

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

Comentarios generales:

- El Gobierno de México está convencido de la importancia de promover el respeto a los derechos humanos en el contexto de la actividad empresarial, y por ello ha optado por acompañar proactivamente diversas iniciativas sobre empresas y derechos humanos que se han impulsado en los diversos foros internacionales.
- México considera que la mejor vía para tomar acción en este tema es mediante la **efectiva implementación de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos** a nivel nacional, los cuales fueron aprobados por consenso en el marco del Consejo de Derechos Humanos en 2011, y que constituyen un parteaguas en el tema al consolidarse como una herramienta sumamente útil para encaminar los esfuerzos nacionales.
- El valor de los Principios Rectores radica no sólo en que está anclado en altos estándares, sino que su orientación permite a los Estados y empresas fortalecer la implementación y acciones con verdadero impacto en el terreno.
- La instrumentación de los Principios Rectores, a través de la elaboración de planes nacionales e incluso de vías para fomentar la asistencia técnica y fomento de capacidades, se estima prioritaria.
- Desarrollar experiencia a través de la puesta en práctica de los Principios permitirá a los Estados identificar avances, áreas que deben fortalecerse y vacíos que requieran de medidas adicionales en el ámbito nacional o internacional.
- En virtud de lo anterior, el alcance de las aportaciones respecto a un instrumento jurídicamente vinculante podría ser hasta cierto punto limitado. Asimismo, se reconoce que el tema es incipiente y requiere de mayor conocimiento y experiencia por parte los Estados y otros actores relevantes en el tema.
- Independientemente de lo anterior, y a la luz del compromiso de México con el trabajo multilateral en la materia, se transmiten las siguientes observaciones.

a) Marco general

1.1 Preámbulo

.....

“El contenido del instrumento podrá incluir lo siguiente: [pag.2]

....

- *Reafirmación de, y relación con, otros convenios (i.e. los convenios fundamentales de la OIT,...*”

Comentario: Los Convenios a ser incluidos en la parte preambular deberán analizarse cuidadosamente, toda vez que no todos los Estados son Parte de todos los convenios celebrados en el marco de la OIT, y esto podría representar dificultades para la eventual adopción del instrumento y posteriormente su entrada en vigor.

b) 1. Marco general

1.2 Principios

[Párrafo 4, pag.3]

- *“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 ETs y OEs.”*

Comentario: Es necesario reflexionar en torno a las mejores vías para hacer compatible el principio de la responsabilidad primordial del Estado respecto a la protección, respeto y promoción de los derechos humanos en su jurisdicción y la atribución de una subjetividad internacional pasiva a cargo de las empresas transnacionales y otras empresas, en tanto personas morales, que les obligue -en derecho internacional- a respetar, promover y proteger los derechos humanos, y que les impute responsabilidad internacional en caso de incumplimiento de dichas normas. En todo caso, las soluciones en materia de responsabilidades y atribuciones que ofrecen los Principios Rectores se estiman convenientes.

c) **1. Marco general**

1.2 Principios

[Párrafo 6, pag.3]

- *“Reconocimiento de la primacía de las obligaciones respecto a los derechos humanos sobre los acuerdos de comercio e inversión.”*

Comentario. Vale la pena analizar con mayor detenimiento la eficacia de una declaración en este sentido, que si bien persigue proteger a los derechos humanos como bienes jurídicos preferentes vis a vis otros bienes jurídicos protegidos por las normas internacionales derivadas de tratados en materia comercial o de inversiones, la naturaleza de las obligaciones de unas y otras normas son diversas. Si bien no se pone en duda que los derechos humanos son inherentes al ser humano, universales, indivisibles e inalienables, y es obligación de todos los Estados protegerlos y respetarlos, en términos de aplicación resultará complejo operar el principio que se propone. En todo caso, se podría tratar de una cuestión de aplicación e interpretación de las obligaciones internacionales de un Estado, en el que, tanto derechos humanos, como derecho comercial o de inversión, deben aplicarse de forma armónica, integral, y no excluyente.

d) **1. Marco general**

1.2 Principios

[Párrafo 11, pag.]

- *“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.”* (énfasis añadido)

Comentario: Sería pertinente que el principio propuesto se sujete a señalar que los Estados observarán su obligación de proteger contra violaciones o abusos de derechos humanos cometidas dentro de su territorio y / o jurisdicción por parte de terceros, en la negociación de acuerdos internacionales en materia de comercio o inversión. Lo más conveniente es que los Estados establezcan normas nacionales que sean aplicables para tal fin.

e) **1. Marco general**

1. 4 Objetivos.

[Párrafo 1, pag.4]

- *“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 ETs y las OEs.” (énfasis añadido)

Comentario: La responsabilidad primordial del Estado debe seguir siendo el eje de las iniciativas que se discuten en torno al tema de empresas y derechos humanos y, en este caso, podría generar mayor consenso entre los Estados. Lo anterior es armónico con la obligación a cargo de los Estados para tomar todas las acciones necesarias, para garantizar la vigencia, respeto y cumplimiento de los derechos humanos, en este caso, en el contexto de la actividad empresarial.

f) 1. Marco general

1.3 Objetivos.

[Párrafo 7, pag.5]

- *“Reafirmar la primacía del derecho de los derechos humanos sobre los acuerdos de comercio e inversiones y establecer obligaciones estatales específicas al respecto.”*

Comentario: ver comentarios expresados respecto al **Marco general, 1.2 Principios**, [Párrafo 6, pag.3]. (*Supra*)

g) 2. Ámbito de aplicación

[Párrafo 2, pag.5]

- *“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 ETs y OEs que tienen carácter transnacional, independientemente de su modo de creación, control, propiedad, tamaño o estructura.”*

Comentario: Se reitera que la perspectiva de la responsabilidad primordial del Estado debería ser el eje rector del instrumento, siendo los Estados los sujetos obligados y responsables de proveer leyes y recursos administrativos y judiciales, en el marco de sus ordenamientos jurídicos nacionales, para garantizar el acceso a la justicia y la remediación o reparación de los daños.

h) 2. Ámbito de aplicación

[Párrafo 3, pag.5]

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

Comentario: Se sugiere reconsiderar el hecho de incorporar una definición dado que la falta de claridad podría generar problemáticas en términos de implementación. De igual forma, se sugiere reflexionar en torno al ámbito material de aplicación, ya que distinguir entre empresas transnacionales y empresas estatales o privadas con actividades nacionales, podría generar distinciones que excluyan ciertos tipos de actividades empresariales relevantes, más allá de aquellas de carácter transnacional.

i) **2. Ámbito de aplicación**

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.” (énfasis añadido)*

Comentario: Será necesario analizar y valorar la práctica nacional respecto a tipos societarios y modelos corporativos para constitución de empresas. En este caso, la mención de “personas naturales” podría referirse tanto a individuos como a empresas constituidas bajo tipos societarios unipersonales, con arreglo a derecho nacional.

j) **2. Ámbito de aplicación**

2.3 Actores concernidos por el instrumento:

- *“Estados y organizaciones de integración económica regional.*
- *ETs y OEs.*
- *Personas naturales.” (énfasis añadido)*

Comentario: Se estima preferible avanzar en esta primera etapa de negociaciones bajo la perspectiva de la responsabilidad primordial de los Estados y sólo considerar, para otros sujetos, el carácter de actores sin que ello derive en obligaciones a su cargo en virtud del instrumento. Lo anterior podría reunir mayor consenso.

k) **3. Obligaciones generales**

[Párrafo 2, pag.6]

- *“El fortalecimiento de la responsabilidad primaria de los Estados y el reconocimiento de las obligaciones generales de las ETs y OEs 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 ETs y OEs.”*

Comentario: se reitera el comentario expresado respecto del apartado **1. Marco general, 4 Objetivos**, [Párrafo 1, pag.4]. (*Supra*) sobre la responsabilidad primordial del Estado.

l) **3. Obligaciones generales**

[Párrafo 3, pag.6]

- *“...Por consiguiente, la adopción de un instrumento internacional jurídicamente vinculante que reconozca esas obligaciones generales podría fortalecer el sistema internacional estableciendo 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.” (énfasis y edición añadidos)*

m) **3. Obligaciones generales**

3.1 Obligaciones de los estados

[Párrafo 6, pag.6]

- “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.”

Comentario: Se considera que en aras de garantizar la protección más amplia los individuos y sus derechos humanos, y considerando que la mayoría de las licitaciones y contrataciones públicas se adjudican a empresas nacionales, sería valioso analizar la posibilidad de incluir en el ámbito material de aplicación del instrumento las actividades de todas las empresas, sin distinción, y no sólo las transnacionales.

n) 3. Obligaciones generales

3.2 Obligaciones de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas:

- “Independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propiedad y estructura, **[los Estados deberán garantizar que]** las ETs y OEs **deberán cumplir [cumplan]** con todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos reconocidos internacionalmente, donde quiera que operen, y en todas sus cadenas de suministro.
- **[Los Estados evitarán que]** Las ETs y OEs ~~evitarán los impactos a~~ **[vulneren]** 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.
- **[Los Estados se obligan a promulgar leyes conforme a las cuales]** Las ETs y OEs 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.
- **[Los Estados desarrollarán regulación que constriña a]** Las ETs y OEs ~~se abstendrán [a abstenerse]~~ 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.” (Edición añadida)

Comentario: se reitera la conveniencia de adecuar el texto a la luz de la responsabilidad primordial de los Estados y redactar las cláusulas dispositivas en el sentido de crear obligaciones a cargo de los Estados parte.

o) 3. Obligaciones generales

3.3 Obligaciones de las Organizaciones internacionales

[3.3“Obligaciones de los Estados en el marco 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.”

Comentario: La disposición propuesta podría ir más allá que el objetivo del proyecto y representa desafíos sustantivos que deben ser reflexionados.

p) 4. Medidas preventivas:

[Párrafo 1, pag.8]

“...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 ETs y OEs.” (Énfasis añadido)

Comentario: Las acciones preventivas por parte de Estados y empresas son el campo en que podrían tener mucho más eficacia los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos. Esta es la perspectiva aunada a la de responsabilidad primordial del Estado podrían ser las dos directrices o ejes del instrumento, lo que lo acercaría al espíritu de los Principios Rectores y, probablemente, le ganaría mayor aceptación entre las partes negociantes.

q) 4. Medidas preventivas

[Párrafo 3, pag.8]

- *“Los Estados Partes adoptarán medidas normativas y de otra índole para exigir a las ETs y OEs 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.”*

Comentario: Se sugiere considerar la inclusión en este apartado de "las mejores prácticas", dicho término es una referencia común en el derecho internacional de las inversiones, notablemente en materia energética. Tales reglas son adoptadas por las propias empresas, consideradas como derecho aplicable por los paneles y tribunales arbitrales internacionales, e incorporadas en ordenamientos jurídicos nacionales. Cada vez más, se ven laudos arbitrales internacionales que incorporan, como derecho aplicable a las empresas transnacionales, las normas de derechos humanos y su observancia, como parte de las mejores prácticas de las empresas.

r) 4. Medidas preventivas

[Párrafo 3, pag.8]

“Los Estados parte adoptarán las medidas normativas... 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.” (Énfasis añadido)

Comentario: Se considera que deberán que hacerse amplias consultas para definir lo que se entendería por “un sistema de alerta temprana” y por “acciones específicas para corregir inmediatamente tales violaciones o abusos.”

s) 5. Responsabilidad jurídica:

[Párrafo 18, pag.10]

- *“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 ETs y OEs bajo su **[jurisdicción]** propiedad o control.”*

Comentario: Se recomienda agregar la palabra jurisdicción. Lo anterior, en armonía con la opinión de maximizar el espectro de protección de derechos humanos.

t) 7. Jurisdicción

[Párrafo 7, pag. 13]

- *“Adoptar medidas normativas para facilitar que sus tribunales consideren las violaciones o abusos cometidos por las ETs y OEs y sus subsidiarias, a lo largo de la cadena de suministro, domiciliadas fuera de su jurisdicción” (énfasis añadido)*

Comentario: Se trata de una propuesta que debe ser analizada a profundidad, a la luz de las normas existentes en materia de jurisdicción de los Estados por actividades empresariales.

u) 9. Mecanismos de promoción, implementación y monitoreo

[b.1. Mecanismos Judiciales, párrafo 2]

- *“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.”*

Comentario: se sugiere analizar la viabilidad de considerar dentro de los mecanismos de implementación el arbitraje internacional, el cual goza de amplio favor en el sector empresarial transnacional y la práctica más reciente de los árbitros internacionales comienza a incorporar normas de derechos humanos como parte del derecho aplicable.

v) 10. Disposiciones Generales

- *“Cláusula que establece la primacía de este instrumento sobre otras obligaciones derivadas de los sistemas jurídicos de comercio e inversión.”*

Comentario: ver comentarios expresados respecto al **Marco general, 1.2 Principios**, [Párrafo 6, pag.3]. (*Supra*)