Segundo proyecto revisado de tratado vinculante

Reflexiones sobre el texto en preparación de la 6ª sesión del GTIG

El viernes 7 de agosto de 2020, el Presidente del Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta de las Naciones Unidas encargado de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales publicó el segundo proyecto revisado del instrumento jurídicamente vinculante.

La elaboración de este instrumento, encomendado en 2014 por la Resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, tiene por objeto complementar y avanzar respecto del contenido de los Principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas los derechos humanos (UNGP) que se adoptaron en 2011. Su objetivo es eliminar las principales lagunas persistentes en materia de protección de los derechos humanos contra los abusos de las empresas. Ya se han celebrado cinco sesiones de negociaciones del LBI en Ginebra, que han contado con la participación y contribución activa de muchas organizaciones de la sociedad civil de todo el mundo, incluida la FIDH y sus organizaciones miembro. Durante el quinto período de sesiones, muchos Estados, incluidos algunos que se mostraron reacios a participar en el proceso hace tres años, expresaron su acuerdo con la continuación de las negociaciones. La publicación del Segundo Proyecto Revisado marca un paso más hacia la adopción de un Instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos y representa una buena base para llevar a cabo negociaciones sustantivas del 26 al 30 de octubre de 2020 en Ginebra.

La FIDH acoge con satisfacción los esfuerzos realizados por la presidencia del Grupo de Trabajo Intergubernamental para publicar el nuevo borrador del Proyecto Revisado del instrumento jurídicamente vinculante antes del sexto período de sesiones en Ginebra (octubre de 2020). Se complace en observar que el texto tiene en cuenta algunas de las observaciones formuladas por las organizaciones de la sociedad civil durante la última sesión de negociación y en los últimos meses. Esta publicación resume las **principales reflexiones** de la FIDH **sobre el texto** y esboza algunos de los principales desafíos que aún quedan en el actual borrador. Esperamos que este ejercicio sea útil para nuestras organizaciones miembro y aliados, y que estimule el trabajo de la sociedad civil y de las delegaciones gubernamentales en la preparación de la sesión de octubre.

Como consideración preliminar, los siguientes aspectos del nuevo texto representan acontecimientos positivos que deben mantenerse en el curso de las negociaciones:

- Inclusión de una referencia explícita a las empresas estatales en la definición de "actividades comerciales";
- Referencia a "relación comercial" en lugar de "relación contractual" para definir el ámbito de aplicación de las disposiciones del instrumento jurídicamente vinculante;
- Inclusión de las personas que sufren daños en el proceso de prestar asistencia a las víctimas o en la prevención de la victimización, en el párrafo en que se define a las víctimas;
- Integración de una perspectiva de género más específica en el artículo 6;
- Referencia al derecho al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en el art. 6.3;
- Aclaración en el artículo. 7.7 de la necesidad de que los Estados Partes garanticen la responsabilidad en los casos en que las empresas contribuyan al daño; y mejoras en la definición de control que da lugar a la responsabilidad de la "empresa principal";
- Aclaración explícita en el artículo 7.8 que el cumplimiento de la debida diligencia en materia de derechos humanos no puede utilizarse como "puerto seguro" para eludir la responsabilidad cuando una empresa ha causado o contribuido a la comisión de abusos de los derechos humanos;
- Obligación de los tribunales del Estado del domicilio de la empresa ejerzan su competencia independientemente del lugar de procedencia de las víctimas, renunciando así a la doctrina del forum *non conveniens* en tales casos;
- Inclusión del artículo 8.4 y el arte. 8.5 que se refiere a la posibilidad de que los tribunales de los Estados Partes reúnan las demandas que estén estrechamente vinculadas y ejerzan jurisdicción sobre las demandas relativas a empresas que no estén domiciliadas en el territorio del Estado si no existe otro foro efectivo y si hay una estrecha conexión con el Estado en cuestión (*forum necessitatis*);
- Obligación explícita de que los nuevos acuerdos de comercio e inversión sean compatibles con el instrumento jurídicamente vinculante.

A pesar las numerosas mejoras sustantivas mencionadas, y con el fin de que el tratado permita realmente un avance significativo en la protección de los derechos humanos frente a los abusos de las empresas, el texto actual sigue presentando **varias deficiencias sustanciales que deben abordarse, y que se resumen** a continuación**:**

- Es esencial fundamentar este instrumento en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales y reafirmar que el colonialismo, ya sea impulsado por los Estados o por intereses corporativos, debe ser erradicado. En consecuencia, proponemos la siguiente disposición en el preámbulo: **"Reafirmando los principios de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, también conocida como la Resolución 1514 de la Asamblea General de las Naciones Unidas".**
- A pesar de la mención explícita de las empresas estatales, el nuevo texto no aborda el **papel del Estado** como regulador y como agente económico, ni su deber de respetar los derechos humanos en el contexto de las actividades comerciales y no sólo de prevenir los abusos relacionados con las empresas. A este respecto, recomendamos

    - se utilice consistente el término "**violaciones y abusos**" a lo largo del texto, a fin de captar mejor la obligación del Estado de respetar los derechos humanos en virtud del derecho internacional;
    - añadir un artículo específico sobre **"supervisión y aplicación de la ley"** con el objetivo de reafirmar el papel del Estado como garante y ejecutor de los derechos, en lugar de dejar la aplicación de la ley casi exclusivamente a las víctimas mediante procedimientos de denuncia privada;
    - abordar más aprofundidad la obligación **del Estado de actuar con debida diligencia** cuando realice actividades económicas o cuando ofrezca apoyo financiero o de otro tipo a las empresas, así como en el marco de concesión de licencias de exportación, realización de transacciones comerciales con empresas, incluida la contratación y privatización de servicios, etc.

- En general, es necesario mejorar considerablemente los artículos que tratan de la **protección de las víctimas y la participación**. Para ello, sugerimos como mínimo:

    - Cambiar el título del artículo 4 por "**Derecho a la reparación"** y hacer referencia a "titulares de derechos" en lugar de "víctimas". Este artículo se refiere a una amplia gama de derechos y protecciones que ya existen en el derecho internacional y que deberían garantizarse no sólo a las víctimas de abusos empresariales sino a todas las personas. Además, el artículo 4.c debería abarcar una amplia comprensión del derecho al acceso a la justicia y a la reparación, tal como lo establece el sistema interamericano de derechos humanos. A saber, debería establecer **"el derecho a un acceso justo, adecuado, efectivo, rápido, no discriminatorio y que tenga en cuenta el género, a la justicia y a un recurso adecuado, rápido y efectivo de conformidad con el presente (Instrumento jurídicamente vinculante) y con el derecho internacional". Dichos recursos deben incluir, pero no estar limitados a, la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de no repetición, la posibilidad de dictar órdenes judiciales, la reparación ambiental y la restauración ecológica, e incluir entre otras cosas, la cobertura de los gastos de reubicación de las víctimas, la reposición de las instalaciones comunitarias, la asistencia de emergencia integral y la vigilancia de la salud a largo plazo**";
    - Detallar mejor, a lo largo del texto (Art. 4, 5, 6), el **derecho a la información.** Las víctimas y los titulares de derechos deben tener acceso a la información y el Estado debe ofrecer los mecanismos para garantizar este derecho. Esto también puede hacerse añadiendo un artículo específico sobre el derecho a la información en el texto. Las actuales deficiencias del texto sobre el derecho a la información son particularmente preocupantes si se tiene en cuenta que la falta de acceso a la información es uno de los obstáculos más graves y recurrentes que limitan el acceso a la justicia y a un recurso efectivo para las víctimas de abusos y violaciones de los derechos humanos relacionados con las empresas. Además, también se necesita un lenguaje más enérgico sobre el acceso a información clara, completa y pertinente para dar pleno efecto al derecho a participar en los procesos de adopción de decisiones relacionados con las actividades empresariales que pueden repercutir en los derechos humanos. A este respecto, también es esencial contar con disposiciones más claras sobre la inversión de la carga de la prueba para corregir los desequilibrios creados por la falta de acceso a la información de las personas y las comunidades en el contexto de las actividades económicas.
    - Establecer, en el párrafo 3 del artículo 6, que **las comunidades locales, los miembros de la comunidad LGBTIQ+, los campesinos y otros trabajadores rurales, así como las minorías étnicas y lingüísticas, tienen derecho** a un consentimiento libre, previo e informado.
    - Incluir en el artículo 4 una disposición específica que sitúe explícitamente a las víctimas y sus necesidades en el centro de los **procesos de reparación**. También sería importante referirse a una amplia gama de reparaciones que podrían ser necesarias como resultado de los desastres ambientales, incluidas las necesidades a largo plazo, así como la necesidad de que las medidas de reparación se

adopten en consulta con las comunidades afectadas. También debería añadirse una referencia específica a los servicios de apoyo que garantizan el bienestar psicológico de las víctimas.

- Abordar mejor **el deber del Estado de remediar** sus propios incumplimientos (teniendo en cuenta que este opera junto con su deber de garantizar que se conceda un remedio en los casos de abuso empresarial). A este respecto, el artículo 5 debería exigir a los Estados que adopten disposiciones para investigar las infracciones cometidas por los funcionarios públicos encargados de supervisar la actividad empresarial y que adopten medidas para garantizar que las personas y las comunidades cuyos derechos humanos corren peligro a causa de las actividades empresariales tengan acceso a medidas de precaución eficaces para evitar daños inminentes o irreversibles.

- En cuanto a la **prevención,** el texto propuesto sigue presentando deficiencias sustanciales. Para solucionarlos, la FIDH propone lo siguiente:
  - para **alinear el lenguaje** utilizado en el artículo 6 con los elementos de la debida diligencia en materia de derechos humanos 'codificados' por las normas internacionales existentes, como los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos y las Directrices de la OCDE. Es esencial que el futuro instrumento jurídicamente vinculante haga un examen y tenga en cuenta las normas existentes cuando éstas sean más protectoras de los derechos humanos y que las mejore cuando no sean suficientes. A este respecto, también es fundamental aclarar que las empresas deben **"prevenir y mitigar los riesgos" y "prevenir los abusos", no "mitigar los abusos"**. Este lenguaje es coherente con la Observación General 24 del Comité DESC, par. 16 y representa un paso adelante en la comprensión de la diligencia debida en materia de derechos humanos, tal como la definen los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos;
  - abordar el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida de las empresas que suministran bienes y servicios a los Estados o reciben subvenciones de los Estados;
  - Incluir mejor **la protección de los defensores de los derechos humanos** como elemento clave para una prevención eficaz de los abusos y violaciones de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales, y aclarar explícitamente que los defensores de los derechos humanos, los miembros de la comunidad LGBTIQ+, los campesinos y otras personas del medio rural y las minorías étnicas y lingüísticas deben ser consultados durante la planificación, la ejecución y el seguimiento de un determinado proyecto económico.

- A pesar de las mejoras positivas, el texto actual debería integrar más disposiciones sobre prevención de **abusos y violaciones graves en las zonas afectadas por el conflicto.** En particular:
  - con el fin de aclarar en el preámbulo y en todo el texto que **el derecho internacional humanitario está** integrado en el ámbito del instrumento jurídicamente vinculante y recordar más detalladamente los deberes existentes de los Estados en virtud del derecho internacional en esos contextos.
  - Aclarar que entre las medidas apropiadas en esos contextos puede figurar la de **abstenerse de realizar o cesar ciertas operaciones o relaciones comerciales** en circunstancias en que la debida diligencia no pueda garantizar el respeto de los derechos humanos y las normas del derecho internacional humanitario.

- El segundo proyecto revisado, como se ha mencionado anteriormente, incluye algunas medidas positivas importantes para mejorar el acceso a la justicia y los recursos en el contexto de los abusos y violaciones de los derechos humanos relacionados con las empresas, en particular los de carácter transnacional. Sin embargo, es necesario seguir mejorando las disposiciones del texto que tratan de la **responsabilidad y el acceso a la justicia**:
  - El artículo 8 sobre la responsabilidad jurídica debería aclarar mejor entre las disposiciones que tratan de
    - responsabilidad en casos de daños causados por o a los cuales han contribuido las actividades u operaciones propias de una empresa, y
    - responsabilidad en los casos de daños causados por o a los cuales ha contribuidoa través las actividades o las operaciones de una empresa que controla, o por no haber evitado los daños directamente vinculados a sus relaciones comerciales.
  - Si bien hay algunas aclaraciones en las disposiciones relativas a **la fiscalización**, el texto debería ofrecer una definición clara de la misma. También debería añadirse una disposición que establezca una presunción de control en determinados casos, a fin de evitar interpretaciones restrictivas por parte de los Estados que, en última instancia, obstaculizarán la posibilidad de considerar a las sociedades controladoras responsables de daños a los derechos humanos.
  - La diligencia debida nunca actuará como un escudo de responsabilidad. En el artículo 6, el texto debería dejar claro que los tribunales deberan establecer la responsabilidad de esas entidades tras un **examen del cumplimiento de la debida diligencia efectiva en materia de derechos humanos en un caso concreto** y no simplemente porque la empresa haya adoptado un determinado estándar.

- El texto debería incluir una disposición en el artículo 8 en la que se indique claramente que corresponde a **la empresa comercial demandada demostrar** que tomó todas las medidas razonables para evitar causar o contribuir a una violación o abuso de los derechos humanos, o para impedir dicha violación o abuso. Este tipo de disposición está bien establecida en diferentes instrumentos jurídicos y jurisprudencia nacionales e internacionales, y se sugiere aquí para las demandas civiles. Por lo tanto, no entra en conflicto con el principio de "presunción de inocencia" que es un principio de derecho penal.
- Las disposiciones sobre la responsabilidad **penal** de las empresas que cometen o son cómplices de delitos contra los derechos humanos deben distinguirse claramente en el texto de las disposiciones sobre responsabilidad civil. Un artículo específico podría ser una buena solución a este respecto.
- Incluir en los criterios de competencia jurisdiccional del párrafo 1 del artículo 9 un criterio específico que permita la competencia de los tribunales situados donde las empresas comerciales tengan **"intereses comerciales sustanciales", a fin de evitar** que las empresas escapen a la indemnización por no tener activos importantes en el país donde están domiciliadas.
- Insertar una definición de **"conexión suficiente"** que permita el foro de necesidad según el artículo 9.5, a fin de evitar una interpretación restrictiva de esta cláusula.
- Insertar en el artículo 9 disposiciones sobre **litispendencia** que aclaren la forma en que los tribunales deben tratar los casos que se presenten simultáneamente en diferentes jurisdicciones. Esas disposiciones deben tener por objeto dar prioridad a las demandas en las que el tribunal pueda dictar un fallo que pueda ser reconocido y, cuando proceda, ejecutado en ese Estado Parte.
- Insertar un artículo específico sobre la jurisdicción **penal adjudicativa** para aclarar los criterios de jurisdicción en las causas penales. Los instrumentos existentes, como la Convención contra la Tortura y la Convención para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, podrían utilizarse como modelos para este artículo.

La FIDH abordará estas preocupaciones durante la sexta° sesión del GTIG y en sus conversaciones con otras organizaciones y delegaciones involucradas. También alentamos a los miembros de la FIDH a que compartan estas preocupaciones y las incluyan en su análisis del Tratado, en su comunicación con las delegaciones de los Estados y aliados, y la refieran en sus intervenciones sobre este tema.

Exhortamos a los Estados negociadores -especialmente a los que han pedido repetidamente que se celebren debates sustantivos, a los que declaran estar comprometidos con el logro de una globalización más sostenible, así como a los que contemplan la adopción de medidas nacionales obligatorias en materia de derechos humanos- a que preparen y se comprometan con el contenido del proyecto de instrumento vinculante, así como a que se esfuercen por reforzar el texto con miras a hacer más eficaz la protección de los derechos humanos en los casos de abusos cometidos por las empresas.