



BORRADOR CERO del instrumento jurídicamente vinculante que regule, en el marco del derecho internacional relativo a los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas (Tratado Vinculante)

Comentarios de los sindicatos

Los sindicatos acogen con beneplácito la publicación del borrador cero de un Tratado Vinculante, así como de un Protocolo Opcional, propuestos por la presidencia. Se trata de un paso decisivo para lograr progresos respecto al cumplimiento del mandato de la Resolución 26/9 para la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante que regule, en el marco del derecho internacional relativo a los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales (ETN) y otras empresas comerciales. Trabajando para abordar una de las más importantes lagunas en el derecho internacional respecto a los derechos humanos, instamos a todos los gobiernos a mantener discusiones constructivas durante la próxima 4ª sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta (OEIGWG), a partir del 15 de octubre de 2018. Los gobiernos deberán aportar ahora comentarios sustantivos al borrador cero, tras mantener consultas con sindicatos, empresas y miembros de la sociedad civil a nivel nacional. Denunciamos y rechazamos cualquier intento de socavar los esfuerzos del OEIGWG cuestionando el mandato claro y directo de la Resolución 26/9.

A través de este proceso, hemos promovido la inclusión de las siguientes prioridades clave en el Tratado Vinculante:

- Un **amplio alcance** incluyendo todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, incluidos los derechos fundamentales de los trabajadores y sindicales, consagrados en las normas internacionales del trabajo.
- La **cobertura** de todas las empresas comerciales, sin importar su tamaño, sector, contexto operacional, propiedad y estructura.
- **Reglamentación extraterritorial de la compañía matriz** y acceso a la justicia para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos de las empresas transnacionales en el Estado de origen de la multinacional.
- Medidas normativas que obliguen a las empresas a adoptar y aplicar políticas y procedimientos de **diligencia debida en materia de derechos humanos**.
- Reafirmar la **aplicabilidad** de los derechos humanos en las operaciones de las empresas y su obligación de respetar todos los derechos humanos.
- Un firme mecanismo internacional de control para **verificar su cumplimiento**.

En base a estas expectativas, aportamos los siguientes comentarios al borrador cero:

El Artículo 1. Preámbulo incluye principios extremadamente importantes y relevantes. Acogemos favorablemente en particular que se reafirme la naturaleza universal, indivisible, interrelacionada e interdependiente de todos los derechos humanos; así como la referencia a un acceso igualitario y efectivo a la justicia y la reparación, que constituye en realidad la base central del Tratado Vinculante. El texto podría reforzarse introduciendo las siguientes enmiendas:

- Añadiendo una referencia a los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos (PRNU), a la Declaración Tripartita de principios de la OIT sobre las



Empresas Multinacionales y la Política Social (Declaración EMN), y a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

- Reafirmando la primacía de los derechos humanos sobre los negocios y el comercio, recordando el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas, donde se establece la prevalencia de dicha Carta.

El Artículo 2. Declaración de propósito, que hace referencia al objetivo de fortalecer los derechos humanos en el contexto de las actividades de las empresas transnacionales, asegurando el acceso efectivo a reparación y promoviendo la cooperación internacional al respecto, refleja nuestras expectativas generales de un Tratado Vinculante. Apoyamos firmemente este texto. El texto podría reforzarse introduciendo las siguientes enmiendas:

- El texto del artículo 2.1.a debería alinearse con la fórmula tripartita de “respetar, proteger y realizar los derechos humanos” para evitar posibles problemas de interpretación.
- El texto del artículo 2.1.c debería incluir una referencia a la asistencia jurídica mutua, que resulta crítica para la cooperación internacional.

El Artículo 3. Ámbito de aplicación se centra en las actividades empresariales con carácter transnacional, y no en la naturaleza transnacional de las propias empresas, garantizando así una amplia cobertura, lo que acogemos favorablemente y apoyamos. No obstante, consideramos problemático que:

- el nexo Estado-empresa no se aborde de manera específica; y
- no se incluya una definición adecuada de lo que se entiende por “actividades con carácter transnacional” y de lo que abarca el término “en el contexto de”. Se requiere mayor claridad para evitar potenciales dificultades de implementación a nivel nacional.

Además, proponemos algunas referencias adicionales y precisión conceptual para este artículo:

- El término “violación” debería sustituirse por “consecuencias adversas” o “abuso” de los derechos humanos, para garantizar su alineamiento con los PRNU.
- El artículo 3.2 hace referencia a “todos los derechos humanos internacionales y aquellos reconocidos en la legislación nacional”, lo que no resulta suficientemente claro en cuanto al alcance de los derechos cubiertos. Esta deficiencia podría corregirse en el artículo 4.

El Artículo 4. Definiciones debería ampliarse, para aportar la claridad necesaria para la comprensión del Tratado Vinculante. Convendría añadir las siguientes definiciones a este artículo:

- La definición de lo que constituyen “actividades empresariales con carácter transnacional” podría inspirarse de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, cuyo artículo 34.2 estipula que los delitos tipificados en la Convención deberán incorporarse en el derecho interno de los Estados Parte, independientemente del carácter transnacional de la actividad, salvo en la medida en que la naturaleza del delito requiera la participación de un elemento transnacional.
- La definición de los actores, incluidas las empresas matrices, subsidiarias, subcontratistas, etc., para garantizar una comprensión consistente en todo el texto y evitar incoherencias.
- Definición de lo que constituye una violación. Proponemos que se haga referencia a “consecuencias adversas sobre los derechos humanos”, para alinear el Tratado Vinculante con los PRNU.



Proponemos asimismo algunas enmiendas al texto existente:

- Sustituir el término “víctima” por “titular de los derechos”, para asegurarse de que los sindicalistas y otros defensores de los derechos humanos queden cubiertos.
- Eliminar la noción de “actividades económicas con fines de lucro”, que podría excluir las actividades Estatales.

El Artículo 5. Jurisdicción incluye una amplia variedad de jurisdicciones competentes para que las víctimas puedan reclamar reparación. Proponemos las siguientes enmiendas para reforzar el texto y asegurar que pueda obtenerse reparación bien en los tribunales del país donde se produjeron los daños, los tribunales del Estado donde esté domiciliada la empresa matriz o donde tenga una presencia considerable.

- En el artículo 5.1.a debería sustituirse “o” por “y” para reflejar las múltiples opciones de jurisdicciones competentes incluidas en el tratado.
- El artículo 5.2 debería incluir disposiciones para permitir que las filiales locales puedan ser demandadas en los tribunales del país donde estén domiciliadas, o al menos quedar incluidas en las alegaciones.

El Artículo 6. Prescripción puede resultar potencialmente muy útil para superar en la práctica cualquier obstáculo para el acceso a la justicia. No obstante, el artículo debería aportar mayor claridad respecto a cuándo la prescripción pudiera considerarse “excesivamente restrictiva”. Tampoco queda claro por qué el artículo destaca específicamente cuando “las violaciones se produjeron en el extranjero” teniendo en cuenta que el Tratado Vinculante trata sobre las actividades empresariales con carácter transnacional.

El Artículo 7. Legislación aplicable proporciona diversas opciones a las víctimas para solicitar que se aplique la legislación de otro Estado Parte. Esta disposición es importante, particularmente teniendo en cuenta que las multinacionales a menudo optan por recurrir a países con marcos jurídicos débiles. Apoyamos por tanto este artículo.

Propuesta de un nuevo Artículo 8 sobre el deber de las empresas de respetar los derechos humanos y el deber del Estado de proteger los derechos humanos. Antes de abordar el artículo sobre los derechos de las víctimas, sería importante reafirmar las obligaciones de las empresas y del Estado, para entender claramente las normas en las que se apoyan los derechos de las víctimas.

El Artículo 8. Derechos de las víctimas incorpora algunas de nuestras principales demandas, incluyendo:

- la posibilidad de entablar acciones legales colectivas;
- la necesidad de superar barreras jurisdiccionales, limitando el uso de la doctrina de *forum non conveniens*;
- medidas para garantizar a las víctimas acceso a información para la tramitación de recursos;
- garantizar derechos procesales a las víctimas y el requisito de eliminar la aportación de garantías para cubrir costos por parte del demandante, así como la inversión de la carga del defendido al demandante;
- el establecimiento del un Fondo Internacional para las Víctimas con miras a proporcionar asistencia jurídica y financiera a las víctimas;
- mecanismos eficaces para la ejecución de los recursos; y



- medidas para proteger a las víctimas, incluyendo consideraciones especiales para evitar la repetición de violaciones de los derechos.

Aunque en general apoyamos este artículo, quisiéramos que se aborden y aclaren las siguientes cuestiones:

- debería especificarse por separado todo el abanico de remedios de índole civil, penal y administrativa disponibles, e incluir medidas preventivas como recursos de amparo y otros remedios, incluyendo la reincorporación y la presentación de disculpas; y
- la protección de los defensores de los derechos humanos teniendo en cuenta la dimensión de género.

El Artículo 9. Prevención requiere que los Estados Parte se aseguren de que su legislación nacional requiera la diligencia debida en relación con los derechos humanos. Esto representa un paso importante en la dirección adecuada. Los sindicatos han venido defendiendo reiteradamente que se especifique la clara obligación de los Estados de adoptar medidas normativas que obliguen a las empresas a adoptar y aplicar políticas y procedimientos de diligencia debida en materia de derechos humanos. Resulta vital que las siguientes cuestiones se aborden explícitamente en este artículo:

- alineación del concepto con el Pilar II de los PRNU, para reducir determinadas ambigüedades operacionales y en las definiciones;
- debe quedar claro que la diligencia debida en materia de derechos humanos constituye una obligación permanente y no un ejercicio confinado a evaluaciones previas o posteriores de impacto;
- deberían reforzarse los procedimientos nacionales para garantizar el cumplimiento, incluyendo la incorporación de disposiciones relevantes del Protocolo Opcional en el texto del Tratado Vinculante;
- la responsabilidad en caso de incumplimiento de las obligaciones relativas a la diligencia debida no debería vincularse a las disposiciones sobre responsabilidades legales incluidas en el artículo 10 de tal manera que se proporcione a las ETN una línea de defensa frente a posibles demandas.

El Artículo 10. Responsabilidad jurídica aporta una base sólida para abordar de manera efectiva las lagunas existentes en cuanto a la rendición de cuentas y la responsabilidad, derivadas de la compleja estructura de las empresas multinacionales y sus cadenas de suministro, que dominan la economía global. El artículo debería reforzarse introduciendo las siguientes enmiendas:

- La inversión de la carga de la prueba a favor de la víctima debería acordarse en base a la legislación nacional y no quedar sujeto a la discreción de los tribunales competentes.
- Las empresas multinacionales deberían hacerse responsables de las violaciones contra los derechos humanos en todas sus actividades, incluyendo las cometidas en su cadena de suministro, independientemente de la modalidad de establecimiento, propiedad o control. A este respecto, es necesario aclarar los conceptos de control, influencia sobre los subsidiarios y actores de las cadenas de suministro, y previsibilidad de los riesgos, establecidos en el artículo.
- Es necesario definir ampliamente los delitos penales por los que podría denunciarse a una multinacional.



- Además de la responsabilidad civil y penal, el artículo tendría que cubrir igualmente la responsabilidad administrativa.

El Artículo 11. Asistencia legal mutua entre los Estados partes, resulta crucial para la implementación efectiva del Tratado Vinculante. Aunque apoyamos firmemente la inclusión de este artículo, pensamos que podría reforzarse aún más de la siguiente manera:

- La asistencia legal mutua debería incluir también medidas preventivas, como facilitar que se congelen las cuentas bancarias.
- El reconocimiento y la aplicación de los dictámenes finales de los tribunales deberían quedar sujetos al artículo 10 sobre responsabilidad jurídica.
- Los Estados Parte únicamente podrán rechazar la aportación de asistencia legal mutua actuando de buena fe.
- Es necesario disponer medidas adicionales para asegurar la aplicación de este artículo, como procedimientos de conciliación cuando un Estado Parte denuncie que otro no le ha concedido la debida asistencia legal mutua.

El Artículo 12. Cooperación internacional como la obligación general de recurrir a la cooperación internacional para ayudar a los Estados a promover y proteger mejor los derechos humanos, es un principio básico del derecho internacional respecto a los derechos humanos. Apoyamos por tanto firmemente este artículo.

El Artículo 13. Conformidad con el derecho internacional constituye en general un objetivo relevante, que reconocemos. Sin embargo, nos preocupa que este artículo pudiera socavar otros beneficios del Tratado Vinculante. Solicitaríamos por tanto las siguientes aclaraciones:

- Las disposiciones relativas a la soberanía nacional y la integridad territorial no deberían utilizarse como excusa para declinar competencia aduciendo *forum non conveniens*.
- Existe el riesgo real de que la capacidad de los Estados Parte para adoptar medidas preventivas eficaces en base al artículo 9 se vea obstaculizada si este artículo se interpreta de manera amplia.
- El artículo tampoco reconoce explícitamente la primacía de las obligaciones respecto a los derechos humanos sobre los acuerdos de comercio e inversión. Apoyamos firmemente la inclusión de tal disposición, que se apoyaría en el Principio 9 de los PRNU y su comentario, así como en el comentario general No. 24 (2017) sobre las obligaciones del Estado en base al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales.

El Artículo 14. Disposiciones institucionales queda muy lejos de nuestras expectativas. Pedimos un mecanismo internacional complementario para supervisar el cumplimiento del Tratado Vinculante. Nos decepciona particularmente el hecho de que la propuesta relativa a un Tribunal Internacional no figure en el borrador cero. Como mínimo deberían considerarse las siguientes enmiendas:



Comité

- Las funciones y los poderes del Comité deberían reforzarse para, entre otras cosas, poder examinar quejas individuales. Algunas disposiciones del Protocolo Opcional deberían incluirse directamente en el Tratado Vinculante.
- Resulta además esencial que las organizaciones de la sociedad civil y los sindicatos estén plenamente involucrados a la hora de proponer y designar a los expertos del Comité.

Conferencia de los Estados Partes

- El borrador no incluye ninguna disposición para la solución de controversias, y esto es un aspecto que debería abordarse.