

## Comentarios Introdutorios al tema 4 del ítem 4 sobre Medidas Preventivas

Grupo Abierto Intergubernamental de Trabajo para un instrumento vinculante sobre Empresas Transnacionales y Otras Empresas. Ginebra, 25 de Octubre 2017

Ana María Suárez Franco

Gracias señor presidente relator. Felicitaciones por su nombramiento. Acojo la iniciación de las negociaciones sobre los temas substantivos que espero sea una buena base para la preparación de un borrador de instrumento vinculante para la próxima sesión del Grupo de Trabajo en 2018.

En estos comentarios introductorios me quiero referir a las tres primeras viñetas de el punto 4. No sin antes recordar:

### **1. Consideraciones generales**

El instrumento vinculante en si, especialmente por su carácter obligatorio, cumple una función preventiva. Las medidas preventivas no solo se refieren al punto 4, pero se desarrollan a lo largo de varios elementos, incluyendo las obligaciones de respetar y proteger, los mecanismos de responsabilización jurídica y de remedio. Sin embargo, me referiré a los tres primeros elementos consagrados en el documento de elementos.

Las medidas preventivas son un núcleo esencial del instrumento vinculante previsto, por cuanto

- Evitan la producción del daño. La experiencia ha demostrado que no es suficiente contar con mecanismos de reparación.
- Porque hay daños irreparables y que producen efectos no solo a corto plazo, sino que también afectan el disfrute de los derechos de las generaciones futuras. Las más afectadas suelen ser las comunidades marginadas y excluidas, pero también puede ser el público en general: por ejemplo en el impacto de los alimentos ultra-procesados, que están generando un problema de salud pública que afecta generaciones completas y que mina las arcas del estado.
- Estos daños no son solo de carácter material, incluyen por ejemplo la desarticulación de la red social que genera más conflicto y violencia, la destrucción de medios de vida que genera las migraciones, el incremento de la prostitución, que afecta especialmente a las mujeres, la destrucción de posibilidades de una vida digna para las generaciones futuras. Todos estos daños irreparables, que no se pueden compensar con dinero.

### **2. Medidas preventivas por parte de los Estados**

- Las medidas preventivas no se deberían reducir a la diligencia debida de las empresas, sino que implican también la diligencia debida de entidades del Estado que actúan como actores económicos, como por ejemplo agencias de desarrollo, fondos de pensión públicos, sistemas de contratación, entidades financieras nacionales.
- También son aplicables cuando el estado actúa en relación con la actividad económica, como la adopción de leyes, políticas de inversión o de cooperación, definición de los sistemas tributarios, la celebración de contratos y de acuerdos comerciales y otras acciones estatales que se desarrollan en el marco de la actividad de negocios o que se dirigen a apoyar al sector empresarial. (Relacionado con la última viñeta)
- Esto requiere que se desarrollen procesos de vigilancia y de prevención en las agencias estatales que interactúan con las TNCs y OBEs.

- Las previsiones del tratado deberían “filtrarse” en el marco jurídico relevante (derecho penal, comercial, derecho administrativo, derecho ambiental).
- Las medidas preventivas deben incluir evaluaciones de impacto en derechos humanos de dichas actividades estatales relacionadas con la actividad económica, teniendo en cuenta actividades que sus empresas realizan más allá de sus fronteras, en línea con la Observación General 24 del CDESC, que recoge la experiencia de evaluaciones que se reflejaron en observaciones finales a Alemania, Noruega y Suecia. Las evaluaciones de impacto deberán incluir una perspectiva de género, determinando el impacto diferencial que las actividades evaluadas puedan tener en las mujeres, por su condición de género. La recomendación del Consejo de Europa adoptada por los 47 Estados en 2016 y la Observación General 24 del Comité DESC son fuentes importantes que pueden guiar la elaboración de estos aspectos.

### **3. Obligaciones de los estados de legislar sobre la debida diligencia de Transnacionales y Otras Empresas**

Quiero referirme a los diversos elementos considerados:

Es esencial que se otorgue obligatoriedad jurídica a la debida diligencia. Para todas las TNCs and OBEs en su territorio o bajo jurisdicción, incluyendo las subsidiarias y otras empresas de la cadena de suministro.

La diligencia debida también debería ser exigida de las entidades financieras que contribuyen con el capital a la respectiva red de negocios, como los fondos de pensión, agencias financieras y otras entidades que aportan el capital a la respectiva unidad económica y extenderse hasta las cadenas de suministro. Se debería hacer referencia a toda la cadena de valor y no solo a la cadena de suministro, término que sería más comprensivo.

Todas estas medidas, inspiradas en la ley francesa resultan adecuadas, sin embargo yo recomiendo que el instrumento vinculante vaya mas allá de estos elementos. En este sentido el instrumento vinculante podría incluir los siguientes elementos en relación con el deber de vigilancia, para hacerlo mas efectivo:

- Un elemento que asegure la independencia de los evaluadores
- Cubrimiento de derechos ambientales y laborales
- Un especial enfoque en las evaluaciones de impacto a grupos principalmente afectados por los proyectos (indígenas, campesinos, trabajadores y otras poblaciones rurales y perspectiva de género
- Las evaluaciones de impacto deben ser ex post and ex ante para asegurar medidas correctivas de efectos adversos no previstos
- Se debe obligar a las empresas a aplicar el principio de precaución
- Disponibilidad al público de los planes de vigilancia y evaluaciones de impacto especialmente para las comunidades en riesgo. (Adaptación cultural, lenguaje)
- Debe haber mecanismos transparentes de información para las comunidades potencialmente afectadas, con la supervisión o participación directa de las autoridades del estado
- El estado debe exigir la declaración de los grupos empresariales para facilitar la determinación de responsabilidades (como se hace en derecho penal o laboral) – Importante para medir cuando hay deber de vigilancia y que por ejemplo no se evada mediante empresas buzón.
- Debe haber mecanismos de recurso efectivos para las comunidades en el sistema administrativo o judicial, cuando estas no están de acuerdo con el resultado de las evaluaciones o tienen quejas sobre el proceso mismo de evaluación o consulta.

- Además, el cumplimiento de los planes de vigilancia no debería ser el único criterio para la determinación de responsabilidad, la cual debería estar centrada en las personas y/o comunidades afectadas.
- Previsión de normas sancionatorias en caso de incumplimiento de estas medidas, de manera que se garanticen como obligación jurídica – esto se complementa con los mecanismos que se tratarán en el acceso a remedios y la determinación de responsabilidad.

#### 4. Mecanismos de consulta

Son mecanismos que no solo previenen el daño para las comunidades, sino costos sociales para los Estados. Con el conocimiento que tienen las comunidades de sus territorios, medios de vida, recursos, estructuras sociales, estas consultas pueden contribuir a una mejor ponderación del daño a futuro comparada con los beneficios prometidos.

Sería adecuado enunciar las situaciones en las cuales se requiere este deber de consulta, sin restringirlos a los mega proyectos, pero refiriéndolos a medidas de política estatal o acuerdos comerciales que generan un impacto en las personas o comunidades, debido a la asociación, contratación o generación de ambientes favorables para los negocios. Ejemplo:

Para los casos de las poblaciones indígenas el CLPI que deberá cumplir con los estándares ya reconocidos en la ley.

Es importante establecer mecanismos de consulta popular para otras comunidades, por ejemplo las comunidades rurales, que:

- Respeten los mecanismos de las comunidades
- Estén libres de presiones externas
- Se basen en la provisión de informaciones ciertas y la revelación de los documentos de negociación relevantes para los derechos humanos a las respectivas comunidades
- Se debe respetar la decisión adoptada por las comunidades/hacerla obligatoria
- La consultas NO deben ser llevadas a cabo por las empresas y se deben adoptar todas las medidas necesarias para evitar que sean utilizadas para instrumentalizar a las comunidades o para desarticularlas.
- Se deben prever mecanismos de recurso cuando las comunidades no están de acuerdo con el resultado de consultas que no son de iniciativa comunitaria o con el proceso de las mismas

Se propone utilizar el lenguaje acordado en Directrices sobre la Gobernanza Responsable de la tenencia de la Tierra, La Pesca y los Bosques: *establecer relación con y buscar el apoyo de aquellos que, [teniendo derechos legítimos de tenencia], podrían verse afectados por las decisiones, antes de la adopción de estas, y responder a sus contribuciones; tener en cuenta los desequilibrios de poder existentes entre las distintas partes y garantizar la participación activa, libre, efectiva, significativa e informada de individuos y grupos en los correspondientes procesos de toma de decisiones*