



## Contribución al Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos

Octubre de 2018

Estamos ante un momento decisivo en el proceso hacia la elaboración de un Tratado de las Naciones Unidas que capitalice los esfuerzos globales realizados en materia de prevención de los efectos negativos de las actividades de las empresas sobre los derechos humanos; y que facilite el acceso a la justicia para las víctimas y las comunidades afectadas. Un Tratado de esta índole ayudaría a corregir las desigualdades entre los derechos y las obligaciones de las empresas y **permitiría colmar las brechas y deficiencias existentes en el marco jurídico mundial** actual que ya no se corresponde con las evoluciones constatadas en el ámbito comercial y económico global.

*“Urgen acuerdos internacionales que se cumplan, dada la fragilidad de las instancias locales para intervenir de modo eficaz. Las relaciones entre Estados deben resguardar la soberanía de cada uno, pero también establecer caminos consensuados para evitar catástrofes locales que terminarían afectando a todos. Hacen falta marcos regulatorios globales que impongan obligaciones y que impidan acciones intolerables, como el hecho de que empresas o países poderosos expulsen a otros países residuos e industrias altamente contaminantes” Papa Francisco, Laudato Si’: sobre el cuidado de la casa común, 173.*

**CIDSE acoge con satisfacción el texto del borrador cero** para la elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos (en lo sucesivo denominado "el Tratado") como punto de partida para las negociaciones. Este borrador se inspira profundamente en nuestro trabajo directo con mujeres y hombres, comunidades y trabajadores afectados negativamente por las operaciones de las empresas, además de sus experiencias y las propuestas. Siguiendo la senda trazada por el documento de elementos, la tercera sesión del IGWG y las consultas posteriores, la estructura, la coherencia y el enfoque adoptados en el texto del borrador cero son un paso en la buena dirección pues reflejan varias de las propuestas y preocupaciones planteadas. En este sentido, se trata de una base sólida para ahondar en el debate y en el diálogo constructivos.

### Acogemos con satisfacción los siguientes aspectos positivos del borrador cero:

- Su complementariedad con los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.
- Su énfasis en la prevención y responsabilidad legal de todos los eslabones de la cadena de valor.
- Su interés por mejorar el acceso a la reparación haciendo especial hincapié en los derechos de las personas afectadas.

### Al mismo tiempo, identificamos la necesidad de que se introduzcan mejoras en las siguientes áreas:

- La primacía de los derechos humanos sobre las políticas de comercio e inversión.
- La protección de los defensores de los derechos humanos
- Los mecanismos de aplicación

## La prevención de las violaciones de los derechos humanos debería estar en el centro del Tratado

1. El borrador cero incluye importantes maneras de fortalecer los mecanismos preventivos, cruciales para evitar futuros desastres medioambientales y humanos debido a la negligencia de las empresas, el incumplimiento deliberado de la normativa de seguridad y la vulneración de los derechos de las personas en riesgo. El texto insiste y **ahonda en el proceso de diligencia debida en cuatro pasos descrito en los Principios Rectores de las Naciones Unidas** sobre Empresas y Derechos Humanos al otorgarle un carácter jurídicamente vinculante en el Artículo 9.2 a través de la legislación nacional. Así mismo, el borrador cero también se fundamenta en importantes desarrollos recientes ocurridos en varias legislaciones nacionales, como por ejemplo el **deber de vigilancia** en Francia, introducido en 2017, por el que las grandes empresas están obligadas a elaborar planes de supervisión y control aplicables a todas las entidades del grupo, sus subsidiarias y filiales, proveedores y relaciones comerciales a nivel mundial. El Artículo 9.2 da un paso importante en esta dirección al cubrir “las actividades de las empresas, sus filiales y entidades bajo su control directo o indirecto o vinculadas directamente con sus operaciones, productos o servicios”. Esto todavía podría fortalecerse aún más a través de una mención específica de **las relaciones de las empresas** en el ámbito del suministro, la exportación, los servicios, los seguros, las finanzas y la inversión, lo que reforzaría el enfoque sobre todos los eslabones de la cadena de valor adoptado en el marco del trabajo complementario de la Conferencia Internacional del Trabajo relativo al empleo decente en las cadenas de suministro y otras acciones para la consecución del Objetivo de Desarrollo Sostenible 8: Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. A escala internacional, las Directrices de la OECD sobre Diligencia Debida para una conducta empresarial responsable, recientemente publicadas, constituyen una referencia importante pues aportan una **claridad beneficiosa en relación con los mecanismos de aplicación**. En particular, estas directrices obligan a las empresas a comprometerse directamente con las personas afectadas y a consultarles durante todo el ciclo de vida de un proyecto. Esto es un aspecto esencial del **Consentimiento Libre, Previo e Informado**, también en relación con las evaluaciones de impacto en materia de derechos humanos, para garantizar la atención y el espacio adecuados de manera que se tengan en cuenta las realidades y las opiniones tanto de las mujeres como de los hombres y se respalde así la **igualdad de género**. El Artículo 9.4 reconoce la **conexión entre diligencia debida y responsabilidad jurídica**, pero necesita mejorar su fundamento en relación con el Artículo 10. Estas importantes disposiciones ayudan a corregir la desigualdad de medios y recursos entre las empresas y las víctimas de este tipo de abusos, proporcionando una base legal para que las víctimas puedan enfrentarse al “velo corporativo” y establecer la responsabilidad de la empresa matriz. **Los límites de la responsabilidad personal y colectiva, civil, penal y administrativa**, necesitan un debate más amplio para proporcionar una mayor certidumbre jurídica.
2. El hincapié en los derechos de las víctimas debe también reforzar la obligación del Estado de **proteger a los defensores de los derechos humanos** que trabajan en el contexto de las actividades de las empresas, subsanando las deficiencias existentes a este respecto en las respuestas políticas internacionales y nacionales a los Principios Rectores. La alusión a los **aspectos medioambientales** (Art. 4.1., 8.1., 9.2.) es necesaria, ya que muchas de nuestras organizaciones asociadas sufren amenazas en el desempeño de su labor de protección de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente. Las referencias en el Artículo 8 a la protección de los representantes de las víctimas deben fortalecerse a través de la alusión explícita a los defensores de los derechos humanos y a través del **establecimiento de medidas específicas**, por ejemplo: adoptar disposiciones legislativas que prohíban la cualquier injerencia, incluso mediante el uso de fuerzas de seguridad públicas o privadas, en las actividades de toda persona que busque ejercer su derecho a protestar pacíficamente y denunciar abusos vinculados a las actividades de las empresas; abstenerse de aplicar leyes restrictivas y establecer medidas específicas para proteger a los defensores de los derechos humanos contra cualquier forma de penalización y obstrucción de su trabajo, incluida la violencia por razón de género contra las defensoras de los derechos humanos; así como investigar, exhaustiva, pronta e independientemente y sancionar cualquier ataque o intimidación que se produzca contra los defensores de los derechos humanos.

### Acceso a la Justicia – Eliminar las barreras existentes

3. El hecho de que el borrador cero se centre específicamente en los derechos de las víctimas y el acceso a la reparación es clave, ya que hay un amplio reconocimiento por parte de los Estados de que actualmente el acceso a la justicia y la reparación para las víctimas de violaciones de los derechos humanos debido a las actividades de las empresas es casi nulo. Esto puede ser una gran contribución a la aplicación del tercer pilar de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, y creemos que podrían encontrarse importantes **sinergias y puntos de vista complementarios con el proyecto del ACNUDH sobre Acceso a mecanismos de Reparación**.<sup>1</sup> Los obstáculos a la reparación existen<sup>2</sup> y

<sup>1</sup>Así lo destacó la Alta Comisionada Adjunta de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Karen Gilmore en una mesa de debate organizada en el marco de un evento paralelo sobre el Tratado, Ginebra, 20 de septiembre de 2018.

<sup>2</sup> Daniel Blackburn, Centro Internacional de Derechos Sindicales, [Removing Barriers to Justice: How a treaty on business and human rights could improve access to remedy for victims](#), agosto de 2017.

deben ser eliminados urgentemente, especialmente con vistas a la consecución del Objetivo de Desarrollo Sostenible 16 relativo a la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos. Nos complacen especialmente las **amplias definiciones de jurisdicción y de legislación aplicable** que aparecen en los Artículos 5 y 7 respectivamente. Esto es una respuesta seria a los obstáculos jurídicos existentes causados por estructuras y relaciones comerciales complejas. Permitir que **las víctimas puedan “elegir legislación”** es un paso importante para acabar con la impunidad y evitar que las empresas transnacionales evadan sus responsabilidades. Una referencia explícita a las **obligaciones extraterritoriales** fortalecería la seguridad jurídica y reflejaría claramente la responsabilidad compartida de los Estados de establecimiento y de origen de estas empresas en un mundo global e interdependiente.

4. Nos gustaría resaltar la importancia de una serie de disposiciones e instar a los Estados a que las desarrollen en mayor medida para que cubran también las acciones a escala nacional, lo que facilitaría realmente el acceso de las víctimas a los mecanismos de reparación y eliminaría las barreras existentes. Primero, la reducción de **obstáculos de índole jurídica, financiera, y de procedimiento**; en este sentido, resulta esencial, y por ende debería especificarse con mayor detalle, el requisito de evitar demoras en el proceso judicial (Artículo 5c), lo que realmente ayudaría a las víctimas que a menudo ven cómo durante años se les deniega la posibilidad de introducir un recurso. La propuesta para la creación de un **Fondo Internacional para Víctimas** resulta especialmente valiosa y requeriría un enfoque más operativo. En segundo lugar, acogemos con satisfacción la inclusión de una disposición relativa al **acceso a la información**. Esta información, en especial sobre las estructuras y actividades corporativas, suele estar a menudo en manos de las empresas y podría resultar crucial para determinar el papel de las empresas en las violaciones de los derechos humanos. Dicha información podría además fundamentar las denuncias interpuestas por las víctimas. En tercer lugar, resulta especialmente apropiado el establecimiento de un marco para la **cooperación judicial** que mejore la eficacia de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. Finalmente, nos complace especialmente la inclusión en el borrador cero de la **inversión de la carga de la prueba** (Artículo 10) teniendo en cuenta las enormes asimetrías de poder y recursos existentes entre las empresas y las comunidades afectadas; dicho esto, la redacción de este artículo debería especificarse más para que resulte más eficaz.

### **Garantizar la primacía de los derechos humanos sobre las políticas de comercio e inversión**

5. Para CIDSE, el potencial del Tratado reside en su capacidad para aplicar medidas que garanticen que el comercio y la inversión sirvan para respaldar el respeto de los derechos humanos, y no para vulnerarlos<sup>3</sup>. Los acuerdos de comercio e inversión están reforzando los desequilibrios de poder, al otorgar a las empresas un acceso privilegiado a los tribunales de arbitraje a través del Mecanismo de Resolución de Controversias entre Inversores y Estados, y al permitir que sean las empresas las que impongan sus intereses a la hora de elaborar leyes nacionales sobre derechos laborales, salud y normas medioambientales, mientras que las comunidades cuyos derechos han sido vulnerados luchan por tener acceso a la justicia. El artículo 13.6 reconoce precisamente la importancia de esta cuestión y el valor que el Tratado podría aportar para ayudar a evitar tales conflictos. No obstante, la "interpretación menos restrictiva" de los acuerdos de comercio e inversión mencionada en el artículo 13.7 podría entenderse como una manera de permitir que tales acuerdos sigan teniendo algún efecto limitativo sobre el deber del Estado de proteger los derechos humanos. Una cláusula específica sobre **la primacía de las obligaciones relativas a los derechos humanos sobre cualquier otra obligación derivada de los acuerdos de comercio e inversión**<sup>4</sup> aclararía mejor esta relación, lo que aumentaría la seguridad normativa y un entorno jurídico estable. Esto es especialmente urgente en estos momentos, pues se están presentando propuestas problemáticas para iniciar negociaciones sobre un marco internacional diseñado para proteger los derechos de los inversores (el Tribunal Multilateral de Inversiones). Rechazamos el Tribunal Multilateral de Inversiones porque no cambiaría nada a la interpretación excesiva y vaga de las normas de protección de los inversores incluida en los actuales acuerdos de comercio y de inversión, lo que consolidaría aún más los desequilibrios manifiestos entre los derechos y las obligaciones de las empresas.

### **Una aplicación eficaz del Tratado**

6. Los mecanismos de aplicación serán cruciales para el éxito del Tratado: la dotación de recursos para toda una serie de entidades internacionales, regionales y nacionales, incluidas las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos y los tribunales laborales, así como la intensificación de los sistemas de supervisión, serán dos elementos claves para poder avanzar. Así mismo, para poder colmar importantes deficiencias ya reconocidas y ayudar a fortalecer los sistemas judiciales nacionales se necesita **actuar a escala internacional**. En este sentido, las numerosas **derogaciones** sujetas a la legislación nacional (artículos 13.1-3 y otros) podrían debilitar seriamente la eficacia del Tratado, ya que ciertas leyes existentes pueden precisamente obstaculizar el acceso a la justicia. El artículo 14 sobre

<sup>3</sup> CIDSE, *Human Rights in Trade and Investment Policies: The potential of a UN Treaty on transnational corporations and other businesses*, abril de 2017.

<sup>4</sup> Prof. Markus Krajewski, Universidad de Erlangen-Nürnberg, *Ensuring the Primacy of Human Rights in Trade and Investment Policies: Model clauses for a UN Treaty on transnational corporations, other businesses and human rights*, marzo de 2017.

las disposiciones institucionales y el protocolo facultativo deberán revisarse: si bien acogemos con satisfacción el establecimiento de un **mecanismo de resolución de diferencias**, las competencias atribuidas pueden resultar demasiado débiles como para poder resolver los desafíos y conflictos internacionales existentes, en comparación con otros mecanismos judiciales internacionales potenciales, como la creación de un tribunal internacional. Para que el Tratado funcione con eficacia en la práctica se necesitará una **coordinación más equilibrada** entre los niveles de acción nacional, regional e internacional.

### Consideraciones generales

7. El texto mantiene un **ámbito de aplicación** basado en el "carácter transnacional" de las actividades de las empresas. Consideramos que el énfasis en la **actividad transnacional** es legítimo, ya que en el marco de estas grandes estructuras corporativas internacionales es donde se producen los mayores desafíos y deficiencias en materia de rendición de cuentas: estructuras empresariales complejas, restricciones jurisdiccionales, sistemas jurídicos divergentes y niveles de respeto de la legislación tales que hacen que las empresas puedan evadir su responsabilidad jurídica. No obstante, el borrador cero subraya que "**todas las empresas**, independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propiedad y estructura, deben respetar todos los derechos humanos", sin limitarse a las actividades de carácter transnacional (Artículo 1). Acogemos con satisfacción esta aclaración de **las obligaciones de las empresas** que refuerza el segundo pilar de los Principios Rectores de las Naciones Unidas; si bien queda por debatir su aplicación. Los Estados tienen el deber de proteger a su población contra las violaciones de los derechos humanos cometidas por todas las empresas, ya sean transnacionales o totalmente nacionales. Por lo tanto, las medidas en el Tratado también deberán aplicarse a los casos de violaciones contra los derechos humanos cometidas por empresas nacionales y la reglamentación aplicable a las empresas transnacionales deberá ser coherente con la reglamentación aplicable a las actividades de las empresas nacionales. En este sentido, no deberemos perder de vista aquellas operaciones comerciales en las que los Estados tienen una influencia particular (**nexo Estado-empresa**), como la contratación pública, la promoción del comercio exterior y las actividades subvencionadas.

\*\*\*

Instamos a todos los Estados a que consideren el borrador cero y **formulen propuestas constructivas para ahondar en su desarrollo** durante la cuarta sesión del IGWG. Creemos que es necesario **centrarse en cuestiones sustantivas** para avanzar en las negociaciones sobre el texto del Tratado, teniendo en cuenta el potencial de sus disposiciones y de su aplicación efectiva para ayudar a detener las violaciones de los derechos humanos cometidas por las empresas.

Instamos a los Estados a que **participen de manera constructiva** y aprovechen esta importante oportunidad para avanzar en el **cumplimiento de la Resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por la que se establece el "mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante"**.