

De los derechos a la realidad

Garantizar una aplicación
de la Ley Francesa
del Deber de Vigilancia
centrada en las personas



TERRE
SOLIDAIRE

ECCHR





**USING THE LAW.
TO WORK TOGETHER FOR GLOBAL JUSTICE.**

THE WORLD CAN ONLY BE JUST WHEN HUMAN RIGHTS ARE UNIVERSALLY RECOGNIZED AND GUARANTEED FOR EVERYONE. THIS IS WHAT WE ARE FIGHTING FOR WORLDWIDE: WITH THOSE AFFECTED, WITH PARTNERS, WITH LEGAL MEANS.



**SUPPORT OUR WORK
WITH A DONATION.
[ECCHR.EU/DONATE](https://ecchr.eu/donate)**

**BANK DETAILS
ACCOUNT HOLDER: ECCHR
BANK: BERLINER VOLKSBANK
IBAN: DE77 100 90000 885360 7011
BIC/SWIFT: BEVODEBB**

DE LOS DERECHOS A LA REALIDAD

**GARANTIZAR UNA APLICACIÓN
DE LA LEY FRANCESA DEL
DEBER DE VIGILANCIA CENTRADA
EN LAS PERSONAS**

**PRIMERAS LECCIONES APRENDIDAS
DEL CASO UNIÓN HIDALGO VS. EDF**



ECCHR



TABLA DE CONTENIDO

- P.4 **Introducción**
- P.8 **El deber de vigilancia**
UN MECANISMO JURÍDICO PARA
EVITAR DAÑOS A LAS PERSONAS Y AL PLANETA
- P.11 **Derechos vs. realidad**
UNIÓN HIDALGO Y LOS RETOS DE LA APLICACIÓN DE LA “LDV”
EN UN CONTEXTO DE DERECHOS DE PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS
- P.18 **La cuadratura del círculo**
RECONOCIENDO LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
TERRITORIALES INDÍGENAS BAJO LA “LDV”
- P.29 **Riesgos y personas
titulares de derechos**
ADOPTANDO UNA INTERPRETACIÓN
CONTEXTUAL DEL DEBER DE VIGILANCIA
- P.40 **Barreras procesales
a la justicia**
RETOS PARA ASEGURAR LA REPARACIÓN (PROVISIONAL)
DE DAÑOS CORPORATIVOS.
- P.44 **Nuevos horizontes,
nuevas oportunidades**
ADOPCIÓN DE UNA OBLIGACIÓN DE VIGILANCIA CENTRADO EN
EL LAS PERSONAS TITULARES DE DERECHOS A NIVEL DE LA UNIÓN EUROPEA
- P.46 **Recomendaciones**

Introducción

Hay un movimiento global creciente para combatir la impunidad corporativa relacionada con violaciones a los derechos humanos en las operaciones empresariales transnacionales. La introducción de la legislación obligatoria sobre debida diligencia en materia de derechos humanos es un importante paso adelante, que representa un cambio largamente esperado frente al enfoque voluntario predominante de ‘responsabilidad social corporativa’ hacia las obligaciones de ‘hard law’ (derecho duro) que regulen el respeto corporativo a los derechos humanos y el medio ambiente. En varios países se han adoptado o están bajo consideración leyes que consagran estas obligaciones. Paralelamente, los avances a nivel europeo en torno a la propuesta de la Directiva de Debida Diligencia Corporativa en Materia de Sostenibilidad y las negociaciones en curso sobre el tratado vinculante de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, pretenden establecer un marco jurídico global sobre empresas y derechos humanos.

Francia ha allanado el camino en este sentido, al haber introducido la Ley del Deber de Vigilancia (“*LdV*”) en 2017. La ley establece un mecanismo jurídico pionero que impone a las empresas francesas más grandes la obligación vinculante de identificar y prevenir los impactos sobre los derechos humanos y el medio ambiente derivados de sus actividades y dentro de sus cadenas de suministro. Crucialmente, la ley consagra un proceso a través del cual las comunidades y las personas afectadas por prácticas corporativas abusivas pueden acceder a vías legales transnacionales para la prevención y reparación.

El objetivo de la legislación obligatoria sobre debida diligencia en materia de derechos humanos es proteger a las personas y al planeta de las actividades perjudiciales de las empresas. Sin embargo, cada vez se debate más hasta qué punto la legislación vigente, y la futura, pueden reflejar adecuadamente la realidad del impacto de las empresas sobre las personas titulares de derecho y mitigar eficazmente este daño. En particular, las lagunas y ambigüedades legislativas pueden crear resquicios para que las empresas eludan su responsabilidad y restringir el acceso a la justicia.

Cinco años después de que la *LdV* entrara en vigor, no está claro si su adjudicación e interpretación por parte de los tribunales franceses la ayudarán a convertirse en una herramienta legal significativa que regule de manera integral y efectiva los derechos humanos y los impactos ambientales de las corporaciones multinacionales francesas. Aunque se han presentado un número creciente de casos, la capacidad de las personas y las comunidades para hacer valer sus derechos conforme a la ley, parece estar cada vez más fuera de su alcance.

La *LdV* tiene un alcance extraterritorial, imponiendo una obligación de vigilancia a las empresas francesas con respecto a sus operaciones globales. Los casos en los que se alegue la violación de la obligación de vigilancia se basarán en actividades e impactos que no pueden desligarse del contexto en que se han producido—ya sean culturales, jurídicos, religiosos o políticos. Este principio es el fundamento de este informe: que la aplicación de la *LdV* requiere una interpretación teleológica y concreta de la obligación de vigilancia centrada en los derechos y las realidades de aquellos a quienes la ley pretende proteger.

Este informe se centra en un caso presentado ante los tribunales civiles franceses por miembros de la comunidad Unión Hidalgo, de México, contra la empresa energética *Électricité de France* (EDF). En el caso se alega que EDF, empresa que es parcialmente propiedad del Estado francés, incumplió su obligación de vigilancia al no identificar y prevenir adecuadamente el riesgo de violaciones de derechos humanos derivado del desarrollo de un parque eólico en tierras indígenas. Miembros de la comunidad impactada, conjuntamente con las ONG ProDESC y ECCHR, han intentado utilizar preventivamente la *LdV* para evitar nuevas y mayores violaciones a su integridad física, su derecho al consentimiento libre, previo e informado y su derecho a la tierra, así como para acceder a la reparación de daños.

La aplicación de la *LdV* requiere una interpretación teleológica y concreta centrada en los derechos y las realidades

Las violaciones de derechos sufridas por las personas defensoras de la tierra y de los derechos humanos en este caso personifican la realidad de los daños empresariales, especialmente en la industria extractiva. Sin embargo, los considerables obstáculos jurídicos y procesales a los que se enfrentan las y los demandantes ponen de manifiesto las dificultades actuales para aplicar eficazmente la *LdV*. En particular, la dificultad de interpretar y aplicar la obligación de vigilancia en un contexto de derechos de pueblos y comunidades indígenas, en el que los derechos colectivos a la tierra y las protecciones reconocidas por el derecho internacional se ven vulnerados por las actividades de empresas multinacionales que pretenden acceder a la tierra para proyectos extractivos.

El caso de Unión Hidalgo también es significativo fuera del contexto jurídico francés. A medida que se introduzcan en Europa más leyes obligatorias de debida diligencia en materia de derechos humanos, será cada vez más importante que los ordenamientos jurídicos reconozcan y resuelvan las alegaciones de perjuicios extraterritoriales de las empresas basados en violaciones de las normas internacionales de derechos humanos. Si los tribunales europeos no quieren o no pueden reconocer la protección de los derechos humanos de las personas y el medio ambiente en los países en los que operan las empresas multinacionales, no podrán comprender la realidad y las necesidades de las personas afectadas por los fallos en la debida diligencia en materia de derechos humanos, ni garantizar una prevención y reparación exhaustivas de las violaciones de los derechos humanos, a lo largo de las cadenas de valor mundiales.

El caso de Unión Hidalgo también es significativo fuera del contexto jurídico francés

El objetivo de este informe es aportar reflexiones a partir del caso Unión Hidalgo, ofreciendo recomendaciones para ayudar a configurar el futuro contenido, la interpretación y, en última instancia, la aplicación significativa de las leyes obligatorias de debida diligencia en materia de derechos humanos. En Francia, este papel lo desempeñarán los tribunales y las y los jueces que resuelvan los casos presentados en virtud de la *LdV*. A escala europea, las y los responsables políticos tienen la oportunidad de reflexionar sobre los retos a los que se enfrentan las comunidades del Sur Global para hacer valer sus derechos en virtud de las leyes obligatorias de debida diligencia en materia de derechos humanos vigentes, con el fin de garantizar que la nueva legislación consagre mecanismos eficaces de rendición de cuentas y reparación.



El deber de vigilancia

Un mecanismo jurídico para evitar daños a las personas y al planeta

El proceso legislativo para introducir la *LdV* fue desencadenado por el colapso de la fábrica Rana Plaza en Bangladesh en 2013, que cobró 1,134 vidas y dejó miles de heridos.¹ La catástrofe puso al descubierto los fallos de la autorregulación voluntaria de las empresas para impedir las violaciones de los derechos humanos en la economía globalizada. Impulsada por una notable coalición de sindicatos, organizaciones de la sociedad civil y personas parlamentarias, la propuesta de una ley obligatoria de debida diligencia en materia de derechos humanos en Francia, partía de la premisa de desarrollar un mecanismo jurídico significativo a través del cual las comunidades, los individuos y el medio ambiente pudieran protegerse contra las prácticas empresariales perjudiciales y obtener reparación cuando se produjeran violaciones de derechos. En su informe ante la *Assemblée Nationale* cuando se propuso el primer borrador de la Ley, la diputada francesa Danielle Auroi subrayó la pretensión de la legislación:

*“El objetivo es proteger a las víctimas de violaciones de los derechos humanos perpetradas por actores económicos. Por tanto, esta obligación debe imponerse para evitar riesgos graves de pérdida, antes del riesgo, o daños graves, después del mismo. Estos riesgos o daños son, por tanto, potencialmente generados por actores que llevan a cabo actividades que ponen en peligro los derechos humanos (industrias extractivas, por ejemplo) ... Ahora se trata de establecer medidas preventivas y, si es necesario, garantizar un mejor acceso de las víctimas a la justicia en caso de daños graves, de acuerdo con los compromisos franceses y europeos de protección de los derechos fundamentales y del medio ambiente. Sólo nos queda esperar que esta resolución humanista, en consonancia con los valores que Francia defiende en el mundo desde 1789, sea compartida por todos los republicanos en todos los escaños de la Asamblea Nacional, como ya lo es por un gran número de empresas francesas en todos los países en los que operan”.*²

La introducción de la *LdV*, en 2017, supuso un momento de cambio para el movimiento de empresas y derechos humanos. Fue la primera ley en consagrar el concepto de debida diligencia en materia de derechos humanos, tal como se define en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Principios Rectores), el marco mundialmente reconocido para prevenir y abordar los impactos sobre los derechos humanos relacionados con las empresas. Entendida como “una forma para que las empresas gestionen de forma proactiva los impactos adversos potenciales y reales sobre los derechos humanos en los que están implicadas”,³ la debida diligencia en materia de derechos humanos implica cuatro componentes básicos:

- A Identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos que la empresa pueda causar o a las que pueda contribuir, a través de sus propias actividades o que puedan estar directamente vinculadas a sus operaciones, productos o servicios por sus relaciones comerciales;
- B Integrar las conclusiones de las evaluaciones de impacto en todos los procesos pertinentes de la empresa y adoptar las medidas adecuadas en función de su implicación en el impacto;
- C Hacer un seguimiento de la eficacia de las medidas y procesos para hacer frente a las repercusiones negativas sobre los derechos humanos a fin de saber si están funcionando;
- D Comunicar cómo se están abordando los impactos y mostrar a las partes interesadas -en particular a las afectadas- que existen políticas y procesos adecuados.⁴

La aplicación de la debida diligencia en materia de derechos humanos por parte de las empresas se ha visto obstaculizada por la naturaleza de “soft law” (derecho suave, sin coerción) de los UNGP. La introducción de la *LdV* marcó un punto de inflexión, al cristalizar esta obligación en un deber de diligencia vinculante, creando “deberes jurídicos más estrictos” a nivel nacional para las empresas matrices con respecto a sus filiales, subcontratistas y proveedores, tanto en el país como en el extranjero.⁵

³ Summary of the report of the Working Group on Business and Human Rights to the General Assembly, Octubre 2018 (A/73/163) <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/ExecutiveSummaryA73163.pdf>

⁴ Ibid

⁵ Chiara Macchi, Claire Bright (2020) en: M. Buscemi, N. Lazzarini y L. Magi (eds), *Legal Sources in Business and Human Rights – Evolving Dynamics in International and European Law* (Brill, 2020).

La *LdV* se articula en torno a dos mecanismos. En primer lugar, la creación de la obligación de vigilancia, que obliga a las mayores empresas francesas a identificar los riesgos y prevenir las violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas y el medio ambiente derivadas de sus actividades y de su cadena de valor.⁶ En segundo lugar, cuando las medidas razonables no han logrado evitar el daño, las partes afectadas pueden solicitar la reparación de los daños causados como consecuencia del incumplimiento del deber de vigilancia.

La introducción de la *LdV* marcó un punto de inflexión, al cristalizar esta obligación en un deber de diligencia vinculante

Un elemento central del deber de vigilancia es la obligación de las empresas de más de 5.000 empleados en Francia o 10.000 en Francia y en el extranjero de establecer, aplicar y publicar un Plan de Vigilancia que cubra sus propias actividades y las de sus filiales controladas, subcontratistas y proveedores. El Plan de Vigilancia debe, en primer lugar, identificar, analizar y cartografiar los riesgos derivados de las actividades de la empresa. En segundo lugar, debe proponer medidas paliativas adecuadas para hacer frente a estos riesgos. En tercer lugar, el Plan debe publicarse en el informe anual, y la empresa interesada debe presentar un informe sobre su aplicación efectiva por obligación.⁷

Cuando una empresa incumple su obligación de vigilancia, cualquier parte legitimada -personas afectadas, así como organizaciones no gubernamentales, sindicatos o municipios públicos- puede notificar formalmente (“*mise en demeure*”) a la empresa que cumpla su obligación de vigilancia.

Si la empresa no cumple en el plazo de tres meses, las partes pueden solicitar al juez o jueza competente que dicte una medida cautelar contra la empresa para que cumpla con su obligación de vigilancia. Este mecanismo de medidas cautelares y la disposición sobre responsabilidad civil contenida en la ley establecen, por tanto, un sólido régimen de responsabilidad empresarial para incentivar la prevención de daños a los derechos humanos y al medio ambiente.

Derechos vs. realidad

Unión Hidalgo y los retos de la aplicación de la *LdV* en un contexto de derechos de pueblos y comunidades indígenas

A pesar de sus elevados objetivos, la cuestión de si la *LdV* dará como resultado mejoras sustanciales para las personas y las comunidades negativamente afectadas por las actividades de las empresas francesas, y cómo lo hará, requiere una reflexión crítica. Hasta el momento, el análisis de los planes de vigilancia de las empresas por parte de grupos de la sociedad civil ha puesto de relieve sistemáticamente las lagunas en el cumplimiento de la *LdV*, incluidas varias empresas que no han publicado un plan de vigilancia.⁸ Una evaluación de la implementación de la *LdV* por parte del Ministerio de Economía y Finanzas en 2020 encontró que muchas empresas entendían la obligación de vigilancia como una forma de proteger sus propios intereses y reputación, en lugar de proteger a las y los perjudicados por sus actividades.⁹ Además, como destaca este informe, las inconsistencias y ambigüedades dentro de la ley misma han creado barreras significativas para su implementación efectiva.

Estos problemas se ejemplifican en la industria energética y extractiva, que durante mucho tiempo se ha asociado con abusos contra los derechos humanos y el medio ambiente. Las empresas de petróleo, gas y minería que desarrollan proyectos extractivos en países ricos en recursos del Sur Global pueden tener impactos adversos en una amplia gama de derechos humanos, incluido el desplazamiento de comunidades, impactos en la tierra, el agua y la vivienda, contaminación ambiental y ataques a las y los defensores de derechos humanos. Muchos de estos proyectos tienen lugar en tierras habitadas por pueblos indígenas, que no solo dependen de la tierra para su vivienda y subsistencia, sino que también tienen una profunda conexión cultural con la tierra como base de procesos y derechos colectivos, como la propiedad. Sin embargo, los grupos que se han visto afectados negativamente por las actividades de las empresas energéticas francesas se han enfrentado a importantes desafíos para hacer valer sus derechos en virtud de la *LdV*, para impugnar las prácticas de explotación como violaciones de la obligación de vigilancia y tratar de evitar daños mayores. Dos de los primeros casos presentados en virtud de la ley contra las empresas multinacionales de energía *Électricité de France* (EDF) y *TotalEnergies* (*Total*), resaltan las brechas significativas entre la intención de la ley y la realidad de su implementación, y subrayan la importancia de garantizar que el deber de vigilancia se haga cumplir de manera que respete los derechos de las personas perjudicadas por las actividades comerciales.

**UNIÓN HIDALGO VS. EDF:
DESAFIANDO LAS VIOLACIONES DE LOS
DERECHOS DE PUEBLOS Y COMUNIDADES
INDÍGENAS EN LA INDUSTRIA DE PARQUES EÓLICOS**

El cambio hacia fuentes de energía renovables durante la última década se ha producido cada vez más a costa de los derechos humanos. En América Latina en particular, se ha registrado un número creciente de abusos sociales y ambientales en las industrias hidroeléctrica, eólica y solar.¹⁰ Proyectos de energía renovable como parques eólicos se están desarrollando en tierras y territorios indígenas, lo que resulta en violaciones sistemáticas de los derechos humanos de las comunidades indígenas.¹¹

El cambio hacia fuentes de energía renovables se ha producido cada vez más a costa de los derechos humanos

En 2013, el gobierno mexicano abrió su mercado de energía eléctrica a la inversión extranjera privada. Desde entonces, las empresas energéticas europeas han buscado capitalizar la extensa energía eólica en la región, invirtiendo miles de millones en proyectos de energía eólica para crear el corredor de parques eólicos más grande de América Latina ubicado en el Istmo de Tehuantepec.¹² Las actividades de estas empresas se han relacionado con graves abusos de los derechos humanos, incluida la violación de los derechos de pueblos y comunidades indígenas a la tierra y al territorio. En muchos casos, la construcción de instalaciones de energía eólica también ha dado lugar a la violencia y los ataques contra personas defensoras de la tierra y los derechos humanos que se oponen a la invasión de empresas privadas en tierras comunales sin su consentimiento.¹³ A pesar de llevarse a cabo en sus tierras, las comunidades indígenas han sido excluidas de los beneficios económicos y sociales de estos proyectos, quedando aún más marginados a expensas de los propietarios privados y el gobierno.

¹⁰ BHRRC, Energía renovable (in)justicia en América Latina

¹¹ *Ibid.*, page 4

¹² Observatorio de Multinacionales en América Latina, El corredor de parques eólicos en el Istmo de Tehuantepec https://multinationales.org/IMG/pdf/enco_iberdrola_def.pdf

¹³ Peace Brigades International, Wind Farms and Concerns about Human Rights Violations in Oaxaca https://pbi-mexico.org/fileadmin/user_files/projects/mexico/images/News/1403BriefingWindFarmsPBI.pdf

EDF, la mayor empresa energética francesa de propiedad mayoritaria del Estado francés¹⁴, ha invertido en el desarrollo de varios parques eólicos en la región de Oaxaca, operando a través de sus filiales locales mexicanas. En 2015 EDF inició negociaciones para desarrollar el parque eólico *Gunaa Sicarú* en terrenos de Unión Hidalgo. Unión Hidalgo es una comunidad indígena de aproximadamente 14,500 personas que se autoidentifican como zapotecas. De acuerdo con la ley mexicana, la tierra de Unión Hidalgo se posee colectivamente como parte de la comunidad agraria, lo que requiere que cualquier decisión relacionada con el uso de la tierra sea tomada por una asamblea comunal. Sin embargo, este proceso no se llevó a cabo en el marco del desarrollo del proyecto por parte de EDF. En cambio, se negociaron y celebraron contratos de usufructo entre Eólica de Oaxaca, filial de EDF, y miembros individuales de la comunidad que actuaban como propietarios privados. Para 2017, EDF había asegurado un contrato de suministro de energía y obtuvo un permiso de generación para la operación del parque eólico, todo en ausencia de una consulta previa adecuada a los miembros de la comunidad de Unión Hidalgo.¹⁵

Miembros de la comunidad de Unión Hidalgo impugnaron la legalidad del proyecto eólico mediante procesos judiciales internos basados en la vulneración de su derecho al consentimiento libre, previo e informado. El gobierno mexicano inició un proceso de consulta formal en 2018. Sin embargo, desde entonces los miembros de la comunidad han enfrentado niveles crecientes de violencia, ataques y amenazas como resultado de su oposición al proyecto.¹⁶

En 2015 EDF inició negociaciones para desarrollar el parque eólico *Gunaa Sicarú* en terrenos de Unión Hidalgo

14 L'Etat français détient, via l'Agence des Participations de l'État, 83,6% du capital d'EDF, avec un engagement actionnarial de l'ordre de 21 milliards d'euros. Ce qui représente pas moins de 40% du portefeuille de l'APE, l'agence publique qui gère, en tant qu'"entité actionnaire", la stratégie d'actionnariat public de l'État français

15 Para más detalles sobre el caso, ver ECCHR, ProDESC, CCFD Terre Solidaire (2020), Case report https://www.ecchr.eu/fileadmin/Fallbeschreibungen/CASE_REPORT_EDF_MEXICO_NOV2020.pdf

16 Ver el Observatorio para la Protección de Defensores de Derechos Humanos, un programa conjunto entre la Organización Mundial contra la Tortura (OMCT) y FIDH, MEX 007/0619/ OBS 051, 18 June 2019, (www.fidh.org/es/temas/defensores-de-derechoshumanos/mexico-ataques-contra-miembros-de-lacomunidad-indigena-de-union) and United Nations, General Assembly, 2018, *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on her visit to Mexico*.

Como empresa francesa, EDF tiene la obligación en virtud de la *LdV* de identificar los riesgos, prevenir y reparar las violaciones de los derechos humanos y los daños ambientales graves en relación con sus actividades y las de sus filiales, proveedores y subcontratistas. Además, como empresa de propiedad parcial del Estado, el gobierno francés también tiene la responsabilidad de abordar estas violaciones de los derechos humanos internacionales. (ver página 36). Frente a las continuas violaciones de sus derechos y la escalada de violencia, las y los miembros de la comunidad Unión Hidalgo decidieron emprender acciones legales contra EDF en Francia y emitieron un aviso formal con el apoyo de la organización mexicana de derechos humanos ProDESC y el Centro Europeo de Derechos Humanos y Constitucionales (ECCHR), solicitando que EDF cumpla con su obligación de vigilancia mediante la implementación de medidas apropiadas para prevenir violaciones de derechos humanos asociadas con el proyecto *Gunaa Sicarú*. Luego de que EDF desestimara esta solicitud, en octubre de 2020 los grupos interpusieron una demanda civil contra EDF con el objetivo de prevenir nuevas violaciones de derechos humanos contra la comunidad de Unión Hidalgo. La demanda argumenta que el plan de vigilancia de EDF falla en identificar adecuadamente – o tomar medidas apropiadas para mitigar – los serios riesgos de violación del derecho de consulta a las comunidades indígenas así como de su integridad física como resultado del proyecto.¹⁷

El plan de vigilancia de EDF falla en identificar adecuadamente los serios riesgos de violación del derecho de consulta

En febrero de 2021, ante la lentitud de los procesos judiciales y el riesgo inminente de irreparables y graves violaciones de derechos humanos que plantea el desarrollo del proyecto *Gunaa Sicarú*, las y los demandantes presentaron una solicitud de medidas cautelares ante el juez francés.¹⁸ La solicitud urgente establece que el desarrollo del proyecto *Gunaa Sicarú* debe suspenderse hasta que EDF cumpla con su deber de vigilancia, a fin de evitar nuevas violaciones graves de derechos humanos. Esta solicitud fue rechazada por el tribunal civil en noviembre de 2021, en una decisión que declaró inadmisibile la demanda de las comunidades en virtud del artículo 1 de la Loi de Vigilance por motivos de procedimiento.¹⁹ Actualmente está pendiente un recurso contra esta decisión ante el Tribunal de Apelación de París.

¹⁷ Ver ECCHR, ProDESC y CCFD *ibid*.

¹⁸ Esta solicitud de medida cautelar fue presentada ante el *juge de la mise en état*. Es parte de los procedimientos previos al juicio en Francia durante los cuales las partes pueden, entre otros, intercambiar argumentos legales, presentar mociones de inadmisibilidad por motivos procesales, solicitar pruebas y medidas cautelares (art. 789 del Código Procesal Civil Francés)

¹⁹ ProDESC (2021) Press release EDF in Mexico: Paris court misses opportunity to prevent human rights violations <https://prodesc.org.mx/en/press-release-edf-in-mexico-paris-court-misses-opportunity-to-prevent-human-rights-violations/>

MEGAPROYECTOS PETROLEROS DE TOTAL EN TANZANIA Y UGANDA

TotalEnergies (Total) es el principal operador del proyecto petrolero Tilenga, un importante desarrollo a orillas del lago *Albert* en Uganda. Parcialmente situado en un parque natural protegido, el proyecto comprende varios yacimientos petrolíferos y la construcción de infraestructura asociada, incluida una refinería de petróleo. El Oleoducto de Petróleo Crudo de África Oriental (EACOP por sus siglas en inglés), también desarrollado por una subsidiaria de propiedad única de Total, se está construyendo para transportar el petróleo al puerto de Tanga en Tanzania, donde se exportará a los mercados internacionales.²⁰

Luego de que Total rechazara estas acusaciones, las organizaciones presentaron un caso bajo la *LdV*, la primera acción legal de este tipo

La investigación de campo realizada en áreas afectadas por las operaciones de Total ha documentado numerosas violaciones de derechos humanos y daños ambientales irreversibles relacionados con estos dos proyectos.²¹ Las tierras de aproximadamente 118.000 personas se han visto afectadas, lo que ha provocado que las comunidades se vean privadas total o parcialmente de sus tierras y medios de subsistencia. A cambio, las y los residentes se han visto obligados a aceptar una compensación insuficiente, a menudo bajo presión e intimidación, y en violación de su derecho a la tierra.

En junio de 2019, seis organizaciones francesas y ugandesas²² emitieron un aviso formal a Total, informándole que estos proyectos no cumplían con las obligaciones legales de la empresa para prevenir daños a los derechos humanos y al medio ambiente.²³ Luego de que Total rechazara estas acusaciones, las organizaciones presentaron un caso bajo la *LdV*, la primera acción legal de este tipo. El caso solicita que el juez ordene a Total que ajuste su Plan de Vigilancia a la ley al incluir todos los riesgos de daños graves asociados con los proyectos Tilenga y EACOP, así como las medidas de vigilancia apropiadas que se desarrollarán para prevenir y mitigar estos riesgos, así como suspender los proyectos hasta que estas medidas hayan sido efectivamente desarrolladas e implementadas.

20 Amis de la Terre y Survie (2019), Serious breaches of the Duty of Vigilance Law: The case of Total in Uganda <https://www.amisdelaterre.org/wp-content/uploads/2020/03/report-totaluganda-foefrance-survie-2019-compressed.pdf>

21 Amis de la Terre y Survie (2020) A nightmare called Total <https://www.amisdelaterre.org/wp-content/uploads/2020/11/a-nightmare-named-total-oct2020-foe-france-survie.pdf>

22 Amis de la terre, Survie, AFIEGO, CRED, NAPE/ Friends of the Earth Uganda, NAVODA.

23 Amis de la Terre y Survie (2020), Total Uganda, A first lawsuit under the duty of vigilance law : an update <https://www.amisdelaterre.org/wp-content/uploads/2020/10/total-uganda-legal-brief-foefrance-survie.pdf>



Después de una demora de tres años de impugnaciones procesales con el fin de determinar la competencia del tribunal civil para juzgar los casos presentados bajo la *LdV*, los argumentos sobre el fondo del caso contra Total finalmente se escucharon, en diciembre de 2022.

En el juicio del 28 de febrero de 2023, el tribunal civil de París dictó sentencia sumaria desestimando el caso, declarando la inadmisibilidad de la demanda por ser las pretensiones de las partes, sustancialmente diferentes a las incluidas en el escrito de requerimiento enviado a Total en 2019.²⁴

Las organizaciones reclamantes rebaten la afirmación de que han modificado sustancialmente sus demandas, afirmando que presentaron más de 200 documentos para aclarar sus peticiones. La cantidad de pruebas aportadas es proporcionada al fundamento de la demanda y necesaria para actualizar su reclamación a la luz de las impugnaciones procesales iniciadas por Total en 2019.

El tribunal civil de París
dictó sentencia sumaria
desestimando el caso

La cuadratura del círculo

Reconociendo la protección de los derechos territoriales indígenas bajo la *LdV*

‘DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES’: DETERMINANDO EL ALCANCE DEL DEBER DE VIGILANCIA

Mientras que los pueblos indígenas se encuentran entre los grupos más vulnerables a los abusos de los derechos humanos relacionados con las empresas, la *LdV* es ambigua en cuanto a si los derechos específicos otorgados a los pueblos indígenas en virtud del derecho internacional de los derechos humanos se encuentran dentro del alcance del deber de vigilancia. Esto tiene implicaciones sustanciales y procesales para los pueblos y comunidades indígenas que se han visto afectados negativamente por las actividades de las corporaciones francesas.

El alcance de la obligación de vigilancia está ampliamente definido en la ley, exigiendo que el Plan de Vigilancia identifique y prevenga los riesgos de violaciones graves de “los derechos humanos y las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas así como del medio ambiente”.²⁵ La referencia a “derechos humanos y libertades fundamentales” es notablemente vaga, lo que crea una incertidumbre considerable sobre qué derechos humanos están cubiertos. Este tema fue destacado en los trabajos previos a la creación de la ley:

*Será necesario precisar en este artículo el detalle de los derechos y libertades a proteger y la gravedad de los daños físicos y ambientales a prevenir. Además, un gran número de derechos humanos se ejercen dentro de los límites establecidos por la ley y, dado que las infracciones en cuestión se producirán con mayor frecuencia en estados y sistemas jurídicos extranjeros, es probable que varíe el grado de protección que se les atribuye. El papel del juez será valorar las circunstancias para determinar si la empresa ha cumplido adecuadamente con su deber de diligencia.*²⁶

El primer punto de referencia para determinar el alcance de los ‘derechos humanos’ es la definición de estos términos tal como existen en la legislación francesa, así como los compromisos de Francia en virtud de las convenciones internacionales y europeas sobre derechos humanos.²⁷ Sin embargo, también es fundamental que la interpretación del contenido de estos derechos tenga en cuenta el propósito de la ley: regular las actividades extraterritoriales de las empresas francesas para evitar daños a las personas y al planeta. En otras palabras, los derechos humanos que se consideran protegidos y el riesgo de violaciones que las empresas deben identificar como parte de su obligación de vigilancia deben estar sustentados por el derecho internacional de los derechos humanos que se aplica, independientemente de la jurisdicción en la que se haya producido la violación.

Cuando existe un conflicto de leyes entre los marcos legales nacionales y los estándares internacionales de derechos humanos, prevalece este último

Esta interpretación refleja los Principios Rectores que establecen que “en cualquier contexto, las empresas deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, dondequiera que operen” y “buscar fórmulas que les permitan respetar los principios de los derechos humanos internacionalmente reconocidos cuando deban hacer frente a exigencias contrapuestas”.²⁸ El legislador se ha referido sistemáticamente a los Principios Rectores de las Naciones Unidas como filosofía rectora del deber de vigilancia y, por lo tanto, deben considerarse una herramienta interpretativa fundamental para subsanar las lagunas e incoherencias del texto.²⁹ Estos estándares de derecho indicativo enfatizan que cuando existe un conflicto de leyes entre los marcos legales nacionales y los estándares internacionales de derechos humanos, prevalece este último: las corporaciones multinacionales no pueden basarse en la ausencia de protecciones legales específicas bajo la ley nacional del lugar donde operan para limitar el alcance de su obligación de debida diligencia en materia de derechos humanos. Este razonamiento también se aplicaría en un escenario en el que el marco legal interno en la jurisdicción donde tiene su sede una corporación no reconoce ciertos estándares internacionales de derechos humanos, incluso cuando ese país ha adoptado legislación obligatoria de debida diligencia en derechos humanos.

²⁷ Sherpa, *Vigilance Plan Reference Guidance*, first edition, p. 37, y French National Assembly, Report No. 2628. 11 Marzo 2015 “Generalmente se acepta una definición formal según la cual los derechos fundamentales son proclamados por textos de rango constitucional (...) así como por convenios internacionales y europeos (...): derechos de segunda generación (derecho al trabajo, acceso al cuidado de la salud, educación, derecho de huelga, etc.) y derechos de tercera generación (medio ambiente, bioética, etc.)”

²⁸ Principios rectores de las Naciones Unidas sobre Corporaciones y Derechos Humanos (UNGPs), Principio 23.

²⁹ AN Rep No. 3582 p. 11

DERECHOS DE PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas a la tierra, territorio y recursos naturales están inextricablemente vinculados al derecho a la libre determinación, reconocido como un principio general del derecho internacional de los derechos humanos y consagrado en múltiples tratados internacionales.³⁰ Esto incluye el derecho fundamental a la propiedad y el control colectivo sobre las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado y adquirido de otro modo.³¹ El Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo consagra los derechos fundamentales de los pueblos indígenas bajo el derecho internacional, en particular sus derechos a la propiedad de la tierra³², y asegura estándares mínimos en materia de consulta y consentimiento para cualquier actividad que pueda afectarlos³³ – incluidos los relacionados con el uso de la tierra³⁴. Además, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP, por sus siglas en inglés), adoptada en 2007, defiende el derecho de los pueblos indígenas a decidir qué sucede en sus tierras y establece que cualquier proyecto que afecte sus tierras, territorios o recursos solo debe realizarse con su consentimiento libre, previo e informado.³⁵

Estos estándares internacionales de derechos humanos se han integrado en las protecciones a nivel regional. Por ejemplo, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunal sobre sus tierras y recursos naturales como un derecho en sí mismo, así como una garantía del goce efectivo de otros derechos básicos.³⁶ En su decisión de 2007 sobre *Saramaka*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaminó que los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales se derivan de la costumbre y no del Estado, y que tienen el “derecho a administrar, distribuir y controlar efectivamente (su) . . . territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal”. Así también, que al proponer una concesión en territorios indígenas, el Estado tiene el deber de consultar a los miembros de la comunidad, de conformidad con sus usos y costumbres.³⁷

30 Artículo 1 Carta de la ONU, Artículo 1(1) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 1(1) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

31 Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Artículo 26

32 Artículo 14, Convención 169 de la OIT

33 Artículo 6, Convención 169 de la OIT

34 Artículos 16–17 Convención 169 de la OIT

35 Artículo 19 UNDRIP: ‘Los Estados consultarán y cooperarán de buena fé con los pueblos indígenas interesados, a través de sus propias instituciones representativas, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar e implementar medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos’.

36 Ver: Organization of American States (2009) Indigenous and tribal peoples’ rights over their ancestral land, Norms and Jurisprudence of the Inter American Human Rights System, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 December 2009, <https://www.oas.org/en/iachr/indigenous/docs/pdf/ancestrallands.pdf>.

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Pueblo de *Saramaka* vs. Surinam, para. 194, 133, 155.

Los sistemas legales nacionales en varios estados con grandes poblaciones indígenas también han adoptado disposiciones constitucionales u operativas que introducen el derecho de los pueblos indígenas a la tierra y los territorios.³⁸ En México, por ejemplo, la propiedad colectiva de la tierra de ejidos y comunidades agrarias está reconocida en el artículo 27 de la Constitución. La creación de estas diferentes formas de propiedad colectiva agraria de la tierra tiene sus bases en legados históricos y políticos: los derechos a la tierra de los ejidos fueron creados por el Estado después de la Revolución Mexicana de 1910, mientras que las comunidades agrarias (la mayoría de las cuales son comunidades indígenas) ya tenían derechos a tierras de propiedad colectiva antes de la colonización, tierras que luego el Estado tituló y restituyó a las comunidades indígenas. Tanto en los ejidos como en las comunidades agrarias, la gobernanza de la tierra colectiva se establece y aprueba por una asamblea formada por ejidatarios o comuneros (asamblea ejidal y comunal), que toma decisiones sobre el uso y disfrute de la tierra, y si está de acuerdo con su uso por un tercero.

EL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO

Un elemento fundamental de la protección de los derechos colectivos a la tierra de los pueblos indígenas es el principio del consentimiento libre, previo e informado (CLPI). El CLPI es un derecho explícitamente reconocido en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales,³⁹ la Convención sobre Diversidad Biológica,⁴⁰ y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁴¹ El CLPI constituye tres derechos interrelacionados y acumulativos de los pueblos indígenas: el derecho a ser consultados, el derecho a participar y el derecho a sus tierras, territorios y recursos.⁴² Por lo tanto, el CLPI no crea nuevos derechos, sino que proporciona una elaboración contextualizada de los derechos y principios generales de derechos humanos en relación con las circunstancias históricas, culturales y específicas de los pueblos indígenas.⁴³ De acuerdo con el CLPI, los Estados deben consultar a los pueblos indígenas con el objetivo de asegurar su consentimiento antes de adoptar e implementar cualquier medida legislativa o administrativa que pueda afectarles. El proceso de consulta debe ser:

- Libre: desarrollarse en un contexto libre de intimidación, coacción o manipulación y hostigamiento, en un espíritu de confianza y buena fe entre las partes. Las instituciones representativas deben elegirse libremente y deben poder controlar el proceso y la logística de la consulta.
- Previo: la consulta debe tener lugar antes de que se tome una decisión sobre una acción propuesta, incluida la fase de desarrollo y planificación, antes de que se firmen los acuerdos y se otorguen los permisos de exploración.

³⁸ FIAN International (2018), Collective Rights briefing note, p.10 https://www.fian.org/fileadmin/media/publications_2018/Reports_and_guidelines/droits_collectifs_UK_web.pdf

³⁹ Artículo 6, 15, 16 and 35

⁴⁰ Artículo 8(j)

⁴¹ Artículo 19, Artículo 32(2)

⁴² Consejo de Derechos Humanos 2018, Estudio de los Mecanismos Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas A/HRC/39/62 para 14

⁴³ Ibid, para 3

- **Informado:** la información proporcionada durante el proceso de consulta debe ser suficiente en cantidad y calidad; objetiva, exacta y clara; y presentada en un idioma entendido por las comunidades en cuestión. La información proporcionada debe cubrir la naturaleza, escala, ritmo, reversibilidad y alcance del proyecto.⁴⁴

El CLPI es tanto un proceso como un resultado. Como proceso implica el intercambio de información, consulta, deliberación y negociación de la comunidad afectada antes de la implementación de las actividades. Al final de este proceso, la comunidad puede dar su consentimiento, con o sin condiciones, o negar su consentimiento.

LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL DE RESPETAR LOS DERECHOS DE PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS A LA TIERRA Y EL TERRITORIO

El Estado es el principal garante de la obligación de defender los derechos colectivos a la tierra y el territorio de las comunidades indígenas a través de la implementación del proceso de CLPI. Sin embargo, esto no limita la responsabilidad de las empresas a respetar estos derechos en el desarrollo de sus actividades. Los Principios Rectores de Naciones Unidas establecen claramente que la responsabilidad empresarial a respetar existe “con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos y no reduce esas obligaciones”.⁴⁵ Cuando se aplica en un contexto de derechos de pueblos indígenas, la ausencia de protección de los derechos territoriales indígenas, ya sea en la ley o en la práctica dentro del país en el que opera una empresa, no la exime de la obligación de respetar estos derechos.

Según el Relator Especial de la ONU sobre los Defensores de los Derechos Humanos: *“Toda empresa que participe en uno o varios proyectos que puedan afectar a las comunidades indígenas deberían promover la celebración de consultas previas y efectivas con ellas; abstenerse de adoptar medidas que puedan afectar a estas consultas, en particular aquellas que puedan suscitar divisiones en el seno de las comunidades; y ofrecer toda la información pertinente sobre los proyectos en cuestión a la población afectada de forma accesible y adecuada desde el punto de vista cultural.”*⁴⁶ Antes de emprender un proyecto, las empresas deben llevar a cabo la debida diligencia en materia de derechos humanos para evaluar si los pueblos indígenas pueden verse afectados negativamente, en qué medida el Estado respeta los derechos de los pueblos indígenas y si las autoridades han consultado efectivamente y obtenido el consentimiento de las comunidades locales antes de emitir una licencia o concesión.⁴⁷ Las empresas también deben asegurarse de que sus socios comerciales no tomen medidas que puedan interferir con el ejercicio del CLPI.⁴⁸

⁴⁴ Ibid para 20 – 23

⁴⁵ UNGPs Principio 11

⁴⁶ Consejo de Derechos Humanos 2018, Informe de la misión a México del Relator Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos A/HRC/37/51/Add.2, 99

⁴⁷ UNGP, Principio 13b

⁴⁸ UNGP, Principio 13b

Para demostrar respeto por el derecho al CLPI, las empresas deben estar preparadas para contribuir de buena fe con consultas dirigidas por los gobiernos, y cuando el gobierno no cumpla con sus propias obligaciones, comprometerse con las partes interesadas de la sociedad civil para garantizar que los procesos de consulta y CLPI sean llevados a cabo.⁴⁹ Además, si se identifican brechas en la protección del CLPI del estado anfitrión antes de que una empresa inicie actividades (como en el proceso de obtención de permisos o licencias), la empresa debe suspender sus actividades hasta que pueda asegurarse de que el CLPI se ha garantizado adecuadamente de acuerdo con normas internacionales y consentimiento debidamente obtenido.⁵⁰ La Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable aclara este punto: “las actividades empresariales puede que no sean intrínsecamente riesgosas, pero las circunstancias (por ejemplo, asuntos relacionados con el Estado de Derecho, la falta de cumplimiento de las normas y el comportamiento de las relaciones comerciales) podrían generar riesgos de impactos negativos. La debida diligencia contribuye a que las empresas anticipen y prevengan o mitiguen estos impactos. En algunos casos limitados, la debida diligencia puede ayudar a decidir si continuar o discontinuar las actividades o las relaciones comerciales como último recurso, bien porque el riesgo de un impacto negativo sea demasiado alto o porque los esfuerzos de mitigación no hayan tenido éxito.”⁵¹

La debida diligencia puede ayudar a decidir si continuar o discontinuar las actividades o las relaciones comerciales

En la práctica, la gran mayoría de los proyectos extractivos o de infraestructura avanzan sin garantizar que se haya obtenido el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas. Según Land Matrix, de las más de 250 adquisiciones de tierras a gran escala, en países en desarrollo sobre las que hay información disponible en relación a consultas, solo el 15 % informa que se otorgó el CLPI, mientras que casi el 45 % informa que no consultó en absoluto.⁵² Cuando se adoptan, los formatos de CLPI a menudo no brindan a las comunidades información adecuada en la etapa más temprana posible, o no las salvaguardan de la influencia indebida de corporaciones o funcionarios gubernamentales.⁵³

49 Marco de Rendición de Cuentas (2020), Guía Operativa sobre Consentimiento Previo, Libre e Informado, p.15

50 Ibid p.5

51 Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable p.17

52 https://landmatrix.org/documents/129/Land_Matrix_2021_Analytical_Report_revised_22112021-FINAL.pdf

53 ECCHR estudio de caso

La consulta de las comunidades indígenas sobre el desarrollo de proyectos de energía eólica, en México, se ha quedado corta. De los 28 proyectos de energía eólica que operan en la región del Istmo, los procesos de consulta no se han llevado a cabo o han sido profundamente defectuosos, realizados después de que el gobierno ha otorgado a las empresas licencias de generación de electricidad y/o han firmado contratos de usufructo y arrendamiento, que les dan acceso a tierra. Estas fallas han sido señaladas por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales, destacando que *“la urgencia de atraer inversiones, la insuficiencia de las salvaguardias y la falta de capacidad para hacer cumplir la legislación vigente crean un entorno en el que los derechos humanos se pueden vulnerar con impunidad”*.⁵⁴ En el proyecto *Gunaa Sicarú*, solo se inició un proceso de consulta luego de acciones legales iniciadas por miembros de la comunidad Unión Hidalgo, tres años después de que EDF iniciara negociaciones con propietarios individuales para obtener acceso a la tierra. La consulta violó claramente los estándares internacionales sobre CLPI, lo que resultó en que una jueza ordenara su suspensión y luego su implementación adecuada.⁵⁵ Sin embargo, EDF continuó presionando con el desarrollo del proyecto a pesar de claros indicios de continuas violaciones del CLPI: el Estado Mexicano no llevó a cabo el proceso de consulta de acuerdo con los estándares internacionales y los lineamientos de la sentencia de amparo, y la evidencia de coerción e intimidación de miembros de la comunidad vinculados a las actividades de contratistas locales de EDF, según lo documentado por la sociedad civil.

En la región del Istmo, los procesos de consulta no se han llevado a cabo o han sido profundamente defectuosos

Como se explicará en la próxima sección de este informe, la evaluación del respeto al deber de vigilancia por parte de una empresa de “tomar todas las medidas razonables” para prevenir violaciones graves de los derechos humanos debe interpretarse en concreto, teniendo en cuenta el contexto específico en que la empresa ha buscado operar. Por lo tanto, para las empresas que buscan desarrollar proyectos en países donde los órganos de derechos humanos, las ONG y los medios de comunicación han informado ampliamente sobre violaciones de los derechos de CLPI, como en México, la identificación de este riesgo y la adopción de medidas de mitigación deben estar claramente definidas dentro de su Plan de vigilancia.

⁵⁴ Naciones Unidas, Asamblea General, 2017, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales acerca de su misión a México, para. 7.

⁵⁵ Sentencias judiciales relativas a los amparos No. 376/2018, 377/2018 y 554/2018 dictados por el Juzgado Primero de Distrito Federal en el Estado de Oaxaca, México (2018).

CONTRATOS DE USUFRUCTO Y ACAPARAMIENTO DE TIERRAS: UNA PRÁCTICA EMPRESARIAL SISTEMÁTICA EN EL SECTOR EXTRACTIVO

La celebración de contratos de usufructo y arrendamiento de terrenos es una práctica recurrente en el desarrollo de proyectos extractivos. Cuando dichos contratos se relacionan con tierras de propiedad colectiva de los pueblos indígenas, su negociación y conclusión antes de que se haya solicitado el consentimiento de la comunidad representan una violación del consentimiento libre, previo e informado.

Los actos de apropiación corporativa de tierras y la subsecuente contratación privada de tierras colectivas y comunales a empresas eólicas reflejan una práctica corporativa sistemática en el Istmo de México,⁵⁶ a menudo se lleva a cabo en connivencia con los funcionarios del gobierno local que se beneficiarán de la inversión interna.⁵⁷ Cuando dichas tierras también forman parte de un ejido o comunidad agraria, la ley mexicana establece que la Asamblea Ejidal o Comunal debe autorizar tales acuerdos. Por lo tanto, la existencia de ejidos y comunidades agrarias se ve como un obstáculo importante para asegurar la tierra para el desarrollo de proyectos eólicos o extractivos, dada la necesidad de negociación colectiva y toma de decisiones sobre el uso de esta propiedad. Para eludir estos procesos, las corporaciones multinacionales, actuando a través de sus subsidiarias locales y con la participación de funcionarios públicos locales para formalizar el proceso, suelen firmar contratos privados de arrendamiento o usufructo con “propietarios” individuales que les otorgan acceso a la tierra antes de cualquier consulta adecuada con miembros de la comunidad afectada.

Cuando se cuestiona la legalidad de los contratos de usufructo, las empresas de energía han argumentado que la tierra en cuestión es propiedad privada. Al hacerlo, buscan beneficiarse de las lagunas e inconsistencias prácticas en el estatus legal de la tierra. Por ejemplo, la ausencia de un órgano administrativo interno en funcionamiento (Comisariado ejidal o comunal) para tomar decisiones sobre tierras colectivas y comunales ha facilitado el acaparamiento de tierras y la firma de acuerdos de usufructo, sumado a la referida connivencia de funcionarios y autoridades. En contextos donde se sabe que existen conflictos de tierras preexistentes, la debida diligencia efectiva en materia de derechos humanos requiere que, antes de cualquier actividad de desarrollo, las corporaciones tomen medidas razonables para identificar el estado de propiedad de las tierras en cuestión e implementar medidas para prevenir la infracción de los derechos de propiedad de los miembros de la comunidad afectados. Como destacó el Punto Nacional de Contacto francés de la OCDE en la denuncia presentada por Unión Hidalgo y ProDESC, las actividades para establecer el estatus de la tierra deben ir más allá de las verificaciones judiciales y administrativas e incluir la consulta con actores de la sociedad civil local y expertos conscientes del contexto social y cultural específico en torno a los derechos indígenas a la tierra. El hecho de no establecer el estatus de la tierra puede tener un “efecto bola de nieve”, lo que lleva a violaciones de los derechos de CLPI y también alimenta conflictos relacionados con la tierra y la violencia al interior de las comunidades.

⁵⁶ Wilson Center (2016), *Enticed by the Wind: A case study in the social and historical context of wind energy development in Southern Mexico*

⁵⁷ Proceso, 2021, *Para despojarlos de sus tierras, declaran muertos a más de mil comuneros... que están vivos.*

En el caso de Unión Hidalgo, las tierras en las que se pretendía desarrollar el proyecto Gunaa Sicarú están catalogadas como propiedad agraria, y por tanto sujetas a la aprobación de la asamblea comunal sobre su destino, además del proceso de consulta requerido para obtener la aprobación a través del proceso de CLPI a la comunidad indígena. A pesar de esto, de la documentación obtenida de las asociaciones reclamantes se desprende que la subsidiaria de EDF, Eólica de Oaxaca, concluyó contratos de usufructo con miembros individuales de la comunidad que se describían a sí mismos como “propietarios” antes de que se hubiera llevado a cabo un proceso de consulta adecuado. A través de este proceso, EDF obtuvo acceso a casi 5.000 hectáreas de tierras comunales.

Recientemente, los contratos de usufructo del parque eólico Piedra Larga (también en Unión Hidalgo) han sido declarados ilegales por tratarse de tierras comunales. En dos sentencias de agosto y noviembre de 2022, el Tribunal Unitario Agrario de Tuxtepec, Oaxaca, declaró que 13 contratos entre Demex (filial de la energética española Renovalia Energy) y particulares para la instalación del parque eólico contravenían la ley Agraria, ya que consideraron indebidamente la tierra como propiedad privada.⁵⁸ Esto sienta un precedente importante contra el acaparamiento de tierras por parte de empresas en otros parques eólicos de la región y de México.

ADJUDICACIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS SOBRE LA TIERRA BAJO LA LDV

La ambigüedad que rodea el alcance de los derechos humanos protegidos en virtud de la *LdV* crea una incertidumbre sustancial para los derechos que han sido consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos, pero no integrados en los marcos jurídicos nacionales. Muchos países, especialmente en el Norte Global, no reconocen los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Por ejemplo, Francia no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, el único instrumento internacional jurídicamente vinculante que reconoce los derechos colectivos a la tierra de los pueblos indígenas y su derecho a la libre determinación. Esto se basa en la interpretación del principio constitucional del republicanismo según el cual no existen grupos minoritarios, lo cual impediría la protección de los derechos indígenas por la ley francesa.⁵⁹

Sin embargo, la ausencia de un derecho a la propiedad colectiva, bajo la ley francesa, no debería impedir que aquellos afectados por violaciones del deber de vigilancia hagan valer sus derechos bajo la *LdV*. Por lo tanto, al juzgar casos presentados bajo la *LdV*, en su evaluación del cumplimiento de la obligación de vigilancia, las y los jueces franceses deben tener en cuenta cómo las actividades de las corporaciones pueden resultar en violaciones graves de los derechos colectivos a la tierra. Esto requiere una comprensión de cómo estos derechos están protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos, así como dentro de los sistemas legales nacionales de los países en los que operan las corporaciones.

⁵⁸ https://media.business-humanrights.org/media/documents/Press_release_UHvsDemex.pdf

⁵⁹ Ver Jeremie Gilbert y David Keane. „Equality versus fraternity? Rethinking France and its minorities.“ *International Journal of Constitutional Law* 14.4 (2016): 883-905.

La necesidad de una interpretación teleológica del contenido de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos está claramente identificada en los Principios Rectores de las Naciones Unidas:

*“Toda vez que las actividades de las empresas pueden tener un impacto sobre prácticamente todo el espectro de derechos humanos internacionalmente reconocidos, su responsabilidad de respetar se aplica a todos esos derechos. En la práctica, ciertos derechos humanos pueden estar expuestos a un riesgo mayor que otros en determinados sectores o contextos, razón por la cual se les prestará una atención especial. ... De acuerdo con las circunstancias, es posible que las empresas deban tener en cuenta otras normas. Por ejemplo, las empresas deben respetar los derechos humanos de las personas pertenecientes a grupos o poblaciones específicos y deberán prestarles una atención especial cuando vulneren los derechos humanos de esas personas. Los instrumentos de las Naciones Unidas han detallado a tal efecto los derechos de los pueblos indígenas...”*⁶⁰

Esto significa que las violaciones de los derechos que se espera que las corporaciones identifiquen, mitiguen y reparen como parte de su obligación de vigilancia deben tener en cuenta el contexto en el que opera la empresa, o sus subsidiarias, proveedores y subcontratistas, y las condiciones reales y potenciales impactos que estas operaciones pueden tener en individuos y grupos. La adopción de una interpretación amplia de la obligación de vigilancia es esencial para prevenir de manera efectiva los daños a los derechos humanos relacionados con las empresas: un enfoque legal limitado descuidaría el objetivo de la ley.⁶¹

Ciertos derechos humanos pueden estar expuestos a un riesgo mayor que otros en determinados sectores o contextos

Los conflictos por el acceso y el estatus de la tierra, y la violencia asociada que esto puede generar, son precisamente los riesgos que las empresas deben tener en cuenta al desarrollar sus proyectos y adoptar medidas razonables para mitigarlos. En la práctica, esto significa no continuar con actividades donde estas puedan causar, contribuir o estar directamente vinculadas a violaciones graves del derecho indígena a la tierra y los consiguientes riesgos para la seguridad de las personas defensoras de derechos humanos y de la tierra. En estos contextos, es fundamental que las empresas identifiquen su responsabilidad: respetar la legislación interna en materia de tenencia de la tierra, abstenerse de realizar acciones que aprovechen los vacíos legales en la administración de tierras colectivas y/o avivar los conflictos por la tierra, y buscar activamente aclarar el estado de los terrenos necesarios para el desarrollo de sus proyectos consultando a las partes interesadas correspondientes. Al igual que con la obligación de respetar el CLPI, este deber opera independientemente del deber del Estado de proteger los derechos humanos internacionales.

También debe adoptarse un enfoque teleológico en la evaluación de las reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios en virtud del artículo 2 de la *LdV*. La ley de responsabilidad civil francesa requiere la prueba de un daño individual, mientras que los derechos de propiedad de las comunidades indígenas son de naturaleza colectiva. La violación de un derecho colectivo a la tierra a través del acaparamiento de tierras por parte de empresas puede dar lugar a daños materiales individuales, como la pérdida de la subsistencia económica o la restricción del acceso al agua, y daños morales resultantes del menoscabo del derecho al uso con fines culturales y espirituales. Una interpretación demasiado restrictiva del mecanismo de compensación de daños de la *LdV* afectaría sustancialmente la capacidad de las comunidades indígenas para reclamar daños individuales por la falta de respeto a sus derechos de propiedad.

Los conflictos por el acceso y el estatus de la tierra son precisamente los riesgos que las empresas deben tener en cuenta

Riesgos y personas titulares de derecho

Adoptar una interpretación contextual de la obligación de vigilancia

Como obligación de medios, el deber de vigilancia exige que las empresas tomen todas las medidas razonables para identificar y prevenir violaciones graves de los derechos humanos y ambientales como resultado de sus actividades o las de sus subsidiarias, proveedores o subcontratistas. No impone una obligación de resultado – es decir, una garantía de la no violación de los derechos humanos o de la realización activa de los mismos. La determinación de lo que constituye ‘medidas razonables’ para identificar y prevenir impactos ambientales y sobre los derechos humanos es fundamental para la implementación efectiva de la obligación de vigilancia; sin embargo, la ley no dice nada sobre el alcance y la metodología de esta cuestión crítica.

El concepto de debida diligencia en materia de derechos humanos introducido en los Principios Rectores de las Naciones Unidas se puede utilizar para llenar estos vacíos interpretativos. Está claro a partir de los trabajos preparatorios de la *LdV* que los Principios rectores sirvieron de inspiración para la obligación de vigilancia, vistos junto con las Directrices de la OCDE como la ‘base ideal e internacionalmente reconocida para la construcción de un plan de vigilancia’.⁶² El énfasis en los Principios Rectores, así como en la Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable, está en el *in concreto* de la naturaleza de la obligación empresarial de respetar los derechos humanos, como un proceso continuo⁶³ a realizarse teniendo en cuenta el contexto cultural, económico, sectorial y político de las actividades de la empresa.⁶⁴ Por lo tanto, la implementación de la obligación de vigilancia requiere una conciencia activa y una comprensión por parte de la empresa de cómo sus actividades, y las de los actores dentro de su cadena de suministro global, pueden causar efectos negativos en los contextos específicos en los que operan. Esto debería informar directamente las ‘medidas razonables’ que la empresa toma para mitigar y prevenir estos efectos negativos. Este enfoque interpretativo es fundamental en contextos donde las actividades corporativas han estado vinculadas a amenazas y violencia contra personas defensoras de derechos humanos.

⁶² AN Rep No. 3582 p. 11

⁶³ OECD (2018) p 17–18

⁶⁴ Principios Rectores de las Naciones Unidas, Principio 17 (c) “la debida diligencia en materia de derechos humanos... debe ser continua, reconociendo que los riesgos en materia de derechos humanos pueden cambiar con el tiempo a medida que evolucionan las operaciones de la empresa comercial y el contexto operativo”

VIOLENCIA CONTRA PERSONAS DEFENSORAS DE DERECHOS HUMANOS: ‘CAPTURA COMUNITARIA’ EN LA INDUSTRIA EXTRACTIVA

Las personas defensoras de los derechos humanos desempeñan un papel crucial a la hora de abordar y prevenir las violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas, como defensores y vigilantes de las actividades empresariales. Sin embargo, también son regularmente objeto de ataques y represalias como resultado de este trabajo, especialmente en el contexto de grandes proyectos de desarrollo que afectan el acceso a la tierra y los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades locales.⁶⁵ Según *Global Witness*, 200 personas defensoras de la tierra y el medio ambiente fueron asesinadas en 2021⁶⁶. Las y los defensores de los derechos humanos indígenas se ven afectados de manera desproporcionada, ya que representan más del 40 % de todos los ataques mortales en 2021, a pesar de que los pueblos indígenas representan solo el 5 % de la población mundial.⁶⁷

Las empresas pueden prometer beneficios de desarrollo como una forma de inducir la aceptación de proyectos por parte de la comunidad

La violencia contra las personas defensoras de los derechos humanos a menudo está vinculada a las actividades empresariales y es exacerbada por ellas. Si bien es poco común que las corporaciones multinacionales participen directamente en la comisión de actos de violencia y los ataques, las tácticas utilizadas por las empresas o sus subsidiarias locales para obtener acceso a la tierra pueden incentivar la violencia intracomunitaria. Los grupos y las personas que se beneficiarán financieramente de los proyectos extractivos, por ejemplo, los propietarios de tierras que supuestamente han firmado contratos de usufructo o arrendamiento, así como los proveedores y subcontratistas locales, pueden recurrir al uso de amenazas y violencia contra miembros de la comunidad y contra personas defensoras de los derechos humanos que se oponen a dichos desarrollos o que insisten en el respeto al proceso de CLPI. La violación sistemática de los derechos de CLPI conduce regularmente a la estigmatización, la criminalización y la violencia contra las y los beneficiarios previstos de estas protecciones, en particular las personas defensoras de los derechos humanos ambientales y de la tierra.

⁶⁵ Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales 2021, Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: orientación para garantizar el respeto de las personas defensoras de los derechos humanos A/HRC/47/39/Add.2

⁶⁶ Global Witness 2022, Decade of Defiance p9

⁶⁷ BHRRC, 2021, en la línea de fuego p. 2

El carácter sistemático de estas prácticas en la industria extractiva subraya la importancia de su identificación como un riesgo a ser mitigado y prevenido como parte del deber de vigilancia. Como se ilustra en los numerosos testimonios en el caso de EDF⁶⁸, se sabe que las empresas extractivas usan campañas de información y relaciones públicas antes y durante los procesos de consulta y CLPI, que presentan una imagen positiva de los beneficios asociados con un proyecto pero brindan información limitada sobre los impactos negativos anticipados.⁶⁹ Si bien estas acciones pueden no parecer *prima facie* perjudiciales, cuando se evalúan dentro del contexto político, legal y cultural de las comunidades indígenas que pueden tener acceso limitado a la información, pueden perjudicar gravemente el ejercicio del CLPI. Además, las empresas pueden prometer beneficios de desarrollo como una forma de inducir la aceptación de proyectos por parte de la comunidad, como empleos e inversiones en infraestructura local que aprovechen la vulnerabilidad socioeconómica de las comunidades indígenas. En la práctica, a menudo se trata de falsas promesas que no se cumplen. Por ejemplo, las comunidades locales no reciben nada de la electricidad generada en los parques eólicos construidos en sus tierras, que se vende directamente en los mercados internacionales, lo que deja a la comunidad en doble desventaja.⁷⁰ También se implementan iniciativas filantrópicas corporativas, como la entrega de donaciones a instituciones benéficas locales para generar apoyo dentro de la comunidad, lo que en algunos casos puede equivaler a soborno.⁷¹ En realidad, estas tácticas representan una forma de ‘manipulación comunitaria’⁷² (una de las manifestaciones más comunes de captura corporativa), que socava la capacidad de las comunidades para dar o negar libremente su consentimiento.

El uso de prácticas de “divide y vencerás” también puede socavar la cohesión social dentro de las comunidades, enfrentando a las y los partidarios de los proyectos de desarrollo contra las y los defensores de los derechos humanos que buscan proteger las tierras indígenas, los modos tradicionales de agricultura y la subsistencia económica. Pueden tener efectos profundos y negativos sobre la solidaridad colectiva en las comunidades afectadas, provocando la ruptura del tejido social, violaciones del CLPI y la escalada de violencia contra las y los defensores de los derechos humanos.⁷³

⁶⁸ Se puede encontrar más información de contexto sobre el caso de Unión Hidalgo en la publicación: Civil society space in renewable energy projects: A case study of the Unión Hidalgo community in Mexico (ProDESC, ECCHR) available at: <https://www.ecchr.eu/publikation/civil-society-space-in-renewable-energy-projects-a-case-study-of-the-union-hidalgo-community-in-mexico/> (French version: <https://www.ecchr.eu/publikation/lespace-de-la-societe-civile-dans-les-projets-denergie-renouvelable-une-etude-du-cas-de-la-communaute-union-hidalgo-au-mexique/>)

⁶⁹ Centro para la Inversión Sustentable de Columbia (2020), consentimiento libre, previo e informado: abordando realidades políticas para abordar el impacto.

⁷⁰ Ver <https://lundi.am/La-danse-de-la-mort-d-EDF-dans-le-sud-est-du-Mexique>

⁷¹ Ver OCDE (2021), Cómo abordar los riesgos de soborno y corrupción en las cadenas de suministro de minerales p.22 <https://mneguidelines.oecd.org/faq-how-to-address-bribery-and-corruption-risks-in-mineral-supply-chains.pdf>

⁷² Para más información, ver la Webinar e información publicada por GI-ESCR Net: <https://www.escr-net.org/fr/nouvelles/2019/deballer-capture-dentreprise-manipulation-communautes>

⁷³ A/HRC/37/51/Add.2, para. 47.



En consecuencia, tomar medidas para mitigar y prevenir el riesgo de que se produzcan estas violaciones de derechos es parte integral del deber de vigilancia de las empresas que operan en el sector extractivo. La obligación de asegurar que “sus actividades, acciones y omisiones no den lugar a represalias, violencia, muerte, hostigamiento judicial o cualquier otra forma de silenciamiento o estigmatización de las personas defensoras de los derechos humanos” es un aspecto claramente reconocido de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos.⁷⁴ Esta obligación implica, como parte de la debida diligencia en derechos humanos, que las empresas identifiquen impactos adversos reales o potenciales sobre las y los defensores de derechos humanos vinculados a sus proyectos, ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones corporativas. Dada la gravedad de los riesgos de los ataques contra las personas defensoras de los derechos humanos, que pueden incluir asesinatos, secuestros y ataques violentos, estas son a menudo una de las consideraciones más destacadas que las empresas deben tener en cuenta, especialmente cuando operan en países y contextos donde se sabe que se llevan a cabo represalias contra las y los defensores de los derechos humanos.

Antes de desarrollar o implementar un proyecto, una empresa tiene la responsabilidad de considerar de antemano la probabilidad de que, en el contexto en su conjunto, su participación pueda dar lugar a disturbios o conflictos sociales, y de tomar medidas para prevenir o mitigar estos impactos a lo largo del ciclo del proyecto.⁷⁵ Cuando haya evidencia de que defensoras o defensores de los derechos humanos se han visto afectados negativamente como resultado de las actividades de la empresa, ya sea directamente o a través de su cadena de suministro, las empresas deben usar su influencia con los gobiernos anfitriones para tomar medidas de protección o investigar las denuncias, apoyar investigaciones independientes y brindar reparación.⁷⁶ De acuerdo con las Directrices de la OCDE, cuando los intentos de mitigar el daño han fallado y los impactos en los derechos humanos son graves, las empresas deben considerar suspender temporalmente sus actividades mientras continúan con los esfuerzos de mitigación o, como último recurso, retirarse por completo.⁷⁷ Si bien no existe una definición clara de impactos graves en los derechos humanos, se debe tener en cuenta la escala y el alcance y la naturaleza irremediable del impacto.⁷⁸ Se podría considerar que los ataques y la violencia repetidos contra las y los defensores de los derechos humanos vinculados a proyectos extractivos alcanzan este umbral, lo que requiere que una empresa termine sus relaciones empresariales que pueden contribuir o estar directamente relacionadas con este daño.

⁷⁴ UNWG 2021, 54

⁷⁵ Forest Peoples Programme 2021, Stepping up: Protecting collective land rights through corporate due diligence

⁷⁶ Para mayores detalles sobre Defensores de Derechos Humanos, ver Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales 2021, Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: orientación para garantizar el respeto de las personas defensoras de los derechos humanos

⁷⁷ Guía de la OCDE, Comentarios en Capítulo 2

⁷⁸ Principios Rectores de las Naciones Unidas, Principio 19.

También se espera que las empresas participen activamente y consulten a las partes interesadas que puedan verse afectadas por sus actividades, como parte de su diligencia debida en materia de derechos humanos. En el contexto de proyectos extractivos en tierras indígenas, las y los defensores de la tierra y los derechos humanos estarían entre aquellos que deberían ser claramente identificados y consultados por las corporaciones antes y durante el desarrollo del proyecto. Esta exigencia se refleja en la *LdV*, que prevé que el Plan de Vigilancia se elabore en colaboración con los grupos de interés de la empresa.⁷⁹ La participación general de las partes interesadas en el establecimiento del Plan debe ocurrir en todas las etapas y de forma continua.⁸⁰ Aunque la ley no define a las partes interesadas, en el contexto de la obligación de vigilancia se incluiría a los individuos y grupos cuyos derechos y obligaciones se vean afectados, directa o indirectamente, por el incumplimiento del deber de vigilancia por parte de la empresa.

Por lo tanto, es esencial que los tribunales franceses, que tienen la importante tarea de configurar el contenido de la obligación de vigilancia, lo hagan con la conciencia constante de la naturaleza extraterritorial de la *LdV*. Esto requiere un análisis en profundidad que va más allá de verificar la existencia de un plan de vigilancia, para “verificar el contenido y la calidad del plan de vigilancia en caso de ser impugnado”⁸¹ que tenga en cuenta el contexto en el que se han producido las alegadas violaciones de derechos. En la práctica, esto significaría obtener, de acuerdo con las reglas de procedimiento, información precisa sobre el contexto cultural, legal, político y social de las operaciones corporativas y sus cadenas de suministro, así como las vulnerabilidades específicas de las personas titulares de derechos afectados por estas actividades. Un ejemplo sería buscar el aporte de *amicus curiae* para proporcionar esta experiencia específica sobre la realidad de los riesgos en este contexto y la eficacia de las medidas preventivas propuestas por la empresa.

ATAQUES CONTRA PERSONAS DEFENSORAS DE DERECHOS HUMANOS EN UNIÓN HIDALGO

México es uno de los países más peligrosos para las y los defensores de derechos humanos, ya que registra el mayor número de asesinatos a nivel mundial en 2021.⁸² La violencia, la criminalización y los ataques a las voces que desafían los megaproyectos en tierras y territorios indígenas han sido reconocidos repetidamente por organismos de la ONU y ONGs internacionales.⁸³ El estado de Oaxaca, en México, ha sido testigo del mayor número de ataques, particularmente dentro de Juchitán, donde la violencia se ha relacionado explícitamente con la construcción de proyectos de energía eólica.⁸⁴

⁷⁹ Artículo L. 225–102–4–I para 4

⁸⁰ Sherpa Vigilance Guide p.44

⁸¹ AN Rep No.2578 p.12

⁸² Global Witness 2022 p10

⁸³ Asamblea General de Naciones Unidas, 2018, para. 41.

⁸⁴ Centro Mexicano para la Ley de Medio Ambiente, 2020, p. 17.

En Unión Hidalgo, las amenazas y los ataques contra las y los defensores de la tierra y los derechos humanos relacionados con el proyecto Gunaa Sicarú comenzaron a escalar luego de que en abril de 2018 comenzaran reuniones de consulta indígenas fallidas. Una campaña en las redes sociales y la radio estigmatizó a las personas defensoras como “enemigos del desarrollo” y “anti-activistas de la energía eólica”, publicitando su información personal e incitando a los miembros de la comunidad a tomar medidas para eliminar la oposición al proyecto. Siguieron amenazas directas contra la integridad física de estos críticos del proyecto y sus familias: un firme defensor sufrió un accidente automovilístico aparentemente intencional y un miembro del Comité de Resistencia sufrió un intento de secuestro.⁸⁵ La gravedad de los ataques ha llamado la atención internacional y dio lugar a un llamamiento urgente de la Organización Mundial contra la Tortura y la Federación Internacional de Derechos Humanos en junio de 2019.⁸⁶ Los ataques han continuado en los últimos años: en febrero de 2022, Edgar Martín Regalado, miembro del Colectivo por la Defensa de los Derechos Humanos y los Bienes Comunales de Unión Hidalgo, fue víctima de un ataque armado lanzado desde un automóvil cuando regresaba a su casa después de participar en una conferencia de prensa donde habló de las acciones legales contra EDF.⁸⁷

Estos ataques pueden vincularse a las intervenciones de la filial de EDF, Eólica de Oaxaca, dentro de Unión Hidalgo. La empresa entabló conversaciones con personas seleccionadas de la comunidad para obtener los derechos sobre la tierra ya en 2015, ofreciendo espacios privilegiados para la información y la negociación sobre el proyecto propuesto y prometiendo que el parque eólico generaría oportunidades de empleo e inversión en el área local. Este proceso condujo al surgimiento de los autodenominados “comités de propietarios” como importantes partidarios del proyecto, motivados por los beneficios económicos que obtendrían de las compensaciones previstas en los contratos de usufructo. Una vez que comenzó el proceso de consulta, estos simpatizantes escalaron sus actividades a la coerción, manipulación de votos, intimidación y violencia contra los defensores de derechos humanos en la comunidad.

México es uno de los países más peligrosos para las y los defensores de derechos humanos

⁸⁵ ECCHR (2019), Espacio de la sociedad civil en proyectos de energías renovables.

Un estudio de caso de la comunidad Unión Hidalgo en México p 3

⁸⁶ <https://www.fidh.org/es/temas/defensores-de-derechos-humanos/mexico-ataques-contramiembros-de-la-comunidad-indigena-de-union>

⁸⁷ ProDESC Acción urgente: Defensores y defensoras de la tierra y el territorio y los derechos humanos de Unión Hidalgo, Oaxaca, en riesgo por atentado, disponible aquí <https://prodesc.org.mx/accion-urgente-defensores-y-defensoras-de-la-tierra-y-el-territorio-y-los-derechos-humanos-de-union-hidalgo-oaxaca-en-riesgo-por-atentado/>

AMENAZAS Y ARRESTOS RELACIONADOS CON LOS PROYECTOS TILENGA Y EACOP

En Uganda y Tanzania, las y los activistas ambientales y de derechos humanos que se movilizan contra los proyectos petroleros de Tilenga y EACOP han sido objeto de amenazas, hostigamiento y actos de intimidación, incluidos arrestos.⁸⁸ Las ONG involucradas en la demanda contra Total informan que esta ha provocado un aumento de los ataques contra grupos de la sociedad civil que trabajan en la región. La policía y el gobierno han impedido que las organizaciones ugandesas involucradas en el caso lleven a cabo su trabajo, incluida la visita a las comunidades afectadas que intentan ejercer sus derechos. Dos representantes comunitarios que viajaron a Francia para declarar en el caso, fueron sometidos a intensas presiones e intimidaciones antes y después de su viaje. En abril de 2020, cuatro relatores especiales de las Naciones Unidas enviaron una carta a Total, al gobierno francés y al gobierno de Uganda expresando su preocupación de que este acoso y el uso de tácticas intimidatorias puedan violar la libertad de opinión y expresión de otras personas afectadas por el proyecto petrolero.⁸⁹

Aunque Total se ha ofrecido a trabajar en el establecimiento de mecanismos de alerta para proteger a las y los defensores locales de derechos humanos, este compromiso no se ha cumplido en la práctica. Según la FIDH, los funcionarios de enlace de la empresa en el terreno son propensos a hacer comentarios antagónicos sobre las personas defensoras, a quienes a menudo describen como mentirosos o «especuladores» que buscan obtener ganancias financieras a través de mecanismos de compensación.⁹⁰

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La responsabilidad del Estado francés en las actividades de EDF opera a dos niveles. En primer lugar, las violaciones extraterritoriales del derecho internacional de los derechos humanos documentadas en Unión Hidalgo (y en otros casos) están conectadas con las actividades de un actor privado que opera bajo la jurisdicción y el control de Francia. En segundo lugar, el Estado francés tiene la obligación de abordar estas violaciones en su papel de inversor y accionista de EDF.

El Estado francés posee el 83.6% del capital de EDF, con un compromiso accionario de alrededor de 21,000 millones de euros. Esto representa el 40% de la cartera de la APE (Agence des Participations de L'Etat), la agencia pública que gestiona la estrategia de participación pública del gobierno como una 'entidad accionista'.

⁸⁸ <https://www.amisdelaterre.org/wp-content/uploads/2020/10/rapport-un-cauchemar-total-amisdelaterre-survie.pdf> p.22

⁸⁹ <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=25137>

⁹⁰ https://www.fidh.org/IMG/pdf/fidh__fhri_report_uganda_oil_extraction-compresse.pdf p.39

De acuerdo con el Principio 4 de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, “Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos.”.

Como se destaca en el comentario al Principio 4 de los Principios Rectores, “cuando los Estados poseen o controlan las empresas, tienen mayores medios a su disposición para hacer cumplir las políticas, leyes y reglamentos en relación con el respeto de los derechos humanos”.⁹¹ Por lo tanto, a través de su control accionario sobre EDF, el Estado tiene una responsabilidad distinta y complementaria de garantizar que la empresa ejerza su obligación de vigilancia.

AMPLIACIÓN DEL PERÍMETRO DE VIGILANCIA: EL PAPEL DE LAS ‘RELACIONES COMERCIALES’ EN LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS DE LAS EMPRESAS

A pesar de los vínculos claros entre las tácticas corporativas y los ataques contra las personas defensoras de los derechos humanos, como se describió anteriormente en este informe, el marco estrecho adoptado bajo la *LdV* corre el riesgo de excluir la prevención de estos daños del alcance de la obligación de vigilancia. De acuerdo con el artículo L.225-102-4-1 del Código francés de Comercio, el ámbito *rationae personae* de la obligación de vigilancia – el ‘perímetro de vigilancia’ – abarca las “operaciones de la sociedad y de las sociedades que esta controla en el sentido del artículo L.233.16, II, así como de las operaciones de los subcontratistas o proveedores con los que mantenga una relación comercial establecida, cuando dichas operaciones deriven de esta relación”.

Limitar la aplicación de la obligación de vigilancia a las subsidiarias, proveedores y subcontratistas representa una reducción significativa de la debida diligencia en derechos humanos establecida en los Principios Rectores de las Naciones Unidas, que se aplica a cualquier impacto que una empresa cause, contribuya o esté directamente relacionada con su cadena de suministro y relaciones corporativas. El Principio 13 (b) establece que:

La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: (...) traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos.

Según el Comentario a los Principios Rectores, las “relaciones comerciales” deben entenderse en el sentido más amplio, a saber, “*relaciones con socios comerciales, entidades en su cadena de valor,⁹² y cualquier otra entidad no estatal o estatal directamente relacionada con sus operaciones comerciales, productos o servicios*”.

Además, la creación de un umbral adicional de “relación comercial establecida” como criterio para determinar si los proveedores y subcontratistas entran en el ámbito de aplicación del deber de vigilancia plantea una serie de cuestiones, tanto en términos de la incertidumbre de su definición como de su aplicación en el contexto de las operaciones corporativas transnacionales. Los trabajos preparatorios de la *LdV* remiten a la jurisprudencia sobre esta noción en el artículo L. 442-6-5, I del Código francés de Comercio, definiéndola como ‘una asociación de la que cada parte puede esperar razonablemente que continúe en el futuro’.⁹³ Sin embargo, esta jurisprudencia se desarrolló en el contexto de la protección a subcontratistas y proveedores de la terminación repentina de asociaciones comerciales, un escenario completamente diferente al considerado en la *LdV* que busca proteger a las personas y al medio ambiente.⁹⁴ Además, el énfasis en la existencia de una relación comercial aparentemente excluye las asociaciones no comerciales fuera de una relación clásica de la cadena de suministro “ascendente”. Aunque la *LdV* se introdujo en respuesta al desastre de *Rana Plaza*, este tipo de relación de la cadena de suministro no es la única base sobre la cual una multinacional puede estar relacionada con violaciones de derechos humanos y daños ambientales a través de sus actividades, por ejemplo, a través de inversiones o actividades posteriores.⁹⁵ La introducción de este elemento impone una restricción arbitraria al concepto de debida diligencia en materia de derechos humanos, que no refleja la realidad de los daños ambientales y de derechos humanos relacionados con las empresas, que ocurren regularmente fuera de la relación tradicional proveedor-comprador.

Una interpretación amplia del perímetro de vigilancia es particularmente importante cuando se evalúan las medidas adoptadas por las empresas para identificar, abordar y mitigar los riesgos para las personas defensoras de los derechos humanos. Como se destacó en la sesión anterior, es más probable que los perpetradores de la violencia contra los defensores de los derechos humanos sean miembros de la comunidad que defienden sus propios intereses personales.

92 OHCHR (2012) p. 8 ‘las actividades que convierten la entrada en salida agregando valor. Incluye entidades con las que (la empresa) tiene una relación comercial directa o indirecta y que (a) suministran productos o servicios que contribuyen a los propios productos o servicios de la empresa o (b) reciben productos o servicios de la empresa’

93 AN Rep no. 2628 p.36 y p.71

94 C. Hannoun, Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d’ordre après la loi du 27 mars 2017: Dalloz soc. 2017, p. 806, spec. p. 810

95 De acuerdo con los principios rectores de OCDE, la debida diligencia de derechos humanos cubre todo tipo de relaciones empresariales: proveedores, franquicias, licencias, *joint ventures*, inversionistas, clientes, contratistas, consultores, asesores financieros, legales y de otro tipo, y cualquier otra entidad estatal o no estatal vinculada a sus operaciones comerciales, productos o servicios (Guía de debida diligencia de la OCDE, p. 10).

Es posible que no actúen en nombre o en representación de una empresa, pero sus acciones a menudo están vinculadas a actividades de la empresa que incentivan este comportamiento. Mientras que esto podría considerarse dentro de la definición de ‘vínculo directo’ bajo los UNGP, en una interpretación estricta de la *LdV*, la ausencia de una ‘relación comercial entre la corporación y las personas que realizan los ataques significaría que estas actividades quedarían fuera de la obligación de vigilancia.

Por ejemplo, parece que los ‘comités de propietarios’ fueron los principales perpetradores de la violencia, intimidación y coerción de las y los defensores de derechos humanos en Unión Hidalgo, motivados por los beneficios económicos obtenidos a través de los contratos de usufructo. La relación entre EDF y estos ‘propietarios’ se hizo constar en materiales públicos sobre el proyecto en donde se referían a ellos como ‘socios comerciales’.⁹⁶ Sin embargo, tal como se define en la legislación francesa, esto no encaja claramente dentro de los parámetros de una ‘relación comercial establecida’. Por lo tanto, se vuelve un reto argumentar que EDF o sus subsidiarias tienen la obligación de identificar y mitigar el riesgo de ataques contra las y los defensores de los derechos humanos por las actividades de los “propietarios” –a pesar de evidencia clara y contundente que demuestra que las acciones anteriores de los “propietarios” se produjeron en un contexto de estrecha convergencia con las filiales de EDF.

La interpretación del perímetro de vigilancia debe tener en cuenta el contexto en el que las empresas francesas operan extraterritorialmente

Para alinearse con los Principios Rectores de las Naciones Unidas, la interpretación del perímetro de vigilancia debe tener en cuenta el contexto en el que las empresas francesas operan extraterritorialmente y cómo llevan a cabo sus actividades. En ciertos sectores, como la industria extractiva, es probable que esto implique relaciones con empresas e individuos que van más allá del suministro de bienes y servicios. Para la industria extractiva en particular, la importancia de obtener acceso a la tierra para llevar a cabo las operaciones significa que la consideración de los propietarios dentro de la cadena de valor es esencial. Restringir el ámbito de aplicación a las relaciones puramente comerciales de la cadena de suministro podría tener consecuencias significativas en la capacidad de la ley para lograr su objetivo de prevenir violaciones de derechos humanos y brindar acceso a la justicia a aquellas personas afectadas negativamente por las actividades de la empresa.

Obstáculos procesales a la justicia

Desafíos para obtener reparación (provisional) por daños corporativos

La *LdV* es pionera ya que es la primera legislación que proporciona a las personas y comunidades afectadas por actividades comerciales extraterritoriales, un mecanismo legal para acceder a la justicia. Cuando una empresa incumple su obligación de vigilancia, cualquier parte legitimada puede notificar formalmente a la empresa para que cumpla, y si ésta no lo hace, las partes pueden solicitar que el juez o jueza competente dicte una medida cautelar ordenando a la empresa cumplir con la obligación de establecer, implementar y publicar su Plan de Vigilancia.⁹⁷ Además, la ley introduce la responsabilidad civil en el caso de que las actividades de la empresa y de las entidades, dentro del perímetro de vigilancia, causen daños que la ejecución del deber de vigilancia hubiera podido evitar.⁹⁸

LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA CARGA DE LA PRUEBA

A pesar de esta promesa, los grupos que buscan utilizar los mecanismos judiciales de la *LdV* han enfrentado numerosos obstáculos para acceder a la justicia. La noción de “igualdad ante la ley” es un elemento fundamental del ordenamiento jurídico francés así como la legislación internacional sobre derechos humanos. Sin embargo, la desigualdad de armas entre individuos y comunidades predominantemente basados en el Sur Global, contra poderosas empresas acusadas en casos *LdV* sugiere que esto está lejos de la realidad. Las corporaciones tienen a su disposición amplios recursos financieros y acceso a equipos legales especializados que las colocan en una ventaja significativa en comparación con los grupos e individuos que presentan casos bajo la *LdV*. Este desequilibrio de poder se ve reforzado por el hecho de que la carga de la prueba, en línea con los recursos civiles convencionales, recae sobre los demandantes para demostrar una violación a la obligación de vigilancia. Por lo tanto, las personas afectadas, a menudo representadas por ONG o abogados *pro bono*, se enfrentan a la difícil tarea de ilustrar cómo un plan de vigilancia no cumple con la ley o se implementa de manera inadecuada, y luego demostrar cómo esto causó su propio daño individual.⁹⁹

⁹⁷ Artículo L. 225-102-4-II

⁹⁸ Artículo L.225-102-5

⁹⁹ European Union Agency for Fundamental Rights (2020), Business and Human Rights—Access to Remedy p 6

Gran parte de esta información es retenida por las propias empresas o amparada por el secreto comercial o fiscal. El hecho de que la *LdV* no haya invertido la carga de la prueba, poniendo en la empresa la responsabilidad de demostrar que ha tomado todas las medidas razonables para evitar causar daños, se ha visto como una oportunidad perdida.

Es probable que estas altas barreras probatorias desincentiven a los grupos a usar el mecanismo legal bajo la *LdV*, y cuando los casos se presenten, los hagan más costosos y prolongados. Y si bien aún ninguna acción legal, en virtud de la *LdV*, ha pasado por la etapa de fondo en un reclamo de compensación, el acceso efectivo a la reparación para los demandantes, en virtud de la *LdV*, sigue siendo un área de gran preocupación entre la sociedad civil y las personas o grupos afectados por daños corporativos.

LA MEDIDA CAUTELAR Y EL OBJETIVO PREVENTIVO DE LA “LDV”

Los grupos que buscan medidas cautelares han encontrado obstáculos procesales similares al impugnar el incumplimiento del deber de vigilancia por parte de una empresa. Dado el objetivo de la *LdV* de prevenir el riesgo de violaciones graves a derechos humanos y ambientales, la posibilidad de recurrir a medidas cautelares es crucial, particularmente en contextos donde las violaciones de derechos son continuas o inminentes. Como se ha destacado anteriormente en este informe, deficientes procesos de consulta a los pueblos indígenas durante el desarrollo de proyectos energéticos y extractivos en tierras indígenas no solo representan una violación del derecho al consentimiento libre, previo e informado, sino que están vinculados a actos de violencia contra las y los defensores de los derechos humanos. El mecanismo procesal de las medidas cautelares es una forma de evitar daños mayores, al permitir que las partes soliciten a un juez o jueza competente que ordene la suspensión de un proyecto hasta que se investigue el caso y se dicte una decisión sobre el fondo.

El mecanismo procesal de las medidas cautelares es una forma de evitar daños mayores

En la práctica, este proceso ha estado plagado de desafíos. En el caso Unión Hidalgo, miembros de la comunidad presentaron una solicitud de medidas de protección al juez de instrucción en febrero de 2021, poco después de presentar su caso contra EDF. La solicitud exigía que se suspendiera el proyecto *Gunaá Sicarú* hasta que se tomara una decisión sobre el fondo, a la luz de la situación cada vez más urgente sobre el terreno y el riesgo de que la reanudación de la consulta indígena violaría aún más los derechos y la seguridad física de las personas defensoras de los derechos. Esta solicitud fue denegada por el juez de instrucción por considerar que la demanda judicial interpuesta por Unión Hidalgo y codemandantes, solicitando a EDF que modifique su plan de vigilancia (la “reclamación de requerimiento”)¹⁰⁰ no fue válida basándose en que EDF había publicado un nuevo Plan que debía ser objeto de un nuevo requerimiento. El juez consideró que la solicitud de medidas precautorias estaba vinculada a la reclamación de requerimiento y, por lo tanto, sin siquiera considerar el fondo de esta última, rechazó ambas demandas por motivos procesales. La comunidad presentó una impugnación en diciembre de 2021, que luego fue apelada por EDF, quien afirmó que las partes no tenían derecho a impugnar tal decisión. En marzo de 2023, una decisión del Tribunal de Apelación declaró admisible el recurso, dando finalmente la oportunidad de evaluar el fondo de la petición de los demandantes de que se modificara el plan de EDF, así como la demanda de medidas cautelares.

Esta serie de impugnaciones y apelaciones procesales ha significado que a más de dos años desde que se presentó la demanda por primera vez, no se ha producido una decisión sobre el fondo. Durante este tiempo, las y los miembros de la comunidad han seguido enfrentando amenazas y violencia como resultado de su oposición al parque eólico por las violaciones cometidas en su desarrollo. La negativa de la Corte a considerar la solicitud de medidas cautelares independientemente de todas las impugnaciones legales pendientes sobre los reclamos principales presentados por Unión Hidalgo es un obstáculo importante para obtener una medida cautelar. Las medidas cautelares están diseñadas para prevenir futuras violaciones y mantener una situación legal o fáctica: las y los jueces deben poder pronunciarse sobre las solicitudes de medidas cautelares independientemente de otras impugnaciones pendientes en una demanda determinada.

La interpretación y adjudicación actual de las solicitudes de medidas provisionales limita la capacidad de las comunidades y los individuos para demandar medidas provisionales, socavando así el objetivo preventivo de la *LdV*, corriendo el riesgo de poner la justicia fuera del alcance. Además, la capacidad de las empresas para utilizar recursos procesales que alargan los procedimientos demuestra claramente el desequilibrio de poder entre las partes en los casos de *LdV*: las empresas pueden utilizar sus inmensos recursos financieros para presentar nuevas apelaciones e identificar lagunas legales a través de las cuales eludir la responsabilidad. Mientras tanto, las y los miembros de la comunidad, y las personas defensoras de los derechos humanos en particular, se enfrentan al riesgo de que se sigan violando sus derechos mientras esperan que el sistema judicial francés administre justicia.

EL JUICIO SUMARIO EN LA “LDV”: UNA SENTENCIA RECIENTE EN EL CASO TOTAL

El caso contra *Total* en relación con los proyectos Tilenga y EACOP fue presentado ante el juez de medidas provisionales (*judge des référés*) con el objetivo de obtener una decisión rápida ante la urgencia de prevenir violaciones de derechos humanos y daños al medio ambiente. La denuncia presentada por las ONGs solicitaba que el juez ordene a *Total* que adopte las medidas de vigilancia necesarias para identificar y prevenir los daños causados por estos proyectos específicos, o suspender los mismos hasta que se hayan tomado estas medidas. La posibilidad de utilizar el procedimiento de juicio abreviado para solicitar medidas urgentes está prevista en el propio texto de la *LdV*¹⁰¹. Esta disposición refleja el objetivo central de la ley: prevenir las violaciones a los derechos humanos y al medio ambiente antes de que ocurran.

Sin embargo, en una decisión del 28 de febrero, el juez de medidas provisionales dictaminó que las reclamaciones en este caso excedían su competencia, ya que la evaluación del contenido de la adecuación del plan de vigilancia de *Total* solo podía ser realizada por un juez de instrucción (*judge du fond*).¹⁰² La decisión establece que el juez de medidas cautelares solo puede dictar una medida cautelar en virtud de la *LdV* en tres situaciones: cuando una empresa no ha publicado un plan de vigilancia; donde la falta de sustancia del plan lo hace inexistente; o en situación de ‘ilegalidad manifiesta’. La decisión se refiere a la falta de precisión sobre el estándar de vigilancia razonable dentro de la *LdV* como una de las razones por las cuales el juez de medidas provisionales no tiene competencia para evaluar las demandas contra *Total*, que requieren una evaluación profunda sobre el fondo.

El juez consideró que las pruebas adicionales proporcionadas por las ONG que documentan la evolución de la situación entre la notificación formal en 2019 y la audiencia, retrasada tres años debido a los desafíos procesales de *Total*, significaban que los reclamos eran ‘sustancialmente diferentes’ y por lo tanto inadmisibles al no haberse cursado un nuevo requerimiento a *Total*. Esta sentencia significaría que las comunidades afectadas no podrían modificar sus solicitudes durante el proceso judicial, a pesar de que la información sobre el riesgo de violaciones inminentes de los derechos es claramente un factor central a considerar al solicitar una medida cautelar.

Por lo tanto, esta decisión parece introducir más obstáculos procesales para la implementación de la *LdV*, lo que limita la capacidad de los grupos afectados de obtener medidas provisionales mediante el proceso de procedimientos sumarios para evitar nuevas violaciones de sus derechos humanos.

Nuevos horizontes, nuevas oportunidades

Adopción de una obligación de vigilancia centrada en las personas titulares de derecho a nivel de la UE

La *LdV* demuestra que es legalmente posible regular el comportamiento empresarial para prevenir violaciones corporativas a los derechos humanos y al medio ambiente. Como la primera ley de este tipo, es una importante fuente de inspiración para las y los legisladores de otros países que buscan introducir la debida diligencia obligatoria en materia de derechos humanos.

Sin embargo, los problemas destacados en este informe desafían la suposición de que la legislación de debida diligencia ambiental y de derechos humanos obligatoria, como la *LdV*, necesariamente se traducirá en mejoras sustanciales para las personas y comunidades afectadas negativamente por la conducta empresarial, asunto que por lo tanto requiere una reflexión crítica. Según la experta en derecho Ingrid Landau, existe un riesgo significativo de que estas leyes resulten en un ejercicio de “marcar la casilla” para las corporaciones, donde cumplen formalmente con sus obligaciones de diligencia debida, pero en realidad no cambian sustancialmente sus prácticas comerciales para respetar los derechos humanos o estándares ambientales.¹⁰³ Una evaluación de las leyes de debida diligencia ambiental y de derechos humanos que existen o están bajo consideración destaca “inconsistencias, ambigüedades, exenciones y otras debilidades que les impiden responder adecuadamente a los abusos ambientales y de derechos humanos que a menudo se superponen y que afectan a las y los titulares de derechos y ecosistemas en todo el mundo”.¹⁰⁴ El análisis realizado sobre los planes de vigilancia por parte de la sociedad civil desde la promulgación de la ley indica que la mayoría sigue siendo vago en términos de identificación y mitigación de riesgos, tendiendo a referirse a riesgos genéricos y reiterando políticas y procesos existentes en lugar de responder a cuestiones específicas asociadas a las actividades de las empresas.¹⁰⁵ Como se ha visto en el caso de Unión Hidalgo v EDF, estas inconsistencias pueden limitar significativamente la efectividad de las leyes obligatorias de debida diligencia en derechos humanos para lograr sus objetivos de prevenir abusos corporativos contra los derechos humanos.

¹⁰³ Landau (2019), p. 222.

¹⁰⁴ David R. Boyd y Stephanie Keene (2022), Elementos esenciales de una legislación eficaz y equitativa sobre derechos humanos y debida diligencia ambiental, 5

¹⁰⁵ Ver por ejemplo <https://plan-vigilance.org/wp-content/uploads/2019/06/2019.02.19-FR-Rapport-Commun-Les-entreprises-doivent-mieux-faire.pdf>

La propuesta de la Comisión de la UE para una Directiva de Debida Diligencia Corporativa en Materia de Sostenibilidad (Directiva, en lo sucesivo) tiene el potencial de crear un impacto positivo significativo al impulsar la debida diligencia en materia de derechos humanos en Europa. En particular, la Directiva brinda la oportunidad de abordar y corregir las ambigüedades en la ley francesa que se han destacado en este informe. Una vez adoptada, la Directiva deberá transponerse a la legislación francesa, lo que abre la puerta a la posibilidad de que la *LdV* deba modificarse en el futuro para alinearse con estándares europeos (más estrictos).

Sin embargo, según el proyecto de Directiva publicado por la Comisión en 2022, existe el riesgo de que se haya perdido esta oportunidad, especialmente al considerar los riesgos y vulnerabilidades específicos de los grupos indígenas afectados por el comportamiento corporativo como en el caso de Unión Hidalgo.

- La propuesta define una lista de derechos humanos a ser cubiertos por la obligación de debida diligencia, que incluye el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la tierra, el territorio y los recursos naturales. Sin embargo, otros derechos fundamentales de los pueblos indígenas, como el derecho a la libre determinación y el derecho al CLPI, no se incluyen explícitamente en esta lista. Aunque estas violaciones de derechos estarían cubiertas dentro de una ‘cláusula general’ que enumera los acuerdos internacionales de derechos humanos, incluida la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el umbral es más alto ya que estos derechos humanos solo estarían dentro del alcance material de la obligación de debida diligencia si la empresa hubiere establecido razonablemente el riesgo de que ocurran.¹⁰⁶
- Las empresas solo deben consultar con las partes interesadas como parte del proceso de debida diligencia ‘cuando corresponda’. Esto refleja el estándar similar bajo la ley francesa que establece que el Plan de Vigilancia ‘está destinado a ser elaborado en conjunto con las partes interesadas de la empresa’, pero no lo hace obligatorio. El uso del término “partes interesadas” probablemente incluiría a los pueblos indígenas, pero podría beneficiarse de una mayor claridad y precisión.
- Si bien la propuesta introduce la responsabilidad civil, no menciona la posibilidad de medidas cautelares en caso de violaciones de derechos humanos en curso. Además, las barreras procesales de acceso a la justicia que enfrenta la ley francesa, como la inversión de la carga de la prueba, no se abordan.

Recomendaciones

Para garantizar que la *LdV* se pueda implementar de manera efectiva de acuerdo con su objetivo de prevenir las violaciones a los derechos humanos por parte de las empresas, es crucial que se interprete de manera que se centre en las necesidades y perspectivas de las y los titulares de derechos. Como se ha documentado en este informe, en el contexto de los proyectos energéticos y extractivos, existe un riesgo real de que una interpretación demasiado estrecha de la ley niegue la protección a los grupos más vulnerables, incluidos a las personas defensoras de los derechos humanos.

A medida que se introducen más leyes obligatorias de debida diligencia en materia de derechos humanos en toda Europa, las y los legisladores tienen la oportunidad de considerar las fortalezas de la ley francesa en la búsqueda de un objetivo preventivo, mientras se aseguran de que sus debilidades no se reproduzcan en otros lugares. Esto es particularmente pertinente teniendo en cuenta la propuesta de Directiva Europea.

PARA LAS Y LOS JUECES AL CONSIDERAR CASOS BAJO LA “LDV”

- Perseguir una interpretación de la *LdV* de acuerdo con su objetivo general de prevenir daños a las personas y al planeta causados por las actividades corporativas. En la práctica, esto requiere evaluar si las medidas tomadas por las empresas para cumplir con su obligación de vigilancia son adecuadas, eficientes y efectivamente implementadas para prevenir violaciones a derechos humanos y daños al medio ambiente, a la luz del contexto en el que se han producido las presuntas violaciones.
- Consultar los Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos de la ONU y las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales como guía autorizada para la interpretación de la obligación de vigilancia, utilizando estos estándares aceptados internacionalmente para resolver las ambigüedades de definición existentes en la ley con respecto al alcance y la sustancia.
- Reconocer la importancia de una interpretación del deber de vigilancia centrada en las personas titulares de derechos que aborde adecuadamente los daños estructurales causados por las empresas, y proporcione acceso a la justicia a las víctimas en caso de daños graves, en consonancia con los compromisos franceses y europeos de proteger los derechos fundamentales y el entorno.

- En situaciones urgentes en las que las comunidades afectadas corran el riesgo de sufrir daños continuos o inminentes debido a las actividades corporativas, brindar herramientas provisionales a través de medidas cautelares que ordenen la suspensión de las actividades del proyecto hasta que las corporaciones cumplan con su obligación de vigilancia.

EN EL CONTEXTO ESPECÍFICO DE VIOLACIONES DEL CLPI Y ATAQUES CONTRA PERSONAS DEFENSORAS DE DERECHOS HUMANOS

- Interpretar el concepto de ‘derechos humanos y libertades fundamentales’ teniendo en cuenta las normas internacionales de derechos humanos contextualizadas. Esto incluye los conceptos de derechos colectivos sobre la tierra, el territorio y CLPI reconocidos por el derecho internacional, cuando las corporaciones persiguen proyectos que están ubicados en, o cerca de, tierras indígenas o tribales.
- Garantizar que las acciones judiciales de indemnización de perjuicios reclamadas en la *LdV* permitan la indemnización de perjuicios individuales a partir de derechos colectivos.
- Buscar activamente definir el alcance de la evaluación de riesgos a realizar bajo la *LdV* teniendo en cuenta las consecuencias de ciertas prácticas corporativas para el ejercicio de derechos específicos o el fomento de violaciones existentes en un contexto determinado.
- Interpretar el alcance del perímetro de vigilancia de una manera que tenga en cuenta las realidades de las actividades corporativas transnacionales, incluidas las asociaciones no comerciales fuera del contexto de la cadena de suministro. Por ejemplo, relaciones directas e indirectas entre corporaciones multinacionales y “propietarios” de tierra individuales para obtener acceso a la tierra para proyectos extractivos.
- Reconocer las vulnerabilidades específicas de los pueblos indígenas y las personas defensoras de los derechos humanos al evaluar si las empresas tomaron todas las medidas razonables para identificar y prevenir los daños a los derechos humanos y al medio ambiente, vinculados a sus actividades y cadenas de suministro. Además, tener en cuenta los riesgos específicos que enfrentan los grupos vulnerables y marginados que buscan acceder a la reparación en los tribunales franceses, como la intimidación, las amenazas y la violencia.

EN EL CONTEXTO DEL PROCESO LEGISLATIVO DE LA UE SOBRE LA DEBIDA DILIGENCIA OBLIGATORIA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: PARA LAS Y LOS RESPONSABLES POLÍTICOS EUROPEOS Y EL GOBIERNO FRANCÉS

PARA PERSONAS TOMADORAS DE DECISIONES EUROPEAS

- Exigir a los Estados miembros de la UE que impongan una obligación concreta a las empresas de tomar todas las medidas necesarias, adecuadas y efectivas para prevenir las violaciones a los derechos humanos y al medio ambiente, como resultado de sus actividades y las de las corporaciones a lo largo de su cadena de valor. Esta obligación debe cubrir las actividades de las corporaciones sujetas a la Directiva, las entidades en su cadena de valor, así como los socios empresariales directos e indirectos.
- Asegurar que los derechos e impactos que caen bajo el alcance de la legislación cubran el espectro completo de derechos humanos internacionales como se especifica en los Principios Rectores, mediante la adopción de una definición abierta no exhaustiva de impactos adversos sobre los derechos humanos. Además, la lista de instrumentos debe incluir protecciones específicas a los pueblos indígenas al referirse explícitamente al CLPI como una prohibición e incluir la Declaración de Naciones Unidas y el Convenio 169 de la OIT, en el Anexo.
- Brindar acceso a la justicia a través de la responsabilidad civil que permitiría un amplio conjunto de recursos adecuados y efectivos, incluida la reparación, así como medidas cautelares y precautorias.
- Abordar los obstáculos procesales a la justicia que existen en la legislación francesa, teniendo en cuenta los retos específicos a los que se enfrentan las personas titulares de derechos como consecuencia de la vulnerabilidad y la marginación, permitiendo a los tribunales invertir la carga de la prueba de la responsabilidad civil cuando las y los demandantes aporten indicios razonables.
- Ordenar consultas significativas con las partes interesadas que informen todas las etapas de la debida diligencia. La obligación de debida diligencia debe fortalecerse para incluir un compromiso significativo y continuo con las partes interesadas, incluida la consulta obligatoria y proactiva con trabajadores, sindicatos, pueblos y comunidades indígenas y otros grupos relevantes o afectados. Este compromiso debe tener en cuenta las barreras que enfrentan los grupos vulnerables específicos.

PARA EL GOBIERNO FRANCÉS

- Fortalecer el deber de vigilancia de todas las formas de actores corporativos privados y públicos bajo la ley francesa, exigiendo que adopten e implementen de manera efectiva todas las medidas necesarias para identificar, prevenir y mitigar las violaciones a los derechos humanos y ambientales dentro de su grupo empresarial y cadena de valor.
- Asegurar que se movilicen suficientes recursos materiales, financieros y humanos para la implementación adecuada de la *LdV*, incluidos los necesarios para el desarrollo de capacidades de las y los jueces.
- Fortalecer la supervisión parlamentaria de la implementación y el cumplimiento de la obligación de vigilancia mediante la creación de un puesto de relator especial dentro del Senado y la Asamblea Nacional.
- Continuar impulsando la adopción de una legislación europea ambiciosa que establezca un deber corporativo de vigilancia y garantice el acceso efectivo a la justicia de cualquier persona o comunidad afectada.
- Brindar apoyo constructivo y proactivo en las negociaciones del Tratado Vinculante de la ONU, y trabajar hacia el desarrollo de una posición negociadora común de la UE ambiciosa, comenzando con el establecimiento de un mandato para negociar.
- Ratificar el Convenio 169 de la OIT sobre la protección de los derechos de los pueblos indígenas, y en especial el derecho al CLPI.

IMPRINT

PUBLISHER

European Center for Constitutional
and Human Rights e.V. (ECCHR)
General Secretary Wolfgang Kaleck

Zossener Str. 55–58, Staircase D
10961 Berlin
Germany

Tel +49 (0) 30 40 04 85 90

Fax +49 (0) 30 40 04 85 92

info@ecchr.eu

www.ecchr.eu

EDITING AND TEXTS

Chloé Bailey (ECCHR)

Cannelle Lavite (ECCHR)

Clara Alibert (CCFD)

Guillermo Torres (ProDESC)

Michael Bader

TRANSLATION

ABCD Traductions

EDITORIAL SUPPORT

Philipp Jedamzik

EDITING

ABCD Traductions

IMAGES

ProDESC

DESIGN

Gregor Schreiter – GS AD D

PRINTING AND BINDING

Druckerei Sportflieger



**USING THE LAW.
TO WORK TOGETHER FOR GLOBAL JUSTICE.**

THE WORLD CAN ONLY BE JUST WHEN HUMAN RIGHTS ARE UNIVERSALLY RECOGNIZED AND GUARANTEED FOR EVERYONE. THIS IS WHAT WE ARE FIGHTING FOR WORLDWIDE: WITH THOSE AFFECTED, WITH PARTNERS, WITH LEGAL MEANS.



**SUPPORT OUR WORK
WITH A DONATION.
[ECCHR.EU/DONATE](https://ecchr.eu/donate)**

**BANK DETAILS
ACCOUNT HOLDER: ECCHR
BANK: BERLINER VOLKSBANK
IBAN: DE77 100 90000 885360 7011
BIC/SWIFT: BEVODEBB**



[ECCHR.EU/DONATE](https://ecchr.eu/donate)