

Fronteras de un Tratado Vinculante Eficaz sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos

Campaña Global para Reclamar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder Corporativo y Poner Fin a la Impunidad¹

Marzo 2023

Este documento recopila el razonamiento y los argumentos más importantes que la Campaña Global expone respecto al contenido que ha de tenerse en cuenta en la elaboración de un Tratado Vinculante sobre Empresas Transnacionales (ETN) y derechos humanos ambicioso y eficaz, según lo dispuesto en la Resolución 26/9. Las propuestas que aquí se recogen son el resultado consolidado de las reivindicaciones de las comunidades afectadas, las comunidades indígenas, los sindicatos y las organizaciones de la sociedad civil; asimismo, son necesarias para que el Tratado pueda regular de manera eficaz las actividades de las ETNs. Son fundamentales para abordar las asimetrías generadas por el poder desmesurado que las ETNs ejercen sobre sus cadenas de valor y producción en detrimento de la soberanía de los Estados y de los pueblos.

Este documento sirve de complemento a las contribuciones oficiales por escrito de la Campaña Global (Anexo I, solo en inglés) presentadas en el marco del período inter-sesional (8º y 9º períodos de sesiones) del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos (OEIGWG, por sus siglas en inglés). Allí, analizamos las propuestas y enmiendas hechas por los Estados en períodos de sesiones anteriores y destacamos los artículos que consideramos que deben apoyarse, los que podrían perfeccionarse, y los que aconsejamos que se desestimen en la elaboración del próximo proyecto de texto revisado, que se publicará en julio de 2023.

Los temas y argumentos que exponemos aquí han sido extraídos y recogidos en varios artículos del tercer proyecto de texto revisado con comentarios de los Estados. Reúnen más de una década de trabajo y de consultas exhaustivas, y a la vez forman parte de un proceso vivo. Nuestros aliados, y todos aquellos que trabajan para recuperar la soberanía de los pueblos, desmantelar el poder corporativo y poner fin a la impunidad, están invitados a comentar y sugerir disposiciones, argumentos, precedentes y enmiendas que fortalezcan nuestra voz y la eficacia del futuro Tratado Vinculante.

¹ La Campaña Global para reclamar la soberanía de los pueblos, desmantelar el poder corporativo y poner fin a la impunidad (Campaña Global) es una red de más de 250 movimientos sociales, organizaciones de la sociedad civil (OSC), sindicatos y comunidades afectadas por las actividades de las Empresas Transnacionales.

Índice

1. Introducción
2. Alcance del Tratado Vinculante
3. Primacía de los derechos humanos
4. Obligaciones para las ETNs en el Derecho internacional de los derechos humanos
5. Responsabilidad conjunta y solidaria a lo largo de la cadena de valor
6. Jurisdicción y el Tribunal Internacional
7. Derechos de las personas y comunidades afectadas
8. Prevención contra la captura corporativa
9. “Violación” vs “abuso”
10. “Víctima” vs “personas y comunidades afectadas”
11. Referencias al Derecho interno de los Estados
12. Referencias al término "mitigación"
13. Referencias al medioambiente
14. Referencias a leyes y mecanismos de Debida Diligencia
15. Responsabilidad jurídica

1. Alcance del Tratado Vinculante

Los regímenes y tratados en materia de comercio e inversión han creado un marco jurídico internacional que protege los beneficios empresariales en detrimento de la soberanía de los pueblos y los Estados. Esta estructura de impunidad permite a las ETNs eludir la justicia, interferir en los procesos democráticos y, por tanto, violar la soberanía de los Estados. La compleja organización jurídica y económica de las ETNs, sumada a su poder económico y a su gran capacidad de influencia y corrupción, les permite aprovechar las lagunas jurídicas y escabullirse por las rendijas de las legislaciones nacionales. Así pues, existe un importante vacío jurídico en el Derecho internacional de los derechos humanos, que permite a estas poderosas entidades violar los derechos humanos y la normativa medioambiental con cierta impunidad, un vacío que un Tratado Vinculante fuerte y eficaz logrará colmar.

Por lo tanto, garantizar la responsabilidad jurídica de las empresas a escala transnacional es fundamental para que las ETNs asuman dicha responsabilidad en una época en la que el capital circula sin restricciones, pero la justicia no. En este sentido, el ámbito de aplicación del futuro Tratado Vinculante debe basarse en la regulación de las actividades de las ETNs y otras empresas con carácter transnacional, tal y como establece la Resolución 26/9.

En segundo lugar, el cambio en el primer proyecto de borrador (2019) para expandir el ámbito de aplicación del futuro Tratado a "todas las empresas", que la Presidencia intenta ahora imponer unilateralmente en sus Directrices para el período inter-sesional², es una estrategia para debilitar el contenido del futuro Tratado. Al poner al mismo nivel a las empresas ya sujetas a control nacional y a las ETNs, hacen imposible la aplicación del futuro tratado. Al ampliar su ámbito de aplicación a "todas las empresas", suprimiendo una referencia clara a las ETNs, las disposiciones en materia de prevención y responsabilidad de las ETNs perderán fuerza. Estos cambios coinciden en gran medida con los argumentos que los representantes de las empresas y sus aliados políticos (principalmente los Estados occidentales) han defendido en sesiones previas del OEIGWG.

Por último, durante las sesiones de negociación, la mayoría de los países participantes han insistido en la importancia de respetar el ámbito de aplicación del Tratado. Por consiguiente, mantener el foco del ámbito de aplicación en las ETNs y a otras empresas de carácter transnacional es de vital importancia para garantizar no solo la eficacia del futuro Tratado, sino también el carácter democrático del proceso.

2 <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/igwg/session9/2023-03-igwg-9th-guidelines-intersession.pdf>

2. Primacía de los derechos humanos

Es esencial que el futuro Tratado reafirme y ejecute eficazmente la primacía del Derecho internacional de los derechos humanos sobre las actividades económicas, los acuerdos y la legislación en materia de comercio e inversión, de conformidad con los artículos 1 (Objetivos de las Naciones Unidas) y 103 de la Carta de las Naciones Unidas.

La primacía de los derechos humanos en el Derecho internacional se traduce en que las personas y las comunidades tengan derecho a exigir reparación por cualquier violación de sus derechos humanos, y en que las instancias judiciales garanticen la prevalencia de los medios de reparación sobre los intereses comerciales. Lo anterior incluye, entre otros, el derecho a obtener reparación por los daños sufridos, el derecho a reclamar justicia mediante la vía judicial penal y el derecho a exigir otros mecanismos de reparación.

El principio de la primacía de los derechos humanos está en perfecta consonancia con el Art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas, interpretado de forma conjunta con su preámbulo y los artículos 55 y 56. Asimismo, muchas constituciones recientes recogen la primacía de los derechos fundamentales. En el marco de este proceso, la primacía de los derechos humanos es especialmente relevante en materia de acuerdos de inversión y comercio.

3. Obligaciones de las ETNs en el Derecho internacional de los derechos humanos³

Existe una falsa creencia generalizada según la cual únicamente los Estados, en su condición de sujetos formales del Derecho Internacional, pueden incurrir en responsabilidad por violaciones de los derechos humanos. A esto se añade el temor de que, si el futuro Tratado establece obligaciones para las ETNs, estas acaben convirtiéndose automáticamente en sujetos de Derecho Internacional, poniendo así en peligro la soberanía de los Estados y su jurisdicción sobre un territorio determinado. Ninguna de estas cuestiones está fundamentada en la jurisprudencia internacional actual, como explicaremos a continuación. Además, el hecho de que los Estados establezcan conjuntamente obligaciones específicas para las ETNs en el ámbito internacional no es más que otra forma de ejercer colectivamente su poder regulatorio como representantes de los pueblos. Asimismo, estas obligaciones serán de extrema relevancia para apoyar a los Estados que regulan las ETNs a nivel nacional, lo cual les dará ventaja a la hora de enfrentarse a las asimetrías de poder y esquivar el

³ Para mayor información sobre la importancia de fijar obligaciones para las ETN, véase este documento en el que se exponen algunos argumentos: <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2022/10/Argumentos-obligaciones-directas-ETN-Campana-Global.pdf>

dominio corporativo. Por último, el establecimiento de obligaciones específicas para las ETNs en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es un medio para que los Estados cumplan con su obligación de cooperar internacionalmente en la creación de un entorno propicio para el ejercicio de los derechos humanos.

Establecer obligaciones para las ETNs en virtud del Derecho internacional de los derechos humanos supone únicamente que exista un marco jurídico internacional para las resoluciones judiciales dictadas por jueces o jurados de tribunales de ámbito local, nacional e internacional, así como por órganos jurisdiccionales administrativos, incluso en ausencia de legislación nacional o cuando dicha legislación sea deficiente o contravenga lo dispuesto en el Tratado.

En varios ámbitos jurídicos, ya disponemos de marcos legales vinculantes que establecen obligaciones para las empresas sin convertirlas en sujetos formales del Derecho Internacional. Nunca está de más recordar que las responsabilidades de las ETNs deben ser distintas, independientes y ajenas a la responsabilidad de los Estados. En primer lugar, son diferentes porque, si bien los Estados deben respetar, proteger y cumplir los derechos humanos, las ETNs deben también respetarlos, prevenir las violaciones y hacer efectivos los medios de reparación judiciales o cuasi-judiciales fijados por las instancias judiciales. En segundo lugar, su independencia supone únicamente que las comunidades e individuos amenazados o afectados podrán demandar directamente a una ETN sin necesidad de demandar a un Estado. Por último, es preciso separarlos porque no debería existir la opción de demandar ya sea al Estado o a la ETN.⁴ Por lo tanto, es evidente que no hay solapamiento entre las obligaciones de los Estados y las que deben establecerse para las ETNs. Mientras que los Estados deben respetar, proteger, aplicar, acatar, no discriminar y promover la cooperación internacional en materia de derechos humanos, las ETNs deben tener la obligación de respetar, prevenir y ofrecer medios de reparación en cumplimiento de las resoluciones judiciales.

Así pues, es necesario establecer obligaciones claras para las ETNs con el fin de garantizar la eficacia del futuro Tratado, ya que las obligaciones poco precisas pueden retrasar el proceso de rendición de cuentas en los ordenamientos jurídicos internos y obstaculizar las vías de acceso a la justicia de las comunidades afectadas. Además, para salvaguardar los derechos humanos de las comunidades afectadas por las actividades de las ETNs, el futuro Tratado no puede quedar relegado a una función complementaria y subordinada a las legislaciones nacionales. En este contexto, es importante rechazar una vez más las propuestas informales de la Presidencia que pretenden privar al futuro Tratado de su carácter transnacional.

⁴ No obstante, en caso de complicidad o negligencia del Estado, ambos podrían ser responsables de manera conjunta. Si una empresa es demandada pero no se pronuncia, el Estado, como garante de los derechos humanos, debe ofrecer medios de reparación a las víctimas a las comunidades afectadas. En este caso, deberá conservarse su capacidad de demandar a la empresa a efectos de obtener una indemnización.

4. Responsabilidad conjunta y solidaria a lo largo de las cadenas de valor

Con el fin de garantizar la plena protección de los derechos humanos, el futuro Tratado debe contemplar todas las actividades a lo largo de las cadenas de valor de las ETNs. La cadena de valor agrupa a todas las empresas que contribuyen a las operaciones de las ETNs, inclusive los contratistas, subcontratistas o proveedores con los que la sociedad matriz o dominante haya establecido relaciones comerciales formales o informales. También incluye sociedades de cartera, conglomerados económicos, inversores y fondos que proporcionan el capital financiero y los servicios digitales de las ETNs. Esto significa que la rendición de cuentas también debe aplicarse a niveles superiores, de modo que los inversores, accionistas, bancos y fondos de pensiones que financian a las ETNs puedan ser considerados responsables de las violaciones de derechos humanos cometidas por las ETNs a las que apoyan financieramente.

La inclusión de los agentes de los eslabones superiores e inferiores de la cadena es indispensable para romper la lógica según la cual las responsabilidades sociales, medioambientales y económicas quedan externalizadas a lo largo de las cadenas de las ETNs y ocultas tras el velo corporativo. Para ello, el Tratado debe establecer un marco exhaustivo y adecuado de responsabilidad jurídica de tipo penal, civil y administrativa, que debe ser conjunta y solidaria. Todas y cada una de las partes pueden entonces ser consideradas individualmente responsables de la totalidad de la obligación, así como de una parte de la misma. En general, la responsabilidad conjunta y solidaria a lo largo de la cadena de valor sirve como mecanismo para garantizar que todas las partes implicadas en una violación concreta de los derechos humanos y el medio ambiente rindan cuentas por cualquier daño causado y que se proporcionen los mecanismos de reparación satisfactorios a las comunidades y personas afectadas.

En cuanto a los precedentes, la Observación general núm. 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales del Consejo Económico y Social (ECOSOC, por sus siglas en inglés) de las Naciones Unidas, párrafo 42, describe cómo el velo corporativo compromete el acceso efectivo a los recursos para las víctimas de violaciones de los derechos humanos. El Estatuto de Roma y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares establecen un marco específico para la responsabilidad conjunta. Por último, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y Otras Personas que Trabajan en Zonas Rurales (UNDROP) sientan las bases para que tanto el Estado como las comunidades puedan exigir la responsabilidad de las ETNs, inclusive la responsabilidad conjunta.

5. Jurisdicción y el Tribunal Internacional⁵

Para garantizar la aplicación del Tratado Vinculante de las Naciones Unidas así como el cumplimiento de las obligaciones establecidas por este instrumento, y si los mecanismos de denuncia nacionales resultaran ineficaces, las personas y comunidades afectadas deben poder recurrir a los tribunales tanto del Estado de origen como del Estado anfitrión de la ETNs, en aquellos Estados en los que la ETN lleve a cabo actividades importantes, en aquellos Estados en los que se hayan producido o corran el riesgo de producirse las violaciones de los derechos humanos, en aquellos Estados de los que las personas o comunidades afectadas sean nacionales o donde estén domiciliadas, o en aquellos Estados en los que la ETNs tenga sus activos principales.

Además, es necesario encomendar el control del cumplimiento y las sanciones por incumplimiento a un Tribunal Internacional ante el cual las ETNs deba rendir cuentas y el cual actúe de forma coordinada y complementaria con los órganos jurisdiccionales de los Estados. La necesidad de una institución accesible que haga posible la sanción judicial de las violaciones de los derechos humanos se justifica, por una parte, por la ineficacia e ineficiencia de los mecanismos existentes y, de otra, por la necesidad de evitar la creación de otro instrumento cuya utilidad y razón de ser queden paralizadas por la ineficacia en su aplicación. Cabe recordar que la creación de un mecanismo judicial internacional ya había sido sugerida por un documento elaborado por la Presidencia en 2017 ([Elements, 9b.1](#)).

Inspirada por este documento de la Presidencia, la Campaña Global propone un nuevo párrafo en el art.15.8 del borrador del Tratado: ***Los Estados Parte acordarán el establecimiento de un mecanismo judicial internacional para la promoción, aplicación y supervisión del instrumento jurídicamente vinculante, en forma, por ejemplo, de un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de Empresas Transnacionales en materia de Derechos Humanos.***

También es importante respaldar la disposición relativa a las demandas conexas, que permitirá, por ejemplo, la posibilidad de juzgar ante el mismo tribunal a una sociedad matriz o dominante y a su filial u otras sociedades con las que mantenga relaciones comerciales y que operen en el extranjero. Esta incorporación al tercer proyecto de texto revisado es un primer paso importante para establecer la responsabilidad conjunta y solidaria de las ETNs a lo largo de sus cadenas de valor mundiales.

Por último, el mecanismo de vigilancia del cumplimiento previsto para el futuro Comité y que ha sido recogido en el último proyecto de texto es aún muy débil y no garantiza la eficacia de las ya limitadas exigencias que el texto impone a los Estados, sobre todo porque no prevé ningún mecanismo de

⁵ Para más información, véase el Documento relativo a los elementos para la creación de un Tribunal Internacional sobre las ETN y los derechos humanos: https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2022/10/Elementos-Tribunal_Oct2022.pdf

denuncia. Tanto para el Tribunal Internacional como para el Órgano del Tratado (el Comité), es fundamental contar con una definición clara de los criterios para elegir a los posibles candidatos designados por los Estados para integrar el Comité, entre los que deberán quedar excluidas expresamente las personas vinculadas al sector empresarial, con intereses personales y/o conflictos de intereses, con el fin de evitar influencias corporativas indebidas. Asimismo, las competencias del Comité deberán reforzarse e incluir la posibilidad de admitir reclamaciones contra las ETNs. Las recomendaciones del Comité habrán de ser vinculantes.

En lo que respecta al ejercicio jurisdiccional, conviene rechazar incondicionalmente el principio general de *forum non-conveniens* y defender la aplicación del principio de *forum necessitates*. También hay que reconocer que, si bien algunos representantes de ETNs se han opuesto al *forum necessitates* alegando *forum shopping*, esto no supone un peligro, al tratarse de comunidades amenazadas o afectadas por violaciones de las ETNs, que normalmente disponen de escasos recursos para llevar sus casos ante los tribunales y asegurarse una defensa adecuada.

6. Derechos de las personas y comunidades afectadas

El futuro Tratado debe establecer disposiciones firmes y eficaces para garantizar los derechos de las personas y comunidades amenazadas o afectadas por las actividades de las ETNs mediante mecanismos de reparación como el acceso a medidas cautelares, la reparación efectiva e indemnización por daños y perjuicios, garantías de no repetición y la rehabilitación y satisfacción en cualquier caso de violación de los derechos humanos.

El artículo 6 del proyecto revisado actual señala que, en un esfuerzo por evitar las violaciones de los derechos humanos [y como parte de las medidas de Debida Diligencia exigidas], las empresas deberán "[Garantizar] que las consultas con los pueblos indígenas se lleven a cabo de conformidad con las normas internacionalmente acordadas sobre consultas libres, previas e informadas".

Curiosamente, el uso de la palabra "consultas" no refleja la redacción que se encuentra en la mayoría de las fuentes de Derecho internacional. La propia Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas promueve el derecho al consentimiento libre, previo e informado. Aunque sobre el papel esto parezca una simple diferencia, tiene serias consecuencias en la práctica. Este cambio elimina el derecho de las comunidades a decidir sobre su propia senda de desarrollo y, en su lugar, favorece los intereses de las ETNs. De los testimonios de las comunidades afectadas, especialmente aquellas por proyectos extractivos, se concluye claramente que el derecho relativo al procedimiento del consentimiento libre, previo e informado debe estar unido a un derecho más sustancial: el derecho a decir no.

El Tratado Vinculante deberá establecer un criterio de consentimiento en lugar de una consulta. Para dar fuerza a las intenciones recogidas en el artículo 6 y evitar las violaciones de derechos, las comunidades y otras partes afectadas deben ocupar un lugar central en el proceso de toma de decisiones. Esto implica también que las consultas deban realizarse sin la intervención de la ETNs y que las consultas organizadas por las propias comunidades sean reconocidas oficialmente. Por último, es importante incorporar las enmiendas que pretenden reforzar las disposiciones de los artículos relativos a los derechos de las víctimas/personas y comunidades afectadas (principalmente los artículos 4, 5 y 7).

7. Prevención contra la captura corporativa

El Tratado deberá contemplar medidas específicas contra la influencia de las ETNs a lo largo de todo el proceso de elaboración, negociación y aplicación del futuro Tratado vinculante. De ello depende la eficacia y aplicabilidad del futuro Tratado.

El futuro Tratado también deberá proteger el espacio político nacional e internacional de los Estados frente a las injerencias indebidas de las ETNs. Además, los Estados deben negarse a proporcionar a los representantes de las ETNs los medios para influir en las políticas que tengan repercusiones sobre los derechos humanos en sus acuerdos bilaterales, regionales, multilaterales u otros acuerdos en materia de comercio e inversión. Por lo tanto, es importante incorporar en el futuro Tratado las enmiendas destinadas a reforzar las disposiciones con el fin de evitar el dominio corporativo tanto en sus disposiciones preventivas como en los artículos relacionados con su aplicación (principalmente el artículo 6 y el artículo 16).

8. “Violación” vs “abuso”

El término "abuso" genera una falsa jerarquía entre los Estados que violan los derechos humanos y las ETNs que puedan ser causantes de abusos contra los derechos humanos, dando a entender que las ETNs no pueden cometer violaciones y, en consecuencia, no tienen obligación de respetar los derechos humanos. De conformidad con las teorías prevaletentes sobre los Derechos humanos en el Derecho internacional, una violación se caracteriza como tal si existe una ofensa a la dignidad humana, y no por quien la haya causado, ya sea un Estado, una persona o una ETNs.

Por estas razones, es imperativo incluir el término "violación" junto a "abuso", como propone Camerún en el artículo 1.2, y armonizar esta terminología en todos los artículos del futuro tratado.

9. “Víctima” vs “personas y comunidades afectadas”

Históricamente, los movimientos sociales que se han visto afectados por las actividades de las ETNs han reivindicado el uso del término "personas y comunidades afectadas" en lugar de "víctimas" cuando se refieren a quienes sufren violaciones de los derechos humanos por parte de las ETN. En primer lugar, el término "víctima" es muy restrictivo, ya que sugiere que una violación de los derechos humanos puede ocurrir y causar daño a un solo individuo. Integrar la perspectiva de "quien ha sido afectado" significa poner de relieve que la mayoría de las violaciones de los derechos humanos, aunque en distintos grados, tendrán consecuencias para comunidades enteras, a veces incluso para toda una región o un país.

Además, el término "víctima" implica que ha habido un hecho consumado, mientras que el futuro Tratado también debería proteger los derechos de las comunidades y pueblos que corren el riesgo de verse afectados por la propuesta de un determinado proyecto o ley que tenga consecuencias para sus vidas y territorios. Para los movimientos y organizaciones que forman parte de la Campaña Global, es muy importante que se protejan los derechos de las personas y comunidades afectadas, de manera que se garantice a todo el colectivo, por ejemplo, el derecho a ser informado de los procedimientos, el derecho a la asistencia jurídica y el derecho a la información. Además, la Campaña Global propone la incorporación del término "titulares de derechos individuales y colectivos", por lo que los sindicatos quedan explícitamente englobados en esta definición.

Por lo tanto, es importante incluir el término "personas y comunidades afectadas" junto a "víctimas" en la definición del Art.1.1 y armonizarlo en todo el texto.

10. Referencias al Derecho interno de los Estados

A lo largo del proyecto de texto revisado actual aparecen numerosas referencias al Derecho interno de los Estados. Sin embargo, en varios países los sistemas judiciales pueden ser defectuosos, deficientes o parciales. El futuro Tratado Vinculante deberá garantizar la protección de los derechos humanos frente a las violaciones cometidas por las ETNs en sus operaciones y a lo largo de sus cadenas de valor, y para ello deberá ser capaz de establecer un umbral común a todas las partes.

Las referencias al Derecho interno en el proyecto de texto actual del Tratado no solo ponen en tela de juicio su carácter internacional, sino que también ponen en peligro su aplicación efectiva. Si la aplicación del Tratado se limita a las prerrogativas nacionales, el Tratado pierde su significado, se aleja del mandato original y corre el riesgo de convertirse en un instrumento inútil e ineficaz.

Por lo tanto, es necesario rechazar todas las disposiciones que reivindiquen la prerrogativa o la supremacía del Derecho interno de los Estados y que puedan menoscabar la eficacia del futuro Tratado. Como excepciones, cabe citar las referencias i) a la legislación nacional más protectora de los derechos humanos, ii) a las disposiciones que propugnan la cooperación judicial internacional en el enjuiciamiento de las violaciones, y iii) a las disposiciones que determinan las formas en que la legislación nacional debe adaptarse y cumplir el proyecto de texto del Tratado.

Una buena referencia internacional en este aspecto es la establecida por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En primer lugar, en el Convenio 98 de la OIT se determina que los derechos que en él figuran serán aplicables a todos los Estados miembros de la organización, aunque no hayan ratificado el Convenio (todavía). En segundo lugar, en el Art. 19.8 de la Constitución de la OIT se establece que ninguna norma internacional debe menoscabar cualquier ley, costumbre, resolución o acuerdo nacional que sea más favorable para los trabajadores. Ambas estipulaciones deberían ser emuladas por el proyecto de texto del Tratado para la protección efectiva de las comunidades e individuos afectados por las actividades de las ETNs.

11. Referencias al término "mitigación"

Por un lado, debido a la naturaleza del delito, las violaciones de los derechos humanos no deben mitigarse, sino evitarse. En este sentido, aceptar la mitigación significa aceptar un cierto nivel de violaciones. Es imposible hablar de "mitigación" cuando ha habido violación los derechos de una persona o de una comunidad. Los riesgos, en cambio, pueden y deben mitigarse en determinadas circunstancias.

En el tercer proyecto de texto revisado, algunas enmiendas de los Estados aspiran con optimismo a replantear esta cuestión mediante la supresión del término "mitigación" cuando se refiera a las violaciones, ya que no puede considerarse una medida preventiva.

12. Referencias al medioambiente

Como demuestran casos como el de Chevron-Texaco en Ecuador, el vertido de petróleo de BHP en el Golfo de México y el de la compañía Total en Francia, es imposible abordar la cuestión del cambio climático sin tener en cuenta el impacto incalculable que tienen las ETNs sobre las emisiones y las catástrofes medioambientales. Los delitos contra el medio ambiente, de alcance mundial por su propia índole, están intrínsecamente relacionados con las violaciones de los derechos humanos. Tanto es así

que en julio de 2022 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución A/76/L.75 que reconoce el derecho a un medio ambiente limpio, sano y sostenible como un derecho humano.

Muchos otros casos relacionados con sustancias tóxicas o el impacto de los sistemas alimentarios agroindustriales muestran también cómo las ETNs contribuyen a la contaminación ambiental y a la destrucción de la biodiversidad, perjudicando tanto a las personas como al planeta.

La Campaña Global considera que, debido al vínculo inextricable entre los derechos humanos y las cuestiones medioambientales, el Tratado Vinculante debe garantizar que los derechos medioambientales formen parte integrante de los derechos humanos. Por tanto, debe haber referencias al cambio climático y a los derechos medioambientales no sólo en el preámbulo, sino también en los capítulos dedicados a la definición de los conceptos de víctima, daño y responsabilidad.

13. Referencias a las leyes y mecanismos de Debida Diligencia⁶

La Debida Diligencia establece un proceso interno mediante el cual las empresas identifican los riesgos de sus actividades y las formas de prevenirlos o mitigarlos. La Debida Diligencia es, pues, "un medio", pero no establece un resultado o "efecto". En sí mismo no ofrece reparación por las violaciones, sino que trata de evitar que se produzcan, mediante el desarrollo de procesos internos y unilaterales de la empresa para evaluar y orientar su comportamiento, sin que exista un control externo. En muchas ocasiones, las normas que regulan estos mecanismos utilizan términos como "mitigación" del daño que, como se ha mencionado, no es coherente con una perspectiva de derechos humanos.

Debido a la falta de mecanismos eficaces de supervisión y aplicación, las ETNs pueden recurrir a la Debida Diligencia para eludir su responsabilidad, especialmente cuando se considera que es el único criterio que deben tener en cuenta las instancias judiciales al momento de definir el grado de responsabilidad. La responsabilidad de las ETNs por violaciones de los derechos humanos no debe establecerse en función de una lista de precauciones que los mismos posibles autores consideren que deben tomar, sino en función del daño real causado a las personas, las comunidades y el medio ambiente. Corresponde al juez decidir si la empresa cumplió con las medidas de prevención necesarias según otros criterios más amplios; por ejemplo, las que son aplicadas de antemano en virtud del deber de diligencia, para los sistemas de Common Law, u otros criterios de responsabilidad civil para los sistemas de derecho continental.

6 Véase el Documento de Posición de la Campaña Global sobre la Directiva de Debida Diligencia que se debate en el Parlamento Europeo: <https://www.stopcorporateimpunity.org/posicionamiento-de-la-campana-global-sobre-la-diligencia-debida-en-derechos-humanos/?lang=es>

Además, cualquier referencia a la Debida Diligencia en el Tratado Vinculante debe i) precisar los límites de su ámbito de aplicación (es decir, toda la cadena de valor a nivel mundial, en sentido ascendente y descendente); ii) incluir sanciones claras y regímenes de responsabilidad administrativa, civil y penal cuando las ETNs no cumplan con su obligación; iii) abarcar todas las violaciones de los derechos humanos y medioambientales; iv) garantizar la primacía de los derechos humanos sobre cualquier acuerdo en materia de comercio e inversión; v) prever obligaciones específicas, separadas e independientes de las de los Estados, para las ETNs y las instituciones financieras internacionales implicadas en violaciones; vi) incorporar disposiciones encaminadas a facilitar el acceso a la justicia, y vii) establecer un órgano multipartito (Estado, sindicatos, organizaciones de derechos humanos y sociales) que gestione las denuncias y las reparaciones.

La diligencia debida no debe constituir el eje central del Tratado Vinculante, sino que debe ser una obligación auxiliar, relacionada con la prevención y establecida como obligación directa para las ETNs.

14. Responsabilidad jurídica

a) Responsabilidad penal

La responsabilidad penal de las ETNs servirá tanto de elemento disuasorio como de mecanismo de reparación para las víctimas y las comunidades afectadas. Mediante la imposición de sanciones penales a las ETNs, las personas y comunidades afectadas pueden recibir indemnizaciones y las ETNs pueden verse obligadas a cambiar sus prácticas para evitar violaciones similares en el futuro.

Existen precedentes a nivel nacional de responsabilidad penal de las ETNs por sus actuaciones, como en los casos de contaminación medioambiental o fraude. Por ejemplo, en Estados Unidos, el escándalo Enron acabó con el procesamiento penal de varios ejecutivos empresariales, incluido el director general. En Francia, Total S.A. fue hallada penalmente responsable de contaminación medioambiental en 2010. Estos precedentes demuestran que es posible responsabilizar penalmente a las empresas por sus actuaciones, aun cuando estas entrañen consecuencias complejas y de gran trascendencia. Brasil también contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su legislación medioambiental.

También existen precedentes en el Derecho internacional sobre la responsabilidad penal de las ETNs por violaciones de los derechos humanos. Por ejemplo, la Corte Penal Internacional (CPI) tiene jurisdicción sobre las empresas por determinados delitos de su competencia, incluidos los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. El Estatuto de Roma de la CPI también prevé la responsabilidad penal individual de los directivos y ejecutivos de empresas implicados en tales delitos. Además, los siguientes convenios internacionales también contemplan la responsabilidad

penal de las ETNs: La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), el Convenio de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil y el Convenio de la OCDE sobre la Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.

b) Responsabilidad civil

En el artículo 8.4 del proyecto de texto revisado actual, es importante asegurarse de que exista una presunción de responsabilidad de la sociedad matriz o dominante cuando i) esta sociedad controla, supervisa o tiene influencia sobre la sociedad que viola directamente los derechos humanos; ii) esta sociedad tiene control o supervisión sobre la actividad específica que causa la violación y cuando iii) esta sociedad hubiera podido prever el daño.

El hecho de que se asuma la responsabilidad y la empresa tenga que liberarse de la presunción implica *per se* una inversión de la carga de la prueba. Además, este artículo prevé la responsabilidad conjunta de todas las empresas implicadas. Por lo tanto, el Art. 8.4 debe defenderse incuestionablemente.

Además, la exigencia de responsabilidad estricta en caso de actividades peligrosas, por su propia naturaleza, también debería mantenerse en el cuarto proyecto de texto.

Mas informaciones sobre la Campaña Global:

<https://www.stopcorporateimpunity.org/>

Contactos:

Mariah Wuerges, Facilitación de la Campaña Global: [facilitation \[at\] stopcorporateimpunity.org](mailto:facilitation@stopcorporateimpunity.org)

Raffaele Morgantini, Facilitación del Grupo de trabajo de la Campaña Global sobre el Tratado Vinculante: [raffaele \[at\] cetim.ch](mailto:raffaele@cetim.ch)

