

COMENTARIOS Y PROPUESTAS PARA EL BORRADOR 'ZERO' DE INSTRUMENTO INTERNACIONAL JURÍDICAMENTE VINCULANTE SOBRE EMPRESAS TRANSNACIONALES CON RESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS

COMENTARIOS GENERALES:

El preámbulo del documento no recoge en su totalidad lo que se había propuesto en el borrador de elementos del tratado. El documento publicado a finales del año pasado, mencionaba, entre otras cosas, la importancia de referenciar los Principios Rectores, las normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y la apremiante situación respecto de los impactos negativos de la actividad empresarial sobre los DDHH. El borrador del tratado, en su primer artículo, falla al reconocer todos los elementos que enmarcan el proceso de creación de este instrumento vinculante.

En una segunda instancia, cobra importancia mencionar que el texto borrador resalta la responsabilidad del Estado como primer y único protector de los Derechos Fundamentales frente al accionar empresarial, aunque obvia los posibles daños ocasionados en la actividad comercial propia de las naciones. En este sentido, aquellas actividades comerciales que son apoyadas por los Estados (inversiones público privadas generalmente) no tienen una acogida en este tratado.

El borrador también sorprende por la relevancia otorgada a la remediación de daños y los derechos de las víctimas, frente a la necesidad urgente de prevenir que las empresas vulneren los derechos humanos. Esta disparidad entre el remedio y la prevención ya fue notada por la sociedad civil en el documento de 'Elementos', y criticada ya que es necesario que los daños ocasionados por la actividad empresarial sean prevenidos en igual medida que la provisión de resarcimiento a las víctimas.

Ahora bien, resulta claro que el borrador propone un componente vinculante para los Estados, en el sentido que los obliga a adoptar legislación que vele por el respeto de los Derechos Humanos frente a la actividad empresarial. No obstante, el texto no evidencia la responsabilidad de las Empresas y ello es porque el tratado no las convertirá en sujetos obligados sino a través de las leyes que los Estados vayan a implementar.

Lamentamos, asimismo, la desaparición de la posibilidad de crear un 'tribunal' u otra institución similar que tenga la capacidad de juzgar y penalizar el accionar de las empresas transnacionales.

Otro elemento a resaltar, es que el borrador del tratado no incluyó los capítulos de 'Obligaciones de las empresas' y 'Obligaciones de los Estados' que sí se encontraban en los 'Elementos'; y tampoco se incluyeron las obligaciones de las organizaciones internacionales. Esto resulta un elemento crucial a la hora de efectivizar la garantía de los DDHH frente a la actividad empresarial. Sin mencionar que la idea originaria del Tratado era lograr que las empresas transnacionales se vuelvan sujetos obligados.

COMENTARIOS ESPECÍFICOS:

Sección I

Artículo I - Preámbulo:

- **Referencia al Convenio Marco para el Control de Tabaco de la Organización Mundial de la Salud (CMCT de la OMS).** Sería importante incluir en la reafirmación de, y relación con, otros convenios internacionales al Convenio Marco para el Control de Tabaco de la Organización Mundial de la Salud (CMCT de la OMS). Este instrumento se constituye como un ejemplo en que la normativa internacional puede lidiar con los impactos en derechos humanos ocasionados por empresas transnacionales.
- **Reconocimiento de la ‘Captura Corporativa’ como un fenómeno global que atenta contra la garantía de los DDHH.** El texto del ‘Tratado Vinculante’ debería, en su preámbulo, reconocer que la necesidad de contar con un instrumento de tales características, deviene del fenómeno global que se conoce como ‘Captura Corporativa’. La captura corporativa del Estado atiende a todas las estrategias utilizadas por las corporaciones para influir en las instituciones y actores gubernamentales con la finalidad de cumplir sus objetivos; socavando el efectivo cumplimiento y garantía de los DDHH. Este fenómeno encuentra su origen en los procesos de globalización y en las grandes asimetrías generadas entre los diferentes actores del sistema internacional: las empresas, los estados y las comunidades más vulnerables.
- **Referencia a los principios guía de las Naciones Unidas sobre empresas y DDHH.** El Tratado Vinculante debiera mencionar como antecedente inmediato, a los principios guía de NU sobre empresas y DDHH. Asimismo, debe reconocer las carencias de ese instrumento para garantizar la rendición de cuentas por parte de las empresas transnacionales; y la necesidad de concretar una herramienta que garantice la responsabilidad de las corporaciones frente a las violaciones de DDHH generadas por sus actividades.
- **Referencia a la situación particular de defensores y defensoras de los DDHH.** El preámbulo del Tratado debe reconocer la situación de quienes hoy en día defienden los DDHH. Las constantes amenazas contra la vida, y las muertes provocadas a causa de la defensa de los derechos y la protesta frente a la actividad indiscriminada de las empresas transnacionales; deben ser recogidas por el texto del tratado. Debe reconocerse que una de las razones principales por las que se debe contar con este instrumento, es la situación de peligro generalizada para los defensores y las defensoras.

Artículo II – Finalidad:

- **El propósito del Tratado debe ser el de velar por la garantía el respeto y promoción de los DDHH.** Actualmente, el borrador ‘zero’ establece que su finalidad es la de promover el respeto y promoción de los DDHH, cuando debiera constituirse en la herramienta que vele por su garantía. Asimismo, debe dejar de manera explícita que el objetivo es el de garantizar el remedio efectivo a las víctimas de violaciones a los DDHH y prevenir que éstas sucedan.

- **Uno de los objetivos del tratado debiera ser el de resolver los ‘desbalances’ de poder entre las corporaciones y las comunidades afectadas.** Frente a las violaciones de DDHH generadas por la actividad empresarial, debe reconocerse que las comunidades afectadas cuentan con menos recursos y con impedimentos (judiciales, políticos, físicos, entre otros) que las previenen de acceder en igualdad de condiciones a una justicia efectiva. Asimismo deben destacarse las situaciones especiales de vulnerabilidad de ciertos grupos (pueblos indígenas, mujeres y niños, entre otros).

Sección II

Artículo 4 – Definiciones:

Ampliación de la definición de ‘Actividades comerciales con carácter transnacional’. El artículo 4 en su definición de ‘actividades comerciales de carácter transnacional’ debe especificar que en ella se incluye cualquier actividad empresarial llevadas adelante en un solo Estado pero que pudieran ser transnacionalizada por su inclusión en una cadena de valor.

Artículo 9 – Prevención:

- **Incorporación del componente de ‘Género’ a todas las medidas de ‘debida diligencia’ listadas en el inciso 2.** El artículo 9.2 falla en reconocer la importancia de las mujeres en los procesos de participación y consulta previa. Asimismo, no incluye la obligación de realizar evaluaciones de impacto en DDHH diferenciados sobre grupos vulnerables, especialmente en las mujeres y niñas.
- **Incorporación de la prevención del conflicto de interés en las medidas de debida diligencia.** Los Estados deberán asegurar la existencia de mecanismos que prevengan la aparición del fenómeno conocido como ‘puerta giratoria’. Se debe incluir la restricción para personas que durante un lapso a determinar hayan desempeñado roles en el sector privado en el ámbito dentro del cual deberían desempeñar sus funciones públicas. Asimismo, en los contratos a celebrarse con funcionarios y funcionarias, se deberán establecer impedimentos de asumir roles en el sector privado en un lapso de tiempo determinado.
- **Las medidas de debida diligencia deben asegurar transparencia en las interacciones con las empresas transnacionales con representantes de los Estados.** A fin de asegurar una adecuada protección de derechos humanos e intereses colectivos en las decisiones vinculadas a empresas transnacionales, toda interacción entre estas y representantes del Estado deben hacerse en un marco de total transparencia y con una adecuada rendición de cuentas. Esta garantía deberá aplicarse en todos los niveles de gobierno de los Estados.
- **La debida diligencia debe asegurar la protección de defensoras y defensores de derechos humanos.** Los Estados garantizarán el respeto, la protección y la habilitación del trabajo de los defensores y las defensoras de derechos humanos, así como los y las

denunciantes. Asimismo, los Estados deberán asegurar la existencia de mecanismos de protección específicos y reforzados para que las defensoras de derechos humanos operen en un entorno seguro y adecuado.