

EMPRESAS TRANSNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS



SEMINARIO REALIZADO
EL 28 DE AGOSTO DE 2017

ESCUELA DE GOBIERNO DEL PARLAMENTO

**EMPRESAS TRANSNACIONALES
Y DERECHOS HUMANOS**

Este libro reúne los resultados de la jornada realizada el 28 de agosto de 2017 sobre empresas y derechos humanos, organizada por la Escuela de Gobierno de la Cámara de Representantes con el apoyo del Ministerio de Industria, Energía y Minería, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Oficina de la Coordinadora Residente de las Naciones Unidas en Uruguay, con el propósito de aportar insumos a la discusión nacional sobre esta temática.

ORGANIZACIÓN DE LAS JORNADAS

Comité Político de la Escuela de Gobierno

Diputada Lilián Galán (presidente) y diputados Saúl Aristimuño, Germán Cardoso, Roberto Chiazzaro, Silvio Ríos, Elizabeth Arrieta, Daniel Radío, Jaime Trobo, Sens. Ivonne Passada, Enrique Pintado y José Amorín

Coordinador de la Escuela de Gobierno: Pablo Sciarra

Presidente de la Cámara de Representantes: Diputado Carlos Mahía

Se agradece especialmente el apoyo del Sr. Alberto Villareal (Redes Amigos de la Tierra Uruguay) y la Ec. Alicia Araújo en la organización del Seminario y la realización de este libro.

VERSIONES TAQUIGRÁFICAS

Cuerpo de Taquígrafos de la Cámara de Representantes

EDICIÓN, CORRECCIÓN

Natalia Uval

DISEÑO GRÁFICO Y ARMADO

Diego García

ISBN: 978-9974-742-15-4



Esta obra del Poder Legislativo de Uruguay se publica bajo la licencia libre Creative Commons - Atribución-CompartirIgual 4.0 Internacional.

EMPRESAS TRANSNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS

SEMINARIO REALIZADO
EL 28 DE AGOSTO DE 2017

ESCUELA DE GOBIERNO DEL PARLAMENTO

ÍNDICE

- 7 INTRODUCCIÓN
- 11 PANEL 1. “DOS PROCESOS PARALELOS POTENCIALMENTE COMPLEMENTARIOS EN EL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS”
- 13 Exposición de Alejandra Parra, consultora del Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y no discriminación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
- 17 Exposición de Carlos Correa, asesor especial en materia de comercio y propiedad intelectual en el South Centre, Ginebra
- 23 PANEL 2. “LEX MERCATORIA VS. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS”
- 25 Exposición de Érika González, investigadora en el Observatorio de Multinacionales en América Latina
- 31 Exposición de Alejandra Scampini, integrante de la Asociación para los derechos de las mujeres y el desarrollo
- 33 Exposición de Milton Romani, ex secretario general de la Junta Nacional de Drogas y embajador de Uruguay ante la Organización de Estados Americanos (OEA)
- 37 PANEL 3. “OBLIGACIONES DIRECTAS PARA LAS ETN Y RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS ETN POR VIOLACIONES A LO LARGO DE SUS CADENAS DE SUMINISTRO Y VALOR”
- 39 Exposición de Manoela Carneiro, coordinadora del Centro de Derechos Humanos y Empresas
- 43 Exposición de Elisa Facet, asesora de la Unidad de Relaciones Internacionales y Cooperación del Ministerio de Industria, Energía y Minería
- 45 Exposición de Florencia Ualde, asesora de la Dirección General de Secretaría del Ministerio de Industria, Energía y Minería
- 49 Exposición de Lucía Ortiz, integrante de Amigos de la Tierra Internacional

- 53 PANEL 4. “EXIGIBILIDAD Y JUSTICIABILIDAD DE LAS NORMAS VINCULANTES: TRIBUNALES NACIONALES, OBLIGACIONES EXTRATERRITORIALES DE LOS ESTADOS, Y CORTE INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS Y ETN”
- 55 Exposición de Pablo Fajardo, integrante de la Unión de Afectados por Texaco
- 59 Exposición de Carlos Mata, director de Asuntos de Derecho Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores
- 63 Exposición de Ariela Peralta, exdirectora de la Institución Nacional de Derechos Humanos
- 69 PANEL 5. CONCLUSIONES Y CLAUSURA
- 71 Exposición de Luis Pedernera, miembro del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas
- 75 Exposición de Wilder Tayler, integrante del Consejo Directivo de la Institución Nacional de Derechos Humanos
- 79 Exposición de Karin Nansen, Presidenta de Amigos de la Tierra Internacional
- 83 ANEXO I
Resolución de Naciones Unidas que crea un grupo de trabajo para desarrollar un instrumento vinculante sobre derechos humanos y empresas transnacionales
- 89 ANEXO II
Campaña Global para Reivindicar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder de las Transnacionales y poner Fin a la Impunidad
- 111 ANEXO III
Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie
- 119 ANEXO IV
Informe del segundo período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos
- 141 ANEXO V
Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos

Introducción

Este libro sobre empresas transnacionales y derechos humanos surge de una oportuna y adecuada iniciativa de la Escuela de Gobierno del Parlamento de Uruguay, que resolvió realizar un seminario sobre el tema. La iniciativa es oportuna porque el asunto está en la agenda del sistema internacional y en particular en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. También lo es porque incluye el tema en la agenda nacional a través de la realización de un seminario en el que participaron expertos involucrados con los derechos humanos, tanto del ámbito internacional como local. La iniciativa es por otra parte adecuada porque involucra al sistema político nacional, al Parlamento como tal y congrega a organizaciones de la sociedad civil, académicos y ciudadanos para informarse, interiorizarse, intercambiar, debatir y aportar ideas.

El tema en sí no resulta sencillo de ser aprehendido, como lo demuestra el camino recorrido hasta ahora y las consecuencias que generaría un acuerdo en el marco de las Naciones Unidas. Se trata, en primer lugar, de que la Organización de Naciones Unidas abra paso a los cambios que se han ido registrando en las últimas décadas, respecto a los actores del sistema internacional, y reconozca otros sujetos de derecho internacional, con sus respectivos derechos y obligaciones.

La creación de un Grupo de Trabajo Intergubernamental en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas para tratar el tema de la vinculación entre las empresas transnacionales y los derechos humanos es un paso en esa dirección. La iniciativa fue plan-

teada por Ecuador y Sudáfrica, justamente dos países que han sufrido las consecuencias ambientales, sociales y humanas de las actividades de empresas transnacionales.

Esta iniciativa es una de las pocas que ha surgido de países del Sur y ha sido incorporada en la agenda del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Sin embargo, concretar ese acuerdo por parte de las Naciones Unidas no será fácil por los intereses encontrados de los Estados. A la clásica división Norte-Sur, que en su momento dividió los países que buscaban un Código de Conducta de las Empresas Transnacionales en el siglo XX, hoy se suma que algunos países emergentes también cuentan con empresas que actúan internacionalmente y priorizan la protección de los intereses económicos. El activismo y compromiso de Organizaciones No Gubernamentales y de la sociedad civil en varios países, y sobre todo en países desarrollados, impulsa el debate y posibilidades para que un acuerdo pueda concretarse en el seno de Naciones Unidas. Desde la perspectiva de las Relaciones Internacionales se plantearán analíticamente diferentes posibilidades y coaliciones de Estados, así como la vinculación entre Organizaciones No Gubernamentales y de la sociedad civil con algunos Estados buscando generar bases para que el acuerdo se concrete, y con ello las Naciones Unidas se adapte en esta cuestión a los cambios del sistema internacional. En segundo lugar, junto con ese reconocimiento a través de Naciones Unidas tiene que operarse el de los Estados que componen el sistema, a los efectos de que la legalidad de un posible acuerdo refe-

rido a la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales se acompañe de la legitimidad que le otorgarían los Estados. La convergencia de ámbitos, internacional-estatal, en materia del reconocimiento de las empresas transnacionales como sujetos de derecho internacional y por ende de su responsabilidad y obligaciones -y no solamente de sus derechos económicos, referidos a la *lex mercatoria*-, posibilitaría comenzar a transparentar la organización, estructura jurídica y decisoria y el funcionamiento de las empresas transnacionales. Permitiría que frente a la mundialización económica, en la que las empresas transnacionales se asientan con estrategias mundiales de producción y articulaciones jurídicas nacionales, se planteen instrumentos mundiales de responsabilidad con implementación y eventual ejecución nacional frente a violaciones de derechos. Esta adaptación del sistema internacional a los cambios mundiales es necesaria; el momento, contenidos y modalidad que adopte tienen que ver con los aportes concretos, la iniciativa y el impulso que se le otorgue al tema en la agenda internacional, regional y doméstica.

En tercer lugar, se trata de que las empresas transnacionales reconozcan su papel en el mundo. Esto puede ser simple de expresar en términos económicos, ya que de hecho son responsables de parte del comercio mundial y del crecimiento económico. Sin embargo, en la esfera más concreta de la vinculación productiva, ambiental, social y humana la responsabilidad no está tan claramente asumida, salvo en determinados principios generales que no implican mucho más que eso en términos de responsabilidad concreta.

En cuarto lugar, se trata también, y sobre todo, de que en la relación con las empresas transnacionales, los actores locales asuman un nuevo papel de corresponsables en el cuidado ambiental, social y humano. La referencia a los actores locales concierne a las comunida-

des nativas, poblaciones y organizaciones de la sociedad civil involucradas. Esto significa que las comunidades nativas también sean reconocidas como actores y sujetos de derecho, al menos en lo que se refiere a las violaciones de derechos humanos y ambientales. Finalmente, las actividades de las empresas transnacionales pueden afectar a los actores locales como personas, lo cual implica ipso-facto que también puedan ser sujetos pasivos con una potencial reparación de derechos.

El reconocimiento de los cambios solamente ubica el tema en una plataforma y deja abiertos otros aspectos centrales referidos a la relación entre las empresas transnacionales y los Estados, por una parte, y los derechos humanos como epicentro de esos vínculos. En efecto, hay distintos aspectos a considerar en esa relación en que las empresas transnacionales actúan permeando fronteras, normas y reglamentos, y con ello cuestionan los propios principios humanos sobre los cuales se edifica toda la legitimidad del pensamiento (y modelo) de crecimiento económico. Este tránsito en un territorio sin fronteras generó situaciones que llevaron a violaciones de derechos humanos, tanto sociales como ambientales (en la vinculación con poblaciones y comunidades). En décadas anteriores, la sensibilidad y la conciencia frente a temas ambientales no eran tan manifiestas como en la actualidad. Hoy existe un mayor compromiso e interés de involucrar a todos los actores del sistema en estos temas.

La mayor conciencia, involucramiento de actores y compromisos generales no llevan necesariamente a un nuevo umbral de vínculo y acuerdos con las empresas transnacionales. Para ello se requiere un realismo negociador, como bien señalara Correa en el seminario. Realismo que implica partir y tener en cuenta los avances y el camino ya recorrido, incluyendo la propuesta de tener un Código de Conducta para las Empresas Transnacionales, cuya iniciativa fue manejada en la

década del setenta del siglo pasado, a partir de la intromisión de ITT Corporation en el golpe de Estado contra Salvador Allende en la hermana República de Chile. Y otras concreciones, incluyendo los Principios Rectores sobre las Empresas y los derechos humanos, que generó un marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, presentado por John Ruggie en tanto Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas. Ese realismo implicará buscar un acuerdo con un mínimo común denominador aceptado por los Estados en su conjunto, y que pueda ser aplicable e implementado. Alcanzar ese acuerdo implicará un nuevo punto de partida para seguir transparentando actividades, cuando las mismas atañen a cuestiones vitales de la vida humana en el planeta, como los derechos humanos.

De todo esto se trata entonces, y una aproximación desde las Relaciones Internacionales incluye una mirada al conjunto del sistema y a los vínculos de los actores. En el análisis más preciso comienzan a definirse las distintas cuestiones y temas que atañen a esos vínculos; allí encontramos intereses económicos, y aspectos simbólicos referidos al poder y al prestigio. Se trata, en definitiva, de la vida humana en el mundo, y esta base es la que otorga legitimidad y fundamento a las comunidades humanas y al desarrollo que quieren.

Lincoln Bizzozero

Profesor Titular y coordinador del
Programa de Estudios Internacionales
(Facultad de Ciencias Sociales,
Universidad de la República)

PANEL 1

“Dos procesos paralelos potencialmente complementarios en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas”

Alejandra Parra

Consultora del Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y no discriminación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

En esta presentación voy a hablar de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (en adelante, los “Principios Rectores”) cuya implementación -como indica el nombre del panel- es un proceso complementario a la adopción de un tratado vinculante sobre la materia. Antes de comenzar la presentación, quisiera señalar que los Principios Rectores son aplicables a todo tipo de empresas, y no solo a las transnacionales (en el entendido de que estas últimas son las que hoy nos convocan). De este modo, para los Principios Rectores también es importante el trabajo con las pequeñas y medianas empresas, las cuales muchas veces sólo se encuentran domiciliadas en una jurisdicción determinada.

Dicho esto, ahora pasaré a presentar qué son los Principios Rectores. Para ello, en primer lugar, me referiré sinópticamente al tema más amplio de empresas y derechos humanos desde su contexto normativo e histórico. Después, explicaré con mayor detalle los Principios Rectores, especialmente el deber del Estado en relación a ellos. Luego, revisaré el desarrollo reciente que ha tenido el tema de empresas y derechos humanos en el sistema universal de derechos humanos. Específicamente, expondré el trabajo realizado por el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, que lo conforman

expertos independientes y son parte de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos. Finalmente, abordaré una cuestión sobre la cual han surgido muchas interrogantes y que tiene que ver con cómo las empresas se deben relacionar con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y la vinculación de ello con el financiamiento para el desarrollo.

La aproximación normativa e histórica sobre empresas y derechos humanos es algo reciente. Tradicionalmente se ha entendido que los Estados son quienes están obligados a respetar y realizar los derechos humanos de las personas. No obstante, en este esquema no quedaba claro qué rol tenía una empresa pues, en principio, solamente estarían obligadas a la consecución de los objetivos que el propietario les fija cumplir.

Sin embargo, desde la década de 1990 existe un mayor consenso y se evidencia con claridad que todas las empresas tienen un impacto relevante en materia de derechos humanos, que puede ser positivo o negativo. Por ejemplo, la relación entre empresas y derechos humanos se podría dar en las empresas de seguridad, en relación al derecho a la protesta social; en las empresas de internet, en relación al derecho a la privacidad; en las pequeñas y medianas empresas de minería en relación al trabajo forzado (las que incluso podrían

vender sus productos a empresas mineras transnacionales); o, por último, en el caso de que una empresa tenga como objeto un rubro que impacta en derechos humanos, como es el caso de las farmacéuticas y el derecho a la salud. Ahora bien, estos ejemplos también sirven para ilustrar que cuando hablamos de derechos humanos y empresas no nos estamos refiriendo sólo a derechos civiles y políticos, sino también a derechos económicos, sociales y culturales.

En este contexto, la globalización fue culminante en la discusión sobre empresas y derechos humanos. A raíz de ésta hubo una mayor exposición e información acerca del impacto de las formas de producción. Se conoció, por ejemplo, que un producto de algún país de Asia podía llegar a Estados Unidos después de una larga cadena de suministro en la que se habían producido violaciones a los derechos de diferentes personas.

En ese contexto, el ex secretario general de las Naciones Unidas, Kofi Annan, propició el involucramiento de las empresas a nivel de Naciones Unidas. De este modo, nombró al profesor John Ruggie como representante especial del secretario general para el tema de empresas y derechos humanos, con la finalidad de que se hiciera cargo de avanzar en estas materias.

Un primer resultado del trabajo de Ruggie fue la creación del Pacto Global, iniciativa en la que se establecen una serie de principios, y uno es el respeto a los derechos humanos por parte de las empresas. Sin embargo, no quedaba claro todavía qué significaba que las empresas tuvieran que respetar los derechos humanos. En este escenario, Ruggie comenzó a hacer una serie de consultas con diferentes partes interesadas de la sociedad civil, de las empresas, de los Estados, asociaciones gremiales, entre otros actores. De este modo, después de algunos años se definieron los Principios Rectores

como un marco para proteger, respetar y remediar, los cuales fueron adoptados por el Consejo de Derechos Humanos en 2011. Asimismo, se ha señalado que es la primera decisión explícitamente respaldada por el sector empresarial y otros actores que adopta el Consejo. Desde ese momento comienza una nueva línea de trabajo que es la implementación de los Principios Rectores.

Actualmente, los Principios Rectores son el estándar de facto en materia de empresas y derechos humanos para los Estados y para las empresas. Los Principios Rectores son un marco procedimental de lo que se tiene que hacer para respetar los derechos humanos en el contexto de las operaciones empresariales. No contienen derechos humanos en sí mismos, sino que se remiten a los que ya se encuentran consagrados en la Declaración Universal y en los tratados de derechos humanos. Los Principios son 31 y se organizan en tres pilares. El primer pilar es el deber del Estado de proteger; el segundo es el de la responsabilidad de las empresas de respetar; y el tercero es el acceso a remedios.

El deber del Estado de proteger corresponde a la obligación tradicional que tienen los Estados en materia de derechos humanos. En este sentido, conviene tener presente que la Observación General N° 31 del Comité de Derechos Humanos señala que el Estado tiene que proteger a las personas de violaciones de derechos humanos cometidas por actores no estatales, como sería el caso de las empresas. Asimismo, el principio fundacional que contienen los Principios Rectores es que el Estado tiene que proteger a las personas de cualquier violación que se produzca dentro de su territorio o jurisdicción. Aquí se destaca un enfoque preventivo, donde el Estado tiene que monitorear, adoptar legislación, someter a la justicia y sensibilizar. Además del principio fundacional, el primer pilar tiene cuatro principios operativos,

relacionados a: (i) las funciones regulatorias y normativas del Estado, a través de las cuales es fundamental adecuar no solo las normas que tradicionalmente protegen derechos humanos -como podría ser la legislación laboral y medioambiental -, sino también otras leyes, por ejemplo en materia de derecho comercial; (ii) el nexo entre el Estado y las empresas, en donde se reconoce que el Estado es un actor económico muy poderoso, especialmente en relación a las compras públicas, a las empresas de propiedad del Estado, a la negociación de tratados de libre comercio, entre otros; (iii) la coherencia política, en virtud de la cual es necesario que todos los ministerios, reparticiones públicas (sean o no afines directamente al tema derechos humanos) y en general el Estado en su conjunto, se embarquen en estos procesos y los aborden de manera coherente. Es por este aspecto que desde Naciones Unidas se promueve el diseño de planes nacionales de acción sobre empresas y derechos humanos. En efecto, el proceso de un plan es muy valioso y su realización e implementación participativa –es decir, a través de consultas significativas con el sector público, privado y sociedad civil– es fundamental para llegar a un resultado de política pública que, en definitiva, pueda tener un impacto positivo en el tema de empresas y derechos humanos; y, (iv) las zonas afectadas por conflictos, cuestión vinculada a la forma en que el Estado fija las expectativas a las empresas que trabajan en esos territorios y el control que se tiene sobre éstas.

La responsabilidad de las empresas de respetar constituye un aporte significativo de los Principios Rectores hacia un mejor entendimiento de cómo podemos garantizar el respeto a los derechos humanos de todas las personas. De conformidad con los Principios Rectores, las empresas deben abstenerse de impactar negativamente los

derechos humanos internacionalmente reconocidos. En este contexto, una idea preclara que subyace al trabajo de Ruggie es que los impactos negativos no se reducen a aquellos específicos de una operación, sino que están presentes a lo largo de toda la cadena de valor y de la cadena de suministro. Sin perjuicio de lo anterior, los Principios Rectores ofrecen una herramienta de debida diligencia en derechos humanos para las empresas (que constituye un aspecto preventivo) y, a la vez, frente a un mapa de potenciales riesgos, es posible priorizar aquellos que son más graves. Por último, otro aspecto importante de esta responsabilidad de las empresas es que es independiente de la capacidad del Estado y de la Responsabilidad Social Empresarial.

Finalmente, el tercer pilar se refiere al acceso a remedios. Este pilar tiene que ver, por un lado, con la obligación del Estado de garantizar el acceso a la justicia a través de mecanismos judiciales o extra judiciales. Además los Principios agregan la importancia de que las empresas cuenten con mecanismos de reparación a nivel operacional, respetando ciertos estándares y siendo legitimados por las personas. Esto último es fundamental, pues en caso contrario no surtirán efectos. Estos diferentes mecanismos de acceso a remedio se construyen sobre el presupuesto de que en los países existen fallas en el acceso a la justicia formal. Por lo expuesto, es muy importante que las empresas y las personas conozcan los mecanismos tales como los Puntos Nacionales de Contacto de la OCDE y que se fortalezcan las facultades de instituciones de derechos humanos de los países, a efectos de ayudar a reducir los costos y contener un conflicto antes de que estalle. Por otro lado, es importante mencionar que el Estado tiene que rendir cuentas respecto de las violaciones de derechos humanos que se cometen en su

territorio. En ese sentido, los mecanismos de política criminal corporativa, por ejemplo, deben velar por la inexistencia de impunidad y una reparación efectiva a las víctimas de abuso corporativo.

Ahora bien, habiendo explicado los Principios Rectores, quisiera referirme a su coercitividad. Los Principios Rectores no son vinculantes y pertenecen a lo que se denomina *soft law*. Sin embargo, han comenzado a ser incorporados en distintos cuerpos normativos a nivel internacional, regional y doméstico. Esto ha generado como consecuencia que cada vez más los Estados y las empresas se sientan llamados a implementarlos. Desde la perspectiva internacional, los Principios Rectores fueron incorporados por las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la Norma ISO 26.000 y otras declaraciones corporativas y asociaciones internacionales. A nivel regional, la Unión Europea ha establecido criterios vinculados a los Principios Rectores. A nivel doméstico, recientemente en Francia se adoptó una ley en materia de debida diligencia y en Perú existe un dictamen de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras sobre debida diligencia en relación al financiamiento de proyectos de inversión. Además, existen una serie de procesos legislativos respecto a formas de esclavitud moderna. Este último es el caso de Reino Unido y Australia, donde ha existido mucho énfasis en la importancia de la transparencia de las cadenas de suministros. Asimismo, en este contexto cada vez existen más Bolsas de Comercio Sostenibles, por lo que hay un interés creciente por parte de las empresas en implementar estos estándares con la finalidad de ser consistentes con las nuevas expectativas de la necesidad de un crecimiento económico sostenible.

En el contexto de lo expuesto, el tema de empresas y derechos humanos ha seguido desarrollándose en el sistema universal de derechos humanos. La Oficina que represento actualmente trabaja de manera activa la implementación de los Principios Rectores. En este ámbito, realiza anualmente una Consulta para América Latina y el Caribe, en relación al desarrollo de planes nacionales de acción y políticas públicas en esta materia. También en esta instancia hemos revisado casos trascendentes para la región, por ejemplo, las industrias extractivas y las personas defensoras de derechos humanos. Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos tiene un Grupo de Trabajo cuyo objetivo es seguir desarrollando el contenido de los Principios Rectores. Recientemente, el Grupo de Trabajo ha abordado el tema de las empresas de propiedad del Estado, las operaciones agroindustriales, la implementación de planes de acción, las pequeñas y medianas empresas, las personas defensoras de los derechos humanos y las compras públicas.

Por último, y en los pocos minutos que me quedan, no quisiera dejar de referirme a la Agenda 2030. En ésta, los derechos humanos han sido posicionados en el centro de cualquier tipo de desarrollo, pues para conseguir un equilibrio económico, social y medioambiental es necesario proteger los derechos de las personas. En este contexto, las empresas están llamadas a contribuir con el desarrollo sostenible, no sólo para su financiamiento sino también para sus logros. Así, lo relevante es entender que la forma en que las empresas tienen que contribuir al desarrollo sostenible es, antes que todo, a través de la implementación de los Principios Rectores. Es decir, desde la debida diligencia en derechos humanos y la remediación. De este modo, los Principios Rectores son el modo para empezar a cumplir y aportar a la Agenda 2030 por parte de las empresas.

Carlos Correa

Asesor especial en materia de comercio y propiedad intelectual en el South Centre, Ginebra

Vamos a hablar de las empresas transnacionales y los derechos humanos y, en particular, de una iniciativa muy importante que se está comenzando a negociar en Ginebra para disciplinar la conducta de las empresas transnacionales con relación a la observancia de los derechos humanos.

Parecería que no es indispensable hablar del poder económico y político que tienen las empresas transnacionales. Todos sabemos que esas empresas controlan gran parte de la producción mundial de manera directa o indirecta, y que controlan gran parte del comercio internacional -son los principales actores del comercio internacional-; que algunas de estas empresas tienen un volumen de ventas que superan el PBI de algunos países; que estas empresas no solamente ejercen poder económico sino también político, y que muchas veces influyen de manera desmesurada e injustificada sobre las decisiones de los gobiernos; que estas empresas tienen toda esta inmensa capacidad de operación en lo económico y en lo político; y también sabemos que estas empresas tienen otra capacidad que es la de dañar.

Hay numerosos ejemplos que muestran que la actuación de las empresas transnacionales ha dejado víctimas de todo tipo. Por ejemplo, recordarán la contaminación química de Bhopal, los innumerables casos de daño ambiental, el desplazamiento de las

comunidades, apropiación de tierras y explotación de trabajo esclavo o de niños.

Sabemos que las empresas transnacionales, debido a ese enorme poder económico, tienen una gran capacidad de dañar, indudablemente, mucho más que las que poseen las pequeñas y medianas empresas locales.

Al mismo tiempo, estas empresas tienen la capacidad de escapar de la responsabilidad que les corresponde por el daño que puedan causar. Esto es así porque las empresas transnacionales tienen estructuras muy complejas, que se manejan a través de subsidiarias, etcétera. De esa manera, pueden provocar daños en un país donde no tienen activos y las víctimas de derechos humanos no podrán acceder a una reparación efectiva.

Uno de los ejemplos más notables es el de Ecuador, con la empresa Chevron, que generó un masivo daño ambiental en ese país y que fue objeto de una sanción condenatoria de aproximadamente US\$ 9.000.000.000, pero al momento de la sentencia la empresa tenía activos por US\$ 300 en una cuenta bancaria.

Entonces, ¿cómo hacer efectiva esa reparación cuando la empresa puede mover rápidamente sus activos de manera de escapar de la responsabilidad que le cabe en el caso de violaciones a los derechos humanos?

A esta problemática se suma que los países sedes de las casas matrices de estas corpo-

raciones no cooperan con las víctimas de derechos humanos en otras jurisdicciones. Por ejemplo, los tribunales no admiten las demandas de las víctimas porque se trata de un acto cometido en un país extranjero. De manera que los tribunales, a partir del principio *forum non conveniens*, declaran no tener competencia. Esta situación lleva a que las víctimas de las empresas transnacionales no puedan tener reparación efectiva cuando se comprueba que el daño es responsabilidad de esas empresas.

Frente a esta situación, dos países en desarrollo, Ecuador y Sudáfrica, plantearon en el Consejo de Derechos Humanos la necesidad de desarrollar una normativa jurídica vinculante que aborde este problema, esta falencia en el derecho internacional que facilita a las empresas transnacionales tener actividades en cierta cantidad de países y no ser responsables por las violaciones de derechos humanos que puedan cometer.

Fíjense que Ecuador y Sudáfrica en 2014 lograron la adopción de una resolución que estableció un grupo de trabajo abierto con el fin de desarrollar un instrumento vinculante sobre las empresas transnacionales vinculado con la prevención, aplicación y reparación de los derechos humanos.

Este grupo de trabajo ha tenido dos sesiones; se aproxima una sesión en octubre de 2017 que es crítica para el futuro de esta iniciativa.

Antes de entrar plenamente en el trabajo de este grupo, déjenme señalar algunos antecedentes, algunos intentos de regulación de la actividad de las empresas transnacionales.

No es la primera vez que en el ámbito de las Naciones Unidas se apunta a establecer ciertas disciplinas a estos actores de tanta importancia en la vida económica y política, en particular, en un mundo que ha devenido global.

En 1973, en el ámbito de Naciones Unidas se creó un centro cuyo objeto fue estu-

diar el comportamiento de estas empresas. Ese centro promovió una negociación y un código internacional sobre las empresas transnacionales, que apuntaba a establecer ciertas disciplinas para su modo de operación. Como podrán imaginar, no se ha hablado más de este código y la iniciativa fracasó debido a la presión de los países desarrollados, que son sede de estas empresas. No se logró establecer un marco normativo que pudiera poner límites a la forma en que estas empresas operan y muchas veces dañan con sus actividades en diversos países.

Luego hubo algunas iniciativas que apuntaron a establecer estas pautas en forma voluntaria, como las guías de la OCDE de 1976 para empresas internacionales, y la declaración tripartita de la Organización Internacional del Trabajo, de 1977.

En su momento, la subcomisión de Derechos Humanos logró desarrollar un texto y adoptó normas sobre empresas multinacionales, empresas con actividad transnacional y los derechos humanos. Estas normas no fueron adoptadas por la posición de quienes están interesados en que estas conductas sigan sin disciplinamiento.

Entonces, llegamos a 2014 con una situación en la que hay un vacío importante en materia de derecho internacional en relación a cómo abordar esta problemática. Cuando una empresa internacional opera en un país y genera un daño, viola los derechos humanos, no es posible reparar esas situaciones que se dan como consecuencia de esas operaciones.

La propuesta es desarrollar un instrumento vinculante. Esto supera la idea de tener un instrumento voluntario. Los principios rectores no tienen carácter obligatorio. Si bien pueden ser influyentes, no constituyen un cuerpo normativo vinculante.

La aspiración que han tenido Ecuador, Sudáfrica y los países que los acompañan fue cambiar radicalmente esta situación desa-

rolando un marco normativo obligatorio y vinculante para las sentencias de las empresas transnacionales y de las que tienen una actividad de carácter transnacional, de manera de asegurar que las víctimas de la violación a los derechos humanos tengan una efectiva reparación, más allá de la aplicación de la jurisdicción nacional.

Como hemos visto, una de las falencias que tienen las directivas actuales sobre los derechos humanos y las empresas es que refieren a violaciones en el marco territorial, en el marco de la jurisdicción nacional. No se resuelve el problema interjurisdiccional, cuando el reclamo tiene que llevarse a una jurisdicción distinta del país donde se ha producido la violación de los derechos humanos.

Voy a presentar algunos de los desafíos principales que encontramos en esta discusión sobre un instrumento vinculante. El primero es la relación con los principios rectores. Para algunos países es suficiente con lo que tenemos y sostienen que no hay que hacer grandes cambios, que el derecho internacional es satisfactorio tal como está y que con los principios rectores -aun de carácter voluntario- podrían solucionar los problemas que plantean estas violaciones de los derechos humanos. Por ejemplo, Rusia sostiene que hablar de un régimen vinculante es prematuro; Corea del Sur sostiene que si se desarrolla un régimen vinculante a partir de la solución que mencioné, debería ser complementario de los principios rectores. Esto es bastante sorprendente porque, en realidad, los principios de carácter voluntario son complementarios de normas sustantivas.

Curiosamente, los países de la Unión Europea, Japón y la Organización Internacional de Empleadores apoyan la idea de mantener el statu quo a partir de la mayor aplicación de los principios rectores.

El problema con los principios rectores es que son voluntarios, que nunca fueron negociados en las Naciones Unidas -son el produc-

to del trabajo y del gran mérito de un profesional y experto en esta materia- y que tienen una falencia sustantiva por la falta de mecanismos para hacer posible la reparación de las violaciones de los derechos humanos cuando han sucedido en otra jurisdicción. Esta última es la falla principal a la que apunta la elaboración de instrumentos vinculantes.

El segundo gran desafío que se presenta en esta discusión es la cobertura subjetiva. Si se desarrolla un instrumento vinculante, ¿debería aplicarse solo a empresas transnacionales y aquellas que tienen una actividad transnacional -subcontratistas operando a nivel internacional- o a todas las grandes, pequeñas empresas y empresas agrícolas con uno o dos empleados? Curiosamente, la Unión Europea, que desde el principio boicoteó la elaboración de un instrumento vinculante en esta materia, se incorporó al debate en la segunda sesión y ahora sostiene de manera muy enfática que si se desarrolla un instrumento debe aplicarse a todas las empresas, incluyendo las medianas y pequeñas. La misma posición tienen Japón y la Organización Internacional de Empleadores.

Naturalmente, es importante que todas las empresas observen los derechos humanos, pero en el desarrollo de un instrumento vinculante como el que se pretende, ¿sería factible que se aplicara a millones de empresas? ¿Sería posible hacer efectivo ese instrumento? ¿Sería posible monitorearlo? La propuesta de tener una cobertura amplia, ¿es producto de altruismo o de obstruccionismo?

Es muy claro que si las negociaciones se encararan en el sentido de tener un instrumento que cubriera a todas las empresas, en primer lugar, podría no resolverse el problema central, es decir, la falta de reparación cuando hay daño en otra jurisdicción y, en segundo término, podría llegarse a una situación de parálisis debido a la enorme dificultad que tendría desarrollar un instrumento vinculante de esas características.

Un tercer desafío sería la cobertura sustantiva. ¿Este instrumento vinculante debería desarrollar nuevos estándares en materia de protección de los derechos humanos o simplemente ser un vehículo para la aplicación efectiva de los estándares existentes cuando se da una situación interjurisdiccional? Hay diversas posiciones. Naturalmente, si se pretendiera que esta negociación fuese el foro para discutir nuevos estándares, nos podríamos encontrar con un muy difícil avance. Si se quiere avanzar rápidamente con un instrumento de este tipo -cuya adopción es urgente porque estos eventos están ocurriendo a diario-, la mejor estrategia sería utilizarlo como un vehículo para la aplicación efectiva y la reparación de los daños sobre la base de los estándares existentes. En otras palabras, cuando uno tiene un objetivo ambicioso como este -no todos los países están de acuerdo en alcanzarlo-, debe desarrollar una estrategia inteligente, evitar batallas donde se pueda perder el foco o lleven a prolongadísimas discusiones sin un resultado concreto. Además, la negociación debería focalizarse en los temas fundamentales.

Otro desafío que enfrenta esta discusión tiene que ver con el legal standing. ¿Quién tiene derecho a hacer un reclamo? En general, el derecho -esto sucede en muchos países- reconoce la facultad del reclamo a los individuos y no a las comunidades. En algunos países, por ejemplo, no se admiten las acciones de clase. Eso plantea un particular desafío que debería ser abordado en este instrumento, de manera que las comunidades afectadas por las actividades de las empresas transnacionales tuvieran la posibilidad de hacer planteos de reparación de las violaciones.

Finalmente, un gran desafío que enfrenta esta negociación refiere a la enorme diversidad normativa. Aquí hablamos de responsabilidad. Las normas sobre responsa-

bilidad que se aplican en las diversas jurisdicciones nacionales son distintas. ¿Quién puede ser responsable en el caso de daños cometidos por la acción, por ejemplo, de una empresa minera? La propia empresa, sus contratistas o los financistas. Pero cómo se determina esa responsabilidad depende de la aplicación de las normas nacionales. Puedo hablar de una empresa constituida bajo la ley nacional. Por ejemplo, en Uruguay, la empresa XX Uruguay Sociedad Anónima tiene una personería jurídica separada de la casa matriz y de otras subsidiarias. Entonces ¿bajo qué mecanismo legal se puede hacer responsable a la casa matriz -ubicada en Alemania, Estados Unidos o Japón- por actos cometidos por una empresa jurídica que técnica y legalmente es independiente?

Existen diversas doctrinas en este sentido. Una de ellas es conocida como el corrimiento del velo corporativo: ignorar las diferencias que introduce la normativa y ver lo que está en el trasfondo real, que puede ser la propiedad o el control de una empresa. De manera que hay ciertas doctrinas que pueden ser aplicadas para lograr la responsabilidad de quien es propietario o controla una empresa que ha cometido un daño de este tipo. Sin embargo, en este caso tampoco existe uniformidad respecto a cómo se aplica la doctrina y en qué condiciones: si solamente en caso de fraude, de falta de responsabilidad patrimonial, etcétera.

Los países no tienen políticas uniformes en esta materia. Esto plantea a los negociadores un desafío en cuanto a cuál es el nivel de ampliación que puede tener un instrumento vinculante de este tipo. ¿Debería este instrumento fijar el objetivo, que es la reparación del daño causado, y el medio que se utilizaría para esa reparación? Me refiero, por ejemplo, a la ampliación de esta doctrina o a la aceptación de sentencias extranjeras que se hacen eco del daño que se

ha cometido. ¿O este instrumento debería definirse de una manera tal que fijara el objetivo a ser alcanzado y diera cierta flexibilidad a los Estados para aplicar su propia legislación? De esta manera, se aseguraría que tuviera efectividad y, al mismo tiempo, que la enorme diversidad legislativa no sea un obstáculo insalvable al momento de negociar este acuerdo vinculante.

Insisto en que este es un desafío mayor para nuestros países, los países en desarrollo. Además, es una de las pocas iniciativas en el ámbito internacional de los países en desarrollo. Con mucha frecuencia, los países en desarrollo manifiestan su preocupación por que la agenda de negociación internacional es siempre determinada por los países desarrollados. Son los países desarrollados los que deciden sobre qué debemos negociar. Por ejemplo, ahora están proponiendo negociar comercio electrónico en el ámbito de la Organización Mundial de Comercio, por cuestión de inversiones. Lo cierto es que la agenda internacional viene siendo definida por los países desarrollados de manera constante. Esta es una de las pocas iniciativas que

apuntan a modelar un sistema internacional distinto a partir de las demandas de los países del sur.

La próxima sesión del grupo intergubernamental es crítica, porque si se logran definir algunos elementos se verá si el camino que se ha iniciado para lograr este instrumento internacional vinculante tendrá éxito o no.

Para lograr esto es importante, por un lado, la participación activa -como ha sido hasta ahora- de Organizaciones No Gubernamentales, que tienen una clara visión de cuál es el objetivo a alcanzar.

En segundo lugar, es importante que exista una creciente participación de los Estados, de los gobiernos. Si ustedes leen los resúmenes de la primera y de la segunda sesión del grupo de trabajo que se ha creado a este efecto, verán que la participación todavía es muy baja. En la segunda sesión, no más de quince o veinte países intervinieron en la discusión de los temas que se están tratando. O sea que para que esta iniciativa del sur realmente pueda prosperar, es indispensable que los países del sur se involucren más. □

PANEL 2

**“*Lex Mercatoria* vs. Derecho internacional
de los Derechos Humanos”**

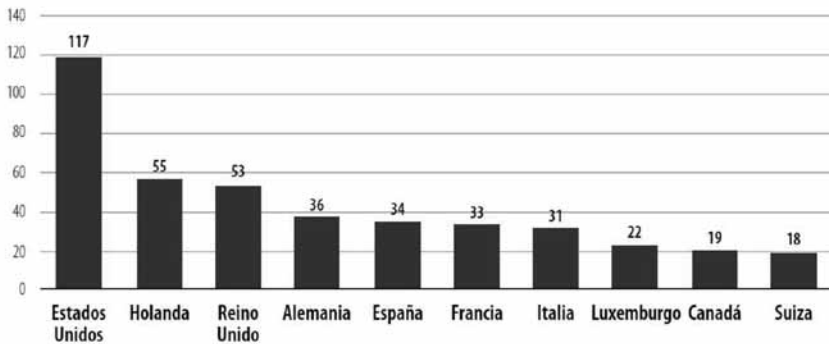
Erika González

*Investigadora en el Observatorio
de Multinacionales en América Latina*

Quiero enfocarme en el poder jurídico que tienen las empresas transnacionales y en el poder cultural, el poder de crear imaginarios colectivos a través de la publicidad, del control y de la propiedad de los grandes medios de comunicación. Las empresas transnacionales tienen una enorme capacidad de construir un relato hegemónico que las legitima como actores centrales

e imprescindibles del sistema para el proceso de desarrollo. En este sentido, existe un fuerte trabajo de muchas organizaciones y de sectores de la academia de construir un relato contrahegemónico que no se dirija a observar a las empresas transnacionales únicamente como agentes de desarrollo, sino como uno de los principales actores que violan derechos humanos.

Gráfica 1. Número de demandas de multinacionales, por país de origen.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del CIADI.

En cuanto al poder jurídico de las empresas transnacionales, nos referimos a todos los mecanismos y normas que se recogen dentro de los acuerdos y tratados internacionales que tutelan los intereses y derechos de las empresas transnacionales, lo que acá hemos denominado *lex mercatoria*. ¿Cuáles son los nuevos elementos de esta nueva *lex*

mercatoria? Por un lado, los acuerdos comerciales que se firman por regiones o por países van mucho más allá de la modificación de aranceles o de la promoción de comercio exterior. Se fijan en la desregulación de normas que hacen a los derechos humanos para favorecer la actividad de las grandes empresas transnacionales.

Figura 1. Instrumentos fundamentales de la *lex mercatoria*.



Fuente: Elaboración propia.

Estos tratados de libre comercio que contienen una gran complejidad jurídica, porque modifican diversas normas, se firman en pocos años y logran imponerse en forma coercitiva, pero en cambio, los tratados relacionados con los derechos humanos, con la misma o menor complejidad jurídica, tardan mucho tiempo más en ponerse en marcha, dadas las barreras técnicas existentes. Por eso, existe una gran asimetría entre las normas económicas y las otras.

Otro de los aspectos de la *lex mercatoria* son los acuerdos de promoción y protección bilateral de inversiones, que contienen una serie de cláusulas que garantizan las inversiones de las empresas transnacionales. Me refiero a cláusulas que sitúan igual a desiguales, por ejemplo, a una pequeña cooperativa y a una gran transnacional, profundizando las relaciones asimétricas de poder en las economías nacionales.

Otro de los elementos son los contratos que generan las empresas transnacionales con los países y, por último, las políticas y normas multilaterales de la Organización Mundial del Comercio, que se han ido modificando y han ido desregulando normas internas que protegen derechos laborales, sociales, etcétera.

Quisiera comentar qué actores han construido esta nueva *lex mercatoria*: por un lado, los Estados emisores de la inversión extranjera, que construyen una pista perfecta para que las empresas transnacionales puedan internacionalizarse en las mejores condiciones de rentabilidad. Me refiero a la firma de todo tipo de tratados y acuerdos, medidas económicas, subvenciones, tasas a bajo interés y, sobre todo, la puesta a disposición del aparato diplomático de un país al servicio de una empresa. Un ejemplo clarísimo en este sentido es que los ministerios de relaciones exteriores tienen como prioridad en sus relaciones internacionales la diplomacia hegemónica, que se refiere a abrir mercados a las empresas transnacionales en otras regiones con la misión de proteger y tutelar los intereses de esas transnacionales privadas, independientemente de si respetan los derechos humanos. Un caso muy claro es el de Repsol en Argentina, que ha violado los derechos de los pueblos indígenas.

Por supuesto, las empresas transnacionales a través de su poder político también influyen en la función normativa, tienen a su disposición despachos de abogados y construyen, junto con el Poder Legislativo, las leyes. Organizaciones como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, y la Organización Mundial del Comercio también van desmontando a través de sus políticas las legislaciones internas que intentan proteger y tutelar los derechos humanos.

¿Qué pasa con las obligaciones de las empresas transnacionales en cuanto a res-

petar los derechos humanos? Como personas jurídicas privadas están obligadas a respetarlos, pero mientras esos negocios de las grandes empresas transnacionales son defendidos por ese derecho coercitivo, fuerte, sancionador, los derechos humanos se redirigen hacia las legislaciones internas de los países donde se sitúa su inversión. Como hemos visto, las legislaciones internas se encuentran tremendamente deterioradas por la lógica neoliberal, la aplicación de tratados de libre comercio, tratados bilaterales de protección de inversiones, contratos de la Organización Mundial del Comercio. De manera que nos encontramos con un derecho frágil, que no es efectivo. En la mayor parte de las ocasiones, es un derecho declarativo. La violación de derechos humanos no tiene consecuencias ni por parte del Estado ni de las empresas transnacionales.

Por otra parte, hay un mecanismo de control a las empresas transnacionales complementario al derecho internacional de los derechos humanos: los códigos voluntarios de conducta, la voluntad social corporativa. Si el derecho internacional de los derechos humanos es frágil, un código voluntario de conducta es aún más débil; no es un contrapeso suficiente para la nueva *lex mercatoria*. Si una empresa transnacional decide no cumplir con su código interno de conducta, no es posible denunciarla ante ningún tribunal; no es posible que tenga ninguna responsabilidad jurídica ni es posible aplicarle sanciones.

En esta nueva pirámide normativa tenemos en la cúspide la protección de los intereses de las grandes empresas transnacionales, y subordinados a estos, los derechos humanos. Es necesario dar vuelta esa pirámide, poniendo en la cúspide a los derechos humanos, políticos, económicos, sociales y culturales de pueblos indígenas, colectivos ambientales y, subordinados a estos, los in-

tereses de las empresas transnacionales. Y para dar vuelta esa pirámide normativa hacen falta nuevas obligaciones en el ámbito del derecho internacional.

De los principios rectores no se deriva ninguna obligación jurídica. En cambio, sí vemos como una oportunidad el proceso que se ha abierto en Naciones Unidas para construir ese instrumento vinculante. Hemos visto cómo, por fin, en un escenario de un organismo multilateral se ha abierto la posibilidad de cuestionar esa *lex mercatoria* y de ir abordando lo que hemos llamado la campaña “Desmantelando el poder corporativo”, la arquitectura jurídica de la impunidad de empresas transnacionales.

Por tanto, más de seiscientos organizaciones que componen la Alianza para el Tratado hemos decidido acompañar el proceso de las Naciones Unidas en materia de creación de normas vinculantes y aportar toda la experiencia que tenemos en la campaña de comunidades que llevan mucho tiempo siendo afectadas por desastres naturales.

Para finalizar, consideramos una serie de puntos que es imprescindible tener en cuenta en los instrumentos vinculantes. Dentro de las obligaciones de los Estados, es necesario abordar las obligaciones extraterritoriales. Por ejemplo, es necesario que en España se pueda empezar a juzgar a empresas transnacionales españolas por la violación de derechos huma-



nos que cometieron en otros países. Es necesario que las trabajadoras que han sufrido en Bangladesh puedan denunciar a Mango y al Corte Inglés en las cortes españolas.

Por otra parte, es necesario contar con instancias que hagan efectivo ese derecho obligatorio. Es tan necesario un centro que investigue los impactos de las transnacionales como un tribunal internacional que pueda juzgar a las empresas transnacionales y a sus directivos por la responsabilidad civil y penal en la violación de derechos humanos.

También creemos necesario que sea abordada la responsabilidad de las empresas matrices en toda la cadena de valor: filiales, licenciatarias, etcétera. Hay que ver cómo la política empresarial, para incrementar su tasa

de ganancia, también debe actuar con responsabilidad en todo el proceso de desarrollo del negocio, en toda esa cadena de valor.

Por otra parte, quiero mencionar que uno de los agentes que construyen esa *lex mercatoria*, y esa impunidad de las empresas transnacionales, son las instituciones económico-financieras internacionales. Es necesario relacionar obligaciones específicas para estas instituciones a fin de hacerlas cumplir con los derechos humanos.

Para finalizar, quiero decir que es necesario contemplar cauces y medidas efectivas con recursos de acceso a la justicia y contemplar los derechos de las víctimas de empresas transnacionales reconociéndolas como tales, dado que hasta ahora han sido ignoradas.

Gráfico 4
Propuestas y alternativas



Fuente: Elaboración propia.

Alejandra Scampini

*Representante del Equipo de Justicia
Económica de Asociación para los Derechos
de las Mujeres y el Desarrollo (AWID)*

Quisiera mostrarles un video elaborado por AWID y protagonizado por defensoras de derechos humanos de África, Asia y América Latina, que comparten sus luchas por la tierra y la vida, y hablan de los riesgos y desafíos que enfrentan en su activismo: <https://www.youtube.com/watch?v=FJh5Vv8CcvU>.

Este poder tan abrumador de las corporaciones no se da en el vacío, sino en un modelo de desarrollo determinado. Hay una tendencia a la pérdida de derechos. Hay un retroceso en las ganancias, como lo que vimos en Brasil con los recortes de los derechos laborales. Hubo recortes en derechos a la salud y educación. Hay persecución de quienes denuncian a las corporaciones, y se criminaliza la protesta y la libertad de expresión.

El 65% de las 175 entidades globales económicas más poderosas son transnacionales, no son los Estados. Estamos hablando de algo muy importante. Las remesas de empresas como Exxon, Walmart, Mobile, Shell superan hasta cien veces el producto bruto interno de cien Estados.

Estas empresas transnacionales, que prácticamente no tienen control público ni ciudadano, utilizan el sistema para evadir sus responsabilidades, y lo hacen a través de tres elementos.

En primer lugar, la manipulación de las comunidades. Las empresas entran a las comunidades a ofrecer premios, compensaciones financieras y promesas de trabajo

para manipular a los líderes populares; en algunos casos, fragmentan o polarizan a las comunidades.

En segundo término, la diplomacia económica es muy fuerte. Llegan con todo su poder económico a los países donde las empresas tienen filiales, organizan sus encuentros en hoteles y sus propias dinámicas oficiales.

Definimos ese poder corporativo como una apropiación de los recursos naturales y del trabajo, de la mano de obra, de la información y las finanzas. Eso provoca que el poder económico esté en manos de una élite y no de los Estados. Vemos a nuestras democracias perdiendo fuerza y a nuestros Estados perdiendo su rol y, por otro lado, vemos cómo la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial continúan reforzando el poder de estas corporaciones y debilitando tanto la seguridad de los seres humanos como el marco de derechos humanos de las personas y de las comunidades del planeta.

Nosotros tenemos tres peticiones que nos gustaría que figuraran en el tratado; esto es algo que pide la alianza y seguramente también la campaña. Lo primero que pedimos es que haya una evaluación desde la perspectiva de género del impacto de las acciones de las empresas en la vida de las mujeres. Las acciones no son neutras. Cuando una empresa se

establece hay un impacto en las comunidades y en las mujeres, que casi siempre son las que asumen mucho más el rol reproductivo y toman los trabajos más precarios. Además, hay un aumento de la violencia contra las mujeres en forma de violaciones, criminalización si protestan, etcétera.

Lo segundo que pedimos es que exista una justicia y un mecanismo de remedios pensados desde la perspectiva de género. Hemos hablado con muchas víctimas que han hecho denuncias, y nos han dicho que van a cortes donde no hablan su idioma, que quedan lejos de nuestras comunidades, y que los procesos llevan mucho tiempo. O sea que la infraestructura, la logística y el pago de los abogados hacen difícil -aunque está toda la sociedad civil muy solidarizada- poner esto en práctica. Por lo tanto, se necesita que el tratado incluya la justicia de género y los mecanismos de remedios con perspectiva de género y con recursos. Además, las mujeres deben tener participación en la elaboración de esto.

El último pedido tiene que ver con las defensoras. Las defensoras de derechos de mu-

jerer existen en las Naciones Unidas; inclusive, hay una declaración donde ese lenguaje está presente. Sin embargo, en Ginebra, que es donde este tratado se está discutiendo, están en un mundo paralelo. Tenemos que conectar esa declaración y los mecanismos de protección a las mujeres defensoras de Naciones Unidas y plasmarlos en el acuerdo, para que las mujeres, mencionadas explícitamente, tengan por escrito elementos de justicia y de compensación.

Es necesario que el tratado vinculante obligue a los Estados a proteger los derechos humanos contra las violaciones cometidas por las empresas transnacionales, detallando las medidas específicas que han de asumir. Para empezar, se debería incluir el establecimiento de mecanismos efectivos a nivel nacional que posibiliten tanto el acceso a la justicia como la reparación de las víctimas y de las comunidades afectadas.

Otro punto importante son las obligaciones extraterritoriales. Estas empresas tienen su sede principal en un territorio, pero deben respetar los derechos humanos de los países en los que tienen sus filiales.

Milton Romani

Ex secretario general de la Junta Nacional de Drogas y ex embajador de Uruguay ante la Organización de Estados Americanos (OEA)

Comparto que este es un momento histórico. No descarto que Uruguay apoye esta iniciativa, porque tiene un enfoque de derechos humanos en su política exterior y por la sencilla razón de que aquí estamos hablando de la lucha del más chico contra el más grande. ¿Cómo podemos enfrentar esa lucha? Con herramientas políticas y diplomáticas, y con la centralidad que tienen los derechos humanos.

En este punto debo decir que a pesar de adherir a un tratado vinculante, no hay que renunciar a ninguna batalla parcial que tengamos que dar. Uruguay ha demostrado que se puede luchar contra las corporaciones. En base al derecho a la salud, nuestro país enfrentó una demanda de la Multinacional Philip Morris. Uruguay ganó ese juicio. Esta demanda -no aconsejo esto como guía permanente- demuestra que hay batallas que se pueden ganar en base a la defensa de derechos.

Yo vengo a participar de esta mesa para mostrar un caso bastante elocuente y demostrativo de la asimetría y discrecionalidad que tienen algunas empresas transnacionales muy fuertes: la banca internacional.

Vengo a hablar de la Ley N° 19.172, de la decisión soberana del Uruguay de regular el mercado de la marihuana, de las decisiones arbitrarias y unilaterales de las casas matrices de algunos bancos de plaza, y de las imposiciones que las correspondencias internacionales le han impuesto al Banco de la República

Oriental del Uruguay, lo cual constituye un absurdo desde el punto de vista de los acuerdos comerciales o financieros que existen en esta materia.

Voy a invitar a la banca internacional a que reflexione un poquito más contra esta tontería que están realizando contra Uruguay, concretamente, contra una farmacia de Malvín norte, pues sus políticas de riesgo habilitan a que grandes flujos del narcotráfico laven olímpicamente. Esto no es ninguna novedad. Las multas multimillonarias que se le aplican a varios bancos que hoy actúan en ese sentido por lo menos demuestran que sus políticas de riesgo son deliberadamente ambiguas.

Uruguay posee una política pública de drogas que tiene más de doce años de continuidad. No es que un día nos levantamos y decidimos legalizar la marihuana, sino que esto responde a decisiones programáticas de gobierno.

Uno de los desafíos más importantes es afectar la sed de ganancias del mercado ilícito del narcotráfico. La Ley N° 19.172 tiene como objetivo pegarle al narcotráfico de una manera mucho más eficaz y eficiente de lo que lo ha hecho el modelo de guerra contra las drogas, que permite la libre circulación de la marihuana, pero que no tiene herramientas suficientes para el combate al lavado de dinero. Fíjense la paradoja: si hay un país que tiene un modelo regulatorio que permite ser transparente y tener trazabilidad sobre el origen de los fondos y los beneficiarios, ese es Uruguay.

Nosotros podemos identificar de dónde vienen los capitales que producen la marihuana regulada y cuál es su trazabilidad. Por lo tanto, no existen riesgos respecto a ese tema.

Además, desde el punto de vista de las garantías, Uruguay no solamente innovó en materia de combate al lavado de dinero en 2008 -todavía no existía el proyecto de regulación del cannabis-, sino que por primera vez ingresó a la comisión de estupefacientes, que es un organismo político integrado por 52 países, que rige las políticas mundiales en materia de drogas. También fue el promotor de una declaración sobre la debida integración de los instrumentos de derechos humanos con las políticas de fiscalización de drogas, que costó mucho sudor y lágrimas lograrla, pero que finalmente se votó con el apoyo de Argentina, Bolivia, Suiza y la Unión Europea.

Se pueden dar batallas diplomáticas exitosas porque, de alguna manera, el relato de las políticas de drogas ha cambiado. Tenemos la declaración de la última sesión especial de las Naciones Unidas respecto al problema de las drogas, de abril del año pasado, en la que entre otras cosas se afirma la importancia que tienen los instrumentos de derechos humanos -esto se ha hecho con el aporte de un documento del Alto Comisionado de Derechos Humanos- y se sostiene que las convenciones otorgan la suficiente flexibilidad para que los Estados nacionales afronten sus propios desafíos. Es decir, se habilita a que Estados como Uruguay, y jurisdicciones estatales como en Estados Unidos, puedan desarrollar un modelo alternativo adherido a los instrumentos y principios de derechos humanos que otorgue acceso al cannabis.

Este modelo es discutible y debatible, pero se han demostrado algunas cuestiones importantes. En primer lugar, hay más de 20.000 uruguayos y uruguayas registrados para acceder al cannabis, lo cual demuestra el apego y la confianza de esos ciudadanos en el modelo, la ley y el Estado, cosa que no es menor. A su vez, adquirieron un derecho. Las empresas que

producen, distribuyen y venden marihuana regulada también están amparadas por el artículo 7° de la Constitución de la República. Ni que hablar de las que producen cáñamo industrial, que ni siquiera deberían estar cuestionadas.

Existe una iniciativa ciudadana presentada ante la Institución Nacional de Derechos Humanos, que considera que esta decisión de los bancos atenta contra los derechos fundamentales y la soberanía nacional.

¿Esto es negociable? Sí, se puede negociar. Los bancos pueden decir que tienen sus propias reglas, que eran preexistentes y que las conocíamos, pero nosotros debemos exigirles que respeten la ley nacional y los derechos de nuestros conciudadanos, que no pueden tomar una decisión unilateral de esas características, máxime teniendo en cuenta que en Estados Unidos y Canadá existen instrumentos que han flexibilizado la posibilidad de que aquellos Estados que producen y venden marihuana ilegal puedan trabajar con 250 entidades bancarias dentro de Estados Unidos, y con cuatro grandes bancos en Canadá. Por lo tanto, existe el memorándum elaborado por el vicefiscal general de Estados Unidos Jame Cole en 2013 y las guías de la Red de control de delitos financieros del Departamento del Tesoro de Estados Unidos (Fincen, por su sigla en inglés), que han posibilitado la relación entre los bancos y la marihuana legal, la marihuana medicinal, que está presente en 23 Estados de Estados Unidos.

Regular los mercados es una necesidad democrática de las sociedades. No me refiero solamente al mercado de la marihuana, sino a regular todos los mercados, porque si dejamos que sean totalmente libres, vamos a tener consecuencias irreparables contra la sociedad y contra nuestro desarrollo. Por lo tanto, hay que poner freno a la sed de ganancia de las corporaciones, y pienso que una iniciativa como esta puede ser una de las tantas herramientas que tengamos para regular los mercados. ▣

PANEL 3

**“Obligaciones directas para las ETN
y responsabilidad solidaria de las ETN
por violaciones a lo largo de sus cadenas
de suministro y valor”**

Manoela Carneiro

*Coordinadora del Centro de Derechos
Humanos y Empresas*

Me gustaría volver al debate histórico que fue mencionado aquí en cuanto a derechos humanos y empresas en las Naciones Unidas, y destacar algunos puntos que pienso que son esenciales para explicar y entender la lógica de la lucha que verdaderamente se está dando en las Naciones Unidas, y los puntos principales que debemos solucionar. Algunas personas consideran que se debe construir dentro de las Naciones Unidas un consenso general sobre la capacidad de negociación en tratados internacionales sobre empresas y derechos humanos, y uno de sus puntos principales es la previsión de obligaciones directas para empresas transnacionales.

Como fue dicho, formalmente ese debate fue incorporado a las Naciones Unidas en la década de 1970 y en el marco del discurso del presidente chileno Salvador Allende en la Asamblea General, pero me gustaría destacar que en ese momento no había un marco o un espacio de derechos humanos para proponer esta temática. Entonces, la perspectiva desde la cual se incursionó en este punto esencial fue, en gran medida, la de las organizaciones no gubernamentales de la sociedad civil, junto con la de Estados que estaban involucrados en esto, fundamentalmente de la región sur. Uno de los principales objetivos para establecer un tratamiento serio con relación a la respon-

sabilidad de las empresas transnacionales por violaciones a los derechos humanos es tratar este tema desde el punto de vista de los derechos humanos. Pero en ese primer momento no había un órgano con competencia en esa materia, y entonces tuvo lugar la creación de la comisión sobre inversión internacional de empresas transnacionales y tuvimos el cuadro de conducta. Este cuadro no avanza tanto en algunos elementos esenciales pero es un instrumento interesante.

Después, debido a la presión de la sociedad civil, los Estados continuaron en esta línea y al final de la década de 1990 tuvimos la propuesta de esta subcomisión para la promoción y protección de los derechos humanos. Podemos observar que la nomenclatura, el vocabulario y la temática de los derechos humanos resultan significativos. A mi juicio, esto es importantísimo y resulta efectivo en las Normas de Derechos Humanos de la ONU para Empresas que se aprobaron en 2003. Aclaro que las normas no fueron aceptadas, porque es una batalla que se establece -como fue dicho- entre norte y sur, es decir, entre quien explota y quien es explotado. Obviamente, el norte tiene más poder y puede influir en gran medida en esta agenda. Entonces, las normas no fueron aceptadas pero al mismo tiempo la ONU tuvo que continuar dando una respuesta a la sociedad civil y a los Estados involucrados

en este debate. De esa manera, Kofi Annan, secretario general de la ONU, mediante su representante especial en empresas transnacionales y derechos humanos, profesor John Ruggie, consultor de empresas y profesor de la Universidad de Harvard, establece este paradigma: “Protect, respect and remedy”, intentando efectivamente consolidar la perspectiva de que los Estados deben proteger los derechos humanos y las empresas deben respetarlos.

Esa perspectiva de respetar comprende una lógica que va a estar contenida en los principios rectores. Respetar significa que las propias empresas establecen medidas de emergencia que determinan lo que deben hacer dentro de su cadena y que deben fiscalizar lo que están haciendo ellas mismas. Entonces, la empresa no es considerada un violador potencial de derechos humanos, sino que está interesada en el desarrollo de la sociedad desde el punto de vista racional, ético y de la buena fe, porque ella misma se va a encargar del cumplimiento de las normas dentro de su cadena productiva de valor y en todo el desarrollo de su negocio. Digo esto porque al final voy a citar un ejemplo objetivo de esta lógica desde la perspectiva de la tragedia o el crimen ambiental de Mariana, en Brasil.

En 2005 se avanza en este paradigma que se concreta con los principios rectores en 2011, que a mi juicio apuntan al vaciamiento del contenido de las Normas; lo que había de efectivo en cuanto a los derechos humanos y a la territorialidad y la perspectiva de obligación directa para las empresas fue sacado. Hubo una jugada política, porque no se realizó consulta pero se logró consenso en la adopción. Esto, en un proceso formal y representativo de las Naciones Unidas, tiene una fuerza importante, instrumental, dogmática y retórica. Cuando converso con los representantes diplomáticos de Itamaraty me dicen que Brasil tiene una tradición de

respeto a los derechos humanos y los consensos internacionales y entonces no podemos desconocer los principios rectores; para nosotros es un compromiso firmarlos como parte del proceso de internacionalización en América Latina, al que me voy a referir al final. Entonces, este discurso y esta perspectiva fantasiosa de que los principios representan consenso sirve como instrumento de retórica muy importante para la internacionalización de los planes nacionales de acción y para que los Estados se involucren en esa tarea de internalizar los principios rectores.

En este momento estamos en la negociación del Tratado Internacional sobre Empresas y Derechos Humanos. Voy a dar algunos elementos objetivos que justifican la posibilidad de proponernos obligaciones directas para las empresas transnacionales. El primero es el precedente de normas ya existentes. Brasil prevé obligaciones directas para empresas, por ejemplo, en la legislación que protege al consumidor. Y prevé la reparación directa por violación de derechos humanos. En derecho ambiental también tenemos eso; inclusive, obligaciones penales y civiles para las empresas.

Si estamos jugando con un actor que es un potencial violador de derechos humanos y no hay protección para la violación cometida por este actor poderoso, más poderoso que los Estados en la historia actual, entonces tenemos que llenar este vacío, asumir la responsabilidad de las empresas e imponerles obligaciones directas, mecanismos internacionales de control. En derecho queda claro que si asumen responsabilidad deben tener mecanismos de prevención y de reparación; inclusive se piensa en la posibilidad de una Corte Internacional.

Este tratado internacional de empresas y derechos humanos que se propone también tiene un potencial descolonial. Si observamos la historia de los derechos humanos, muchas personas pueden pensar que son un marco

civilizador europeo que afirma que la perspectiva de la libertad es todo. Sí, eso ocurrió. El Pacto de San José de Costa Rica tenía solamente el contenido de derechos civiles y políticos en el inicio. Fue necesario un protocolo adicional, el Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales. Se trata de un proceso histórico que ahora se invierte a favor de la construcción de los pueblos y sus luchas, para la afirmación de la igualdad frente al norte.

En este proceso de negociación del tratado, las empresas van a plantear la posibilidad de autofiscalizarse, aplicando buenas prácticas. Eso no funciona. Tenemos la previsión en el principio rector 17.

Les voy a dar el ejemplo de Mariana, de la cuenca del río Dulce, donde hubo un crimen ambiental. Creo que oyeron hablar del peor desastre ambiental de la historia minera en Brasil. Después del delito, decían: “el agua es apropiada para el consumo, no es necesario que las personas que bebieron el agua del río se asusten”. ¿Por qué? Porque la empresa lo garantiza. La empresa contrató a otra empresa que está diciendo que el agua puede beberse. Hay una lógica de depositar en la empresa el proceso de monitoreo, de acompañamiento de su propia responsabilidad. Cuando se hizo la identificación de los afectados en la cuenca del río Dulce, ¿quién dijo quién estaba afectado? La empresa.

Elisa Facet

*Asesora de la Unidad de Relaciones
Internacionales y Cooperación del Ministerio
de Industria, Energía y Minería*

Mi idea era concentrarme, más que nada, en el marco internacional que tenemos para intentar contener o reglar de alguna forma la acción de las empresas transnacionales. Luego, mi compañera, doctora Florencia Ualde, se va a encargar del marco interno.

Una de las cuestiones a resaltar es que, si bien hacen falta espacios de diálogo y de reflexión, es notorio que están surgiendo, y hay mucha bibliografía en torno al tema. Mi propuesta era centrarme en un análisis que me pareció interesante plantear de los autores Wolfgang Kaleck y la doctora Miriam Saage-Maaß. Ellos crearon un documento sobre amenazas a los derechos humanos causadas por empresas europeas en América Latina. Es un análisis que surge en el marco del proyecto de cooperación Comercio-Desarrollo-Derechos Humanos II, de la Fundación Heinrich Böll.

En primer lugar, plantea una dicotomía interesante con respecto al marco teórico que tenemos sobre el derecho internacional público, que refleja en forma deficiente -al decir de los autores- la realidad de las empresas. Plantean que las empresas tienen una

gran influencia en la producción normativa de derecho internacional público debido a la capacidad de lobby y de presión política concreta que tienen para generar normas de derecho internacional público. Eso no se condice con la falta de posibilidades de reglarlas, es decir, la falta de subjetividad jurídica que tienen con respecto al derecho internacional. Las teorías clásicas plantean a las empresas transnacionales por fuera de los sujetos de derecho internacional público y eso genera la dificultad de regularlas y de plantear normas directas, concretas y exigibles. Por tanto, sólo nos queda la soft law, conformada por declaraciones de la OIT y de la OCDE, así como por la Carta de Principios. En concreto, detallan principios rectores a seguir, que son compatibles, pero no suficientes, por lo que tenemos que seguir trabajando para tener una forma concreta y directa de regular el accionar de las empresas.

Evidentemente, hoy hay muchas discusiones sobre los sujetos del derecho internacional público, pero se necesita más discusión y más difusión para poder avanzar en una concepción diferente.

Florencia Ualde

*Asesora de la Dirección General de
Secretaría del Ministerio de Industria,
Energía y Minería*

El encuadre jurídico de este tema tiene dos desafíos. El primero tiene que ver con que es un hecho de la realidad que las empresas transnacionales -sobre todo las que forman parte de toda la cadena de valor- violan derechos humanos. Incluso, se ha constatado que esas empresas filiales, sucursales o subcontratadas son las que violan más derechos. Es un hecho de la realidad, y me parece muy positivo que se esté dando la discusión para cambiarlo. Lo segundo es que genera una gran dificultad la posibilidad de responsabilizar a esas empresas con los mecanismos que tenemos al día de hoy.

Obviamente, el orden económico internacional es muy complejo. Estas empresas tienen la posibilidad de manejarse y de generar influencias en los órdenes político, económico y social de los Estados. Además, generan una estructura de organización bastante compleja, a partir de las filiales y de distintas empresas que forman parte del proceso. Jurídicamente, debe darse la discusión con respecto a qué relación tienen unas con otras para poder asignarles responsabilidad por las consecuencias de sus acciones.

Las empresas transnacionales tienen en general un alto grado de impunidad; la crisis del Estado de bienestar, las políticas neoliberales, la desestatización, las privatizaciones, las crisis sociales y las limitaciones de derechos promueven que estas empresas tengan

cada vez más poder en los distintos ámbitos de su actuación. El desafío es la necesidad de delimitar estas responsabilidades y generar mecanismos adecuados para garantizar los derechos humanos.

Obviamente, las legislaciones nacionales y los instrumentos internacionales establecen garantías para la protección de derechos humanos, pero muchas veces se restringen a garantías formales y no efectivizan el libre ejercicio de derechos y su protección. Muchas veces, la protección jurídica queda subordinada a relaciones de poder y a recursos económicos, que hacen que esos derechos no puedan hacerse efectivos en la práctica cotidiana.

Asimismo, las instituciones financieras internacionales, a través de determinadas políticas neoliberales, han hecho más difícil que se puedan efectivizar y proteger los derechos humanos.

Me parece importante lo que comentaba la licenciada Facet en cuanto a pasar de una fase meramente declarativa de los derechos a dar la discusión de fondo, en primer lugar, sobre la redistribución de recursos para poder hacer efectivos los derechos humanos. Si bien se tienen que buscar mecanismos para efectivizar derechos, en algunos casos puede darse que no haya recursos efectivos para cumplirlos; entonces, entra en juego la comunidad internacional, que debería hacerse cargo de esa responsabilidad, no solo

por una cuestión de caridad o de ayuda, sino como una obligación jurídica internacional, encuadrada en el derecho internacional de los derechos humanos y también en el derecho al desarrollo de las naciones.

En este marco internacional es donde actúan las empresas transnacionales, que ejecutan actividades económicas muy variadas y generan un amplio poder económico y político. Incluso, pueden tener domicilio en distintos lugares, de acuerdo a la filial o donde haya sido registrada; este es un tema no menor respecto de la asignación de responsabilidades de las empresas. También tienen estructuras jurídicas muy variadas, pero tienen dos rasgos bien generales. Uno es la independencia jurídica respecto de la casa matriz, y otro es que están sometidas a un grupo dirigente, que es el que toma las decisiones. Ahí se genera ese vínculo que es desde el que se debe partir para dar la discusión con respecto a la asignación de responsabilidad. Si bien jurídicamente pueden considerarse como entes separados, que actúan en distintos territorios, lo cierto es que, de una manera u otra, están sometidas a un mismo centro de control y de decisión. Por eso, todo el proceso de decisión de la cadena de valor asume una importancia trascendental, porque si bien en el caso de la violación de derechos humanos en determinado territorio por parte de una empresa subcontratada, puede considerarse que se limita ahí su actuación, lo cierto es que viene de un proceso de toma de decisiones mucho más amplio y complejo, que hoy no está previsto ni demasiado regulado.

Creo que lo importante acá es buscar nuevos criterios de vinculación jurídica que excedan el domicilio de la filial o las legislaciones específicas nacionales, y avanzar en una regulación internacional de la responsabilidad. La propuesta del tratado vinculante es muy importante, porque genera nuevas herramientas para que los Estados puedan

hacer efectiva esta responsabilidad solidaria de las empresas.

¿Qué logremos a partir de generar esos instrumentos? Por ejemplo, conocer el origen de los capitales, la nacionalidad, las decisiones comerciales, el destino de las ganancias y todo este sistema de vínculos jurídicos existentes a lo largo de la cadena de valor. Podemos conocer, también, cómo hacer efectivas las demandas judiciales de las distintas empresas que estén vinculadas con la violación de derechos humanos. Podemos tener herramientas de promoción, por ejemplo, a nivel nacional, a partir de la contratación pública, mediante legislaciones que puedan promover cláusulas sociales, laborales, medioambientales que permitan tener prohibiciones específicas con respecto a la defensa de los derechos humanos. Asimismo, podemos entender en las negociaciones de pactos de inversión. Obviamente, la inversión es necesaria para que un país pueda desarrollarse, pero también hay que entender que no es un fin en sí mismo, sino que debe responder a ciertas necesidades de las sociedades. Por eso, deben existir ciertas especificaciones que protejan los derechos de los Estados, que hacen parte de su soberanía.

Brevemente, quiero hacer referencia a la regulación general que tiene Uruguay en la materia, a partir de dos fuentes: el derecho internacional y el derecho interno.

En el caso del derecho internacional, esta materia se ha regulado a través de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 que se aplican a los países que los ratificaron. En el caso de los países que no lo hicieron, se aplica la Ley N° 16.060, de sociedades comerciales, de 1989, que establece el principio general de hospitalidad. En el momento de la sanción de la ley, se priorizó recibir a las empresas extranjeras y que se instalaran en el país prácticamente sin ningún tipo de requisito. En esa ley se establece la existencia de

las sociedades anónimas de pleno derecho; quiere decir que no se requiere ningún acto del Poder Ejecutivo o Judicial para reconocer a las empresas extranjeras, salvo su existencia en el Estado de origen.

Los temas de la capacidad, del funcionamiento y de la disolución de las empresas se rigen por la ley donde están constituidas, es decir, por la ley del país extranjero, pero hay ciertas excepciones. En el caso de que se quiera establecer una sucursal en Uruguay, en ese caso se aplica la ley nacional. Esto establece un sistema de extraterritorialidad parcial, en el sentido de que si bien se reconoce, de pleno derecho, a las sociedades que vienen del extranjero, por otro lado, en el caso de que sean acciones habituales y a

través de una sucursal, se establece que se aplicará la ley del país.

En cuanto al tema de la responsabilidad, se establece el mismo sistema de responsabilidad de los administradores o representantes de empresas nacionales.

Respecto al emplazamiento, por ejemplo, en el caso de los juicios, se utiliza el criterio que les comentaba hoy, del domicilio. En el caso de los representantes que hayan realizado actos aislados, en el domicilio del representante o del administrador, y en el caso de que haya una sucursal, en el domicilio. En el caso de que no haya constitución de domicilio uruguayo, se aplica el artículo 126 del Código General del Proceso, por el cual se emplazará a través de exhortos.

Lucía Ortiz

*Integrante de Amigos
de la Tierra Internacional*

Es necesario recordar que desde el momento del impeachment a la presidenta Dilma Rousseff, mientras se estaba dando el proceso de cambios en Brasil, una de las primeras leyes que se cambió fue la ley de exploración petrolera, dando apertura a las grandes empresas transnacionales y responsables históricas del cambio climático -como la Shell, entre otras-, que también cometen otros crímenes ambientales. La semana pasada, se dio la concesión de una reserva minera en la Amazonia a los intereses del capital transnacional. También hubo cambios para la extranjerización de las tierras, megaproyectos y la venta del país con directos impactos y violaciones de derechos humanos sobre pueblos indígenas o afrodescendientes.

Después de la aprobación de la PEC 55, que congeló los gastos públicos en educación y salud, ahora también se vienen todos los aspectos de la privatización de las empresas públicas de agua, a nivel municipal y del Estado. Todo esto se hace, claramente, al servicio de las empresas transnacionales y con el apoyo del sector judicial y de los conglomerados empresariales de la comunicación, con una violencia y velocidad impresionantes.

En ese proceso del Tratado Vinculante venimos trabajando en distintas propuestas, desde la campaña por desmantelar el poder

empresarial hasta la necesidad de definir obligaciones directas para establecer la responsabilidad solidaria de las empresas transnacionales, una propuesta construida desde abajo, desde los pueblos.

En Amigos de la Tierra consideramos que el Tratado debería establecer la responsabilidad civil y penal de las transnacionales y sus directivos, para cerrar los vacíos legales actuales en el marco del derecho internacional, y también aplicarse a todas sus subsidiarias y relaciones empresariales, inclusive a las empresas que forman parte de cadenas de suministro, es decir, a subcontratistas y financiadores. Demasiado a menudo se olvidan las responsabilidades de los financiadores de la cadena de operaciones, así que nos parece importante establecerlo.

En 2014 se aprobó la resolución que puso en marcha el Grupo de Trabajo Intergubernamental sobre el Tratado. Luego, en las dos sesiones que hubo avanzamos en propuestas en paralelo a la OIT y con una expertise y una movilización grande de los sectores sindicales. Ya se estaba tratando el tema de las cadenas globales de valor, con una resolución de la OIT sobre trabajo decente y cadenas de valor.

Las empresas transnacionales violan los derechos humanos cuando se instalan en diferentes partes del mundo en busca de las ventajas que cada región pueda ofre-

cer, reduciendo costos a través de la rebaja de los salarios y de la minimización de las condiciones de trabajo. A ese proceso se le denomina “cadenas globales de producción” o “cadenas globales de valor”. Esto refiere al hecho de que se agrega valor a los productos y servicios mediante la combinación con otros recursos. A medida que el producto o servicio pasa a través de las distintas fases de la cadena, aumenta su valor.

Hay una película que preparó la central sindical de las Américas que muestra un ejemplo muy concreto, una cadena de un gran supermercado, como Walmart -que es, hoy en día, la primera transnacional en términos de rendimiento a nivel mundial-, que muestra cómo se queda en la empresa el mayor valor agregado por la marca o la empresa minorista: 59% del valor de venta de un producto. Esto podría hacer pensar en todas las condiciones que se ven afectadas en las cadenas de trabajo. Por ejemplo, las mujeres que trabajan en los puntos de check out de los supermercados son expuestas a situaciones de estrés, de presión y de estar sentadas todo el día sin poder salir de sus puestos, lo que lleva a que existan altas tasas de aborto espontáneo. Esto está documentado por un estudio del Observatorio Social vinculado a la CUT, en Brasil. Imaginen el grado de precarización del trabajo en esta cadena; por ejemplo, la producción del algodón con el que se hará esta camiseta se da en condiciones vinculadas directamente o no con esa cadena laboral de expansión de monocultivos, muchas veces transgénicos, envenenados, y en la que las mujeres campesinas deben guardar las semillas, preparar y proveer sus huertos y defenderlos de las fumigaciones de los agrotóxicos. O sea que las afectaciones y violaciones de los derechos que se dan en toda la cadena son enormes.

También podríamos analizar el caso de cadenas combinadas con otras. Por ejemplo, en el caso de Porto Alegre, tuvimos el tema

de grandes obras de infraestructura y de formas de modernización de la ciudad al servicio de un proyecto de la FIFA para organizar la Copa del Mundo de Fútbol, porque se decía que tendríamos que expandir la logística en el aeropuerto, lo que no se concretó. Hoy ese aeropuerto fue comprado por una empresa alemana, Fraport, y todavía sigue el discurso de que existe la necesidad de expandir las pistas de vuelo, ahora para un flujo de materiales y logística para el Walmart de esa región. Con todo ese proceso de modernización de la ciudad, más de 30.000 familias fueron desplazadas o están amenazadas de desplazamiento en la ciudad, inclusive comunidades afrodescendientes. También está a estudio la legislación del marco temporal que define los derechos de los pueblos originarios.

Un dato es que las 500 empresas más grandes del mundo hoy son controladas por once familias, lo que también nos muestra esa concentración de poder económico y la impunidad que les da toda la arquitectura de los tratados de inversión y de protección de inversiones.

Podemos ver el ejemplo de Agua Zarca y el rol de los financiadores. Es necesario que se identifique, que se responsabilice, así como que se determinen las responsabilidades extraterritoriales de los Estados que hacen inversiones a través de esas instituciones. El proyecto de Agua Zarca, de la empresa DESA, ha traído destrucción y muerte al pueblo Lenca y su sagrado Río Gualcarque, en Honduras, pero fue financiado y las empresas obtuvieron las condiciones para llevar adelante ese proceso, a pesar de la muerte de líderes y luchadores sociales, como Berta Cáceres, indígenas y a pesar de las denuncias y alertas de lo que estaba pasando en el Estado hondureño, después del golpe de Estado. La empresa fue financiada por el Banco de Desarrollo de los Países Bajos, por el Finn Fund de Finlandia y por el Banco Centroamericano de Integración Económi-

ca, que tiene, por ejemplo, al Estado español como uno de sus socios, con 5%. ¿Cuál es la responsabilidad extraterritorial de los estados que son socios de este proyecto?

Cuando observamos las violaciones sistemáticas que se producen en toda la cadena de valor y el entramado de las corporaciones, advertimos que si bien el Tratado puede traer muchos desafíos jurídicos, también puede constituir un instrumento de articulación de muchas luchas, experiencias, investigaciones y capacidades de actuación de distintos sectores como, por ejemplo, el sector sindical, que está comprometido y haciendo estudios de las cadenas en relación a los derechos laborales.

Por otro lado, las denuncias de las comunidades afectadas por la minería debido al modelo extractivo nos dan más fuerza. También contamos con todo el conocimiento acumulado y generado por los sectores que se resisten a los acuerdos de libre comercio, desde el ALCA hasta ahora.

Asimismo, tenemos instrumentos que nos permiten construir una alternativa con-

junta, un poder popular para que cualquier instrumento vinculante y de derecho internacional represente las demandas de los pueblos, y sea construido desde abajo.

Por otra parte, hicimos un llamado a los gobiernos para que se comprometan a participar del proceso de negociación del Tratado. Ojalá Uruguay esté fuerte y firme en Ginebra en el mes de octubre.

También hicimos un llamado a las organizaciones de la sociedad civil, y más de 600 organizaciones de todo el mundo ya lo firmaron. Además, en un período de diez días, organizamos con la sociedad civil eventos en Ecuador y Sudáfrica; asimismo, el Tribunal Permanente de los Pueblos juzgó los crímenes de Monsanto y el proyecto ProSabana, que refiere al agronegocio e involucra a empresas de Brasil, Japón y Mozambique.

Sin duda, hablamos de un instrumento de articulación de luchas populares, y solo podemos avanzar y superar los desafíos técnicos y jurídicos; ojalá no encontremos barreras políticas para hacer este cambio y lograr la implementación del Tratado. ■

PANEL 4

“Exigibilidad y justiciabilidad de las normas vinculantes: Tribunales nacionales, obligaciones extraterritoriales de los Estados, y Corte internacional sobre Derechos Humanos y ETN”.

Pablo Fajardo

*Integrante de la Unión de Afectados
por Texaco*

Vengo de la Amazonia ecuatoriana, de la provincia de Sucumbíos.

Los instrumentos jurídicos son vinculantes o no existen. Los principios rectores no son un instrumento jurídico porque no generan ninguna obligación. No existe el medio embarazo: hay embarazo o no hay embarazo; hay instrumentos jurídicos o no existen los instrumentos jurídicos.

El caso Chevron, en Ecuador, reúne muchísimos elementos que se han discutido esta jornada. La empresa Chevron -antes Texaco- operó en Ecuador por 26 años consecutivos, arrojó más o menos 60.000.000 litros de agua tóxica en los ríos de la Amazonia ecuatoriana, construyó más de 800 piletas -como piscinas olímpicas- donde arrojaba todo los tóxicos posibles de cada pozo petrolero. Además, vertió petróleo crudo en más de 1.500 kilómetros de carreteras, en caminos de acceso a cada pozo o a cada comunidad. Por ese daño ambiental intencional hasta ahora han muerto más de 2.000 personas por cáncer, el 64% de ellas son mujeres. La tasa de cáncer, de leucemia, de abortos espontáneos, es la más alta de Ecuador. Para nosotros es el peor hecho de violación de derechos humanos causado por una corporación. Ante ese crimen ambiental, hace 23 años y ocho meses que 30.000 indígenas y campesinos empezamos un litigio en las Cortes de Estados Unidos buscando

acceso a la justicia para que Chevron pague el costo de reparación del daño ambiental causado en nuestra amazonia.

¿Qué ocurrió? El primer argumento de Chevron Estados Unidos fue que el foro no era conveniente, que los jueces norteamericanos no eran competentes para ese litigio, que si había un juicio debía tramitarse en las Cortes de Ecuador. Nueve años después, el sistema judicial norteamericano decidió enviar el caso a Ecuador, que Chevron fuera juzgada en las Cortes ecuatorianas, tal como ellos pidieron. Plantearon una demanda en Ecuador y el primer argumento que puso Chevron en ese país fue que los jueces ecuatorianos no eran competentes para ese caso, que el foro no era conveniente.

Entonces, empezamos a preguntarnos dónde había que juzgar a esa corporación. Los jueces dijeron que sí eran competentes, continuamos con el trámite judicial, se probaron todos los hechos de cómo Chevron causó intencionalmente el daño y en 2011 se declaró a la empresa culpable, por lo que tenía que pagar la suma de 9.500.000.000 dólares para reparar el daño ambiental, social y cultural causado. Hasta ahí, bien.

Pero, ¿qué ocurrió? Vienen las grandes trabas y los grandes obstáculos que nos impiden ese acceso a la justicia. Primeramente, la empresa Chevron argumentaba cuestiones como que el petróleo no causaba problemas en la

salud -cosas un poco absurdas-, pero lo que pasó en el fondo fue que una vez que tuvimos el fallo judicial en Ecuador, durante prácticamente los veinte años que duró el litigio con Estados Unidos, Chevron retiró todos los activos, todos los bienes que tenía dentro de Ecuador. Entonces, el fallo judicial fue fenomenal, excelente, pero no se puede cumplir porque no existe dinero de la empresa en Ecuador. Todo el dinero que tenía Chevron en Ecuador eran 352 dólares. La deuda es de 9.500.000.000 dólares, ¿cómo la cobramos? Nos vemos en la obligación de hacer el trámite de homologación de sentencia en otras jurisdicciones donde existen activos de la empresa para poder ejecutarla en lo posterior, una vez que sea homologada. Pero surgen otros obstáculos: Chevron empieza a decir que las subsidiarias que están en Argentina, en Brasil, en Canadá o en cualquier parte del mundo son empresas autónomas. Por ejemplo, en Canadá dicen con claridad meridiana que la deuda que se tiene en Ecuador es de Chevron matriz, pero Chevron Corporation no tiene activos en Canadá; quien tiene activos en Canadá es Chevron Canadá, pero Chevron Canadá no tiene deuda con la gente de Ecuador, así que se oculta tras el velo societario. Y claro, desde Chevron Corporation matriz a Chevron Canadá hay siete niveles de subsidiarias; entonces, lo societario sirve para ocultar la responsabilidad de la corporación, pese a que hemos demostrado que es la misma empresa.

Otra dificultad para nosotros ha sido la cuestión económica. Hasta ahora, Chevron ha gastado en defenderse de este juicio más de 2.500.000.000 dólares. Tiene un equipo de por lo menos 2.000 abogados trabajando a tiempo completo, decenas de empresas de comunicación, de lobby, de espionaje, de persecución; son un ejército de personas trabajando para proteger a la corporación, y los pueblos indígenas y los campesinos, ¿cómo accedemos a la justicia? ¿Con qué recursos contamos?

Pero no se quedaron allí. Cuando vieron que, pese a la inexistencia de recursos, la lucha era por la justicia, por la vida y que seguíamos adelante, Chevron diseñó todo un esquema increíble para demandar a las propias víctimas, convertirlas en criminales, y a la empresa en víctima de estos criminales. Lo que hace Chevron es decir que en este caso no hay daño ambiental, sino una asociación ilícita de indígenas, campesinos, abogados y expertos que queremos extorsionar a la corporación, que nos hemos asociado ilícitamente, y en ese contexto nos plantea una demanda en nuestra contra bajo la ley RICO en Estados Unidos.

Fue a refugiarse en Estados Unidos, donde los jueces no han hecho más que proteger a la empresa, y sacaron una sentencia que en uno de sus párrafos dice que los demandantes ecuatorianos pueden ejecutar la sentencia en cualquier parte del mundo en que lo crean conveniente, menos en Estados Unidos. ¿Cómo es posible que una sentencia válida pueda ejecutarse en cualquier parte del mundo menos en Estados Unidos? ¿Por qué? Obviamente, después hubo una campaña mediática; pero el siguiente ataque que hace muy fuertemente es contra el Estado ecuatoriano, abusando de tratados bilaterales de protección de inversiones. Hay tres arbitrajes internacionales en contra del país, una campaña mediática increíble contra el Estado ecuatoriano, y una campaña para afectar la parte comercial y económica, es decir, que Estados Unidos no celebre acuerdos comerciales con Ecuador como castigo por este juicio. Pero lo más grave son los arbitrajes internacionales. El peor crimen de derechos humanos no se puede judicializar procesalmente porque el sistema de justicia no lo permite.

También hemos recurrido a la Corte Penal Internacional y nos respondió que tampoco encuentra méritos para juzgar este caso.

Conclusión: durante 24 años hemos re-

corrido las Cortes de Estados Unidos, de Ecuador, de Argentina, de Brasil, de Canadá, la Corte Penal Internacional, y no encontramos acceso a la justicia. ¿Por qué? ¿Qué está pasando? Aquí hay un gran problema que es un vacío jurídico. No existe una estructura jurídica que permita a las poblaciones afectadas por crímenes corporativos acceder a la justicia. No existe un instrumento jurídico que permita hacer eso. Lo digo por experiencia propia. Yo re-

presento a 30.000 indígenas y campesinos, hemos luchado en todas las cortes posibles y no encontramos acceso a la justicia. Ese es el gran vacío jurídico que tenemos; esa es la gran violación a los derechos humanos que tenemos.

Por eso se hace hiper necesario que exista un instrumento, una estructura adecuada que permita que los pueblos víctimas de crímenes corporativos tengan acceso a la justicia.

Carlos Mata

*Director de Asuntos de Derecho Internacional
del Ministerio de Relaciones Exteriores*

Nos corresponde en esta mesa exponer sobre el tema de la exigibilidad y justiciabilidad de las normas vinculantes ante los tribunales nacionales, obligaciones extra-territoriales de los Estados y Corte Internacional de Derechos Humanos.

A fin de situar la problemática de la exigibilidad y justiciabilidad de las normas, debemos comenzar por establecer cuál es el objeto que se pretende llevar a una Corte con estos componentes. Y allí creo que debemos vincularlo con un término que suele denominarse, sobre todo por parte de los empresarios, como responsabilidad social empresarial. Y cuando se habla en estos términos, en concreto, se hace referencia a esta como una nueva manera de hacer negocios, en la cual las empresas tratan de encontrar un equilibrio entre la necesidad de alcanzar objetivos económicos y financieros y, al mismo tiempo, lograr un impacto social y ambiental positivo en sus actividades. Y si una actividad, para seguir con la definición que acabo de citar, no se realiza con la necesidad de alcanzar objetivos económicos y financieros y lograr un impacto social y ambiental positivo, estaríamos hablando de una actividad ilegítima.

En consecuencia, cuando hablamos de una actividad ilegítima, necesariamente tiene que ser penalizada en los distintos aspectos, en las distintas visiones del derecho, que va desde una sanción económica, fiscal, etcétera, y también penal.

Para aproximarnos a este tema de la vinculación entre las empresas transnacionales y los derechos humanos, también debemos hacer una precisión. Aquí caben dos enfoques -probablemente algunos más-: uno desde la perspectiva del derecho internacional y otro desde la perspectiva de los derechos internos.

Desde la perspectiva del derecho internacional se hace alusión a la elaboración por parte de las Naciones Unidas en 2011 de los denominados principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, con la finalidad de proteger, respetar y remediar los derechos fundamentales del ser humano.

Estos 31 principios son normas de soft law; tienen un significado, una naturaleza diferente a la de un tratado, pero eso no significa que tengan menos eficacia que una disposición prevista en un tratado. Porque, reitero, estas normas, en general, lo que determinan son conceptos jurídicos indeterminados, son exigibles y son justiciables.

Naciones Unidas ha hecho un gran esfuerzo, y de allí la importancia de que los Estados hayan reconocido estos principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. También en el ámbito regional americano existe una toma de conciencia frente a estas consideraciones de empresas transnacionales y derechos humanos.

En el ámbito de la Organización de Estados Americanos, el Comité Jurídico elabo-

ró un informe acerca de la responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y en el medio ambiente de las Américas, el cual fue aprobado por la Asamblea General de la OEA en junio de 2016, mediante Resolución N° 2.887.

Estas aproximaciones desde el punto de vista internacional, en un ámbito universal de las Naciones Unidas y en el ámbito regional de las Américas, son complementadas, como se ha visto aquí en las distintas exposiciones, por diferentes leyes, decretos o reglamentos, que cada Estado ha dictado en el marco de sus respectivos derechos internos. Es decir que tenemos una aproximación desde el derecho internacional, pero también una aproximación desde los derechos internos.

Aprovecho para señalar que también en el campo doctrinario hay estudios muy importantes, muchos de los cuales ya fueron referidos en este seminario. Pero quería traer a colación, además de estas referencias doctrinarias, estudios que ha realizado el profesor Antonio Augusto Cançado Trindade, quien fue juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y actualmente es juez de la Corte Internacional de Justicia. En sus trabajos ha hecho un esfuerzo importante por vincular el tema de las empresas y los Estados con los derechos humanos. Es decir, tenemos órganos jurisdiccionales especializados en derechos humanos, pero las Cortes, llámese Corte Internacional de Justicia, o Tribunal Internacional del Derecho del Mar, no escapan a la aplicación de normas sobre los derechos humanos que están y deben ser vigiladas necesariamente.

En consecuencia, podemos señalar que tenemos un acervo normativo en cuanto a la actuación de las empresas transnacionales y los derechos humanos.

Por lo tanto, si partimos de una aproximación a este tema señalando que tenemos un acervo normativo, esto se nos hace más

sencillo, en el sentido de que los tribunales, sean internacionales o nacionales, están obligados a aplicarlo. Mucho de este acervo, muchas de estas declaraciones hoy pueden ser considerados normas de derecho positivo de naturaleza consuetudinaria. Estamos hablando de una fuente formal del derecho internacional. Es decir, en el ámbito internacional no hay duda de que no estamos hablando solamente de soft law; estamos hablando de normas consolidadas de derecho internacional hasta ese momento. A su vez, debemos tener en consideración que muchas normas no tienen esta nomenclatura de empresas transnacionales y derechos humanos; pero aunque no tengan esa nomenclatura, el contenido de las mismas sí hace referencia a la parte sustantiva que están estudiando o apreciando en este seminario.

Por otra parte, quería decir que también en la jurisprudencia internacional, en las Cortes regionales de derechos humanos y en la que corresponde a nuestro continente, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en los tribunales arbitrales, especialmente a los que dicen relación con las inversiones -es decir, aquellos procedimientos arbitrales que se enmarcan en el tratado de protección de inversiones-, muchos de los temas que se discuten y que están previstos en los laudos parten o subyacen de todo el razonamiento de esta temática que estamos viendo aquí: las actividades de las empresas transnacionales y los derechos humanos.

Voy a citar dos casos en los que tuve que actuar como agente del Uruguay. Uno de ellos fue el de Philip Morris con Uruguay. En todo el procedimiento arbitral subyacía la restricción -o lo que se solicitaba por la empresa transnacional- de que un Estado no podía elaborar políticas públicas, nada más ni nada menos que en materia de salud, o por lo menos tenía restricciones para elaborarla, si estas afectaban la inversión que había hecho esta empresa transnacional.

El otro caso, que también tuvo a Uruguay como demandado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el que implicaba a los exahorristas del denominado Banco de Montevideo. Lo que subyacía en esta controversia era, precisamente, por un lado, los deberes del Estado en el contralor de estas empresas transnacionales, y, por otro, las obligaciones de la empresa transnacional, vinculadas necesariamente a los derechos humanos.

Hace un momento escuché que se decía que, en materia internacional, especialmente en lo que tiene que ver con la legitimación pasiva, podemos interpretar que existe un inconveniente -no me atrevería a decir una falla- en el sentido de que siempre el demandado es el Estado que, en el peor de los casos, si es condenado, responde por la responsabilidad subsidiaria de contralor de esas actividades de estas empresas transnacionales. Y esto genera cierto inconveniente -por no hablar de injusticia-, ya que la empresa transnacional no es demandada ni en el arbitraje internacional ni ante las cortes de derechos humanos, que actúan en última

instancia como un órgano de reparación patrimonial. Pero los que tienen legitimación allí, por lo menos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son los Estados y como actor, en algunos casos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pero nunca aparecen de manera directa las empresas transnacionales.

Como todos sabemos, en los tratados de protección de inversiones los Estados compiten por atraer inversiones, y una de las elaboraciones que se propiciaron en las décadas de 1980, 1990, etcétera, fue dar una garantía más al inversor, que es el que puede elegir entre la justicia nacional o un tribunal arbitral internacional. Pero en general en esos mecanismos son los inversores los que demandan a los Estados. En consecuencia, en el futuro se deberán realizar algunas modificaciones, porque es verdad que en muchos de estos casos el Estado puede ser demandado y, eventualmente, condenado por no ejercer los debidos contralores sobre una empresa transnacional, pero también es verdad que muchas veces la responsabilidad directa es de la empresa transnacional.

Ariela Peralta

*Exdirectora de la Institución Nacional
de Derechos Humanos*

Es claro que hay un problema de jurisdicción. Muchos de los tribunales que se nombraron no tienen jurisdicción sobre las empresas o los crímenes que cometen.

Algunos autores han dicho que la responsabilidad debe depender de la capacidad de hecho del actor relevante y no del sujeto, bajo el derecho internacional, pero igual siempre se plantea algo, y es que el primer responsable es el Estado. Y en esta vía intermedia del debate podría haber una responsabilidad subsidiaria o complementaria, que hay que ver caso por caso.

Yo sí creo que la Corte Interamericana establece responsabilidad sobre la conducta de los Estados en base a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados del sistema interamericano. Sí creo que en algunos temas, como el que planteó Pablo Fajardo, y sobre todo en el derecho a la tierra y al consentimiento libre, informado y vinculante de los pueblos indígenas, la Corte por primera vez ha tocado cuestiones del derecho de propiedad, y si bien no puede decidir acerca de la responsabilidad de las empresas, sí la puede levantar en los hechos en algunas reflexiones sobre la responsabilidad estatal.

Basándome en mi experiencia, me pareció interesante traer un caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, de alguna manera, puede devenir en consecuencias para los Estados y hacer que mo-

difiquen por lo menos algunas cuestiones de sus marcos legales internos y sus prácticas públicas, y también puede implicar la obligación de rever y abrir los casos a nivel nacional. Dejando de lado el debate sobre si es mejor juzgar en los tribunales nacionales o internacionales -que es toda otra linda forma de repensar cuál es el mejor acceso a la justicia-, podemos decir que en definitiva los sistemas judiciales nacionales son los que retienen la obligación de juzgar en primera instancia. Entonces, creo que es bueno mencionar algunas sentencias de la Corte Interamericana; ha habido sentencias del Tribunal para la ex Yugoslavia, del Tribunal para Ruanda y algunas del Tribunal para Camboya, sobre temas que tienen que ver con la responsabilidad estatal respecto de crímenes cometidos por agentes no estatales y, a veces, estamos hablando de empresas, más allá del comando de responsabilidad.

El 20 de octubre de 2016, la Corte Interamericana sacó una sentencia contra Brasil sobre el caso de los trabajadores de la Hacienda Brasil Verde. En realidad, esa fue la primera vez en la historia que la Corte Interamericana analizó el artículo 6º de la Convención Americana, que refiere a la esclavitud, el trabajo forzado y la trata de personas. La esclavitud fue abolida legalmente en Brasil en 1888. Entre 1960 y 1970 y especialmente a fines del siglo XX, se intensificó la industrialización de la zona amazónica y esto fa-

voreció el reclutamiento -prefiero usar este término- de una cantidad de trabajadores de la zona norte de Brasil, de trabajadores en situación de vulnerabilidad, la mayoría de ellos hombres entre 18 y 40 años, mulatos o afrodescendientes, y muchos de ellos analfabetos. En la fazenda Verde Brasil más de 85 personas fueron sometidas a la esclavitud o al trabajo forzado y a la trata de personas. La condición laboral de estas personas hace que lleguen a estas remotas fazendas, cuyos dueños, muchas veces, son empresas comunes o de familias muy adineradas que mueven mucho de la economía, en este caso de un país como Brasil. De más está decir que Brasil es parte de la Primera Convención contra la Esclavitud y de la Segunda Convención contra la Esclavitud, pero esto sucedió en Brasil.

El caso del trabajo forzado en Brasil fue planteado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya hace muchos años, probablemente en 2004, cuando se llegó a un acuerdo de solución amistosa, pero a pesar de que Brasil asumió responsabilidad, su cumplimiento fue difícil.

En este caso, las personas van a vivir a estas haciendas y cuando llegan son obligadas a dejar todos sus documentos de identidad, son sometidas a más de doce horas de trabajo y tienen media hora para comer. Absolutamente todo lo que necesitan en la hacienda para sobrevivir lo deben comprar en un almacén que es del dueño o de la empresa, y cuando se les va a pagar el paupérrimo salario que perciben, los trabajadores se encuentran endeudados con la hacienda porque gastaron más en sus compras de la vida cotidiana. Además, muchas veces están sometidos a apremios físicos, psicológicos y sexuales; están vigilados por personas armadas y no pueden salir del lugar por su propia voluntad. Como todos sabemos, la prohibición de la esclavitud es una norma imperativa de derecho internacional, es decir una

norma de *ius cogens* y, además, tiene efectos *erga omnes*. La Corte por primera vez interpretó el artículo 6º, relativo a la esclavitud, de manera acorde con el contexto actual -estamos hablando del año 2016-: consideró que la esclavitud era mucho más que tener la propiedad sobre una persona, puesto que también implicaba la restricción o control de la autonomía individual y la pérdida o restricción de la libertad de movimiento. Es decir que se amplió el concepto y lo interpretó en forma *aggiornada*, incluyendo la obtención de un provecho por parte del perpetrador, la ausencia de consentimiento de libre albedrío de la víctima o su imposibilidad o irrelevancia debido a la amenaza del uso de la violencia u otras formas de coerción, el miedo, el engaño o las falsas promesas, el uso de la violencia física o psicológica, la posición de vulnerabilidad de la víctima, la detención o cautiverio y la explotación.

Respecto a la servidumbre, la Corte consideró que esa expresión debía ser interpretada como la obligación de realizar trabajos para otros, impuestos por medio de coerción, y la obligación de vivir en la propiedad de otra persona sin la posibilidad de cambiar esa condición.

También tomó de tribunales internacionales *ad hoc* y del Tribunal de la Corte Penal Internacional alguna jurisprudencia sobre violencia sexual, trata de mujeres y de esclavos, y lo interpretó como la captación, el transporte y el traslado, la acogida o la recepción de personas recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto con fraude, al engaño, al abuso de poder, a una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona con cualquier fin de explotación.

En 1995, el Estado brasileño reconoció oficialmente que en su país había esclavitud, estableció una cantidad de marcos legales

y determinó algunas políticas, como, por ejemplo, una que tenía que ver con una lista que se llamaba “La lista sucia”, en la que figuraban cuáles eran las empresas que tenían trabajadores en situación de trabajo esclavo. Después, por una disposición judicial, esa lista se dejó de publicar. Esa lista implicaba que esas empresas no recibían subsidios o préstamos por parte del Estado, pero uno de los aspectos más dolorosos era que la responsabilidad penal se evadía muy fácilmente si los dueños de la hacienda daban al trabajador víctima de la situación un tipo de canasta familiar, aunque puedan creerlo o no. Esas también fueron cosas por las que se lucharon en el litigio ante la Comisión y la Corte.

La Corte entendió que Brasil no necesitaba modificar su marco legal o aprobar mayor legislación en distintos ámbitos -porque ya la tenía-, y que todos los esfuerzos que Brasil había hecho no habían sido suficientes para que estos hechos no sucedieran. Por supuesto que la sentencia termina con la responsabilidad internacional de Brasil respecto de estas personas y con una cantidad de garantías de no repetición y de reparación.

Con respecto a la obligación de garantizar el derecho reconocido en el artículo 6°, la Corte considera que es deber del Estado prevenir e investigar posibles situaciones de esclavitud, servidumbre, trata de personas y trabajos forzosos. Entre otras medidas, los Estados tienen la obligación de iniciar, de oficio, inmediatamente, una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables cuando existe denuncia o razón fundada para creer que personas sujetas a su jurisdicción se encuentran sometidas a uno de los supuestos del artículo 6°; eliminar toda legislación que legalice o tolere la esclavitud o la servidumbre; tipificar penalmente dichas figuras con sanciones severas; realizar inspecciones u otras medidas de detención de dichas prácticas; y

adoptar medidas de protección y asistencia a la víctima.

Hay dos cosas que la Corte le dice a Brasil que son importantes. Una de ellas tiene que ver con la proporcionalidad de la pena, es decir, que tiene que ser mayor de acuerdo con la comisión del delito y, la otra, tiene que ver con la prescripción, porque Brasil la había aplicado. Dos de estas personas habían huido de la fazenda, habían iniciado los juicios y diez años después un juez decide que ya está prescrito el delito. Entonces, lo que la Corte le dice a Brasil es que estos delitos son imprescriptibles, que el Estado tiene que remover eso y que no puede someter estos delitos a una prescripción de diez años.

Se va hacia el estándar que tiene la Corte. Por supuesto, un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares; no obstante, las obligaciones convencionales de garantías a cargo de los Estados no implican una responsabilidad limitada de los Estados, pero sí que tienen que conocer una situación de riesgo real e inminente para un individuo o un grupo de individuos determinados y las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.

En el caso que mencioné había tránsito legal, había visitas de la inspección de trabajo a la hacienda y, sin embargo, la Corte expresó que el Estado sabía de la existencia del riesgo inminente que ponía a un conjunto de personas en una situación de servidumbre, de trabajo esclavo, de trata de personas; lo sabía perfectamente, y no tomó los elementos de diligencia para prevenirlo y tampoco para juzgar los hechos. Entonces, le manda reiniciar la debida diligencia, las investigaciones y procesos penales y administrativos que correspondan. También le pide que responsabilice a los funcionarios judiciales y de otras agencias estatales que, habiendo sabido, no cumplieron con la obligación de prevenir acerca de lo que esto

significó. Hubo personas desaparecidas en la hacienda; hubo testigos que cuentan que a algunos trabajadores los mataron y los enterraron en la misma hacienda.

Sin entrar en el debate que mencioné al principio, me parece que, pese a los problemas de falta de una jurisdicción que se ocupe de estos crímenes, se pueden encontrar algunas señales que va dando la Corte, sobre todo en los casos de pueblos indígenas y, en este que mencioné, de trabajo esclavo y de servidumbre, que vuelven la responsabilidad al Estado y, además le dicen: “Ojo; había un riesgo inminente y ustedes no lo previeron; por lo tanto, son responsables de esto”.

Me parece que ahí hay lecturas importantes como para pensar en algunas responsabilidades estatales y hacer seguimientos o imponer estos temas, por ejemplo, en audiencias temáticas ante la Corte, con las limitaciones

que pueda tener. De todas maneras, creo que ha habido avances muy grandes, por ejemplo, en la responsabilidad de actores no estatales, en la opinión consultiva sobre trabajadores migrantes y sus familias, donde la Corte amplía la responsabilidad, y dice que ya no es el Estado, sino los particulares también, cuando les niegan los derechos a los trabajadores migrantes y a sus familias, así como sucede cuando en la explotación de un comercio, de un bar o de un lugar que expende servicios al público se discrimina a particulares. También en esos casos entra en juego la responsabilidad. Allí hay un camino por recorrer, pero falta mucho.

Más aún falta sobre los crímenes de derecho ambiental, pero entre todos podemos conversar, empujar y llevar adelante acciones para que estas responsabilidades lleguen por algún lado. □

PANEL 5

CONCLUSIONES Y CLAUSURA

Luis Pedermera

*Miembro del Comité de Derechos Humanos
de Naciones Unidas*

Cuando me invitaron a este seminario me quedé pensando en la razón de la invitación, ya que no trabajo en el tema de las transnacionales y los derechos humanos. Sin embargo, el Comité de los Derechos del Niño -teniendo en cuenta su mandato- siempre ha estado cerca del tema y realizó dos eventos importantes en relación a esa temática.

En 2002 llevó a cabo un día de debate general sobre empresas y derechos del niño, y en 2013 elaboró una observación general sobre el sector empresarial y los derechos del niño.

El Comité es el único órgano del Tratado que tiene un texto que aborda cómo las empresas afectan los derechos del niño, y con un concepto bastante amplio.

En la mañana de hoy se estuvo debatiendo qué entendíamos por empresas; si las empresas familiares lo eran y si las estatales entraban dentro de ese concepto. En realidad, el concepto que utiliza el Comité de los Derechos del Niño es el más amplio, es decir, empresas transnacionales, estatales y familiares. Además, en los exámenes que le hacemos a los Estados advertimos que hay empresas familiares que usan mano de obra esclava y trabajo infantil, y por eso también abordamos el tema.

Por otro lado, me puse a revisar los antecedentes con los que cuenta el Comité, y voy a concentrarme en los aspectos que fueron tomados en cuenta en sus documentos,

que son parte de lo que nosotros llamamos la jurisprudencia que genera el Comité, o los estándares que construye.

En realidad, en los exámenes que hacemos durante los períodos de sesiones aparecen dos temas sobre la mesa, vinculados directamente con las empresas transnacionales. Uno de ellos es el tema alimenticio, y el otro, el farmacéutico; la temática de los medicamentos y la industria alimenticia, junto con la de los sustitutos de la leche materna, siempre son consideradas cuando el Comité que integro analiza y examina a los Estados.

Por otra parte, el Comité contó con el aporte de innumerable cantidad de organizaciones de todo el mundo para elaborar su Observación General N° 16, pero particularmente se destacó la labor de compilación de la Comisión Internacional de Juristas, la que reunió casos a nivel mundial. El Comité construyó su observación general analizando tres cuestiones importantes, y una de ellas fue la construcción cultural. Hoy en la mañana se habló sobre el cambio en las construcciones de las concesiones hegemónicas en los estándares de salud, alimentación, etcétera, y la Convención de los Derechos del Niño, en particular, tiene varios artículos dedicados al rol de los medios de comunicación en la construcción de estereotipos y fomento de pautas culturales en los niños, que es relevante. Y así los aborda, ya que son empresas que cumplen un rol fundamental

en la construcción cultural de un discurso respetuoso de los derechos del niño.

La segunda cuestión que destaca la Observación General del Comité de los Derechos del Niño es si las empresas son agentes de responsabilidad objetiva. En realidad, el Comité considera que las empresas y los Estados son agentes responsables, y desde hace muy poco, tiene el mandato de analizar casos individuales; también funciona como un mecanismo de estudio de quejas, y tiene esa competencia cuasi jurisdiccional, como otros órganos del Tratado. Por lo tanto, si ha generado doctrina con el comentario general, haciéndose pasible de responsabilidad también a las empresas -la Convención de los Derechos del Niño construye el concepto de corresponsabilidad social-, me animo a decir que hay que intentar hacer llegar algún caso de los Estados que ratificaron la Convención por responsabilidad empresarial transnacional. Dejo esto planteado como una posibilidad. Ustedes lo manejarán.

Hay algunas cuestiones que me han inquietado; no lo digo para desestimular. En el último tiempo, luché mucho para que se construyera un tratado sobre transferencia de armas. Las luchas que tuvimos para que se aprobara el tratado sobre transferencia de armas, en 2013 o 2014, fueron terribles, porque nos enfrentamos al lobby de producción y comercialización de las armas, que fundamentalmente se hace en los países del norte. No quiero desestimular.

Un primer razonamiento que hago es: el derecho internacional es subsidiario. A veces, se cifran demasiadas expectativas en el derecho de afuera y descuidamos la construcción de los buenos estándares a nivel nacional o local. En tal sentido, y no porque no crea que el derecho internacional sea una herramienta de la lucha imprescindible que debemos dar para hacer valer los derechos, creo que debemos concentrarnos en ver qué está ocurriendo en nuestros Estados nacio-

nales en términos de legislación y control, a efectos de enfrentar a empresas transnacionales en posibles reclamos o juicios en las jurisdicciones nacionales.

Por eso, considero relevante que esto ocurra en el Parlamento. Tendríamos que ver qué está haciendo el país a nivel legislativo. La primera mesa de la tarde nos pintó un panorama, muy a vuelo de pájaro, sobre nuestra situación legislativa a nivel nacional, y es pobre: leyes de 1940; la más nueva, de 1989. Se deja librado a la capacidad de las empresas transnacionales el hecho de fijar las reglas de cómo convenian y qué herramientas utilizan en materia nacional.

Me parece relevante que esta instancia ocurra en el Parlamento. Me gustaría saber qué tipo de estructuras institucionales tenemos a nivel del país para perseguir los crímenes que producen las empresas transnacionales al violar los derechos humanos. Como acá se indicó, hay equipos de abogados de las empresas -muy bien preparados- que están las veinticuatro horas pensando en qué chicanas colocar para birlar los controles. No podemos tener un Estado con controles y con Poderes Judiciales débiles. Por eso digo que la primera cuestión es pensar cómo nos fortalecemos para enfrentar a estas potencias, a este tipo de embate.

La otra cuestión es la siguiente. Hoy de mañana, una persona de un departamento del país preguntó cómo se escucha a las comunidades en estos temas. El Comité de los Derechos del Niño dice que no hay un proceso de respeto de los derechos de los niños si estos no son escuchados. Yo traslado esto, además, a las mujeres, a los pueblos originarios, a los negros, a las comunidades. No debemos escuchar para cumplir; debe hacerse una escucha activa que genere una construcción colectiva.

La otra cuestión tiene que ver con los mecanismos que posee la población y la comunidad para hacer frente a este tipo de vio-

laciones de derechos humanos, es decir, la posibilidad de acceso a los recursos efectivos para reclamar sus derechos. Si no tenemos eso, obviamente hay una debilidad en términos de construcción de cualquier propuesta.

Me gustó escuchar al colega argentino que habló en la mañana. Dijo que hay que disciplinar a las empresas en los mandatos de los derechos humanos. Me gusta ese concepto de disciplinamiento. Nos han disciplinado a todos; hay que disciplinar a las empresas para que respeten los mandatos de los derechos humanos.

Solo dejo un planteamiento para instancias posteriores. He escuchado sobre la falta de actores del Poder Ejecutivo que indiquen cuáles son los debates que posicionan estas instancias, a efectos de hacer frente a estas cuestiones; también del Poder Judicial. Creo que trabajar con los Poderes Judiciales es altamente relevante, a efectos de sensibilizar el tema de los derechos humanos y las empresas y de que los planteamientos que lleguen puedan tener una resolución a nivel local, antes de pensar en las instancias internacionales.

Wilder Tayler

*Integrante del Consejo Directivo de la
Institución Nacional de Derechos Humanos*

Es importante hablar sobre algunas de las complejidades que surgen en la discusión de estos temas, para que podamos ir ayudando a fijar posición. Hay muchas complejidades. Las hay de orden jurídico, de orden académico. Hay preguntas que van directo a los cimientos de la estructura del derecho internacional; me refiero a las obligaciones directas. Por mi experiencia y por lo que escuché, puedo asegurar que la mayor complejidad es esencialmente política. ¿Por qué? Háganse esta composición de lugar. Cuando 50 Estados se reúnen alrededor de una mesa y dicen: “Vamos a hacer un tratado de derechos humanos”, esencialmente lo que dicen es: “Vamos a entregar una cuota de nuestra soberanía, a los efectos de proteger los derechos humanos”. Lo hacen voluntariamente. Esa es la esencia de la elaboración del derecho internacional de los derechos humanos. Se deja que la comunidad internacional entre en el ámbito de la soberanía para proteger al individuo que está enfrentado al poder omnipresente del Estado.

Eso no es lo que está pasando ahora. Actualmente, los Estados se sientan alrededor de una mesa para decir: “Nosotros vamos a sacarle poder a un grupo de entidades que han acumulado un poder absolutamente monstruoso durante los últimos veinte años, muchísimo más que el que podemos imaginar”. Y nosotros llegamos a decirles que tienen que perder ese poder que ha

sido, en buena medida, construido socavando los fundamentos mismos de los derechos humanos.

Entonces, el primer elemento de consenso, la participación del actor internacional que llega y dice: “Está bien” -por esa razón que llega y dice: “Está bien” -por esa razón de principios: “Yo dejo aquí este derecho mío”, no existe. La oposición de las grandes empresas multinacionales a entregar su cuota de poder es total y absoluta, y no tiene mayores matices. Por allí aparecen algunos que presentan enfoques más civilizados que otros, pero la verdad es que cuando miramos el compacto global, advertimos que eso no es así.

Entonces, un tratado de este tipo probablemente presente -llevo treinta años en esto- las mayores complejidades políticas en un proceso de elaboración de derecho internacional.

Otras complejidades políticas que tenemos se manifestaron esta mañana. Se habló de dos procesos paralelos potencialmente complementarios y de que la clave está en la palabra “potencialmente”. No, no son dos procesos complementarios. Lo son para los que quieren el tratado, pero son antagónicos para los que no quieren el tratado. Reafirman la vigencia de los principios elaborados por John Ruggie, que son importantes y tienen cierto valor: el de aquellos que dieron un paso en cierta dirección. Se pusieron de manifiesto expectativas razonables que po-

drían llegar a ser toleradas por las empresas. Todo lo que se podía avanzar dentro de lo que las empresas toleran ha sido puesto en papel. El problema radica en que lo que las empresas toleran es muy poco porque no están acostumbradas.

Debemos preguntarnos: ¿están reguladas las empresas? No. ¿Deben ser reguladas, más allá de hasta dónde lleguen los principios, en forma complementaria? Sí, por una razón muy simple: porque hoy en el mundo las empresas constituyen la forma de poder organizado menos regulado que existe. Los grupos guerrilleros, que no pretenden actuar dentro del contexto del Estado de derecho, están más regulados por el derecho internacional humanitario que las empresas multinacionales. Esa es la verdad. Lo que hemos tenido hasta ahora es un proceso esencialmente de autorregulación complaciente. Por eso es lógico que la víctima -que desde el punto de vista del derecho de los derechos humanos tiene que estar en el centro de la preocupación del trabajador de derechos humanos y de aquellos que elaboran un tratado-, cuando ve los principios, no deje de tener la sensación de que lo que hay detrás es una cierta vocación gatopardista, por llamarlo de alguna manera.

O sea que los principios tienen su importancia, pero no generan responsabilidad del Estado y, en mi opinión, no son suficientes.

Hay una serie de problemas con esta iniciativa. Sería bueno que Uruguay tuviera en cuenta uno de ellos desde el punto de vista político: el dilema de la pluralidad del apoyo a este tratado. La mejor convención que se pueda sacar va a ser la que va a generar menos consenso; eso ya lo sabemos porque esto siempre empieza así, con un texto fortísimo. Cuando hacíamos textos contra la impunidad, siempre poníamos la prohibición de amnistía para los violadores de los derechos humanos, pero cuando se terminaba de negociar el texto, esa prohibición había caído.

En definitiva, lo que hay que decidir es cuál es el punto medio aceptable, porque esta va a ser una negociación extremadamente compleja, en la que los amigos tradicionales de los derechos humanos -que muchas veces han sido las potencias occidentales- no están apoyando este proceso, pero muchos de los que lo están apoyando no son amigos de los derechos humanos, para nada. Es muy importante tener esto en cuenta. No creo que India, Rusia o China, que están detrás de esto, pierdan tiempo para saber cómo protegen los derechos humanos.

Para mí, la esperanza más importante radica en la maduración del sentido político de las clases, de la sociedad civil internacional y de cómo sean capaces de poner presión y persuasión suficiente como para que este proceso llegue a buen término.

Si una empresa puede dañar los derechos humanos, debe ser regulada. Esto no es la panadería de la esquina. Cualquier empresa que tenga un porte suficiente como para poder dañar los derechos humanos y, además, burlar los mecanismos de derecho nacional, debería ser comprendida en esta materia y, por supuesto, las referencias a la class action me parecen importantísimas.

Lo relativo al órgano de control será otro tema muy complicado, en el que también habrá que tener bastante imaginación. El problema de los tratados vinculantes es que, en general, dan lugar a órganos de monitoreo que emiten decisiones que no son vinculantes. Esto es una contradicción, pero ese es el Estado del derecho internacional hoy; no lo vamos a poder arreglar tan fácilmente. Entonces, para tener algo vinculante se necesita una Corte, pero el proceso para una Corte puede llevar cincuenta años; entonces, ¿qué hacemos en el medio? Pensamos algo nuevo -todavía no se me ha ocurrido-, empezamos el trabajo hacia una Corte o empezamos el trabajo hacia una Corte mundial de derechos humanos. Hace cinco o seis años, Uru-

guay tuvo el muy buen tino, junto con Suiza y Las Maldivas, de ser capaz de promover un riquísimo debate en Naciones Unidas sobre una Corte mundial. Quizás haya que pensar en eso, pero, definitivamente, todo este proceso se alarga y puede insumir décadas. Ese es otro tema a pensar.

Finalmente, hay que tener en cuenta las obligaciones directas o indirectas, tema legal muy complejo que no voy a desarrollar acá. No obstante, sí quiero tomar un concepto con el que concuerdo: la imposición de obligaciones directas por el derecho internacional a las transnacionales sería, definitivamente, revolucionario. No me cabe la más mínima duda de que esa es la palabra correcta. Pero hay que tener en cuenta que estamos hablando de un debate jurídico que se da en un contexto, que es el de Naciones Unidas, en el que no hay mucha cosa revolucionaria y cualquier evolución que tenga lugar, en general, es por vía evolucionaria e incremental; así es como hemos hecho el progreso de los derechos humanos, práctica-

mente, a todos los niveles. También hay que tener esto en cuenta.

Finalmente, quiero decir que Uruguay tiene que apoyar este proceso. Acá hay un problema de integridad, de orgullo nacional, y viene, por un lado, con Philip Morris de la mano y viene con una posición que nuestro país ha tenido en materia de derechos humanos en estos últimos años. Tengo muchas cosas para decir sobre los procesos internos, sobre todo en materia de memoria, pero a nivel internacional nuestro país ha tenido una posición decente en materia de derechos humanos -a veces, más que decente-; se ha jugado en serio. Entonces, me parecería inconcebible que entre al Consejo de Derechos Humanos -se está propugnando eso; queremos que esté allí- y no lleve su voz de progreso, profundamente evolucionaria, a efectos de lograr algo que sea progresista y que responda efectivamente a las necesidades de los pueblos, mucho más que a nuestro último empuje de carácter político académico.

Karin Nansen

*Presidenta de Amigos de la
Tierra Internacional*

¿Por qué como sociedad civil consideramos tan importante un tratado vinculante en materia de derechos humanos y empresas transnacionales? Esto tiene que ver con nuestra experiencia concreta de campo, algo a lo que nos enfrentamos a diario cuando tratamos de defender los derechos de las comunidades que se resisten, por ejemplo, a proyectos de minería, de expansión del agronegocio o a proyectos que tienen que ver con infraestructura que se llevan a cabo sin ningún tipo de consulta a las comunidades locales y que devienen en graves violaciones de derechos humanos.

Ahora hay mucha información al respecto, tanto de los relatores especiales de Derechos Humanos de Naciones Unidas, como de organizaciones en todo el mundo que están denunciando esta problemática, en la medida en que el poder descomunal que tienen estas empresas transnacionales lleva a que queden totalmente impunes cuando cometen violaciones de derechos humanos.

Hay una violación sistemática de derechos humanos, pero no solo a nivel de los territorios, sino a nivel de los derechos que tenemos como pueblos. Por ejemplo, el derecho humano al agua -reconocido tanto a nivel internacional, de Naciones Unidas, como de Uruguay, en nuestra Constitución- es violado por estas empresas que anteponen el afán de lucro al ejercicio de los derechos humanos. Esto pasa tanto a nivel

de los territorios como de los pueblos que enfrentamos esto.

Asimismo, hemos visto una escalada de violencia contra las mujeres, los cuerpos de las mujeres como nuevos territorios que se agreden frontalmente en la medida en que el poder del capital avanza sobre esos territorios, y hemos visto que los enfoques voluntarios no han permitido que las comunidades accedan a la justicia. O sea, no hay acceso a la justicia por parte de estas comunidades, por parte de los pueblos cuyos derechos humanos son violados. Entonces, existe la necesidad de un instrumento vinculante, por lo que se decía hoy: tenemos que pasar de una postura declarativa a decir que es necesaria una norma jurídica porque es la que obliga. La autorregulación no es exigible, no se puede sancionar a las empresas con los principios que hoy tenemos, y no tiene sentido plantear que las empresas se fiscalicen a sí mismas cuando, en realidad, son las que cometen estas violaciones.

Además, ¿qué se debe hacer cuando la violación ocurre en otra jurisdicción? Muchas veces, las leyes nacionales sí pueden hacer frente a determinadas violaciones de derechos humanos, pero tenemos el caso de empresas transnacionales que operan en distintos territorios en todo el mundo que no pueden ser sometidas a la justicia porque van buscando los foros más convenientes. Esto nos ha pasado con la Shell, en Nigeria;

con la Chevron, en Ecuador; tenemos casos emblemáticos de violaciones sistemáticas por parte de empresas petroleras y no es posible que las comunidades obtengan justicia.

Al mismo tiempo, tenemos la necesidad de que haya reglas iguales para todos. Lo que también se está planteando hoy es que hay una competencia hacia abajo en materia regulatoria; entonces, los Estados, en la medida en que quieren atraer más y más inversiones, también se ven presionados y obligados a reducir o alivianar sus regulaciones en toda materia. Este es uno de los problemas que vemos con la normativa.

Sin duda, quienes estamos apoyando el tratado también planteamos la necesidad de una normativa nacional fuerte y consistente, pero vemos cómo, en realidad, se está yendo en una dirección casi contraria en la medida en que hay una competencia por desregular; atraer inversiones muchas veces significa desregular.

También tenemos el desequilibrio de poder entre empresas y Estados; tenemos mucho mayor poder económico y político en manos de empresas. También está la diplomacia a la que hoy se hacía referencia. La Unión Europea, si bien dice defender los derechos humanos a nivel internacional, de hecho, ejerce una labor diplomática en representación de sus propias empresas transnacionales impidiendo -y, de alguna manera, haciéndole el juego a las empresas- el acceso a la justicia. Entonces, hay un poder empresarial que se ha consolidado en los últimos años que impide el acceso a la justicia; por lo tanto, hay un desequilibrio entre el poder empresarial y el poder de los Estados.

Por otro lado, hoy las empresas transnacionales ya son sujetos de derecho; a través de los tratados bilaterales de inversiones, de los acuerdos de libre comercio, tienen derecho a hacer valer su afán de lucro, la importancia de sus ganancias, al punto de tener la posibilidad

de llevar a juicio y demandar a los Estados en tribunales arbitrales, como ha pasado y sigue pasando en el caso de Uruguay.

En la demanda que Philip Morris entabló contra Uruguay, nuestro país finalmente ganó por una cantidad de condiciones que se dieron en ese caso que se volvió emblemático, y en el que Uruguay contó con el apoyo de la Organización Mundial de la Salud, etcétera. Podíamos prever que el Centro de Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) iba a ser muy cuidadoso a la hora de fallar porque realmente ponía en cuestión al tribunal arbitral, pero no sabemos qué va a pasar con las nuevas demandas que tenemos. Entonces, vemos cómo existe ese derecho de las empresas de llevar a juicio a los Estados y, si bien los Estados pueden ser demandados, no así las empresas transnacionales.

Por otro lado, está la importancia que tienen hoy las cadenas globales de valor y este entramado de contratos y de distintas figuras jurídicas que adquiere una misma empresa en diferentes países, en diferentes territorios. Es importante desarmar este velo corporativo y asegurarnos de abordar que hay un grupo dirigente que toma decisiones. Hay muchas empresas, de diversos tamaños y con diversos contratos entre ellas, que finalmente responden a un centro de control, que muchas veces es, en el caso de la empresa multinacional, la casa matriz. En el caso de las empresas transnacionales existe la necesidad de considerar todo su entramado, con sus distintas personerías jurídicas en distintos territorios y jurisdicciones.

Respecto a los principios rectores, me parece preocupante algo que hoy se planteó como debate. La señora Alejandra Parra dijo que se está poniendo mucho énfasis en las empresas del Estado y en las Pymes, y alguien señaló que esto puede significar fagocitar a las Pymes. O sea, es mucho más fácil perseguir a las Pymes, lo cual no quiere decir que de-

fendamos que cometan violaciones de derechos humanos. Como decía Luis Pedernera, si cualquier tipo de empresa comete violaciones, necesariamente, tiene que ser juzgada. Partimos de la base de que eso tiene que suceder a nivel de la justicia nacional, pero lo cierto es que hoy los principios rectores se están focalizando especialmente en las empresas del Estado y en las Pymes, lo que pone a las empresas del Estado -que ya están siendo atacadas por diversos procesos- en una condición de mayor vulnerabilidad aún. Sin duda, este es un debate profundamente político, pero también tiene connotaciones norte-sur bastante importantes, ya que la mayoría de las casas matrices de las grandes empresas transnacionales están en el norte.

Nos parece importantísimo que Uruguay se comprometa a participar en este foro porque tiene mucho para aportar en esta temática. En ese sentido, el presidente Ta-

baré Vázquez, cuando estuvo en la sesión del Consejo de Derechos Humanos, realizada en junio, planteó la posición de Uruguay en cuanto a la necesidad de que no quedara ningún resquicio que posibilitara la violación de derechos humanos, pero no hizo referencia al tratado vinculante.

Considero que el Parlamento tiene un papel trascendental que jugar en esta materia. En este sentido, en Ginebra se realizará un foro parlamentario, al que concurrirán parlamentarias y parlamentarios de todo el mundo. Como muchos de ellos no necesariamente se sienten representados por las posiciones que se toman a nivel de los órganos ejecutivos de la Unión Europea, se está llamando a que los parlamentos tengan un papel activo -aunque no sea formalmente en las negociaciones-, promoviendo la profundización de la democracia y la defensa de los derechos humanos a nivel mundial. ■

ANEXOS

Anexo I

Resolución de Naciones Unidas que crea un grupo de trabajo para desarrollar un instrumento vinculante sobre derechos humanos y empresas transnacionales

Consejo de Derechos Humanos

26º período de sesiones

Tema 3 de la agenda

Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo

Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos

26/9

Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos

El Consejo de Derechos Humanos,

Recordando los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas,

Recordando también la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Recordando además la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, aprobada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, Recordando la resolución 2005/69 de la Comisión de Derechos Humanos, de 20 de abril de 2005, por la que se estableció el mandato del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, así como todas las resoluciones anteriores del Consejo de Derechos Humanos sobre las cuestiones de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, incluidas las resoluciones 8/7, de 18 de junio de 2008, y 17/4, de 16 de junio de 2011,

Teniendo presente la aprobación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos por el Consejo de Derechos Humanos en su resolución 17/4,

Teniendo en cuenta toda la labor realizada por la Comisión de Derechos Humanos y el Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas¹ con respecto a los derechos humanos,

Destacando que recae en los Estados la obligación y la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y que los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas transnacionales,

Subrayando que las empresas transnacionales y otras empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos,

Subrayando también que a los actores de la sociedad civil les corresponde desempeñar un papel importante y legítimo de promoción de la responsabilidad social de las empresas y de prevención, mitigación y subsanación de las consecuencias negativas de las actividades de las empresas transnacionales y de otras empresas sobre los derechos humanos,

Reconociendo que las empresas transnacionales y otras empresas tienen la capacidad de fomentar el bienestar económico, el desarrollo, el progreso tecnológico y la riqueza, así como de provocar repercusiones negativas para los derechos humanos,

Teniendo presente el desarrollo progresivo de esta cuestión,

1. *Decide* establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo mandato será elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos;
2. *Decide también* que los dos primeros períodos de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta se consagren a deliberaciones constructivas sobre el contenido, el alcance, la naturaleza y la forma del futuro instrumento internacional;
3. *Decide además* que el Presidente-Relator del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta prepare los elementos para un proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante a fin de emprender las negociaciones sustantivas sobre el tema al comienzo del tercer período de sesiones del grupo de trabajo, teniendo en cuenta las deliberaciones de sus dos primeros períodos de sesiones;
4. *Decide* que el grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta celebre su primer período de sesiones durante cinco días laborables en 2015, antes del 30º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos;
5. *Recomienda* que la primera sesión del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta se dedique a recabar las opiniones y propuestas, por vía oral o por escrito, de los Estados y los interesados sobre los posibles principios, alcance y elementos del instrumento internacional jurídicamente vinculante;
6. *Afirma* la importancia de proporcionar al grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta asesoramiento independiente y especializado para que pueda cumplir su mandato;
7. *Solicita* a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

1. El término "otras empresas" se refiere a todas las empresas cuyas actividades operacionales tienen carácter transnacional y no se aplica a las empresas locales registradas con arreglo a la legislación nacional pertinente.

- que proporcione al grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta toda la asistencia necesaria para el cumplimiento eficaz de su mandato;
8. *Solicita* al grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta que presente un informe al Consejo de Derechos Humanos sobre los progresos realizados a este respecto para examinarlo en su 31º período de sesiones;
 9. *Decide* seguir examinando esta cuestión de conformidad con su programa de trabajo anual.

*37ª sesión
26 de junio de 2014*

[Aprobada en votación registrada por 20 votos contra 14 y 13 abstenciones. El resultado de la votación fue el siguiente:

Votos a favor:

Argelia, Benin, Burkina Faso, China, Congo, Côte d'Ivoire, Cuba, Etiopía, Federación de Rusia, Filipinas, India, Indonesia, Kazajstán, Kenya, Marruecos, Namibia, Pakistán, Sudáfrica, Venezuela (República Bolivariana de), Viet Nam.

Votos en contra:

Alemania, Austria, Estados Unidos de América, Estonia, ex República Yugoslava de Macedonia, Francia, Irlanda, Italia, Japón, Montenegro, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Rumania.

Abstenciones:

Arabia Saudita, Argentina, Botswana, Brasil, Chile, Costa Rica, Emiratos Árabes Unidos, Gabón, Kuwait, Maldivas, México, Perú, Sierra Leona.]

Anexo II*

Campaña Global para Reivindicar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder de las Transnacionales y poner Fin a la Impunidad

En junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos adoptó la resolución 26/9 sobre la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales (ETNs) y otras empresas con respecto a los derechos humanos. Se trató de un logro histórico después de décadas de discusiones e intentos fracasados en las Naciones Unidas. Este instrumento mejorará a escala global la protección y realización de los derechos humanos. Puede contribuir a poner fin a la impunidad de las ETNs por las violaciones de derechos humanos cometidas en particular en el Sur, y garantizar el acceso a la justicia a las personas y comunidades afectadas por sus actividades.

Esta publicación contiene seis puntos puestos a consideración de la Segunda Sesión del “Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos” (OEIGWG por sus siglas en inglés), que tiene lugar entre el 24 y el 28 de octubre de 2016 en Ginebra. Los seis puntos presentados por la Campaña Global para Reivindicar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el poder de las transnacionales y Poner Fin a su Impunidad, son su contribución escrita al trabajo del OEIGWG. Expresan su diversidad y la convicción de que un instrumento legalmente vinculante es esencial para dos dimensiones de su trabajo: poner fin a la impunidad de las ETNs y contestar su poder sistémico que ha causado impactos inéditos en la vida diaria de las comunidades afectadas.

Iniciada oficialmente en 2012, la Campaña Global para reivindicar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el poder de las transnacionales y poner fin a la impunidad, es una red de más de 200 movimientos sociales, redes, organizaciones y comunidades afectadas que resisten el expolio de tierras, la minería extractiva, los salarios de explotación, y la destrucción del medio ambiente, de las cuales son responsables las ETNs en diferentes regiones del mundo, especialmente en África, Asia y América Latina. La Campaña es una respuesta estructural global de los Pueblos frente al poder corporativo. Tiene por objetivo facilitar el diálogo, los intercambios de estrategias, de información y de experiencias, actuando como un espacio donde cobran mayor visibilidad las resistencias y se profundiza la solidaridad. La Campaña Global ha estado profundamente involucrada en el proceso y ha facilitado la participación de decenas de delegado/as en Ginebra durante semanas de movilización en paralelo de la sesiones del Consejo de Derechos Humanos en junio de 2014, julio de 2015 y octubre de 2016, reivindicando la necesidad urgente de normas vinculantes para que las transnacionales respeten los derechos humanos.

*No figuran en este anexo las notas al pie del documento original.

1. Enfoque y alcance del Tratado sobre las empresas transnacionales y otras empresas en relación a los derechos humanos

Durante mucho tiempo se ha entendido que las ETNs (y las personas jurídicas en general) no podían ser consideradas directamente responsables por violaciones de derechos humanos, ya que esta responsabilidad recaía en los Estados que eran los únicos sujetos de derecho internacional.

Este argumento no sólo no es conforme al derecho internacional en materia de derechos humanos vigente, sino también a la evolución del mismo. En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos precisa que:

“Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.” (art. 30)

Esta declaración precisa también los deberes del individuo hacia la comunidad así como los límites de sus derechos:

1. Toda persona tiene deberes respecto a su comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad
2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.
3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.” (art. 29)

Aunque esto se limite a los “delitos graves del derecho internacional” (incluyendo los derechos humanos), es teóricamente posible llevar ante la Corte Penal Internacional a los directivos de ETNs.

En 2004, la Comisión de Derechos Humanos (antecedente del actual Consejo de Derechos Humanos) recomendó al Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC) que “confirmara la importancia y el rango de prioridad que otorga a la cuestión de la responsabilidad en materia de derechos humanos de las empresas transnacionales y otras empresas”.

Lo cual fue efectivamente confirmado por el ECOSOC.

Desde 2008, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU insiste sobre “la responsabilidad que tienen las empresas transnacionales y otras empresas comerciales de respetar los derechos humanos”. En 2014, este Consejo fue más explícito al afirmar que: “las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen la obligación de respetar los derechos humanos”

La antigua Subcomisión de la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos fue incluso más lejos al afirmar que:

“Dentro de sus respectivas esferas de actividad e influencia, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen la obligación de promover y proteger los derechos

humanos consagrados en el derecho internacional y en la legislación nacional, incluidos los derechos e intereses de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar.”

La expresión “hacerlos respetar” es la que produce diversas interpretaciones. Mientras se sobre entiende que las ETNs deben garantizar el respeto a los derechos humanos en el marco de sus relaciones comerciales, no se trata, claro está, de que ellas substituyan al Estado.

Se han expresado otras preocupaciones en este sentido por parte de ciertos juristas favorables a la regulación de las actividades de las ETNs. Para ellos, el hecho de reconocer formalmente a las ETNs la obligación de respetar los derechos humanos vendría a ser como reconocerles el mismo estatuto que a los Estados.

Es una preocupación que hay que tomarse en serio. Pero ¿está justificada? Nuestra opinión es que no. He aquí algunos de los argumentos para ilustrar nuestra posición.

Seguimos con la presentación de algunos puntos de consideración

En primer lugar, las ETNs son personas jurídicas y, en consecuencia, sujetos y objetos de derechos. Por eso, las reglas jurídicas son igualmente obligatorias para ellas y sus directivos. El carácter transnacional de estas entidades no les autoriza a ser consideradas como “persona jurídica internacional, aunque puedan ser sujeto de derecho internacional como las personas físicas, como admite generalmente la doctrina y la práctica internacionales al referirse a estas últimas. En el momento actual del derecho internacional las únicas personas jurídicas internacionales son las personas de derecho público, Estados y organizaciones internacionales.”

En segundo lugar, las ETNs tienen que respetar los derechos humanos. Esta obligación se limita evidentemente al interior de la empresa y a sus relaciones comerciales. No se trata, pues, de una obligación general que es la que incumbe a los Estados. Así, los Estados tienen obligaciones frente al conjunto de la población que se encuentra en su territorio, sin olvidar sus obligaciones internacionales. Hay que recordar que la elaboración de leyes, su aplicación y las sanciones para los que las contravengan son prerrogativas exclusivas de los Estados. Con este fin, por ejemplo, el futuro tratado también debería precisar que las ETNs no pueden utilizar agentes de seguridad privada fuera de su empresa ni instrumentalizar a su servicio a las fuerzas del orden.

En tercer lugar, el poder de las ETNs no va acompañado de obligaciones de las que tengan que responder equivalentes por su parte. Al contrario, las ETNs han influido mucho estas últimas décadas en la elaboración a su favor de tratados en la esfera económica. Efectivamente, la mayor parte de los acuerdos bilaterales y multilaterales sobre comercio e inversión colocan a las ETNs por encima de los Estados, y por tanto, por encima de las poblaciones y de los ciudadanos. Así, estas entidades gozan de todos los derechos (indemnización en caso de expropiación, transferencia ilimitada de haberes al extranjero, compensación por presuntas pérdidas futuras de beneficios, etc.) pero no son responsables de sus actos (a menudo gracias a su estatuto especial y/o a su “habilidad” para sortear las jurisdicciones nacionales en caso de problemas). Además, pasando por encima de los tribunales nacionales, las ETNs tienen derecho a llevar a los Estados ante la jurisdicción del Banco Mundial (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones-CIADI), un tribunal de arbitraje que les favorece habitualmente, mientras que este derecho se les niega a los Estados. Haciendo abstracción de los obstáculos procesales (composiciones de mesas de jueces, coste elevado de los procedimientos, etc.), el CIADI ignora las legislaciones nacionales e internacionales sobre derechos humanos, sobre el medio ambiente y

sobre el trabajo. Dicho de otra manera, se trata de un claro atentado a la soberanía de los Estados y al derecho a la autodeterminación de los pueblos.

En cuarto lugar, en virtud del derecho internacional vigente, las ETNs tienen que respetar los derechos humanos. El Consejo de Derechos Humanos lo ha confirmado varias veces. Hay que precisar las obligaciones de estas entidades en materia de derechos humanos y crear un mecanismo de supervisión.

En quinto lugar, el futuro instrumento internacional que hay que elaborar será ratificado por los Estados y su aplicación garantizada por un mecanismo internacional público, a imagen de los demás tratados mencionados en esta publicación. Si no, ¿qué diferencia habría entre normas vinculantes y códigos de conducta voluntaria si su aplicación se dejara a la buena voluntad de las ETNs?

En sexto lugar, si esta preocupación fuera fundada, ¿por qué se opondrían ferozmente a las normas vinculantes, respecto a ellos en materia de derechos humanos?

Además, las ETNs no son entidades democráticas y transparentes. Defienden sus intereses particulares (sobre todo los de los accionistas mayoritarios) y no el interés general. También pueden ser efímeras. Pueden quebrar, ser compradas por otras entidades (o por gobiernos), transformarse (cambiar completamente de orientación) o desaparecer.

Como ya hemos visto, no se es cuestión de exigir a actores privados como las ETNs que substituyan al Estado. Sin embargo, cabe exigirles que se abstengan de cualquier acto que viole los derechos humanos y obligarlas a actuar para garantizar el respeto de los mismos. En el caso de que cometan violaciones de los mismos, hay que estructurar el marco jurídico, administrativo y político necesario (legislativas, administrativas o políticas) para que rindan cuentas a los tribunales (nacionales o internacionales) por no respetar los derechos humanos.

Tal responsabilidad cada vez resulta más indispensable teniendo en cuenta que las políticas de privatización y desregulación impuestas por algunos organismos internacionales (FMI y Banco Mundial sobre todo) confían a las ETNs un número creciente de servicios públicos garantizados hasta ahora por el Estado. Por lo tanto, hay que ofrecer la posibilidad a las poblaciones afectadas de defender sus derechos frente a ellas (las ETNs) que desde ahora están destinadas a ofrecer servicios públicos, a menudo esenciales para una vida digna.

Hay un gran vacío legal en el derecho internacional de los derechos humanos que necesita ser subsanado con el fin de terminar con la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas por las ETNs. Este tiene que ser el objetivo principal de este nuevo instrumento internacional vinculante elaborado por el grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respeto a los derechos humanos de la ONU.

2. Responsabilidad de las ETNs por perjuicios a los derechos humanos: el aspecto extraterritorial

La efectiva protección de los derechos humanos requiere que las ETNs no menoscaben los derechos humanos en donde quiera que estas operen. Esto incluye la obligación de no dañar el disfrute de los derechos humanos y la reversión de tales daños cuando ellos ocurran. Los estados de origen de las ETNs tienen la obligación de respetar, proteger, cumplir y remediar los crímenes de derechos humanos de las ETNs, tal como lo establece los Principios de Maas-tricht sobre Obligaciones Extraterritoriales en el materia de derechos Económicos, Sociales y culturales, según el derecho internacional.

En su Declaración sobre las obligaciones de los Estados partes en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (CDESC) precisa la obligación de los Estados de proteger frente a los abusos cometidos por terceros.

En una de sus decisiones, el Comité de Derechos Humanos solicitó a Alemania que anuncie claramente:

«...la expectativa de que todas las empresas comerciales domiciliadas en su territorio y/o su jurisdicción respetarán la normativa de los derechos humanos de conformidad con el Pacto en todas sus actividades. Se le alienta también a adoptar las medidas adecuadas para reforzar las vías de recurso habilitadas a fin de proteger a las víctimas de actividades de esas empresas comerciales en el extranjero».

El Comité de los Derechos del Niño, órgano de la ONU encargado de supervisar la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, adoptó en 2013 una Observación General sobre las obligaciones de los Estados en relación con el Impacto del Sector Empresarial sobre los Derechos del Niño. El Comité estima que las actividades extraterritoriales de las ETNs deben ser reguladas por los Estados de origen (o de sede):

“Los Estados receptores tienen la responsabilidad primordial de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos del niño dentro de su jurisdicción. Deberán velar por que todas las empresas, incluidas las ETNs que operen dentro de sus fronteras, estén debidamente reguladas por un marco jurídico e institucional que garantice que sus actividades no afecten negativamente a los derechos del niño ni contribuyan o secunden violaciones de los derechos en jurisdicciones extranjeras.” (§ 42).

Los Principios de Maastricht también contemplan las obligaciones extra-territoriales de los Estados de proteger los derechos humanos contra actores no estatales:

El Principio 24 de Maastricht señala que la obligación de los Estados de tomar medidas necesarias para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales se refiere a los actores no estatales sujetos al poder regulatorio del Estado. En otras palabras, un Estado puede regular y garantizar protección en territorio extranjero sólo si tiene los poderes y jurisdicción para hacerlo.

El Principio 25 de Maastricht describe cuando tal jurisdicción tiene lugar. El mismo principio también implica que varios estados puedan al mismo tiempo tener tal jurisdicción en línea con el principio de cooperación y con el Principio 37 de Maastricht que llama a “todos los Estados involucrados” a proveer remedio. El Principio 25c deja claro que son los Estados los que tienen la obligación de proteger – de forma directa o a través de la filial o empresa controlada. En este sentido, una empresa puede tener varios estados de origen.

Esto implica que debe ser una meta común de los Estados el superar las barreras corporativas que ocultan la responsabilidad de las ETNs y de las personas que toman las decisiones en nombre de ellas – derecho civil y criminal.

Los paraísos fiscales y el uso de complejos mecanismos corporativos para escapar de la responsabilidad son instrumentos jurídicos utilizados para garantizar los bienes de las corporaciones – que se traduce en impunidad por el daño causado por la actividad de la compañía. El esquema de las ETNs permite además la protección de los bienes de la casa

matriz, eludiendo sus responsabilidades en materia civil y penal (en Estados en los que pueden confiar); mientras que sus subsidiarias, que son de hecho responsables por sus actividades, permanecen carentes de bienes con los que responder (en Estados en los que hay riesgos durante la operación).

Así, cuando se aplica el principio de la responsabilidad limitada a la creación de una subsidiaria en el exterior, la casa matriz de la empresa y la subsidiaria son consideradas como dos entidades completamente separadas. Esta estrategia es un escudo para proteger a la empresa matriz de cualquier tipo de responsabilidad por las acciones de sus subsidiarias en el exterior.

En consecuencia, a partir de la comprensión de la estructura de la compañía transnacional, es necesario establecer la presunción de que, de hecho, a pesar de que las ETNs están compuestas por diversas entidades legales, consisten en una sola unidad económica – un grupo articulado y cohesionado con objetivos comunes. De esta forma, se justificaría considerar que las acciones efectuadas por sus subsidiarias son responsabilidad de la casa matriz y, por ello, de los estados de origen, como lo estipula el Principio 25 de Maastricht. Esto se justifica por la misma naturaleza descentralizada de las actividades comerciales, basadas en un patrón de externalización de la producción (descentralización productiva), que es el elemento central de este proceso productivo.

Existe así una responsabilidad conjunta entre las ETNs y sus subsidiarias, así como en relación a su cadena de proveedores, licenciadas y contratistas; y todos comparten la responsabilidad por perjuicios contra los derechos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales y ambientales, por estar conectadas, a través de su práctica económica, con las ETNs.

Por lo tanto, para posibilitar la responsabilización de las ETNs por los componentes de su cadena productiva, la información sobre las actividades de las empresas debería fluir de forma libre y transparente, lo que podría prevenir también que los Estados se comprometan a través de acuerdos secretos con las ETNs. Para lograrlo, las ETNs deben hacer pública la lista de países en los que operan, identificando sus afiliadas, proveedores, subcontratistas y licenciados, así como la forma legal en la que participan en otras compañías o entidades legales. Deben publicar sus ingresos, el número de trabajadores/as que emplean, sus fondos y los impuestos pagos en cada país.

Es clave que los Estados desarrollen leyes sobre crímenes corporativos, derecho civil y administrativo para que éstos se transformen en instrumentos para la protección de los derechos humanos contra las ETNs y otras empresas y que los jueces interpreten las leyes de acuerdo con las obligaciones de derechos humanos de su Estado y la primacía de los derechos humanos. Más aún, los gobiernos debe incorporar cláusulas sociales, laborales y ambientales en las licitaciones públicas, además de evitar servicios y productos derivados de ETNs – o de sus cadenas productivas – en las que los derechos humanos han sido perjudicados.

Más aún, cuando el mecanismo de la cooperación, junto con el principio de la complementariedad, no se muestra eficiente, debería considerarse la posibilidad de acceder a una corte internacional. La noción de agotamiento de los mecanismos nacionales de remedio debe ser flexibilizada cuando casos individuales presenten dificultades para el acceso a los tribunales domésticos o existe la probabilidad de que se trate de un proceso injusto o no efectivo.

Más aún, si tanto el estado de origen como el anfitrión enfrentan dificultades para implementar los pasos necesarios para remediar los abusos, se puede prever, como sugiere el Profesor Olivier de Schutter (2006), la creación de lo que él llama un *forum necessitatis*. Este mecanismo permitiría que las víctimas accedan a la justicia en cualquier Estado en el que la compañía responsable por las violaciones tenga un nivel significativo de actividades.

El establecimiento de una corte internacional podría también ser una contribución importante para dismantelar la impunidad de las ETNs. La corte debería ser dotada de funciones judiciales independientes de los estados, pero con un organismo auxiliar – el Centro Público para el Control de las ETNs – que tendría la tarea de coordinación constante con los Estados y la sociedad civil, así como acceso a las ETNs e información sobre sus actividades. Este centro podría recoger y reunir información, recibir quejas y aconsejar a los afectados.

Los Estados se deberían comprometer a cooperar con el centro y respetar las decisiones de la corte contra las compañías. Los estados deben ajustar sus leyes domésticas para poder proveer fácil acceso y la posibilidad de la aplicación de las decisiones de la Corte en su territorio. Esta Corte ejercitaría un tipo de jurisdicción civil y internacional aceptando acciones legales contra los bienes de la empresa y sus directores, siendo que la responsabilidad criminal sería un tema distinto. Una alternativa podría ser explotar el Tribunal Penal Internacional ya existente o cambiar su naturaleza mediante la inclusión de crímenes corporativos contra los derechos humanos por las empresas en el conjunto de crímenes bajo su jurisdicción.

Los Principios de Madrid y Buenos Aires sobre la Jurisdicción Universal establecen que la jurisdicción universal determina el poder o la obligación de investigar y, si es necesario, procesar vía tribunales internacionales los crímenes bajo el derecho internacional: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, piratería, esclavitud, desaparición forzada, tortura, tráfico de personas, ejecuciones extrajudiciales y crímenes de agresión. Estos crímenes pueden ser cometidos de diversas formas, entre ellas, las actividades económicas que pueden afectar el medio ambiente.

La incorporación del Principio de la Jurisdicción Internacional en las leyes domésticas por parte de los Estados permite la aplicación de crímenes económicos contra el medio ambiente que, debido a su alcance y escala, afectan seriamente a los derechos humanos de comunidades o grupos o envuelve la destrucción irreversible de ecosistemas. Como resultado de esta integración, las ETNs devendrían responsables por acción – cómplices, colaboradoras, instigadoras, inductoras u ocultadoras – u omisión, en el derecho penal o civil por los crímenes aquí listados.

3. Un Tribunal Internacional sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos

1. Contexto

Además de la falta de normas internacionales vinculantes sobre las actividades de las ETNs, un elemento central para poder poner fin a las violaciones de derechos humanos cometidas por estas empresas sería la implementación de mecanismos internacionales de control y aplicación. Ante esta situación, la Campaña Mundial propone establecer un Tribunal In-

ternacional sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos, que complemente los mecanismos universales, regionales y nacionales, garantice que las personas y comunidades afectadas tengan acceso a una instancia judicial internacional independiente para la obtención de justicia por violaciones de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales y medioambientales.

Esta instancia estaría encargada de aceptar, investigar y juzgar las denuncias interpuestas contra las ETN, las Instituciones Internacionales Económico-Financieras y también los Estados, en caso de incumplimiento de sus obligaciones, por violaciones de derechos humanos. Esto permitiría también reconocer la responsabilidad civil y penal de estas empresas para los crímenes económicos, industriales y ecológicos internacionales.

Este tribunal internacional dispondría de una organización y funcionamiento autónomo y totalmente independiente respecto a los órganos ejecutivos de las Naciones Unidas y de los respectivos Estados. Sus sentencias y sanciones serían ejecutivas y de obligado cumplimiento.

2. Importancia y papel del tribunal

La creación del Tribunal es una cuestión central en la elaboración del Tratado sobre ETNs y derechos humanos. De hecho, es notorio que las normas aplicables al control de las obligaciones de las ETN en el ámbito internacional son solamente códigos de conducta voluntarios, con justiciabilidad inefectiva.

Sin embargo, las normas internacionales en materia de comercio e inversiones protegen los intereses de las ETN con normas exigibles y justiciables. Podemos constatar la existencia de una fuerte asimetría entre los derechos y las obligaciones de las ETNs en materia de derechos humanos.

En el actual contexto histórico, los pueblos y los movimientos sociales reclaman que el nuevo Tratado para el control de las ETNs contenga normas de obligado cumplimiento – plena exigibilidad – y que por tanto supere las normas de soft law o derecho blando. No obstante, esta premisa resultaría insuficiente si no se acompaña de un Tribunal Internacional que transforme las normas exigibles en plenamente justiciables. El Tratado debería recoger la tutela completa de los intereses de las comunidades y de las personas afectadas por las prácticas de estas empresas. Finalmente, debería igualmente incorporar la plena reparación a las víctimas y el castigo de las ETNs y sus dirigentes.

3. Justificación y argumentario

El Tratado debería quebrar la asimetría existente entre los tribunales arbitrales comerciales que protegen los derechos de las ETN en el ámbito internacional y la ausencia de instrumentos que controlen sus obligaciones en el mismo ámbito.

Los tribunales internacionales de arbitraje tienen una función fundamental en la arquitectura jurídica de la impunidad. Estos dotan de plena seguridad jurídica a las inversiones realizadas por las ETNs, en detrimento de los Estados receptores. Este es el concepto dominante de “seguridad jurídica”, basado en las normas de inversiones y los acuerdos de comercio bilaterales, multilaterales y regionales promovidos desde la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM), que tienen como único fundamento la protección de los contratos y la defensa de los intereses comerciales de las grandes empresas. De esta manera, mientras se deja de lado lo que debería ser la verdadera seguridad jurídica – la que sitúa el Derecho Internacional de los Derechos

Humanos por encima de la *lex mercatoria* – y no existen instrumentos efectivos a nivel internacional para el control de las ETNs, los laudos de los tribunales arbitrales sí que dan lugar a mecanismos coercitivos y son “sentencias” de obligado cumplimiento, ya que sus implicaciones económicas resultan muy difíciles de sostener para los países periféricos.

La Corte Permanente de Arbitraje, la corte de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC, el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI) del Banco Mundial... Todos estos tribunales se constituyen como una especie de sistema paralelo al poder judicial, favoreciendo a las grandes empresas al margen de los poderes judiciales nacionales e internacionales. En esta justicia privatizada, son las ETNs las que demandan a los Estados – nunca al revés – y eligen la jurisdicción, sin necesidad de agotar los recursos internos a nivel nacional; es más, pueden ser incluso una instancia de apelación a las sentencias de tribunales ordinarios y no cabe recurso al fallo arbitral.

Un ejemplo concreto es la expropiación de Repsol por el gobierno de Argentina. En 2012 se puso en marcha la arquitectura de la impunidad; la petrolera pudo alegar el contrato firmado con Argentina y ejercer acciones legales ante los tribunales nacionales; pudo interponer un recurso ante el tribunal internacional de arbitraje del CIADI en base al Acuerdo de Protección y Promoción de Inversiones entre Argentina y España; el grupo petrolero español pudo presentar junto a una firma financiera estadounidense, Texas Yale Capital, una demanda colectiva contra la República Argentina ante un juzgado de Nueva York por la expropiación; pudo interponer una demanda ante el juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid por competencia desleal y, además, se benefició de toda la presión política, económica, mediática y diplomática ejercida por España y la Unión Europea. Al contrario de Repsol, los mapuches argentinos únicamente pueden defender su vida y su integridad como pueblo ante los tribunales argentinos. No pueden demandar directamente a Repsol ante ningún tribunal internacional. ¿Por qué ellos y sus aliados ecologistas europeos no pueden demandar a las empresas energéticas ante el nuevo tribunal de inversiones propuesto por la Comisión Europea, y éstas sí pueden demandar a los Estados? Es una justicia al servicio de los poderosos.

4. Tribunal internacional del derecho del mar

Este tribunal es un órgano judicial establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, firmada en 1982 en Jamaica. El Tribunal funciona de conformidad con las disposiciones de la Convención del Mar (básicamente, Parte XV y la Sección 5 de la Parte XI) y de su Estatuto, que figura en el Anexo VI de la Convención, desde 1996. El Estatuto contiene disposiciones generales, organización del tribunal, competencia, procedimiento, diversas salas y enmiendas ; y pueden acceder al Tribunal, los Estados y otras entidades.

El Tribunal del derecho al mar podría servir de modelo al Tribunal sobre las ETN que será creado por el Tratado. Podría constituirse ulteriormente, en el marco de un anexo al Tratado, con un Estatuto propio que recoja la organización del Tribunal, composición, miembros, elección, duración del mandato, incompatibilidades, apelaciones, nacionalidad de los miembros, remuneración, procedimiento, sentencias, fuerza obligatoria de los fallos.

5. Medidas transitorias y complementarias

Los órganos de tratados de la ONU y otras instancias internacionales cuasi judiciales deberían aceptar en sus mandatos la posibilidad de recibir de forma directa quejas contra ETNs

e Instituciones Internacionales Económico-Financieras, y remitirlas para su tratamiento al Tribunal Internacional sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos.

Las Cortes Regionales deberían modificar sus Estatutos y adaptar los mismos al control directo de las ETNs.

Además, habría también que reformar el Estatuto de la Corte Penal Internacional para ampliar su jurisdicción de modo que se puedan juzgar las personas jurídicas (sobre todo las ETN) y incluir los crímenes ecológicos, la dominación colonial y otras formas de dominación extranjera, las intervenciones extranjeras y los crímenes económicos como violaciones graves y masivas de los derechos económicos y sociales.

Habría que impulsar modificaciones en esta dirección, y transitoriamente denunciar en la Corte Penal Internacional a los dirigentes de las ETNs en base al Artículo 25, inciso 3, apartado d.

Los Estados deberían aprobar normas internas que regularían la responsabilidad extraterritorial por las prácticas de las ETNs, sus filiales de hecho o de derecho y sus proveedores, subcontratistas y licenciatarios, y que permitirían a las comunidades afectadas por dichas prácticas efectuar demandas en los tribunales del Estado matriz.

En el marco de la jurisdicción universal, los Estados deberían ejercitar acciones y recibir denuncias relacionadas con los delitos de genocidio, lesa humanidad y otros regulados en el Estatuto de Roma, y llevados a cabo por personas físicas y jurídicas, en sus territorios o extraterritorialmente.

4. Responsabilidad Solidaria y mancomunada de las Empresas Transnacionales con sus directores y sus cadenas de valor (filiales, proveedores, licenciatarios y subcontratistas)

Las ETNs se componen de diversas entidades económicas que operan en dos países o más y que están vinculadas por un sistema de toma de decisiones que permite la elaboración de una estrategia común. La existencia de una red entre las distintas entidades permite que una o más de entre ellas ejerzan el control sobre la cadena de valor.

Al generar este tipo de redes, la empresa principal tiene la capacidad de organizar una compleja estructura organizativa, mediante estrategias de descentralización de la producción a través de las cuales la personalidad jurídica de las ETNs se fragmenta en filiales, contratistas, proveedores o licenciatarios. De esta manera, las ETNs adoptan diversas formas jurídicas a través de una pluralidad de vínculos de carácter mercantil. Con esta fragmentación se persiguen distintos objetivos, por un lado, la disolución de la responsabilidad de la empresa matriz en toda la cadena de valor. Por otro lado, se impulsa la internacionalización de la actividad empresarial, que se desarrolla directa o indirectamente en una pluralidad de Estados. Al deslocalizar la producción, la empresa transnacional puede, además, utilizar la normativa existente en el Estado receptor como factor de competitividad, utilizando los bajos niveles de protección respecto de los temas sociales, laborales, ambientales y culturales, como ventajas competitivas.

La disolución de las responsabilidades de la empresa matriz en su cadena de valor, a través del establecimiento de contratas y subcontratas y bajo la apariencia de la existencia de personas jurídicas independientes es uno de los problemas a los que debe hacer frente

la redacción de un tratado vinculante respecto de las ETNs. Para ello, hay que romper la lógica según la cual se externalizan las responsabilidades sociales, laborales y ambientales aunque a la vez, se obtengan grandes beneficios a lo largo de esta cadena de valor. La solución pasa por afirmar la existencia de una responsabilidad solidaria por acción u omisión de las empresas matrices en relación a las violaciones de los derechos humanos a lo largo de la cadena de valor. Se propone, en este sentido, que todos los agentes económicos que lucren con una actividad mercantil deben ser responsabilizados de las consecuencias que esta actividad genera. De esta manera, la víctima debe tener derecho a la reparación y poder reclamar la misma a todos los responsables conjuntamente o uno a uno, o a alguno de ellos.

Existen numerosas legislaciones nacionales e internacionales que abordan y regulan los grados de responsabilidad de las empresas vinculadas por cadenas de producción —en cuestiones, laborales, medioambientales, financieras, penales...— en la provocación del daño. Es posible encontrar algunos ejemplos en la Unión Europea en relación a la regulación de la responsabilidad no sólo de las matrices, sino también de filiales o proveedores, pero las mismas tienen lagunas que impiden ampliar la responsabilidad a toda la cadena de valor.

Uno de los ejemplos es la Directiva Europea sobre los minerales de conflictos. El Consejo Europeo decidió, en efecto, establecer la obligación de las empresas de verificar que sus productos no contienen minerales que hayan podido servir para financiar conflictos armados (como en la República Democrática de Congo o en Colombia). Esta obligación no afectará a las refinerías, fundiciones y empresas que importan metales en bruto. Los metales transformados y después importados no serán objeto de dicha obligación. Además, la mayor parte de las importaciones de productos y componentes electrónicos proviene de Asia. Por lo tanto, la mayoría de las importaciones no se verán afectadas, lo que, en consecuencia, vacía de contenido la Directiva. Por tanto, la cuestión es la siguiente: ¿cómo se puede tener en cuenta la totalidad del perímetro de la actividad de la multinacional para poder incluir las actividades relacionadas pero independientes jurídicamente?

Es necesario por tanto incluir en el tratado una herramienta jurídica que permita ampliar la responsabilidad según el tipo de relación entre la empresa matriz y las diferentes empresas dependientes. Para ello es necesario:

- Conocer el origen real de los capitales, la nacionalidad de los miembros de los consejos de administración, las decisiones comerciales, el destino de las ganancias, la externalización de la producción para levantar el velo corporativo y determinar los vínculos jurídicos existentes entre las distintas empresas, independientemente de la fórmula mercantil elegida por las mismas. Pese a una apariencia de pluralidad de sociedades autónomas de diferentes nacionalidades, se debe responsabilizar a quien coordina y dirige el grupo empresarial ya que actúa como una unidad económica. Para ello, se debe obligar a las ETNs a identificar a sus filiales, proveedores, subcontratistas y licenciarios y aclarar la forma jurídica de participación en otras empresas o entidades con personalidad jurídica en todas sus prácticas comerciales y/o financieras. Estas entidades deben publicar sus ingresos, el número de personas trabajadoras de que disponen y los fondos propios e impuestos que pagan en cada nación.
- Establecer criterios jurídicos que permitan determinar la responsabilidad de las ETNs y su personal directivo respecto de las demandas judiciales (en el país huésped o matriz) por violaciones de derechos humanos, incluyendo evidentemente los laborales

- y medio-ambientales, cometidas (de manera directa o indirecta) por una de las entidades jurídicas vinculadas a su cadena de valor. Para ello, es imprescindible que los Estados matrices impongan a las ETNs la obligación de cumplir con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, incluyendo específicamente los convenios de la OIT, donde quiera que ejerzan su actividad y a lo largo de toda la cadena de valor.
- Como garantía en este sentido, los Estados deben tener la potestad de identificar e incautar los bienes de las ETNs con el fin de ejecutar las sentencias emitidas en el extranjero. En este aspecto es importante considerar la activación de los Acuerdos Marcos Internacionales (AMI). Son un instrumento negociado entre una ETN y una federación sindical mundial con el fin de establecer una relación entre las partes y garantizar que la compañía respete las mismas normas en todos los países en los cuales opera. Uno de los últimos ejemplos es el de France Telecom, que cubre a unos 200.000 empleados alrededor del mundo. El 21 de diciembre de 2006 la ETN francesa ha firmado un acuerdo con la internacional sindical Union Network Internacional (UNI), abordando el respeto a las normas fundamentales de la OIT en todo el grupo, incluyendo el derecho a afiliarse a un sindicato y a la negociación colectiva, rechazando la discriminación, el trabajo forzoso e infantil.
 - Invocar la competencia universal en los casos de violaciones de los derechos humanos, del derecho laboral y normas medio-ambientales para las ETNs, con el fin de prevenir las vulneraciones a estos derechos y normas por estas entidades.
 - Incluir herramientas de promoción del respeto a los derechos humanos por las ETNs. En este sentido, la contratación pública puede jugar un papel fundamental, incorporando cláusulas sociales, laborales y medioambientales en las licitaciones públicas y evitar los servicios, productos, obras, etc. que tengan previsiones específicas respecto de las ETNs y sus cadenas de valor con el objeto de prevenir la vulneración de los derechos humanos por parte de estas empresas.

No se trata de objetivos imposibles, ya existen distintas disposiciones a nivel estatal y recomendaciones en el derecho internacional orientadas a permitir el establecimiento de vínculos entre las ETNs y su cadena de valor. Estos ejemplos pueden tomarse como modelos sobre los que trabajar para desarrollar instrumentos que extiendan la responsabilidad por falta de vigilancia por parte de las ETNs y su responsabilidad dolosa y culposa.

Francia reconoce por ejemplo un “Estado de dependencia económica”. Esta noción pone en evidencia los vínculos comerciales entre la TNC y el proveedor, subcontratista. La antigua versión del texto francés habla de “dependencia económica”, a saber una relación comercial en la que uno de los socios, empresa cliente o proveedora, “no dispone de una solución equivalente”. Esta relación de fuerzas es el resultado, no del dominio efectivo de un mercado como en el caso de la posición dominante, sino del hecho de que el poder relativo de una empresa hace vulnerables y dependientes a sus socios. Los criterios seguidos por la jurisprudencia son los siguientes: la cuota de la empresa en el volumen de negocio de su/socio/s, la notoriedad de la marca (o de la cadena) y la importancia de la cuota de mercado de este/estos socio/s, la existencia o no de soluciones alternativas, los factores que han conducido a la situación de dependencia (elección estratégica u “obligación” de la víctima del comportamiento denunciado). Estos criterios debe estar presentes de manera simultánea para llevar a cabo la calificación. Esta alternativa se puede completar por la regla clásica de

la responsabilidad dolosa o culposa, que implica que es el demandante quien debe probar el daño, lo que es complejo en la cadena de valor.

En materia civil y penal, en algunas legislaciones nacionales (sobre todo en Europa) ya se está reconociendo la responsabilidad de las personas jurídicas admitiendo la doble imputación (de la persona jurídica y la de la persona física). En ese sentido, a la hora de buscar la responsabilidad hay que tener en cuenta si ha existido no sólo responsabilidad directa, sino también indirecta (complicidad, colaboración, instigación, inducción y encubrimiento).

En el Parlamento Europeo está en curso de tramitación el Informe “Responsabilidad de las empresas respecto de violaciones graves de los derechos humanos en terceros países”. A lo largo del procedimiento de enmiendas se han elevado propuestas orientadas al control de las contratadas y subcontratadas, que no han sido aceptadas en la votación en comisión. Tampoco fue aceptada la propuesta de creación de agencia pública para el control de las ETNs.

Como referencia, la OIT publicó un informe sobre cadenas de valor (Report IV Decent work in global supply chains) durante la Conferencia internacional del trabajo en 2016. Igualmente se publicaron las conclusiones relativas a la Resolución sobre Trabajo Decente en las cadenas mundiales de suministro, adoptadas el 10 de junio del 2016.

En conclusión, esperamos que las ideas y propuestas concretas expuestas en esta declaración contribuyan con la labor del Grupo de Trabajo.

5a. Las Instituciones Financieras Internacionales (IFIs)

El futuro instrumento internacional vinculante debe incluir reglas sobre obligaciones de las Instituciones Financieras Internacionales (IFIs) e instrumentos relativos, así como sobre la conducta del régimen internacional de comercio e inversiones.

Las políticas económicas impuestas por el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) y otros bancos regionales (e instrumentos financieros como las agencia de crédito a las exportaciones, etc.) contribuyen con la construcción de la arquitectura de la impunidad de las Empresas Transnacionales (ETNs) y son responsables por muchas violaciones de derechos humanos. Las condiciones demandadas por las IFIs a los países del Sur Global a través de las políticas de ajuste estructural y las demandas por mayor liberalización como parte de los acuerdos de libre comercio, son un elemento que obliga a los estados a abrir sus economías a las ETNs.

Las organizaciones multilaterales, en particular el BM, el FMI y la Organización Mundial del Comercio (OMC), como sujetos de derecho internacional, están vinculadas no sólo por las reglas derivadas de sus estatutos o de los acuerdos internacionales de los que estas instituciones son parte, sino también por todas las normas y reglas relevantes del derecho internacional en general. Además, el BM y el FMI, como agencias especializadas de la ONU, están bajo el imperio de los objetivos y principios generales de la Carta de las Naciones Unidas, que incluye el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales.

El fondo monetario internacional (FMI) y el banco mundial (BM)

Para ser efectivo, el futuro tratado internacional necesita tratar de las políticas de las IFIs que violan a los derechos humanos. En los 72 años que datan desde la creación, en Bretton

Woods en 1944, el BM y el FMI nunca han sido responsabilizados. Su status legal podría ser calificado como una “zona libre de derechos humanos”, tal como lo señalara el experto de la ONU Philip Alston.

El BM adoptó un instrumento llamado “políticas de salvaguardias” que dicen evitar o limitar los impactos socio-ambientales negativos que surgen de sus proyectos. Además, el esquema privado de préstamos dentro del BM, controlado por la Corporación Financiera Internacional (CFI, asociación miembro del Grupo Banco Mundial), tiene la tarea de examinar una cantidad de “reglas sobre ingresos” que comparten las mismas metas que las políticas de protección a la inversión. Las políticas de la CFI sobre préstamos privados y el recurso a intermediarios financieros son un asunto de mucha preocupación tanto cuanto los préstamos públicos de Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (BIRD) y la Asociación Internacional de Desarrollo (AID).

A pesar de estas políticas, se ha probado que varios proyectos financiados por el BM y otras organizaciones financieras internacionales han llevado a serias violaciones de los derechos humanos – tales como acaparamiento de tierras, represión, arrestos arbitrarios y asesinatos para silenciar a los movimientos de protesta. El propio Banco admitió en marzo de 2015 que “la vigilancia de estos proyectos tiene documentación pobre o nula, que les falta seguimiento para garantizar que las medidas de protección sean implementadas, y que algunos proyectos no estaban identificados como de alto riesgo para la población vecina al emprendimiento”.

La racionalidad fundante del FMI proclama la estabilización del sistema internacional a través de la regulación del flujo de capitales. Pero en los hechos, las operaciones del FMI contradicen este principio y sus estatutos, en particular el artículo 1 (parágrafo 2). El FMI, bajo la influencia de los Estados Unidos y otros países del norte, se transformó en un actor relevante del sistema económico (y político) internacional. Uno de sus objetivos principales es promover el régimen de libre comercio e inversiones en todo el mundo a través de sus Programas de Ajuste Estructural, acelerando la liberalización total del movimiento de capitales y promoviendo a las ETNs como actores principales del sistema económico neoliberal.

Adicionalmente, el FMI tiene un modo de funcionamiento no democrático. Cada país que entra al FMI debe pagar una tasa de ingreso llamada “acción” (share), que se calcula de acuerdo a la importancia económica del país. Esto explica por qué el consejo directivo del FMI está de hecho controlado por los Estados Unidos (que detenta 16,75 % del derecho a voto), seguido por Japón, Alemania, Francia y el Reino Unido. En realidad, los países de la OCDE tienen el 63,09% de los derechos de voto en el FMI, mientras que representan el 45,6% del PIB mundial.

Propuestas

El futuro tratado sobre ETNs y derechos humanos debe requerir que esas instituciones contribuyan con la implementación del tratado y se abstengan de realizar medidas contrarias a sus objetivos y reglas. Por ello, hacemos las siguientes propuestas:

- 1) Las IFIs deberían abstenerse de realizar acciones que amenacen la capacidad de los Estados para alcanzar sus obligaciones nacionales e internacionales relativas a los derechos humanos. Además, las IFIs no deberían promover reglas que contradigan el respeto a los derechos humanos, ni introducir condicionalidades en sus créditos.
- 2) Estas organizaciones deben ser obligadas a realizar evaluaciones ex post de los pro-

yectos que financian y de las políticas que recomiendan a los Estados. Estas evaluaciones deberían incluir referencias claras a los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos. Deberían también ser responsables de la reparación de los daños causados y los estados tener la obligación de hacer cumplir.

- 3) El BM debería ser obligado a abstenerse de participar en la extracción de combustibles fósiles a través de inversiones de la CFI en compañías privadas extractivas.
- 4) La CFI debería ser obligada a no prestar a intermediarios financieros – bancos comerciales, fondos de inversión privados y fondos hedge. La CFI debería rechazar pedidos de préstamos a ETNs y emprendimientos que pertenezcan a ETNs que se encuentren condenadas por violaciones a los derechos humanos en otros casos comprobados.
- 5) En caso de violaciones a los derechos humanos por parte de las IFIs (a través de condicionalidades incluidas en los préstamos, los impactos sociales y ambientales de sus políticas y de los proyectos financiados), los préstamos controversiales deberían ser cancelados sin condiciones. Las IFIs deberían rechazar solicitudes de préstamos a Estados en casos en que un Estado no hubiera controlado debidamente a una ETN en casos comprobados de violaciones a los derechos humanos.
- 6) En caso de violaciones a los derechos humanos por parte de las IFIs (a través de la imposición de condicionalidades) estas entidades deben someterse a los tribunales nacionales y responder por sus acciones.

5b. El régimen de comercio e inversiones

El Tratado debe desarrollar obligaciones específicas de los Estados en relación al régimen internacional de comercio e inversiones, afirmando la superioridad jerárquica de las normas de derechos humanos (*jus cogens*).

Décadas de evidencia acumulada por las comunidades afectadas, las audiencias de Tribunal Permanente de los Pueblos, reportes extensos de organizaciones de la sociedad civil, académicos, expertos y fuentes oficiales han contestado de forma consistente a la ley corporativa global que respalda al comercio y las inversiones internacionales. De forma creciente, la legislación nacional e internacional ha sido deformada exclusivamente a favor del capital, las corporaciones transnacionales y los privilegios de los inversionistas.

Sur global y norte global

Múltiples Tratados de Libre Comercio (TLC), Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI) y otros instrumentos e instituciones neoliberales tales como la OMC han hecho retroceder los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sur Global. De forma creciente, estos acuerdos también aspiran a retroceder los derechos de las personas en el Norte Global.

Soberanía de los estados vs arquitectura de la impunidad corporativa

Estos marcos de comercio e inversiones han funcionado como un asalto sostenido a la soberanía de los Estados, a sus obligaciones internacionales, y a su capacidad para regular a las

ETNs e impiden que las políticas económicas y de desarrollo sirvan al interés nacional y al bienestar de sus pueblos.

Las normas globales en favor de las corporaciones han llevado a una asimetría regulatoria que no tiene precedentes y que es funcional como una arquitectura de legitimación e impunidad para la actuación de las ETNs. Estas normas funcionan sólo para proteger y darle privilegio a los intereses de las ETNs. De esta forma, el régimen internacional de inversiones hace creciente el desbalance y abismo entre las normas voluntarias para la protección de los derechos humanos, versus los mecanismos vinculantes de aplicación en relación a los derechos de las corporaciones.

En este sentido, el Relator de la ONU, Alfred de Zayas, analiza en su informe la incompatibilidad entre los mecanismos de resolución de conflictos inversionista-Estado (ISDS, por sus siglas en inglés) y las normas de derechos humanos.

Arquitectura de legitimación e impunidad para las corporaciones vs acceso público a la justicia

Bajo los tratados de comercio e inversión, las ETNs se empoderan para realizar demandas que desafían normas nacionales y constitucionales que protegen los intereses de los ciudadanos. Una de las características más cuestionadas del marco actual de comercio e inversiones son las cláusulas de inversiones en los TLC y TBI, incluyendo sobre todo a los mecanismos de resolución de disputa inversionista – Estado (ISDS). Mediante los ISDS se ha otorgado a las ETNs el poder de procesar judicialmente a los Estados en tribunales supranacionales y secretos, mientras que éstos han renunciado al poder actuar para proteger los intereses y los derechos de sus ciudadanos.

Al día de hoy, existen 739 casos conocidos de demandas de inversionistas contra Estados en el marco de los TLC y TBI. La mayoría de las mismas son resultado de medidas regulatorias adoptadas por los Estados. El número de casos de arbitraje de inversiones y las mega sumas drenadas desde los arcas públicas para pagarle a las ETNs surgió en las últimas dos décadas. Las sumas involucradas también se expandieron dramáticamente.

Hay cientos de ejemplos de demandas multimillonarias de inversionistas contra Estados por tratar de proteger la salud pública, el acceso al agua o a los servicios públicos, el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, y la protección del medioambiente. Además, un volumen creciente de evidencias confirman que la amenaza que representa a los Estados el poder ser demandados bajo el sistema de ISDS ha ayudado a las corporaciones a hacer retroceder protecciones vitales para las personas y el medio ambiente, y que ha permitido el hacer retroceder decisiones democráticas y soberanas. Aquí mencionamos sólo algunos ejemplos:

- Recientemente, otro tribunal de ISDS favoreció a la compañía canadiense Copper Mesa. Hace más de una década, campesinos ecuatorianos frenaron un proyecto minero para proteger sus granjas, biodiversidad, provisión de agua y las reservas forestales de la comunidad. La compañía se sirvió de paramilitares para tratar de entrar por la fuerza. A pesar de reconocer que Copper Mesa había respondido a la oposición local a la mina con inusitada violencia, el tribunal le ordenó al Ecuador pagar 24 millones de dólares en compensación.
- Desde 2009, la empresa minera canadiense Pacific Rim (propiedad de Oceanic Gold) ha demandado a El Salvador por su decisión soberana y negativa en conceder una

licencia de explotación sobre su subsuelo a Pacific Rim, quien no cumplió con los requisitos medio-ambientales. El reclamo es de 250 millones de dólares.

Abusos de la industria de arbitraje corporativo

La industria del arbitraje corporativo y la privatización de la justicia que ella representa no está confinada sólo al Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI) del Banco Mundial, sino que aparece en varios otros tribunales de arbitraje.

En contraste con el poder de estos tribunales corporativos, muchos casos llevados a cortes nacionales o internacionales por ciudadanos, incluyendo los casos de Chevron o Bophal, muestran los innumerables obstáculos que enfrentan en su búsqueda por justicia. Los mecanismos judiciales nacionales e internacionales han sido distorsionados para favorecer unilateralmente a las prácticas destructivas de las ETNs, garantizar la maximización de sus lucros y nutrir a la industria legal con honorarios prohibitivos para muchos Estados. Es importante mencionar que esto se da en un contexto de ataques represivos y de propaganda contra las comunidades afectadas que continúa aún después de los actos originales de desappropriación o devastación del ambiente mientras las comunidades buscan justicia.

Propuestas

Al tiempo que la Campaña Global se plantea en el largo plazo la derogación de los tratados de inversiones y libre comercio por considerarlos injustos, aboga por propuestas en el marco del proceso actual hacia un tratado en materia de ETN y otras empresas en relación a los derechos humanos.

Proponemos tres principios para la construcción de marcos alternativos para las inversiones internacionales:

1. Afirmamos la supremacía de los derechos humanos y el cuidado de la naturaleza sobre los derechos de los inversionistas y para establecer las obligaciones de las empresas transnacionales con los derechos humanos.
2. El fin de régimen inversionista estado para la resolución de disputas
3. Exigir la soberanía del estado sobre las políticas públicas y las prioridades de estado.

Y específicamente hacemos las siguientes 6 propuestas:

1. El punto del partida del Tratado debe ser el reconocimiento necesario de la soberanía del Estado, y su derecho para regular en el contexto de su obligación para proteger los derechos humanos de sus ciudadanos y el compromiso de desarrollar un modelo alternativo de economía que ponga a las necesidades básicas de las personas antes que los lucros de las empresas.
2. El Tratado necesita garantizar la primacía y superioridad del marco general de los derechos humanos en relación a las políticas de comercio e inversiones, acuerdos y contratos; marco que asegura los derechos de todas las mujeres y hombres – campesinos, pescadores y pueblos indígenas – a sus medios de vida; de los trabajadores al trabajo decente, condiciones seguras de trabajo y un salario digno; de los derechos de la naturaleza y la protección de los servicios públicos y el interés público.
3. El Tratado debe revertir los actuales mecanismos de ISDS y la privatización de la justicia que promueve el sistema abusivo actual, tal como se lo practica hoy en el CIADI y en otros mecanismos de arbitraje. Y establecer un sistema de regulación de

la inversión que incluya la resolución de las disputas pero que garantice a los Estados su soberanía y resuelva los conflictos de forma tal que no comprometa el interés de los ciudadanos.

4. Prohibir la actual industria de arbitraje secreta y extremadamente cara, que beneficia a un pequeño grupo de grandes empresas (principalmente de Europa y Estados Unidos).
5. El Tratado debe regular las transacciones financieras y la especulación, prohibir prácticas de evasión fiscal y “transferencia de precios”.
6. Proveer mecanismos razonables y accesibles para facilitar el acceso a la justicia a comunidades afectadas, destruidas por políticas de comercio e inversiones orientadas a la explotación y el extractivismo depredador.

6. Derechos de lo/as afectado/as

Introducción

Al pensar en un Tratado de Derechos Humanos se hace necesario pensar en las víctimas de las ETNs y los Estados y dónde estas están localizadas en estos procesos. En la perspectiva de un Tratado que busca regular a las ETNs es necesario reconocer la autoridad moral y legítima de los pueblos como protagonistas clave que se oponen a estas situaciones, y crear normas y reglas que fortalezcan la primacía de los derechos humanos. Es además necesario reconocer el papel histórico que estas comunidades afectadas han jugado al resistir continuamente a las diversas violaciones y crímenes, los cuales en su gran mayoría siguen impunes.

Esta impunidad creciente y sistemática con que operan las ETNs resultan en amenazas y ataques a los defensores y defensoras de derechos humanos, sindicalistas, pueblos indígenas, afrodescendientes, campesinos y campesinas, niños y niñas, entre otros colectivos afectados, mientras estas acumulan beneficios extraordinarios.

Los afectados y afectadas poseen una gran indignación ante el fracaso de la ley de los derechos humanos para imponer regulaciones a las actividades de las ETNs en relación al Derecho Corporativo Global (*Lex Mercatoria*), que tutela de manera imperativa y coercitiva los privilegios de las ETNs.

Siendo así, el trabajo de construcción de un Tratado Vinculante de Derechos Humanos y Empresas Transnacionales debe ser un proceso que tiene a las comunidades afectadas como sujetos enunciadores y que garantice la primacía de los derechos humanos y el desmantelamiento de los privilegios legales de las ETNs.

Las políticas de protección de la inversión extranjera que dan derecho a las ETNs de demandar a los Estados ante tribunales internacionales de arbitraje, con el pretexto de atraer inversiones, deben ser rechazadas. Las ETNs no pueden ni deben tener libertad absoluta para establecer condiciones de producción y determinar las políticas domésticas. Los gobiernos deben desarrollar y garantizar procesos democráticos de participación y de consulta.

Derecho de los afectados y afectadas

A lo largo de su historia, los movimientos sociales de los afectados por las empresas transnacionales protagonizaron muchas luchas y alcanzaron numerosos éxitos. Sin embargo, los éxitos y avances, fruto de décadas de movilización y lucha no se han traducido en derechos

y remedio. Esto ha llevado a que los mismos afectados posean diferentes niveles de protección en diferentes Estados en relación a los daños ocasionados por empresas diferentes.

La definición restrictiva y limitada del concepto de “afectado por las empresas” y las diferentes reparaciones en cada caso son explicadas porque las conquistas sociales no han sido asociadas a los derechos humanos, ya que no existe un marco jurídico internacional para implementar (de forma junta y/o separada) la obligación de los Estados de protegerlos de las ETNs. Por eso es de suma importancia la existencia en el Tratado de una definición amplia del concepto de afectados y afectadas.

Es por tanto esencial que el futuro Tratado contenga un capítulo dedicado a abordar este concepto y las formas de reparar las violaciones a los derechos ya conquistados en las luchas en varios países. La creación de un marco que reconozca el derecho al remedio ante los daños causados por las ETNs por parte de las personas afectadas (sean por las represas, la minería u otras actividades) representaría un gran logro de los movimientos sociales que demandan el reconocimiento legal de sus conquistas sociales como derechos.

Así observamos que ya existen principios establecidos en el derecho internacional que se relacionan con esta propuesta tales como el derecho a saber, el derecho a la justicia, el derecho a la reparación, el derecho a las garantías de no repetición etc. Conviene precisar en particular algunos aspectos extremadamente importantes para las víctimas de las ETNs en su búsqueda de justicia durante los procesos judiciales. Se trata de:

- la gratuidad del proceso;
- la posibilidad de recursos colectivos (class actions);
- la celeridad en los procesos;
- la limitación de las soluciones transaccionales.

I. Gratuidad del proceso

Uno de los problemas más importantes a los que se enfrentan las víctimas es la falta de medios financieros para iniciar y llevar a bien el proceso. Esto es así sobre todo porque las víctimas a veces se enfrentan a ETNs que disponen de medios económicos superiores incluso a los del Estado competente para llevar el proceso.

A modo de ejemplo, el vicesupuesto de los mecanismos de protección de derechos humanos de la ONU, para el año 2014 fue de 34,6 millones de dólares, esto es el 50% de lo que gasta General Motors (70 millones) para esponsorizar durante un año ¡la camiseta del equipo de fútbol Manchester United!

En el mismo orden de cosas, los 37 mil millones de beneficios obtenidos por Apple en 2013, servirían para financiar el trabajo de dichos mecanismos ¡hasta el año 3014!

Con el fin de limitar las consecuencias nefastas de esta desigualdad, el proceso para las víctimas de violaciones de derechos humanos debería ser gratuito. Esto significa que cuando hay indicios suficientes de que la persona que se dirige al juez ha sido efectivamente víctima de una violación de derechos humanos, esta debería estar exenta de pagar las costas judiciales y de la obligación de indemnizar a los potenciales autores, en caso de absolución. Además, los honorarios de los asesores legales, que generalmente representan la carga más importante y el principal impedimento de las víctimas para acudir al tribunal, deberían ir a cargo de un fondo administrado por el Estado a partir de impuestos a las ETNs.

Dicha posibilidad está, por otra parte, expresamente prevista por el Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque limitado a las personas que no disponen de

los medios necesarios. Ocurre lo mismo en ciertas legislaciones nacionales. Por ejemplo, la ley española por las “víctimas del terrorismo” exenta a estas personas de cualquier costa judicial y pone a su disposición de manera gratuita un abogado para la totalidad del proceso. Hay que subrayar que esta ley fue promulgada en septiembre de 2011, estando la economía en plena recesión. Esto demuestra el hecho de que la decisión, por parte de un gobierno, de garantizar un proceso judicial gratuito a un grupo limitado de causas justiciables no influye decisivamente en materia de inversión pública y no es más que la consecuencia de una decisión política.

Dicho esto, financiar este tipo de procesos podría ser problemático para algunos Estados que no disponen de suficientes recursos financieros. Además el hecho de que los Estados deban tomar medidas legislativas contra las ETNs que a menudo utilizan trucos legales dilatorios contra las víctimas (véase el ejemplo de Chevron-Ecuador en Estados Unidos), podría hacernos imaginar la creación de un fondo que sería alimentado por una tasa fija que pagarían las ETNs.

II. Recurso colectivo (class actions)

Las violaciones de derechos humanos y otros crímenes, en particular las de los DESC, a menudo afectan a un número elevado de víctimas. Para facilitar el proceso, estas deberían disponer de la posibilidad de unirse en un recurso colectivo (class action en inglés).

Esto significa que las víctimas podrían designar a una persona como representante, que iniciaría la acción en nombre de todas las otras para defender los intereses de todas ellas.

Una medida como esta permitiría evitar los procesos múltiples y contradictorios, reducir los costes para la justicia del Estado y concentrar todos los medios de las víctimas en un solo proceso.

Estos procesos están previstos para órganos de tratados de la ONU como el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También están previstos en algunas legislaciones nacionales como las de Estados Unidos, Canadá, Brasil, Reino Unido, Portugal y Suecia. En otros países, se puede actuar mediante una asociación que tenga personalidad jurídica y agrupe a la totalidad de las víctimas.

III. Celeridad en los procesos

Los principios de un proceso equitativo deben ser respetados durante todo el proceso. Esto implica entre otras cosas, que hay que respetar la exigencia de celeridad, en interés tanto de la víctima como de la persona/entidad acusada. Así, cualquier instancia a la que se acuda deberá disponer de los medios necesarios para permitir a las víctimas obtener la condena de los responsables, así como la reparación del daño en un plazo razonable. Si no, como dice el adagio popular, la justicia, si llega tarde, no es justicia. Esto es lo que ha pasado, por ejemplo, con las víctimas del amianto que murieron antes de que se hiciera justicia.

IV. Limitación de las soluciones transaccionales o de los acuerdos

Otro problema observado a menudo es el de las soluciones transaccionales propuestas a las víctimas para evitar una condena. Esto es especialmente importante porque a menudo las víctimas se encuentran en una situación de vulnerabilidad que les empuja a aceptar propuestas transaccionales previendo una indemnización parcial en un breve plazo a cambio de abandonar cualquier acción, incluso si esta les permitiera obtener una indemnización

integral del daño así como la condena efectiva de los responsables. Desde Unocal-Birmanie hasta Probo Koala, los ejemplos son numerosos.

Como ejemplo, podemos mencionar dos casos de fraude. Incluso si se cifran en varios centenares de millones o varios miles de millones de dólares americanos, las multas impuestas por fraude fiscal en Estados Unidos y algunos Estados europeos a establecimientos bancarios no son disuasorias, dado que estas ya tienen previsto en su presupuesto provisiones para este tipo de sanción, sin cambiar en demasía sus prácticas.

Peor aún, los acuerdos amistosos pueden ser entendidos como un “permiso” para continuar cometiendo delitos. Esto es lo que hizo Roland Arnall, fundador de Ameriquest, para evitar las condenas y volver a su favor las soluciones amistosas (entregas de bienes a asociaciones de minorías en Estados Unidos):

“Los pagos hechos caso por caso con Ameriquest fueron peor que inútiles: no disuadieron ni el fraude, ni la depredación contra las minorías. Arnall vio el pago de sus multas y las donaciones impuestas por estos acuerdos como un verdadero permiso para defraudar. Las multas no eran demasiado fuertes y, ni de lejos, no servían para anular los beneficios obtenidos de los fraudes. Estos pagos amistosos no hicieron más que mejorar la imagen y la reputación de Arnall. Salió de todo ello más rico y poderoso.”

Obviamente no se trata de prohibir las soluciones amistosas, Según el caso, pueden ser tenidas en cuenta, pero deben ser suficientemente disuasorias para poner fin a ciertas prácticas y no perpetuar la impunidad.

Anexo III*

*Informe del Representante Especial del Secretario General
para la cuestión de los derechos humanos y las empresas
transnacionales y otras empresas, John Ruggie*

Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"

Principios generales

Estos Principios Rectores se basan en el reconocimiento de:

- a) Las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales;
- b) El papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos;
- c) La necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento.

Estos Principios Rectores se aplican a todos los Estados y a todas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura.

Estos Principios Rectores deben entenderse como un todo coherente y ser interpretados, individual y colectivamente, en términos de su objetivo de mejorar las normas y prácticas en relación con las empresas y los derechos humanos a fin de obtener resultados tangibles para las personas y las comunidades afectadas, y contribuir así también a una globalización socialmente sostenible.

En ningún caso debe interpretarse que estos Principios Rectores establezcan nuevas obligaciones de derecho internacional ni que restrinjan o reduzcan las obligaciones legales que un Estado haya asumido, o a las que esté sujeto de conformidad con las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos.

Estos Principios Rectores deben aplicarse de manera no discriminatoria, prestando atención especial a los derechos, necesidades y problemas de las personas pertenecientes a grupos o poblaciones con mayores riesgos de vulnerabilidad o marginación, y teniendo debidamente en cuenta los diversos riesgos que pueden enfrentar mujeres y hombres.

*No figuran en este anexo la metodología ni la introducción del documento original.

1. El deber del Estado de proteger los derechos humanos

A. Principios fundacionales

1. Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.

2. Los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades.

B. Principios operativos

Funciones reglamentarias y normativas del Estado de carácter general

3. En cumplimiento de su obligación de protección, los Estados deben:

- a) Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias;
- b) Asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas;
- c) Asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades;
- d) Alentar y si es preciso exigir a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos.

El nexo entre el Estado y las empresas

4. Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos.

5. Los Estados deben ejercer una supervisión adecuada con vistas a cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos cuando contratan los servicios de empresas, o promulgan leyes a tal fin, que puedan tener un impacto sobre el disfrute de los derechos humanos.

6. Los Estados deben promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que lleven a cabo transacciones comerciales.

Fomentar el respeto de los derechos humanos por las empresas en zonas afectadas por conflictos

7. Puesto que el riesgo de violaciones graves de los derechos humanos es mayor en zonas afectadas por conflictos, los Estados deben tratar de asegurar que las empresas que operan en tales contextos no se vean implicadas en abusos de este tipo, adoptando entre otras las siguientes medidas:

- a) Colaborar en la fase más temprana posible con las empresas para ayudarlas a determinar, prevenir y mitigar los riesgos que entrañen sus actividades y relaciones empresariales para los derechos humanos;

- b) Prestar asistencia adecuada a las empresas para evaluar y tratar los principales riesgos de abusos, prestando especial atención tanto a la violencia de género como a la violencia sexual;
- c) Negar el acceso al apoyo y servicios públicos a toda empresa que esté implicada en graves violaciones de los derechos humanos y se niegue a cooperar para resolver la situación;
- d) Asegurar la eficacia de las políticas, leyes, reglamentos y medidas coercitivas vigentes para prevenir el riesgo de que las empresas se vean implicadas en graves violaciones de los derechos humanos.

Garantizar la coherencia política

8. Los Estados deben asegurar que los departamentos y organismos gubernamentales y otras instituciones estatales que configuran las prácticas empresariales sean conscientes de las obligaciones de derechos humanos del Estado y las respeten en el desempeño de sus respectivos mandatos, en particular ofreciéndoles la información, la capacitación y el apoyo pertinentes.

9. Los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión.

10. Los Estados cuando actúen en calidad de miembros de instituciones multilaterales que tratan cuestiones relacionadas con las empresas, deberán:

- a) Tratar de asegurarse de que esas instituciones no limiten la capacidad de los Estados miembros de cumplir su deber de protección ni pongan trabas a la observancia de los derechos humanos por las empresas;
- b) Alentar a esas instituciones, en el marco de sus respectivos mandatos y capacidades, a promover el respeto de los derechos humanos entre las empresas y a ayudar a los Estados que lo soliciten a cumplir su deber de protección contra las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas, en particular mediante iniciativas de asistencia técnica, fomento de la capacidad y sensibilización;
- c) Inspirarse en estos Principios Rectores para promover el mutuo entendimiento y la cooperación internacional en la gestión de problemas relacionados con las empresas y los derechos humanos.

II. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos

A. Principios fundacionales

11. Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación.

12. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos – que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

13. La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas:

- a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan;
- b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos.

14. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos.

15. Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber:

- a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos;
- b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos;
- c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar.

B. Principios operacionales

Compromiso político

16. Para asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben expresar su compromiso con esta responsabilidad mediante una declaración política que:

- a) Sea aprobada al más alto nivel directivo de la empresa;
- b) Se base en un asesoramiento especializado interno y/o externo;
- c) Establezca lo que la empresa espera, en relación con los derechos humanos, de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios;
- d) Se haga pública y se difunda interna y externamente a todo el personal, los socios y otras partes interesadas;
- e) Quede reflejada en las políticas y los procedimientos operacionales necesarios para inculcar el compromiso asumido a nivel de toda la empresa.

La debida diligencia en materia de derechos humanos

17. Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. La debida diligencia en materia de derechos humanos:

- a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales;
- b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones;
- c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas.

18. A fin de calibrar los riesgos en materia de derechos humanos, las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales. Este proceso debe:

- a) Recurrir a expertos en derechos humanos internos y/o independientes;
- b) Incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de la operación.

19. Para prevenir y mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto en el marco de las funciones y procesos internos pertinentes y tomar las medidas oportunas.

- a) Para que esa integración sea eficaz es preciso que:
 - i) La responsabilidad de prevenir esas consecuencias se asigne a los niveles y funciones adecuados dentro de la empresa;
 - ii) La adopción de decisiones internas, las asignaciones presupuestarias y los procesos de supervisión permitan ofrecer respuestas eficaces a esos impactos.
- b) Las medidas que deban adoptarse variarán en función de:
 - i) Que la empresa provoque o contribuya a provocar las consecuencias negativas o de que su implicación se reduzca a una relación directa de esas consecuencias con las operaciones, productos o servicios prestados por una relación comercial;
 - ii) Su capacidad de influencia para prevenir las consecuencias negativas.

20. A fin de verificar si se están tomando medidas para prevenir las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben hacer un seguimiento de la eficacia de su respuesta. Este seguimiento debe:

- a) Basarse en indicadores cualitativos y cuantitativos adecuados;
- b) Tener en cuenta los comentarios de fuentes tanto internas como externas, incluidas las partes afectadas.

21. Para explicar las medidas que toman para hacer frente a las consecuencias de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben estar preparadas para comunicarlas exteriormente, sobre todo cuando los afectados o sus representantes planteen sus inquietudes. Las empresas cuyas operaciones o contextos operacionales implican graves riesgos de impacto sobre los derechos humanos deberían informar oficialmente de las medidas que toman al respecto. En cualquier caso, las comunicaciones deben reunir las siguientes condiciones:

- a) Una forma y una frecuencia que reflejen las consecuencias de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos y que sean accesibles para sus destinatarios;
- b) Aportar suficiente información para evaluar si la respuesta de una empresa ante consecuencias concretas sobre los derechos humanos es adecuada;
- c) No poner en riesgo, a su vez, a las partes afectadas o al personal, y no vulnerar requisitos legítimos de confidencialidad comercial.

Reparación

22. Si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos.

Cuestiones de contexto

23. En cualquier contexto, las empresas deben:

- a) Cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, dondequiera que operen;
- b) Buscar fórmulas que les permitan respetar los principios de derechos humanos internacionalmente reconocidos cuando deban hacer frente a exigencias contrapuestas;
- c) Considerar el riesgo de provocar o contribuir a provocar violaciones graves de los derechos humanos como una cuestión de cumplimiento de la ley dondequiera que operen.

24. Cuando sea necesario dar prioridad a las medidas para hacer frente a las consecuencias negativas, reales y potenciales, sobre los derechos humanos, las empresas deben ante todo tratar de prevenir y atenuar las consecuencias que sean más graves o que puedan resultar irreversibles si no reciben una respuesta inmediata.

III. Acceso a mecanismos de reparación

A. Principio fundacional

25. Como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces.

B. Principios operacionales

Mecanismos judiciales estatales

26. Los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales cuando aborden las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas, en particular considerando la forma de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación.

Mecanismos extrajudiciales de reclamación del Estado

27. Los Estados deben establecer mecanismos de reclamación extrajudiciales eficaces y apropiados, paralelamente a los mecanismos judiciales, como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas.

Mecanismos de reclamación no estatales

28. Los Estados deben estudiar la forma de facilitar el acceso a los mecanismos de reclamación no estatales que se ocupan de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas.

29. Para que sea posible atender rápidamente y reparar directamente los daños causados, las empresas deben establecer o participar en mecanismos de reclamación eficaces de nivel operacional a disposición de las personas y las comunidades que sufran las consecuencias negativas.

30. Las corporaciones industriales, las colectividades de múltiples partes interesadas y otras iniciativas de colaboración basadas en el respeto de las normas relativas a los derechos humanos deben garantizar la disponibilidad de mecanismos de reclamación eficaces.

Criterios de eficacia de los mecanismos de reclamación extrajudiciales

31. Para garantizar su eficacia, los mecanismos de reclamación extrajudiciales, tanto estatales como no estatales, deben ser:

- a) Legítimos: suscitar la confianza de los grupos de interés a los que están destinados y responder del correcto desarrollo de los procesos de reclamación;
- b) Accesibles: ser conocidos por todos los grupos interesados a los que están destinados y prestar la debida asistencia a los que puedan tener especiales dificultades para acceder a ellos;
- c) Predecibles: disponer de un procedimiento claro y conocido, con un calendario indicativo de cada etapa, y aclarar los posibles procesos y resultados disponibles, así como los medios para supervisar la implementación;
- d) Equitativos: asegurar que las víctimas tengan un acceso razonable a las fuentes de información, el asesoramiento y los conocimientos especializados necesarios para entablar un proceso de reclamación en condiciones de igualdad, con plena información y respeto;
- e) Transparentes: mantener informadas a las partes en un proceso de reclamación de su evolución, y ofrecer suficiente información sobre el desempeño del mecanismo, con vistas a fomentar la confianza en su eficacia y salvaguardar el interés público que esté en juego;
- f) Compatibles con los derechos: asegurar que los resultados y las reparaciones sean conformes a los derechos humanos internacionalmente reconocidos;
- g) Una fuente de aprendizaje continuo: adoptar las medidas pertinentes para identificar experiencias con el fin de mejorar el mecanismo y prevenir agravios y daños en el futuro;

Los mecanismos de nivel operacional también deberían:

- h) Basarse en la participación y el diálogo: consultar a los grupos interesados a los que están destinados sobre su diseño y su funcionamiento, con especial atención al diálogo como medio para abordar y resolver los agravios.

Anexo IV

*Informe del segundo período de sesiones
del grupo de trabajo intergubernamental
de composición abierta sobre las empresas
transnacionales y otras empresas con respecto a
los derechos humanos*

I. Declaraciones generales

1. Las delegaciones de varios Estados agradecieron a la Presidenta-Relatora la labor realizada y el proceso de consulta, transparente e inclusivo, así como la flexibilidad exhibida por los Estados y otras partes interesadas al preparar el programa de trabajo.

Recordaron que muchas instancias procuraban desde hace más de 40 años elaborar normas mundiales eficaces que sirvieran para que las empresas rindieran cuentas en relación con los derechos humanos.

2. Un grupo regional recalcó que, dado el alcance mundial de sus actividades operacionales, las empresas transnacionales y otras empresas tenían repercusiones sociales y políticas que no guardaban proporción con sus obligaciones jurídicas y sociales a escala nacional e internacional. Aunque reconoció que se habían aplicado algunas medidas positivas en los planos nacional y regional, el grupo planteó que, a fin de promover el cumplimiento mundial mediante una norma uniforme, se emprendiera la tarea de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante. Con ello se daría respuesta eficaz a gran parte de los problemas surgidos en el contexto de la percepción generalizada de desigualdad en cuanto a derechos y obligaciones entre las empresas transnacionales y otras empresas y las víctimas de abusos de los derechos humanos relacionados con actividades empresariales; otras delegaciones y organizaciones no gubernamentales (ONG) reiteraron posteriormente ese mismo planteamiento. Las violaciones de los derechos humanos cometidas por esas entidades, por ejemplo en los ámbitos del trabajo infantil, la degradación ambiental y el trabajo decente y los salarios, afectaban de forma desproporcionada a los grupos marginados y desfavorecidos que se veían afectados y agravaban los problemas previos en el ámbito de los derechos humanos. El grupo afirmó que seguía estando a favor de la letra y el espíritu de la resolución 26/9 del Consejo y alentó a la Presidenta-Relatora a que preparara para el siguiente período de sesiones un proyecto de texto de negociación basado en las deliberaciones mantenidas hasta la fecha y en sus propias iniciativas al 12. Algunas delegaciones afirmaron que hacía falta un instrumento jurídicamente vinculante para corregir el actual desequilibrio entre el reconocimiento progresivo de los derechos, por un lado, y las garantías económicas y políticas concedidas a las empresas transnacionales, por otro. De no imponerse a las empresas las correspondientes obligaciones de respetar los derechos humanos, estos quedaban menoscabados.

3. Muchas delegaciones subrayaron que las empresas podían favorecer la economía y contribuir al desarrollo a la vez que respetaban los derechos humanos, como el derecho al desarrollo, con inclusión del acceso a los servicios públicos. Se señaló que era fundamental el diálogo constructivo en el proceso orientado a establecer un instrumento internacional jurídicamente vinculante. Algunas delegaciones expresaron su apoyo a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos y a su aplicación mediante planes de acción nacionales. Muchas delegaciones reconocieron que los Principios Rectores y el mandato del grupo de trabajo se reforzaban mutuamente en la medida en que en uno y otro caso se trataba de medidas positivas dirigidas a la protección de los derechos humanos. Algunas delegaciones mencionaron que el mandato del grupo de trabajo no se solapaba con la orientación de otras iniciativas de ámbito internacional.

4. La Unión Europea observó con agradecimiento que el programa de trabajo, fruto del espíritu de compromiso y la flexibilidad, ofrecía garantías de que el proceso no fuera en menoscabo de la imprescindible aplicación permanente de los Principios Rectores. El programa de trabajo ampliaba el ámbito de acción del grupo de trabajo más allá de las empresas transnacionales para que el debate diera también cabida a las demás empresas. La Unión Europea observó también con agradecimiento que se había llegado a un acuerdo sobre el programa de trabajo del segundo período de sesiones que invitaba a la participación. Subrayó la importancia de dar cabida en las deliberaciones a las organizaciones de la sociedad civil, los sindicatos y el sector privado. El representante recordó a la comunidad internacional que quedaban cosas por hacer para impedir los abusos vinculados con actividades realizadas por empresas transnacionales y otras empresas y facilitar el acceso a vías de recurso cuando se cometieran abusos y mencionó la movilización mundial emprendida al respecto por la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos. Retomando una preocupación expresada antes por la Unión Europea en el sentido de que el grupo de trabajo se había establecido sin haberse estudiado otras posibilidades, como el uso de foros existentes de las Naciones Unidas, el representante subrayó que la comunidad internacional debía responder de forma responsable y eficaz. A ese respecto, la delegación de un Estado propuso que se aplicaran las directrices para empresas multinacionales publicadas por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).

5. Otro grupo político mencionó la recomendación sobre derechos humanos y empresas aprobada recientemente por su Comité de Ministros, que partía de los Principios Rectores, incorporaba el acceso a las vías de recurso y presentaba nuevas orientaciones en relación con determinados grupos vulnerables.

6. Una delegación observó que todo instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y derechos humanos debería dar cuenta de los problemas planteados por las zonas de conflicto y las zonas ocupadas. La delegación indicó que sus miembros deseaban conocer los resultados del proyecto de base de datos sobre las empresas que operaban en los territorios ocupados (véase la resolución 31/36 del Consejo de Derechos Humanos).

7. Varias delegaciones recalcaron la importancia de centrarse en las víctimas y de poner en primer plano el acceso a las vías de recurso y las reparaciones. Aunque a escala nacional había medidas positivas orientadas a proteger a las víctimas frente a las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales, también se precisaba de medidas, normas y mecanismos en el marco de un instrumento vinculante de ámbito internacional. Además, las empresas transnacionales deben cumplir las obligaciones vinculantes en materia de derechos humanos previstas en el derecho internacional.

8. Una delegación observó que puede que hubiera que tener en cuenta las distintas circunstancias nacionales mientras se respetaban y protegían los derechos humanos.

9. La mayoría de las ONG coincidieron en que todo instrumento vinculante debía establecer con claridad la obligación de las empresas transnacionales de respetar las normas en materia de medio ambiente, salud y trabajo y el derecho internacional humanitario. Se debería delinear el derecho de las personas y las comunidades afectadas a acceder a la justicia e incorporar disposiciones relativas a la rendición de cuentas de las empresas matrices, la protección de los defensores de los derechos humanos y el derecho a la libre determinación.

10. Varias ONG propugnaron que todo tratado propuesto contemplara mecanismos de aplicación internacional, incluida la posibilidad de un tribunal internacional. En última instancia, ese tipo de instrumento permitiría a los Estados recuperar margen normativo para proteger los derechos humanos.

11. Las ONG advirtieron del peligro de que las empresas se apropiaran de la negociación de un instrumento vinculante y señalaron que incumbe a los Estados actuar en interés de su población y no en el de las empresas transnacionales. Como ejemplo ilustrativo se hizo mención de las directrices para la aplicación del artículo 5, párrafo 3, del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, relativo a la protección frente a la injerencia de las empresas transnacionales.

12. Algunas ONG pidieron que se incorporara en el instrumento la perspectiva de género, pues las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales podrían acentuar las desigualdades previas y tener consecuencias negativas relativas al género. También debía incorporarse la perspectiva de género en las evaluaciones de la repercusión en los derechos humanos de los proyectos y actividades planificados por las empresas transnacionales, en particular en lo que respecta a los problemas con que se encontraban los defensores de los derechos humanos de las mujeres.

II. Mesas redondas

A. Mesa redonda I. Panorama general de los efectos sociales, económicos y ambientales relacionados con las empresas transnacionales y otras empresas en el ámbito de los derechos humanos y sus complicaciones de orden jurídico

13. El primer ponente observó que muchas empresas transnacionales habían cometido violaciones de los derechos humanos con impunidad. Además, en virtud de tratados internacionales de inversión se les había concedido el derecho de presentar demandas contra los Estados por legislar en aras del interés público. La situación podría subsanarse mediante un tratado que responsabilizara a las empresas transnacionales y otras instancias empresariales por las violaciones de los derechos humanos resultantes de sus operaciones, con inclusión de sus cadenas mundiales de valor, y que asignara responsabilidad individual a los dirigentes que participaran en el proceso de adopción de decisiones. Un tratado de ese tipo, que equivaldría a un derecho de apelación, debería facilitar gratuitamente a las personas, los grupos, los sindicatos y las comunidades el acceso a ese derecho; los gastos se sufragarían mediante un impuesto pagadero por las empresas transnacionales. Además de reconocer las normas establecidas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización Mun-

dial de la Salud (OMS), quienes participen en la elaboración del tratado deberán reconocer la necesidad de establecer un tribunal internacional sobre cuestiones climáticas.

14. El segundo ponente observó que el proceso del grupo de trabajo guardaba relación con la aplicación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. El desarrollo moderno se ha visto asediado por la connivencia entre instancias financieras y empresariales, pues la inversión dirigida a dar cumplimiento a la Agenda 2030 no se basaba en el crédito, sino en la reinversión de los beneficios empresariales. Aunque las grandes empresas tenían amplias posibilidades de plasmar el progreso social, a menudo contribuyeron a una competencia desenfrenada en torno a los impuestos y los costos de la mano de obra. Asimismo, los acuerdos de libre comercio comportaban riesgos económicos en las fases posteriores y podían traspasar el control de algunos factores de la economía del sector público al privado. Un instrumento vinculante pondría remedio a ese tipo de situación y ofrecería una alternativa a los acuerdos comerciales negociados a puerta cerrada.

15. El tercer ponente indicó la necesidad de ocuparse de la estructura de las empresas transnacionales y sus cadenas de suministro, añadió que el derecho no vinculante y los enfoques voluntarios no surtían efecto y expresó su apoyo a la elaboración de un instrumento que se basara en los Principios Rectores sin socavarlos. El instrumento debe abarcar los derechos de los trabajadores, en particular los que aparecen expuestos en la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, y ser aplicable a las empresas transnacionales sin excluir a empresas de otro tipo a fin de evitar lagunas en la rendición de cuentas. El tratado deberá prever la obligación de que los Estados adopten medidas sobre la debida diligencia en materia de derechos humanos y aclarar lo que las empresas deben hacer al respecto, además de establecer la responsabilidad legal y la jurisdicción extraterritorial en casos de abuso contra los derechos humanos.

16. La cuarta ponente destacó que las estructuras jurídicas empresariales dificultaban la rendición de cuentas por parte de las empresas. Señaló el problema derivado de aumentar la protección de los derechos de los inversores, que a menudo iba más allá del derecho nacional al ofrecer a los inversores el derecho a que sus reclamaciones se resolvieran por arbitraje internacional y no en tribunales nacionales. Los tratados de inversión podrían entrar en conflicto con la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos, y la amenaza de entablar un procedimiento internacional de solución de controversias entre inversionistas y Estados podría tener un efecto inhibitorio en los países en desarrollo en lo que hace a las medidas de regulación. Los procedimientos de solución de controversias entre inversionistas y Estados entrañaban un desequilibrio de poder en la medida en que solo ofrecían una vía de recurso a las partes interesadas empresariales. Una solución consistiría en permitir a las víctimas acceder a tribunales de los Estados de origen de los inversores, donde solían estar ubicados activos de las empresas transnacionales. El instrumento vinculante podría servir de orientación para la elaboración de instrumentos sobre comercio e inversión, en particular imponiendo el requisito de realizar evaluaciones *ex ante* y *a posteriori* de los efectos para los derechos humanos y estableciendo las obligaciones apropiadas de los inversores. Esos principios aparecen en el Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y en el derecho de Sudáfrica y de la India.

17. El quinto ponente observó que los principios de personalidad jurídica distinta y responsabilidad limitada recogidos en el derecho mercantil a menudo se aplicaban juntos en

relación con las acciones de filiales, con lo que la empresa matriz podía eludir la responsabilidad. Determinadas doctrinas jurídicas, como el levantamiento del velo de la persona jurídica, iban dirigidas a resolver esos problemas. El instrumento vinculante podría establecer normas para la entrada en efecto de esos principios; para determinar esas normas no hacía falta que el concepto de empresa transnacional fuera unívoco. El ponente sugirió que en el instrumento figuraran mecanismos para facilitar la protección de los derechos humanos.

18. El sexto ponente criticó la práctica empresarial de evasión de impuestos y sugirió que se presentaran país por país declaraciones de impuestos. La creencia de los Estados en que deben firmar tratados bilaterales de inversión a fin de atraer inversión extranjera directa se consideraba origen del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Sin embargo, esos tratados bilaterales suponían una amenaza a la democracia al privar de control al poder judicial y podían interferir en los procesos legislativos.

19. La mayor parte de las delegaciones coincidió en que las normas voluntarias eran insuficientes y en que el instrumento vinculante debía afirmar que las obligaciones en materia de derechos humanos prevalecían sobre el derecho mercantil. Los Estados tienen las obligaciones de legislar en aras del interés público, defender los derechos de las personas frente a la privatización, fortalecer los mecanismos de diligencia debida y velar por que las empresas transnacionales no ejerzan su influencia para eludir la rendición de cuentas y el pago de indemnizaciones a las víctimas. Una delegación sugirió que la máxima disuasión se alcanzaba imponiendo responsabilidad penal.

20. Varias delegaciones mencionaron la asimetría entre los derechos y las obligaciones de las empresas transnacionales en los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio. Se expresó preocupación por el acceso de las empresas al arbitraje internacional contra Estados, en el marco del cual faltaban mecanismos correspondientes para dar cuenta de las obligaciones de las empresas de respetar los derechos humanos.

21. Algunas delegaciones mencionaron casos concretos de uso por las empresas transnacionales de acuerdos bilaterales y multilaterales para impugnar medidas adoptadas por los Estados con fines de protección de los derechos humanos. Una delegación mencionó un caso en que esa impugnación no había surtido efecto, lo que ponía de manifiesto que los Estados tenían a su disposición instrumentos para defenderse debidamente ante los tribunales internacionales de arbitraje.

22. Otra delegación reafirmó el derecho del Estado a legislar en aras del interés público y mencionó su propio proyecto de ley sobre protección de la inversión, que tenía por objeto llegar a un equilibrio entre los derechos y las responsabilidades de los inversores.

23. Algunas delegaciones sostuvieron que no era viable comparar las empresas transnacionales con las empresas locales, pues la legislación nacional podía exigir a estas últimas que rindieran cuentas.

24. Muchas ONG afirmaron que no debía concebirse el instrumento vinculante como un instrumento aislado en materia de derechos humanos, sino que habían de tenerse en cuenta los acuerdos internacionales sobre comercio e inversión. Además, debería incorporarse una cláusula jerárquica por la que se estableciera la primacía de los derechos humanos frente a los acuerdos sobre comercio e inversión y subsanarse las deficiencias críticas en la evaluación y el seguimiento de los efectos de esos acuerdos. Se hicieron llamamientos para establecer un tribunal o mecanismo internacional encargado de investigar a las empresas transnacionales y garantizar su rendición de cuentas.

25. Una delegación planteó la cuestión de las sanciones económicas unilaterales y preguntó si los Estados podían obligar a las empresas a dar cumplimiento a esas sanciones en vista de los efectos negativos sobre los derechos humanos.

26. Las ONG enumeraron algunos de los efectos negativos para los derechos humanos ocasionados por las empresas transnacionales y pidieron que el instrumento vinculante garantizase los derechos de los pueblos indígenas, reconociese la primacía del derecho al agua, que es un derecho humano, frente al afán de lucro en el sector del agua, y garantizase el acceso al agua potable y a otros recursos. Pocos países han aprobado legislación nacional de conformidad con el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (Núm. 169) de la OIT.

B. Mesa redonda II. Obligaciones fundamentales de los Estados, incluidas las de carácter extraterritorial, en relación con las empresas transnacionales y otras empresas en el ámbito de la protección de los derechos humanos

Subtema 1. Aplicación de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos: ejemplos de legislación nacional e instrumentos internacionales aplicables a las empresas transnacionales y otras entidades con respecto a los derechos humanos

27. El primer ponente mencionó la paradoja consistente en que algunos Estados proclamaban que los derechos humanos interferían en su soberanía a la vez que seguían dispuestos a firmar tratados de inversión que protegían los derechos de las empresas transnacionales e interferían directamente en su soberanía. Todo tratado vinculante debía subsanar las deficiencias de legislación en cuanto a la protección de los derechos humanos y codificar y desarrollar la responsabilidad que tenían los Estados de proteger los derechos humanos; fomentar la capacidad y ayudar a los Estados a aprobar medidas legislativas y administrativas eficaces para determinar la responsabilidad penal y civil de las empresas que hayan cometido abusos contra los derechos humanos; y formular normas con fines de protección de las políticas públicas en los tratados bilaterales de inversión.

28. El segundo ponente puso de manifiesto el sólido régimen internacional de derechos humanos y recordó que los Estados tenían la obligación de proteger, respetar y hacer efectivos los derechos humanos, en particular con respecto a las actividades de terceros, como por ejemplo empresas, a la vez que observó las considerables limitaciones que encontraban los Estados para hacer efectivo ese régimen. El instrumento vinculante debería elaborarse para atajar las causas de las actuales deficiencias en el ámbito del cumplimiento.

29. El tercer ponente mencionó las normas internacionales pertinentes que podían ser útiles al elaborar el contenido del instrumento internacional, entre ellas los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en particular los numerados 8, 9, 25, 26, 29, 36 y 37.

30. El cuarto ponente observó que la infracción por las empresas transnacionales de los derechos humanos tenía lugar en el contexto de un clima general de impunidad. El instrumento vinculante podía modificar esa situación, remediar la asimetría entre los derechos y las obligaciones de las empresas transnacionales, permitir que los Estados de origen y anfitriones, así como los ciudadanos, vigilaran el respeto de los derechos humanos por las empresas transnacionales y ampliar las obligaciones de esas empresas a la contratación de proveedores. Sería necesario que un tribunal internacional velara por el cumplimiento del tratado y que existieran obligaciones extraterritoriales y mecanismos jurisdiccionales universales.

31. Una delegación observó que se esperaba de los Estados que defendieran los derechos humanos en el plano interno y externo y propugnó la aplicación de los Principios Rectores.

32. Varias delegaciones recordaron la obligación primordial de los Estados de proteger los derechos humanos, en particular por lo que se refiere a las empresas transnacionales. Los tribunales regionales habían reconocido que, como consecuencia de abusos empresariales, los Estados podían incumplir sus obligaciones de ejercer la diligencia debida. El instrumento vinculante permitiría a los Estados de origen y anfitriones proteger los derechos humanos y reparar las violaciones perpetradas por empresas transnacionales.

33. Se presentaron ejemplos de legislación nacional que obligaba a las empresas a aceptar el seguimiento por parte del Gobierno y del público, por ejemplo en los ámbitos del trabajo, el derecho ambiental y la protección del consumidor. Se recomendó que los países tuvieran como consideración esencial los derechos humanos al examinar la inversión internacional.

34. Una delegación mencionó la necesidad de acordar normas claras para impedir que las empresas transnacionales eludieran sus obligaciones extraterritoriales y que recurrieran al arbitraje internacional para proteger sus intereses. Otra delegación observó que la dimensión extraterritorial podía abordarse a la luz de la práctica de los órganos creados en virtud de tratados, que habían afirmado que los Estados de origen tenían deberes en relación con las operaciones extraterritoriales de las empresas transnacionales y que esos deberes no menoscababan la soberanía de los Estados de origen.

35. Otra delegación propuso que el instrumento vinculante se ocupara de la cuestión de la complicidad del Estado y señaló que el poder de corrupción de las empresas podía expresarse de muchas maneras, como en forma de grupos de presión y recursos ilimitados. En el Estado representado por la delegación los derechos humanos eran un destacado pilar de las políticas internas y externas y estaban consagrados en la Constitución, en virtud de lo cual el sistema judicial había dictado sentencias por las que se declaraba a determinadas empresas culpables de violaciones de los derechos humanos. Sin embargo, el cumplimiento de las sentencias había planteado dificultades tras el cierre de algunas operaciones empresariales o su reubicación. La delegación mencionó las directrices de su Gobierno en materia de buenas prácticas para las empresas nacionales que operaban en el extranjero.

36. Algunas delegaciones pusieron en entredicho el valor de los procedimientos de solución de controversias entre inversionistas y Estados y explicaron que los procesos de arbitraje injustos podían suponer para los Estados grandes costos económicos. Por lo general, las víctimas de violaciones de los derechos humanos no tenían acceso a arbitraje, ni siquiera en tribunales locales, y era frecuente que las decisiones nacionales quedaran sin cumplir. También se plantearon otras cuestiones como la manera de reconciliar la soberanía estatal con el concepto de jurisdicción extraterritorial y universal y la manera de garantizar la aplicación de las decisiones adoptadas por los Estados de origen en relación con violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales cuando estas habían escapado de la jurisdicción.

37. Las ONG transmitieron su experiencia de ayuda a las víctimas y destacaron los múltiples obstáculos jurídicos y de procedimiento, en particular cuando se exigía a las empresas matrices que rindieran cuentas en relación con los abusos cometidos por sus filiales. Gracias al instrumento vinculante deberían superarse esos obstáculos; los Principios de Maastricht ofrecían elementos esenciales para determinar el alcance extraterritorial.

38. Se hizo mención de iniciativas nacionales mediante las que los Estados pretendían imponer obligaciones relativas a la diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos, en particular con respecto a las operaciones en el extranjero, y a la inversión de la carga de la prueba en la investigación de denuncias de abuso empresarial. Sin embargo, se informó de que esas iniciativas encontraban gran resistencia en la comunidad empresarial.

39. Se hicieron llamamientos en pro de crear un órgano encargado de recibir e investigar las denuncias presentadas por las comunidades afectadas o sus representantes.

40. Se propuso que la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales sirviera de base a las disposiciones del instrumento vinculante en materia de participación, acceso a la justicia y vías de recurso. También se hizo mención del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que había establecido obligaciones extraterritoriales sobre discriminación contra las mujeres aplicables a los actos de las empresas nacionales que operaban fuera del territorio nacional.

41. Un ponente subrayó la necesidad de dotar a los grupos más vulnerables de instrumentos jurídicos para exigir sus derechos, en particular mediante creación de capacidad impartida en los países anfitriones. Se consideró que la cooperación entre Estados y órganos judiciales era fundamental para conseguir que las decisiones se aplicaran.

42. Un ponente no compartía la opinión de que los acuerdos comerciales pudieran tener resultados negativos para los derechos humanos y de que todos los tribunales de arbitraje en materia de inversión obedecieran a los intereses de los inversores. Los Estados podían en todo momento denunciar un tratado de inversión y retirarse de él. En cuanto a la manera de restablecer el equilibrio de poder frente a las empresas, eran muchas las iniciativas positivas, como la iniciativa Connex del G7 y la labor llevada a cabo por la UNCTAD. Además, el ponente advirtió de que la inversión de la carga de la prueba propuesta no respetaría las garantías procesales.

Subtema 2. Enfoques jurisprudenciales y prácticos en relación con los elementos de extraterritorialidad y soberanía nacional

43. El primer ponente indicó que en el instrumento vinculante debía aclararse la responsabilidad del Estado de origen a efectos de imponer a las empresas transnacionales la obligación de cumplir determinadas normas allá donde operaran, como por ejemplo requisitos de diligencia debida con fines de prevención de daños y requisitos en materia de divulgación y notificación, así como la competencia de los tribunales de ese Estado en relación con abusos empresariales contra los derechos humanos cometidos en cualquier lugar en el que operara la empresa en cuestión. La Corte Internacional de Justicia había aclarado que las obligaciones de un Estado de respetar los derechos humanos se aplicaban fuera del territorio del Estado cuando existía un vínculo entre este y la actividad que tuviera lugar en el extranjero.

44. El segundo ponente recordó que las empresas tenían obligaciones de conformidad con el derecho internacional y preconizó la necesidad de llenar las lagunas jurídicas. Aunque los Estados tenían la obligación de proteger a los ciudadanos de las violaciones empresariales de los derechos humanos, cuando la dejaban sin cumplir o su debilidad les impedía cumplirla era frecuente que estuvieran exentos de responsabilidad al respecto ante los tribunales internacionales o los tribunales nacionales de otros países. La imposición a los Estados de obligaciones de crear marcos jurídicos nacionales también comportaba el riesgo de menos-

cabar los derechos humanos en virtud de la diversidad de normas resultantes. En un contexto de competencia desenfadada, las empresas podían trasladar sus operaciones a Estados que imponían una protección menor.

45. El tercer ponente indicó distintos niveles en cuanto a la oferta a las víctimas de una oportunidad razonable de obtener reparación por abusos contra los derechos humanos cometidos por empresas transnacionales. El nivel 1 comprendería los sistemas jurídicos nacionales y subnacionales. El nivel 2 supondría la intervención de un ombudsman internacional o regional que interviniera en nombre de los querellantes más débiles frente a las empresas o Estados más poderosos. En el nivel 3, que correspondería al Estado de origen o a un país en el que hubiera una presencia destacada de activos de empresas transnacionales, se reservaría una función específica a la aplicación extraterritorial de la legislación. En el nivel 4, que es el internacional, se asignaría una función a un tribunal internacional que se ocuparía de las empresas transnacionales y los derechos humanos. El nivel 5 consistiría en un registro de todos los casos pendientes en el ámbito de las empresas transnacionales y los derechos humanos.

46. El cuarto ponente sugirió extraer enseñanzas de la aplicación de dos instrumentos internacionales pensados para proteger los derechos humanos frente a los abusos cometidos por empresas transnacionales, que eran el Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna y el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, ambos elaborados bajo los auspicios de la OMS. En primer lugar, era importante disponer de los datos en que se fundamentarían las disposiciones del tratado, en particular los que demostraban las maneras en que correspondía a los Gobiernos pagar por reparar los daños causados por abusos de los derechos humanos cometidos por empresas transnacionales, por ejemplo en el ámbito de la atención sanitaria y el agua y el saneamiento y en lo que respecta a la reparación de los daños ambientales. En segundo lugar, el ponente instó a que se hiciera uso de los precedentes establecidos en el Convenio Marco a efectos de proteger el proceso del grupo de trabajo frente a los conflictos de intereses y la injerencia empresarial (véase el artículo 5, párrafo 3, del Convenio Marco) y elaborar un régimen de responsabilidad civil y penal (véase el art. 19).

47. El quinto ponente subrayó la importancia de que las empresas transnacionales también rindieran cuentas cuando no hubieran impedido el daño. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no incluía el examen de delitos vinculados con la economía. Sin embargo, la experiencia y las decisiones del Tribunal Permanente de los Pueblos demostraban que podían juzgarse delitos cometidos por empresas transnacionales, en particular cuando constituían crímenes de lesa humanidad.

48. Algunas delegaciones destacaron la importancia de que los Estados adoptaran medidas orientadas a proteger los derechos humanos en el plano interno y observaron que muchos ya estaban regulando la actuación empresarial en ámbitos como la salud y la seguridad de los trabajadores. Algunos países ya contaban con disposiciones en materia de jurisdicción extraterritorial en relación con determinadas cuestiones.

49. Varias delegaciones observaron también que con frecuencia el Estado de origen y el Estado anfitrión no cooperaban, lo cual privaba a las víctimas de acceso a la justicia. El instrumento vinculante debía fortalecer esa cooperación, en particular endureciendo la legislación de los Estados de origen para impedir que se rechazaran los casos por motivos jurisdiccionales.

50. Otra cuestión planteada por las delegaciones fue el establecimiento de un mecanismo nacional, como una oficina del ombudsman, que recibiera denuncias y preparara informes.

51. Las delegaciones volvieron a destacar la cuestión de la extraterritorialidad y observaron que varios órganos creados en virtud de tratados habían reconocido la obligación de los Estados de impedir a terceros que violaran los derechos humanos. Se sugirió que los órganos creados en virtud de tratados, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de los Derechos del Niño, sirvieran de ejemplo en cuanto a la adopción de medidas preventivas. Se hizo hincapié en la necesidad de que los Estados adoptaran medidas para garantizar la protección frente a las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas en el extranjero siempre que existiera un vínculo razonable entre un Estado y las actividades de la empresa.

52. Un participante presentó varios casos denunciados con éxito en todo el mundo contra entidades empresariales. En cerca de la mitad de esos casos se determinó que correspondía a las entidades empresariales la responsabilidad primordial por las violaciones; en la otra mitad, se determinó que el Estado o sus agentes eran la instancia principal y que la empresa había sido cómplice en la acción del Estado.

53. Las partes en el futuro instrumento deberán cooperar para que se cumplan las sentencias, lo cual despejará algunas de las dificultades que rodean al acceso a las vías de recurso. Un ponente hizo mención de múltiples modelos a escala interamericana y en la esfera del arbitraje mediante los cuales los Estados habían diseñado instrumentos de cooperación al respecto.

54. Otro ponente destacó que en el instrumento vinculante se debería aclarar que los derechos humanos son genuinamente universales y que no debía aducirse el hecho de que una entidad se hubiera constituido en una determinada jurisdicción para eludir responsabilidad. Era preciso imponer obligaciones a todos los agentes provistos de capacidad para violar los derechos humanos. En el tratado también deberían figurar disposiciones relativas a las dificultades de orden jurisdiccional que surgían en el contexto de los flujos de inversiones complejos, al igual que debería hacerse frente a los obstáculos de procedimiento y de carácter probatorio.

C. Mesa redonda III. Obligaciones y responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas en el ámbito de los derechos humanos

Subtema 1. Ejemplos de instrumentos internacionales referentes a las obligaciones y responsabilidades de los agentes privados

55. El primer ponente presentó como ejemplo el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, que ofrecía una buena oportunidad de mejorar la salud pública y modificar los modelos empresariales al hacer posible que los tratados se potenciaran mutuamente en la medida en que exigían a las empresas que rindieran cuentas en relación con los productos, las políticas y las prácticas perjudiciales e impedían que las empresas con conflictos de intereses participaran en cualquier nivel de formulación de políticas.

56. El segundo ponente mencionó varios instrumentos aprobados durante los cuatro decenios anteriores que trataban directamente de la responsabilidad de las empresas comerciales, entre ellos las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social

de la OIT, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas y la norma de la Organización Internacional de Normalización en la que se ofrecen directrices en materia de responsabilidad social (ISO 26000), que eran consonantes con los Principios Rectores o aspiraban a serlo.

57. El tercer ponente presentó la labor y la experiencia de la OIT sobre la base de tres tipos de instrumentos: las normas internacionales del trabajo, los principios y derechos fundamentales en el trabajo y la Declaración Tripartita.

58. El cuarto ponente mencionó el rápido crecimiento de la responsabilidad social empresarial y la sostenibilidad y observó que la legislación por la que se regían las empresas transnacionales seguía siendo limitada y que estaba generalizada la oposición de las empresas a esa legislación.

59. El quinto ponente afirmó que no había obstáculos jurídicos a que el derecho internacional impusiera obligaciones y responsabilidades a los agentes no estatales privados. Presentó ejemplos de varios tratados e instrumentos de otro tipo que así lo hacían, entre ellos los Principios Rectores. Coincidió en que los Estados podían imponer obligaciones directas a los agentes no estatales en un tratado, aparte de las obligaciones impuestas a los propios Estados. De ese modo resultaría más fácil a las víctimas acceder a vías de recurso sin ayuda de organismos del Estado y negociar acuerdos extrajudiciales.

60. Una delegación mencionó la existencia de instrumentos regionales como la Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 36), en la que se exponían principios generales sobre la responsabilidad de las empresas.

61. Otra delegación observó que no había un instrumento internacional completo que se ocupase de la responsabilidad empresarial a escala mundial, lo cual daba pie a un vacío jurídico y a posibles violaciones. Además, no podían compararse los mecanismos voluntarios con las normas jurídicamente vinculantes que asignaban a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales obligaciones directas en materia de derechos humanos.

62. Otra delegación declaró que la Declaración Universal de Derechos Humanos imponía a todos los agentes de la sociedad, incluidas las empresas transnacionales, obligaciones a efectos de respetar los derechos humanos. En el instrumento jurídicamente vinculante propuesto deben figurar disposiciones a efectos de proteger los servicios públicos de interés común, por ejemplo en relación con el derecho al agua y el respeto de la Madre Tierra; disposiciones a efectos de proteger los derechos humanos individuales y colectivos, incluidos los derechos de los campesinos; y un mecanismo de seguimiento.

63. Según otra delegación, los sistemas nacionales de justicia encontraban dificultades para impedir que las empresas transnacionales cometieran violaciones de los derechos humanos, así como en relación con el enjuiciamiento de los autores y la compensación de las víctimas.

64. Otra delegación observó que era deficiente el texto de la Declaración Tripartita referente a los derechos humanos, por lo que actualmente se estaba revisando.

65. Varias delegaciones consideraron que en un instrumento vinculante deberían indicarse las responsabilidades y las obligaciones directas de las empresas transnacionales a la vez que se hacía una distinción clara entre las obligaciones correspondientes a las empresas y las correspondientes a los Estados. No debía haber resquicios legales que permitieran a las empresas transnacionales eludir sus responsabilidades y debía establecerse un mecanismo para evaluar la diligencia debida empresarial.

66. Muchas ONG expresaron la opinión de que los principios voluntarios no eran eficaces para garantizar la regulación de las empresas transnacionales, como por ejemplo las empresas alimentarias, en cuanto a sus efectos y responsabilidades en el ámbito de la salud pública.

67. Las ONG sostuvieron que el instrumento vinculante también debería aplicarse a las instituciones financieras internacionales y los bancos que concedían financiación a las empresas. Una ONG puso de manifiesto los denominados papeles de Panamá, que habían revelado que las empresas eludían impuestos y obtenían beneficios fiscales para obtener el máximo nivel de ganancias posible, lo cual contribuía al fraude fiscal y agravaba la desigualdad y la pobreza.

68. Sería importante que el grupo de trabajo imitara el artículo 5, párrafo 3, del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco a fin de evitar una influencia indebida por parte de intereses comerciales e intereses creados de otro tipo.

Subtema 2. Enfoques jurisprudenciales y de otro tipo para aclarar las normas en materia de responsabilidad civil, administrativa y penal de las empresas transnacionales y otras empresas

69. El primer ponente afirmó que en el instrumento vinculante no deberían enumerarse todas y cada una de las distintas obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos, sino presentarse un marco analítico sobre la manera en que los órganos creados en virtud de tratados o los tribunales nacionales podrían seguir desarrollando esas obligaciones en un determinado contexto. Al respecto podría resultar instructivo el enfoque del Tribunal Constitucional de Sudáfrica, que preveía la aplicación directa de las obligaciones en materia de derechos constitucionales a los agentes privados.

70. El segundo ponente expuso las normas del derecho inglés de responsabilidad extracontractual en materia de responsabilidad civil por abusos contra los derechos humanos aplicables a las empresas matrices multinacionales y sus posibles consecuencias. El requisito del *common law* de adoptar medidas razonables para evitar daños a quienes era debida una obligación de proteger coincidía en gran medida con la obligación de diligencia debida en materia de derechos humanos. En consecuencia, el ponente sugirió que se partiera del derecho de responsabilidad extracontractual para garantizar la rendición de cuentas empresarial, en particular por lo que se refiere a las empresas matrices y su posible negligencia, aunque incorporando algunas modificaciones para que su aplicación tuviera un carácter más universal.

71. El tercer ponente observó que la economía y las empresas mundiales seguían rigiéndose por un sistema de segregación, racismo, explotación y desigualdad en el que se violaban los derechos humanos sin que ningún agente tuviera que rendir cuentas por ello. En consecuencia, las filosofías de la descolonización, el feminismo, los derechos de los niños y los ancianos, la imparcialidad, la igualdad y la seguridad deberían formar parte del marco conceptual que sirviera de fundamento al tratado. El ponente presentó ejemplos de responsabilidad civil y penal empresarial incorporada en el derecho nacional e internacional, como en las constituciones de Gambia, Ghana, Kenya, Malawi y Sudáfrica, donde estaba prevista una aplicación horizontal de los derechos humanos, en particular por lo que se refiere a las actividades de las empresas. Puede obtenerse más información en los códigos penales de Australia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Sudáfrica, donde figuran disposiciones sobre las responsabilidades penales empresariales, y en el proyecto de Protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos, de la Unión Africana.

72. El cuarto ponente subrayó que todo debate centrado en el tratado debería ocuparse de la cuestión de su ratificación por determinados países y de la capacidad de exigir el

cumplimiento efectivo de todo tipo de responsabilidad empresarial de conformidad con ese tratado. El tratado deberá ir dirigido a aclarar las normas de responsabilidad para juzgar la conducta empresarial en el ámbito de los derechos humanos. En ese sentido, el ponente recordó la importancia de aplicar las normas de conocimiento e intención como componentes del concepto de *mens rea* a fin de determinar la responsabilidad o la negligencia de una empresa.

73. El quinto ponente propuso principios básicos que debían servir de base al tratado: las empresas debían estar sujetas a responsabilidad civil privada, así como a sanciones de ejecución administrativa o penal impuestas por el Estado, del mismo modo que una persona física; determinados principios, como la responsabilidad legal de las empresas por abusos cometidos en su esfera de influencia en casos de comisión de daños, obtención de beneficios a raíz de estos, contribución a tales daños o falta de acción para impedirlos, eran comunes a todos los sistemas jurídicos, por lo que debían usarse en el tratado; las víctimas debían tener derecho a que se declarara a las empresas transnacionales responsables en el lugar en el que operaran las filiales y hubiera surgido el daño o en otros lugares en que estuviera presente la empresa; el tratado debía prever la eliminación de la doctrina del *forum non conveniens* y del concepto de velo de la persona jurídica en los casos relativos a derechos humanos; y el tratado debía prever la liberalización de la regla de descubrimiento y el aumento de la cooperación internacional. Los reglamentos pertinentes de la Unión Europea y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción ofrecían modelos adecuados con fines, entre otros, de intercambio de conocimientos técnicos e información entre Estados y de inversión de la carga de la prueba.

74. El sexto ponente expuso los efectos sanitarios y ambientales del desguace de buques en Bangladesh para ilustrar cuestiones relativas a la responsabilidad y a la manera en que las empresas eludían la responsabilidad en ausencia de una norma vinculante.

75. Las delegaciones subrayaron la necesidad de reglamentos claros para impedir que las empresas cometieran abusos y hacer que estas rindieran cuentas de todo abuso cometido, pues la responsabilidad y las sanciones administrativas no ofrecían reparación a las víctimas. Aunque la responsabilidad civil era un posible mecanismo para garantizar la rendición de cuentas, a menudo comportaba procedimientos complejos, prolongados y costosos, sobre todo cuando las empresas transnacionales estaban domiciliadas en terceros países. En cuanto a la responsabilidad penal, el instrumento vinculante podía corregir una deficiencia histórica responsabilizando a personas jurídicas conforme a lo previsto en el artículo 25 del Estatuto de Roma y atribuyendo responsabilidad penal a las empresas.

76. Se plantearon cuestiones en relación con la determinación del tribunal competente; la definición de normas en materia de responsabilidad, incluidos los criterios para el establecimiento de la responsabilidad; y las consecuencias para los principios de universalidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos. También se plantearon cuestiones sobre la manera de ocuparse de los daños sufridos por una población completa o por varias generaciones y sobre los elementos de responsabilidad penal que serían aplicables a la propia empresa y posiblemente a sus directores.

77. Una delegación mencionó el informe de la Comisión de Derecho Internacional de 2016, donde figuraba una sección en la que el Relator Especial de la Comisión sobre los Crímenes de Lesa Humanidad exponía argumentos a favor de la responsabilidad penal internacional de las entidades jurídicas.

78. En vista de que las empresas cada vez operaban más en zonas afectadas por conflictos, otra delegación planteó la cuestión de la responsabilidad empresarial por infracciones del derecho internacional humanitario, así como la necesidad de incorporar en el instrumento jurídicamente vinculante referencias al derecho internacional humanitario dentro de la diligencia debida de las empresas en esas zonas.

79. Algunas delegaciones opinaron que las empresas transnacionales también tenían la obligación positiva de adoptar activamente medidas orientadas al ejercicio por todos de los derechos humanos, en particular contribuyendo a la movilización de los recursos para hacer efectivo el derecho al desarrollo y los derechos económicos, sociales y culturales a escala mundial con miras a poner fin a la pobreza.

80. Una delegación reiteró que, aparte de las normas en materia de responsabilidad, el tratado debería incorporar referencias a la cooperación internacional en las investigaciones y el cumplimiento, siguiendo el ejemplo de la Convención contra la Corrupción.

81. Algunas ONG recordaron los obstáculos jurídicos al establecimiento de la responsabilidad civil de las empresas transnacionales a escala nacional. La autorregulación y la regulación sin vigilancia a cargo de un tercero no funcionaban, por lo que se imponía contar con un instrumento vinculante y un tribunal que garantizase su cumplimiento. Otro elemento que se propuso para su inclusión en el tratado era la obligación de indicar, entre otras cosas, la composición, las filiales y las cadenas de suministro de las empresas.

82. Un ponente observó que las directrices de la OCDE y los puntos de contacto nacionales habían sido fundamentales para fijar las expectativas que los Estados tenían respecto de las empresas y habían contribuido a modificar el comportamiento en el ámbito de los derechos humanos facilitando un acceso a la justicia más rápido mediante mediación en lugar de litigio. También se afirmó que se habían registrado avances en la incorporación por las empresas de los Principios Rectores en todas sus actividades y operaciones; los principios debían servir de base a la labor del grupo de trabajo.

D. Mesa redonda IV. Debate abierto sobre los distintos enfoques y criterios correspondientes a la futura definición del alcance del instrumento internacional jurídicamente vinculante

83. El primer ponente sostuvo que el carácter cambiante de las empresas transnacionales dificultaba su definición. Aunque mencionó el enfoque pragmático de las directrices de la OCDE, no consideraba necesaria una definición precisa de empresa transnacional o empresa comercial de otro tipo. Según la UNCTAD, de un total de 200 millones de empresas registradas en todo el mundo, solo 3.200 tenían operaciones de carácter transnacional, lo cual suponía menos de un 1% de las empresas. Según la OCDE, el 99% restante estaba integrado por pequeñas y medianas empresas de ámbito nacional. Las empresas transnacionales conforman un grupo claramente diferenciado dentro del conjunto de empresas comerciales. El tratado debería complementar los Principios Rectores consiguiendo que los Estados, las empresas transnacionales y otras empresas se comprometieran a poner en práctica los principios a fin, entre otras cosas, de facilitar la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y crear nuevos modelos de actividad comercial e inversión.

84. El segundo ponente, haciendo referencia a la propuesta de que el tratado abarcara todas las empresas, recordó que el alcance de determinadas leyes nacionales y regionales

estaba definido de forma mucho más estricta, como en los casos del proyecto de ley de Francia sobre la obligación de proteger y de la iniciativa de la Unión Europea de presentación de informes no financieros, que solo afectaban a las empresas con más de 500 empleados. No obstante, el tratado debía centrarse primordialmente en las empresas transnacionales y aplicarse a todas sus filiales y sus relaciones empresariales, así como a todas las empresas integrantes de sus cadenas mundiales de suministro, incluidos los subcontratistas y financiadores, y, en última instancia, a todas las empresas que hubieran cometido violaciones de los derechos humanos o hubieran sido cómplices en su comisión. Muchas empresas transnacionales disponían de más riqueza y poder que los Estados que procuraban regularlas. Podían influir en las instituciones judiciales o bloquear un reglamento vinculante ejerciendo gran presión o podían trasladarse sin más a otros países y, con ello, privar a las víctimas de reparación. El ponente defendió la necesidad de examinar la función de la financiación pública y la inversión extranjera, así como los procedimientos de solución de controversias entre inversionistas y Estados.

85. El tercer ponente hizo mención de los Principios Rectores como paso en la dirección debida. Sin embargo, lamentó que se tratase de un instrumento voluntario, en particular en relación con cuestiones como la obligación de las empresas transnacionales de pagar la parte de los impuestos que les correspondía, algo que cabe interpretar como elemento de la diligencia debida, pese a lo cual no forma parte de los Principios Rectores. En cuanto a la promoción del derecho de acceso a la información, el ponente recordó su recomendación dirigida a la Asamblea General a efectos de que los Estados ofrecieran protección a los denunciantes de irregularidades. También invitó a los Estados a intensificar la eficacia de los Principios Rectores, elaborar mecanismos de vigilancia y prohibir las formas extremas de elusión de impuestos y paraísos fiscales a fin de garantizar la transparencia y la rendición de cuentas.

86. El cuarto ponente recordó los esfuerzos de la OCDE y la OIT por llegar a una definición de empresa transnacional; el alcance subjetivo del tratado se definía con claridad en la nota de pie de página de la resolución 26/9. Criticó los argumentos en contra de esa nota de pie de página aludiendo a la práctica, habitual en la jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio y otros marcos, consistente en otorgar a las notas de pie de página el mismo peso legal que a los párrafos de un instrumento, resolución o decisión. Sostuvo que centrar el tratado en las empresas transnacionales no supondría discriminación alguna, pues las empresas locales ya estaban sujetas a regulación y no tenían posibilidad de eludir sus responsabilidades del mismo modo que las empresas transnacionales. Por lo que se refiere a los derechos humanos que debían incluirse, había observado que se iba conformando un consenso en torno a los pactos básicos sobre derechos humanos y la necesidad de que la cobertura fuera amplia.

87. El quinto ponente afirmó que los Principios Rectores no preveían vías de recurso sólidas en casos de abuso de los derechos humanos por parte de las empresas transnacionales y mencionó los acuerdos plurilaterales de la Organización Mundial del Comercio como ejemplo de instrumentos pertinentes en cuanto a las vías de recurso. En el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono se exponían los principios generales por los que se regían los artículos en cuanto al procedimiento y figuraba un anexo que podía ampliarse y modificarse en la reunión de las partes para garantizar la precisión y la flexibilidad. El tratado podría incorporar una sección dedicada al cumplimiento mejorado, otra dedicada a la diligencia debida y una plataforma jurídica funcional de apoyo a los sistemas jurídicos nacionales.

88. El sexto ponente centró su atención en la posible forma del tratado y sugirió varias posibilidades: un tratado pormenorizado semejante al Estatuto de Roma que expusiera cuestiones sustantivas y de procedimiento; un tratado marco en el que se expusieran los principios y enfoques esenciales, como ocurre en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; un tratado básico acompañado de una serie de anexos que se ocuparan de los mecanismos de supervisión y de la evolución de la situación, como el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono; o un protocolo facultativo a tratados sobre derechos humanos existentes. El tratado debería abarcar expresamente las empresas de propiedad del Estado o controladas por este; también debería definir las responsabilidades de las organizaciones internacionales.

89. Una delegación indicó que era necesario acordar una definición de empresa transnacional antes de redactar el tratado y sugirió hacer uso de definiciones de la OIT o la OCDE. Otra delegación puso objeciones aludiendo a conceptos como “terrorismo” o “extremismo violento” que, aun careciendo de una definición universal, se abordaban en instrumentos vinculantes.

90. Otra delegación propugnó que se hiciera claramente referencia a los principios existentes, entre ellos los Principios Rectores, aunque también a instrumentos relativos, entre otras cosas, al medio ambiente, la seguridad social y la transparencia.

91. En cuanto al alcance, algunas delegaciones observaron que el instrumento vinculante tendría que tener capacidad de adaptación para impedir que las empresas transnacionales eludieran responsabilidades. Algunas delegaciones señalaron que las empresas de ámbito interno que estaban sujetas a reglamentos nacionales no tenían la misma posibilidad de elusión de responsabilidades, por lo que no podía dárseles el mismo trato que a las empresas transnacionales; de ahí que un instrumento que regulara a las empresas transnacionales, con inclusión de sus filiales, sus órganos decisorios y su cadena de suministro, pondría en mayor pie de igualdad a las empresas transnacionales y a las empresas nacionales.

92. Se observó que parecía haber consenso en el sentido de que el tratado debía abarcar todos los derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo, así como los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia, igualdad y no discriminación. Una ONG observó que a ese respecto también debía tenerse en cuenta la experiencia de las comisiones de la verdad nacionales.

E. Mesa redonda V. Fortalecimiento de la cooperación en relación con la prevención, las vías de recurso, la rendición de cuentas y el acceso a la justicia en los planos nacional e internacional

93. La mesa redonda comenzó con un mensaje en vídeo transmitido por Nils Muižnieks, Comisario del Consejo de Europa para los Derechos Humanos. El Sr. Muižnieks reconoció que las prácticas empresariales podían tener un efecto negativo en diversos derechos humanos, mencionó varios ejemplos preocupantes al respecto y expresó su apoyo a los Principios Rectores, que habían servido de base a una recomendación sobre los derechos humanos y las empresas aprobada recientemente por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Recordó que la Unión Europea también había reconocido los Principios Rectores como marco legítimo de políticas para la promoción de la responsabilidad social empresarial y que la Comisión Europea había impulsado la elaboración de planes de acción nacionales para

la aplicación de los Principios Rectores. Sin embargo, quedaban muchas cosas por hacer, como garantizar una participación amplia e inclusiva en el proceso de aplicación, todo lo cual contribuiría a la labor del grupo de trabajo orientada a elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante.

Subtema 1. Avances en la aplicación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas

94. La primera ponente observó que los Principios Rectores habían permitido registrar algunos progresos en el ámbito de las empresas y los derechos humanos, pero también reconoció que era limitada su influencia en la legislación nacional. Recalcó la necesidad de reflexionar y actuar para ofrecer métodos genuinos de acceso a los recursos y rendición de cuentas. En Francia se había rechazado en 2015 la primera iniciativa basada en los Principios Rectores, que habría impuesto responsabilidad civil y comercial, así como penal, por abuso de los derechos humanos a las empresas que tuvieran más de 500 trabajadores asalariados. Posteriormente se presentó al parlamento un proyecto de ley menos ambicioso cuyo objeto era conseguir que no se violara derecho humano alguno y que las actividades empresariales no resultaran en daños ambientales graves ni riesgos para la salud. En él también figuraban disposiciones específicas encaminadas a prevenir la corrupción activa o pasiva; el incumplimiento comportaría rendición de cuentas para la empresa, incluso en forma de sanciones. La ponente manifestó la esperanza de que el proyecto de propuesta se aprobara en breve y se mostró a favor de la iniciativa de la “tarjeta verde”, en virtud de la cual los parlamentos nacionales podían proponer conjuntamente a la Comisión Europea nuevas medidas de carácter legislativo o de otro carácter, así como cambios en la legislación vigente, en aras de la sostenibilidad.

95. El segundo ponente presentó el proyecto de rendición de cuentas y mecanismos de reparación del ACNUDH y describió su posible pertinencia para los debates del grupo de trabajo. El proyecto se había puesto en marcha en mayo de 2013 para contribuir a una aplicación más eficaz del tercer pilar de los Principios Rectores y garantizar mayor eficacia en la rendición de cuentas y los mecanismos de reparación en casos de abuso de los derechos humanos relacionados con actividades empresariales. El proyecto iba dirigido a encontrar soluciones a los obstáculos jurídicos, prácticos y financieros que encontraban las víctimas y se basaba en un amplio proceso de múltiples partes interesadas y en datos e información de más de 60 jurisdicciones. El resultado del proyecto se presentó al Consejo de Derechos Humanos, que había tomado nota de la labor en su resolución 32/10. La orientación derivada del proyecto abarcaba el derecho público y el privado, incluía disposiciones para resolver problemas surgidos en contextos transfronterizos y podía aplicarse mediante procesos nacionales, como planes de acción o procesos de examen jurídico de ámbito nacional, o mediante procesos subregionales, regionales o internacionales, como era el caso del grupo de trabajo. La sociedad civil y las instituciones nacionales de derechos humanos también podían aprovechar la orientación para sus actividades de promoción de ámbito nacional y en foros como el ofrecido por el grupo de trabajo.

96. Otro ponente subrayó que los planes de acción nacionales eran uno de los instrumentos más importantes para aplicar los Principios Rectores y que los Estados debían elaborarlos con carácter urgente. El Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas) ha preparado orientación para prepa-

rar planes de ese tipo. El instrumento vinculante deberá reforzar la situación en cuatro aspectos: promulgación por los Estados de leyes y políticas sobre diligencia debida en materia de derechos humanos aplicables a las empresas presentes en su territorio y su jurisdicción; inclusión de disposiciones sobre derechos humanos en los tratados bilaterales de inversión; realización de evaluaciones en materia de derechos humanos; y actividades encaminadas a velar por que los inversores cumplan las normas de derechos humanos. Al redactar el instrumento vinculante deberá prestarse atención a quienes se encuentren en mayor riesgo de vulnerabilidad o marginación, entre ellos las mujeres, las personas con discapacidad y los trabajadores migrantes. Deberá estudiarse la posibilidad de incluir en el instrumento referencias a otros instrumentos de derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

97. La Unión Europea expresó su apoyo a la recomendación sobre los derechos humanos y las empresas aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, así como al proyecto de rendición de cuentas y mecanismos de reparación y las recomendaciones derivadas de él, en particular por lo que se refiere a una mejor cooperación entre Estados en los casos transfronterizos, y a las actividades llevadas a cabo por el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas, entre ellas su foro anual. La Unión Europea dio a conocer sus recientes novedades normativas en el ámbito de los Principios Rectores, dirigidas a aplicar los principios mediante una combinación inteligente de medidas voluntarias y de regulación. El representante transmitió la voluntad de la Unión Europea de desarrollar el aprendizaje entre pares, en particular uniendo distintas regiones geográficas. El representante mencionó el informe del Alto Comisionado (A/HRC/32/19) y su orientación, en la que el Alto Comisionado indicó que las empresas comerciales debían contar con marcos claros que pudieran servir de disuasión eficaz. Algunas empresas destacadas habían registrado progresos notables, mientras que en otras todavía no se habían percibido enteramente los beneficios de garantizar el respeto de los derechos humanos.

98. Otras delegaciones también manifestaron su apoyo a los Principios Rectores y mencionaron las medidas adoptadas a escala nacional en pro de su aplicación. Se reiteró la necesidad de complementariedad entre los Principios Rectores y el instrumento vinculante.

Subtema 2. Relación entre los Principios Rectores de las Naciones Unidas y la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas

99. El primer ponente subrayó que, para que el tratado vinculante tuviera sentido, en él debía mejorarse el acceso de las víctimas tanto a un tribunal como a representación jurídica eficaz. Los recursos y procedimientos legales deben ser eficaces en la práctica, en particular para superar todos los obstáculos financieros, jurídicos, prácticos y de procedimiento que guardan relación entre sí, entre ellos cuestiones de competencia de los tribunales nacionales, el velo de la persona jurídica, la inversión de la carga de la prueba, el acceso a los documentos y la información, la ausencia de mecanismos de demanda colectiva, la representación jurídica y la financiación, los costos y el nivel de los daños.

100. El segundo ponente mencionó las obligaciones generales en materia de cooperación internacional dimanantes del derecho internacional, contenidas en los Artículos 55

y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, así como la oportunidad de cooperación jurídica y judicial que ofrecería el tratado en el plano internacional. Por lo que se refiere al acceso a la justicia en casos transfronterizos, el ponente observó que la investigación eficaz de las denuncias de violaciones de los derechos humanos en otro país exigía la cooperación de las autoridades policiales y judiciales del país anfitrión y la reunión de pruebas. A ese respecto, sugirió que se estudiara lo siguiente: las obligaciones de los Estados de concertar acuerdos bilaterales y multilaterales para facilitar las solicitudes de asistencia letrada y la realización de investigaciones transfronterizas; el establecimiento de mecanismos de intercambio de información; y actividades adecuadas de capacitación, información y apoyo en materia de cumplimiento de la ley.

101. Algunas delegaciones observaron que el instrumento vinculante complementaría los Principios Rectores por lo que se refiere a los principios fundamentales y operacionales. Ese instrumento fortalecería la obligación de los Estados de proteger, en particular en lo que hace a una indemnización eficaz, a la vez que reafirmaría la capacidad de regulación de los Estados y su rendición de cuentas. Una delegación observó que los Principios Rectores no se habían negociado dentro de un proceso intergubernamental, por lo que no constituían derecho internacional codificado.

102. La Unión Europea y otras delegaciones insistieron en que toda medida ulterior debía ser inclusiva, enraizarse en los Principios Rectores y ser aplicable a todos los tipos de empresas. La Unión Europea insistió en que el lema debería seguir girando en torno al cumplimiento de las obligaciones existentes. También debían hacerse esfuerzos por que las empresas transnacionales alcanzaran un amplio grado de consenso internacional y sensibilización con respecto al nuevo instrumento para que tuviera repercusión y se aplicara. Asimismo, en el proceso debían participar las organizaciones de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos. El proceso intergubernamental debía dar cabida al mayor número posible de Gobiernos para imprimir firmeza al tratado.

103. Otra delegación expresó su apoyo a la labor del ACNUDH y el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas, observó que los planes de acción nacionales serían fundamentales para aplicar los Principios Rectores y recalcó que en el proceso debían participar la sociedad civil e instancias privadas.

104. Algunas ONG observaron que los planes de acción nacionales debían cumplir determinados requisitos necesarios para garantizar el diálogo y la transparencia y habían de basarse en los Principios Rectores, adaptados al contexto nacional y revisados de forma periódica. Algunos procesos relacionados con los planes de acción nacionales habían revelado fallos graves y no servían necesariamente para plasmar los resultados perseguidos. Puede que un tratado jurídicamente vinculante fuera la mejor manera de garantizar un acceso apropiado a la justicia y crear una norma común.

105. Otras ONG plantearon la cuestión de los defensores de los derechos humanos, que, al oponerse a las actividades de las empresas transnacionales, podían ser objeto de acoso, discriminación e incluso racismo. Las comunidades autóctonas encontraban especiales obstáculos en cuanto al acceso a la justicia. Algunas ONG observaron que las iniciativas de fortalecimiento del marco normativo internacional eran independientes de las dirigidas a fortalecer los marcos nacionales y regionales.

F. Mesa redonda VI. Enseñanzas extraídas y dificultades en relación con el acceso a las vías de recurso (selección de casos de distintos sectores y regiones)

106. El primer ponente habló de las dificultades y oportunidades de orden práctico de las que podría ocuparse el instrumento vinculante. Un estudio monográfico de un Estado que había dejado atrás un conflicto presentaba una serie de particularidades útiles en cuanto a la necesidad de recursos y reparaciones eficaces en un país que sale de un conflicto. El instrumento vinculante deberá codificar y elaborar disposiciones en materia de acceso a vías de reparación efectivas en caso de comportamiento ilícito por parte de Estados y empresas transnacionales y contribuir a corregir la desigualdad entre los derechos y las obligaciones de las empresas.

107. La segunda ponente expuso los obstáculos al acceso a la justicia. Mencionó su experiencia de apoyo a las comunidades afectadas por proyectos a gran escala de extracción de recursos naturales, en particular por dificultades derivadas de la falta de lo siguiente: transparencia por parte de las entidades y empresas con intereses en los territorios; acceso a la información; oportunidades de participación; y libre consentimiento previo informado de la población afectada. Describió otras complicaciones correspondientes a la fase operacional y a la de concesión de licencias. El instrumento vinculante tendría que impedir las violaciones y prever la atenuación de los efectos negativos y la consiguiente reparación abordando las múltiples dimensiones y las repercusiones de los proyectos de extracción a gran escala.

108. Una tercera ponente observó la importancia de acceder a la reparación, en particular por parte de la población más vulnerable y marginada. Expuso varios ejemplos de falta de capacidad legal en los tribunales a los que se habían dirigido solicitudes y habló de la necesidad de una definición más amplia de capacidad legal basada en un entendimiento contextualizado de las violaciones de los derechos humanos y la posibilidad de presentar demandas colectivas, en grupo o por representación. La ponente puso de manifiesto la necesidad de invertir la carga de la prueba teniendo en cuenta que incluso las fiscalías públicas eran a veces renuentes a investigar casos de violación empresarial de los derechos humanos. En situaciones de riesgo previsible la diligencia debida servía de instrumento analítico para gestionar los riesgos relativos a los derechos humanos, pero las normas de responsabilidad deberían incluir la responsabilidad objetiva y principios de precaución y estar provistas de seguridad, por ejemplo mediante la inversión de la carga de la prueba y presunciones refutables. Debería permitirse a las jurisdicciones que examinaran la responsabilidad complementaria de diversos agentes empresariales, aun cuando los domicilios de los agentes fueran distintos.

109. Un cuarto ponente presentó una exposición general sobre la Ley de responsabilidad civil respecto de extranjeros, en virtud de la cual se otorgaba a los tribunales de los Estados Unidos de América competencia en relación con las reclamaciones presentadas por personas que, sin ser ciudadanos de los Estados Unidos, estuvieran físicamente presentes en los Estados Unidos en casos de violación del derecho internacional. En el marco de la exposición general se presentaron ejemplos de litigios emprendidos contra empresas demandadas al amparo de la Ley, gracias a la cual las empresas habían tenido que rendir cuentas y se habían ofrecido vías de recurso a víctimas que carecían de otros medios de reparación. Sin embargo, en los últimos años el Tribunal Supremo de los Estados Unidos había limitado radicalmente los litigios de ese tipo, especialmente en casos de demandas contra empresas, al restringir el alcance extraterritorial de la Ley. No obstante, la Ley demostraba que un sistema de litigio sólido podía servir para

que las empresas prestaran más atención a los efectos negativos de sus operaciones y ofrecer a las víctimas una oportunidad de denunciar un comportamiento empresarial abusivo y obtener una indemnización monetaria considerable.

110. Una delegación preguntó si sería pertinente que en el tratado se mencionaran los mecanismos de denuncia no solo jurídicos, sino también los de otro tipo, como los de las instituciones nacionales de derechos humanos, y quiso saber cuál era el valor añadido de una gama tan amplia de vías de reparación formales e informales.

111. Otra delegación reconoció que no se había avanzado mucho en la aplicación del tercer pilar de los Principios Rectores. Se ofreció a presentar información sobre un estudio a fondo que se había realizado sobre la manera de conseguir que rindieran cuentas las empresas nacionales del país de la delegación incluso cuando operaban en el extranjero, lo cual había abierto amplias oportunidades en cuanto al acceso a la justicia, en particular mediante legislación penal.

112. En respuesta a la pregunta de una delegación sobre los distintos niveles que existían de una nación a otra en cuanto al acceso a pruebas científicas y al uso de tecnologías concretas para probar las violaciones de los derechos humanos, un ponente recordó la obligación internacional de cooperación científica en el derecho del medio ambiente y la necesidad de que en el instrumento vinculante se invirtiese la carga de la prueba. Al mismo tiempo, señaló que era necesario elevar la formación del poder judicial y los profesionales del derecho en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

113. Un miembro del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas afirmó que este centraría su atención en el tercer pilar de los Principios Rectores en sus próximos informes y en el foro que celebraría en 2017. Alentó a todas las partes interesadas a que emplearan los procedimientos de comunicación del Grupo de Trabajo.

114. En respuesta a preguntas planteadas por varias delegaciones en cuanto a los tipos de recurso, un ponente indicó que el tratado podía establecer muy diversas opciones, si bien todas ellas debían cumplir los requisitos de accesibilidad, independencia, eficacia y asequibilidad. Eran importantes los órganos locales no judiciales, como los mecanismos empresariales de reclamación, las instituciones nacionales de derechos humanos y los puntos de contacto nacionales, que a menudo eran más accesibles. Sin embargo, estos órganos no podían ocupar el lugar de los mecanismos judiciales, por lo que su función era estrictamente complementaria. Asimismo, la carga de la prueba que necesitaban era menos exigente, lo cual permitía un mayor grado de creatividad en los tipos de reparación concedidos, si bien debía disponerse de garantías procesales para establecer tales acuerdos.

115. En respuesta a una pregunta formulada por algunas delegaciones en relación con el tipo de mecanismo internacional que podía establecerse, un ponente indicó que preferiría que se emplease el sistema de seguimiento establecido por los órganos creados en virtud de tratados, que podían recibir denuncias e interpretar con legitimidad las normas del tratado mediante recomendaciones generales.

116. Varias ONG reiteraron la necesidad de incluir como derecho fundacional jurídicamente exigible en el tratado el derecho al desarrollo, así como los derechos de acceso a las tierras, el agua y otros recursos y los derechos de los trabajadores migrantes.

117. Una organización reiteró que debía concederse la máxima prioridad al acceso a vías de recurso a escala nacional mediante la promoción del estado de derecho, pues se trataba de la vía de recurso más eficiente en cuanto a costos y tiempo.

118. Algunas ONG observaron que el instrumento vinculante debía eliminar los obstáculos al acceso a las vías de recurso existentes en los países de origen y anfitriones y exigir a los Estados que abolieran el velo de la persona jurídica. El tratado debería asimismo obligar a los Estados a establecer la responsabilidad civil y penal y a prever una reparación adecuada en casos de abuso empresarial de los derechos humanos. En tales casos el tratado debía exigir la adopción de un enfoque integral en materia de reparación, mientras que las vías de recurso debían ser apropiadas desde el punto de vista cultural y tener en cuenta la dimensión del género. Algunas ONG sugirieron que se aprovecharan las fuentes disponibles de análisis de los mecanismos regionales e internacionales, entre otros el Relator Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias y el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Por último, el instrumento vinculante también debía incluir una garantía expresa de que la aplicación de todo acuerdo o mecanismo no judicial no interfiriera en el derecho al recurso judicial.

Anexo V*

*Elementos para el proyecto de instrumento
internacional jurídicamente vinculante sobre
empresas transnacionales y otras empresas con
respecto a los derechos humanos*

Presidencia del Grupo de Trabajo establecido por la Res. A/HCR/RES/26/9 del Consejo de Derechos Humanos (29/09/2017)

Introducción

El siguiente documento ha sido preparado en el marco de la Resolución A/HRC/RES/26/9 (Resolución 26/9), “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”, el mismo que estableció un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta (OEIGWG), con el mandato de elaborar dicho instrumento. De acuerdo con el párrafo operativo 3 de la resolución 26/9, el Consejo de Derechos Humanos decidió que “el Presidente-Relator del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta prepare los elementos para un proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante a fin de emprender las negociaciones sustantivas sobre el tema al comienzo del tercer período de sesiones del grupo de trabajo, teniendo en cuenta las deliberaciones de sus dos primeros períodos de sesiones”.

En este sentido, el objetivo de esta propuesta es reflejar los aportes realizados por los Estados y otras partes relevantes en el marco de las referidas sesiones, dedicadas al desarrollo de deliberaciones constructivas sobre el contenido, alcance, naturaleza y forma del futuro instrumento internacional, así como durante los periodos entre sesiones. Este documento deberá ser considerado como la base para las negociaciones sustantivas orientadas a la elaboración del instrumento que regule, en el derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales (ET) y otras empresas (OE), durante la tercera sesión del (OEIGWG), que se desarrollará del 23 al 27 de octubre de 2017.

En línea con el espíritu de transparencia, inclusión y dinamismo del proceso, es importante reconocer la participación constructiva de diferentes actores en más de 200 reuniones intersesiones de carácter bilateral y multilateral, en Ginebra y en varios países, desde la adopción de la Resolución 26/9, el 14 de julio de 2014.

*No figuran en este anexo las notas al pie del documento original.

Elementos para el proyecto de instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos

1. Marco general

1.1 Preámbulo

El preámbulo incluiría una referencia específica al mandato jurídico que llevó a la presentación de este documento de elementos, como un paso fundamental hacia la implementación del mandato establecido en la Resolución 26/9 para el grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta, cuyo contenido es claro: “elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos”.

Adicionalmente, se introduciría una breve referencia a otras circunstancias que llevaron al establecimiento del mandato antes mencionado y al inicio de la negociación del futuro instrumento, particularmente en relación a los impactos relativos a las ET y OE y los derechos humanos, y sus retos jurídicos, tal y como se discutió en las dos primeras sesiones del OEIGWG.

El contenido del instrumento podría incluir lo siguiente:

- Referencias generales a los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes (entre otros: Carta de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, PIDESC y PIDCP, Declaración de Viena y Programa de Acción);
- Reafirmación de, y relación con, otros convenios (i.e. los convenios fundamentales de la OIT, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, etc);
- Antecedentes generales de los impactos de las actividades de las ET y las OE en relación con todos los derechos humanos (incluidos, entre otros, el derecho al desarrollo, el derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, sano y sostenible, el derecho al más alto nivel posible de salud, el derecho a la alimentación el derecho al agua y al saneamiento, el derecho al trabajo, el derecho a la seguridad social, el derecho a una vivienda adecuada, el derecho a la no discriminación, etc.) y sus desafíos jurídicos;
- Referencia a las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. E / CN.4 / Sub.2 / 2003/12 / Rev.2 (2003);
- Reafirmación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos y otros principios y marcos relacionados;
- Recordatorio de todas las resoluciones y decisiones pertinentes adoptadas en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos, los órganos de tratados, la OIT y otras organizaciones intergubernamentales pertinentes, incluyendo, entre otras:

- Resolución 56/83 y Documento A / 56/49 (Vol. I) Corr. 4 sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionalmente Ilícitos;
- Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Documento A / RES / 60/147;
- Declaración tripartita de principios de la OIT sobre las empresas multinacionales y la política social; y otros documentos pertinentes de otras organizaciones intergubernamentales;
- Conjunto actualizado de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E / CN.4 / 2005/102 / Add.1;
- Declaración sobre el derecho y la responsabilidad de las personas, grupos y órganos de la sociedad de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, Resolución 53/144 de la AGNU;
- Reafirmación de la Resolución A / HRC / RES / 26/9 del Consejo de Derechos Humanos;
- Reafirmación de que los Estados Partes cumplirán con sus obligaciones en virtud del presente instrumento de conformidad con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados y de no intervención en los asuntos internos de otros Estados y que ninguna disposición del presente instrumento dará derecho al Estado Parte a emprender en el territorio de otro Estado el ejercicio de la jurisdicción y el desempeño de funciones reservadas exclusivamente a las autoridades de ese otro Estado por su derecho interno;
- Recordatorio de que las Organizaciones Internacionales no adoptarán ni promoverán ninguna norma o decisión que pudiera limitar la consecución del propósito y objetivos de este instrumento jurídicamente vinculante, así como la capacidad de las Partes para cumplir con las obligaciones adoptadas. Estas organizaciones incluyen, entre otras, las Naciones Unidas y sus agencias especializadas, fondos y programas y otras organizaciones económicas regionales e internacionales, organizaciones financieras y de comercio.

1.2 Principios

Reafirmación de los principios y obligaciones generales (incluyendo entre otros):

- La universalidad, la indivisibilidad, la interdependencia y la interrelación de todos los derechos humanos que, por lo tanto, deben ser tratados de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y con el mismo énfasis.
- Obligación general de respetar, promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales a nivel nacional e internacional, llevada a cabo sin condiciones.
- Responsabilidad primordial del Estado de proteger contra violaciones o abusos de derechos humanos cometidas dentro de su territorio y/o jurisdicción por parte de terceros, incluyendo las ET y OE.
- Responsabilidad de las ET y OE de respetar todos los derechos humanos, sin importar el tamaño, sector, contexto operacional, propiedad y estructura de las mismas.
- Reconocimiento de la primacía de las obligaciones respecto a los derechos humanos sobre los acuerdos de comercio e inversión.

- Respeto de los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados y de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.
- Observancia de las leyes nacionales, normas y prácticas administrativas.
- Reconocimiento de la necesidad de una protección especial de los siguientes derechos humanos: entre otros, la autodeterminación; el acceso a la justicia; el acceso a un recurso efectivo, la participación y la inclusión y la no discriminación.
- Reconocimiento de la protección especial de las víctimas y, en particular, de los pueblos indígenas; mujeres; mujeres jóvenes; niñas y niños; personas con discapacidad; refugiados o cualquier grupo considerado vulnerable de acuerdo con las normas nacionales, regionales o internacionales aplicables.
- Obligación de los Estados Partes de realizar una evaluación de impacto sobre los derechos humanos de manera previa a la suscripción de acuerdos de comercio e inversión, incluyendo la identificación de cualquier potencial inconsistencia entre los tratados de derechos humanos preexistentes y los subsiguientes acuerdos comerciales o de inversión; así como la obligación de abstenerse de celebrar tales acuerdos cuando existan estas inconsistencias.
- Reconocimiento de la responsabilidad del Estado por actos privados cuando no se actúe con la debida diligencia para prevenir violaciones o abusos de derechos o para investigar y castigar actos de violencia y para proporcionar reparación.
- Obligación general de cooperación internacional.

1.3 Propósito

Crear un marco internacional jurídicamente vinculante que garantice el respeto, la promoción y la protección de los derechos humanos frente a las violaciones o abusos resultantes de las actividades de las ET y OE, con el fin de:

- Asegurar la responsabilidad civil, administrativa y penal de las ET y OE en relación con violaciones o abusos de derechos humanos.
- Incluir mecanismos que garanticen el acceso a la justicia y una reparación efectiva para esas violaciones o abusos a los derechos humanos, cometidos por las ET y OE, incluido un recurso adecuado y las garantías de no repetición, así como el fortalecimiento de la cooperación internacional entre todos los actores relevantes.
- Incluir obligaciones para prevenir dichos impactos adversos a los derechos humanos.
- Reafirmar que las obligaciones de los Estados Partes en relación a la protección de los derechos humanos no terminan en sus fronteras territoriales.

1.4 Objetivos

- Facilitar la plena aplicación de la responsabilidad primordial del Estado, y respetar, promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales contra las violaciones o abusos a los derechos humanos cometidos en su territorio o jurisdicción por parte de las ET y las OE.
- Asegurar que las actividades de las ET y OE respeten completamente los derechos humanos.
- Incluir medidas preventivas para evitar violaciones o abusos a los derechos humanos por parte de las empresas.

- Asegurar el acceso adecuado a la justicia de las víctimas de violaciones o abusos a los derechos humanos que deriven de las actividades de las ET y OE.
- Establecer o fortalecer mecanismos de recursos efectivos, a todos los niveles, para las víctimas de violaciones a los derechos humanos o abusos cometidos directa o indirectamente por las ET y OE.
- Fortalecer la cooperación internacional, incluida la asistencia jurídica mutua para hacer frente a las violaciones o abusos a los derechos humanos relacionados con las empresas.
- Reafirmar la primacía del derecho de los derechos humanos sobre los acuerdos de comercio e inversiones y establecer obligaciones estatales específicas al respecto.

2. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación del instrumento jurídicamente vinculante sobre las ET y las OE respecto de los derechos humanos fue uno de los cuatro temas cuya discusión fue obligatoria durante las dos primeras sesiones del Grupo de Trabajo. Del debate constructivo que tuvo lugar surgieron diferentes interpretaciones de la referencia a este ámbito realizada en la Resolución 26/9 y se hicieron varias propuestas de los Estados y otras partes interesadas, referidas tanto al ámbito objetivo como subjetivo.

Al respecto, a partir de las deliberaciones de los dos primeros períodos de sesiones, la presente propuesta considera que el ámbito objetivo del futuro instrumento jurídicamente vinculante debe abarcar todas las violaciones o abusos de derechos humanos resultantes de las actividades de las ET y OE que tienen carácter transnacional, independientemente de su modo de creación, control, propiedad, tamaño o estructura.

En lo que respecta al ámbito subjetivo, el presente instrumento no requiere una definición jurídica de los conceptos de ET y OE que están sujetas a su implementación, ya que el factor determinante es la actividad desarrollada por las ET y OE, particularmente si dicha actividad tiene carácter transnacional.

El contenido del instrumento puede incluir lo siguiente:

2.1 Derechos protegidos

- Todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, tomando en cuenta su naturaleza universal, indivisible, interrelacionada e interdependiente, tal y como se refleja en los tratados de derechos humanos, así como otros instrumentos intergubernamentales relacionados, entre otros, con los derechos del trabajo, el ambiente, la corrupción.

2.2 Actividades concernidas por el instrumento

- Las violaciones o abusos a los derechos humanos resultantes de cualquier actividad empresarial de carácter transnacional, incluidas las empresas, asociaciones, corporaciones, compañías, otras asociaciones, personas naturales o jurídicas o cualquier combinación de ellas, independientemente del modo de creación o control o propiedad, e incluyen sus sucursales, subsidiarias, afiliadas u otras entidades directa o indirectamente controladas por ellos.

2.3 Actores concernidos por el instrumento

- Estados y organizaciones de integración económica regional
- ET y OE
- Personas naturales

3. Obligaciones generales

El principio de responsabilidad primaria de los Estados de proteger contra violaciones o abusos a los derechos humanos cometidos en su territorio y / o jurisdicción por terceras partes, incluidas actores no estatales, implica que los Estados deben tomar todas las medidas necesarias para alcanzar ese objetivo.

El fortalecimiento de la responsabilidad primaria de los Estados y el reconocimiento de las obligaciones generales de las ET y OE representan la esencia del instrumento internacional jurídicamente vinculante. Al respecto, es de suma importancia promover medidas adecuadas para garantizar una pronta y efectiva responsabilidad jurídica y reparación en los casos de violaciones o abusos de derechos humanos cometidos por las ET y OE.

Del mismo modo, a lo largo de todo el proceso de la Resolución 26/9, se ha destacado que el impacto negativo en los derechos humanos resultante de las operaciones transnacionales tiene alcance transfronterizo en todas las regiones, así como vacíos preexistentes que impiden la garantía efectiva de los derechos de las víctimas. Por consiguiente, la adopción de un instrumento internacional jurídicamente vinculante que reconozca esas obligaciones generales podría fortalecer el sistema internacional establecido normas claras para los Estados y otras partes interesadas en la prevención y protección de los derechos humanos, así como en la reparación de las violaciones o abusos a los derechos humanos.

El contenido del instrumento puede incluir lo siguiente:

3.1 Obligaciones de los Estados

- Los Estados respetarán, promoverán y protegerán todos los derechos humanos contra las violaciones o abusos cometidos en su territorio y / o jurisdicción por terceros, en particular las ET y OE, y garantizarán el acceso a recursos efectivos para la reparación de los derechos de las víctimas de tales violaciones o abusos.
- Los Estados adoptarán todas las medidas necesarias y apropiadas para prevenir, investigar, sancionar y reparar tales violaciones o abusos, incluyendo a través de medidas legislativas, administrativas, decisorias o judiciales, para asegurar que las ET y OE respeten los derechos humanos en todas sus actividades.
- Los Estados adoptarán todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar el acceso a la justicia y recursos efectivos para las personas víctimas de violaciones o abusos a los derechos humanos cometidas por ET y OE.
- Los Estados adaptarán su legislación interna a las disposiciones de este instrumento y tomarán las medidas para su cumplimiento a fin de exigir que las empresas respeten los derechos humanos.
- Los Estados adoptarán todas las medidas necesarias y apropiadas para diseñar, implementar y dar seguimiento a las políticas nacionales sobre derechos humanos y ET y OE, teniendo en cuenta la primacía de los derechos humanos sobre los intereses económicos o de otra índole de las empresas.

- Los Estados adoptarán todas las medidas necesarias y adecuadas para garantizar que los contratos públicos se adjudiquen a los licitadores que se comprometan a respetar los derechos humanos, que no tengan antecedentes de violaciones o abusos a los derechos humanos y que cumplan plenamente con todos los requisitos establecidos en este instrumento.
- Los Estados adoptarán todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar que los derechos humanos se consideren en sus compromisos jurídicos y contractuales con las ET y OE y en su implementación.
- Los Estados deberán establecer medidas para garantizar que las ET y OE bajo su jurisdicción adopten mecanismos adecuados para prevenir y evitar las violaciones o abusos a los derechos humanos en todas sus cadenas de suministro.
- Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias y apropiadas para asegurar que las ET y OE diseñen, adopten y realicen evaluaciones de los impactos ambientales y de derechos humanos que abarquen todas las áreas de sus actividades, e informen periódicamente sobre las medidas adoptadas para evaluar y tratar los impactos a los derechos humanos y ambientales resultante de tales operaciones.
- Los Estados adoptarán todas las medidas necesarias para incluir requisitos de transparencia de información para todas las ET y OE antes de registrar u otorgar un permiso de operación para las ET y OBE.

3.2 Obligaciones de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas

- Independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propiedad y estructura, las ET y OE deberán cumplir con todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos reconocidos internacionalmente, donde quiera que operen, y en todas sus cadenas de suministro.
- Las ET y OE evitarán los impactos a los derechos humanos producto de sus actividades y proporcionarán reparación cuando así se determine mediante procesos judiciales o no judiciales que garanticen el debido proceso.
- Las ET y OE deberán diseñar, adoptar y aplicar políticas internas consistentes con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas (para permitir la identificación de riesgos y la prevención de violaciones o abusos de derechos humanos resultantes directa o indirectamente de su actividad) y establecer mecanismos efectivos de monitoreo y revisión, a fin de verificar el cumplimiento en todas sus operaciones.
- Las ET y OE se abstendrán de realizar actividades que menoscaben el estado de derecho o los esfuerzos gubernamentales y de otra índole para promover y garantizar el respeto de los derechos humanos y utilizarán su influencia para ayudar a promover y garantizar el respeto de los derechos humanos.

3.3 Obligaciones de las Organizaciones Internacionales

- Los Estados Partes procurarán que las organizaciones internacionales, incluyendo las instituciones económicas, financieras y de comercio y regional de las que sean miembros, no adopten ni promuevan ninguna norma o decisión internacional que pueda perjudicar los objetivos de este instrumento jurídicamente vinculante o afectar la capacidad de las Partes para cumplir con las obligaciones establecidas en el presente instrumento.

4. *Medidas preventivas*

La prevención se ha identificado desde hace tiempo como un pilar importante de la relación entre las empresas y los derechos humanos, particularmente en relación con los esfuerzos realizados a nivel nacional e internacional para lograr una mayor participación del sector empresarial en la identificación y prevención de violaciones o abusos a los derechos humanos. Este concepto, referido en algunos marcos jurídicos y no jurídicos como la debida diligencia en materia de derechos humanos, abarca diferentes políticas, procesos y medidas que las ET y OE deben adoptar, como mínima prudencia, según su capacidad, para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos. Al respecto, el verdadero valor añadido de esta sección sería precisamente dar un carácter jurídicamente vinculante a la adopción de tales medidas o normas mínimas por parte de las ET y OE.

El contenido del instrumento puede incluir lo siguiente:

- Los Estados deben tomar cualquier acción necesaria, incluyendo la adopción de medidas normativas o de otra índole para prevenir la violación a los derechos humanos cometidas por las ET y OE.
- Los Estados Partes adoptarán medidas normativas y de otra índole para exigir a las ET y OE que diseñen, adopten y apliquen políticas y procesos eficaces de debida diligencia, incluidos códigos de conducta, e identifiquen y aborden los impactos en materia de derechos humanos resultantes de sus actividades. Tales medidas se aplicarán a todas las ET y OE en su territorio o jurisdicción, incluidas las filiales y todas las demás empresas relacionadas a lo largo de toda la cadena de suministro.

Todas las ET y OE interesadas adoptarán un “plan de vigilancia” consistente en procedimientos de debida diligencia para prevenir las violaciones o los abusos a los derechos humanos, que incluirán, entre otras cosas, la evaluación del riesgo de violaciones o abusos a los derechos humanos para facilitar su identificación y análisis; un procedimiento de evaluación periódica de las empresas filiales en toda la cadena de suministro en relación con el respeto a los derechos humanos; acciones dirigidas a la reducción del riesgo; un sistema de alerta temprana; un conjunto de acciones específicas para corregir inmediatamente tales violaciones o abusos; y un mecanismo de seguimiento de su implementación, sin perjuicio de otros procedimientos legales, responsabilidades y recursos reconocidos en el instrumento.

- Los Estados promoverán procesos de consulta adecuados con la participación de todos los actores relevantes.
- Los Estados promoverán que todas las personas dentro de su jurisdicción tengan acceso a información sobre este tratado en un idioma que puedan entender.
- Los Estados Partes adoptarán las medidas adecuadas para proporcionar a las ET y OE información relevante sobre las obligaciones contenidas en este instrumento.
- Los Estados adoptarán medidas adecuadas para asegurar que las ET y las OE de su jurisdicción informen periódicamente sobre las medidas que han adoptado para prevenir las violaciones y abusos a los derechos humanos.

- Los Estados adoptarán todas las medidas necesarias y apropiadas para asegurar que sus acuerdos con las ET y las OE abarquen las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas.

5. Responsabilidad jurídica

Uno de los objetivos principales en el proceso de elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante es poner fin a la impunidad en casos de violaciones o abusos a los derechos humanos producidos por las actividades realizadas por las ET y OE. En este sentido, los Estados deben tomar todas las acciones necesarias, incluyendo la adopción de medidas normativas y de otra índole para regular la responsabilidad jurídica de las ET y OE en los campos administrativo, civil y penal.

En este sentido, los Estados deberían fortalecer las sanciones administrativas y civiles en casos de violaciones o abusos perpetrados por ET y OE.

Los Estados que todavía no tengan normativa sobre responsabilidad penal para personas jurídicas están llamados a adoptarla para poder combatir la impunidad y proteger los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos perpetrados por las ET y OE.

La responsabilidad penal debe cubrir los actos de las personas responsables de la dirección y control de las ET y OE.

Adicionalmente, la responsabilidad jurídica debe alcanzar a todas las personas naturales que están o estuvieron a cargo del proceso de toma de decisiones de las empresas implicadas en el momento en que cometieron la violación o abuso de los derechos humanos.

El contenido del instrumento puede incluir lo siguiente:

- Los Estados Parte adoptarán las medidas normativas y otras medidas de acuerdo con sus sistemas y principios jurídicos nacionales, para establecer la responsabilidad jurídica de las ET y OE en su territorio o jurisdicción, por violaciones o abusos a los derechos humanos, que resulten de las actividades comprendidas en todas sus actividades. Dicha responsabilidad puede ser penal, civil y administrativa, ya sea cometida individual o colectivamente.
- Los Estados Parte adoptarán las medidas normativas y otras medidas para establecer la responsabilidad penal o su equivalente de las ET y OE bajo su jurisdicción, por los delitos reconocidos como violaciones o abusos de los derechos humanos bajo su legislación nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables.
- Los Estados Parte adoptarán las medidas normativas y otras medidas para establecer la responsabilidad penal o equivalente de las ET y OE que intenten cometer cualquiera de los delitos reconocidos como violaciones o abusos a los derechos humanos reconocidos bajo su legislación nacional en los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables; o sean cómplices o partícipes en cualquiera de dichos actos.
- Los Estados Parte adoptarán las medidas normativas y otras medidas para establecer que la responsabilidad penal o equivalente de las ET y OE por violaciones o abusos de derechos humanos por sus actividades y en todas sus operaciones no excluya la responsabilidad penal y civil de los miembros de la empresa, independientemente de su posición. Todo ello será independiente del reconocimiento de responsabilidad civil y penal individual o colectiva.

- Los Estados Parte adoptarán las medidas normativas y otras medidas para establecer la responsabilidad civil directa de las ET y OE bajo su jurisdicción, por violaciones o abusos a los derechos humanos que ocurran en todas las actividades de dichas ET y OE.
- Los Estados Parte adoptarán las medidas normativas y otras medidas para establecer la responsabilidad civil o equivalente de las ET y OE que se encuentren en su territorio o jurisdicción, por participar en la planificación, preparación, dirección o que se beneficien de violaciones o abusos a los derechos humanos causados por otras ET y OE.
- Los Estados Parte adoptarán las medidas normativas y otras medidas adecuadas para garantizar la aplicación de sanciones penales o no-penales efectivas, proporcionadas y disuasivas, incluyendo sanciones económicas, a las ET y OE que sean culpables de delitos reconocidos en su jurisdicción.
- Los Estados Parte se asegurarán de que la responsabilidad civil de las ET y OE no dependa de la determinación de la responsabilidad penal o su equivalente por parte del mismo actor.
- Los Estados Parte se asegurarán de que las ET y OE con quien tengan contratos comerciales no usen inmunidades o privilegios como escudo contra la responsabilidad civil.
- Los Estados Parte adoptarán medidas normativas y otras medidas adecuadas, incluyendo procedimientos y sanciones, para asegurar la responsabilidad administrativa, como medidas adicionales para casos de violaciones o abusos a los derechos humanos perpetrados por las ET y OE. Los recursos administrativos serán adecuados, accesibles, oportunos y efectivos. En el caso de la contratación pública, las sanciones administrativas pueden incluir la no concesión de contratos públicos a empresas que hayan incurrido en conductas que den lugar a la violación de un derecho humano.
- Los Estados Parte serán responsables por acciones u omisiones de las ET y OE cuando:
 - Actúen bajo instrucción o control o dirección del Estado Parte y violen o abusen los derechos humanos en este proceso.
 - Lleven a cabo actividades que les son encargadas bajo la legislación del Estado Parte para ejercer algún elemento autoridad gubernamental o por delegación de un poder político, ya sea mediante delegación normativa o en ausencia de esta o falta de las autoridades oficiales, o en circunstancias que requieran el uso de los elementos de la autoridad.
 - Realicen actividades que el Estado Parte reconoce y adopta como propias.
- Los Estados Parte serán responsables internacionalmente si actúan en complicidad con
- las actividades dañinas de las ET y OE o en el caso de que no apliquen la diligencia debida para evitar el impacto de dichas actividades.
- Los Estados Parte adoptarán medidas normativas y otras medidas para implementar procedimientos de diligencia debida y promover el trabajo decente en todas las operaciones y en la cadena de suministro de las ET y OE bajo su propiedad o control.

6. Acceso a la justicia, recursos efectivos y garantías de no repetición

De acuerdo a la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 7, 8 y 10), “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley”; “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes,

que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por ley” y “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. En situaciones reales, sin embargo, la desigualdad de armas está presente y el gran poder económico de las ET y OE y su influencia en los responsables políticos o en el Poder Judicial, entre otras circunstancias, puede jugar un rol crucial en limitar las acciones o persuadir a las víctimas de no buscar justicia.

Las barreras para acceder a la justicia, según lo enumerado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD (“Acceso a la Justicia, Nota Práctica” del 9 de marzo de 2004), incluyen los costos prohibitivos para usar el sistema judicial; abuso de autoridad y de poder; la débil aplicación de las leyes e implementación de reglamentos y decretos; falta de protección de facto, especialmente para miembros de grupos vulnerables; falta de sistemas de asesoría jurídica; procedimientos excesivamente formalizados y costosos; la decisión de eludir los sistemas jurídicos por razones económicas; miedo, o percepción de la inutilidad de la actuación.

El acceso a la justicia debe incluir la existencia de procedimientos claros e instituciones que tengan el deber de asegurar la reparación efectiva a las víctimas de violaciones o abusos a los derechos humanos de las ET y OE, como una vía para reparar los daños morales y materiales. Adicionalmente, estas medidas deben servir para disuadir a las ET y OE de repetir las violaciones a los derechos humanos.

Los elementos propuestos en este apartado son los siguientes:

- Los Estados Parte adoptarán medidas adecuadas para proveer de recursos rápidos, accesibles y efectivos, incluyendo vías de recursos judiciales y no judiciales, cuando las ET y OE estén actuando bajo sus instrucciones, dirección o control; o cuando las ET y OE estén autorizadas para ejercer elementos de autoridad gubernamental y hayan actuado con esta capacidad cometiendo violaciones o abusos de derechos humanos.
- Los Estados Parte garantizarán el acceso a la justicia y a recursos efectivos a cada persona y especialmente a las personas indígenas; mujeres, mujeres jóvenes, niñas y niños; personas con discapacidad; refugiados; o cualquier grupo considerado vulnerable de acuerdo con las leyes nacionales, regionales o internacionales aplicables, tomando en cuenta su realidad específica, circunstancias y cultura.
- Los Estados Parte adoptarán las medidas adecuadas para asegurar la existencia de recursos rápidos, accesibles y efectivos cuando el daño que resulte de violaciones o abusos cometidos por ET y OE bajo su jurisdicción impliquen responsabilidad penal, aun cuando existan otro tipo de recursos judiciales y/o no judiciales por los daños vinculados a otro tipo de responsabilidad.
- Los Estados Parte adoptarán las medidas adecuadas para asegurar que los mecanismos no judiciales no sean considerados un sustituto de los mecanismos judiciales para la adecuada provisión de vías de recurso efectivo a las víctimas de violaciones o abusos de derechos humanos cometidos por las ET y OE.
- Los Estados Parte adoptarán las medidas adecuadas para asegurar que cualquier violación o abuso de los derechos humanos, independientemente de quién sea el último responsable de la violación, dé paso a acciones legales y demandas de las víctimas por daños y reparación.

- Los Estados Parte adoptarán los mecanismos adecuados para reducir los obstáculos normativos, procesales y financieros que impidan a las víctimas tener acceso a los recursos efectivos, incluyendo la habilitación de las acciones colectivas relacionadas con los derechos humanos y litigios de interés público; facilitar el acceso a la información relevante y la obtención de pruebas en el exterior; la inversión de la carga de la prueba; la adopción de medidas de protección para evitar el uso de estrategias “intimidatorias” por las ET y OE para disuadir reclamaciones o demandas individuales o colectivas; limitación del uso de la doctrina de *forum non conveniens*.

Los Estados Parte adoptarán las medidas adecuadas para garantizar que el acceso a la información sobre los recursos existentes, incluyendo judiciales y no judiciales, para todos los actores relevantes, esté en un idioma que puedan entender.

Los Estados Parte adoptarán las medidas adecuadas y efectivas para garantizar entre otros, la pronta, completa e imparcial investigación de la violación, así como para garantizar la compensación, reparación, restitución, rehabilitación, medidas de satisfacción, y no repetición.

Los Estados Parte adoptarán las medidas adecuadas para garantizar que todas las víctimas de violaciones o abusos a los derechos humanos cometidas por ET y OE tengan acceso a un juez imparcial e independiente para el tratamiento de su demanda.

Los Estados Parte adoptarán las medidas adecuadas para garantizar la vida, seguridad e integridad de las víctimas, sus representantes, testigos, defensores de derechos humanos o denunciadores, así como asistencia adecuada, incluyendo entre otros, asistencia legal, material y médica, en el contexto de las violaciones o abusos de derechos humanos que resulten de las actividades de las ET y OE, así como en todas sus actividades.

Los Estados Parte se asegurarán de que sus sistemas legales garanticen el derecho a un juicio justo, incluyendo los principios de paridad de armas o su equivalente y la provisión de asistencia jurídica, en procedimientos relativos a demandas sobre las cuales tienen jurisdicción sus tribunales domésticos, en lo que concierne a violaciones o abusos de derechos humanos que resulten de las actividades de las ET y OE.

Los Estados Parte garantizarán la no existencia de atrasos innecesarios en tratamiento de los casos.

Los Estados Parte adoptarán los mecanismos adecuados para garantizar el acceso a la información que posea el demandado o una tercera parte si dicha información es relevante para sustentar demandas por violaciones o abusos de derechos humanos que resulten las actividades, o hayan sido cometidas en todas las actividades de las ET y OE bajo su jurisdicción, con el debido respeto a consideraciones de confidencialidad.

Los Estados Parte garantizarán la reparación rápida, justa y adecuada por violaciones o abusos de derechos humanos causados por ET y OE así como la reparación ambiental de las áreas afectadas, incluyendo los gastos respectivos.

Los Estados Parte adoptarán las medidas adecuadas para garantizar el derecho a la verdad y la no repetición, en relación con las violaciones o abusos de los derechos humanos que resulten de, o que se produzcan en todas las actividades de las ET y OE.

7. Jurisdicción

Durante la primera y segunda sesión del Grupo de Trabajo, se realizó una llamada enérgica a la inclusión de elementos relativos a la necesidad de contar con una efectiva administración de justicia y ejecución de las sentencias, considerando las circunstancias económicas, históricas y culturales de cada Estado.

Las ET y OE “bajo la jurisdicción” del Estado Parte pueden ser entendidas como cualquier ET y OE que mantenga su centro de actividad, que se encuentren registradas o domiciliadas, que tengan su oficina central o que realicen actividades sustanciales en el Estado concernido o cuyas empresas matrices o dominantes presentan dicha conexión.

Particularmente, se ha considerado que el instrumento legalmente vinculante tiene un enorme potencial para evitar que las ET y OE hagan uso de las limitaciones derivadas de los límites territoriales de la jurisdicción para escapar del potencial procesamiento judicial por parte del Estado anfitrión, donde realizan sus operaciones.

La inclusión de un concepto amplio de jurisdicción también permitirá a las víctimas de violaciones o abusos por parte de las corporaciones transnacionales a acceder a la justicia y obtener reparaciones ya sea a través del foro donde el daño fue causado, o en el foro donde la empresa matriz está radicada o donde tiene presencia sustancial. De manera similar, un instrumento de esta naturaleza podría permitir la estandarización de normas procesales y obligaciones de derechos humanos, permitiendo a las víctimas el acceso rápido y efectivo a la justicia.

Algunos elementos que podrían considerarse son:

- Los Estados Parte adoptarán medidas legislativas y otras medidas adecuadas para permitir que sus tribunales consideren las demandas relativas a violaciones o abusos de derechos humanos que presuntamente hayan sido cometidos por ET y OE a través de sus actividades, incluyendo las empresas, asociaciones, corporaciones, compañías, otras asociaciones, personas naturales o jurídicas, o cualquier combinación de estas, sin tomar en cuenta el modo de creación o control o propiedad, incluyendo sus filiales, subsidiarias, afiliados, u otras entidades directa o indirectamente controladas por ellos.
- Adoptar medidas legislativas para facilitar que sus tribunales consideren las demandas relativas a violaciones o abusos cometidos por las ET y OE bajo su jurisdicción o que conciernan víctimas que estén bajo su jurisdicción.
- Adoptar medidas normativas para facilitar que sus tribunales consideren las violaciones o abusos cometidos por las ET y OE y sus subsidiarias, a lo largo de la cadena de suministro, domiciliadas fuera de su jurisdicción.

8. Cooperación internacional

Establecer mecanismos de cooperación internacional es un tema común en el derecho internacional. En la cuestión de empresas y derechos humanos, estos mecanismos podrían promocionar y clarificar las reglas de la cooperación judicial, por ejemplo incluyendo una lista de acciones que podrían englobar elementos como obtención de pruebas, el acceso a información y acceso y protección de testigos.

La cooperación internacional podría también asistir a las cortes y tribunales en el conocimiento de casos con elementos transnacionales para garantizar el cumplimiento de sentencias a través de medidas preventivas, como la confiscación y congelamiento de bienes localizados en la jurisdicción de otro Estado diferente a aquel que conozca la demanda, o evitando la reubicación de la empresa implicada en dichos procedimientos judiciales. También podría complementar los esfuerzos de los Estados para cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, al superar los retos en dichos casos.

Los elementos propuestos son:

- Los Estados Partes cooperarán mutuamente para prevenir, investigar, castigar y reparar las violaciones o abusos a los derechos humanos y para asegurar el acceso a la justicia y la reparación efectiva para aquellos afectados por impactos adversos en los derechos humanos derivados de la acción de las ET y OE bajo su jurisdicción.
- Para lograr esto, los Estados Partes deberán, entre otras cosas:
 - Adoptar medidas adecuadas para facilitar la asistencia judicial mutua y el intercambio de información para la rápida identificación, enjuiciamiento y ejecución de las órdenes judiciales pertinentes en casos de violaciones o abusos a los derechos humanos cometidos por las ET y OE bajo su jurisdicción, incluyendo la garantía de trato rápido y adecuado de la solicitud de asistencia judicial recíproca.
 - Adoptar medidas adecuadas para la coordinación de las actuaciones judiciales, incluyendo la remisión de procedimientos, cuando sea necesario, para evitar repeticiones.
 - Adoptar las medidas adecuadas para permitir y facilitar la solicitud y la prestación de asistencia mutua para llevar a cabo investigaciones transfronterizas conjuntas o coordinadas, cuando sea necesario, o la obtención de pruebas que puedan ser utilizadas en procesos judiciales, el acceso a testigos, expertos y todos los demás documentos u otros elementos necesarios para el enjuiciamiento o la investigación del caso.
 - Adoptar todas las medidas necesarias para permitir y salvaguardar la participación de las víctimas y los testigos en todas las etapas de la investigación y resolución del caso, así como de sus representantes y defensores.
 - Adoptar medidas adecuadas para garantizar el reconocimiento de las sentencias extranjeras que sean ejecutables y firmes en el Estado de origen, salvo cuando la sentencia se haya obtenido mediante fraude o cuando el demandado no haya sido notificado en un periodo razonable o no haya tenido la oportunidad de presentar defensa.
 - Adoptar medidas adecuadas para asegurar que las sentencias extranjeras sean reconocidas y ejecutables en cada Estado Parte tan pronto como se hayan cumplido las formalidades exigidas en ese estado.
- Los Estados Partes se esforzarán por negociar y adoptar acuerdos de cooperación bilaterales o multilaterales para permitir que sus órganos judiciales y otros organismos pertinentes del Estado soliciten asistencia jurídica a sus contrapartes de otros Estados con respecto a los procedimientos judiciales derivados de violaciones a los derechos humanos relacionadas con la empresas.

9. Mecanismos de promoción, implementación y monitoreo

A lo largo del proceso de la Resolución 26/9, se enfatizó en a la necesidad de establecer mecanismos adecuados a nivel nacional e internacional. Por consiguiente, este instrumento vinculante debería tomar en cuenta el rol de las instituciones nacionales encargadas de la promoción y protección de los derechos humanos, así como de los mecanismos judiciales y / o no judiciales internacionales, incluidos los órganos de control de los Tratados y su experiencia en el monitoreo de otros instrumentos de derechos humanos.

Más aún, la existencia de mecanismos nacionales e internacionales puede fortalecer los esfuerzos conjuntos de las partes interesadas para garantizar una rápida y efectiva reparación y reconocimiento de responsabilidad jurídica así como para lograr buenas prácticas y abordar los retos en el marco del instrumento.

Algunos elementos que podrían ser considerados son:

-) Nivel nacional:
 - Los Estados Partes adoptarán las medidas adecuadas para establecer mecanismos nacionales para la promoción, implementación y monitoreo de este instrumento, o para confiar estas funciones a instituciones o mecanismos de derechos humanos.
 - Con este fin, los Estados Partes también deberán considerar, entre otras, las instituciones de Defensoría del Pueblo o Instituciones Nacionales de Derechos Humanos.

- b) Nivel internacional:
 - Los Estados Partes decidirán qué mecanismos internacionales judiciales y no judiciales deben establecerse para la promoción, implementación y monitoreo del instrumento y se podrían considerar las siguientes opciones:
 - b.1. Mecanismos judiciales
 - Los Estados Partes podrán decidir el establecimiento de mecanismos judiciales con jurisdicción internacional, por ejemplo, una Corte Internacional sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos.
 - Los Estados Partes podrían también optar por el fortalecimiento de los mecanismos judiciales internacionales existentes y proponer, por ejemplo, una sala especial sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos en tribunales o cortes internacionales o regionales ya existentes.

 - b.2. Mecanismos no judiciales:
 - Los Estados Partes podrán decidir establecer un Comité sobre Empresas y Derechos Humanos, que tendría, entre otros, las siguientes funciones:
 - Examinar los progresos hechos por los Estados Partes en la realización de las obligaciones asumidas en el presente instrumento.
 - Evaluar, investigar y monitorear la conducta y las operaciones de las ETN.
 - Realizar visitas a los países de conformidad con su mandato.
 - Examinar los informes periódicos de acuerdo con su mandato.
 - Recibir y examinar las comunicaciones de acuerdo con su mandato.

El Comité estará compuesto por dieciocho expertos de alto nivel moral y trayectoria reconocida en el ámbito cubierto por este Instrumento. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales y servirán según sus capacidades personales, considerando distribución geográfica equitativa, equilibrio de género así como a las principales diferencias entre los sistemas jurídicos.

10. Disposiciones generales

Algunos elementos que podrían ser considerados son:

- Firma y ratificación, aceptación, aprobación o adhesión
- Entrada en vigor
- Seguimiento
- Cláusula que establece la primacía de este instrumento sobre otras obligaciones derivadas de los sistemas jurídicos de comercio e inversión
- Cláusula relativa al mecanismo(s) de solución de controversias sobre la interpretación e implementación de este instrumento
- Denuncia
- Depósito e idiomas

Este libro reúne los resultados de la jornada realizada el 28 de agosto de 2017 sobre empresas y derechos humanos, organizada por la Escuela de Gobierno de la Cámara de Representantes con el apoyo del Ministerio de Industria, Energía y Minería, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Oficina de la Coordinadora Residente de las Naciones Unidas en Uruguay, con el propósito de aportar insumos a la discusión nacional sobre esta temática.