

Contribución escrita del Centro Europa-Tercer Mundo (CETIM), del Institute for Policies Studies/Transnational Institute y Los amigos de la Tierra internacional a la 4ª sesión del grupo de trabajo intergubernamental sobre empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos (15-19 de Octubre de 2018)

Esta contribución escrita se hace en nombre de la Campaña Global para Reivindicar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder Corporativo y Poner Fin a la Impunidad

COMENTARIOS Y PROPUESTAS SOBRE EL PROYECTO DE INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE, PRESENTADO AL GRUPO DE TRABAJO INTERGUBERNAMENTAL DE LA ONU SOBRE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS COMERCIALES CON RESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS

El “Proyecto de instrumento jurídicamente vinculante”, presentado al Grupo de Trabajo Intergubernamental sobre las Empresas Transnacionales y otras Empresas en materia de Derechos Humanos en su cuarto período de sesiones (octubre de 2018), es un paso en adelante para el proceso hacia un instrumento de regulación de las actividades de estas entidades. El Proyecto contiene elementos interesantes como los derechos de las víctimas, la prevención de las violaciones de los derechos humanos cometidas en el contexto de actividades empresariales de carácter transnacional, los mecanismos de cooperación entre estados y la asistencia legal mutua, y otros todavía.

Sin embargo, este documento no refleja, como sí lo hacía el documento “Elementos para el proyecto de instrumento vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas y los derechos humanos” (Documento de Elementos), los debates celebrados durante los dos primeros períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Intergubernamental y presentados de conformidad con la resolución 26/9, ni recoge los avances y aportes realizados en la tercera sesión.

De hecho, de la forma en que se estructura, este primer proyecto de instrumento vinculante no es operativo, ya que no prevé la obligación directa de las ETNs ni un mecanismo de aplicación internacional eficaz. El proyecto sitúa a los Estados como responsables del control de las actividades de las ETN, adoptando un punto de vista tradicional que se ha demostrado insuficiente para regular la actual relación de poder entre las ETNs y los Estados.

El proyecto de instrumento vinculante no contempla la participación social ni la perspectiva de género, ni contiene artículos sobre el papel de las instituciones financieras internacionales ni referencias a acuerdos internacionales de comercio e inversión que tengan un impacto real sobre la influencia de estos acuerdos en las violaciones de los derechos humanos cometidas por las ETN.

Además, no consideramos que el proyecto de Protocolo facultativo sea útil como tal, ni compartimos las razones que han llevado a que se presente por separado. Sería más apropiado incluir en el proyecto de instrumento vinculante algunos de sus elementos y prever un mecanismo internacional sólido de aplicación.

Con este documento, la Campaña Mundial para reivindicar la soberanía de los pueblos, desmantelar el poder de las empresas transnacionales y poner fin a su impunidad (Campaña Global) quiere participar de manera constructiva y positiva al proceso de negociación y aportar la voz de sus movimientos y organizaciones de base. Este documento de análisis presenta nuestras principales

observaciones y propuestas al proyecto de instrumento vinculante. Estas propuestas emanan directamente y/o se inspiran de la propuesta de Tratado de la Campaña Global¹ y del Documento de Elementos presentado por la Presidencia en 2017².

Marco general

Supremacía de las normas de derechos humanos

La primacía de las obligaciones de derechos humanos sobre los acuerdos de comercio o de inversión debería reafirmarse en el preámbulo y ser objeto de un artículo.

Propuesta

Los Estados Partes reconocen la supremacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre todo otro instrumento jurídico en particular los concernientes a comercio e inversión.

Obligaciones directas de las ETNs³

El preámbulo del proyecto de Convención se desarrolla sobre la teoría clásica de la responsabilidad primaria del Estado en materia de derechos humanos y no plantea la responsabilidad directa de las ETNs. Su contenido denota ya desde el inicio una clara voluntad de reducir la finalidad del futuro tratado, haciéndolo descansar sobre un único punto de apoyo: la responsabilidad primaria de los Estados de “promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

Es esencial incluir en el proyecto de Convención las obligaciones directas de las ETNs en materia de derechos humanos. Esta aplicación directa debe ser tanto vertical para los Estados Partes (obligación de tomar medidas frente a terceros para proteger los derechos humanos) como horizontal para las ETNs (obligación de no violar los derechos humanos en el curso de sus actividades). Las ETNs deben respetar los principios y las normas generalmente reconocidas que se enuncian en los tratados de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales. Excluir a las ETNs de este proyecto de Convención sobre ETNs y derechos humanos nos parece un error fundamental.

De hecho, es de suma importancia adoptar medidas adecuadas para garantizar que los autores de las violaciones de los derechos humanos rindan cuentas con prontitud y eficacia y que las comunidades y personas afectadas reciban justicia y reparación. Sin obligaciones directas para las STN, no será posible perseguirlas.

Es importante subrayar que ya existen tratados internacionales que incluyen obligaciones y responsabilizan a personas jurídicas como las ETNs⁴, incluso en algunos tratados de inversiones, y igualmente en el derecho comunitario europeo en materia de respecto de la competencia por ejemplo.

1 https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2017/11/Tratdo-ES_-FINAL.pdf

2 https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs_SP.pdf

3 En este documento, la utilización del término de ETN incluye igualmente a todas las entidades de la cadena de suministro.

4 Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho al mar ; Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación ; Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (POP) ; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y otros.

Propuestas

- *Las obligaciones de las ETNs enunciadas en la presente Convención (incluida la diligencia debida) se aplican a todas las ETNs y a sus cadenas de suministro, por las actividades que realizan, ya sea en el Estado o los Estados de origen, de acogida o afectados por el funcionamiento de la entidad en cuestión.*
- *Las ETNs (personas jurídicas) y sus administradores (personas físicas), cuyas actividades, realizadas directamente o indirectamente a través de las entidades que componen sus cadenas de suministro, violan los derechos humanos, incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según proceda. Esta responsabilidad tendrá el contenido regulado en la presente Convención y el establecido en las normas de derecho interno.*
- *Las ETNs detentan las obligaciones derivadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estas obligaciones existen con independencia del marco jurídico vigente en los Estados de acogida, de origen o afectado, y obligan al conjunto de la entidad, incluyendo sus cadenas de suministro.*
- *Las ETNs no deben llevar a cabo actividades que violen los Derechos Humanos, ni de manera directa ni de manera indirecta a través del conjunto de entidades que componen su cadena de suministro.*

Perspectiva de género

El proyecto de Convención debe reconocer los efectos negativos específicos de las actividades de las ETNs sobre las mujeres y las niñas, así como el papel fundamental de las mujeres en los procesos para hacer frente a esos efectos y remediarlos. Debe establecer las obligaciones preexistentes de los Estados de proteger a las mujeres de las ETNs y otras violaciones de los derechos humanos relacionadas con la actividad económica, en arreglo a las normas pertinentes. También debe adoptar un enfoque de justicia de género que pueda ayudar a superar los prejuicios históricos, la desigualdad y la discriminación contra las mujeres y las niñas. El proyecto de Convención debe incluir un lenguaje firme y claro sobre la protección de las defensoras de los derechos humanos, de las mujeres y niñas afectadas por las ETN y de aquellas que denuncian las violaciones de las ETNs. Todas las medidas que emanen de esta Convención deben tener en cuenta las situaciones de doble discriminación vinculadas con el género, como los pueblos indígenas, las mujeres refugiadas, las poblaciones campesinas y las desplazadas internas.

Propuesta

Las ETNs deben respetar los derechos de las mujeres regulados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en particular deben evitar la explotación y la violencia contra ellas y deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar la igualdad de derechos, un clima y una cultura de trabajo seguros, saludables y favorables a la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo.

Levantamiento del velo corporativo

La Convención debe incluir, de manera indispensable, disposiciones que obliguen a las ETNs a levantar el velo corporativo, el cual impide a que todas las entidades a lo largo de la cadena de suministro de la ETN tengan una existencia jurídica, resultando en que cada una de ellas sea considerada como una entidad jurídica autónoma. Este hecho impide reconocer la responsabilidad jurídica de la empresa matriz por las violaciones causados por las entidades de su cadena, a pesar de los vínculos que las unen. En este sentido, esta autonomía de la personalidad jurídica constituye un velo entre la matriz y las otras entidades. Las ETNs deben revelar la existencia y los vínculos de

todas las entidades de la cadena y la Convención debe establecer mecanismos para incurrir la responsabilidad jurídica entre la matriz y su cadena de suministro.

Propuestas

- *Las empresas matrices deben identificar, prevenir y remediar a los riesgos de violaciones a los derechos humanos causadas por sus actividades o por las de las entidades a lo largo de la cadena de suministro. En caso de daño, tienen el deber de repararlo y compensar las comunidades y personas afectadas ; su responsabilidad jurídica puede ser incurrida.*
- *Las ETNs deben brindar información pública precisa y detallada, sobre: a) Propósito, naturaleza y alcance de los contratos de arrendamiento de operaciones y / o otros contratos así como los términos de los mismos. b) Actividades, estructura, propiedad y gobernanza de las ETNs. c) Situación financiera y desempeño de las ETNs. d) Disponibilidad de mecanismos de reclamación y reparación y procedimientos para su utilización.*
- *Las ETNs deben hacer pública la identidad de las contrapartes con las que sus inversores realizan prácticas comerciales y / o financieras con el fin de evitar el fraude y la elusión y evasión fiscal, o los flujos opacos de capital dentro de la empresa que violan los Derechos Humanos.*
- *Las ETNs deben publicar las estructuras de gestión corporativa e informar sobre quiénes son los responsables de la toma de decisiones y sus respectivas responsabilidades en la cadena de suministro. De esta forma los accionistas se vuelven también responsables y el velo corporativo puede ser levantado cada vez que las ETNs violen los Derechos Humanos.*
- *Las ETNs deben difundir las informaciones a través de todos los medios de notificación apropiados (medios impresos, electrónicos y redes sociales, incluidos periódicos, radio, televisión, correos, reuniones locales, etc.), teniendo en cuenta la situación de comunidades remotas o aisladas y garantizar que dicha notificación y consulta se lleven a cabo en los idiomas de las personas y comunidades afectadas.*

Instituciones económicas y financieras internacionales (IFIs) y otras entidades financieras

Al interior del proyecto de Convención se puede destacar la total ausencia de disposiciones en relación a las instituciones y entidades económicas y financieras. Es crucial colmar este vacío dado que estas instituciones son, en muchos casos, cómplices de las violaciones de derechos humanos perpetradas por las ETNs. Es necesario definir y elaborar un artículo específico sobre esta cuestión.

Propuestas

- En la definición, proponemos de incluir las siguientes entidades : Las organizaciones intergubernamentales y agencias especializadas de la ONU (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial), la Organización Mundial del Comercio (OMC), los bancos de desarrollo, de inversión y de comercio internacional, y otras instituciones financieras internacionales. Existen otras entidades, como las ETNs de depósitos, contratos o inversiones incluyendo bancos, compañías de seguro, fondos de pensión, hedge funds, fondos de inversión y compañías de operaciones bursátiles.
- *La conducta de una IFI puede implicar violaciones de Derechos Humanos. La obligación de las IFIs de evitar tales conductas produce una variedad de obligaciones en materia de Derechos Humanos para las organizaciones. Los Estados Partes deben acordar que tales obligaciones incluyen la obligación de las IFIs y sus gerentes de abstenerse de apoyar cualquier actividad de ETNs y su cadena de suministro que viole los Derechos Humanos. En este sentido, las IFIs, deben respetar todas las normas y reglas del derechos internacional en general. Además, el Banco Mundial y el FMI, como agencias*

especializadas de la ONU, están obligadas por los principios y objetivos generales de la Carta de las Naciones Unidas, que incluye el respeto a los Derechos Humanos y las libertades fundamentales.

- *Cualquier conducta de estas organizaciones y sus gerentes que contravenga estas obligaciones debe ser corregida por una medida disciplinaria, administrativa u otra adecuada, incluyendo la posibilidad de que las personas y comunidades afectadas puedan obtener compensación y reparación contra la organización concernida.*

Injerencia indebida de las ETNs

El Tratado debe incluir medidas concretas contra la influencia indebida de las ETNs. Este elemento tiene que figurar en el Preámbulo y constituir un artículo aparte.

Propuestas

- Proponemos de incluir una referencia inspirada del Convenio Marco de la OMS sobre el Control del Tabaco (Artículo 5.3 del Convenio) en el preámbulo y válida a lo largo de todo el texto : *A la hora de establecer y aplicar sus políticas relativas al control de las actividades de las ETNs, los Estados Partes actuarán de una manera que proteja dichas políticas contra los intereses comerciales, otros intereses y de la influencia indebida de las ETNs.*
- La Convención también debe salvaguardar el espacio político nacional e internacional frente a la interferencia indebida de las ETN, y los Estados deben negarse a darles los medios para influenciar políticas relevantes que tengan un impacto en los derechos humanos en sus acuerdos bilaterales, regionales, multilaterales u otros tipos de acuerdos de comercio e inversiones. La Convención debe proponer medidas para proteger a los procesos de formulación de políticas públicas y órganos de gobierno de esa influencia indebida.

Propuestas concretas respecto del articulado de la Convención

Artículo 1: Preámbulo

El preámbulo no puede constar como artículo 1, es un error que debe corregirse.

En el PP 6 se hace referencia a todas las empresas, mientras que el mandato del Grupo de Trabajo se refiere específicamente a las empresas transnacionales y otras empresas con actividades transnacionales. .

Propuesta

Substituir “all business enterprises” con “all transnational corporations and other enterprises with transnational activities”. Después de esta frase, proponemos añadir: Ningún elemento de esta Convención puede ser usado por un Estado para imponer estándares más bajos a sus empresas locales.

En el Preámbulo es necesario mencionar las normas relativas a los derechos humanos, el derecho laboral, el medio-ambiente y la corrupción.

Propuesta

Añadir las siguientes referencias al preámbulo:

Deseando promover la observancia de los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención

Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención sobre el estatuto de los refugiados, la Declaración sobre los pueblos indígenas, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, los Convenios y las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención sobre la Esclavitud, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, los cuatro Convenios de Ginebra y sus Protocolos Facultativos, Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación, y el entrenamiento de los mercenarios, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y otros instrumentos internacionales pertinentes aprobados a nivel mundial o regional en el marco de los Derechos Humanos, la costumbre internacional y los principios generales del Derecho internacional que conforman los pilares fundamentales sobre los cuales construir un nuevo sistema jurídico internacional.

Artículo 2: “Statement of purpose”

Tal y como está formulado, el párrafo c del artículo 2.1, no permite un efectivo desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos, sino que mantiene una visión tradicional del mismo. Es imprescindible adoptar una visión amplia de los sujetos que son destinatarios de las obligaciones de respeto establecidas en la Convención y reconocer, como hemos dicho, la responsabilidad de las ETNs de respetar los derechos humanos. En este sentido, la cooperación internacional debe tener miras a que se hagan efectivas las obligaciones de los Estados y de las ETNs en virtud del derecho internacional de los derechos humanos;

Artículo 3: “Scope”

Los derechos concernidos por la presente Convención en el artículo 3.2 deben incluir a los principales tratados internacionales de derechos humanos y, en particular, de los derechos económicos, sociales, culturales, civiles, políticos y laborales; el derecho al desarrollo, a la libre determinación de los pueblos y a un medio ambiente sano; y todos los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas.

Propuesta

Los derechos concernidos son todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente, teniendo en cuenta su carácter universal, indivisible, interrelacionado e interdependiente, como se refleja en todos los tratados de derechos humanos, el derecho internacional humanitario, así como en otros instrumentos internacionales relacionados, en particular, con el derecho al trabajo, al medio ambiente y la lucha contra la corrupción.

La referencia a la legislación nacional en el punto 3.2 es problemática, dado que limita el alcance de las obligaciones incluidas en el proyecto de Convención.

Propuesta

Suprimir la referencia a la legislación nacional en l'art 3.2.

Artículo 4: “Definitions”

El artículo relativo a las definiciones requiere una mayor o mejor descripción de los conceptos clave del proyecto de Convención.

Para la aplicación efectiva de la futura Convención, es importante aclarar aún más la definición de las ETNs. Será necesario incluir la definición del concepto de control llevado a cabo por las empresas matrices sobre su cadena de valor. Es igualmente importante incluir la responsabilidad solidaria entre las sociedades matrices y sus filiales y con su cadena de valor. Esto es esencial si queremos luchar contra la impunidad de estas entidades, que a menudo escapan a su responsabilidad en la comisión de violaciones de los derechos humanos, gracias la utilización del velo corporativo, la descentralización o la subcontratación.

Propuestas

Para incluir en el artículo 4:

- *El control de la empresa matriz sobre su cadena de valor puede ser directo, indirecto, financiero, económico o de otro tipo.*
- *Las empresas matrices de las ETNs tienen responsabilidad conjunta y solidaria con las entidades de su cadena de suministro, con respecto a sus obligaciones en virtud de esta Convención. Esta responsabilidad debe hacerse efectiva independientemente del marco jurídico vigente en los Estados de origen, de acogida o afectados.*

La definición de “cadena de suministro” es imprescindible para determinar el alcance de la responsabilidad de las ETNs por las violaciones de Derechos Humanos que se producen a lo largo de sus actividades y fuera del Estado de origen de la matriz. Este elemento es fundamental para asegurar la efectividad del futuro Tratado, razón por la cual fue una de las cuestiones más debatidas en los diferentes foros de discusión de este proceso.

Propuesta

- *En el ámbito del presente Tratado, la cadena de suministro consisten en las empresas distintas de la ETN que contribuyen en el funcionamiento de la ETN – proveyendo materiales, servicios, actividades y fondos para la producción de bienes o servicios a los consumidores finales. En la cadena de suministro se incluyen igualmente los contratistas, subcontratistas, o proveedores con quien la empresa matriz o las empresas que controla haya establecido una relación comercial. La ETN puede, dependiendo de las circunstancias, tener influencia sobre una cadena de suministro.*
- *Es necesario también de incluir las definiciones de otros términos importantes, tales como: “responsabilidad solidaria”; “Estado de origen y de acogida de las ETNs”; “instituciones internacionales económicas y financieras oficiales (IFIs)”; “gerentes de las ETNs”; “víctimas/comunidades afectadas”. Las definiciones de estos conceptos pueden encontrarse en la propuesta de Tratado de la Campaña global.*

Artículo 5: “Jurisdiction”

El texto define la jurisdicción de una manera amplia, permitiendo a las comunidades y personas afectadas acceder a la justicia en los tribunales del Estado donde ocurrió el daño o de los Estados donde están domiciliadas las ETNs. Sin embargo, es necesario resaltar algunos elementos:

La alinea d) no cubre de forma suficiente el concepto de “cadena de suministro”. Falta por ejemplo la mención de los mecanismos que los Estados disponen sobre obligaciones extraterritoriales⁵. No tener en cuenta el concepto de cadena de suministro implica que no haya previsión de responsabilidad por violaciones cometidas por su filiales, proveedores, subcontratistas y licenciatarios, ni previsiones sobre cómo vincular a las ETN a sus entidades. Este tipo de disposiciones son fundamentales para el levantamiento del velo corporativo, la responsabilización y regulación de las ETNs y, por ende, por poner fin a la impunidad. Además, es necesario agregar aclaraciones sobre los vínculos de responsabilidad entre las empresas matrices y sus cadenas de suministro, para poder atacar conjuntamente la casa matriz y la entidad en cuestión ante una misma jurisdicción, como co-autoras del daño o de la violación.

Con respecto al tercer párrafo, en lo que concierne la posibilidad de reclamaciones individuales o en grupo sin su consentimiento, es crucial que se establezcan parámetros de justificación para esa posibilidad, que deben tener como fundamento la garantía del acceso a la justicia y la prevalencia de los derechos de los afectados, así como la centralidad del sufrimiento de la comunidad y persona afectada.

Propuestas

- La adición de un párrafo único tratando de la exigencia de que los criterios adoptados de jurisdicción deban cohibir la utilización del argumento de *forum non conveniens* nos parece esencial: *Los Estados - ya sean de origen o de acogida - de una ETN no pueden aplicar la doctrina del forum non conveniens cuando se invoca una violación de los derechos humanos cometida por una ETN. Un Estado parte, ya sea de origen o de acogida, de una ETN debe permitir a las comunidades y personas afectadas extranjeras la iniciación de acciones judiciales ante sus tribunales si así lo desean. Los Estados Partes deben velar por que las organizaciones de la sociedad civil tengan acceso a los tribunales en nombre de las comunidades y personas afectadas en esos casos.*
- Es importante considerar que en caso de que fallen los mecanismos nacionales de denuncia, las comunidades afectadas deberían poder actuar ante una jurisdicción internacional. En este sentido, la Campaña Mundial en su propio Tratado propone la institución de una Corte internacional que garantice el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Tratado (presentaremos la idea de la Corte en el artículo 14). Sería también importante considerar la oportunidad de incluir un *forum necessitatis* que pueda ser utilizado como opción en circunstancias de denegación de justicia, permitiendo que un tribunal se declare capaz de conocer de un caso cuando no exista un foro disponible. Esto contribuiría a evitar el *forum non conveniens*, que es una gran contribución para la impunidad de las ETNs.

5 Para efectos del presente instrumento, entendemos por obligaciones extraterritoriales: a) obligaciones relativas a las acciones u omisiones de un Estado, llevadas a cabo dentro o fuera de su propio territorio, que afecten el disfrute de los Derechos Humanos fuera de su territorio debido a fallas de los Estados de origen en regular y controlar a sus ETNs; y b) obligaciones establecidas en la Carta de las Naciones Unidas y en instrumentos de Derechos Humanos que requieran la adopción de medidas, por separado y conjuntamente mediante la cooperación internacional, para el cumplimiento de las disposiciones del presente tratado.

Artículo 6: Statute of limitations

En este artículo sería necesario reforzar y aclarar el lenguaje jurídico, necesario para asegurar la capacidad de imponer obligaciones efectivamente exigibles a los Estados partes en relación a la prescripción de las violaciones de derechos humanos.

Artículo 7: “Applicable law”

Se necesitan más aclaraciones en l’art 7.2 y una mejor articulación con el artículo 5.

Propuesta

En el segundo párrafo es esencial incorporar el siguiente principio orientador: *“En caso de conflictos de leyes, deberá siempre aplicarse la más benéfica a la víctima/afectado”*.

Artículo 8: The rights of the victims

La Convención debe asegurar el respeto por las ETNs de los derechos humanos y el derecho de las comunidades afectadas al acceso a la justicia y a la reparación. Atendiendo a ese objetivo, la futura Convención debe plantearse como una vía establecer los mecanismos para que se haga efectiva la obligación de las ETNs de respetar a los derechos humanos.

El contenido desarrolla de manera acertada grandes cuestiones fundamentales como el tema de los costes del proceso o la asistencia jurídica. Sin embargo, se aprecian ausencias importantes: no hay ninguna referencia a la necesidad de establecer garantías especiales para las personas que defienden derechos; tampoco se contemplan medidas específicas para los colectivos o grupos que se ven especialmente afectados por las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas o que tienen mayores dificultades para el acceso a la justicia (comunidades indígenas, mujeres, campesinos, personas con discapacidad, etc.). Tampoco se ha incluido una específica referencia a la posibilidad de que las organizaciones sociales o sindicales puedan actuar en nombre de las comunidades y personas afectadas ante los tribunales contra las ETNs. Se ha eliminado además las siguientes cuestiones incluidas en el apartado sexto del Documento de elementos: la obligación de los Estados de adoptar las medidas adecuadas para asegurar que los mecanismos no judiciales no sean considerados un sustituto de los mecanismos judiciales; la introducción de la inversión de la carga de la prueba¹; la adopción de medidas de protección para evitar el uso de estrategias “intimidatorias” para disuadir reclamaciones o demandas individuales o colectivas; limitación del uso de la doctrina de *forum non conveniens*.

La referencia a la legislación nacional en la línea 4 puede rebajar en buena medida las obligaciones que se deriven del proyecto de Convención.

Propuestas

- Proponemos como título “Acceso a la justicia y reparación”, dado que se trata del desafío principal a nivel internacional. Además, en razón de nuestra preferencia para el término “comunidades y personas afectadas”, proponemos su uso en lugar o en paralelo del término de víctimas.
- *Las comunidades y personas afectadas tienen derecho a ser eximidos de los costos legales del proceso y a un procedimiento rápido, preferente y simplificado.*
- *Las comunidades y personas afectadas tienen derecho a un sistema justo e imparcial de evaluación y cuantificación de daños, independiente de las ETNs que los causan.*

- *Las comunidades y personas afectadas tienen derecho a demandar a la entidad que cometió directamente la violación de sus derechos o a la entidad que controla la misma, en el país donde están domiciliadas cualquiera de las dos.*
- Línea 4: Proponemos de eliminar “and in line with confidentiality rules under domestic law”. Proponemos igualmente de añadir la frase siguiente : *Las comunidades y personas afectadas tienen derecho a exigir toda la información que demuestre cuales son las empresas parte de la cadena de suministro que se presume cometió la violación de sus derechos y que en caso de no tener las pruebas fehacientes sobre los vínculos entre las entidades que se alega cometieron la violación, son las empresas correspondientes las que tienen la carga de la prueba, como resultado de una presunción de hecho (rebuttable presumption) de vínculo entre dichas empresas.*
- Línea 5: Proponemos de añadir dos letras: *e. Adoptando medidas legislativas, administrativas y judiciales que posibiliten la actuación de abogada.o.s y defensora.e.s de Derechos Humanos en procesos de litigio contra ETNs, concediéndoles asistencia técnica y financiera. f. Reconociendo a la.o.s abogada.o.s y defensora.e.s de Derechos Humanos, que tengan actuación reconocida en el marco de las actividades de las ETNs, el derecho de responder con total libertad contra toda acusación e intento de criminalización y persecución que puedan sufrir. Estos ataques no deben utilizarse como forma de dismantelar los lazos entre grupos y personas cuyas acciones se oponen a las ETNs involucradas en operaciones que resultan en vulneraciones contra los Derechos Humanos.*
- Línea 12: Se enumeran una serie de derechos que los Estados deben garantizar. En esta lista se han enumerado derechos civiles y políticos, y se han apartado los sociales, económicos y culturales y otros pertinentes. Proponemos de añadir los derechos económicos, sociales, culturales, y laborales; el derecho al desarrollo, a la libre determinación de los pueblos, y todos los derechos colectivos de los pueblos y pueblos indígenas.
- Para terminar, de manera general, es fundamental que los procedimientos en materia de acceso a la justicia sean sensibles a la cuestión de género, lo que implica abordar las relaciones de poder desiguales de género que rigen el contexto de las violaciones por ETNs y la complicidad del Estado. En este sentido el artículo debe reconocer y abordar las múltiples e interrelacionadas formas de discriminación, carga y abusos que experimentan las mujeres, especialmente las de grupos marginados.

Artículo 9: “Prevention”

Este artículo fija la obligación principal de los Estados respecto del Tratado de asegurar que las ETNs, en su territorio, bajo su jurisdicción o control, actúen con la debida diligencia a través de sus actividades comerciales teniendo en cuenta su “impacto en materia de derechos humanos”. Es importante que este artículo incluya igualmente obligaciones para las ETNs.

El tema de prevención debe necesariamente ser tratado en conjunto con la noción de cadenas de suministro. En el examen de debida diligencia, todo el sistema de producción de la ETN matriz o de la empresa ordenante debe ser alcanzado. El punto c) omite la relación con la cadena de suministro, al tratar sólo los enlaces directos y no cubrir a los subcontratistas y otras entidades.

La elaboración de los planes de vigilancia deben ser un proceso transparente y participativo, lo que incluye la participación de las comunidades interesadas y organizaciones sociales a lo largo de todo el proceso de evaluación de impacto. Además, es esencial que el seguimiento del nivel de exigencia y la aplicación de estos planes de vigilancia sean llevados a cabo por un organismo independiente, protegido de la influencia indebida de las STN.

Propuestas

- En materia de prevención y reparación, es necesario agregar obligaciones directas para las ETNs para pasar así de una simple debida diligencia a una obligación legal real de vigilancia: 1) *la obligación de elaboración, publicación e implementación efectiva de los planes de vigilancia, y de evaluación de su eficiencia.* 2) *la obligación a reparar los daños o violaciones, en el marco de mecanismos para incurrir la responsabilidad jurídica de las ETNs.*
- Además, el concepto de "consulta significativa" es vago. En este sentido es necesario que la Convención incluya la obligación de los Estados de obtener el consentimiento libre, previo e informado (CLPI) de las comunidades antes de cualquier proyecto de inversión que pueda afectarlas.
- Para terminar, el artículo debe exigir explícitamente la realización de evaluaciones de impacto de género y garantizar la participación plena y significativa de las mujeres de todas las comunidades afectadas. Las Evaluaciones de Impacto de Género deben cubrir y abordar los impactos de las actividades de las ETNs sobre los roles de género y la discriminación basada en el género, la violencia sexual, la trata de mujeres y niños, la salud de la mujer, incluyendo la salud prenatal y materna, la violencia basada en el género y la violencia sexual, la división del trabajo basada en el género a nivel de la familia y de la comunidad, y el acceso a y el control de los recursos sociales y económicos, especialmente para las mujeres rurales, además de los derechos de los pueblos indígenas a sus territorios.

Artículo 10: "Legal liability"

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no existe en todos los Estados. Por eso, es positivo que el proyecto de tratado cree una norma internacional uniforme sobre la responsabilidad civil y penal de las ETN. Sin embargo, destacamos algunas insuficiencias y ausencias.

En el párrafo 6, se habla por primera vez de las cadenas de suministro. Sin embargo, el término de "sufficiently closed relations" (entre la cadena y la empresa matriz) es insuficiente para establecer la relación entre la matriz y sus filiales, subcontratistas etc. En este sentido, el artículo tiene que contener claramente la obligación de levantamiento del velo corporativo, a fin de facilitar la determinación de la responsabilidad de todas las entidades que violen individual o colectivamente los derechos humanos. Nos parece necesario igualmente una referencia a la definición de la cadena que debe insertarse en el artículo 4. Además, los Estados Parte deberán establecer sanciones, incluyendo la cancelación de contratos y la anulación de licencias para operar.

Propuesta

Artículo 10.6.b: proponemos la sustitución de "*it exhibits a sufficiently close relation with*" por "*of*".

Cabe destacar que el objetivo de esta Convención y de este artículo en particular debe ser regular las obligaciones internacionales de las ETNs en materia de derechos humanos, como explicitado en la Resolución 26/9. Por ende, es necesario establecer secciones distintas de obligaciones de los Estados y de las ETNs. Además, es necesario establecer claramente la responsabilidad penal, civil y administrativa de los gerentes de las ETNs, tanto en su condición de autores de las violaciones como en su condición de cómplices.

Propuestas

- *Las ETNs son responsables civilmente, administrativamente y penalmente por todas las obligaciones enumeradas en la presente Convención incumplidas.*
- *Los Estados Partes deben establecer simultáneamente responsabilidad administrativa, civil y penal para las ETNs y sus gerentes. Dicha responsabilidad es independiente de que operen como autores o cómplices de vulneraciones de Derechos Humanos, y se extiende a todos los eslabones de la cadena de suministro de la ETN en cuestión. Además, los Estados Partes deben prever sanciones, incluida la disolución de la ETN, y obligar la ETN a pagar los honorarios.*

Destacamos igualmente la ausencia de la responsabilización directa del Estado por acciones y omisiones cometidas por ETNs bajo su control, instrucción o dirección o que ejerzan autoridad gubernamental delegada, de manera expresa o tácita. Se genera un grave vacío y un espacio de impunidad tanto para las ETNs como para los comportamientos corruptos y la captura corporativa.

Para terminar, para no limitar el alcance de la Convención es imprescindible eliminar todas las referencias a la legislación doméstica a lo largo de este artículo y no limitar la responsabilidad penal a casos intencionales

Propuestas

- Suprimir referencias a “domestic law” en el artículo.
- Suprimir la palabra “intencional” en el artículo 10,8.

Artículo 11: “Mutual legal assistance”

La referencia a la legislación nacional reduce el alcance del artículo 11. El hecho de dejar la asistencia jurídica en mano de futuros acuerdos interestatales es igualmente problemático porque así se ve amenazada la aplicación concreta de la futura Convención.

Propuestas

- Suprimir la referencia a la legislación nacional en los artículos 11.4, 11.6 y 11.7.
- Suprimir el apartado 5 del artículo 11.
- Para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos y la ejecución de las sentencias, es importante que el artículo 11 mencione el derecho de las comunidades y personas afectadas de reivindicar la eliminación del argumento de *forum non conveniens*, cada vez que se establezca el vínculo entre las ETNs demandadas y las violaciones causadas.

Artículo 12 “International cooperation”

Este tema es fundamental para alcanzar un Tratado contundente y eficaz. Tenemos algunas propuestas para mejorar el contenido de este artículo.

Es necesario añadir el hecho que en el ámbito judicial, la cooperación internacional debe ser destacada por extenderse desde el intercambio de informaciones, ayuda en las investigaciones y procedimientos, hasta el momento de la ejecución de las sentencias, en la medida en que decisiones de otras jurisdicciones sean reconocidas, e incluso la posibilidad de extraditar de los condenados.

Es necesario establecer igualmente la obligación Estatal de facilitar la homologación y el cumplimiento de sentencias extranjeras.

Artículo 13: Consistency with international law

No entendemos la utilidad del artículo 13. Puede ser un obstáculo para la aplicación de la futura Convención .

Propuesta

Suprimir el artículo 13.

Artículo 14: “Institutional arrangements”

Este artículo supone establecer los mecanismos de control y aplicación del tratado. Se puede destacar la ausencia de un mecanismo de control judicial vinculante para el caso de producirse violaciones del Tratado. En su lugar, la Convención propone la institución de un Comité.

Más allá de la composición del Comité, que sigue los parámetros típicos de un organismo de control de tratados de la ONU, puede afirmarse que las funciones atribuidas al mismo lo convierten en un órgano ineficaz, muy alejado de lo previsto en el Documento de elementos. Como puede observarse, el mandato del Comité es menos contundente de los mandatos clásicos de los otros órganos de tratados de la ONU. El Comité carece de cualquier facultad de investigación o requerimiento directo a las ETNs que cometan violaciones de derechos humanos y no abre su acceso a denuncias individuales y colectivas por las comunidades, personas afectadas u organizaciones. En definitiva, queda muy lejos de convertirse en un verdadero órgano de monitoreo de la aplicación de una Convención.

A lo contrario, a fin de oponerse a la asimetría de poder con las ETNs, las decisiones sobre las denuncias individuales o colectivas deberían ser vinculantes y exigibles. En definitiva, la Convención debería prever el reconocimiento del carácter jurídicamente vinculante de las decisiones del Comité y/o otros mecanismos para garantizar su aplicación. En caso contrario, la Campaña Global propone la creación de otro tipo de mecanismos.

En efecto, es nuestro entendimiento que sin la institución de un mecanismo de aplicación internacional vinculante y independiente, no será posible acabar con la impunidad corporativa ni asegurar el acceso a la justicia para las comunidades afectadas. Este mecanismo puede establecerse paralelamente, y de manera complementaria, al Comité propuesto en este artículo. En la propuesta de Tratado de la Campaña Global, como parte de este mecanismo de aplicación internacional, se proponen los siguientes órganos:

Propuestas

- ***Centro Internacional de Monitoreo de las Empresas transnacionales***, encargado de evaluar, investigar e inspeccionar las actividades y prácticas de las ETNs (gestionado de manera conjunta por los Estados, movimientos sociales, comunidades afectadas y otras organizaciones de la sociedad civil).
- ***Corte Internacional sobre Empresas transnacionales***, para garantizar la eficacia de las obligaciones previstas en este Tratado. La Corte tiene la competencia de recibir, investigar y juzgar las quejas contra las ETNs por violaciones a los Derechos Humanos mencionados en esta Convención. La Corte protege los intereses de las comunidades y personas que son afectadas por las operaciones de las ETNs, asegurando reparación plena y sanciones a las ETNs y sus gerentes. Las decisiones y sanciones de la Corte son directamente aplicables y jurídicamente vinculantes

- Todo tipo de mecanismo debe asegurar el equilibrio de género, de acuerdo con la CEDAW. Los mecanismos deben tomar en cuenta la experiencia de género como criterio para la selección de los expertos.

La función conferida a la Conferencia de los Estados Parte también es problemática, ya que podría paralizar la aplicación efectiva de la futura Convención. De hecho, en su redacción actual, los artículos 14.5 y 14.6 prevén negociaciones perpetuas sobre la futura Convención. El mandato de la Conferencia de los Estados Partes debería consistir en enmiendas al instrumento a petición de un tercio de los Estados Partes, del mismo modo que otros instrumentos de derechos humanos (por ejemplo, el artículo 29 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 51 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Propuesta

Supresión de los §§ 14.5 y 14.6 y su sustitución por:

Todo Estado Parte puede proponer una enmienda y depositarla al Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará la enmienda propuesta a los Estados Partes y les pedirá que le informen si están a favor de que se convoque una Conferencia de Estados Partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si, dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la comunicación, al menos un tercio de los Estados Partes se declara a favor de la convocación de tal conferencia, el Secretario General convocará una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de los Estados Partes presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Toda enmienda adoptada de conformidad con el presente artículo entrará en vigor cuando haya sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes.

Cuando una enmienda entre en vigor, será vinculante para los Estados Parte que la hayan aceptado, los demás Estados Parte seguirán ligados por las disposiciones del presente Tratado y por cualquier enmienda aceptada de antemano.

Artículo 15: “Final provisions”

En la línea 3 hay cláusula de protección de derecho existentes que podría ser usada para proteger los derechos comerciales de las ETNs. Esa cláusula debería desaparecer. Se debe incluir una cláusula que diga que en aquellos casos en que una decisión de sistemas de arbitraje de diferencias inversor-Estados (ISDS en inglés) u otro tribunal de arbitraje pueda llegar a impedir al Estado de domicilio de las comunidades y personas afectadas cumplir con sus obligaciones de derechos humanos hacia ellas, se aplicará una salvaguarda que impedirá llevar ese caso ante el ISDS o cualquier tribunal de arbitraje similar, y que el caso deberá decidirse en el sistema judicial del estado involucrado que definan las comunidades afectadas.

Además, el artículo otorga un poder desproporcionado a las "organizaciones de integración regional", ya que dichas organizaciones podrán votar en lugar de sus Estados miembros en la Conferencia de Estados Parte. Con los votos de sus miembros, estas organizaciones tendrían un número desproporcionado de votos, lo que descalificaría a los Estados. Sin embargo, son estos últimos los que deben asumir sus responsabilidades en materia de derechos humanos ante sus ciudadana.o.s.

Propuestas

- Eliminar clausula en la linea 3.
- Añadir clausulas sobre los ISDS : 1) *Los Estados Partes no pueden aceptar la inclusión de cláusulas de arbitraje por las cuales acepten la competencia de instancias internacionales de arbitraje en procesos de solución de diferencias Estado-inversor.* 2) *Los conflictos entre ETNs y Estados que involucren cuestiones de Derechos Humanos no pueden ser recurridos ante tribunales arbitrales internacionales privados. Las instancias competentes para resolver los mencionados conflictos son: las jurisdicciones internacionales, nacionales y regionales, y mecanismos de control y ejecución en el ámbito internacional que actuarán de manera complementaria a los mismos.*
- Eliminar las lineas 10 y 11 las cuales posibilitan a las organizaciones de integración regionales de adherir a la Convención y votar en bloque en la Conferencia de Estados. A estas organizaciones se les debe otorgar el estatus de observadores.

El Protocolo opcional

Para comenzar, resaltamos que no es habitual prever en un tratado internacional un mecanismo nacional de aplicación, ya que los Estados que ratifican un tratado de este tipo tienen la obligación de transponerlo en su legislación nacional. Lo importante es establecer un tratado eficaz y aplicable, tanto a nivel internacional como nacional. Para que la Convención sea efectiva y ejecutable, como diría el experto Alfred de Zayas, debe "tener dientes", es decir, mecanismos eficaces de justiciabilidad. Sin embargo, el proyecto de Protocolo propuesto no lo permite. De hecho, este Protocolo se acerca mucho a los sistemas establecidos por los códigos de conducta voluntarios, como los Principios Directores de la OCDE sobre las empresas, que no tienen ningún poder real y han demostrado su ineficacia.

Además, el papel cuasijudicial y de mediación asignado al MNA es preocupante, dado que se corre el riesgo de duplicar el trabajo de los órganos judiciales y administrativos existentes y desviar a las comunidades y personas afectadas del acceso efectivo a la justicia ante los tribunales nacionales. Además, este mecanismo no tiene autoridad para remitir las quejas a los tribunales, lo que también es una deficiencia significativa.

Sin embargo, el MNA contiene elementos interesantes que deberían incluirse en el mecanismo de aplicación a nivel internacional (art. 14 "Institutional Arrangement"). El hecho de que estos elementos se incluyan en este tipo de proyecto de protocolo no sólo es inadecuado sino también insuficiente para la aplicación de la Convención que se está debatiendo.

Entre los elementos interesantes figuran: la aplicación efectiva de la Convención mediante la armonización de la legislación nacional, el reconocimiento de la competencia del Comité (u otros mecanismos internacionales) para recibir denuncias individuales y colectivas, y la investigación de las violaciones cometidas por las STN.

Para nosotros está claro que sin un mecanismo internacional independiente para la aplicación de la Convención, como hemos subrayado anteriormente, no será posible poner fin a la impunidad de las ETN y garantizar el acceso a la justicia de las comunidades y las personas afectadas.

Propuestas

Se incluirán en el proyecto de Convención:

- *Los Estados Partes armonizarán su legislación con la presente Convención;*

- *Los Estados Partes deben reconocer la competencia del Comité (u otros mecanismos internacionales) para recibir denuncias individuales y colectivas e investigar las violaciones cometidas por las STN.*

Para concluir, nos parece importante poner en evidencia una cuestión general que conviene tener en cuenta al analizar la Convención y el Protocolo, la de la asimetría. Es decir, el poder económico y político inconmensurable de las ETNs, en muchos casos mayor de los mismos Estados, su capacidad de influir sobre las políticas públicas y el poder de coerción de los tribunales arbitrales privados utilizados por las ETNs para defender sus derechos. La Convención y este Protocolo no cuestionan a esta asimetría que debilita la soberanía de los Pueblos y de los Estados .

Es nuestro entendimiento que sin la elaboración de obligaciones para las ETNs en materia de derechos humanos, sin la institución de un mecanismo de aplicación internacional vinculante y independiente, como explicado en las paginas precedentes, no será posible acabar con la impunidad corporativa ni asegurar el acceso a la justicia para las comunidades y personas afectadas.