



Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme

ORGANISATION INTERNATIONALE NON GOUVERNEMENTALE AYANT STATUT CONSULTATIF AUPRES DES NATIONS UNIES, DE L'UNESCO,
DU CONSEIL DE L'EUROPE ET D'OBSERVATEUR AUPRES DE LA COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

International Federation
for Human Rights

Federación Internacional
de los Derechos Humanos

الفدرالية الدولية لحقوق الإنسان

Derechos humanos y empresas: defender los derechos humanos y garantizar la coherencia

Contribución de la FIDH al Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los Derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales

INTRODUCCIÓN.....	2
1 Los Deberes del Estado.....	2
1.1 Deber de los Estados de respetar: no hacer daño	3
1.2 Deber de los Estados de proteger a las personas de actores no estatales.....	4
2 La responsabilidad de la empresa de respetar	6
2.1 Proceso de debida diligencia de los derechos humanos.....	6
3 Acceso a recursos: reafirmar la importancia de las medidas de reparación.....	8
3.1 Fundamento legal del derecho de acceso a la justicia bajo el derecho internacional.....	8
3.2 Definición y principios generales	9
3.2.1 La dimensión procedimental: el acceso a la justicia.....	9
3.2.2 Dimensión substantiva: el derecho a la reparación	10
3.3 Mecanismos de reclamo no -judiciales: lagunas y deficiencias	10
4 Un paso adelante: creación de un mecanismo universal cuasi-judicial de reparación.....	12
CONCLUSIÓN.....	14

INTRODUCCIÓN

La Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH) agradece la oportunidad proporcionada por la consulta multilateral organizada por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), los días 5 y 6 de octubre de 2009, en el marco del mandato del Representante Especial del Secretario General de la ONU en el tema de los Derechos humanos y las empresas (RESG) para avanzar en los debates en torno a este tema. La FIDH acoge con satisfacción la representación equilibrada, en el programa, de los diferentes puntos de vista. La FIDH recuerda la importancia de dar voz a los representantes de las víctimas de las empresas involucradas en el abuso de los derechos y espera que sus opiniones se tendrán en cuenta para la interpretación y aplicación ulterior del marco "proteger, respetar, remediar". La FIDH lamenta que el ACNUDH no fue capaz de asegurar el financiamiento suficiente para la participación de representantes de la comunidad y que, como consecuencia, muy pocos representantes de comunidades afectadas hayan podido viajar a Ginebra para participar en la consulta.

La FIDH reitera la necesidad de comprometerse con todas las partes interesadas con el fin de crear un diálogo constructivo que pueda conducir a cambios. Sin embargo, la FIDH desea hacer hincapié en la importancia de enfocar los principios de derechos humanos en el centro de los debates; la primacía de los derechos humanos nunca debe ser superada por la búsqueda de consenso. En todo momento, los derechos humanos deben permanecer en el centro del análisis, ya que ellos son los que proporcionan el marco jurídico entorno al cual se deben fundar las reflexiones.

La consulta del ACNUDH proporciona una gran oportunidad para discutir a fondo los desafíos y los dilemas que plantea la puesta en marcha de los tres pilares del marco propuesto por el RESG.

Con este fin, la FIDH desea subrayar lo siguiente:

1 Los Deberes del Estado

La FIDH agradece el énfasis puesto por el Representante Especial en la obligación primordial del estado de respetar los derechos humanos ante el derecho internacional. El deber del Estado concerniente a las empresas y los derechos humanos incluye la obligación de respetar los derechos humanos al realizar o facilitar actividades económicas, así como la obligación de proteger a las personas de daños causados por agentes no estatales.

La FIDH cree firmemente que la obligación del Estado con respecto a los derechos humanos se extiende más allá de sus fronteras geográficas, y que incluye obligaciones extra-territoriales.

El argumento legal para que los gobiernos tomen en cuenta los derechos humanos en el ejercicio de sus acciones comerciales o financieras, que tienen consecuencias dentro y fuera de sus fronteras, ha sido objeto de publicaciones importantes en el mundo académico y de las ONGs. Sin entrar en muchos detalles, basta decir que tal obligación de «no hacer daño» en otros países se remonta a la Carta de las Naciones Unidas¹ y se basa en particular en la obligación de los Estados a la asistencia

1 El artículo 55 establece: «Con vistas a la creación de condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto del principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos, que las Naciones Unidas promoverán : 1. estándares de vida más elevados, el pleno empleo, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; 2. soluciones a problemas internacionales económicos, sociales, de salud, y otros problemas conexos; y la cooperación internacional para la cultura y la educación; y 3, el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales de

y cooperación internacionales que está reconocida en la Carta y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos² (DUDH) y es vinculante para las 157 Partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³ (PIDESC). Se exige a los Estados en particular, no llevar a cabo cualquier acción que pueda representar un obstáculo para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en otros países. Esto también se aplica cuando los Estados toman decisiones como miembros de organizaciones internacionales⁴. Por lo tanto, el profesor Ruggie debe fundamentar su interpretación de la cooperación internacional en el marco del derecho internacional, y debe ir más allá de "los Estados en trabajo conjunto para la sensibilización, el desarrollo de capacidades y la resolución conjunta de problemas"⁵.

1.1 Deber de los Estados de respetar: no hacer daño

El primer deber del Estado es de "no hacer daño, que esta relacionado al apoyo prestado a las empresas estatales a través de las agencias de crédito a las exportaciones, así como a la promoción del comercio y la inversión para la concreción de acuerdos multilaterales o bilaterales. Esto se aplica tanto para el estado de origen como para el estado de acogida. Es obligación de los estados no socavar o disminuir su capacidad, o la capacidad de otros estados, de cumplir con sus obligaciones con los derechos humanos a la hora de firmar tales acuerdos.

La conclusión de los acuerdos multilaterales de comercio y de inversión en el marco de la Organización Mundial del Comercio y en el plano bilateral, en el aislamiento del régimen de derechos humanos, ha contribuido a la fragmentación del derecho internacional. A pesar de los desafíos planteados por dicha fragmentación, el régimen internacional de derechos humanos no puede ser desplazado y tratado de manera aislada de otros regímenes jurídicos. Los Estados no pueden por un lado ratificar tratados de derechos humanos y, por otra parte, celebrar acuerdos que impidan, a sí mismos y a otros estados, cumplir con sus obligaciones hacia los derechos humanos. Tal actitud contradictoria equivale a una violación de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, que por lo menos deberían ser tratados como iguales a otros regímenes jurídicos. No solo se contraviene la Carta y el propósito de los tratados de derechos humanos, sino que se viola cualquier noción de que los objetivos de este tipo de acuerdos de inversión están destinados a promover el *desarrollo sostenible*.⁶ Por último, en caso de conflicto entre normas distintas, los derechos humanos deben prevalecer.

todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión. Artículo 56. Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas, conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización para la consecución de los fines establecidos en el artículo 55. Estos artículos deben leerse en combinación con el preámbulo de la Carta, que estipula que los Estados reafirmen su "fe en los derechos humanos fundamentales y en la dignidad y el valor de la persona humana; en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, de naciones grandes y pequeñas, creando condiciones bajo las cuales la justicia y el respeto de las obligaciones derivadas de tratados y otras fuentes del derecho internacional se pueden mantener, promoviendo el progreso social y mejores niveles de vida con mayor libertad. Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945, su entrada en vigor: el 24 de octubre de 1945.

2 La DUDH reconoce que la cooperación internacional es un derecho. Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en 1948, art. 22 y 28.

3 Cinco artículos del Pacto ICESCR se refieren a la obligación de asistencia internacional y cooperación. Véase, en especial el art. 2 (1).

4 Véase, por ejemplo, en el CESCR, "Observación general número 14: el derecho al más alto nivel posible de salud", E/C.12/2000/4 (2000), párr. 39.

5 John Ruggie, "Negocios y Derechos Humanos: Hacia la puesta en marcha del marco "proteger, respetar y remediar " : Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales ", A/HRC/11/13, párrafo 38.

6 La mayoría de los tratados bilaterales de inversión (TBI) y los acuerdos comerciales lo especifica en su preámbulo.

El Representante Especial resalta la necesidad de sensibilizar a los negociadores de los países en desarrollo sobre los riesgos que las inversiones y los acuerdos comerciales, en particular las cláusulas de estabilización, pueden generar para su capacidad de desempeñar sus obligaciones hacia los derechos humanos. La FIDH considera que estos acuerdos deben ser evaluados de forma sistemática considerando las obligaciones preexistentes, concernientes a los de derechos humanos, de todas las partes y en consecuencia ser modificado o rechazado si no están en conformidad. La FIDH espera que el Representante Especial orientara a los Estados en tales situaciones.

Los acontecimientos violentos que se produjeron en junio de 2009 en Bagua, Perú, en relación con los decretos legislativos destinados a facilitar las concesiones a empresas extranjeras en tierras indígenas y adoptados en el contexto más amplio de un acuerdo de libre comercio, reafirman la necesidad de situar los derechos humanos en el centro del debate sobre desarrollo económico.

Para garantizar la coherencia de las políticas nacionales, deben integrarse normas de derechos humanos en las estructuras de políticas gubernamentales de toma de decisiones. Esto requiere la adopción de una amplia gama de medidas; por ejemplo, se debe proveer formación en derechos humanos a los funcionarios públicos pertinentes, tales como diplomáticos y negociadores de los ministerios de finanzas y comercio, así como a los empleados de las oficinas de exportaciones y de los organismos de crédito del estado. Políticas fehacientes por los derechos humanos y el medio ambiente, así como mecanismos de monitoreo de las mismas, deben ser establecidos para garantizar la coherencia entre las obligaciones del Estado crediticio y los distintos proyectos que financia.

Por último, a pesar de que asegurar la coherencia mencionada se encuentra dentro de las obligaciones de los Estados, la experiencia actual muestra que el interés público es, a menudo, dejado de lado durante las negociaciones. Esto ocurre por varias razones; por ejemplo un desequilibrio de poderes entre los negociadores; la presión ejercida sobre los gobiernos vulnerables; el cabildeo de las empresas y la corrupción. Por lo tanto, asegurar la coherencia debe también ser parte de las obligaciones de las empresas para asegurarse de que la defensa de sus intereses no impedirán a terceros el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos. En consecuencia, las empresas deben actuar con la debida diligencia (véase la sección abajo) en caso de que supiera o debiera haber sabido que sus acciones generan o contribuyen significativamente a violaciones de derechos humanos. Esto debe aplicarse, por ejemplo, a aspectos polémicos como las cláusulas de propiedad intelectual que ponen en peligro el acceso a medicamentos.

1.2 Deber de los Estados de proteger a las personas de actores no estatales

El segundo deber de los Estados se refiere a la obligación de proteger a las personas de violaciones de derechos humanos perpetradas por agentes empresariales. Una vez más, esta obligación se aplica tanto a los Estados de origen y como a los de acogida que tienen la capacidad de ejercer control sobre sus empresas operando en su país y en el extranjero. En efecto, el deber de los Estados de proteger pierde prácticamente toda su significación e importancia si se le priva de la dimensión extraterritorial. Si existe una necesidad de hablar de “negocios y derechos humanos” es, principalmente, debido a las lagunas gubernamentales detectadas por el profesor Ruggie. Una de las mayores lagunas se refiere a la incapacidad o falta de voluntad de los Estados de origen de aplicarse a las normas del trabajo y derechos humanos contenidas en los ordenamientos jurídicos de su sistema legal. Por esta razón, es fundamental que los Estados de origen puedan ejercer jurisdicción extraterritorial sobre los actos cometidos en el extranjero por sociedades constituidas al

amparo de su jurisdicción, tal como señaló el RESG⁷. A este respecto, el Representante Especial sigue siendo vago al afirmar que "la actual orientación sugiere que los Estados no están obligados a regular o juzgar las actividades extraterritoriales de las empresas constituidas en su territorio, pero tampoco están, generalmente, prohibidos de hacerlo, siempre y cuando existan una base de competencia reconocida y una prueba de racionalidad"⁸. La FIDH invita al Representante Especial a adoptar una posición firme sobre la dimensión extraterritorial del deber de los Estados de proteger, que es clave para la puesta en marcha de su marco. El hecho de no reconocer claramente la dimensión extraterritorial del deber del Estado de proteger, disminuiría, en gran medida la utilidad del marco del RESG y nos llevaría de vuelta al punto de partida, es decir al reconocimiento de que existen lagunas gubernamentales que, actualmente, hacen que para los Estados de origen la aplicación de normas de derechos humanos sea muy difícil o incluso imposible.

Por último, la obligación de los Estados de proteger, bajo la ley internacional de los derechos humano, también les obliga a proporcionar acceso a la justicia a las víctimas de abusos cometidos por las empresas. Los recursos pueden adoptar diversas formas y pueden ser facilitados por las instancias judiciales y en algunas circunstancias, por diferentes mecanismos competentes, tales como órganos administrativos, órganos cuasi judiciales e instituciones nacionales de derechos humanos (INDH). La FIDH considera que es fundamental para las distintas instancias incorporar los principios de justicia y tener la capacidad de proporcionar medios de reparación efectivos para las víctimas (véase la sección 3. Sobre el acceso a la reparación).

Asimismo, los Estados deben promover entre sus empresas, una cultura corporativa respetuosa de los derechos humanos. Con este fin, las medidas voluntarias no son ni suficientes, ni deseables para las empresas en busca de claridad sobre lo que se espera de ellas. Si bien el fomento de las culturas corporativas respetuosas de los derechos humanos puede hacerse de muchas maneras, tales como a través de la educación sobre los derechos humanos que debe ir acompañada de la adaptación de las legislaciones nacionales con respecto a las empresas. La FIDH apoya las herramientas del proyecto de ley corporativa del Representante Especial y espera que las conclusiones de este proyecto darán lugar a propuestas concretas de reformas legales como forma de incorporar lo siguiente en la legislación nacional: el deber de debida diligencia, cómo superar las dificultades que enfrentan para la determinación de la personalidad jurídica de las empresas y los deberes de sus directores.⁹ La complejidad de las estructuras de las empresas hace muy difícil, a menudo imposible, que los Estados ejerzan jurisdicción extraterritorial sobre las empresas que están registradas bajo su jurisdicción.

Es muy necesaria la orientación de los organismos internacionales y regionales sobre cómo los Estados deben ejercer su deber de Proteger *vis-à-vis* las actividades de las empresas globalizadas. También se necesita orientación con relación a las obligaciones respectivas de los Estados tomando en cuenta los diferentes grados de relación territorial que puedan tener con una corporación involucrada en abusos de los derechos humanos. Otra de las dificultades que se plantean en los casos de abusos de las empresas está vinculada a la determinación del denominado "Estado de origen". En efecto, como claramente puso de manifiesto el caso Trafigura, las compañías tienen, a

7 "... El derecho internacional establece que los Estados tienen el deber de proteger contra los abusos de los derechos humanos cometidos por actores no estatales, incluidas las empresas, que afectan a las personas dentro de su territorio o jurisdicción. , en John Ruggie, "Proteger, respetar y Remediar: un marco para las empresas y los Derechos Humanos", A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008, párrafo 19. .

8 John Ruggie, «Addendum: obligaciones de los Estados de facilitar el acceso a interponer recursos por violaciones de los derechos humanos por parte de terceros, incluidas las empresas: una visión general de las disposiciones internacionales y regionales, comentarios y decisiones», A / HRC, 11/13, Add.1, 15 mayo de 2009, p. 3.

9 En este sentido, la Coalición Europea de Justicia Empresarial (CEJE), de la que la FIDH es miembro, ha desarrollado interesantes demandas legales. <http://www.corporatejustice.org/>

menudo, vínculos con una serie de Estados, por lo que es necesaria la orientación para establecer los derechos de los respectivos Estados, en especial, para la adjudicación de las actividades de las empresas. La FIDH considera que la labor realizada por el Representante Especial será un paso importante hacia delante para una mejor comprensión del deber de los Estados de respetar y proteger los derechos humanos, en particular, de las personas que viven fuera de sus fronteras.

A través de sus observaciones generales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya ha proporcionado algunas orientaciones fundamentales sobre cómo los Estados deben ejercer su deber de Proteger a nivel extra-territorial.¹⁰ La labor del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial también es informativa sobre esta cuestión. En sus observaciones finales para Canadá en el 2007, el Comité puso de relieve el incumplimiento del gobierno con sus obligaciones de garantizar que las empresas que operan fuera de su territorio están respetando los derechos de los pueblos indígenas. El "Comité alienta al Estado Parte a adoptar las medidas legislativas o administrativas para **impedir** los actos perpetrados en Canadá por empresas transnacionales, actos que repercuten negativamente en el goce de los derechos de los pueblos indígenas en los **territorios fuera de Canadá**. En particular, el Comité recomienda que el Estado Parte estudie la forma de **responsabilizar a las empresas transnacionales registradas en Canadá**".¹¹

Por último, es también deber de los Estados garantizar que las personas puedan expresar libremente sus opiniones, incluso su desacuerdo con los proyectos de negocios. La FIDH está preocupada por la tendencia actual a criminalizar la protesta social en varios países.

2 La responsabilidad de la empresa de respetar

2.1 Proceso de debida diligencia de los derechos humanos

En cuanto a la responsabilidad de las empresas de respetar, la FIDH acoge con satisfacción la afirmación del profesor Ruggie de que las empresas tienen la responsabilidad de respetar todos los derechos humanos en todo momento. La FIDH también considera que se requieren más investigaciones sobre las responsabilidades de las empresas que van más allá del respeto de los derechos humanos en situaciones específicas, por ejemplo cuando las empresas desempeñan funciones públicas.

La FIDH aboga por la necesidad de integrar la obligación de debida diligencia en las legislaciones nacionales. Mientras las empresas dispuestas a aplicar la debida diligencia en sus operaciones se ven carentes de orientación, se mantienen, en la actualidad, en desventaja en un mercado en el que las empresas que no toman en cuenta la debida diligencia siguen actuando con impunidad, sin enfrentarse a sanciones legales o económicas. La inclusión de los procesos de debida diligencia en las legislaciones nacionales como una obligación legal, podría inspirarse en lo que ya se está haciendo en otros ámbitos del derecho, tales como las leyes contra la corrupción.

Al definir el concepto de debida diligencia, la FIDH desea hacer hincapié en la necesidad de garantizar la **transparencia**, tanto en relación con la manera en que los procesos de debida

10 Véase, por ejemplo, el CDESCR, Observación General 17, "El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de toda producción científica, literaria o artística de la cual él o ella es autor, Observación General 19 sobre el derecho a la seguridad social ", E/C.12/GC/19 (2008).

11 CERD, «Observaciones finales del CEDR: Canadá», CERD/C/CAN/CO/18, 25 de mayo de 2007, párrafo 17.

diligencia se desarrollan dentro de las empresas, como en los resultados de tales procesos. Las empresas no pueden, por un lado, ser transparentes sobre las iniciativas corporativa de responsabilidad social que asumen, y por otro lado, actuar con opacidad en cuanto a los detalles de sus procesos de debida diligencia o a los resultados de las evaluaciones emprendidas sobre el impacto en los derechos humanos. Mas que aumentar el riesgo de litigios para las empresas, los procesos de debida diligencia, pueden beneficiar a las mismas ayudándolas a identificar riesgos potenciales, como el profesor Ruggie señala acertadamente.¹² Por lo tanto, se debe poner énfasis en la **divulgación** que en última instancia esta vinculada al **derecho del individuo a tener acceso a la información**.

Otro elemento esencial de la debida diligencia esta relacionado a la **participación**. Deben ser consultadas no sólo las partes interesadas, si no también las personas que pueden ser directamente afectadas por las actividades de la empresa. Estas personas deben, por obligación de la compañía, participar activamente en las discusiones con la empresa antes y durante sus operaciones. Las empresas, muy a menudo con el apoyo de los gobiernos locales, entablan diálogo con las comunidades generalmente una vez que el proyecto ya está diseñado y financiado, y por lo tanto las comunidades se ven privadas de la posibilidad de influir en el *modus operandi* de los proyectos empresariales. Esto crea frustración, muchas veces conduce a la división de la comunidad y no toma en consideración el derecho de las personas a la participación en proyectos que les afectan. Los mecanismos de participación deben ser incluyentes y no discriminatorios. En esencia, el aporte de las personas potencialmente afectadas por las operaciones de una empresa debe integrarse en todos los aspectos del diseño y la ejecución de proyectos, y se debe prestar especial atención a grupos vulnerables como los pueblos indígenas y las minorías.

Por último, en casos específicos, como aquellos en los que los pueblos indígenas pueden verse afectados por un proyecto, la obligación de debida diligencia de las empresas debería exigir la obtención del consentimiento libre, previo e informado, particularmente en los casos en que los Estados no garantizan la presencia de esos mecanismos.

La FIDH agradece la inclusión que hace el Representante Especial de la noción de "ciclo de vida" de un proyecto o actividad comercial en la interpretación de la debida diligencia. Esencial para garantizar la prevención y mitigación de los riesgos y el impacto sobre los derechos humanos, este requisito supone que las empresas consideran, entre otras cosas, el impacto sobre el medio ambiente, la capacidad de las comunidades para la búsqueda de medios de subsistencia, y la preservación de su modo de vida. Estas consideraciones son especialmente importantes para las actividades comerciales de la industria de extracción, teniendo en cuenta que los derechos de los pueblos indígenas afectados son casi sistemáticamente violados cuando se trata de proyectos de inversión extranjera directa.

Con respecto a la importancia de actuar con la debida diligencia en la cadena de suministro, la FIDH desea insistir en la necesidad de examinar las prácticas de abastecimiento que representan una razón importante para tratar las condiciones de derechos humanos en la cadena de suministro. La FIDH invita al RESG a llevar a cabo una evaluación crítica de las prácticas actuales de aprovisionamiento global de las corporaciones multinacionales. Esto debería incluir: tanto el esfuerzo para mejorar las condiciones de trabajo y las prácticas empresariales, como la lucha para determinar lo que un proceso de Debida Diligencia debería implicar en relación con la cadena de suministro. Para apoyar al Representante Especial en este empeño, la FIDH se complace en compartir su experiencia de trabajo con empresas mundiales minoristas en la cadena de suministro.

12 John Ruggie, "Negocios y derechos humanos: hacia una puesta en funcionamiento del marco" proteger, respetar y remediar ", A/HRC/11/13, 22 de abril de 2009, considerando 83.

Por último, es importante reconocer la debida diligencia como sólo una dimensión del deber de las empresas de respetar los derechos humanos. La obligación de llevar a cabo la debida diligencia no debe impedir que, llegado el momento, se pueda responsabilizar a las empresas.

3 Acceso a recursos: reafirmar la importancia de las medidas de reparación

En cuanto al tercer pilar del marco del RESG, la FIDH insiste en que los principios fundamentales del derecho al acceso a la justicia bajo el derecho internacional, deben servir de directrices para evaluar los mecanismos de reparación y debería apuntar a mejorar y / o establecer otras nuevas en el contexto de la resolución del Profesor Ruggie .

3.1 Fundamento legal del derecho de acceso a la justicia bajo el derecho internacional

La FIDH acoge con satisfacción la presentación de un addendum al informe provisional¹³ del RESG que expresamente se centra en el alcance de la obligación de los Estados de proporcionar acceso a la reparación por abusos de terceros. A la FIDH le sigue preocupando que la reflexión actual sobre el derecho individual a una reparación efectiva parece estar limitada a las flagrantes violaciones de los derechos humanos. En su informe, el profesor Ruggie destaca que "[...] el derecho individual a la reparación ha sido reafirmado *por la categoría de los actos considerados* (énfasis añadido) por los principios básicos y las directrices de las Naciones Unidas sobre el derecho a la justicia y a obtener reparaciones para las víctimas de Violaciones flagrantes de los derechos humanos y Violaciones graves del derecho internacional humanitario"¹⁴. En efecto, tal afirmación podría implicar que el derecho individual a la reparación solo existe para violaciones graves y masivas de los derechos humanos. Sin entrar en detalles sobre la cuestión de la personalidad internacional ante el derecho internacional, basta decir que la opinión más común reconoce claramente a los individuos como sujetos del derecho internacional. El régimen de los derechos humanos es un ejemplo de que, inherentemente, sí se confiere derechos directamente a los individuos. En cuanto al derecho a la justicia, éste ha sido reconocido como un principio fundamental del derecho internacional¹⁵. El antiguo Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la reparación de las víctimas de Violaciones flagrantes de los Derechos Humanos, Theo Van Boven, confirmó que la violación de cualquier derecho humano da lugar al derecho a la reparación para las víctimas¹⁶. Este derecho no puede ser limitado únicamente a flagrantes y graves violaciones de los

13 John Ruggie, «Addendum: obligaciones de los Estados para facilitar el acceso a la justicia por violaciones de derechos humanos por parte de terceros, incluidas las empresas: una visión general de las disposiciones internacionales y regionales, comentarios y decisiones», A / HRC, 11/13, Add.1, 15 mayo de 2009.

14 John Ruggie, «Addendum: obligaciones de los Estados para facilitar el acceso a la justicia por violaciones de derechos humanos por parte de terceros, incluidas las empresas: una visión general de las disposiciones internacionales y regionales, comentarios y decisiones», A / HRC, 11/13, Add.1, 15 mayo de 2009. p.4

15 Véase, en particular el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2 (3) (1): «Para garantizar que: cualquier persona cuyos derechos o libertades, reconocidos en el presente, hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación haya sido cometida por personas que actuaban a título oficial, para garantizar que toda persona que interponga tal recurso tendrá sus derechos respectivos, determinados por autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o por cualquier otra autoridad competente prevista por el ordenamiento jurídico del Estado, y desarrollar las posibilidades de recurso judicial ... ».

16 Comisión de Derechos Humanos, "Estudio sobre el derecho de restitución, reparación y rehabilitación para las

derechos humanos, y esto debe ser reafirmado claramente en los reportes posteriores del profesor Ruggie.

3.2 Definición y principios generales

3.2.1 La dimensión procedimental: el acceso a la justicia

El Representante Especial se refiere a los principios mínimos que los mecanismos no judiciales deben cumplir. Estos seis principios son la legitimidad, la accesibilidad, la previsibilidad, la equidad, la compatibilidad de derechos y la transparencia¹⁷.

Según el derecho internacional, el primer y fundamental aspecto del derecho a una reparación efectiva es el acceso a la justicia. Si no se las limita a las instancias judiciales, las soluciones pueden adoptar diversas formas y pueden ser provistas por otros mecanismos competentes, tales como los órganos administrativos, órganos cuasi judiciales, las instituciones nacionales (INDH) o defensores del pueblo. La FIDH considera que lo más importante, es la incorporación de los principios de justicia y la capacidad de proporcionar recursos efectivos para las víctimas en diferentes instancias de reparación.

Según la justicia internacional, el derecho a la reparación se refiere al: acceso equitativo y efectivo a la justicia; a una forma adecuada, efectiva y rápida de reparación del daño sufrido; y, por último, al acceso a información pertinente (o el derecho a saber, derecho a la verdad) sobre violaciones y mecanismos de reparación¹⁸. En otras palabras, los recursos siempre deben ser accesibles, adecuados, eficaces y rápidos¹⁹.

Cuando el RESG se refiere al asunto de la legitimidad y la transparencia, la cuestión de la independencia de los mecanismos de reparación debe ser planteada. Si bien sólo se refiere a "estructuras de gobernanza suficientemente independientes", el RESG debería hacer hincapié en la **noción fundamental de imparcialidad**. Además, Los mecanismos de reparación deben **estar disponibles y ser accesibles**. En su informe provisional, el profesor Ruggie destaca acertadamente la necesidad de eliminar los obstáculos económicos y sociales con el fin de garantizar el acceso a mecanismos de reparación²⁰. En cuanto al principio de previsibilidad, Ruggie debería estar asociado

víctimas de Violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe Final presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial", Doc. de la ONU. E/CN.4/Sub.2/1993/9 (2 de julio de 1998), párr. 13.

17 Con un 7º principio que es el diálogo y la mediación para los mecanismos empresariales.

18 Theo Van Boven / Cherif Bassiouni, «Principios y directrices básicas sobre el derecho a interponer recursos y Reparación para las Víctimas de Violaciones flagrantes de los derechos humanos y Violaciones graves del derecho internacional humanitario », adoptada y proclamada por la resolución 60/147 de la Asamblea, del 16 de diciembre de 2005, principio VII. Louis Joinet / Diane Orentlicher, "Conjunto actualizado de principios para la protección de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad ", 8 de febrero de 2005, E/CN.4/2005/102/Add.1.

19 Con ese fin los Estados se asegurarán, si no lo han hecho ya, de que su derecho interno sea compatible con sus obligaciones internacionales, para lo cual: [...] b) Adoptarán procedimientos administrativos y judiciales apropiados y eficaces que den acceso imparcial, efectivo y rápido a la justicia; c) Pondrán a disposición de las víctimas las reparaciones suficientes, eficaces y rápidas que se definen más abajo; [...]” Theo Van Boven / Cherif Bassiouni, «Principios y directrices básicos sobre el derecho a la justicia y obtener reparaciones para las víctimas de Violaciones flagrantes de los derechos humanos y Violaciones graves del derecho internacional humanitario», adoptada y proclamada por el Resolución General de la Asamblea.60/147 de I.1.2 16 de diciembre 2005, principios I.2. b) y c).

20 Es posible que el Representante Especial desee hacer referencia a los estudios realizados en torno a los derechos

con los principios de Van Boven / Bassiouni que se refieren al «acceso a la información pertinente relativa a violaciones y mecanismos de reparación ». Por último, las conversaciones del RESG sobre la noción de compatibilidad de derechos, como resultado, deberían estar en línea con el reconocimiento internacional de derechos humanos.

3.2.2 Dimensión sustantiva: el derecho a la reparación

La FIDH aplaude la atención prestada a la cuestión de la reparación y su reconocimiento, en su addendum, como parte del derecho a un recurso efectivo, aunque los debates en torno a los mecanismos de reparación para las víctimas de abusos de las empresas se han centrado, hasta ahora, principalmente en la cuestión del *acceso* a la justicia. Sin embargo, más allá de esta cuestión se encuentra una segunda y fundamental dimensión del derecho al recurso: el derecho de las víctimas a la reparación.

Percibido a veces como distinto del derecho al recurso, el derecho a la reparación - también conocido como derecho a la compensación - se puede considerar como la dimensión sustantiva del derecho al recurso. En su informe provisional, el profesor Ruggie se refiere brevemente a la obligación de los estados de proporcionar una reparación adecuada a las víctimas. Como el derecho a la reparación es un aspecto esencial del derecho al recurso, se considera que "sin la reparación, la obligación de proporcionar un recurso efectivo [...] no se cumple"²¹. Estas medidas de reparación no pretenden tener carácter punitivo, sino que están más bien orientadas a las víctimas y toman la proporción de la gravedad y de los daños causados por la violación²². Las medidas de reparación pueden adoptar diferentes formas como la **restitución, rehabilitación, indemnización, satisfacción y garantías de no repetición**, y por lo tanto van más allá de una compensación financiera.

Así, más allá de la cuestión del acceso a la justicia, el derecho al recurso también abarca el derecho a una forma adecuada de reparación.

3.3 Mecanismos de reclamo no -judiciales: lagunas y deficiencias

Como regla general, los mecanismos de reclamo no-judicial no deben pretender sustituir a los mecanismos judiciales. Sin entrar en detalles acerca de los diferentes mecanismos no-judiciales observados por el profesor Ruggie en sus informes, mencionaremos algunos que merecen la pena.

Con respecto a los Puntos de Contacto Nacionales (PCN), una evolución positiva desafortunadamente no ha sido acompañada por cambios concretos.²³ Además de su falta de

económicos, sociales y culturales, como el realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Acceso a la Justicia como Garantía de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Una revisión de las Normas de Aprobación por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Serie de Documentos Oficiales de la OEA / Ser.L / V / II (7 de septiembre de 2007)

21 Comité de Derechos Humanos, Naturaleza de la obligación jurídica general de los Estados Parte en el Pacto, U. N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), párrafo 16.

22 «La reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si dicho acto no hubiese sido cometido », la Corte Permanente de Justicia Internacional, Caso de la Fábrica de Chorzow, Fondo, 1928, PCIJ, Sr.a, N ° 17 (13 de septiembre), a 47 .

23 Por ejemplo, las organizaciones no gubernamentales han informado que Afrimex prosigue sus actividades comerciales en la República Democrática del Congo Ver OECD Watch, Global Witness vs Afrimex, http://oecdwatch.org/cases/Case_114/?searchterm=afrimex FIDH/ Octubre de 2009 - 10

aplicación de las recomendaciones formuladas, los PCN presentan numerosas limitaciones que ponen en peligro su potencial y no llenan las condiciones esenciales para cumplir con los principios del derecho al recurso. Entre éstas limitaciones están: el hecho de que los PNC no son universales y, a menudo, son inactivos o inexistentes; incluso, en países de la OCDE, la ausencia de una garantía de que la revisión de los reclamos realizada por los miembros de PNC sea independiente y competente para abordar cuestiones de derechos humanos; la falta de directrices comunes y la coherencia para aceptar, tratar y hacer el seguimiento de las denuncias y la ausencia de poderes cuasi-judiciales.²⁴ Por otra parte, cabe señalar que el sistema de la OCDE NCP es un instrumento de mediación entre partes y creación de consenso sobre la resolución adecuada de un incidente. Asimismo, los hallazgos de los PNC no son en absoluto vinculantes para la empresa y la participación de una empresa en el proceso no es garantizada. Esta forma de poner remedio a menudo suele ser inadecuada - en particular cuando la empresa y la víctima no pueden ponerse de acuerdo sobre los elementos de los supuestos abusos.

En cuanto a las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH), aunque todavía no participan plenamente en las cuestiones de negocios y derechos humanos, tienen el potencial de ser una poderosa palanca adicional a la disposición de las víctimas. Sin embargo, varios problemas identificados con respecto a las INDH se observan y no deben pasarse por alto. Aún hoy, muchas de las INDH no tienen la capacidad de recibir denuncias de particulares. En la práctica, muchas de ellas no acatan plenamente los principios de París, y muchas todavía no cuentan con el mandato de examinar el asunto de las empresas y los derechos humanos.²⁵ Además, no está claro cómo y si es que puede tratar: la responsabilidad de las empresas madre en oposición a las filiales locales, así como la responsabilidad de los países de origen para controlar las empresas que actúan en el extranjero. La FIDH, sin embargo, hará un seguimiento de la labor del Comité Internacional de Coordinación de las instituciones nacionales, y espera que algunas de estas limitaciones puedan abordarse en este foro.

Por último, con respecto a los mecanismos de queja basados en las compañías, la FIDH está de acuerdo con el Representante Especial en que éstos puedan desempeñar un papel preventivo en la identificación de problemas recurrentes y en la adaptación de prácticas antes de que ocurran las violaciones. Si éstos mecanismos están diseñados para asegurar una participación significativa de los interesados en determinadas comunidades, pueden resultar interesantes para supervisar y evaluar el respeto de los derechos humanos. Ellos deben ser diseñados de acuerdo con los requisitos de debida diligencia. Sin embargo, sin importar cuán esenciales pueden ser para la prevención de abusos de derechos humanos, tienen, por su propia naturaleza, defectos inherentes tales como su falta de independencia. Esto nos obliga a buscar otras opciones para garantizar en última instancia, el acceso de las víctimas a mecanismos independientes de reparación cuando la violación ha tenido lugar.

Los mecanismos a nivel de las empresas, tanto como otros órganos administrativos, siempre deben ser considerado como un medio complementario y seguirán siendo insuficiente, por sí solos, para garantizar el respeto de los derechos de la víctima a la reparación.²⁶

[consultado 9 de septiembre 2009]

24 Actuando sólo como un foro para la mediación, los PNC no tienen, a diferencia de organismos como la comisión de los derechos humanos de la ONU, las competencias que se asemejan a las de un tribunal que puede poner remedio a una situación ordenando las medidas.

25 Véase la amplia encuesta realizada por el Profesor Ruggie y su equipo. Se destaca las diferencias importantes entre las instituciones nacionales. En ese momento, 10 de las 43 instituciones nacionales que respondieron podrían abordar las quejas relacionadas con cualquier tipo de empresa, con todos los derechos. *Empresas y Derechos Humanos: una encuesta sobre las practicas del INDH*.

26 El Comité de Derechos Humanos ha reconocido que los recursos puramente administrativos no han sido suficientes

Se sabe que los Estados de origen a menudo no tienen la capacidad (o voluntad) para cumplir con su obligación de proteger y por lo tanto de respetar normas de derechos humanos. En vista de esta brecha identificada por el Profesor Ruggie, los Estados de origen tendrán la obligación de garantizar que las empresas con sede en su territorio no violan los derechos humanos cuando actúan en el extranjero, los Estados de origen juegan un papel crucial en la provisión de acceso a la justicia. En este sentido, la FIDH espera que la labor del Representante Especial y su equipo contra los obstáculos jurídicos, haga recomendaciones para una legislación más fuerte en los Estados de origen, incluyendo especialmente la jurisdicción extraterritorial.

Últimamente, más y más demandas contra las empresas en los Estados de origen se resuelven por acuerdos fuera de una corte. Sería útil si el profesor Ruggie podría orientar sobre los criterios que los acuerdos deben cumplir para defender el derecho de las víctimas a la reparación. Con el fin de hacerlo, la FIDH invita al RESG a llevar a cabo un análisis de los últimos acuerdos fuera de corte desde la perspectiva del derecho a la reparación. Según la FIDH, dichos criterios deberían, en particular: garantizar la participación de las víctimas en la negociación de medidas de compensación para garantizar así el consentimiento informado de las víctimas; sin prohibición a otras jurisdicciones a la resolución de los casos, sin exclusión de las otras víctimas, sin ser parte del acuerdo para llevar a cabo acciones legales; comprende los mecanismos de evaluación con supervisión independiente, e incluye medidas correctoras para evitar la repetición. En definitiva, éstas transacciones fuera de corte deben preservar los derechos de las víctimas a emprender una acción judicial en caso de que haya responsabilidades penales involucradas, en particular para los crímenes internacionales. El derecho penal internacional no permite ninguna excepción cuando se trata de crímenes internacionales cualquiera que sea la personalidad jurídica de los presuntos autores del delito, incluidos los individuos que representan a las empresas transnacionales. Estos principios fundamentales deben ser aún más resaltados en el reporte del Representante Especial²⁷.

4 Un paso adelante: creación de un mecanismo universal cuasi-judicial de reparación

En su informe provisional, el profesor Ruggie enumera sugerencias para la creación de una nueva institución internacional, como una centro de información que oriente a las partes hacia los mecanismos apropiados, , un mecanismo de creación de capacidad, un organismo de de expertos y un mecanismo internacional de reparación de agravios . Si bien favorable a las tres primeras opciones, el profesor Ruggie es de la opinión de que frente a un mandato internacional, un mecanismo de adjudicación pero no judicial, no se está debidamente equipado para hacer frente a cuestiones complejas. También sugiere que sería poco probable que se cumpla con "las normas básicas de imparcialidad y rigor" y por lo tanto, no daría perspectivas de remedios satisfactorios. En este punto y antes de examinar su propuesta de un órgano de mediación internacional, mencionamos algunos matices que merecen la pena.

Estando de acuerdo con tal argumento equivaldría a desacreditar el trabajo de los órganos de tratados de las Naciones Unidas. Aunque ciertamente presente deficiencias importantes en particular debido a su falta de recursos, sin embargo representan a los órgano universales cuasi-

para proporcionar recursos efectivos y por lo tanto el cumplimiento de obligaciones de los Estados en virtud del artículo 2.3 del Pacto. Véanse en particular *Bautista c. Colombia*.

27 Para más detalles sobre los derechos de las víctimas, consulte la «Guía de la FIDH sobre Derechos de las Víctimas ante la Corte Penal Internacional», Capítulo I - La evolución del acceso de las víctimas a la justicia, mayo de 2007, disponible en: <http://www.fidh.org/Victims-Rights-Before-the>

judiciales que han demostrado ser competentes para hacer frente a una serie de cuestiones de derechos humanos sobre la base de observaciones por escrito, independientemente de la complejidad de los casos. Los órganos de tratados y, en cierta medida algunos de los procedimientos especiales tienen su legitimidad de un mandato dado por la comunidad internacional y basan su trabajo en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Ellos proporcionan una interpretación autorizada sobre el contenido de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales y en el alcance de las obligaciones de los Estados y han desarrollado una jurisprudencia importante. En muchos casos, han demostrado ser los mecanismos para las víctimas que buscan volcar la justicia. El rechazo de un órgano internacional cuasi-judicial no debe basarse en el principio de que éste se enfrentara a retos importantes, ya sean retos prácticos, financieros o políticos.

Como una alternativa a un mecanismo internacional cuasi judicial, el profesor Ruggie sugiere el uso de un organismo ya existente o red internacional que podría ofrecer mediación en conflictos y eventualmente el arbitraje. Si bien la presentación de elementos es muy interesante, la FIDH considera que en la actualidad ningún organismo llena los vacíos existentes que las víctimas enfrentan cuando buscan justicia.

La FIDH comparte plenamente la preocupación del Profesor Ruggie, por garantizar la eficacia de los mecanismos de reparación evitando la duplicación de los mecanismos a causa del uso de iniciativas ya existentes. La FIDH reconoce que la solución más conveniente para las víctimas es tener acceso a mecanismos eficaces de reparación a nivel nacional (local, municipal, provincial). En este sentido y como se destacó anteriormente, la FIDH espera que la labor del Representante Especial dará lugar a recomendaciones concretas para fortalecer las legislaciones nacionales y que las víctimas puedan recurrir a mecanismos eficaces de reparación en el plano doméstico.

Sin embargo, los conocidos obstáculos que la justicia enfrenta en los Estados de origen, sumados a la ineficacia de los recursos judiciales (especialmente en zonas de gobierno débil) justifica la necesidad de un mecanismo universal. Por lo tanto, la FIDH desea insistir en la necesidad de discutir la cuestión de los recursos en un enfoque orientado a las víctimas y asegurar que en última instancia, las víctimas tengan acceso a los mecanismos que respetan los principios básicos y fundamentales de la justicia.

La FIDH está plenamente de acuerdo con el Representante Especial sobre la importancia de que los recursos «mantengan la promesa de beneficios posibles y alcanzables»²⁸. Sin embargo, la reflexión pragmática sobre la eficacia de los mecanismos de reparación no debe hacerse a expensas de la necesidad de justicia y de los principios fundamentales del derecho a un recurso. La cuestión de la reparación, incluido el derecho a la verdad, es de suma importancia para el resarcimiento de las víctimas individuales y una condición previa para garantizar la justicia. El acoso de recibo de las responsabilidades y violaciones cometidos, y disculpas a las víctimas, aunque simbólico, puede ser fundamental para ellos. El reconocimiento exclusivo del derecho de las víctimas a la justicia no debe ser infravalorado. Esa reparación no puede obtenerse únicamente a través de la mediación. Por esta razón, la FIDH aboga por un organismo internacional dotado de las competencias para determinar las responsabilidades tanto de los Estados como de las corporaciones. La FIDH apoya la propuesta de la creación de un Tribunal Mundial de Derechos Humanos hecha recientemente por el Relator Especial sobre Derechos Humanos y contra el Terrorismo, el profesor Scheinin. La FIDH es consciente de que ese tribunal mundial no puede crearse de un día para otro, y que, mientras tanto, las víctimas de violaciones de derechos humanos, en particular, en los casos en los que las

28 John Ruggie, "Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales", A/HRC/11/13, 22 de abril de 2009, para.110.

empresas están involucradas, siguen siendo víctimas de la violación de su derecho a un recurso efectivo.

Por lo tanto, un órgano cuasi-judicial podría tomar la forma de un grupo de trabajo designado por el Consejo de Derechos Humanos e integrado por expertos independientes. El cuerpo debe ser complementario y articulado con las redes existentes, y debe interactuar con los organismos internacionales, regionales y nacionales, siempre que sea posible y / o deseable. Diseñado con una estructura flexible, el organismo podría colaborar con instancias como el Pacto Mundial de Naciones Unidas, la ACNUDH, los mecanismos de la OIT y las instituciones nacionales. Debe tener la capacidad para recibir comunicaciones y llevar a cabo visitas a los países, incluyendo a las corporaciones, como ya se da en algunos procedimientos especiales²⁹. Sin embargo, no perdería sus características fundamentales y únicas: su legitimidad, universalidad y capacidad de pronunciarse sobre las responsabilidades de los estados y las corporaciones. La FIDH estaría disponible para trabajar con el RESG y su equipo para determinar con mayor precisión las modalidades que ese organismo podría adoptar.

CONCLUSIÓN

La FIDH considera que la labor del RESG tiene el potencial para contribuir significativamente a la evolución de los comportamientos de los Estados y las empresas y en última instancia, para beneficiar a quienes sufren de violaciones de derechos humanos por parte de las empresas. Finalmente, la posición, ampliamente compartida, del Representante Especial de que los Estados tienen el deber de proteger, que las corporaciones tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos y que las víctimas tienen el derecho a un recurso efectivo, debe estar integrado en un instrumento jurídico internacional.

Por principio, el establecimiento de un mecanismo cuasi-judicial no debería demorarse: este mecanismo es esencial para contribuir tanto al cierre de la brecha de las responsabilidades y al establecimiento de principios, caso por caso.

Por último, dado que un mecanismo puede potencialmente beneficiar a todas las partes interesadas, contribuyendo a una mejor comprensión de lo que significa para las empresas respetar los derechos humanos mediante la aplicación a contextos específicos de las definiciones de conceptos complejos, tales como el concepto de diligencia debida. Además, el mecanismo contribuiría a la interpretación de las normas y al desarrollo de la jurisprudencia, que a su vez permitiría a los Estados de origen y los Estados de acogida tener una mejor idea del ámbito de sus respectivas obligaciones en el asunto de las empresas y los derechos humanos. Ese mecanismo podría desempeñar un papel determinante en la puesta en práctica concreta del marco "proteger, respetar y remediar", propuesto por el Representante Especial, y en evitar la recurrencia de abusos de derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales.

Federación Internacional de los Derechos Humanos
17 Passage de la Main d'Or, 75011, Paris, France,
TEL. : +33(0)1 43 55 25 18, FAX :+33 (0)1 43 55 18 80
E-mail : fidh@fidh.org / <http://www.fidh.org>

²⁹ Véanse, en particular una visita a una empresa farmacéutica llevada a cabo por el Relator Especial sobre el Derecho a la Salud, Paul Hunt, durante una misión. Paul Hunt, "Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental ", A/63/263, 11 de agosto de 2009.