

Aportes del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) al Borrador Cero del Instrumento Jurídicamente Vinculante (IJV) y su Protocolo Facultativo elaborado por el grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos

Marzo de 2019

En este documento presentamos comentarios y sugerencias al texto del Borrador Cero del Instrumento Jurídicamente Vinculante (IJV) elaborado por el grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. En primer lugar, nos referimos al ámbito de aplicación del tratado y, en concreto, a las violaciones de derechos humanos comprendidas por el IJV, con eje en las víctimas, los daños y las empresas comprendidas. En segundo lugar, trabajamos sobre la regulación de los procesos para determinar responsabilidades de las empresas ante violaciones de derechos humanos. Finalmente, una tercera sección aborda el texto del Protocolo Facultativo presentado junto al Borrador Cero del IJV.

I. Comentarios sobre el ámbito de aplicación del Tratado

I.a. Sobre el alcance de las violaciones de derechos humanos comprendidas por el Tratado: las víctimas y el daño

El Borrador Cero del Instrumento Jurídicamente Vinculante (IJV) restringe su alcance a la violación inmediata e individual de la actividad corporativa transnacional. De esta forma excluye los impactos negativos en los derechos humanos que produce la actividad corporativa con mediato efecto y de alcance colectivo (véase arts. 3, 4 y 5).

La definición estrecha de “víctimas” que propone el Borrador Cero (art. 4) puede dificultar un abordaje integral del daño ocasionado por la actividad empresarial. Al igual que en otras secciones del Borrador Cero, hay una remisión a la legislación interna de cada Estado, en este caso para delimitar si familiares y dependientes de las “víctimas directas” podrán también ser consideradas como víctimas para habilitar los reclamos, reforzando la mirada individualizante sobre quienes sufren los efectos de la actividad corporativa. Esta perspectiva se reitera en el abordaje de las medidas de reparación, por ejemplo, al referirse a las garantías de no repetición únicamente en relación a las víctimas y no con carácter institucionales.

De hecho, los daños causados por las actividades corporativas pueden afectar a colectivos de personas e inclusive, puede extenderse el daño entre distintas generaciones. Así, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC) en su Observación General núm. 24 del año 2017, sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, al referirse al deber de proteger de los Estados señala que los Estados deben considerar la posibilidad de “facilitar la interposición de acciones civiles y otros medios eficaces para que las personas cuyos derechos hayan sido transgredidos puedan reclamar una reparación a las empresas responsables, en particular reduciendo los costos para las víctimas y permitiendo formas de **reparación colectiva**” (párrafo 15, el resaltado es nuestro).

Por su parte, el enfoque sobre el “daño” ya producido está reflejado en la definición estrecha de “víctimas” del art. 4, así como en los incisos del art. 9 que abordan la “Prevención” y en el art. 10.6 acerca de responsabilidad de las empresas. En estos casos, el Borrador Cero circunscribe la responsabilidad empresarial a aquellas actividades sobre las cuales se ejerce control o se tiene una relación “directa” o “suficientemente cercana” con la actividad perjudicial a los derechos humanos. Sería mejor que en estos casos se adopte la mirada más amplia contenida en los Principios sobre Empresas y Derechos Humanos aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Por ejemplo, el Principio 13 establece “La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: [...] b) **Traten de prevenir o mitigar** las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, **incluso cuando no hayan contribuido a generarlos**” (el destacado nos pertenece). Los Principios 17 y 18 también desarrollan más ampliamente la debida diligencia que el Borrador Cero, al ampliarla más allá de las actividades directamente realizadas por las empresas o por entidades directamente controladas por ellas, teniendo en cuenta el potencial de impacto como criterio rector.

Es preciso que el texto del tratado incorpore en mayor profundidad el enfoque preventivo que menciona su art. 2.1.b, en lugar de abordar casi exclusivamente los daños directos que pueden ocasionar las empresas, de manera de obligarlas a anticipar, prevenir y mitigar oportunamente los daños.

Observamos también un recorte de la responsabilidad penal prevista en el art. 10.8, al mandar a los Estados parte a establecer dicha responsabilidad para la actividad empresarial que “intencionalmente” cometa delitos, excluyendo de esta manera la posibilidad de prever sanciones penales por negligencia.

Por otra parte, el texto del Borrador Cero no contempla la posibilidad de declarar la imprescriptibilidad de ciertas acciones por fuera de las penas por delitos de lesa humanidad, a pesar de que ciertas jurisdicciones establecen la imprescriptibilidad, por ejemplo, de las acciones civiles derivadas de esos delitos. Este instrumento no debería fijar un estándar que desaliente estos casos.

I.b. Sobre el carácter de las empresas comprendidas

Al delimitar el alcance del tratado sólo a aquellas empresas que realizan actividades de carácter transnacional (art. 3), se excluye del ámbito de aplicación a las afectaciones de derechos humanos derivadas de las actividades de empresas que operan exclusivamente en el ámbito de cada Estado.

Esto implica una distinción arbitraria entre las víctimas de actividades empresariales, otorgando la protección del tratado sólo para aquellas que hubieran sufrido violaciones por parte de empresas con actividades económicas de carácter transnacional. El Comité DESC en su OG 24, que versa sobre las obligaciones de los Estados en el contexto de las actividades empresariales, explicita en su párrafo 3 que “las actividades empresariales abarcarán todas las actividades de entidades empresariales, sean transnacionales o puramente nacionales, públicas o privadas, e independientemente de su tamaño, sector, ubicación, propiedad y estructura.”

Las víctimas de operaciones de empresas nacionales merecen igual protección y garantías en el acceso a la justicia y reparación. En este sentido, el caso argentino evidencia la importancia de alcanzar también a las empresas nacionales. Durante la dictadura cívico militar que tuvo lugar entre 1976 y 1983 en la Argentina, el poder económico y empresarial fue un activo colaborador en las violaciones cometidas y se vio beneficiado de distintas maneras por el modelo económico que se instauró entonces. El proceso de justicia por crímenes de lesa humanidad ha permitido avanzar en la determinación de la responsabilidad de diversos sectores en las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante el terrorismo de Estado. Precisamente, uno de los actores sobre los que se ha indagado es el empresarial. Las investigaciones judiciales que hoy se encuentran en curso involucran a una gran cantidad de empresas en hechos que van desde el apoyo logístico brindado a

las fuerzas armadas y de seguridad hasta la elaboración de listas con los nombres de trabajadores que fueron secuestrados, torturados y desaparecidos.¹

Por otra parte, de la lectura del Borrador Cero del IJV pareciera que la única herramienta realmente novedosa y útil para hacer efectivo el acceso a la justicia de las víctimas es la habilitación de la jurisdicción para iniciar acciones legales tanto en el lugar donde se produjeron los daños como en el Estado donde se encuentre domiciliada la empresa supuestamente responsable. El artículo 5 debiera aclarar que la opción de la jurisdicción está en cabeza de las víctimas del accionar corporativo.

A pesar de este avance, en el IVJ se incorporan una serie de normas que restan efectividad a esta habilitación de jurisdicción, restringiendo las posibilidades de obtener una reparación y sanción efectiva.

En primer lugar, además de excluir a víctimas de empresas que operan solamente a nivel nacional, el artículo 4 va más allá al circunscribir la definición de actividades empresariales de carácter transnacional a aquellas "actividades económicas con fines de lucro", lo cual puede desembocar en que se excluya la actividad de empresas estatales, según se defina en el derecho local si su actividad tiene fines de lucro o no. Las empresas que son propiedad del Estado no necesariamente persiguen "fines de lucro", pero sí pueden cometer importantes abusos y afectaciones de derechos humanos en sus actividades económicas.

En esta línea, el Borrador Cero otorga excesiva deferencia a la legislación interna de cada Estado en donde se verifica una violación de derechos humanos por actividad empresarial, lo cual puede socavar la efectividad del tratado para reparar dichas violaciones. Esto sucede de distintas maneras:

- a través de la excepción que prescribe el art. 11.10 por la que bastaría para la inejecutabilidad de la sentencia que un pronunciamiento bajo el tratado sea entendido como "contrary to the public policy of the Party in which its recognition is sought" (del original).
- permite que un Estado deniegue asistencia legal a otro si el requerimiento de cooperación es "contrario al sistema legal del Estado parte requerido" (art. 11.11).
- a través de la mentada circunscripción a las actividades empresariales "con fines de lucro", que puede tener diferentes acepciones en distintos Estados y que deja por fuera, por ejemplo, la actividad corporativa bajo el lema de "responsabilidad social empresarial".
- establece que la carga de la prueba corresponde a las víctimas, a menos que la normativa local permita el desplazamiento de la obligación a las empresas, minando el acceso a la justicia de aquellas (art. 10.4).
- permite que los Estados exceptúen a empresas pequeñas y medianas de algunas obligaciones relativas al deber de prevención y debida diligencia, a través de la excepción contenida en el art. 9.5 del Borrador Cero.

Desde ya, el amplísimo margen de discrecionalidad que habilitan los incisos 11.10 y 11.11 sin condicionalidad alguna, representa una afrenta sumamente regresiva al estado del derecho internacional de los derechos humanos en su conjunto.

A su vez, ni el Borrador Cero ni, como veremos el Protocolo Facultativo, logran reforzar los mecanismos de cumplimiento y observancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que

¹ La responsabilidad de empresas nacionales y extranjeras en las violaciones a los derechos humanos cometidas contra más de 900 trabajadores y ex trabajadores ha sido documentada en un informe que abarca 25 empresas, dedicadas a diferentes actividades y ubicadas en distintas regiones del país. Véase "Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad. Represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado", realizada en conjunto por la Secretaría de Derechos Humanos y el Programa Verdad y Justicia -Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación-, el Área de Economía y Tecnología de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) y el CELS, entre 2014 y 2015. Mayor información sobre las causas, así como los dos tomos de la investigación pueden descargarse en el siguiente link: <http://www.cels.org.ar/especiales/empresas-y-dictadura/#juicios-y-memoria>

suelen ser comparativamente más débiles que aquellos establecidos para el derecho Internacional del Comercio.

Mientras que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos los mecanismos de observancia son relativamente endebles y muchas veces de cumplimiento voluntario para los Estados, en el Derecho Internacional del Comercio se prevén normas estrictas de cumplimiento y observancia, principalmente en lo que respecta a la protección de los derechos de las corporaciones y sus inversiones. Incluso, en algunas parcelas del Derecho Internacional del Comercio las empresas son consideradas genuinamente como sujetos de derecho internacional, con legitimación para demandar internacionalmente a un Estado soberano y exigir el cumplimiento de decisiones arbitrales mediante la implementación de sanciones comerciales.

Pareciera que la comunidad internacional está más dispuesta a ceder porciones de soberanía cuando se trata de la protección de los intereses de las grandes corporaciones, pero cuando se trata de establecer responsabilidades por actividades económicas que impliquen violaciones a los derechos humanos la propuesta es, al menos, tímida.

Asimismo, la declaración del artículo 13.6 respecto de que los futuros acuerdos de comercio e inversión no contendrán normas en conflicto con el Tratado resulta especialmente problemática, pues envuelve una aplicación parcial y engañosa del principio *pro homine*. No debe quedar lugar para interpretar que sólo a partir de la entrada en vigencia de este tratado los Estados tienen la obligación de garantizar que sus compromisos comerciales no afecten los derechos humanos de las personas. Por el contrario, dicha obligación ya existe e implica un mandato de integrar la perspectiva de derechos humanos al resto de las actividades estatales, comerciales o no. Las obligaciones internacionales de derechos humanos asumidas por los Estados se aplican a toda la densa red de acuerdos internacionales de comercio e inversión, sean multilaterales, bilaterales o plurilaterales.

Si se estimara necesaria una declaración en este sentido, el texto del Tratado debería reafirmar la primacía de las obligaciones internacionales en materia de protección y garantía de los derechos humanos por sobre los compromisos internacionales en materia de comercio e inversión.

II. Sobre la regulación de procesos para el establecimiento de responsabilidad de las empresas

Es positivo que el Borrador Cero en su art. 8 rechace cualquier intento de imponer las costas de un proceso para establecer la responsabilidad de las empresas a las víctimas, ya que de otra manera ese costo puede funcionar como un desincentivo para que se hagan los reclamos, obstaculizando el efectivo acceso a la justicia de las víctimas.

De todos modos, consideramos que las herramientas procesales que menciona el Borrador Cero pueden ser mejoradas para que sean de utilidad a las víctimas. Por ejemplo, no se contemplan ni promueven las acciones de clase o acciones colectivas como forma de reclamar, por lo cual se debería mejorar la redacción del art. 5 inc. 3 que exige el “consentimiento” de los individuos que integran un grupo reclamante, a fin de superar una mirada individualista del daño y de la legitimación para reclamar.

Por otro lado, es cuestionable que el “fondo internacional para víctimas” previsto en el art. 8.7 deba ser solo costado por los Estados, cuando están en juego, principalmente, las acciones de otros actores, las empresas.

III. Sobre el Borrador de Protocolo Facultativo del Instrumento Jurídicamente Vinculante que regula las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales

El Borrador Cero del Instrumento Jurídicamente Vinculante (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*” (la traducción es propia) es uno de sus principales objetivos. Sin embargo, su Protocolo Facultativo se concentra principalmente en la creación de mecanismos nacionales de

aplicación y un comité internacional de expertos, ambos con escasas facultades de supervisión y monitoreo.

El marco de cumplimiento del 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, no prevé un foro efectivo 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 sólo 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 legitimación para actuar 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 sólo 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 Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes puede ser de utilidad en este punto.

Por otra parte, 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 Derechos Económicos Sociales y Culturales) la capacidad para hacer el seguimiento ante los Estados de recomendaciones en el marco de comunicaciones individuales.