTARIOS DEL ESTADO COLOMBIANO SOBRE EL BORRADOR
DE PROTOCOLO ADICIONAL AL INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE
VINCULANTE PARA REGULAR, EN EL MARCO DEL DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, LAS ACTIVIDADES
DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS**

1. El presente documento está dirigido al trabajo del *Grupo Intergubernamental de Composición Abierta sobre las Empresas transnacionales y otras empresas* del Consejo de Derechos Humanos, y tiene por objeto presentar algunas consideraciones sobre el *Borrador de Protocolo Adicional al Instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas* (en adelante Proyecto de Protocolo) ¹.

I. Consideraciones generales

A. Naturaleza y funciones del Mecanismo Nacional de Implementación

2. De conformidad con el artículo 1 de Proyecto de Protocolo, los Estados deben designar o establecer un Mecanismo Nacional de Implementación para promover el cumplimiento, monitoreo e implementación del Proyecto de Instrumento Vinculante.
3. A los efectos, se asigna al Mecanismo Nacional de Implementación funciones de (i) información y publicidad de Proyecto de Instrumento, (ii) prevención de violaciones de derechos humanos en el contexto de empresas con actividades transnacionales, competencia que incluye la facultad de solicitar información a las autoridades estatales competentes, (iii) revisión de la implementación de las obligaciones de debida diligencia de conformidad con el artículo 9 del Proyecto de Instrumento y (iv) recibir quejas sobre presuntas violaciones de derechos humanos por parte de empresas con actividades de carácter transnacional.

¹ Lo presentado corresponde al análisis interinstitucional que sobre la materia efectuaron la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.



4. Sobre el particular, es preciso verificar la posibilidad del Gobierno Nacional para adelantar una adecuación legislativa y administrativa, así como designar costos y recursos que aseguren la creación y funcionamiento de la institución, para que esto no implique una carga adicional para el Estado. En el mismo sentido, también supone estudiar la necesidad y pertinencia de la creación del Mecanismo, para que este no redunde en duplicación de esfuerzos y/o en instituciones existentes que tengan un propósito análogo. Lo anterior, de conformidad con los principios de subsidiariedad y complementariedad propios del sistema de protección de derechos humanos.
5. Por consiguiente, el Estado colombiano debe surtir un análisis riguroso encaminado a evaluar la oportunidad, necesidad y conveniencia de establecer nuevos mecanismos de protección de derechos humanos a nivel interno, que conlleven el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos, de acuerdo con la capacidad estatal y el interés nacional.

B. Naturaleza y funciones del Comité

6. En el caso *sub-examine*, de conformidad con el artículo 13 del Proyecto del Instrumento, se constituiría un Comité de expertos el cual ostentaría con capacidad para recibir y considerar comunicaciones individuales o de grupos de individuos. Una vez surtido el procedimiento establecido en el artículo 11 del Proyecto de Protocolo, el precitado Comité puede otorgar los comentarios o sugerencias que estime apropiados para la situación y publicar en su informe anual un resumen del caso.
7. De conformidad con lo expuesto, es importante destacar que aun cuando en virtud del Proyecto de Protocolo se conceden competencias adicionales al Comité, no obra en ese instrumento ninguna disposición que le otorgue atribuciones judiciales y, en ese sentido, su naturaleza no reviste un carácter jurisdiccional. De este modo, el Comité no estaría facultado para emitir sanciones, ni para declarar la responsabilidad internacional de un Estado. También se observa que el mencionado instrumento no comporta mecanismos de coerción o de ejecución en relación con sus dictámenes.
8. Adicionalmente, es preciso informar que la decisión sobre la oportunidad y conveniencia de conceder esta competencia a un Comité será asumida por



el Gobierno Nacional en su momento, al ponderar las capacidades del Estado y considerando las instancias internacionales existentes a las cuales el Estado colombiano ha otorgado una competencia de esta naturaleza, como lo es, *inter alia*, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

C. Otras consideraciones

1. Responsabilidad del Estado por el hecho de terceros

9. Se aprecia que algunos apartados del Proyecto de Protocolo parecieran sugerir que el Comité podrá dictaminar la vulneración de los derechos humanos en contextos de actividades empresariales de carácter transnacional por el solo hecho de la vulneración de estos derechos por parte de la empresa. Es decir, se hace referencia a una responsabilidad objetiva, sin tener en cuenta las reglas de atribución de responsabilidad.
10. Por su parte, el artículo 6 regula las competencias del Mecanismo Nacional de Implementación al establecer que este puede recibir y considerar quejas sobre violaciones a derechos humanos las cuales se aleguen han sido cometidas por personas naturales o jurídicas que realicen actividades empresariales de carácter transnacional. El Mecanismo Nacional de Implementación puede remitir la información a la empresa y solicitar información por parte del Estado, a fin de cooperar en una solución amistosa entre las partes. Así, en caso de incumplimiento de la solución amistosa el Mecanismo Nacional de Implementación comunicará lo propio al Comité.
11. Ahora bien, el anterior procedimiento no diferencia entre la responsabilidad de la empresa y la responsabilidad del Estado, puesto que el texto del proyecto de tratado no es claro en cuanto a la definición las partes que deben interceder en la firma de la solución amistosa.
12. Consecuentemente, si esta solo se suscribe entre la empresa y las posibles víctimas, el eventual incumplimiento por una de las partes de la solución amistosa y su remisión por parte del Mecanismo Nacional de Implementación al Comité podría acarrear la responsabilidad objetiva del Estado. No obstante, debe tenerse en cuenta que una vulneración de los derechos humanos por parte de empresas no implica *per se* el incumplimiento de las



obligaciones internacionales en cabeza del Estado frente al deber de prevención.

13. Lo anterior implicaría que el Estado puede ser responsable por acciones u omisiones en las cuales no ha tenido ningún tipo de injerencia. Es decir, se deja de lado el eventual incumplimiento de la obligación de prevención del Estado y se entra a establecer la responsabilidad estatal a partir de hechos realizados por terceros sin que se tengan en cuenta las reglas de atribución de responsabilidad.

2. Responsabilidad extraterritorial

14. El artículo 9 del Proyecto de Protocolo establece que el Estado debe asegurar en su legislación interna que todas las empresas con actividades transnacionales en su territorio, jurisdicción o control cumplan con las obligaciones de debida diligencia, teniendo en cuenta el impacto a los derechos humanos que se pueda derivar de esas actividades.
15. Al respecto, la doctrina internacional ha establecido que la jurisdicción de los Estados, en cuanto a la protección de las personas, no se restringe al espacio territorial. No obstante, el concepto de jurisdicción fuera del territorio del Estado debe limitarse a situaciones excepcionales en las cuales el Estado ejerza autoridad o control efectivo sobre las actividades que causaron el daño y la consecuente violación de derechos humanos².
16. Por tanto, es posible colegir que la suscripción del Proyecto de Protocolo pone de presente la posibilidad de que se dictamine que el Estado parte ha vulnerado las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos fuera de su territorio por actividades realizadas por empresas sobre las cuales no tiene un control efectivo.

3. Sobre la efectividad de las disposiciones

17. Se encuentra pertinente llamar la atención sobre la efectividad de las disposiciones que hacen referencia a la cooperación entre entidades estatales de los distintos Estados, debido a que estas pierden efectividad si

² Sobre el particular véase Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva No. OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017.



los únicos Estados que ratifiquen los instrumentos son los afectados por las conductas de empresas transnacionales. Para que estos instrumentos internacionales tengan eficacia práctica, es necesario que todos los Estados involucrados en temas de inversión extranjera hayan ratificado el tratado. Sin ese compromiso, varias disposiciones carecerán de utilidad práctica.

18. Por último, el Estado colombiano encuentra novedosas las disposiciones relacionadas con la vinculación de las empresas transnacionales a los procesos que se surtan ante una instancia judicial, en particular, los artículos 10 y 11. Lo anterior podría ser una oportunidad para involucrar las empresas transnacionales en litigios de carácter internacional relacionados con presuntas vulneraciones de derechos humanos. Este escenario puede fungir como incentivo para avanzar en la implementación de mecanismos de control internos por parte de las empresas que garanticen el cumplimiento de sus obligaciones de debida diligencia y de respeto a los derechos humanos, en el marco de sus actividades de inversión.

I. Propuestas de texto

19. El artículo 5 del borrador de Protocolo Adicional establece competencia al Mecanismo de Implementación Nacional para realizar revisiones por solicitud de las partes interesadas. Con el objetivo de darle rigor a las solicitudes que reciba dicho Mecanismo, se sugiere insertar la frase “adecuadamente motivadas y sustentadas”. La redacción sugerida se encuentra destacada en negrilla:

*“Los Estados Partes del presente Protocolo le otorgarán al Mecanismo de Implementación Nacional competencia para realizar revisiones de la implementación de obligaciones de debida diligencia de acuerdo con el Artículo 9 del [instrumento vinculante], por solicitud de víctimas, [personas naturales o jurídicas que conducen actividades de carácter transnacional], o todas las otras personas con interés legítimo, **que esté adecuadamente motivada y sustentada**, o en casos en que el Mecanismo de Implementación Nacional considere necesario actuar ex - officio con base en la información disponible sobre acciones omisiones que afectan la implementación de o el*



cumplimiento con dichas obligaciones de debida diligencia(...)”.

20. En inglés, la redacción del artículo sería:

*“States Parties to the present Protocol shall grant to the National Implementation Mechanism competence to conduct review on the implementation of due diligence obligations in accordance with Article 9 of the [LEGALLY BINDING INSTRUMENT], **upon a duly motivated request** by victims, [natural or legal persons conducting business activities of a transnational character], or all other persons with a legitimate interest, or in cases in which the National Implementation Mechanism deems it necessary to act ex-officio on the basis of information available to it about acts or omissions affecting the implementation of or compliance with such due diligence obligations.”*