



ANÁLISIS DEL PROYECTO ACTUALIZADO EN 2023 DEL INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS

POR MARKUS KRAJEWSKI, STEPHANIE REGALIA Y OTGONTUYA
DAVAANYAM, ESCUELA DE DERECHO, FRIEDRICH-ALEXANDER-
UNIVERSITÄT ERLANGEN-NÜRNBERG, ALEMANIA



Publicado en octubre de 2023

Presentado por CIDSE

Rue Stevin 16

1000 Bruselas, Bélgica

www.cidse.org

Redactora jefe: Josianne Gauthier

Editores: Armin Paasch, Clara Alibert, Sorcha Tunney, Wies Willems

Corrección: Guillermo Otano, Marta Isabel González Álvarez

El presente documento fue encargado al profesor Markus Krajewski, profesor universitario de Derecho Público e Internacional de la Facultad de Derecho de la Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg (Alemania), que co-redactó el presente documento junto con Stephanie Regalia y Otgontuya Davaanyam.

Este análisis es una iniciativa del Grupo de Trabajo de CIDSE sobre el Poder Corporativo, compuesto por las siguientes organizaciones:



Un agradecimiento especial a Giuseppe Cioffo, quien fue responsable del área de Regulación Corporativa de CIDSE, y que facilitó este proyecto.

Diseño y presentación: Hearts & Minds, Bruselas, www.heartsnminds.eu

Fotografía de portada: la líder comunitaria María Felicita López, miembro de la comunidad indígena de Lenca en Honduras. La comunidad de María cerca de La Paz, en el oeste de Honduras, quedó dividida en dos tras el inicio de las obras para la construcción de una presa hidrográfica en 2009. Créditos: Simon Burch/Trócaire

Disponible en inglés, francés y español.



Este documento se ha elaborado con el apoyo financiero de la Unión Europea. El contenido es responsabilidad exclusiva de los autores y de la CIDSE. Las opiniones aquí expresadas no deben considerarse en modo alguno como la expresión de la posición oficial de la Unión Europea.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	4
II. DESARROLLO DEL INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE HASTA JULIO DE 2023	5
III. EVALUACIÓN GENERAL DEL PROYECTO ACTUALIZADO	6
1. Resumen de su estructura y contenido	6
2. Principales cambios en comparación con el tercer proyecto	6
IV. ANÁLISIS ESPECÍFICO DE DETERMINADOS ASPECTOS	7
1. Responsabilidad jurídica (artículo 8)	7
a. Responsabilidad penal, civil y administrativa	7
b. Diligencia debida y responsabilidad jurídica	9
c. Responsabilidad solidaria a lo largo de las cadenas de valor mundiales	9
2. Acceso a la justicia y reparación (artículos 7 y 9 a 11)	10
a. Competencia (artículo 9)	10
b. Legislación aplicable (artículo 11)	12
c. Medidas para reducir los obstáculos al acceso a vías de recurso (artículo 7.4)	13
d. Prescripción (artículo 10)	14
e. Obstáculos específicos a los que se enfrentan los grupos de riesgo (artículo 7.1)	15
3. El papel y la protección de los defensores de los derechos humanos y del medio ambiente	15
4. Diligencia debida (art. 6)	18
a. Diligencia debida en materia de medio ambiente	18
b. Participación de las partes interesadas	22
5. Políticas de comercio e inversión	23
a. Acuerdos de comercio e inversión: interpretación y resolución de diferencias	24
b. Cómo redactar nuevos acuerdos de comercio e inversión y revisar los existentes	24
V. RESUMEN Y EVALUACIÓN GENERAL DEL PROYECTO ACTUALIZADO	26

RESUMEN

El Proyecto Actualizado del Instrumento Jurídicamente Vinculante (IJV) sobre las Empresas y los Derechos Humanos publicado por el presidente del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos de las Naciones Unidas (ONU) en 2023 no se aparta significativamente de las versiones anteriores del IJV. Muchos cambios agilizan el texto y contienen algunas aclaraciones que resultan bienvenidas. Sin embargo, algunos cambios reducen el nivel de ambición del texto. A este respecto, las frecuentes referencias a las legislaciones nacionales y las respectivas salvaguardias introducidas en varias disposiciones son problemáticas. Además, el proyecto actualizado también contiene una serie de cambios que parecen cuestionables desde el punto de vista de los derechos de las víctimas y la protección de los derechos humanos, en particular la supresión de determinadas referencias, principios y obligaciones. El proyecto actualizado también mantiene una serie de disposiciones y enfoques que ya despertaron serias dudas en versiones anteriores del IJV, especialmente en el tercer proyecto. A pesar de todo lo anterior, el documento también contiene algunas mejoras.

I. INTRODUCCIÓN

Si bien varios Estados, en su mayoría del Norte Global, han adoptado en los últimos años leyes de obligado cumplimiento en materia de diligencia debida¹ y la Unión Europea está a punto de adoptar una nueva Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad², actualmente no existe ningún instrumento internacional jurídicamente vinculante centrado específicamente en el impacto de las empresas y sus actividades en los derechos humanos. Para colmar esta laguna, muchos gobiernos de países del Sur Global, así como muchos movimientos sociales y organizaciones de la sociedad civil han pedido un tratado internacional sobre derechos humanos que aborde esta cuestión. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas creó un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta (OEIGWG por sus siglas en inglés) para elaborar un instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos en 2014³.

Este grupo de trabajo celebrará su 9ª sesión del 23 al 27 de octubre de 2023 y proseguirá sus negociaciones sobre un instrumento jurídicamente vinculante basado en un proyecto actualizado publicado por el Presidente del grupo de trabajo en julio de 2023⁴. Aunque el proyecto actualizado se basa en versiones anteriores del proyecto de IJV, contiene algunos cambios notables. Parece que el objetivo de estos cambios es facilitar el consenso entre los Estados que participan en las negociaciones, pero también tienen implicaciones para la protección de los derechos humanos y el acceso a vías de recurso de las personas afectadas por las actividades de las empresas. Aunque, desde esta perspectiva, algunos cambios merecen ser acogidos con satisfacción, otros pueden tener consecuencias negativas.

El presente estudio analiza el proyecto de IJV prestando especial atención a los cambios entre el proyecto actualizado y el tercer proyecto presentado en 2021. El estudio se centra en la responsabilidad jurídica, el acceso a las vías de recurso, los defensores de los derechos humanos y del medio ambiente, el concepto de diligencia debida y el impacto del IJV en las políticas de comercio y de inversión. Tras un breve resumen de la evolución del instrumento jurídicamente vinculante hasta la publicación del proyecto actualizado (Capítulo II), el estudio ofrece una visión general de los principales cambios introducidos por el proyecto actualizado (Capítulo III). A continuación, avanza hacia un análisis detallado de diversos aspectos del IJV incluyendo propuestas de revisión del texto (Capítulo IV). El estudio concluye con un resumen de sus principales conclusiones (Capítulo V).

¹ Surya Deva, Mandatory human rights due diligence laws in Europe: A mirage for rightsholders? *Leiden Journal of International Law* 2023, 36 (2), 389-414; Markus Krajewski, Kristel Tonstad, Franziska Wohltmann, Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction? *Business and Human Rights Journal* 2021, 6 (3), 550-558.

² Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, COM/2022/71 final.

³ Consejo de Derechos Humanos, Resolución 26/9, Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, 14 de julio de 2014, A/HRC/RES/26/9.

⁴ Proyecto actualizado del instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos, disponible en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/igwg-transcorp/session9/igwg-9th-updated-draft-lbi-clean.pdf>.

II. DESARROLLO DEL INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE HASTA JULIO DE 2023

En la Resolución 26/9, el Consejo de Derechos Humanos decidió «establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado, entre otras cosas, de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos». El grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta (OEIGWG) ha celebrado hasta la fecha ocho sesiones y una serie de actividades en los períodos entre sesiones. Las dos primeras sesiones se dedicaron a debates informales y al intercambio de información, mientras que ya en la tercera sesión se abordó un «Documento de los Elementos». El Grupo de Trabajo OEIGWG empezó finalmente a analizar propuestas de textos concretos a partir de su cuarta sesión. Los proyectos anteriores del IJV ya han sido analizados en varios informes anteriores⁵.

El tercer proyecto revisado del IJV se publicó el 17 de agosto de 2021 y fue objeto de diálogos y debates durante la séptima sesión del OEIGWG, que tuvo lugar del 25 al 29 de octubre de 2021. Uno de los resultados de esta sesión fue la creación de un Grupo de Amigos de la Presidencia compuesto por Azerbaiyán (Europa Oriental), Francia y Portugal (Europa Occidental y otros), Indonesia (Asia-Pacífico), Camerún (África) y Uruguay (América Latina y el Caribe).

A diferencia de en años anteriores, el Presidente-Relator no preparó un nuevo proyecto sobre la base de las propuestas presentadas durante y después de la séptima sesión, sino que sugirió algunas modificaciones relativas a artículos seleccionados del IJV⁶. Las propuestas presentadas por los Estados y las propuestas de la presidencia sirvieron de base para los debates y negociaciones mantenidos durante la octava sesión, que tuvo lugar del 24 al 28 de octubre de 2022.

Entre abril y junio de 2023, se celebraron entre los Estados una serie de consultas entre períodos de sesiones facilitadas por los Amigos de la Presidencia y apoyadas por la OACDH⁷. Sobre la base de estas consultas y propuestas, el Presidente preparó y publicó un proyecto actualizado del instrumento jurídicamente vinculante que se debatirá en la novena sesión del Grupo de Trabajo OEIGWG en octubre de 2023.

⁵ Véanse, entre otras cosas, las contribuciones a la serie «Cambridge Core Blog», disponibles en <https://www.cambridge.org/core/blog/tag/bhrj-treaty/>.

⁶ Propuestas del Presidente para una selección de artículos del IJV (6 de octubre de 2022), 24 de octubre de 2022, A/HRC/WG.16/8/CRP.1.

⁷ Camerún no convocó ninguna consulta regional. Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, Compilación de los resultados de las consultas entre sesiones de los Amigos de la Presidencia, en consonancia con la nota verbal de 2 de marzo de 2023, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/igwg-transcorp/session9/igwg-9th-compilation-outcomes-friends-chair-intersessional-consultations.pdf>.

III. EVALUACIÓN GENERAL DEL PROYECTO ACTUALIZADO

1. RESUMEN DE SU ESTRUCTURA Y CONTENIDO

Al igual que los proyectos anteriores del instrumento jurídicamente vinculante, el proyecto actualizado de julio de 2023 mantiene la estructura y el contenido principal de sus predecesores y no añade nuevos artículos ni introduce cambios en el orden y contenido de los artículos existentes. Esto supone que los debates mantenidos durante la octava sesión del OEIGWG y durante las consultas entre períodos de sesiones siguieron la estructura del tercer proyecto y se basaron en un debate artículo por artículo del texto. Todas las propuestas presentadas por los Estados se centraron en cambios redaccionales concretos de los artículos existentes. Aunque algunos Estados — en particular el grupo de Estados de Europa Occidental y otros Estados — expresaron su preferencia por enfoques menos vinculantes y consideraron que el proyecto de IJV resultaba demasiado «prescriptivo⁸», ningún Estado o grupo de Estados ha propuesto hasta la fecha una alternativa concreta a este instrumento ni ha sugerido un enfoque radicalmente diferente. Como consecuencia de ello, el proyecto actualizado es en muchos aspectos idéntico o muy similar al tercer proyecto, y las evaluaciones del tercer proyecto, así como del instrumento en su conjunto, siguen siendo aplicables al proyecto actualizado.

El IJV consta de un preámbulo y de 24 artículos. Los artículos 1 a 3 contienen definiciones, finalidad y ámbito de aplicación. Los artículos 4 y 5 abordan los derechos y la protección de las víctimas destacando el enfoque centrado en las víctimas que propone el IJV. El artículo 6 aborda las medidas preventivas, mientras que los artículos 7 a 11 se centran en las vías de recurso, prestando especial atención a la responsabilidad jurídica, así como a las cuestiones sustantivas y procesales de los recursos judiciales. Los artículos 12 a 14 abordan la cooperación (judicial) internacional y la coherencia con el Derecho internacional. Los artículos 15 a 24 son principalmente de carácter institucional y técnico en relación con cuestiones como la creación de un comité especial de supervisión, pero también protocolos, resolución de diferencias, enmiendas, reservas, así como entrada en vigor y revocación.

Cabe señalar también que el proyecto actualizado, al igual que todas las versiones anteriores del instrumento, no contiene ninguna obligación específica ni directa para las empresas. Aunque las obligaciones directas para las empresas formaron parte de los debates en los albores del OEIGWG, los proyectos de textos especificaban únicamente las obligaciones para los Estados parte. El proyecto actualizado no se aparta de este enfoque.

2. PRINCIPALES CAMBIOS EN COMPARACIÓN CON EL TERCER PROYECTO

Como se ha señalado anteriormente, el proyecto actualizado no introduce ninguna nueva disposición significativa ni suprime ninguna parte importante del instrumento. Por consiguiente, la mayoría de los cambios son menores, si bien no insignificantes. El proyecto actualizado simplifica y aclara una serie de cuestiones.

Por ejemplo, en todo el texto las referencias a las «obligaciones» de las empresas se sustituyen por el término «responsabilidades» de las empresas⁹. Esto está en consonancia con la terminología de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, que contienen obligaciones para los Estados y responsabilidades para las empresas. También refleja el enfoque general del instrumento de no introducir obligaciones vinculantes para las empresas.

El proyecto actualizado añade una nueva definición del término «impacto adverso en los derechos humanos» en el artículo 1, apartado 3; de «recurso/recurso efectivo» (artículo 1, apartado 9); y de «órganos estatales competentes» (artículo 1, apartado 10). El proyecto actualizado también incluye una definición de

⁸ Recopilación de los resultados de las consultas entre sesiones de los Amigos de la Presidencia (nota 2), p. 5.

⁹ Véanse los apartados preambulares (PP) 12 y 19 y el artículo 2 bis.

«diligencia debida en materia de derechos humanos» en el artículo 1, apartado 8, que se basa en la definición que figuraba anteriormente en el artículo 6.3 del tercer proyecto. Con estas nuevas definiciones, el proyecto actualizado contribuye a una comprensión más clara de la doctrina de los derechos humanos: el término «efecto adverso» es el término general que incluye los abusos de los derechos humanos por parte de las empresas y las violaciones de los derechos humanos por parte de los Estados. El proyecto actualizado también aclara que las medidas correctoras deben corresponder a los efectos adversos. En otras palabras, se requieren soluciones tanto en caso de violaciones de los derechos humanos (por parte de los Estados) como de abusos (por parte de empresas).

Otra aclaración útil es la introducción del término «cadena de valor» en la definición de «relación comercial» en el artículo 1, apartado 6. Esto subraya que las relaciones comerciales no se limitan a las relaciones contractuales o empresariales directas, sino que incluyen toda la cadena de valor. Este enfoque también está en consonancia con los Principios Rectores de las Naciones Unidas, una muestra más del intento de alinear más estrechamente el IJV con los Principios Rectores de las Naciones Unidas, como pedían la UE y otros Estados del Norte Global.

Además de los cambios destinados a aclarar y simplificar las disposiciones del instrumento, hay otros cambios que introducen nuevos aspectos. Por ejemplo, el proyecto actualizado introduce referencias específicas a los derechos de los niños¹⁰. Varias partes interesadas han señalado en el pasado la vulnerabilidad de los niños en el contexto de las actividades de las empresas. Esta referencia específica refleja el hecho de que la vulnerabilidad de los niños difiere de la de las mujeres, los pueblos indígenas, los trabajadores migrantes u otros grupos.

Otro cambio interesante es que los artículos 4 y 5 sobre los derechos y la protección de las víctimas no solo se especifican con más detalle, sino que también incluyen el derecho a solicitar medidas cautelares (artículo 4, apartado 4) junto con la obligación correspondiente para los Estados en el artículo 5. Aunque este añadido puede parecer un mero detalle, no es irrelevante, ya que las medidas cautelares se sitúan en la intersección entre las medidas preventivas y las reparadoras. Dichas medidas cautelares se justifican normalmente por el carácter inminente de una situación que puede dar lugar a una violación de derechos.

Los cambios en los artículos 6 a 14 se analizarán con más detalle en el siguiente capítulo del presente estudio.

IV. ANÁLISIS ESPECÍFICO DE DETERMINADOS ASPECTOS

1. RESPONSABILIDAD JURÍDICA (ARTÍCULO 8)

A. RESPONSABILIDAD PENAL, CIVIL Y ADMINISTRATIVA

Mientras que el proyecto actualizado pierde las sutiles referencias a las obligaciones directas en materia de derechos humanos para las empresas¹¹ (sustituyendo las referencias a «obligaciones» presentes en el preámbulo anterior y en el artículo 2, apartado 1, letra b), del tercer proyecto por la palabra «responsabilidades» en disposiciones equivalentes), este proyecto exige a los Estados parte, en consonancia con el tercer proyecto, que establezcan «un sistema completo y adecuado de responsabilidad jurídica para las personas físicas y jurídicas que lleven a cabo actividades empresariales» (artículo 8, apartado 1). La capacidad de responsabilizar a las empresas de las violaciones de los derechos humanos que se derivan de sus actividades empresariales es uno de los factores determinantes de la propuesta de un IJV dirigido precisamente a regular las actividades de las empresas y, por tanto, una de las disposiciones más debatidas en los distintos proyectos.

¹⁰ Véase el PP 9 y el artículo 2, «sensible a la perspectiva de género, sensible a los niños y centrado en las víctimas».

¹¹ Surya Deva, 'Treaty Tantrums: Past, Present and Future of a Business and Human Rights Treaty' [2022] Netherlands Quarterly of Human Rights 9.

El artículo 8 del proyecto actualizado sigue en gran medida las propuestas sugeridas por el Presidente para una serie de artículos seleccionados y, por lo tanto, contiene cambios sustanciales en comparación con el tercer proyecto. Esto se refleja en la introducción de numerosos calificativos que someten los principios establecidos en el proyecto actualizado a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados parte. Los apartados 2 y 3 comienzan por «con sujeción a los principios jurídicos aplicables en el Estado parte», mientras que los apartados 2, 4 y 5 contienen la mención «en consonancia con sus sistemas jurídicos y administrativos nacionales».

El tercer proyecto, a modo de comparación, solo contenía una referencia de esta naturaleza en el antiguo artículo 8.8 («con sujeción a sus principios jurídicos») por el que se exigía a los Estados parte que estableciesen con arreglo a su Derecho interno la responsabilidad penal o funcionalmente equivalente de las personas jurídicas por violaciones de los derechos humanos que constituyesen infracciones penales con arreglo al Derecho internacional en materia de derechos humanos. Estas referencias cada vez más explícitas a la legislación nacional en el proyecto actualizado pueden reflejar la dificultad entre los Estados para acordar normas unificadas en materia de responsabilidad, ya que estas suelen variar considerablemente de un sistema jurídico a otro. **Independientemente de ello, el proyecto actualizado supone un paso atrás en este asunto, ya que los Estados parte pueden modificar sus principios jurídicos nacionales para cumplir los requisitos en materia de responsabilidad mencionados en los apartados pertinentes del artículo 8.** También existe una gran incertidumbre en cuanto a qué principios jurídicos nacionales prevalecerían sobre los principios establecidos en estos apartados.

Dejando de lado la referencia cada vez mayor al Derecho nacional, el proyecto actualizado contiene algunas mejoras en materia de responsabilidad. El artículo 8, apartado 1, por ejemplo, deja claro que los Estados parte estarán obligados a exigir responsabilidades por las violaciones de los derechos humanos que puedan derivarse de «actividades o relaciones empresariales, incluidas las de carácter transnacional». En el anterior tercer proyecto y en las propuestas de Presidente, el carácter transnacional parecía aplicarse únicamente a las actividades empresariales (véase el antiguo artículo 8.1 del tercer proyecto «... para los abusos de los derechos humanos que puedan derivarse de sus propias actividades empresariales, incluidas las de carácter transnacional, o de sus relaciones comerciales»). Por lo tanto, el proyecto actualizado deja claro que la responsabilidad se extiende tanto a las actividades como a las relaciones comerciales nacionales y transnacionales.

El artículo 8, apartado 2, en consonancia con las propuestas del Presidente, menciona explícitamente la responsabilidad «penal, civil o administrativa» y, a este respecto, es más claro que el tercer proyecto, que solo mencionaba indirectamente estos tres tipos de responsabilidad al referirse a los diferentes tipos de sanciones en el antiguo artículo 8.3. Diversos expertos habían señalado anteriormente que, si bien la referencia a los tres tipos de responsabilidad es una mejora positiva del texto con respecto al tercer proyecto, las propuestas sugeridas por el Presidente y, por extensión, el proyecto actualizado, que es idéntico en este sentido, dan prioridad a la responsabilidad civil, sin proporcionar más información relativa a los conceptos de responsabilidad penal o administrativa de las empresas¹². Por ejemplo, el proyecto actualizado guarda silencio sobre las autoridades administrativas que podrían encargarse de investigar las acusaciones de abuso y aplicar las sanciones correspondientes si se determina que ha habido una responsabilidad administrativa. Del mismo modo, el proyecto actualizado sigue siendo bastante general sobre el tema de la responsabilidad penal, mencionando en el artículo 8.4 la posibilidad de que exista una «responsabilidad penal, o su equivalente funcional, de una persona física o jurídica» sin proporcionar más información sobre las condiciones específicas necesarias para el establecimiento de la responsabilidad y las disposiciones específicas que deben cumplir los ministerios públicos correspondientes (aparte de la disposición sobre asistencia judicial mutua del artículo 12).

Esto no significa que el proyecto actualizado guarde total silencio sobre el asunto. El artículo 10, apartado 1 del proyecto proporciona algunas orientaciones sobre la responsabilidad penal en relación con los plazos de prescripción (se explicará más adelante) o los tipos de delitos al proporcionar una lista de los delitos más graves reconocidos por el Derecho internacional: «violaciones de los derechos humanos que constituyen los delitos más graves que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto, incluidos los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad o los crímenes de genocidio». Esta lista explícita ya aparecía

¹² Humberto Cantú Rivera, 'Binding Treaty Negotiations: Considerations on Legal Liability and Access to Justice' (*Business & Human Rights Resource Centre*, 20 October 2022), <https://www.business-humanrights.org/en/blog/the-business-and-human-rights-binding-treaty-negotiations-some-considerations-on-legal-liability-and-access-to-justice/>, consultado el 9 de septiembre de 2023.

en el proyecto revisado de 2019 en el antiguo artículo 6, apartado 7, letra a), pero había desaparecido del segundo proyecto revisado de 2020 y del tercer proyecto. Su reintroducción proporciona, en cierta medida, un poco más de orientación y seguridad jurídica sobre los tipos de delitos constitutivos de una posible responsabilidad¹³.

B. DILIGENCIA DEBIDA Y RESPONSABILIDAD JURÍDICA

El proyecto actualizado no se pronuncia sobre la relación entre la diligencia debida y la responsabilidad jurídica de las empresas. El tercer proyecto pretendía encontrar un equilibrio entre evitar que las empresas utilicen una “defensa basada en la diligencia debida” para zafarse de la responsabilidad jurídica, y permitir a los Estados crear incentivos para que las empresas ejerzan la diligencia debida, lo que podría implicar que al hacerlo evitarían, en cierta medida, la responsabilidad¹⁴. El antiguo artículo 8, apartado 7, establecía que «la diligencia debida en materia de derechos no eximirá automáticamente de responsabilidad a las personas físicas o jurídicas que lleven a cabo actividades empresariales...».

Esta disposición desapareció de las propuestas sugeridas por el Presidente y no ha sido recuperada en el proyecto actualizado. Esto supone un nuevo retroceso, ya que los Estados parte podrían, con arreglo al proyecto actualizado, crear una protección basada en la diligencia debida, en virtud de la cual el hecho de que una empresa cumpla los requisitos específicos de diligencia debida en materia de derechos humanos la protege de ser considerada responsable en caso de violaciones de los derechos humanos derivadas de sus actividades o relaciones comerciales. Los Estados deben considerar la posibilidad de reintroducir una disposición que aclare la relación entre responsabilidad y diligencia debida, y establezca límites a su uso como defensa frente a determinadas actividades o relaciones comerciales.

Se propone incluir el artículo 8, apartado 7, del siguiente modo:

«Al determinar la responsabilidad de una persona física o jurídica por las violaciones de los derechos humanos que puedan derivarse de sus actividades o relaciones comerciales, el órgano jurisdiccional o autoridad competente podrá tener en cuenta si la persona ha adoptado medidas adecuadas de diligencia debida en materia de derechos humanos de conformidad con el artículo 6, pero el cumplimiento de las normas aplicables de diligencia debida en materia de derechos humanos no le eximirá ipso iure de la responsabilidad.»

C. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA A LO LARGO DE LAS CADENAS DE VALOR MUNDIALES

El proyecto actualizado, al igual que los proyectos anteriores, no aborda directamente la cuestión de la responsabilidad solidaria. Además, no incluye una disposición explícita que aborde la cuestión de la responsabilidad de las empresas por los daños causados por otros. El tercer proyecto aportó más claridad a este respecto, ya que el antiguo artículo 8, apartado 6, exigía a los Estados que estableciesen la responsabilidad de las empresas por los abusos de los derechos humanos causados por las personas que dichas empresas controlasen, gestionasen o supervisasen, o por abusos de los derechos humanos que deberían haber previsto, pero para los que no adoptaron medidas adecuadas de prevención. Al no abordar esta cuestión, el proyecto actualizado es mucho más débil a la hora de garantizar que los sistemas jurídicos nacionales desarrollen mecanismos para que las empresas matrices o los compradores rindan cuentas de las violaciones de los derechos humanos en sus actividades y relaciones comerciales. Esto también significa que el proyecto actualizado no incluye una presunción refutable de control, algo que la sociedad civil defiende para ayudar

¹³ Virginie Rouas, 'Achieving Access to Justice through an International Treaty on Business and Human Rights', *Achieving Access to Justice in a Business and Human Rights Context* (University of London Press 2022) 356 <https://www.jstor.org/stable/j.ctv293p4bn.14>.

¹⁴ Markus Krajewski, 'Analysis of the Third Draft of the UN Treaty on Business and Human Rights' (CIDSE 2021) 13, <https://www.cidse.org/wp-content/uploads/2021/10/EN-Binding-Treaty-legal-analysis.pdf>, consultado el 31 de agosto de 2023.

a establecer la responsabilidad de las empresas por las violaciones de los derechos humanos causadas por empresas en sus cadenas de valor o en sus grupos empresariales¹⁵. Por lo tanto, estas cuestiones siguen quedando a merced de la legislación nacional.

El proyecto actualizado aborda situaciones de complicidad entre las empresas en sentido amplio. El artículo 8, apartado 3, letra b), de acuerdo con la redacción sugerida en las propuestas del Presidente, establece que las empresas serán consideradas responsables de «asistencia, complicidad, facilitación y asesoramiento en la comisión de abusos de los derechos humanos». El artículo 8, apartado 4, letra c), especifica además que esta responsabilidad no está supeditada a la determinación de la responsabilidad del autor principal por el acto ilícito. El proyecto actualizado aporta más claridad sobre este concepto al enumerar las diferentes formas en que una empresa puede ser cómplice de violaciones de los derechos humanos, mientras que el tercer proyecto solo se refería a la «complicidad en la comisión de un delito penal» en el antiguo artículo 8.10. Sin embargo, esta mayor precisión en el lenguaje se ve atenuada por las continuas referencias a la legislación nacional en los apartados 3 y 4 del artículo 8, lo que significa que, si bien el proyecto actualizado proporciona más orientación para los Estados parte en cuanto al contenido, también les da la opción de «no participar» aludiendo a sus principios jurídicos nacionales.

2. ACCESO A LA JUSTICIA Y REPARACIÓN (ARTÍCULOS 7 Y 9 A 11)

La mejora del acceso a vías de recurso es uno de los objetivos clave que debe abordar el Instrumento. La estructura del proyecto actualizado sigue siendo similar a la del tercer proyecto. En este sentido, los artículos 7, 9, 10 y 11 son los que abordan el acceso a las vías de recurso y a las cuestiones de procedimiento. En la práctica, las cuestiones procesales ocupan un lugar central en muchas encarnadas batallas jurídicas entre grupos afectados y empresas y han desempeñado hasta la fecha un papel predominante, si no exclusivo, en litigios transnacionales emblemáticos¹⁶. El proyecto actualizado ofrece más seguridad jurídica sobre determinadas cuestiones de procedimiento, pero supone un retroceso con respecto al tercer proyecto sobre algunas de las cuestiones más controvertidas, en particular en lo que respecta a la jurisdicción.

A. COMPETENCIA (ARTÍCULO 9)

El proyecto actualizado sigue de cerca las propuestas sugeridas por el Presidente sobre la cuestión de la jurisdicción, con adaptaciones redaccionales menores. El artículo 9.1 identifica las jurisdicciones competentes para conocer de los asuntos que entran en el ámbito de aplicación del IJV. Los principios establecidos son similares, aunque no idénticos, a los del tercer proyecto. El artículo 9, apartado 1, establece la competencia de la jurisdicción en la que se produjo el abuso de los derechos humanos y en la que se sufrió el perjuicio correspondiente, mientras que el antiguo artículo 9.1 del tercer proyecto hacía referencia a la jurisdicción en la que había ocurrido el abuso de los derechos humanos o había producido efectos y en la que se había producido una acción u omisión que había contribuido al abuso. Por lo tanto, tanto el tercer proyecto como el proyecto actualizado establecen la jurisdicción en la que se produjo el daño, pero el proyecto actualizado es probablemente algo más impreciso que el tercer proyecto en lo que respecta a la jurisdicción del Estado parte en el que tuvo lugar la acción u omisión que provocó el perjuicio, el hecho causal o el hecho original. Una interpretación expansiva puede llevar a suponer que esto está cubierto por el concepto de «abuso de los derechos humanos», pero el proyecto actualizado podría proporcionar más seguridad jurídica al especificar que tanto el Estado en el que se produjo el hecho causal como el Estado en el que se produjo posteriormente el daño son competentes para conocer de los asuntos.

¹⁵ FIDH, 'Preliminary Comment to the Revised Draft of the Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises' (2019) 5, https://www.fidh.org/IMG/pdf/fidh_preliminary_legal_position_on_the_draft_lbi_on_tncs_and_obes_2019_1_.pdf, consultado el 9 de septiembre de 2023.

¹⁶ Muchas decisiones históricas sobre la responsabilidad de la sociedad matriz son, en realidad, decisiones sobre competencia judicial y no sobre *el fondo, como Vedanta/ Lungowe* ante el Tribunal Supremo del Reino Unido o *Nevsun Resources/Araya* ante el Tribunal Supremo de Canadá; este ha sido también el principal objeto de controversia en todos los asuntos iniciados hasta la fecha en virtud de la Ley francesa sobre el deber de vigilancia desde su adopción en 2017; véase, por ejemplo, Joseph Byomuhangyi, 'Voluntary Measures Will Not Curb Corporate Impunity, a Legally Binding Instrument Is Essential' (*Business & Human Rights Resource Centre*) <<https://www.business-humanrights.org/en/blog/voluntary-measures-are-not-enough-to-curb-corporate-impunity-a-legally-binding-instrument-is-essential/>> consultado el 10 de septiembre de 2023.

Se propone reformular el artículo 9, apartado 1, letra a), del siguiente modo:

«el abuso de los derechos humanos tuvo lugar, total o parcialmente, **incluidas las acciones u omisiones que dieron lugar al abuso**, en el territorio o la jurisdicción de dicho Estado parte;»

El proyecto actualizado, en consonancia con el tercer proyecto, retoma la interpretación más tradicional de la jurisdicción, a saber: la jurisdicción en la que está domiciliada la empresa demandada y donde reside la víctima demandante [artículo 9, apartado 1, letras c) y d)].

Sí que hay un aspecto en el que el proyecto actualizado marca una diferencia con respecto al tercer proyecto. Se trata de la cuestión del *forum non conveniens*, una doctrina de derecho consuetudinario en virtud de la cual un órgano jurisdiccional renuncia a su competencia al considerar que existe otra jurisdicción mejor situada para conocer del asunto. El antiguo artículo 9.3 del tercer proyecto rechazó explícitamente esta doctrina («Los tribunales evitarán imponer obstáculos jurídicos, incluida la doctrina *del forum non conveniens*»). Esta doctrina se percibe a menudo como una defensa procesal estratégica para las empresas que buscan alargar la duración de los procedimientos judiciales o que el asunto se resuelva en una jurisdicción menos favorable para la parte demandante¹⁷. El proyecto actualizado adopta un enfoque mucho más moderado a este respecto. El nuevo artículo 9.3 ya no menciona explícitamente la doctrina del *forum non conveniens*, sino que más bien hace referencia a ella sin establecer una prohibición clara para los Estados partes: «las decisiones de los organismos estatales pertinentes [...] respetarán los derechos de las víctimas de conformidad con el artículo 4, también en lo referente a: a) la interrupción de los procedimientos judiciales por la existencia de otro foro, más conveniente o más adecuado con competencia en la materia». También cabe señalar que el artículo 9.3 incluye de nuevo una referencia al Derecho interno («coherente con sus sistemas jurídicos y administrativos nacionales»), lo que significa que un Estado parte que incorpore la doctrina *del forum non conveniens* en su ordenamiento jurídico no infringe necesariamente los requisitos del artículo 9.3 del proyecto actualizado. Dicho Estado parte tendrá que equilibrar el ejercicio de esta doctrina con los derechos de la víctima garantizados en virtud del artículo 4 del instrumento, que incluye «el derecho a un acceso a la justicia justo, adecuado, efectivo, rápido, no discriminatorio, apropiado y sensible a las cuestiones de género».

En la práctica, el artículo 9.3 garantizaría sustancialmente los mismos derechos a la víctima que un rechazo explícito de la doctrina *del forum non conveniens*, pero abre la puerta a largos procedimientos judiciales en la fase jurisdiccional, ya que los demandantes tendrán que alegar que el foro más adecuado no garantiza sus derechos en virtud del artículo 4. De los debates mantenidos durante el 7º período de sesiones del OEIGWG se desprende claramente que esta cuestión era ya un punto de desacuerdo entre Estados, y China se opuso al rechazo explícito de la doctrina del *forum non conveniens*, mientras que Palestina y Namibia apoyaron su mantenimiento. Egipto y México aportaron una redacción más matizada, ya fuera recordando algunos de los requisitos que un foro alternativo debe verificar («incluida la doctrina del *forum non conveniens*, a menos que exista un foro alternativo adecuado que probablemente proporcionase una reparación oportuna, justa e imparcial», según la contribución presentada por Egipto), o bien inspirándose en la legitimidad de los procedimientos judiciales («los Estados parte velarán por que sus tribunales no utilicen la doctrina del *forum non conveniens* para desestimar procedimientos judiciales legítimos iniciados por las víctimas», según la contribución presentada por México).

¹⁷ Doug Cassel, 'Progress in the Newest UN Draft Treaty on Business and Human Rights' (*Business & Human Rights Resource Centre*, 25 August 2020), <https://www.business-humanrights.org/en/blog/progress-in-the-newest-un-draft-treaty-on-business-and-human-rights/>, consultado el 10 de septiembre de 2023.

Se propone reformular el artículo 9.3 del siguiente modo:

«Los Estados partes adoptarán las medidas necesarias ~~y coherentes con sus sistemas jurídicos y administrativos nacionales~~, para garantizar que las decisiones de los organismos estatales competentes relativas al ejercicio de la jurisdicción en los casos a que se refiere el artículo 9.1 respeten los derechos de las víctimas de conformidad con el artículo 4, especialmente en lo referente a:

- (a) La interrupción de la acción judicial por existir otro foro, más conveniente o más adecuado con competencia para conocer del asunto; e
- (b) La duración de los procedimientos judiciales y la carga probatoria impuesta a las víctimas;
- (c) La coordinación de las acciones contempladas en el artículo 9.4.»

Otra omisión que probablemente lamente la sociedad civil es una referencia a la doctrina del *forum necessitatis*, en la que un órgano jurisdiccional reconoce su competencia en casos excepcionales en los que la víctima no tiene razonablemente a su disposición ningún otro órgano jurisdiccional. El tercer proyecto justificaba el reconocimiento del *forum necessitatis* cuando existía un vínculo suficiente con el Estado parte en cuestión, con arreglo al antiguo artículo 9.5. Esta disposición desapareció del artículo 9 en las propuestas de Presidente, una decisión criticada por los expertos¹⁸, pero que, no obstante, se ha mantenido en el proyecto actualizado.

Por último, el artículo 9.4 del proyecto actualizado se refiere a la coordinación entre los órganos jurisdiccionales de los diferentes Estados partes que intervienen en actuaciones judiciales conexas, una importante cuestión procesal destinada a evitar sentencias contradictorias entre jurisdicciones. Se trata de un añadido positivo en comparación con el tercer proyecto, que solo abordaba la posibilidad de añadir más empresas demandadas a una causa ya abierta (antiguo artículo 9.4). Las orientaciones del proyecto actualizado siguen siendo, sin embargo, más bien mínimas, ya que el instrumento se limita a afirmar que «los organismos estatales competentes en cada Estado se consultarán entre sí con el fin de coordinar sus acciones». Unas normas explícitas sobre la suspensión de los procedimientos judiciales cuando ya se ha recurrido a otro órgano jurisdiccional, o sobre la adhesión de filiales y otros demandados a las causas ya abiertas contra la sociedad matriz, podrían contribuir a acelerar la resolución de litigios y evitar resoluciones contradictorias¹⁹.

B. LEGISLACIÓN APLICABLE (ARTÍCULO 11)

Aunque las propuestas sugeridas por el Presidente habían recomendado suprimir el artículo 11 sobre la ley aplicable, el proyecto actualizado mantiene casi las mismas disposiciones que el tercer proyecto sobre este tema, con pequeñas adaptaciones redaccionales. El mantenimiento de una disposición sobre la ley aplicable a las demandas que entran dentro del alcance del IJV es un avance positivo del proyecto actualizado en comparación con las propuestas del Presidente. Las normas de Derecho internacional privado varían de un sistema nacional a otro y, por lo tanto, pueden dar lugar a resultados diferentes en función de la jurisdicción en la que se desarrolle el procedimiento. Así pues, el instrumento ofrece una oportunidad única para unificar las normas del Derecho internacional privado en las reclamaciones relativas a la rendición de cuentas por parte de empresas que hayan cometido violaciones de los derechos humanos.

El artículo 11 distingue entre el derecho aplicable al procedimiento del apartado 1 y el derecho aplicable a la esencia (o al fondo) del apartado 2. Si bien las cuestiones procesales se rigen por la ley del órgano jurisdiccional que conoce del asunto, la víctima tiene la posibilidad de elegir la ley aplicable en cuanto al fondo: la víctima

¹⁸ Andressa Oliveira Soares, Manoela Carneiro Roland and Tchenna Fernandes Maso, 'Negotiations over the International Treaty on Business & Human Rights: Challenges and Perspectives' (*Business & Human Rights Resource Centre*), <https://www.business-humanrights.org/en/blog/negotiations-over-the-international-treaty-on-business-human-rights-challenges-and-perspectives/>, consultado el 10 de septiembre de 2023.

¹⁹ Rouas (n 3) 357.

puede elegir entre el derecho en el que se hayan producido las acciones u omisiones, o haya producido efectos, o el derecho en el que esté domiciliada la empresa que supuestamente haya cometido dichas acciones u omisiones. Esta elección de la ley aplicable ofrece a la víctima la oportunidad de elegir el régimen jurídico más protector. Esto resulta especialmente útil en situaciones en las que empresas domiciliadas en países con normas jurídicas estrictas realizan actividades empresariales en países con regímenes jurídicos menos protectores. No obstante, el artículo 11.2 podría proporcionar más seguridad jurídica si los redactores utilizaran «deberán» en lugar de «podrán» a la hora de describir la norma. Su formulación actual es la siguiente: «todas las cuestiones de fondo [...] podrán [...] registrarse» por la elección de las leyes a disposición de la víctima. Esto sugiere que los Estados partes podrían elegir otra norma de Derecho internacional privado para determinar la ley aplicable a las cuestiones de fondo. En comparación, el apartado 1 sobre cuestiones procesales utiliza el verbo «deberán», por lo que deja claro que solo es aplicable la ley del órgano jurisdiccional que conoce del asunto.

Por lo tanto, se propone reformular el artículo 11.2 del siguiente modo:

«Todas las cuestiones de fondo que no dirima específicamente el presente instrumento (instrumento jurídicamente vinculante) ~~podrán registrarse~~ **se registrarán**, a petición de la víctima, por el derecho de otro Estado cuando: [...]»

C. MEDIDAS PARA REDUCIR LOS OBSTÁCULOS AL ACCESO A VÍAS DE RECURSO (ARTÍCULO 7.4)

El artículo 7, apartado 4, del proyecto actualizado establece una lista de medidas para reducir los obstáculos al acceso a las vías de recurso. Entre ellas se incluye aliviar la carga financiera que pesa sobre las víctimas, facilitar la presentación de pruebas, garantizar una revelación justa y oportuna de las pruebas pertinentes para los procedimientos judiciales o de ejecución, y la posibilidad de presentar recursos colectivos. Todas estas medidas responden a cuestiones procesales clave que la sociedad civil ya identificó como obstáculos significativos para el acceso a la justicia de las víctimas de violaciones de los derechos humanos cometidas por las empresas²⁰.

Por lo que se refiere a la reducción de la carga financiera para las víctimas que buscan reparación, el artículo 7, apartado 4, letra a), del proyecto actualizado sigue las propuestas sugeridas por el Presidente y supone una mejora con respecto al tercer proyecto. El antiguo artículo 7.4 del tercer proyecto mencionaba la garantía de que «las tasas judiciales y las normas relativas a la asignación de las costas judiciales no supongan una carga injusta e irrazonable para las víctimas», pero no proporcionaba una lista clara de las medidas que los Estados partes deberían considerar, a excepción de «eximir de determinados costes en los casos adecuados». A título comparativo, el proyecto actualizado ofrece sugerencias más explícitas: «prestación de asistencia financiera, exención del pago de las tasas judiciales en los casos apropiados, exención para los demandantes del pago de las costas de otras partes en litigios civiles». No obstante, la redacción utiliza la mención «por ejemplo», que indica que esta lista es más indicativa que prescriptiva. Por lo tanto, los Estados parte conservan un margen de apreciación en cuanto a las medidas exactas que deben adoptar.

A este respecto, quizás sea lamentable que determinadas disposiciones en materia de garantía financiera del tercer proyecto hayan desaparecido del proyecto actualizado. El antiguo artículo 8.5 del tercer proyecto introducía la obligación de los Estados partes de exigir a las empresas que «establezcan y mantengan garantías financieras, tales como obligaciones de seguro u otras reservas financieras, para cubrir posibles reclamaciones de indemnización», que desaparecieron de las propuestas del Presidente y, por extensión, del proyecto actualizado. Esto significa que el proyecto actualizado no proporciona suficiente protección a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que intentan reclamar una indemnización a empresas que pueden liquidar fácilmente sus activos en la jurisdicción pertinente.

²⁰ FIDH, 'Overcoming Barriers to Access to Justice for Corporate Human Rights Abuses' (2023), <https://www.fidh.org/en/issues/business-human-rights-environment/business-and-human-rights/overcoming-barriers-to-access-to-justice-for-corporate-human-rights>, consultado el 10 de septiembre de 2023.

Por lo que respecta a la presentación de pruebas, el artículo 7, apartado 4, letra a), del proyecto actualizado aborda la cuestión de la carga de la prueba. El hecho de que la inversión de la carga de la prueba se siga mencionando explícitamente en el instrumento será motivo de satisfacción para la sociedad civil, que lleva tiempo abogando a favor de una disposición de este tipo para equilibrar mejor la asimetría de poder entre las víctimas de violaciones de los derechos humanos, que difícilmente pueden tener acceso a documentos corporativos internos, y las empresas que cuentan con más medios para documentar su proceso de toma de decisiones y sus procedimientos de diligencia debida. El proyecto actualizado no menciona la inversión de la carga de la prueba como un requisito necesario, sino que la enumera como ejemplo de medida útil para facilitar la aportación de pruebas. El texto propuesto por el Presidente en este sentido proporcionaba probablemente más claridad en la redacción sobre la aplicación práctica de este principio de la inversión de la carga de la prueba. En este sentido, el artículo 7, apartado 3, letra d) propuesto por el Presidente, establecía, a modo de ejemplo, «presunciones sobre la existencia de determinados hechos y la imposición de una responsabilidad objetiva o absoluta en determinados casos». Una redacción más detallada de la inversión de la carga de la prueba también podría ayudar a garantizar que este requisito se aplique en materia civil, si bien no tanto en asuntos penales en los que la presunción de inocencia (o principio equivalente) es un criterio fundamental del Estado de Derecho.

La posibilidad de interponer recursos colectivos, mencionada en el artículo 7, apartado 4, letra f), del proyecto actualizado, es una mejora notable con respecto al tercer proyecto, que no se pronunció sobre el asunto. La capacidad de que las víctimas se agrupen en reclamaciones similares puede ayudar a racionalizar las acciones judiciales y a reducir los costes. Este asunto ha desempeñado un papel estratégico en algunos de los asuntos más famosos sobre empresas y derechos humanos hasta la fecha²¹.

Por último, el artículo 7, a raíz de las propuestas sugeridas por el Presidente, pierde cualquier referencia a la ejecución de resoluciones pronunciadas en el extranjero, una cuestión que, junto con la falta de obligación de las empresas de proporcionar una garantía financiera para las reclamaciones contra ellas, puede dejar a las víctimas pocas vías de recurso para obtener una reparación efectiva o compensación en la práctica²². El tercer proyecto abordaba esta cuestión en el antiguo artículo 7.6 haciendo referencia a la «pronta ejecución de sentencias o laudos nacionales o extranjeros». El instrumento jurídicamente vinculante se beneficiaría de la reintroducción de esta disposición para evitar la coexistencia de sentencias contradictorias a escala internacional y mejorar la capacidad de las víctimas para obtener la ejecución en la práctica de sentencias o laudos contra empresas.

Se propone incluir una letra d) del apartado 5 del artículo 7 del siguiente modo:

«(d) garantizar el reconocimiento y la pronta ejecución de sentencias o laudos nacionales o extranjeros, de conformidad con el presente instrumento jurídicamente vinculante y los derechos de las víctimas en virtud del artículo 4».

D. PRESCRIPCIÓN (ARTÍCULO 10)

El artículo 10 del proyecto actualizado sigue siendo sustancialmente similar al tercer proyecto sobre la cuestión del plazo de prescripción. El artículo 10, apartado 1, se refiere a la responsabilidad penal y exige a los Estados partes que no apliquen ningún plazo de prescripción a los delitos más graves que preocupan a la comunidad internacional, que en esta ocasión se enumeran explícitamente como «crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad o crímenes de genocidio». Cabe señalar que el proyecto actualizado ofrece más seguridad jurídica a este respecto en comparación con las propuestas sugeridas por el Presidente, que también incluían una mención al Derecho interno en la misma disposición («y coherente con sus sistemas internos y administrativos»).

²¹ Este fue el caso, en particular, del *asunto Lungowe v Vedanta*, que crea una primacía jurídica sobre la responsabilidad de la sociedad matriz según dictaminó el Tribunal Supremo del Reino Unido.

²² Un ejemplo de ello ha sido la dificultad de los demandantes en una acción colectiva interpuesta contra Texaco (posteriormente adquirida por Chevron) en Ecuador para ejecutar la sentencia de 9 500 millones de dólares contra la empresa por una larga batalla judicial multijurisdiccional, véase Business and Human Rights Resource Centre (2003). 'Texaco/Chevron Lawsuits (Re Ecuador)', <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/texaco-chevron-lawsuits-re-ecuador-1/>, consultado el 10 de septiembre de 2023.

El artículo 10.2 cubre todos los demás procedimientos judiciales y es esencialmente igual (excepto por adaptaciones redaccionales menores) que las propuestas del Presidente. El proyecto actualizado exige que los plazos de prescripción no sean excesivamente restrictivos y que respeten los derechos de las víctimas. A este respecto, el IJV representa una interesante herramienta que podría contribuir al desarrollo progresivo del Derecho internacional sobre la cuestión de los plazos de prescripción, en particular en asuntos civiles²³.

E. OBSTÁCULOS ESPECÍFICOS A LOS QUE SE ENFRENTAN LOS GRUPOS DE RIESGO (ARTÍCULO 7.1)

El proyecto actualizado no ofrece mucha más orientación a los Estados partes sobre las medidas que deben adoptarse para abordar los obstáculos específicos a los que se enfrentan los grupos de riesgo, como las mujeres, los pueblos indígenas y los defensores de los derechos humanos a la hora de buscar reparación. El artículo 7.1 del proyecto actualizado se mantiene prácticamente inalterado con respecto al tercer proyecto, en el que se establece que «los Estados partes otorgarán a sus organismos estatales competentes las competencias necesarias [...] para superar los obstáculos específicos a los que se enfrentan las mujeres y los grupos en situaciones de vulnerabilidad y marginación para acceder a dichos mecanismos y recursos». Por lo tanto, si bien la protección de los grupos en situación de riesgo se menciona en la primera disposición relativa al acceso a vías de recurso, el IJV no ofrece orientaciones más detalladas sobre la cuestión en los artículos que versan sobre la prescripción. Por lo tanto, el preámbulo puede desempeñar un papel importante a la hora de aclarar más estos conceptos, en particular el PP13, el PP14 y el PP15, que abordan respectivamente el papel de los defensores de los derechos humanos, el impacto específico de las violaciones de los derechos humanos cometidas por las empresas sobre los grupos vulnerables y en situación de riesgo, y la necesidad de que los Estados y las empresas integren una perspectiva de género en todas sus medidas.

3. EL PAPEL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DEFENSORES DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL MEDIO AMBIENTE

El proyecto actualizado del IJV, en comparación con versiones anteriores, hace un mayor hincapié en la necesidad de un entorno propicio y seguro para los defensores de los derechos humanos, pero sigue siendo insuficiente para abordar adecuadamente el reconocimiento y la protección de estos defensores. El decimotercer párrafo preambular del proyecto actualizado destaca que los Estados están obligados a adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar que los defensores de los derechos humanos y actores de la sociedad civil dispongan de un entorno propicio y seguro en el que puedan ejercer libremente su labor. Esto no se mencionaba explícitamente en los proyectos anteriores y el énfasis en el deber del Estado de garantizar un entorno propicio y seguro para los defensores de los derechos humanos en el preámbulo es un paso en la buena dirección. Sin embargo, la referencia anterior a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los defensores de los derechos humanos, junto con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y los convenios de la OIT, se ha suprimido y sustituido por la frase «otras declaraciones de derechos humanos acordadas internacionalmente». Es importante señalar que la referencia a determinadas declaraciones de derechos humanos, incluida la Declaración de las Naciones Unidas sobre los defensores de los derechos humanos y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, subraya su importante relación con las disposiciones del IJV²⁴.

Además de este apartado preambular, el artículo 5, apartado 2, obliga a los Estados a adoptar medidas adecuadas y eficaces para garantizar un entorno seguro y propicio para que personas, grupos y organizaciones protejan los derechos humanos y el medio ambiente frente a las amenazas, la intimidación, la violencia, la inseguridad, el acoso y las represalias. Esta disposición sigue siendo la misma que en el proyecto anterior, pero, en comparación con el tercer proyecto del instrumento, se han añadido los términos «acoso y represalias» al texto de este artículo. Como se indicó en el análisis anterior, la redacción de este artículo 5, apartado 2,

²³ Cantú Rivera (n 2).

²⁴ Jan Klabbbers «Treaties and Their Preambles» en Michael J. Bowman y Dino Kritsiotis «Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties» (CUP 2018), 178.

podría haber sido más detallada en términos de definición de los defensores de los derechos humanos, así como de aclaración de las medidas específicas que los Estados deberían adoptar para garantizar la seguridad y el empoderamiento de los defensores de los derechos humanos²⁵. El artículo 5.2 del proyecto actualizado contiene la definición de defensores de los derechos humanos y del medio ambiente, ya que establece que los Estados deben proteger a las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos y el medio ambiente. Si bien la interpretación del término «defensores de los derechos humanos» del artículo 5.2 es coherente con el espíritu de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los defensores de los derechos humanos, que se refiere a cualquier persona o grupo de personas comprometidas pacíficamente en la defensa de los derechos humanos y el medio ambiente, la falta de precisión en el uso de la terminología puede resultar problemática a la hora de reconocer y legitimar a determinados defensores de los derechos humanos, incluidos aquellos que pueden ser cuestionados como «defensores no tradicionales de los derechos humanos y del medio ambiente», como trabajadores de una empresa, artistas y personal sanitario²⁶.

Por lo tanto, algunas enmiendas, como:

«*personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos y el medio ambiente, independientemente del sexo, la edad y la profesión*», podrían resultar beneficiosas para reconocer y dar visibilidad a todos los defensores de los derechos humanos y del medio ambiente.

La creación de un entorno seguro y propicio también supone que los defensores de los derechos humanos y del medio ambiente puedan ejercer libremente su derecho a defender los derechos humanos y las cuestiones medioambientales, tal como se establece en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los defensores de los derechos humanos y el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú)²⁷. Según estos instrumentos, los Estados no solo deben proteger la seguridad de los defensores de los derechos humanos y del medio ambiente, sino también garantizar el libre ejercicio de sus derechos fundamentales, incluido el acceso a la información necesaria en materia de derechos humanos y medio ambiente y la participación activa en asuntos de derechos humanos y medioambientales, especialmente en los procesos de toma de decisiones (los denominados derechos de acceso)²⁸.

A este respecto, el proyecto actualizado trata de proporcionar orientaciones más concretas a los Estados al añadir una letra d) al artículo 6.2, en la que se insta a los Estados a que adopten medidas legislativas, reglamentarias y de otro tipo para promover la participación activa y significativa de personas y grupos en el desarrollo, y la aplicación de leyes y políticas dirigidas a evitar la implicación de las empresas en violaciones de los derechos humanos. Además, el proyecto actualizado también incluye una disposición anterior, en el artículo 6, apartado 4, letra d), sobre la responsabilidad de las empresas de entablar consultas reales con los grupos potencialmente afectados y las partes interesadas. Sin embargo, estas dos secciones del proyecto actualizado no reflejan plenamente los derechos fundamentales de los defensores de los derechos humanos y del medio ambiente, incluido el «derecho de acceso» establecido en la Declaración sobre los defensores de los derechos humanos y en el Acuerdo de Escazú, así como el derecho a acceder a organizaciones privadas y públicas, así como a comunicar y cooperar con ellas en materia de derechos humanos y medio ambiente²⁹.

²⁵ Krajewski (n 7), 20-21.

²⁶ Alice M. Nah, Karen Bennett, Danna Ingleton y James Savage «Research Agenda for the Protection of Human Rights Defenders» 5 (3) 2013 *Journal of Human Rights Practice* 401, 405.

²⁷ La Declaración de las Naciones Unidas sobre los defensores de los derechos humanos, adoptada por la Resolución 53/144 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1998, UN Doc A/RES/53/144; Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, 2018, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43583/1/S1800428_en.pdf (consultado el 31 de agosto de 2023).

²⁸ Palesa Maloisane and Jessica Lawrence «Nothing about us without us» (Nada sobre nosotros sin nosotros): Análisis de la 8ª ronda de debates sobre el Tratado vinculante de las Naciones Unidas, Blog, Centro de Recursos de Empresas y Derechos Humanos (10 de octubre de 2022), <https://www.business-humanrights.org/en/blog/nothing-about-us-without-us-focus-on-the-8th-round-of-discussions-of-the-un-binding-treaty/> (consultado el 31 de agosto de 2023).

²⁹ *Ibidem*, también la «Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo» de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Doc. A/CONF.151/26 (vol. I), 31 ILM 874 (1992), Principio 10.

Se propone reformular la letra d) del artículo 6.2 del siguiente modo:

*«promover la participación activa y significativa **los derechos** de las personas y grupos, como los sindicatos, la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales, los pueblos indígenas y las organizaciones comunitarias, **al acceso a la información, la comunicación y la participación con organizaciones públicas y privadas relacionadas** con el desarrollo, y la aplicación de leyes, políticas y otras medidas destinadas a prevenir la participación de las empresas en abusos de los derechos humanos».*

En términos de protección, la frase «el acoso y las represalias» añadida al artículo 5.2 del proyecto actualizado podría hacer hincapié en que los Estados tienen la obligación de proteger a todas las personas que puedan ser objeto de represalias. Si las represalias también se refieren a defensores de los derechos humanos acosados a través de demandas estratégicas contra la participación pública (DECPP), entonces el instrumento jurídicamente vinculante podría detallar aún más las obligaciones de los Estados y las empresas en relación con estos procesos judiciales DECPP. El proyecto actualizado podría precisar más sus disposiciones para exigir a los Estados que adopten leyes nacionales contra las DECPP y condenen a las empresas implicadas en casos de DECPP contra defensores de los derechos humanos. Además, debe exigirse a las empresas que no acosen a los defensores de los derechos humanos con DECPP abusivas y que no participen en tales incidentes en sus relaciones comerciales.

Asimismo, es importante señalar que algunos defensores de los derechos humanos y del medio ambiente son especialmente vulnerables, incluidos los que se ocupan de cuestiones complejas, como las violaciones de los derechos humanos relacionadas con las industrias extractivas, la tierra y el medio ambiente, así como los que tienen identidades particulares, como las defensoras de los derechos humanos y los pueblos indígenas³⁰. En este sentido, el proyecto actualizado adolece de serias limitaciones en lo que respecta a la protección de los grupos vulnerables, ya que ha suprimido la disposición propuesta por la que se instaba a los Estados a que prestasen especial atención a determinados defensores de los derechos humanos, incluidas las mujeres defensoras de los derechos humanos y los pueblos indígenas, que son vulnerables en circunstancias difíciles. Esta mención debería haber quedado recogida en el duodécimo párrafo preambular del proyecto actualizado³¹. Además, el proyecto actualizado también suprimió la disposición por la que se instaba a las empresas a prestar especial atención a específicos defensores de los derechos humanos, como se indica en la letra c) del artículo 6.4 del proyecto anterior. No obstante, el proyecto actualizado todavía contiene el 14º párrafo del preámbulo en el que se destacan las circunstancias especiales y la vulnerabilidad de determinados titulares de derechos, como las mujeres y las niñas, los menores, los pueblos indígenas, las personas con discapacidad, las personas de ascendencia africana, las personas de edad avanzada, los migrantes y los refugiados. Sin embargo, no está claro si el término «titular de derechos» incluye a los defensores de los derechos humanos o si se refiere principalmente a las víctimas de los efectos negativos de las actividades de las empresas. Por lo tanto, puede argumentarse que el proyecto actualizado no es suficiente para proteger a determinados defensores de los derechos humanos y del medio ambiente y que debe modificarse en lo que respecta a la protección de estos defensores de los derechos humanos, especialmente los defensores del medio ambiente. Los expertos ya señalaron que el instrumento debe proteger a los defensores del medio ambiente de las amenazas y los posibles homicidios y asesinatos en el marco de «conflictos socio-ambientales» causados por empresas mineras, petroleras y extractivas³². El IJV debería reconocer en mayor medida las importantes amenazas a las que se enfrentan los defensores del medio ambiente con el fin de que los Estados puedan ofrecer a estos defensores una protección más eficaz.

³⁰ Karen Bennetta, Danna Ingleton, Alice M. Nah y James Savage «Critical Perspectives on Security and Protection of Human Rights Defenders» (2015) 9 (17) The International Journal of Human Rights, 886.

³¹ Asamblea General de las Naciones Unidas «Texto del tercer proyecto revisado de instrumento jurídicamente vinculante con propuestas textuales presentadas por los Estados durante la séptima y octava sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos», 27 de febrero — 31 de marzo de 2023 Un Doc A/HRC/52/41/Add.1, PP12 bis.

³² Martha Inés Romero, Pax Christi International, «Six key points from Latin America to considerate to advance the binding Treaty negotiations», Business and Human Rights Resource Centre Blog 6 de octubre de 2022, <https://www.business-humanrights.org/en/blog/six-key-points-from-latin-america-to-consider-to-advance-the-binding-treaty-negotiations/> (consultado el 1 de septiembre de 2023).

También es interesante señalar que, según el texto del proyecto actualizado, garantizar la seguridad de los defensores de los derechos humanos ya no es responsabilidad exclusiva del Estado. El artículo 6.4, letra e), establece que los Estados deberán imponer obligaciones jurídicamente exigibles a las empresas para que protejan la seguridad de los defensores de los derechos humanos, los periodistas, los trabajadores y otros, así como de las personas que puedan ser objeto de represalias. En virtud de esta letra e) del artículo 6.4, las empresas parecen tener la responsabilidad de proteger la seguridad de los defensores de los derechos humanos, los periodistas, los trabajadores, los miembros de los pueblos indígenas y otros. El próximo proyecto podría aclarar en mayor medida en qué circunstancias y cómo las empresas deben proteger los derechos de los defensores de los derechos humanos. Por ejemplo, en virtud del proyecto actualizado del instrumento jurídicamente vinculante, las empresas deberán estar obligadas explícitamente a utilizar su influencia, especialmente su influencia financiera, sobre Estados débiles para proteger a los defensores de los derechos humanos³³.

4. DILIGENCIA DEBIDA (ART. 6)

A. DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE

El proyecto actualizado no ha avanzado lo suficiente en los requisitos relativos al ejercicio de la diligencia debida, ya que sigue siendo ambiguo y poco claro en cuanto a los requisitos de diligencia debida en sí, en particular en lo que respecta a los conceptos de procedimiento de diligencia debida, ámbito de aplicación material y cumplimiento. El proyecto actualizado suprimió las disposiciones anteriores que obligaban a las empresas a aplicar medidas específicas en el marco de la diligencia debida en materia de derechos humanos en el artículo 6, pero ha incluido la definición de diligencia debida en materia de derechos humanos en el artículo 1, apartado 8. Esta definición, en comparación con otros instrumentos internacionales, no especifica suficientemente las responsabilidades de diligencia debida en materia de derechos humanos de las empresas³⁴. Asimismo, en términos de ámbito de aplicación material, se ha suprimido la definición de efectos adversos sobre los derechos humanos, que tenía por objeto incluir los daños directos e indirectos. Al haber omitido la referencia a los daños indirectos, esto significará que la aplicación del IJV será limitada a la hora de enjuiciar a determinadas empresas, incluidas las sociedades matrices y los inversores, que normalmente están más indirectamente asociados con el perjuicio causado.

En cuanto a las cuestiones relacionadas con el medio ambiente y el cambio climático, el proyecto actualizado retrocede con respecto a proyectos anteriores a la hora de abordar las cuestiones de los daños medioambientales y el cambio climático. Esto se refleja claramente en la supresión en el proyecto actualizado de las referencias al derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible, así como las referencias a una evaluación del impacto ambiental y climático. En primer lugar, en el proyecto actualizado se ha suprimido la mención, incluida anteriormente en el décimo párrafo del tercer proyecto, de que las empresas desempeñan un papel en la promoción y la defensa de los derechos humanos, incluidos los medioambientales y climáticos. En segundo lugar, la violación del derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible quedaba claramente establecida en la definición de abuso de los derechos humanos que figuraba en el artículo 1, apartado 2, del tercer proyecto, pero el proyecto actualizado suprimió la violación específica de este derecho en dicha definición. En tercer lugar, se ha suprimido la disposición incluida en la letra a) del artículo 6.4 del tercer proyecto según la cual las empresas debían publicar periódicamente información sobre la evaluación de impacto ambiental y climático; y en el proyecto actualizado solo se incluye la evaluación de impacto en materia de derechos humanos. Además, no se incluyeron en el proyecto actualizado algunas propuestas de texto formuladas durante las sesiones 7ª y 8ª del OEIGWG, incluidos los apartados 13 y 14 del preámbulo, que ponían de relieve la emergencia climática y el papel de las empresas en el cumplimiento de los tratados internacionales en materia de medio ambiente, como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático³⁵.

³³ David Birchall «The Role of Civil Society and Human Rights Defenders in Corporate Accountability» en Surya Deva y David Birchall «The Research Handbook on Human Rights and Business» (El Manual de investigación sobre derechos humanos y empresas) (Edward Elgar Publishing, 2020).

³⁴ Nadia Bernaz and others, 'The UN Legally Binding Instrument and the EU Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive; Competences, Comparison and Complementarity' (Friends of the Earth 2022) 13, <https://friendsoftheearth.eu/wp-content/uploads/2022/10/Complementarity-study-on-EU-CSDDD-and-UN-LBI-October-2022.pdf>, consultado el 31 de agosto de 2023.

³⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas (n.º 10), PP14 bis.

La supresión de las referencias a estas declaraciones fundamentales sobre los efectos del medio ambiente y el cambio climático puede indicar que el Grupo de Trabajo OEIGWG prefiere atenerse a su mandato principal y se centra exclusivamente en los derechos humanos. Como se mencionó en el análisis anterior, el mandato del Grupo de Trabajo de OEIGWG sigue estando limitado a los derechos humanos internacionales, con el objetivo de «elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular los derechos humanos internacionales»³⁶. Dada la decisión del OEIGWG de relegar las cuestiones medioambientales a un segundo plano eliminando las referencias fundamentales al medio ambiente y al cambio climático de los textos del proyecto actualizado, parece que, en este proyecto actualizado, las empresas no tienen una obligación clara en sus procedimientos de la diligencia debida en relación con los efectos del medio ambiente y el cambio climático en los derechos humanos. Además, esto significa que ni siquiera se ha incluido el principio de precaución propuesto en el análisis anterior del tercer proyecto³⁷.

El reciente reconocimiento del derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible subraya la «indivisibilidad» entre los derechos humanos y el medio ambiente³⁸. En particular, destaca que «la degradación del medio ambiente, el cambio climático y el desarrollo insostenible son algunas de las amenazas más urgentes y graves para la capacidad de las generaciones presentes y futuras de disfrutar de todos los derechos humanos», en particular los derechos absolutos inderogables, incluido el derecho a la vida³⁹. Por lo tanto, es fundamental que el OEIGWG tenga en cuenta la naturaleza inseparable entre el medio ambiente y los derechos humanos y lo refleje en el proyecto de instrumento jurídicamente vinculante, ya que, si no lo hace, socavaría la protección plena y efectiva de todos los derechos humanos de la humanidad, incluidas las generaciones futuras. Como ya se ha señalado en análisis anteriores, la referencia al medio ambiente y al cambio climático debe modificarse para poner de relieve el derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible, ya que este derecho vincula los derechos humanos con el medio ambiente e integra el medio ambiente y el cambio climático en los derechos humanos.⁴⁰

Además de la indivisibilidad de los derechos humanos y el medio ambiente, los Principios Rectores de las Naciones Unidas exigen a las empresas que tengan en cuenta todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente a la hora de evaluar los efectos adversos potenciales y reales de sus actividades sobre los derechos humanos, y la letra b) del artículo 6.2 del proyecto actualizado también exige a los Estados que garanticen que las empresas respeten las libertades fundamentales y los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Esto significa que las empresas y los Estados no deben separar ni ignorar ningún derecho humano individual en sus políticas de derechos humanos ni en su marco de diligencia debida⁴¹. El derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible es un derecho humano independiente respaldado y reconocido internacionalmente por los Estados. El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos también reconoce la importancia de este derecho en su nota informativa recientemente publicada sobre el cambio climático y los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos⁴². Dicha nota destaca las obligaciones especiales de los Estados y las responsabilidades de las empresas en relación con los efectos del cambio climático en los derechos humanos⁴³. Estas responsabilidades específicas en relación con los efectos del medio ambiente y el cambio climático, tal y como aparecen descritas en la nota, deben reafirmarse y consolidarse en el instrumento jurídicamente vinculante.

Sin embargo, al analizar algunas de las disposiciones del proyecto actualizado, podría dar la impresión de que el OEIGWG está enviando señales contradictorias sobre la posición del IJV sobre cuestiones medioambientales y climáticas. Por ejemplo, el proyecto actualizado ha mantenido la definición del artículo 5, apartado 2, que incluye a los defensores del medio ambiente junto a los defensores de los derechos humanos. Asimismo, en lo que respecta a los derechos de las víctimas de violaciones de los derechos humanos causadas por las actividades de las empresas, a tenor de la letra c) del artículo 4.2, las víctimas siguen teniendo derecho a la reparación medioambiental y a la restauración ecológica. Si versiones futuras del instrumento siguen incorporando conceptos como la reparación medioambiental en el contexto de los derechos de las víctimas,

³⁶ Krajewski (n 7), 21.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Consejo de Derechos Humanos, El derecho humano a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible, 5 de octubre de 2021, A/HRC/48/L.23/Rev.1.

³⁹ J. H. Knox, «Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones en materia de derechos humanos relativas al disfrute de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible», 24 de enero de 2018, UN Doc A/HRC/37/59.

⁴⁰ Krajewski (n 7), 21.

⁴¹ Principio 18, Comentario de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre los Principios Rectores de las Naciones Unidas.

⁴² Grupo de trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, Nota informativa sobre el cambio climático y los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, junio de 2023, apartado 2. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/business/workinggroupbusiness/Information-Note-Climate-Change-and-UNGPs.pdf>.

⁴³ *Ibidem*, apartado 5.

también podrían profundizar en las obligaciones de los Estados y las responsabilidades de las empresas a la hora de garantizar el acceso de las víctimas a vías de recurso en relación con los daños medioambientales y los efectos del cambio climático. El acceso a vías de recurso por daños medioambientales requiere una explicación clara de las implicaciones sustantivas y procesales de los derechos humanos medioambientales. Como se indica en el artículo 5, apartado 2, del proyecto actualizado, si las víctimas tienen derecho a la reparación medioambiental y a la restauración ecológica, el artículo también debe hacer referencia al derecho sustantivo de la víctima a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible, así como a los derechos procesales, incluido el derecho de acceso a la información medioambiental y el derecho a participar en los procesos de toma de decisiones medioambientales.

Además, la letra f) del artículo 6.4 del proyecto actualizado sigue incluyendo la afirmación de que las empresas deben tener en cuenta los derechos de los pueblos indígenas, incluido el consentimiento libre, previo e informado. Los derechos de los pueblos indígenas no pueden separarse de las cuestiones relacionadas con el medio ambiente y el cambio climático. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) articula la relación especial entre los pueblos indígenas y sus tierras, haciendo hincapié en su derecho fundamental a la autodeterminación medioambiental, que les otorga «el derecho a mantener relaciones espirituales con la tierra, el derecho a no ser desplazados o enajenados por la fuerza, el derecho a una indemnización por las tierras ocupadas o dañadas, y el derecho a la conservación y protección del medio ambiente⁴⁴». Dada la importancia de estos derechos para los pueblos indígenas, los Estados y las empresas tienen la obligación de obtener el CLPI de los pueblos indígenas y las comunidades locales antes de utilizar sus tierras para fines comerciales⁴⁵. Por lo tanto, los derechos medioambientales de los pueblos indígenas deben tenerse especialmente en cuenta y reflejarse explícitamente en el IJV para dejar claras las responsabilidades de las empresas y su obligación de obtener el CLPI de las comunidades locales y de estos pueblos.

Estos argumentos ponen de manifiesto que el futuro proyecto del instrumento jurídicamente vinculante debe tener un «doble enfoque» para concentrarse tanto en las cuestiones medioambientales y del cambio climático, como en los derechos humanos, teniendo en cuenta la inseparabilidad de los derechos humanos y el medio ambiente para lograr una «mayor protección» de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente, incluidos los derechos de los grupos vulnerables, especialmente de los pueblos indígenas, que corren un alto riesgo de violación de sus derechos debido a los daños medioambientales provocados por las empresas⁴⁶. Por lo tanto, futuras versiones del actual instrumento no solo deberán restablecer las menciones anteriores, incluido el derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible, sino que también deberán profundizar en las obligaciones específicas de los Estados y las empresas en relación con los efectos del medio ambiente y el cambio climático en los derechos humanos, incluidos los derechos humanos al más alto nivel posible, y aclarar la diligencia debida en materia de medio ambiente en consonancia con las normas internacionales de derechos humanos más recientes.

En particular, el futuro proyecto del IJV:

- Debería restablecer la mención que aparecía en el párrafo 10 del preámbulo del tercer proyecto, que incluye el reconocimiento del importante papel que desempeña el sector privado en la mitigación del cambio climático en tiempos de emergencia.
- Debería restablecer el reconocimiento que aparecía en versiones anteriores del **derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible** dentro de la definición de abuso de los derechos humanos del artículo 1, apartado 3, del proyecto actualizado. Al reintroducir este importante derecho, el proyecto actualizado debe destacar el impacto negativo indirecto como violación de los derechos humanos, además del impacto directo.
- Podría también destacar **los derechos humanos en el contexto del medio ambiente y el cambio climático** en el artículo 3.3 del proyecto actualizado, por el que se establece el ámbito de aplicación del IJV.

⁴⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: Resolución, aprobada por la Asamblea General el 2 de octubre de 2007, A/RES/61/295 (UNDRIP) <https://www.refworld.org/docid/471355a82.html> (consultado el 5 de septiembre de 2023).

⁴⁵ Dinah Shelton « The Rights of Indigenous Peoples: All Old Is New Again in A. Von Arnould, K. Von der Decken y M. Susi (Eds.), The Cambridge Handbook of New Human Rights: Reconocimiento, Novelty, Rhetoric (CUP 2020), 217, 230.

⁴⁶ Bernaz y otros (n 28), 16.

Asimismo, las disposiciones actuales sobre diligencia debida en materia de derechos humanos en el proyecto actualizado, contenidas principalmente en los artículos 6.3 y 6.4, no pueden abarcar plenamente la diligencia debida en materia de medio ambiente y clima, ya que esta diligencia debida exige a las empresas que adopten medidas específicas distintas de la diligencia debida en materia de derechos humanos. Por ejemplo, la diligencia debida en materia de cambio climático incluye tanto medidas de mitigación como de integración. Ambas obligan a las empresas a comprometerse en la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero en el desempeño de sus actividades y a integrar estos compromisos en sus labores y en sus políticas⁴⁷. Las Líneas Directrices de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable (Líneas Directrices de la OCDE) contienen requisitos más específicos para las empresas en el ejercicio de la diligencia debida en materia de medio ambiente⁴⁸. Por ejemplo, el capítulo VI establece los efectos adversos sobre el medio ambiente que las empresas deben prevenir, incluyendo el cambio climático, la pérdida de biodiversidad, la destrucción de ecosistemas terrestres, marinos y de agua dulce o la deforestación, entre otros⁴⁹. Además, las empresas deben establecer y mantener un sistema de gestión medioambiental que tenga en cuenta todos los diferentes tipos de consecuencias ambientales e integrar dicho sistema en sus obligaciones de diligencia debida basada en el riesgo con arreglo a las Directrices de la OCDE⁵⁰. A diferencia de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, las Directrices de la OCDE subrayan las medidas específicas que deben adoptarse como parte del sistema de gestión medioambiental, esto es: la mejora continua y el establecimiento de un plan de contingencia en caso de emergencia⁵¹. Las futuras disposiciones del instrumento jurídicamente vinculante deberán incorporar las normas descritas en los textos internacionales, como las Directrices de la OCDE, y especificar las obligaciones de las empresas en lo que a diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente se refiere, incluida la forma de establecer y gestionar un sistema de diligencia debida que sea compatible tanto con los derechos humanos como con el medio ambiente. En concreto, el futuro proyecto de IJV no solo debe restablecer la responsabilidad de las empresas de informar sobre las evaluaciones de impacto ambiental y climático, sino que también debe contener disposiciones precisas que refuercen la responsabilidad de las empresas en materia de medio ambiente y cambio climático.

Se sugiere que:

- El artículo 1.8 del proyecto actualizado, por el que se define la diligencia debida en materia de derechos humanos, se reformule para integrar **la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente** (HREDD por sus siglas en inglés).
- La letra a) del artículo 18, por la que se establece la responsabilidad de las empresas de identificar y evaluar los impactos de sus actividades y relaciones en los derechos humanos, se modifique para incluir **evaluaciones de riesgo medioambiental** que sean coherentes con los enfoques de precaución establecidos en las Declaraciones de Río.
- Los demás apartados del artículo 18 del proyecto actualizado, en los que se incluyen medidas específicas como la posibilidad de intervenir, realizar un seguimiento y comunicar en relación con los efectos sobre los derechos humanos, incluyan **los impactos medioambientales junto con los derechos humanos**.
- Alternativamente, el futuro proyecto de IJV también incluya **disposiciones independientes que aborden esencialmente el cambio climático y la evaluación de impacto ambiental, incluidos principios de precaución y planes de contingencia** que sean coherentes con los principios del Derecho internacional en materia de medio ambiente.⁵²

⁴⁷ Julia Dehm «Beyond Climate Due Diligence: Fossil Fuels, 'Red Lines' and Reparations» (2023) 8 (2) Business and Human Rights Journal, 156.

⁴⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (2011) «Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct» (Líneas directrices para empresas multinacionales sobre conducta empresarial responsable), edición de 2023. OECD Publishing Paris, capítulo VI. <https://doi.org/10.1787/81f92357-en> (consultado el 9 de septiembre de 2023).

⁴⁹ Ibid., Prefacio del capítulo VI. Medio ambiente.

⁵⁰ Ibid., artículo 1 del capítulo VI. Medio ambiente.

⁵¹ Ibid., artículos 4 y 5 del capítulo VI. Medio ambiente.

⁵² Las Directrices de la OCDE, capítulo 6, por ejemplo, hacen hincapié explícitamente en la responsabilidad que tienen las empresas de llevar a cabo evaluaciones medioambientales y climáticas de conformidad con la normativa medioambiental internacional, incluidas las Declaraciones de Río.

B. PARTICIPACIÓN DE LAS PARTES INTERESADAS

El proyecto actualizado incluye en la definición de diligencia debida en materia de derechos humanos, artículo 1, apartado 8, que las empresas deberán comunicar periódicamente y de manera accesible con las partes interesadas, en particular con las personas afectadas o potencialmente afectadas, lo que anteriormente figuraba en la letra d) del artículo 6.3 del tercer proyecto. Esta disposición del artículo 1.8, letra d), destaca el carácter periódico y accesible de la comunicación de las empresas con las partes interesadas. Además de estos requisitos, el proyecto actualizado también exige a las empresas, a tenor del artículo 6, apartado 4, letra d), que consulten «de manera significativa» a las partes interesadas. El término «de manera *significativa*» *podría haberse aclarado en el contexto del IJV para evitar que la consulta de las empresas no se limite a un mero ejercicio de marcar casillas y permitir un compromiso mayor por parte de estas.*

Asimismo, el proyecto actualizado ha mejorado en cierta medida, aunque no suficientemente, los requisitos de diligencia debida en materia de derechos humanos para las empresas a la hora de tener en cuenta la vulnerabilidad y complejidad de las personas potencialmente afectadas y otros titulares de derechos. Además de la letra c) del artículo 6.4, que obliga a las empresas a prestar especial atención a las personas con mayor riesgo de vulnerabilidad o marginación, el proyecto actualizado ha añadido condiciones adicionales que las empresas deberán cumplir en el marco de sus obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos. Por ejemplo, de conformidad con la letra b) del artículo 6.4 del proyecto actualizado, la empresa deberá considerar escrupulosamente la edad y el género a la hora de identificar y evaluar los efectos adversos sobre los derechos humanos en las mujeres y las niñas. Asimismo, el proyecto actualizado también identifica con cierto detalle a las partes interesadas específicas a las que la empresa debe prestar especial atención en su ejercicio de diligencia debida en materia de derechos humanos. De conformidad con la letra e) del artículo 6.4, las empresas deben tener en cuenta la seguridad y la protección de los defensores de los derechos humanos, los periodistas, los trabajadores, los miembros de las comunidades indígenas y otros en el ejercicio de su diligencia debida. Esta disposición en particular podría especificarse con mayor detalle para dar mayor importancia a los trabajadores como eslabones importantes en los procesos de prevención, identificación y mitigación de los efectos adversos potenciales y reales de las actividades de las empresas sobre los derechos humanos.

Las disposiciones del proyecto actualizado siguen siendo insuficientes para garantizar la participación real y efectiva de las partes interesadas, incluidos los trabajadores y los sindicatos, entre otros, en el proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos. La participación de las partes interesadas en la diligencia debida en materia de derechos humanos exige que las empresas vayan más allá de las consultas formales con las partes, ya que requiere una participación «activa» y «equitativa» entre las partes interesadas implicadas y las empresas, y las opiniones de las partes interesadas deberán tomarse en serio y tenerse en cuenta en las medidas adoptadas⁵³. En comparación con los Principios Rectores de las Naciones Unidas, las Directrices de la OCDE contienen requisitos más específicos para llevar a cabo la diligencia debida y una participación real de las partes interesadas⁵⁴. Según el comentario sobre las Directrices, la participación real de las partes interesadas es el componente clave del proceso de diligencia debida y supone un compromiso bidireccional y continuo que debe tener debidamente en cuenta las perspectivas de las partes interesadas⁵⁵. Para garantizar una participación real y efectiva de las partes interesadas, es importante colaborar con dichas partes de una manera oportuna, accesible, adecuada y segura, de forma que se identifique y elimine cualquier obstáculo a la interacción con otras partes en situaciones de vulnerabilidad y marginación⁵⁶. El proyecto de IJV debe tener en cuenta las Directrices de la OCDE para incluir esos mismos requisitos detallados que garanticen un compromiso significativo con las partes interesadas durante el proceso de diligencia debida. Dichos requisitos deberán tenerse asimismo en cuenta en el futuro desarrollo de las disposiciones de diligencia debida incluidas en el artículo 6, apartado 4, del IJV. En particular, debe hacerse hincapié en el «carácter activo, continuo e igualitario» de la participación en las disposiciones sobre el compromiso de las partes interesadas dentro de este mismo artículo.

⁵³ Karin Buhmann, «Human Rights and Meaningful stakeholders Engagement», en Maria Bonnafous-Boucher y J.D. Rendtorff (eds.) *Encyclopedia of stake-holders Management* (Edward Elgar, 2023) 153.

⁵⁴ Directrices de la OCDE (n 48), capítulo II, artículo 15.

⁵⁵ *Ibidem*, Comentarios del capítulo II, Políticas generales, apartado 28.

⁵⁶ *Ibidem*.

La letra d) del artículo 6.4 del proyecto actualizado, que establece la responsabilidad de las empresas de implicar de manera significativa a las partes interesadas en el proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos, debería redactarse explícitamente como sigue:

«~~consulta significativa~~ *entablar un diálogo continuo, activo y bidireccional con todas las partes interesadas potencialmente afectadas y otros ~~pertinentes~~ grupos de interés pertinentes de manera equitativa, prestando especial atención a la perspectiva de las partes interesadas*».

En particular, la expresión «*todas las partes interesadas*» también debería utilizarse para subrayar la importancia de una participación real de las partes interesadas.

5. POLÍTICAS DE COMERCIO E INVERSIÓN

Los acuerdos comerciales internacionales, como los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio o los acuerdos de libre comercio regionales, así como los acuerdos internacionales de inversión, pueden limitar la capacidad de los Estados para proteger y hacer respetar los derechos humanos⁵⁷. La problemática relación entre los acuerdos de inversión y los derechos humanos fue también objeto de debate en el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos en su informe de 2021 a la Asamblea General⁵⁸.

Se han sugerido diversas soluciones para abordar y mitigar el posible efecto negativo de los acuerdos de comercio y de inversión en los derechos humanos. Se ha argumentado que uno de los enfoques podría ser establecer la primacía de los derechos humanos y medioambientales sobre las obligaciones derivadas de los acuerdos de comercio y de inversión⁵⁹.

Si bien podría decirse que los derechos humanos y medioambientales se sitúan por encima de las obligaciones comerciales y de inversión desde una perspectiva política, es difícil establecer este tipo de jerarquías formales en el sentido doctrinal del término a través de acuerdos internacionales, ya que todos los acuerdos internacionales suelen percibirse como pertenecientes al mismo rango en el ordenamiento jurídico internacional. Solo existen jerarquías formales para los derechos humanos que forman parte de los denominados «*ius cogens*» (normas imperativas), como la prohibición de la esclavitud y la tortura, o cuando los derechos humanos forman parte de las obligaciones de los Estados en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, de conformidad con su artículo 103. Si bien un tratado como el instrumento jurídicamente vinculante podría establecer la primacía de los tratados de derechos humanos sobre otros tratados celebrados por las respectivas partes⁶⁰, no podría establecer una jerarquía formal absoluta en el sentido del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas.

Durante anteriores sesiones del OEIGWG, el debate sobre el impacto del instrumento jurídicamente vinculante en los acuerdos internacionales de comercio e inversión se centró en cuestiones de interpretación y aplicación de los acuerdos existentes de conformidad con los derechos humanos, y en la revisión de antiguos acuerdos y la redacción de nuevos, para garantizar un espacio para los derechos humanos. En la práctica, esta «primacía» puede incluirse en el IJV. Si se redacta y aplica con prudencia, dicha primacía sería

⁵⁷ Markus Krajewski, Framing the broader context of business and human rights: el impacto de los acuerdos comerciales en los derechos humanos, en: Surya Deva y David Birchall (eds.), Research Handbook on Human Rights, 2020, p. 297; Jesse Coleman, Kaitlin Y. Cordes y Lise Johnson, Human Rights Law and the Investment Treaty regime, en: Surya Deva y David Birchall (eds.), Manual de investigación sobre derechos humanos, 2020, p. 297.

⁵⁸ Human rights-compatible international investment agreements [«Acuerdos internacionales de inversión compatibles con los derechos humanos», documento en inglés], Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, A/76/238, 27 de julio de 2021.

⁵⁹ Markus Krajewski, Garantizar la Primacía de los Derechos Humanos, Cláusulas tipo para un tratado de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales, otras empresas y los derechos humanos. Estudio encargado por CIDSE, 2017, disponible en <https://www.cidse.org/2017/03/03/ensuring-the-primacy-of-human-rights-in-trade-and-investment-policies/>.

⁶⁰ Krajewski, nota anterior, p. 27.

posible y necesaria. En el IJV la relación con los acuerdos internacionales de comercio e inversión se aborda en el artículo 14.5.

A. ACUERDOS DE COMERCIO E INVERSIÓN: INTERPRETACIÓN Y RESOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

El proyecto cero del Instrumento Jurídicamente Vinculante, así como la segunda y la tercera versión revisadas, establecían una diferencia entre la interpretación y la aplicación de los acuerdos de comercio y de inversión existentes, por una parte, y las obligaciones de los nuevos acuerdos, por otra⁶¹. Por lo que se refiere a los acuerdos de comercio y de inversión existentes, el IJV exige a los Estados partes que garanticen que estos acuerdos «se interpretarán y aplicarán de manera que no socaven ni restrinjan su capacidad para satisfacer sus obligaciones» en virtud del IJV «así como de otros convenios e instrumentos pertinentes en materia de derechos humanos». Esta obligación ha seguido siendo más o menos la misma desde el segundo proyecto. Establece una clara obligación de los Estados parte en el IJV de garantizar que los instrumentos de comercio y de inversión existentes se interpreten de tal manera que las obligaciones de los tratados de derechos humanos no se vean socavadas ni restringidas. Cabe señalar que esta obligación solo se extiende a los derechos humanos consagrados en los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, es decir, los tratados internacionales y otros instrumentos internacionalmente aceptados que constituyen normas vinculantes, como los documentos internacionales que codifican el Derecho consuetudinario. Sin embargo, la cláusula de primacía del artículo 14.5 no se aplica a los derechos humanos que solo están protegidos por el Derecho interno. Tampoco se aplica a los derechos medioambientales a menos que puedan considerarse parte del Derecho internacional en materia de derechos humanos. Un ejemplo sería el derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, reconocido por la Asamblea General en su Resolución de 26 de julio de 2022⁶².

El texto del artículo 14, apartado 5, no especifica cómo los Estados partes deben garantizar que los acuerdos de comercio y de inversión se interpreten y apliquen de conformidad con los derechos humanos. En particular, no contiene ninguna obligación de los Estados en relación con la resolución de diferencias en el marco de acuerdos de comercio y de inversión. Estas obligaciones específicas podrían incluir el requisito de seleccionar árbitros o miembros de un órgano de resolución de diferencias en materia de comercio e inversión que sean (también) expertos en: derechos humanos; derechos explícitos de los Estados a presentar reconveniones basadas en el incumplimiento por parte de un inversor de sus responsabilidades en materia de derechos humanos; o la posibilidad de conceder a las partes interesadas afectadas el derecho a intervenir en tales procedimientos. Si tales medidas no se incluyen en el propio texto del IJV, sería necesario mencionarlas específicamente en un posible protocolo sobre acuerdos de comercio y de inversión, empresas y derechos humanos.

B. CÓMO REDACTAR NUEVOS ACUERDOS DE COMERCIO E INVERSIÓN Y REVISAR LOS EXISTENTES

A diferencia del artículo 14, apartado 5, letra a), del tercer proyecto, que se mantiene en gran medida intacto en el proyecto actualizado, se ha suprimido el antiguo artículo 14.5 b) del tercer proyecto. Esta disposición establecía que «todos los nuevos acuerdos bilaterales o multilaterales de comercio e inversión serán compatibles» con las obligaciones en materia de derechos humanos. Esta disposición era de gran importancia porque intentaba abordar, en el proceso de negociación de nuevos tratados, la tensión entre los acuerdos de comercio y de inversión, por una parte, y las obligaciones en materia de derechos humanos, por otra. De mantenerse esta disposición, los Estados se habrían visto obligados a elaborar nuevos acuerdos de comercio y de inversión en consonancia con sus obligaciones en materia de derechos humanos. Como consecuencia de esta supresión, actualmente los Estados no tienen la obligación de revisar aquellas disposiciones de sus políticas comerciales y de inversión que limiten efectivamente la protección de los derechos humanos y el medio ambiente.

⁶¹ Artículo 13, apartados 6 y 13.7, proyecto cero; artículo 14, apartado 5, letras a) y b), segundo y tercer proyectos.

⁶² A/76/L.75.

La supresión de la letra b) del artículo 14.5 del IJV no solo constituye una desviación significativa con respecto a proyectos anteriores, sino también un elemento muy problemático desde el punto de vista de los derechos humanos, ya que el IJV no incluye la oportunidad y la obligación de los Estados de: llevar a cabo una evaluación *ex ante* del impacto de los acuerdos de comercio y de inversión sobre los derechos humanos, esto es antes del inicio de las negociaciones y antes de su ratificación; de elaborar acuerdos de comercio y de inversión que sean compatibles con los derechos humanos, incluyendo disposiciones eficaces en materia de derechos humanos y sostenibilidad; y de revisar los acuerdos existentes. Redactar nuevos acuerdos de comercio y de inversión o revisar los existentes para hacerlos compatibles con los derechos humanos es una forma más eficaz de limitar o incluso evitar los posibles efectos negativos de estos acuerdos sobre los derechos humanos que la mera dependencia de una interpretación y aplicación compatibles con los derechos humanos. Por lo tanto, la supresión del artículo 14, apartado 5, letra b), del IJV debilita significativamente en la práctica la capacidad de este instrumento de garantizar la primacía de los derechos humanos y el medio ambiente.

No está claro por qué el Presidente-Relator decidió suprimir esta disposición. En la versión del proyecto actualizado con control de cambios, el Presidente-Relator solo indicó que el antiguo artículo 14, apartado 5, letra b), «había sido descartado tras la debida consideración». Sin embargo, ni los Estados partes ni otras partes interesadas han sugerido dicha supresión. La supresión también es sorprendente, ya que es el único cambio en el artículo 14.

Parece recomendable:

reintroducir la cláusula del artículo 14.5, letra b), o una disposición similar que garantice que los Estados también tengan obligaciones a la hora de redactar nuevos acuerdos de comercio y de inversión. Incluso podría ser una opción incluir la obligación de los Estados de revisar y, en caso necesario, reformular cualquier acuerdo de comercio y de inversión existente que pudiera limitar la capacidad de los Estados de satisfacer sus obligaciones en materia de derechos humanos.

«(b). Todos los nuevos acuerdos bilaterales o multilaterales de comercio e inversión serán compatibles con las obligaciones de los Estados partes en materia de derechos humanos en virtud del presente IJV y sus protocolos, así como con otros convenios e instrumentos pertinentes en materia de derechos humanos.»

V. RESUMEN Y EVALUACIÓN GENERAL DEL PROYECTO ACTUALIZADO

El proyecto actualizado del IJV no se aparta significativamente de las versiones anteriores del instrumento, pero contiene algunos cambios que merecen ser mencionados. Aunque la mayoría de los cambios introducidos por el proyecto actualizado pueden describirse como parte de la «revisión jurídica» y racionalización del texto, algunas modificaciones sí que merecen ser acogidas con satisfacción. Sin embargo, otros cambios redaccionales hacen que el texto sea menos ambicioso. En este sentido, caben mencionarse aquí las frecuentes referencias al Derecho interno y las respectivas salvedades introducidas en varias disposiciones. Aunque estos cambios parecen tener por objeto buscar el consenso entre los Estados, cabe preguntarse si la reducción del nivel de ambición en términos de protección de los derechos de las víctimas y de acceso a vías de recurso merece la pena. Las reacciones de los Estados durante el 9º período de sesiones serán un indicador a este respecto. También cabe señalar que, al parecer, algunos añadidos se incluyeron en el proyecto actualizado para contentar a determinados Estados. Por ejemplo, China propuso una referencia a la contribución de las empresas al desarrollo y a la Agenda 2030. Una vez más, queda por ver si estos añadidos aumentarán la ambición de determinados Estados de implicarse más en las negociaciones y su voluntad de refrendar también el texto definitivo del IJV.

Además de algunos cambios menores y, en su mayoría relacionados con la redacción, el proyecto actualizado también contiene una serie de cambios que parecen problemáticos desde el punto de vista de los derechos de las víctimas y la protección de los derechos humanos. Entre ellos figuran, en particular: la supresión de una referencia a la ejecución de las resoluciones pronunciadas en el extranjero; la aclaración de que el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida no excluye automáticamente la responsabilidad jurídica; el derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible; las evaluaciones de impacto ambiental y climático; el requisito de prestar especial atención a determinados defensores de los derechos humanos; y las referencias a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los defensores de los derechos humanos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y los convenios de la OIT; así como la compatibilidad de todos los acuerdos de comercio e inversión nuevos y revisados con las obligaciones derivadas del IJV.

Además, el proyecto actualizado mantiene una serie de disposiciones y enfoques que ya fueron considerados problemáticos en el análisis de proyectos anteriores, en particular del tercer proyecto. Por lo tanto, las críticas expresadas en este contexto siguen siendo válidas. Los elementos del IJV más discutibles a este respecto son: la falta de disposiciones sobre la responsabilidad solidaria; la necesidad de aclarar la responsabilidad si los daños son causados por otros; y la importancia de contar con normas claras sobre la participación real y efectiva de las partes interesadas en el proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos.

Por último, cabe señalar que el proyecto actualizado también contiene mejoras que deben mantenerse, como la posibilidad de interponer recursos colectivos.

RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS

<p>Preámbulo</p>	<p>El futuro IJV debería restablecer la mención que aparecía en el párrafo 10 del preámbulo del tercer proyecto, que incluye el reconocimiento del importante papel que desempeña el sector privado en la mitigación del cambio climático en tiempos de emergencia.</p>
<p>Artículo 1. Definiciones</p>	<p>El futuro IJV debería restablecer el reconocimiento que aparecía en versiones anteriores del derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible dentro de la definición de abuso de los derechos humanos del artículo 1.3, del proyecto actualizado.</p> <p>Se sugiere que el artículo 1.8, del proyecto actualizado, por el que se define la diligencia debida en materia de derechos humanos, se reformule como diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente (HREDD, por sus siglas en inglés)</p>
<p>Artículo 3. Ámbito de aplicación</p>	<p>El futuro IJV podría también destacar los derechos humanos en el contexto del medio ambiente y el cambio climático en el artículo 3.3, del proyecto actualizado, por el que se establece el ámbito de aplicación del IJV.</p>
<p>Artículo 5. Protección de las víctimas</p>	<p>Artículo 5.2: Algunas enmiendas, como <i>«personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos y el medio ambiente, independientemente del sexo, la edad y la profesión»</i>, podrían resultar beneficiosas para reconocer y dar visibilidad a todos los defensores de los derechos humanos y del medio ambiente.</p>
<p>Artículo 6. Prevención</p>	<p>Se propone reformular la letra d) del artículo 6.2 del siguiente modo:</p> <p><i>«promover la participación activa y significativa los derechos de las personas y grupos, como los sindicatos, la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales, los pueblos indígenas y las organizaciones comunitarias, al acceso a la información, la comunicación y la participación con organizaciones públicas y privadas relacionadas con el desarrollo, y la aplicación de leyes, políticas y otras medidas destinadas a prevenir la participación de las empresas en abusos de los derechos humanos».</i></p> <p>La letra d) del artículo 6.4 del proyecto actualizado, que establece la responsabilidad de las empresas de implicar de manera significativa a las partes interesadas en el proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos, debería redactarse explícitamente como sigue:</p> <p><i>«consulta significativa entablar un diálogo continuo, activo y bidireccional con todas las partes interesadas potencialmente afectadas y otros pertinentes grupos de interés pertinentes de manera equitativa, prestando especial atención a la perspectiva de las partes interesadas».</i></p> <p>En particular, la expresión <i>«todas las partes interesadas»</i> también debería utilizarse para subrayar la importancia de una participación real de las partes interesadas.</p>
<p>Artículo 7. Acceso a reparación</p>	<p>Se propone incluir una letra d) del artículo 7.d del siguiente modo:</p> <p><i>«(d) garantizar el reconocimiento y la pronta ejecución de sentencias o laudos nacionales o extranjeros, de conformidad con el presente instrumento jurídicamente vinculante y los derechos de las víctimas en virtud del artículo 4».</i></p>

<p>Artículo 8. Responsabilidad jurídica</p>	<p>Se propone incluir el artículo 8.7, del siguiente modo:</p> <p><i>«Al determinar la responsabilidad de una persona física o jurídica por las violaciones de los derechos humanos que puedan derivarse de sus actividades o relaciones comerciales, el órgano jurisdiccional o autoridad competente podrá tener en cuenta si la persona ha adoptado medidas adecuadas de diligencia debida en materia de derechos humanos de conformidad con el artículo 6, pero el cumplimiento de las normas aplicables en materia de diligencia debida en materia de derechos humanos no le eximirá ipso iure de su responsabilidad.»</i></p>
<p>Artículo 9. Jurisdicción</p>	<p>Se propone reformular el artículo 9.1 (a), del siguiente modo:</p> <p><i>«el abuso de los derechos humanos tuvo lugar, total o parcialmente, incluidas las acciones u omisiones que dieron lugar al abuso, en el territorio o la jurisdicción de dicho Estado parte;»</i></p> <p>Se propone reformular el artículo 9.3 del siguiente modo:</p> <p><i>«Los Estados partes adoptarán las medidas necesarias y coherentes con sus sistemas jurídicos y administrativos nacionales, para garantizar que las decisiones de los organismos estatales competentes relativas al ejercicio de la jurisdicción en los casos a que se refiere el artículo 9.1 respeten los derechos de las víctimas de conformidad con el artículo 4, especialmente en lo referente a:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>(a) La interrupción de la acción judicial por existir otro foro, más conveniente o más adecuado con competencia para conocer del asunto; o</i> <i>(b) La duración de los procedimientos judiciales y la carga probatoria impuesta a las víctimas;</i> <i>(c) La coordinación de las acciones contempladas en el artículo 9.4.»</i>
<p>Artículo 11. Legislación aplicable</p>	<p>Se propone reformular el artículo 11.2 del siguiente modo:</p> <p><i>«Todas las cuestiones de fondo que no dirima específicamente el presente instrumento (instrumento jurídicamente vinculante) podrán regirse se regirán, a petición de la víctima, por el derecho de otro Estado cuando: [...]»</i></p>
<p>Artículo 14. Coherencia con el Derecho internacional</p>	<p>Parece recomendable reintroducir la cláusula del artículo 14.5 b), o una disposición similar que garantice que los Estados también tengan obligaciones a la hora de redactar nuevos acuerdos de comercio y de inversión. Incluso podría ser una opción incluir la obligación de los Estados de revisar y, en caso necesario, reformular cualquier acuerdo de comercio y de inversión existente que pudiera limitar la capacidad de los Estados de satisfacer sus obligaciones en materia de derechos humanos.</p> <p><i>«(b). Todos los nuevos acuerdos bilaterales o multilaterales de comercio e inversión serán compatibles con las obligaciones de los Estados partes en materia de derechos humanos en virtud del presente IJV y sus protocolos, así como con otros convenios e instrumentos pertinentes en materia de derechos humanos.»</i></p>
<p>Artículo 18. Resolución de diferencias</p>	<p>Se sugiere que:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La letra a) del artículo 18, por la que se establece la responsabilidad de las empresas de identificar y evaluar los impactos de sus actividades y relaciones en los derechos humanos, se modifique para incluir evaluaciones de riesgo medioambiental que sean coherentes con los enfoques de precaución establecidos en las Declaraciones de Río. • Los demás apartados del artículo 18 del proyecto actualizado, en los que se incluyen medidas específicas como la posibilidad de intervenir, realizar un seguimiento y comunicar en relación con los efectos sobre los derechos humanos, incluyan los impactos medioambientales junto con los derechos humanos.



La CIDSE es una familia internacional de organizaciones católicas a favor de la justicia social. Trabajamos con organizaciones socias y aliadas de todo el mundo para promover la justicia, canalizando el poder de la solidaridad mundial para lograr un cambio transformador para las personas y el planeta. Desafiamos la injusticia estructural y sus efectos destructivos a través de la conectividad, la movilización, la influencia y la narración de historias de cambio. Promovemos alternativas ecológicas y socialmente justas que permitan a todos y todas prosperar en nuestra casa común.

Contacto:

CIDSE – Rue Stevin 16 – B-1000 Bruselas

T: +32 2 230 77 22 - postmaster@cidse.org - www.cidse.org