

## Documentos de posiciones de incidencia de la Red-DESC

### Una nota sobre el propósito, el alcance y el origen de los siguientes documentos

El Grupo de Trabajo de Rendición de Cuentas Corporativa (GTRCC) de la Red-DESC, Red Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, celebra la publicación del Borrador inicial del instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos.

Celebramos el esfuerzo continuo del Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos (GTI) para abordar las importantes brechas en materia de rendición de cuentas con respecto a los abusos de derechos humanos cometidos por las empresas.

Habida cuenta de que estamos entrando en la cuarta sesión del GTI (del 15 al 19 de octubre de 2018), pedimos que se desarrolle un Tratado más sólido, que refleje las condiciones globales actuales y basado en las experiencias vividas por individuos y comunidades en el mundo entero.

Un grupo básico de miembros del GTRCC ha desarrollado posiciones de incidencia sobre el Borrador Inicial del Tratado para someterlas al examen del GTI en relación con:

1. Adoptar salvaguardias más firmes contra la **captura corporativa** (influencia corporativa indebida),
  2. Integrar protecciones para los **defensores de derechos humanos**.
  3. Abordar (más plenamente) los derechos de los **pueblos indígenas**.
  4. Incorporar una **perspectiva feminista y sensible al género**.
  5. Incluir protecciones más fuertes contra los abusos de derechos humanos cometidos por empresas en las **áreas afectadas por conflictos**.
- También incluimos un breve artículo que analiza el Proyecto de Protocolo Facultativo del Tratado, escrito por miembros de la Red-DESC, la Due Process of Law Foundation y el Centro de Estudios Legales y Sociales.

Los documentos aquí recopilados están **diseñados para facilitar la incidencia coordinada** de los miembros de la Red-DESC a nivel internacional, regional y nacional y **no están destinados a ser publicados o distribuidos** más allá de la membresía de la Red-DESC.

Además de estas posiciones de incidencia, el GTRCC sigue identificándose con nuestras posiciones pasadas. En particular, **continuamos abogando por la primacía de los derechos humanos** sobre todos los acuerdos internacionales, incluidos los relativos al comercio, a la inversión, a las finanzas, a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, a la cooperación para el desarrollo y a las obligaciones de seguridad internacionales. Destacamos, además, que para que el tratado sea realmente eficaz, es fundamental **que las víctimas y las comunidades afectadas tengan un papel principal** en las negociaciones, en el contenido y en la aplicación del tratado.

Las posiciones de incidencia aquí recolectadas reflejan el análisis colectivo y las recomendaciones resultantes de:

- La consulta mundial del GTRCC 2015-2016 con más de 150 organizaciones de la sociedad civil (OSC), incluidas consultas presenciales con nuestros miembros y socios de las regiones de Asia-Pacífico, África y América Latina, y consultas virtuales con OSC de todas las regiones;
- Las presentaciones colectivas del GTRCC al GTI en 2016 y 2017; y
- Las consultas recientes con miembros tras la publicación del borrador inicial.

La Red-DESC también participa activamente en la Alianza por el Tratado, y apoya las declaraciones colectivas de la Alianza por el Tratado que han congregado a una alianza de actores preocupados de la sociedad civil que exigen un proceso abierto continuo del GTI.

## Colaboradores y coordinadores de las posiciones de incidencia

### Captura corporativa

AfreWatch, Alternative ASEAN Network on Burma (ALTSEAN-Burma), Arab NGO Network for Development (ANND), Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH), Center for Constitutional Rights (CCR), Comité Ambiental en Defensa de la Vida, Consejo de Pueblos Wuxhtaj, Corporate Accountability, FoodFirst Information and Action Network (FIAN International), Foro Ciudadano

de Participación por la Justicia y los Derechos Humanos (FOCO), International Accountability Project (IAP), Kenya Human Rights Commission (KHRC), National Fisheries Solidarity Movement, Project on Organizing, Development, Education, and Research (PODER), Tebtebba Foundation, Natural Resources Alliance of Kenya (KENRA), y Video Volunteers.

## Defensores de los derechos humanos

Alternative ASEAN Network on Burma (ALTSEAN-Burma), Al-Haq, Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH), Association for Women's Rights in Development (AWID), Center for Constitutional Rights (CCR), Center for International Environmental Law (CIEL), Comité Ambiental en Defensa de la Vida, FoodFirst Information and Action Network (FIAN International), International Accountability Project (IAP), International Commission of Jurists (ICJ), International Federation for Human Rights (FIDH), Kenya Human Rights Commission (KHRC), Legal Resources Centre (LRC), National Fisheries Solidarity Movement (NAFSO), Project on Organizing, Development, Education, and Research (PODER), Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ProDESC), Tebtebba Foundation, Natural Resources Alliance of Kenya (KENRA), y Video Volunteers.

## Perspectiva sensible al género

Alternative ASEAN Network on Burma (ALTSEAN-Burma), Association for Women's Rights in Development (AWID), Center for International Environmental Law (CIEL), FoodFirst Information and Action Network (FIAN International), International Accountability Project (IAP), International Federation for Human Rights (FIDH), Project on Organizing, Development, Education, and Research (PODER), Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ProDESC) y Video Volunteers.

## Derechos de los pueblos indígenas

Alternative ASEAN Network on Burma (ALTSEAN-Burma), Consejo de Pueblos Wuxhtaj, Legal Resources Centre (LRC), Tebtebba Foundation y Video Volunteers.

## Las áreas de conflicto

AfreWatch, Alternative ASEAN Network on Burma (ALTSEAN-Burma), Al-Haq, Center for Constitutional Rights (CCR), FoodFirst Information and Action Network (FIAN International), International Commission of Jurists (ICJ), International Federation for Human Rights (FIDH), Tebtebba Foundation, Natural Resources Alliance of Kenya (KENRA) y Video Volunteers.

---

*Esta compilación fue coordinada por el Grupo de Trabajo de Rendición de Cuentas Corporativa de la Red-DESC, que coordina la acción colectiva para combatir la captura corporativa, desafía el abuso corporativo sistémico y aboga por nuevas estructuras de responsabilidad y reparación. La Red-DESC conecta a más de 280 movimientos sociales, grupos de pueblos indígenas, ONG y defensores de más de 75 países para construir un movimiento global que haga de los derechos humanos y la justicia social una realidad para todos.*

---



[escr-net.org/es/rendicioncuentascorporativa](https://escr-net.org/es/rendicioncuentascorporativa)

# Captura corporativa

El GTICA posee el potencial para desarrollar un tratado que contenga políticas internacionales esenciales para proteger a las personas de las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales y otras empresas comerciales (ETOEC); todo depende de su capacidad para aislar el proceso de elaboración del tratado de la injerencia de la industria. **El GTICA debe asegurar que las negociaciones del tratado estén protegidas contra la injerencia de las empresas cuyos intereses se oponen a los objetivos del tratado.** De hecho, existe un conflicto de intereses intrínseco entre los objetivos de rentabilidad de las empresas que serán reguladas por el Tratado y los objetivos del Tratado. Por ello, resulta fundamental proteger la integridad del espacio de formulación de políticas, sus participantes y los resultados frente a los intereses de dichas empresas, incluyendo todos los conflictos de intereses reales, percibidos o potenciales **Es sumamente importante desarrollar medidas de buena gobernanza que protejan contra la injerencia política empresarial en el ámbito nacional, internacional e intergubernamental**, ya sea en las actuales discusiones referidas al contenido del Tratado, las negociaciones o la implementación.

La captura corporativa es el fenómeno de que las élites económicas ejercen control e influencia indebida sobre quienes formulan políticas e instituciones públicas de maneras que van en detrimento de los derechos humanos, el interés público y el medio ambiente.

A medida que continúa creciendo el poder económico y político de las empresas, eclipsando el poder de muchos Estados, aumenta también su capacidad para operar sin restricciones y con impunidad. En todo el mundo, las empresas están ejerciendo su influencia sobre las políticas gubernamentales (e incluso las redactan). Sin estar restringidas por leyes vinculantes que limiten su influencia, logran debilitar, postergar e, incluso, bloquear políticas significativas destinadas a proteger la salud pública, los derechos humanos y el medio ambiente. Concretamente, hace ya mucho tiempo que las ETOEC utilizan diversas tácticas para interferir en la formulación de políticas, a saber:

1. **Litigio:** intimidar a los gobiernos con demandas costosas o la amenaza de iniciarlas.
2. **Diplomacia económica:** utilizar la diplomacia para promover los intereses de las empresas en otros países a costas de los derechos humanos, el medio ambiente y la soberanía del país extranjero.
3. **Interferencia judicial:** presionar al poder judicial para que favorezca a empresas en casos legales; colocar obstáculos procesales para los actores que denuncian violaciones de los derechos humanos patrocinadas por empresas.
4. **Interferencia legislativa y política:** empresas y sus representantes presionan a quienes formulan políticas buscando ampliar las oportunidades de las empresas/debilitar la legislación, incluyendo la práctica de puertas giratorias (paso de empleados del sector empresarial a autoridades de control y otros organismos públicos, y viceversa).
5. **Sociedades público/privadas o gubernamentales:** incluyendo la promoción de reglas voluntarias, y la obtención de favores mediante financiación de iniciativas gubernamentales y aportes de fondos a autoridades de control.
6. **Reclamo de derechos de partes interesadas:** creando frentes de acción u obteniendo acreditación y estatus consultivo por medio de asociaciones de industria y comercio con personería legal sin fines de lucro para participar en la formulación de políticas públicas con la misma legitimidad que las organizaciones de interés público que no tienen conflictos de interés con los objetivos de las Naciones Unidas o del Tratado.
7. **Manipulación de comunidades:** debilitar y manipular procesos de toma de decisiones de comunidades, como por medio de estímulos financieros o de otra índole, intimidación o desinformación.
8. **Planes de responsabilidad social empresarial:** engañar al público al promover la percepción de que las operaciones/políticas de la empresa respetan el medio ambiente y los derechos humanos.
9. **Privatización de servicios de seguridad pública:** las empresas proporcionan salarios y otros estímulos a la policía, el ejército y otros servicios de seguridad pública para que actúen defendiendo sus intereses contra comunidades locales.
10. **Manipulación del relato:** influir sobre la opinión pública manipulando los medios y líderes de pensamiento para favorecer los objetivos de rentabilidad.
11. **Captura de instituciones académicas y de investigación:** utilizar apoyo y poder financiero para influir sobre estas instituciones a fin de que realicen estudios que favorezcan los intereses empresariales.

## Borrador cero actual: débil protección contra la captura corporativa

Los conflictos de interés se mencionan en **un solo punto del tratado, de una manera débil e inadecuada** para abordar el tema de la captura corporativa. El **artículo 15.3** establece: *“En las políticas y acciones elaboradas y ejecutadas conforme a la presente Convención, las Partes deberán procurar proteger estas políticas y acciones de los intereses comerciales y otros intereses particulares del [sector privado] de conformidad con la legislación nacional”*. En particular, la

inclusión de la frase “de conformidad con la legislación nacional” **genera dudas sobre si este artículo fortalece estándares o simplemente recae en la legislación nacional**, a pesar de que justamente la inadecuación del derecho nacional es una razón central por la que los Estados buscaron un tratado internacional en primer lugar.

## Recomendaciones:

Este tratado debería incluir un conjunto más elaborado de disposiciones destinadas a proteger contra la captura corporativa, la injerencia política y los conflictos de interés sobre la base de precedentes internacionales. El primer tratado de rendición de cuentas corporativa de la historia, el Convenio Marco para el Control del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud (CMCT OMS), aporta un precedente legal internacional establecido para ese tipo de protección dentro del mismo sistema de la ONU. El artículo 5.3 del CMCT prevé lo siguiente: “A la hora de establecer y aplicar sus políticas de salud pública relativas al control del tabaco, las Partes actuarán de una manera que proteja dichas políticas contra los intereses comerciales y otros intereses creados de la industria tabacalera, de conformidad con la legislación nacional”. Este artículo y sus directivas de implementación sirven de orientación para los encargados de formular políticas respecto de las medidas específicas destinadas a asegurar que las políticas y los gobiernos estén protegidos contra los intereses de las empresas.

Las directivas incluyen **incrementar la transparencia, desarrollar códigos de conducta para funcionarios del gobierno, proteger contra conflictos de interés, concientizar acerca de las tácticas de la industria perjudiciales para la salud y regular las actividades de responsabilidad social empresarial (RSE)**, entre otras. El éxito del CMCT y su fortaleza como tratado son una prueba elocuente del poderoso efecto que pueden tener medidas de buen gobierno como el artículo 5.3 sobre los procesos y resultados regulatorios que amenazan con disminuir las ganancias de las empresas transnacionales. Como tal, el Tratado debería incluir disposiciones como las siguientes:

1. Los Estados Parte deberán actuar para proteger el Tratado y sus negociaciones, órganos y procesos contra los intereses creados comerciales y de otra índole de las ETOEC, **excluyéndolas del proceso de redacción del Tratado y negándoles los medios para influir** sobre las políticas relevantes de derechos humanos en sus acuerdos de comercio e inversión bilaterales, regionales, multilaterales o de otro tipo.
2. Los Estados Parte deberán adoptar las medidas necesarias para proteger estos procesos de formulación de políticas públicas y órganos del gobierno contra la injerencia indebida de intereses comerciales y otros intereses creados de las ETOEC. Para ello, los Estados Parte deberán **establecer legislación nacional** que incluya las siguientes medidas:
  - a. Rechazar y actuar contra la interferencia de intereses comerciales e intereses creados de otra índole en la creación e implementación de legislación y políticas públicas que busquen establecer una supervisión, regulación y rendición de cuentas apropiada de las actividades de las ETOEC con el objetivo de asegurar el cumplimiento efectivo de este Tratado y el disfrute de los derechos humanos.
  - b. **Los organismos estatales que hayan contratado ETOEC deberán ser transparentes y rendir cuentas**, especialmente en relación con las personas y comunidades afectadas respecto de todas sus relaciones con las ETOEC.
  - c. **Documentar y revelar a la opinión pública los archivos de los contratos** y otros negocios efectuados con ETOEC, y la información relacionada.
  - d. **Establecer prohibiciones de largo plazo de las “puertas giratorias”** entre organismos del Estado y ET, y viceversa. Para miembros del gobierno se deberá instaurar una veda de cinco años para evitar el riesgo de la captura corporativa.
  - e. **Prohibir que todos los empleados públicos acepten regalos** de representantes de grupos de presión. Y prohibir que las ETOEC hagan aportes financieros a partidos o candidatos políticos.
  - f. **Prohibir el uso de personal de seguridad pública del Estado y/o de las fuerzas armadas** por parte de las ETOEC por medio del empleo o estímulos.
  - g. **Rechazar asociaciones estatales y acuerdos no vinculantes o no exigibles** con ETOEC, establecer medidas destinadas a limitar las interacciones del estado con ETOEC y asegurar la transparencia de dichas interacciones cuando ocurran, y evitar que se les de tratamiento preferencial a las ETOEC.
  - h. Adoptar medidas para asegurar que los **funcionarios y empleados gubernamentales eviten los conflictos de interés**.
  - i. Asegurar que la información proporcionada por ETOEC sea transparente y correcta.
  - j. Subordinar todas las medidas de diplomacia comercial y de protección de inversores al derecho internacional de derechos humanos.
2. Los Estados Parte deberán des-normalizar, en la medida en que sea posible, y regular las actividades descritas como “socialmente responsables” de ETOEC, incluyendo, sin limitarse a ello, actividades presentadas como de “responsabilidad social empresarial”.
3. Los Estados Parte deberán tratar a las empresas transnacionales de propiedad del Estado de la misma manera que a las demás ET.

# Defensores y defensoras de los derechos humanos

El actual Borrador Cero incluye un artículo sobre los derechos de las víctimas (artículo 8) y una definición de “víctima” (artículo 4), pero no hay **ninguna referencia específica a los/as defensores/as de los derechos humanos (DDH)**. El hecho de no incluir disposiciones directas sobre los/as defensores/as de derechos humanos es profundamente lamentable, especialmente dado el papel clave que desempeñan estos activistas en el apoyo a las comunidades afectadas, incluso durante las consultas gratuitas de consentimiento previo e informado y otros procesos de consulta; así como en la identificación, mitigación, exposición y garantía de la rendición de cuentas por cualquier impacto adverso potencial o real en los derechos humanos y el medio ambiente asociado con la actividad de las empresas y los proyectos de desarrollo. **El hecho de no reconocer y proteger formalmente a los/as DDH y activistas en las disposiciones del Tratado puede poner en riesgo uno de los objetivos principales del Tratado: fortalecer y garantizar la rendición de cuentas corporativa.**

El actual Borrador Cero del Tratado Vinculante es una oportunidad perdida para abordar los grandes desafíos que enfrentan los/as defensores/as de los derechos humanos (DDH) cuando intentan poner en evidencia y combatir los impactos perjudiciales de las empresas en los derechos humanos y el medio ambiente.

Los/as defensores/as a menudo sufren la obstrucción de su trabajo, abusos y represión por parte de las empresas, otros actores no estatales y, en muchas situaciones, los Estados que apoyan dichas actividades comerciales. Esto incluye acoso judicial, el debilitamiento de su libertad de expresión, asociación y asamblea; hostigamiento, intimidación y amenazas físicas perpetradas por servicios de seguridad privados o estatales. En los peores casos, los/as defensores/as de derechos humanos han sido blanco de arrestos y detenciones arbitrarias, desapariciones, acoso judicial, tortura, malos tratos e incluso asesinatos. La experiencia muestra que las mujeres defensoras de los derechos humanos (MDDH) se convierten en blancos particulares, así como también los sectores marginados de la sociedad, incluyendo (entre otros) las comunidades menos favorecidas, los pueblos indígenas y las minorías étnicas. Además, la criminalización de actividades legítimas de derechos humanos a través de leyes restrictivas o imprecisas, como las relacionadas con la seguridad nacional, la lucha contra el terrorismo y la difamación, ha inhibido gradualmente el trabajo de los/as DDH.

## Borrador Cero actual: no reconoce el papel crucial de los/as DDH ni los riesgos específicos que afrontan

La redacción del Tratado debe cambiarse porque no reconoce el papel activo y central de los/as defensores/as de los derechos humanos. Y a través de esta negligencia, el Tratado no consigue garantizar que los/as DDH puedan trabajar en un entorno seguro, libre de ataques, represalias y restricciones no razonables.

Los/as defensores/as de los derechos humanos son a menudo víctimas de abusos corporativos pero, sobre todo, son actores y líderes clave en el movimiento por la rendición de cuentas y la reparación de abusos cometidos por empresas. Sirven y persiguen los intereses de los titulares de derechos y las víctimas de violaciones de derechos humanos relacionadas con las empresas. Por lo tanto, **la implementación efectiva del futuro Tratado depende de la capacidad de los DDH** para apoyar a las comunidades afectadas en el uso adecuado de este instrumento en la búsqueda de rendición de cuentas y reparación.

Mientras tanto, los/as defensores/as de derechos humanos que denuncian y exponen los abusos contra los derechos humanos relacionados con las empresas se enfrentan a una creciente presión por parte de actores estatales y no estatales, incluidas las empresas. El deterioro de la situación de los defensores de derechos humanos se ve agravado por la falta de acción estatal en respuesta a tales ataques.

En cuanto a los derechos de los/as defensores/as y los mecanismos de protección a nivel nacional, regional e internacional, **un instrumento legalmente vinculante debería servir para cerrar algunas de las brechas y contrarrestar la reducción del espacio para la sociedad civil en todas las regiones**. El Tratado debe referirse a los/as defensores/as de los derechos humanos, con reconocimiento explícito de las defensoras de los derechos humanos, e incluir un artículo específico sobre la obligación del Estado de respetar, proteger y cumplir sus derechos. Todo esto es una condición esencial para que el Tratado refuerce sustancialmente la transparencia y la rendición de cuentas corporativa por las violaciones de derechos humanos y ambientales.

## Recomendaciones:

1. Asegurar que **el preámbulo reconozca el papel central de los/as defensores/as de derechos humanos** para garantizar la rendición de cuentas; y refuerce el derecho a promover la protección y la realización de

los derechos humanos y las libertades fundamentales a nivel nacional e internacional (individualmente y en asociación con otros); el derecho a disfrutar de libertad y seguridad, libertad de asociación y expresión, así como otros derechos y libertades relacionados consagrados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Defensores de los Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales pertinentes.

2. En el **artículo 8** sobre los derechos de las víctimas, el Tratado debería **referirse explícitamente a la obligación de los Estados** de:
  - a. garantizar en todas las circunstancias, la integridad física y psicológica de todos los/as DDH, incluso mediante el desarrollo de estrategias de protección efectivas en consulta con ellos;
  - b. proteger a los/as DDH de cualquier interferencia ilegal en su privacidad y de cualquier forma de amenaza, ataque o criminalización;
  - c. proporcionar a las víctimas y a los DDH, incluidas las defensoras de los derechos humanos, un acceso adecuado a la información relevante para la defensa de los derechos humanos y la búsqueda de responsabilidades y recursos, incluido el derecho a saber, buscar, obtener, recibir y mantener información relevante para el monitoreo de derechos humanos, publicar, transmitir o difundir libremente opiniones, información y conocimientos sobre derechos humanos y libertades fundamentales, potencial o realmente afectadas por las actividades de las empresas.
2. Incluir una **disposición específica sobre la obligación de los Estados** de respetar, proteger y cumplir los derechos de todos los/as defensores/as de los derechos humanos y crear un entorno propicio para su trabajo. Por lo tanto, los Estados deberían, entre otras medidas:
  - Revisar, enmendar y adoptar leyes y políticas, en consulta con los/as DDH, entre otras cosas, para:
    1. Prohibir la interferencia de actores no estatales, incluso mediante el uso de fuerzas de seguridad públicas o privadas, en las actividades de cualquier persona que busque ejercer el derecho a participar en los procesos de toma de decisiones y reunirse pacíficamente o protestar y denunciar los abusos relacionados con actividades comerciales;
    2. Reforzar y garantizar la disponibilidad y accesibilidad de los mecanismos de recurso judiciales y no judiciales, incluidos los defensores del pueblo o los órganos administrativos, y velar por que sean efectivos, equitativos, transparentes, compatibles con los derechos, imparciales y estén suficientemente equipados para abordar las denuncias de manera plena, rápida e independiente;
    3. Proporcionar medidas preventivas de protección y un remedio efectivo en casos de violaciones ya sea perpetradas por Estados, empresas u otros actores no estatales contra DDH, incluidas las mujeres defensoras de derechos humanos y activistas que actúan fuera de su jurisdicción territorial, con un enfoque de género y culturalmente sensible;
    4. Crear un marco legal y administrativo directo y coherente favorable para el desarrollo de las ONG y las organizaciones de la sociedad civil, así como su trabajo, y derogar cualquier legislación que prohíba o criminalice a las ONG y las organizaciones de la sociedad civil debido a las restricciones al registro o asociación, o a los fondos recibidos del extranjero.
  - Asegurar que los actores no estatales, incluidas las empresas, cumplan con las normas de derechos humanos de acuerdo con el derecho internacional y otras leyes pertinentes aplicables.
  - Combatir la impunidad por los ataques contra los/as defensores/as de los derechos humanos y las violaciones de sus derechos cometidos por actores estatales y no estatales, incluso mediante la realización de investigaciones efectivas, independientes y transparentes de esos casos para identificar a los responsables, llevarlos ante la justicia y garantizar una indemnización y reparación adecuadas.
  - Acabar con cualquier criminalización de la protesta social y garantizar que quienes ejercen el derecho a protestar estén efectivamente protegidos de las violaciones, incluso asegurando la investigación y sanción de los agentes estatales involucrados en casos de criminalización, y proporcionando la debida reparación;
  - Abstenerse de adoptar leyes restrictivas o disposiciones penales ambiguas, como las relacionadas con la seguridad nacional, la lucha contra el terrorismo y la difamación, que podrían dar lugar a restricciones o a la criminalización del trabajo de los/as defensores/as de los derechos humanos;
  - Satisfacer las necesidades específicas de protección de los/as DDH pertenecientes a grupos que enfrentan riesgos diferentes, desproporcionados o imprevistos, incluidas las mujeres, las comunidades empobrecidas, los pueblos indígenas, los grupos étnicos y otros grupos minoritarios;
  - Respetar todos los componentes del derecho de acceso a la financiación: el derecho de solicitar, recibir y utilizar la financiación;
  - Apoyar y legitimar el trabajo esencial de los/as DDH en las declaraciones públicas e integrarlos en las consultas;
  - Crear un entorno propicio para garantizar que las comunidades afectadas estén en el centro de las discusiones y la toma de decisiones sobre la interacción de las empresas con las comunidades locales.
1. De conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Tratado debe fortalecer la obligación de los Estados de consultar y cooperar de buena fe **con los pueblos indígenas** interesados a través de su propia institución representativa para obtener su consentimiento libre e informado antes de la aprobación de cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros

recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos u otros, específicamente en lo relativo al **artículo 9** (Prevención).





# Derechos de los pueblos indígenas

Pese a que una serie de instrumentos legales internacionales de derechos humanos existentes establecen las obligaciones estatales en relación con los pueblos indígenas, los **marcos actuales no abordan directamente ni de manera adecuada las violaciones de derechos humanos que surgen de la interacción con la actividad de las empresas.** Es esencial que la propuesta de tratado responda a la experiencia de vida de estas comunidades, representadas por aproximadamente 370 millones de personas en todo el mundo, como única para esos grupos y que refleje los impactos sentidos por poblaciones más amplias que se encuentran en situaciones similares.

Cualquier discurso sobre un instrumento jurídico internacional que regule la responsabilidad de los actores corporativos en relación con los derechos humanos debe subrayar la protección de los derechos de los pueblos indígenas de conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas y el derecho internacional de los derechos humanos.

La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNSRIPRIP) Victoria Tauli-Corpuz, aseguró en su primer mensaje ante el Grupo de Trabajo Intergubernamental en su primera sesión:

*“Los pueblos indígenas han ocupado un lugar destacado en las discusiones relativas a las violaciones de derechos humanos cometidas por corporaciones desde los años 70. Durante décadas, los pueblos indígenas han sido víctimas de las actividades de las corporaciones en sus territorios tradicionales o cerca de ellos, que han expoliado y contaminado sus territorios tradicionales sin su consentimiento, situando a muchos pueblos al borde de la extinción cultural o física. Hoy en día, esa situación apenas ha cambiado. Como se refleja en las comunicaciones que he recibido en mi capacidad de Relatora Especial, **los pueblos indígenas y otras comunidades locales siguen sufriendo de manera desproporcionada** los impactos negativos de la actividad corporativa, mientras que los dirigentes y activistas de las comunidades sufren una auténtica escalada de la violencia a manos de fuerzas gubernamentales y compañías de seguridad privadas. Muchos de los desplazamientos de los pueblos indígenas de sus territorios ancestrales y las ejecuciones extrajudiciales de activistas indígenas se producen en comunidades en las que hay enfrentamientos con corporaciones. Mi predecesor en el mandato, el profesor James Anaya, llegó a la conclusión de que **las actividades de las empresas extractivas y otras actividades corporativas a gran escala son, actualmente, las principales causas de violaciones de los derechos de los pueblos indígenas en prácticamente todo el mundo.**”*

Citando trabajos de investigación de diferentes Procedimientos Especiales de la ONU y organizaciones de la sociedad civil (OSC) relevantes y experimentadas, el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos reportó ante la Asamblea General de la ONU en 2013 que *“los pueblos indígenas se encuentran entre los grupos más gravemente afectados por las actividades de los sectores extractivos, agroindustriales y energéticos. Los impactos adversos reportados van desde los impactos en el derecho de los pueblos indígenas a mantener su estilo de vida tradicional elegido, con su particular identidad cultural, hasta la discriminación en el empleo y el acceso a bienes y servicios (incluidos los servicios financieros), el acceso a la tierra y la seguridad de la tenencia de la tierra, al desplazamiento a través del reasentamiento forzado o económico y los graves abusos asociados a los derechos civiles y políticos, incluidos los impactos en los DDH, el derecho a la vida y la integridad corporal”. Estos impactos se ven agravados en las mujeres indígenas y las personas disconformes con el género que son “sometidas a múltiples formas de discriminación por motivos de género y etnia” y “formas específicas de discriminación o abuso, como la violencia sexual”.*

Además, “los pueblos indígenas sienten el efecto acumulativo de las vulnerabilidades que afectan individualmente a otros grupos que enfrentan un mayor riesgo de violaciones a los derechos humanos, como los campesinos, los trabajadores de temporada, los sin tierra y las minorías étnicas”. A menudo son blanco de discriminación racial, están marginados política y económicamente, carecen de títulos oficiales sobre sus tierras y con frecuencia están excluidos del mercado laboral regular”.

## Borrador Cero actual: meras referencias simbólicas a los pueblos indígenas

A pesar de lo anterior, el Borrador Cero actual ignora en gran medida la situación altamente vulnerable de los pueblos indígenas en relación con las actividades empresariales y comerciales. El Borrador Cero **meramente menciona a los pueblos indígenas como parte de una lista de grupos y sectores vulnerables que necesitan ser consultados (artículo 9.2)** dentro del marco de la diligencia debida **(artículo 9.1)** y que se encuentra entre aquellos que enfrentan un “riesgo mayor de violaciones de los derechos humanos” en el contexto de actividades empresariales **(artículo 15.5)** y por lo tanto, debería prestárseles especial atención.

La disposición sobre la consulta **(artículo 9.2) debilita excesivamente el derecho de los pueblos indígenas,** presentando este derecho como si se tratase simplemente de una “consulta” y no fuera una cuestión del pleno “consentimiento” libre, previo e informado. En general, el hecho de que el Borrador Cero no dedique disposiciones

específicas a los pueblos indígenas subraya que no se ha comprendido plenamente el impacto desproporcionado que las actividades empresariales y corporativas tienen sobre los derechos de los pueblos indígenas.

## Recomendaciones

La propuesta para el tratado debería abordar plenamente las violaciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas que involucren a empresas y corporaciones transnacionales –ya reconocidas en varios documentos de Naciones Unidas e investigaciones académicas. El Tratado debería incluir disposiciones **específicas** que aborden **directamente** las preocupaciones relativas a los derechos de los pueblos indígenas.

En lo relativo a los procesos del GTI y con respecto al derecho de los pueblos indígenas al consentimiento libre, previo e informado (CLPE) en todos los temas que afecten a sus derechos, **el GTI debe asegurar la participación** y la voz de los pueblos indígenas en todas sus discusiones. Por lo tanto, debe **institucionalizar un proceso en el que esta participación quede garantizada**.

Este tratado debería reafirmar explícitamente los derechos humanos de los pueblos indígenas en el contexto de la actividad de las empresas transnacionales y otras empresas (ET-OE) y exigir que los Estados tomen medidas concretas y dirigidas en lo relativo, entre otras cosas, a lo siguiente:

1. **El derecho a la autodeterminación**, y por ende el derecho a determinar el desarrollo de sus prioridades;
2. **El derecho al Consentimiento Libre, Previo e Informado (CLPE)**;
3. **El derecho a beneficiarse de las actividades generadas por las ET-OE** tras obtener el CLPE;
4. **El derecho a la protección del conocimiento tradicional e indígena de la actividad de las ET-OE**, especialmente en relación con la apropiación a través de las patentes;
5. **El derecho a un recurso efectivo y culturalmente sensible** que incluya el respeto y el reconocimiento de las leyes y cortes consuetudinarias de los pueblos indígenas, y que esté atento a cualquier daño causado o contribuido por las ET-OE a las tierras, territorios, recursos naturales y la biodiversidad como los disfrutaban los pueblos indígenas;
6. **La adopción de medidas legislativas y otras medidas** para exigir que las ET-OE identifiquen y aborden no sólo los impactos de derechos humanos resultantes de sus actividades, sino también los **impactos ambientales**, dado que los derechos de los pueblos indígenas están intrínsecamente vinculados a la salud de su medio ambiente natural.
7. Asegurar **la participación activa de los pueblos indígenas** y otorgarles un papel central en los procesos de consulta sobre las actividades de las ET-OE que tendrán un impacto, directo o indirecto, sobre sus tierras, recursos, cultura y modo de vida (incluso revisando específicamente la estructura de los procesos de consulta, asegurando que cualquier proceso es llevado a cabo de un modo culturalmente apropiado y **reconociendo los impactos diferentes y desproporcionados que experimentan las mujeres indígenas**);
8. Proteger y crear un entorno propicio para el trabajo de los/as defensores/as de los derechos humanos indígenas y los/as defensores/as de los derechos territoriales, a medida que enfrentan una violencia cada vez mayor, amenazas, hostigamiento, detenciones arbitrarias y otros abusos graves contra los derechos humanos en el contexto de acciones pacíficas en conexión con los impactos de las actividades de las ET-OE.

# Indigenous Peoples' Rights

Whilst a number of existing international human rights law instruments outline state obligations relating to indigenous peoples, the **current frameworks do not directly or adequately address human rights violations arising in connection with corporate activity**. It is essential that the proposed treaty is responsive to the lived experience of such communities – representing approximately 370 million people globally – as unique to such groups and as reflective of impacts felt by wider populations who are similarly situated.

Any discourse on an international legal instrument regulating the responsibility of corporate actors in relation to human rights must underscore the protection of the rights of indigenous peoples pursuant to the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and international human rights law.

The UN Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples (UNSRIPRIP) Victoria Tauli-Corpuz, in her inaugural keynote message before the IGWG's<sup>1</sup> first session responds:

*"Indigenous peoples have been at the forefront of discussions regarding the human rights abuses committed by corporations since the 1970s. For decades, indigenous peoples have been victims of corporate activities in or near their traditional territories, which have depleted and polluted their traditional territories without their consent, putting many peoples at the verge of cultural or physical extinction. Today, little has changed in relation to this situation. As reflected in the communications I have received in my capacity as Special Rapporteur, **indigenous peoples and other local communities continue to suffer disproportionately** the negative impact of corporate activities, while community leaders and activists suffer a true escalation of violence on the hands of government forces and private security companies. Many of the displacements of indigenous peoples from their ancestral territories and the extrajudicial killings of indigenous activists usually happen in communities where there are ongoing struggles against corporations. My predecessor in the mandate, Professor James Anaya, concluded that **extractive and other large scale corporate activities constitute today 'one of the most important sources of abuse of the rights of indigenous peoples' in virtually all parts of the world.**"<sup>2</sup>*

Citing research by different UN Special Procedures and relevantly experienced civil society organisations (CSOs), the UN Working Group on Business and Human Rights reported to the UN General Assembly in 2013 that *"indigenous peoples are among the groups most severely affected by the activities of the extractive, agro-industrial and energy sectors. Reported adverse impacts range from impacts on the right of indigenous peoples to maintain their chosen traditional way of life, with their distinct cultural identity to discrimination in employment and access to goods and services (including financial services), access to land and security of land tenure, to displacement through forced or economic resettlement and associated serious abuses of civil and political rights, including impacts on human rights defenders, the right to life and bodily integrity."*<sup>3</sup> These impacts are compounded on indigenous women and gender non-conforming persons who are *"subjected to multiple forms of discrimination based on gender and ethnicity" and "specific forms of discrimination or abuse, such as sexual violence"*.<sup>4</sup>

Furthermore, *"indigenous peoples feel the cumulative effect of vulnerabilities that individually affect other groups who face increased risk of human rights violations, such as peasants, seasonal workers, the landless and ethnic minorities. They are often the target of racial discrimination, are politically and economically marginalized, lack formal title over their land and are often excluded from the regular labour market."*<sup>5</sup>

## Current Zero Draft: mere token references to indigenous peoples

Despite the foregoing, the current Zero Draft neglects the highly vulnerable situation of indigenous peoples in relation to corporate and business activities. The Zero Draft **merely mentions indigenous peoples as part of a list of vulnerable groups and sectors who need to be consulted (Article 9.2)** within the framework of due diligence **(Article**

<sup>1</sup> Open-ended Intergovernmental Working Group in Charge of Elaborating a Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights.

<sup>2</sup> *Opening Remarks in the occasion of the First Session of the Open-ended Intergovernmental Working Group in Charge of Elaborating a Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights*. July 6, 2015, <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/statements/70-igwg-2015>.

<sup>3</sup> UN Working Group on Human Rights and transnational corporations and other business enterprises. Report to the General Assembly (2013), p. 3. Available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/420/90/PDF/N1342090.pdf?OpenElement>

<sup>4</sup> UN Working Group on Human Rights and transnational corporations and other business enterprises. Report to the General Assembly (2013), p. 4.

<sup>5</sup> As above, n 3.

**9.1)** and who are among those who face “heightened risk of violations of human rights” due to business activities (**Article 15.5**) and therefore should be given special attention.

The provision on consultation (**Article 9.2**) **exceedingly waters down the right of indigenous peoples**— framing these rights as if they were just about “consultation” and not a question of full agency free, prior and informed “consent.”<sup>6</sup> Overall, the failure of the Zero Draft to allocate specific provisions for indigenous peoples underlines an inadequate understanding of the disproportionate impact of corporate and business activities on indigenous peoples rights.

## Recommendations

The proposed treaty must fully address the human rights violations against indigenous peoples that involve transnational corporations and business enterprises — already recognized in various UN documents and academic research. The treaty must include **specific** provisions that **directly** address indigenous peoples rights’ concerns.

In relation to the processes of the IGWG, and in respect to the right of indigenous peoples to free, prior and informed consent (FPIC) on all matters impacting on their rights, the **IGWG must ensure the participation** and the voice of indigenous peoples in all its discussions. It must therefore **institutionalize a process whereby this participation is guaranteed**.

This treaty should explicitly reaffirm the human rights of indigenous peoples in the context of TNC-OBE activity and require States to take concrete, targeted measures in relation, inter alia, to the following:

- 1. The right to self-determination**, and as such the right to determine their development priorities;
- 2. The right to Free, Prior and Informed Consent (FPIC)**;
- 3. The right to benefit from the activities generated by TNC-OBEs** after first obtaining FPIC;
- 4. The right to protection of indigenous and traditional knowledge from TNC-OBE activity**, particularly in relation to appropriation through patenting;
- 5. The right to an effective and culturally sensitive remedy** that includes the respect and recognition of indigenous peoples’ customary laws and courts, and attentive to any damages caused or contributed to by TNC-OBE to land, territories, natural resources and biodiversity as enjoyed by indigenous peoples;
6. The **adoption of legislative and other measures** to require TNC-OBEs to identify and address not only human rights impacts resulting from their activities, but **environmental impacts** as well, since indigenous peoples’ rights are intrinsically linked to the health of their natural environment;
7. Enable **indigenous peoples’ active participation** and central role in consultation processes surrounding TNC-OBE activities that will affect, directly or indirectly, their land, resources, culture and way of life (including specifically regarding the structure of consultation processes, ensuring that any process is conducted in a culturally appropriate manner and with **recognition of differing and disproportionate impacts experienced by indigenous women**);
8. Protect and create **an enabling environment for the work of indigenous human rights defenders and land rights defenders**, as they have faced continuous and increasing violence, threats, harassment, arbitrary detention and other serious human rights abuses in the context of peacefully taking action in connection with the impacts of TNC-OBE activities.

<sup>6</sup> See UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, Article 10, Article 11.2, Article 19, Article 28.1, Article 29.2, Article 32.2,

# Perspectiva de género

El Tratado Vinculante es una oportunidad crítica para reconocer y abordar de qué manera las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (ETOEC) afectan en forma diferente, desproporcionada o no prevista a las mujeres y las personas no convencionales respecto de su género como consecuencia de la discriminación sistémica basada en el género existente en sociedades. **Este enfoque resulta esencial para el objetivo mismo del futuro tratado, es decir, colocar los intereses de los titulares de derechos en el centro y asegurar de manera efectiva la prevención, la protección y la reparación de los perjuicios relacionados con empresas.**

En todas las regiones, las mujeres son discriminadas ampliamente en los entornos de trabajo, lo que, a su vez, contribuye al afianzamiento de las desigualdades de género asociadas al acceso a recursos dentro del hogar, una mayor representación social y económica en la sociedad, y la posibilidad de disfrutar de un estándar de vida adecuado. En todas las regiones, una cantidad desproporcionada de mujeres practica formas de trabajo informales y no pagas, las cuales están asociadas a condiciones laborales peligrosas y precarias, salarios más bajos e irregulares, empleos de corto plazo o sin legitimidad formal, horas de trabajo irregulares o extensas, y mayor vulnerabilidad al acoso, abuso físico y violencia sexual.

En particular las industrias extractivas (como la minería, la exploración petrolera y otros proyectos de desarrollo de gran escala) continúan teniendo un efecto específico sobre los derechos de la mujer. Debido al papel desproporcionado que desempeñan las mujeres en las responsabilidades domésticas y de cuidados, sembrando y cosechando alimentos, y recogiendo agua, las mujeres se ven más afectadas cuando esos recursos sufren daños.

Las mujeres y las defensoras de los derechos humanos (incluyendo mujeres indígenas y personas de todos los géneros, edades, razas y orígenes étnicos) suelen enfrentarse a violencia específica de género, estigmas, represalias e inseguridad laboral por denunciar abusos relacionados con empresas. Las mujeres también se enfrentan a barreras que les impiden el acceso a la justicia en muchos países debido al racismo estructural y los patrones patriarcales de poder, su posición marginal en la sociedad, la falta de información y conocimientos sobre sus derechos legales, legislación nacional discriminatoria y el miedo a represalias cuando buscan reparaciones. En muchos países a las mujeres no se les reconoce la igualdad jurídica.

## Borrador cero actual: no incorpora una perspectiva de género

Unas pocas disposiciones **mencionan brevemente a las mujeres o el género**. Respecto de la prevención, el borrador cero requiere que se preste especial atención a quienes enfrentan mayores riesgos de violaciones de los derechos humanos, incluyendo las mujeres (también las indígenas) y otros, durante las consultas (artículo 9(2)(g)).

Las disposiciones finales del borrador cero requieren que los estados presten especial atención a quienes están expuestos a un mayor riesgo de violaciones de los derechos humanos, incluyendo las mujeres y otros (artículo 15.5).

Las disposiciones finales también requieren que en las áreas de conflicto se preste especial atención a la violencia de género y sexual (artículo 15.4).

El preámbulo y las disposiciones finales destacan la importancia del principio de no discriminación (artículos 1 y 15.6).

**Es necesario modificar este lenguaje, debido a que no prevé medidas para superar las barreras estructurales y sistemáticas que dificultan la realización de la justicia de género y económica.**

**Los abusos de los derechos humanos relacionados con empresas no son neutrales** y afectan a diferentes grupos de titulares de derechos, incluyendo a las mujeres, de maneras diferentes y, algunas veces, desproporcionadas, debido a formas preexistentes y (algunas veces) estructurales de discriminación. Estos grupos también se enfrentan a barreras adicionales de la justicia cuando buscan reparaciones para las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas. Por ello, para asegurar la igualdad sustantiva, el borrador cero debe reconocer y reflejar estas diferencias.

En todas las disposiciones y en la interpretación del tratado, los estados y otros actores deben adoptar un enfoque “de género” a fin de que las mujeres realmente participen en el proceso y se beneficien de él, así como de medidas relacionadas de los estados y otros. Esto significa que, **en lugar de solo identificar temas de género o trabajar bajo el principio de “no hacer el mal”** (relacionado con la obligación de respetar), **todo proceso debe contribuir sustancialmente a superar los sesgos de género históricos y “hacer el bien”** (cumplir con las obligaciones de proteger y cumplir) y lograr igualdad para todas las personas.

En este sentido, y como lo establece el marco de los derechos humanos, la igualdad sustantiva en la práctica requiere un enfoque multifacético para: **eliminar las desventajas** (basadas en estructuras y relaciones de poder históricas y actuales que definen e influyen sobre la capacidad de la mujer de disfrutar de sus derechos humanos); **resolver los estereotipos, los estigmas, los prejuicios y la violencia** (con un cambio subyacente en la manera en la que la mujer es considerada y se considera a sí misma, y cómo la tratan los demás); **transformar las estructuras y prácticas institucionales** (que suelen estar

orientadas hacia los hombres y desconocer o descartar las experiencias de las mujeres); **facilitar la inclusión social y la participación política** (en todos los procesos formales e informales de toma de decisiones).

## Recomendaciones:

1. Asegurar que el **preámbulo reconozca los efectos diferenciados** de las actividades empresariales sobre las mujeres y el papel esencial de la mujer en el proceso de crear un instrumento para remediar esos efectos.
  - a. El preámbulo también debe recordar las obligaciones preexistentes de los Estados de proteger a las mujeres de abusos de los derechos humanos relacionados con empresas emanadas de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Asimismo, debe reconocer explícitamente que las políticas económicas y las actividades relacionadas de las ETOEC deben estar alineadas con las obligaciones existentes de derechos humanos y el bienestar ambiental, y que el marco económico dominante actualmente no conduce a esos objetivos.
2. Asegurar que **la declaración del objetivo** articule y apoye un enfoque que responda a la perspectiva de género. Esto incluye asegurar que se aborden formas múltiples y/o interseccionales de discriminación.
3. Asegurar que el **artículo sobre los derechos de las víctimas** aclare que el acceso a la justicia y a reparaciones debe responder a la perspectiva de género y garantizar la seguridad de los defensores de los derechos humanos, así como las necesidades específicas relacionadas con la seguridad de las defensoras de los derechos humanos.
4. Como parte de la **diligencia debida**, requerir evaluaciones independientes y lideradas por expertos del impacto de género basadas en datos desagregados por sexo.
5. Mover de las **disposiciones finales** al artículo sobre prevención las secciones referidas al mayor riesgo de violaciones que sufren las mujeres y otros como consecuencia de actividades de empresas y en áreas de conflicto.
6. **Mover la sección** que requiere que la aplicación y la interpretación del pacto estén libres de cualquier tipo o razón de discriminación, sin excepciones, **de las disposiciones finales al artículo sobre el derecho aplicable.**

# Áreas de conflicto

El borrador cero del Tratado hace referencia a las áreas de conflicto una vez, en el artículo 15(4) de las disposiciones finales. La disposición **se hace eco del lenguaje de los Principios Rectores de Naciones Unidas y, en última instancia, es débil y no cumple con su objetivo, dado que no establece las obligaciones específicas de los estados y utiliza el lenguaje suave de la “atención especial”**. Considerando el importante papel que desempeñan las empresas en la prolongación y el mantenimiento de conflictos, es necesario emplear un lenguaje más fuerte para asegurar la protección contra los abusos de los derechos humanos cometidos por empresas en áreas afectadas por conflictos y a favor de una mayor rendición de cuentas.

El Borrador Cero del Tratado ofrece una oportunidad para abordar los impactos negativos sobre el terreno de la implicación directa e indirecta de las empresas en graves violaciones de los derechos humanos en áreas afectadas por conflictos. Existen precedentes de que empresas y otras organizaciones comerciales (tanto nacionales como transnacionales) se han aprovechado de situaciones de inestabilidad e inseguridad, y de conflictos continuos para avanzar su trabajo y ampliar sus actividades para cosechar y aumentar sus ganancias y su presencia.

Al mismo tiempo, varias iniciativas internacionales, como los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos (PRONU), han reiterado y reafirmado la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos en sus operaciones, en particular en aquellas que tienen lugar en áreas afectadas por conflictos. Sin embargo, y debido a diversos factores (que van desde la falta de voluntad política hasta la avidez de controlar la tierra y los recursos naturales), **las actividades comerciales siguen siendo deficientemente reguladas por los estados en la mayoría de las situaciones de conflicto, y carecen de medios y mecanismos adecuados y efectivos de rendición de cuentas por parte de las empresas, y de reparaciones para las víctimas.**

## Borrador cero actual: su falta de claridad podría poner en peligro la implementación

De acuerdo con el derecho internacional de derechos humanos aplicable en situaciones de conflicto, el estado es el responsable primario de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos. Sin embargo, ello no absuelve a los actores no estatales, incluyendo actores privados y empresas comerciales, de su responsabilidad de respetar los estándares de los derechos humanos.

De manera similar, el derecho humanitario internacional no solo vincula a los estados y grupos armados, sino que se extiende a todos los actores cuyas actividades están vinculadas a un conflicto existente. Como tal, una empresa comercial que lleva a cabo operaciones y actividades dentro de un conflicto también debe respetar las disposiciones del derecho humanitario internacional. Asimismo, en áreas afectadas por conflictos, si las empresas están implicadas o son directamente responsables de graves infracciones del derecho internacional que puedan constituir delitos reconocidos internacionalmente, los representantes pueden incurrir en responsabilidad penal individual conforme al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

## Recomendaciones:

1. El Tratado debe **establecer disposiciones más claras sobre los abusos de los derechos humanos perpetrados por empresas en áreas afectadas por conflictos y la rendición de cuentas, refiriéndose en particular al contexto especial y asegurando que el lenguaje coincida explícitamente con el derecho humanitario internacional**. De esta manera se asegurará una mayor protección para las personas y comunidades, imponiendo obligaciones sobre los actores estatales y no estatales, incluyendo las empresas.
2. En ese sentido, el Tratado, y cuando destaca la mayor diligencia debida (artículo 9 sobre Prevención), debe abarcar la diligencia debida específica y necesaria requerida por los estados y empresas en situaciones de conflicto. Ello se puede lograr de la siguiente manera:
  - a. Recurriendo a más disposiciones de los **PRONU sobre situaciones de conflicto**, incluyendo las que se articulan en el **Principio 7** referida al papel de los estados en la identificación, prevención y mitigación de abusos de los derechos humanos consecuencia de actividades y relaciones comerciales.
  - b. Incorporando medidas inmediatas que el estado pueda tomar con este fin, incluyendo negando el acceso a apoyo y servicios públicos para las empresas implicadas, y contando con legislación y políticas efectivas para regular y disminuir los riesgos para los derechos humanos relacionados con las empresas.
  - c. Agregando **otra disposición al artículo 7** sobre el derecho aplicable, en la que se haga referencia específica a las áreas afectadas por conflictos, destacando la aplicabilidad del derecho internacional de los DDHH y el derecho humanitario internacional en tales contextos.
2. El Tratado en su totalidad ignora el papel de las «relaciones comerciales» y su vínculo directo con los abusos de los derechos humanos. Sin embargo, en la disposición referida a las áreas afectadas por conflictos, el Tratado logra

mencionar las actividades y las relaciones comerciales. Una vez más, esto **se debe enfatizar en todo el texto del Tratado en su totalidad** a fin de evitar lagunas en la implementación.



## Primeras impresiones sobre el Borrador de Protocolo Facultativo del Instrumento Jurídicamente Vinculante que regula las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales

Gabriela Kletzel & Andrés López Cabello  
Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)

Daniel Cerqueira  
Due Process of Law Foundation (DPLF)

Primeras impresiones sobre el Borrador de Protocolo Facultativo del Instrumento Jurídicamente Vinculante que regula las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales

Este blog fue redactado por miembros de la RED-DESC: Gabriela Kletzel & Andrés López Cabello, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Daniel Cerqueira, Due Process of Law Foundation (DPLF)

A primera vista, los borradores iniciales del Instrumento Jurídicamente Vinculante (IJV) y el Protocolo Facultativo (PF) despiertan serias dudas acerca de si son realmente un aporte a los esfuerzos para que las empresas respondan por los abusos contra los derechos humanos. El borrador del IJV establece que el “acceso efectivo a la justicia y la reparación para víctimas de violaciones de los derechos humanos en el marco de las actividades comerciales” es uno de sus principales objetivos. Sin embargo, el PF aborda el cumplimiento de las obligaciones estatales, principalmente mediante mecanismos nacionales de aplicación y un comité internacional de expertos, ambos con escasas facultades de supervisión y monitoreo.

Aunque aquí nos concentramos en el PF, no podemos ignorar cómo afecta el IJV la posibilidad de mejorar la rendición de cuentas de las empresas, en particular respecto del acceso efectivo a la justicia y la reparación. Al respecto, debemos manifestar una vez más nuestro desacuerdo con el alcance limitado del borrador del tratado. El texto actual excluye a las empresas que actúan exclusivamente en los límites de la jurisdicción del Estado en el que operan. Nuestra experiencia en Argentina<sup>7</sup> y en otros países de América Latina indica que estos tipos de empresas también pueden estar implicadas en violaciones de los derechos humanos. Por ello, es sumamente importante ampliar el alcance del IJV para que no abarque solo las actividades comerciales de carácter transnacional.

Incluso en el caso de empresas transnacionales que cometen abusos, el IJV no establece medidas efectivas para prevenir la impunidad, exceptuando, por ejemplo, el cumplimiento de sentencias que ordenan la reparación de ese tipo de abusos. Algunas de las excepciones a la ejecución de sentencias contra empresas se basan en criterios extraordinariamente vagos, como situaciones “contrarias a la política pública” del Estado en el que se busca ejecutar la sentencia.

Asimismo, el IJV no aborda adecuadamente las obligaciones extraterritoriales de los Estados. Aunque menciona la obligación de remediar y de cumplir con obligaciones de diligencia debida por parte de los Estados de origen y huéspedes de las empresas infractoras, el IJV no llega a establecer obligaciones concretas. Por ejemplo, no resuelve el problema del *forum non conveniens* (la facultad de rechazar un caso cuando puede ser más conveniente que sea examinado por la justicia de otro país) ni de la doctrina del velo corporativo, entre otras herramientas legales usadas con frecuencia para evitar la responsabilidad jurídica y cualquier otra forma de responsabilidad de las “empresas matrices” y los accionistas de las empresas transnacionales implicadas en violaciones de los derechos humanos.

Lamentablemente, la reciente publicación del PF solo sumó preocupación respecto de la sustancia y aspectos procesales del borrador actual del tratado. El marco de cumplimiento del PF se basa en el Mecanismo de Implementación Nacional (MIN) para promover el cumplimiento del tratado, su monitoreo e implementación, así como en un comité de expertos (el Comité), creado por el IJV en el artículo 14, que estaría facultado para recibir y considerar reclamaciones individuales.

La mayor parte del texto del PF regula la creación y las funciones del Mecanismo de Implementación Nacional (MIN). Sin embargo, éste no prevé una sede efectiva para monitorear y reparar abusos empresariales. Según el borrador, el MIN actuará como mediador entre las partes en disputa para conciliar posiciones opuestas en el marco de un proceso llamado “de solución amistosa”. Resulta muy problemático que los MIN centren su mandato en este tipo de proceso de mediación, en tanto la experiencia muestra que los Estados suelen utilizar estas instancias como tácticas dilatorias. Estos procesos solo

---

<sup>7</sup> <https://www.cels.org.ar/web/en/2015/12/nuevo-informe-responsabilidad-empresarial-en-crime-nes-de-lesa-humanidad-en-la-argentina/>

funcionan adecuadamente cuando las extremas asimetrías existentes entre las partes se equilibran por medio de sistemas institucionales adecuados. Como mínimo, es fundamental crear una oficina pública dotada de abogados especializados que representen los intereses de las víctimas en este contexto.

Las facultades de supervisión del MIN establecidas en el PF dependen de la celebración de un acuerdo amistoso, sin embargo, no hay nada previsto para casos en los que no se llegue a una solución amistosa. Y en los casos de incumplimiento de un acuerdo amistoso (art. 6 del PF), no queda claro el propósito del envío de información al Comité de Expertos, tal como dispone el texto actual del borrador.

Resulta crucial que los MIN tengan legitimidad ante los tribunales nacionales civiles, penales y administrativos. También deberían poder presentar demandas y reclamaciones colectivas en defensa de intereses difusos. Estas funciones podrían representar un aporte real hacia el acceso a la justicia por parte de las víctimas, especialmente teniendo en cuenta que, en principio, los MIN son organismos especializados y adecuadamente capacitados para lidiar con temas de responsabilidad empresarial.

Aunque el art. 2 del PF afirma que los Estados parte “deberán considerar los Principios Relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos (Principios de París) al designar o establecer el [MIN]”, el borrador se centra casi exclusivamente en funciones de conciliación y mediación. No menciona otras funciones contenidas en los Principios de París, en particular la posibilidad de emitir decisiones vinculantes, examinar reclamaciones o peticiones por violaciones de derechos humanos, y transmitir las a las autoridades judiciales y administrativas competentes.

También es insuficiente la regulación de las facultades de los MIN para demandar información de las empresas y organismos del Estado. Los MIN deberían tener un mandato claro y efectivo para solicitar o, incluso, exigir información pertinente para analizar casos concretos de abusos de los derechos humanos, y no solo datos e informes habituales que las empresas ya deben presentar para cumplir con requerimientos legales en el ámbito nacional. Resulta esencial desarrollar criterios y directrices claras sobre qué información y cómo se debe preparar y presentar ante los MIN.

De manera similar, no queda claro qué tipo de remedios o reparaciones podrían ordenar el Comité y los MIN. Aunque el borrador del IJV se refiere a la obligación de los Estados de establecer diversos remedios, el texto del PF es omiso cuando se trata de definir sus facultades sobre este tema.

Asimismo, es importante que el IJV y el PF incluyan requerimientos estrictos y transparentes respecto de la designación de los miembros y la composición de los MIN y el Comité. Es particularmente importante establecer reglas claras para prevenir conflictos de interés y asegurar la imparcialidad y la independencia de dichos órganos y sus miembros.

También es necesario fortalecer la prevención de las represalias contra quienes interactúan con el MIN el Comité. Lo anterior, mediante disposiciones referidas, por ejemplo, a acciones que emprendan las empresas o los gobiernos contra los sindicatos. El artículo 21 del PFCAT<sup>8</sup> puede ser de utilidad en este punto. El Comité debería poder imponer medidas interinas o provisionales y aceptar intervenciones de terceros y amici curiae, como lo hacen frecuentemente otros órganos supranacionales de derechos humanos. Asimismo, es importante que el Comité tenga mayores facultades de supervisión y monitoreo, incluyendo (y de acuerdo con otros instrumentos de derechos humanos como el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de DESC<sup>9</sup> la capacidad para hacer el seguimiento ante los Estados de recomendaciones en el marco de reclamaciones individuales.

Finalmente, esperamos que las organizaciones de la sociedad civil y las víctimas de abusos empresariales tengan un papel clave en la definición del proceso de deliberación referido al IJV y su PF en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU. De lo contrario, no queda claro si estos nuevos instrumentos serán un aporte constructivo en el campo de los derechos humanos y las empresas.

<sup>8</sup> <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPCAT.aspx>

<sup>9</sup> <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/opcescr.aspx>