

Posicionamiento sobre el 2do Borrador del Tratado Vinculante en materia de Empresas y Derechos Humanos



Desde 2016, el Proyecto sobre Organización, Desarrollo, Educación e Investigación (PODER) participa en el proceso para el desarrollo y adopción del Instrumento Vinculante que regula en el Derecho Internacional de Derechos Humanos las Actividades de Corporaciones Transnacionales y Otras Empresas ("Tratado Vinculante").

Además, integramos el grupo facilitador de la Alianza para el Tratado, una articulación internacional de organizaciones no gubernamentales y movimientos, fundadoras del colectivo Feministas para un Tratado Vinculante e integrantes del Comité impulsor del Grupo de Trabajo sobre Rendición de Cuentas Empresarial de la Red-DESC.

De cara a la consulta oficial que se lleva a cabo esta semana, compartimos el siguiente análisis preliminar, y hacemos un llamado para que en el proceso de negociación los Estados escuchen las voces de las organizaciones de la sociedad civil, se tomen insumos como este y se asegure una participación real y efectiva. El impacto del Tratado Vinculante debe traducirse en una mejor garantía de los derechos humanos y en el acceso a la justicia para todas las personas.

I. Obligaciones y responsabilidad Estatal.

Llama la atención que en el preámbulo no se prevé una declaración general en relación a cuando las empresas no atienden a su deber de respeto a los derechos humanos. Con frecuencia ocurren abusos en el marco de sus operaciones y las personas necesitamos ser protegidas.

Se necesita aclarar la obligación y la responsabilidad de los Estados ante los abusos de los derechos humanos de las empresas. Por ejemplo, en el preámbulo del primer borrador se reconocía que la obligación primaria del respeto, la protección, la garantía y la promoción de los derechos humanos radica en los Estados, quienes deben proteger los derechos humanos ante los abusos de terceras partes, incluyendo las empresas y que, de fallar en el cumplimiento de esta obligación se estará ante una violación de derechos humanos. Ahora, en el segundo borrador, este reconocimiento es ambiguo y omite establecer que efectivamente ante un abuso de derechos humanos de las empresas también se está ante una violación de derechos humanos por parte de los Estados.

Es esencial que el Tratado Vinculante reconozca expresamente que los Estados tienen la obligación de proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas y que ante el incumplimiento de protección, se violan los derechos humanos. No es gratuita esta necesidad; en los últimos 10 años se han tenido que desarrollar diversos instrumentos, incluyendo los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos, la Observación general núm. 24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y más recientemente el

informe de Empresas y Derechos Humanos de la relatoría especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para justamente aclarar que los Estados tienen la obligación de proteger en contra de los impactos negativos que puedan tener las empresas sobre los derechos humanos.

i. Obligaciones extraterritoriales.

a. Definición de obligaciones extraterritoriales.

El hecho de que el Tratado Vinculante mencione que los Estados deben proteger contra los abusos de los derechos humanos 'dentro de su territorio o jurisdicción, o bajo su control' puede limitar las obligaciones extraterritoriales de los Estados. En ese sentido, el Tratado Vinculante debe de ser consistente con los Principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que definen que las obligaciones extraterritoriales son aquellas 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. (Preámbulo)

b. Competencia extraterritorial.

Primero, una de las cuestiones positivas en cuanto a la competencia extraterritorial que define el Tratado Vinculante es que dicha competencia podrá extenderse a los tribunales de los Estados en los que haya tenido lugar un acto u omisión que contribuyó al abuso de derechos humanos ocurrido. (Art. 9.1.b.). Segundo, es que un tribunal puede tener competencia para resolver asuntos fuera de su jurisdicción si la demanda está relacionada con una reclamación contra una persona jurídica o física domiciliada en el territorio del Estado del foro, o si bien no existe otro medio efectivo para garantizar el derecho a un juicio justo y existe una relación estrechamente conectada con el Estado (Art 9.4 y 9.5).

Sin embargo, en ambos casos se establece como requisito el que las demandas se encuentren 'estrechamente vinculadas' o el hecho esté 'estrechamente relacionado' lo cual deja a los tribunales la interpretación del cumplimiento de este requisito. Por lo tanto, consideramos que debe eliminarse cualquier requisito que sea arbitrario, subjetivo y cuya interpretación dependa de instancias judiciales o, en dado caso especificar a qué se refiere con 'estrechamente relacionado'.

(Art. 9.4 y 9.5)

II. Responsabilidad corporativa.

i. Ámbito de aplicación.

El Tratado Vinculante establece obligaciones a los Estados (muchos de ellos capturados por el poder corporativo) para que éstos implementen sus obligaciones de respetar, proteger y promover los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales y aclara la responsabilidad de las empresas. (Art. 2.1)

El Tratado Vinculante obliga a los Estados a proteger en contra de abusos de los derechos humanos de todas las empresas y no únicamente de las empresas transnacionales o que realizan actividades de carácter transnacional. (Art. 3.1) Ahora bien, tratándose de obligaciones de carácter preventivo, los Estados podrán diferenciar de manera no discriminatoria cómo las empresas dan cumplimiento a estas obligaciones conforme a su tamaño, sector, contexto, operaciones o la severidad de los impactos que puedan tener en

los derechos humanos. (Art 3.3), siempre priorizando que a las empresas que sean más propensas a impactar de manera negativa los derechos humanos se les aplique de manera objetiva un control más estricto en el cumplimiento de sus obligaciones de prevención.

Por otro lado, el Tratado Vinculante establece que los Estados deben tomar las medidas necesarias para asegurar mecanismos efectivos para sancionar a personas físicas y morales. En ese sentido, en caso de que una empresa o una persona moral se extinga, se fusione, se adquiera, etc., el Tratado Vinculante no establece expresamente qué sería lo conducente. Por el contenido del Artículo 8, podría deducirse que la responsabilidad recae sobre las personas físicas que al llevar a cabo actividades empresariales causaron o contribuyeron a la comisión de delitos y otras regulaciones que llevan o que son consideradas abusos a los derechos humanos.

En ese sentido, es crucial que las personas legales que adquieran o se fusionen con empresas que han abusado de los derechos humanos, también adquieran los pasivos legales para así levantar el velo corporativo que en numerosos casos ha representado un obstáculo para el acceso a la justicia de comunidades y personas vulneradas en sus derechos humanos.

ii. ¿Qué se entiende por actividades y relaciones empresariales?

El Tratado Vinculante no define qué se entiende por una empresa pero establece como definiciones: i) abuso a los derechos humanos, ii) actividades empresariales, iii) actividades empresariales de carácter transnacional y iv) relaciones empresariales.

La definición de actividades empresariales señala aquellas actividades que realicen las personas naturales o legales, incluyendo empresas estatales, empresas transnacionales, o 'joint ventures'. Sin embargo, en la definición se debería establecer que son todas las actividades que se realizan, independientemente de su propósito lucrativo, dado que la manera en la que se frasea podría interpretarse de forma estrecha y excluir otras actividades que no sean con fines de lucro. (1.3)

Por otro lado, la definición de actividades empresariales transnacionales parece ser más limitativa que ejemplificativa. El *numerus clausus* puede ser problemático cuando las maneras de hacer negocios pueden ir evolucionando y transformándose con el tiempo. Menciona nuevamente efectos sustanciales, que es un elemento subjetivo según la teoría de los efectos en materia de competencia económica. (Art. 1.3. y 1.4.)

iii. Obligaciones preventivas: Debida diligencia en materia de derechos humanos, captura corporativa y fianzas para operar.

a. Debida Diligencia en materia de derechos humanos

Respecto del artículo 8 sobre la responsabilidad corporativa, notamos un avance en relación a que la debida diligencia en derechos humanos no es suficiente y eso no absuelve en caso de que una empresa incurra en abusos o si falla en prevenirlos (Art. 8.8).

b. Captura corporativa

La claridad en algunos términos también mejora la lectura del texto y aborda de mejor manera la captura corporativa (Art 6.7), y también es importante la forma en que se incluye lenguaje sobre sanciones a las empresas que no respeten el Tratado Vinculante (Art 6.6, Art 8.4).

Sobre el avance en el lenguaje y la inclusión relativa al fenómeno de captura corporativa, el Tratado Vinculante señala que los Estados deberán proteger las políticas del instrumento internacional de la influencia comercial y otros intereses de las empresas, incluidas aquellas que realicen actividades comerciales de carácter transnacional. Ahora bien, se debería agregar en el texto del Tratado Vinculante, no solamente la protección de las políticas establecidas en el propio tratado Tratado Vinculante, sino también se debe proteger la creación e implementación de la política nacional e instrumentos jurídicos nacionales que reflejen el cumplimiento de las obligaciones del instrumento de manera indirecta de los intereses económicos, comerciales y políticos de las empresa. (Art. 6.7)

Por otro lado, debe integrarse una definición de la captura corporativa y las acciones y actividades que deben regularse como lo son: la interferencia judicial, legislativa y en política pública. Se debe comprender que la captura corporativa va más allá de únicamente ejercer influencia sobre políticas y regulaciones.

c. Garantías para cubrir daños por abusos de derechos humanos.

El Tratado Vinculante permite que los Estados soliciten a empresas fianzas o garantías para poder cubrir demandas potenciales y que estas fianzas cubran compensaciones por los abusos que se puedan ocasionar. Sin embargo, esto podría ser visto por las empresas como un pasivo para operar y para 'reparar' daños sin la participación de las comunidades afectadas. Ante esto, el Tratado Vinculante debe establecer que esta disposición normativa no es una exención para que la empresa repare de manera integral y que la reparación sea participativa. (Art. 8.6)

III. Derechos de las víctimas y primacía de derechos humanos.

i. Inclusión de instrumentos para la protección de personas Defensoras de Derechos Humanos

Reconocemos que la inclusión de la Declaración de Personas Defensoras de Derechos Humanos permite avanzar en el compromiso global de evidenciar la injusticia social, desafiar la impunidad y proteger a personas defensoras, víctimas y personas que sufren los abusos de las actividades corporativas. (*preámbulo, Art 2.1, Art 4*)

Por otro lado, se reconoce la primacía de derechos humanos y la necesidad de blindar el Tratado Vinculante de los acuerdos comerciales y de inversión; esto está mejor redactado en el art 14, pero no queda clara la forma en que esto se va a implementar (*Art 14.5.a*). A pesar de estos avances, creemos que aún se necesita seguir fortaleciendo este acuerdo global para que realmente avancemos hacia un mundo con menos desigualdes, injusticias estructurales y abusos coporativos.

ii. Definición de víctimas y sus derechos.

a. Definición.

La definición de víctima concuerda con la de la Ley General de Víctimas mexicana y, señala adicionalmente que serán víctimas aquellas que tengan un menoscabo sustancial en sus derechos humanos por actos u omisiones en el contexto de las actividades empresariales, que constituyan un abuso a los derechos humanos. Así, se agrega un elemento en el que se establece que las personas tengan un menoscabo sustancial. Al respecto, como lo señala la

Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH) el concepto de efectos/impactos sustanciales está relacionado con un elemento de extraterritorialidad en materia de competencia económica según la teoría de los efectos. El efecto sustancial es un elemento que utilizan distintos órganos judiciales para determinar si pueden extender la jurisdicción para conocer el caso en el territorio, es decir, si la práctica tuvo un efecto 'sustancial' en su territorio. Determinar si existe un efecto 'sustancial' depende de cada tribunal y en muchos casos en materia de competencia económica los Estados no han definido lineamientos claros. (*Art. 1.1.*) En ese sentido, debe eliminarse cualquier elemento o calificativo que sea arbitrario, subjetivo y cuya interpretación dependa de instancias judiciales o, en dado caso, especificar a qué se refiere con 'menoscabo sustancial'.

b. Derecho a la información y de consulta.

El derecho a la información ha sido objeto de varias omisiones. El acceso a la información en todo el proceso de la actividad empresarial debe estar asegurado (*Art 4.2.f*). Al efecto, debe protegerse a las personas del uso abusivo del secreto comercial, velando por que no sea un obtáculo para acceder a la justicia.

La inclusión del Consentimiento Previo, Libre e Informado es un avance y un reconocimiento al pedido de pueblos indígenas de que se les reconozca como sujetos de derechos en contextos donde siguen siendo víctimas de abusos corporativos. (*Art 6.3.d*).

c. La carga de la prueba en procesos judiciales

El Tratado Vinculante señala que los Estados pueden, de conformidad con los requisitos del Estado de Derecho, promulgar o reformar leyes para invertir la carga de la prueba en los casos apropiados para garantizar el derecho de acceso a la justicia y de reparación a las víctimas. Desde PODER consideramos que la opcionalidad de la medida no beneficiará a las víctimas y que en muchos países existe todavía una barrera para avanzar en cuestiones de derecho procesal, como invertir la carga de la prueba. Por esto, consideramos que se debería establecer que los Estados deben invertir la carga de la prueba al menos en lo que respecta a procesos civiles y administrativos y todos aquellos que no ameriten una pena corporal.

iii. Medidas de protección.

En el artículo de protección, se establece de manera muy general el derecho a la protección. No propone explícitamente que se deben establecer mecanismos de protección, como lo establece la Ley General de Víctimas en México. El tratado internacional debería establecer un piso mínimo, por ejemplo el que se cree un mecanismo de protección en el que se prevean sanciones a quienes pongan en riesgo la seguridad de las víctimas por intimidación, represalias, amenazas, negligencia, etc. También debería hacer mención al principio de confidencialidad. (*Art. 5*)

IV. Perspectiva de género

Desde PODER celebramos también que el texto avance, aunque aún

tímidamente, hacia una mirada de igualdad de género al incluir referencias a la CEDAW y a la Plataforma de Acción de Beijing (*preámbulo, Art 4.2.e, Art 6.3.b, Art 8.5*). También reconoce el Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Violencia y el Acoso en el ámbito laboral.

En cuanto al artículo de reparaciones, consideramos que es necesario no solamente integrar una perspectiva de género para que las reparaciones sean sensibles al género, sino que también se debería integrar un lenguaje que está previsto en el documento sobre la inclusión de la perspectiva de género en los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos en los que se establece que las reparaciones deben contemplar reparaciones transformadoras de género, como realizar cambios en políticas organizacionales, en la manera en que se desarrollan evaluaciones de impactos de derechos humanos, y en procesos de debida diligencia, de tal forma que las políticas y procesos tengan el potencial para afrontar las desigualdades entre los géneros y evitar que se produzcan impactos diferenciados.

En lo que respecta a violaciones y abusos de derechos humanos que tienen un impacto diferenciado, las reparaciones no se deben limitar a formas individuales de remediación; en cambio, su objetivo debe ser cambiar las desigualdades de género para evitar que surjan casos en el futuro en los que se presenten impactos diferenciados. (*Art. 7*)