



Contribución al grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos

Séptima sesión, octubre de 2021

El impacto negativo de las actividades de las empresas sobre los derechos humanos y el medio ambiente está presente en la mayoría de los sectores económicos. La industria agroalimentaria sigue siendo uno de los motores principales de la deforestación a nivel mundial, además de ser responsable de la pérdida de la tierra y del sustento de millones de campesinos. Ahora que el mundo intenta dejar atrás los combustibles fósiles, la nueva transición “verde” podría desembocar en una expansión mundial de la minería. Sin embargo, las industrias extractivas han provocado deforestación, la violación de los derechos de los trabajadores, el desplazamiento de comunidades enteras y la contaminación del medio ambiente, sobre todo en África y en América Latina. Actualmente, la extracción de combustibles fósiles sigue contaminando el medio ambiente y acabando con el sustento de los pueblos, su cultura y sus derechos desde Nigeria hasta México.

En 2020, [más de 200 obispos católicos](#) instaron a los Estados a actuar conforme a su obligación de proteger los derechos humanos y de regular a las empresas en todo el mundo. Desde entonces, los Estados Miembros de la Unión Europea han adoptado o propuesto leyes para regular las actividades de sus empresas. En 2017, Francia adoptó una ley sobre la diligencia debida para grandes empresas. La ley empieza a garantizar el [rendimiento de cuentas de las principales empresas francesas](#), como la [gran cadena de supermercados Casino](#), [el proveedor de electricidad EDF](#) o la [empresa petrolífera Total](#). En 2021, Alemania adoptó su Ley sobre la diligencia debida de las empresas en las cadenas de suministro que obliga a las empresas a ejercer la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente en todas sus operaciones. Este mismo año, los Países Bajos han adoptado su *Wet Zorgplicht Kinderarbeid* sobre la diligencia debida relativa al trabajo infantil en las cadenas de suministro y se está debatiendo actualmente una legislación más amplia. En Bélgica, está considerando ahora una propuesta sobre la regulación de las empresas.

Pese a estas iniciativas nacionales y la futura directiva de la Comisión Europea sobre la gobernanza empresarial sostenible, la UE [ha permanecido al margen](#) en las negociaciones para un instrumento vinculante de las Naciones Unidas. La CIDSE y sus miembros lamentan la ausencia en las negociaciones de un actor mundial tan importante. Instamos a la UE y a sus Estados Miembros a participar de forma activa, constructiva y continua.

Aunque CIDSE y sus miembros se congratulan de las diferentes iniciativas nacionales y regionales, dichas iniciativas solo cuentan con una eficacia limitada a la hora de prevenir y abordar las violaciones de los derechos humanos y contra el medio ambiente, teniendo en cuenta la globalización de las cadenas de valor, la interconexión de la economía mundial y su impacto global. Resulta esencial encarar el problema de la impunidad empresarial en el derecho internacional.

En este contexto, CIDSE y sus organizaciones miembros se complacen del [Tercer borrador revisado](#) del instrumento vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en el derecho internacional en materia de derechos humanos. El tercer borrador incluye aclaraciones positivas sobre temas tan cruciales como la prevención y la responsabilidad. Sin embargo, el texto sigue presentando contradicciones y disposiciones vagas que impedirían alcanzar el objetivo de proteger los derechos humanos.

Una [opinión jurídica](#) del Prof. Markus Krajewski, redactada a instancias de CIDSE, concluye que el borrador constituye “una base adecuada y suficiente para unas negociaciones sólidas”.¹ Al mismo tiempo, destaca que son pocas las diferencias en la estructura y el contenido, si se compara con las versiones anteriores.

CAMBIOS POSITIVOS EN EL TERCER BORRADOR REVISADO

Valoramos positivamente una serie de cambios en este borrador, a saber:

- Las aclaraciones y los añadidos sobre la obligación de que las empresas respeten los derechos humanos internacionalmente reconocidos “independientemente de su tamaño, sector, ubicación, contexto operativo, propiedad y estructura”.
- La aclaración sobre la prevención, sobre todo la obligación de los Estados Partes de regular “eficazmente las actividades de todas las empresas comerciales que se encuentren en su territorio, jurisdicción o bajo su control, incluidas las empresas transnacionales y otras empresas comerciales que ejecuten actividades de carácter transnacional”. Este artículo levanta el velo sobre el impacto de las empresas transnacionales fuera de la jurisdicción en la que han sido registradas.
- La inclusión de la obligación de “evitar” un impacto negativo sobre los derechos humanos, además de “prevenir y mitigar” violaciones, así como la aclaración de que las empresas son responsables de cualquier riesgo en todas sus relaciones comerciales.
- La ampliación de la evaluación de impacto para incluir los derechos laborales, así como la referencia explícita a los sindicatos en relación con las consultas en el artículo 6.4.
- La mención explícita a la imposibilidad de aplicar la doctrina de *forum non conveniens* en el artículo 7.3., así como la especificación de la naturaleza no accesoria de la responsabilidad civil y de la responsabilidad penal.
- La inclusión de el “al uso de niñez como soldados y a las peores formas de trabajo infantil, incluido el trabajo infantil forzado y peligroso”, lo que incorpora en parte las recomendaciones relacionadas con las zonas afectadas por conflictos.

PUNTOS DÉBILES EN EL TERCER BORRADOR REVISADO

Pese a ofrecer algunas mejoras, el borrador actual todavía muestra deficiencias en relación con algunos aspectos claves. De forma general, los artículos relativos a la prevención son excesivamente

¹ Markus Krajewski: Analysis of the Third Draft of the UN Treaty on Business and Human Rights, CIDSE, octubre 2021: <https://www.cidse.org/wp-content/uploads/2021/10/EN-Binding-Treaty-legal-analysis.pdf>;

vagos y dejan pendientes demasiadas cuestiones, por ejemplo, la forma concreta en la que los Estados Partes deben adoptar medidas nacionales para introducir una diligencia debida en materia de derechos humanos en su jurisdicción.

Aunque se las menciona en el Preámbulo, las personas defensoras de los derechos humanos y del medio ambiente se quedan huérfanas en el texto actual. Sin embargo, **2020 fue el año** con el número más elevado hasta la fecha de atentados mortales contra personas defensoras de los derechos humanos. Para que el instrumento vinculante pueda alcanzar sus objetivos eficazmente, debe incluir disposiciones explícitas para aumentar la protección de las personas defensoras de los derechos humanos.

En cuanto a las políticas comerciales y de inversión, el tercer borrador, al igual que el segundo borrador, determina que los acuerdos comerciales y de inversión no podrán socavar ni limitar las capacidades de los Estados de cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, no instruye sobre los pasos concretos que deberán dar los Estados para alcanzar dicho objetivo.

Además, el borrador adolece de falta de un enfoque de género coherente y constante a lo largo del texto. Si bien se mencionan los retos a los que se enfrentan las mujeres en los artículos relativos a la ejecución, no se abordan en los artículos relevantes el papel influyente que desempeñan las mujeres como defensoras de los derechos humanos y del medio ambiente o los obstáculos concretos a los que se enfrentan en el acceso a la justicia.

El texto sigue refiriéndose a los titulares de derechos en términos de “víctimas” y la definición de “víctimas” no incluye los retos particulares a los que se enfrentan los pueblos indígenas.

La parte restante de la presente contribución se centra en algunas áreas en las que estimamos que el texto podría mejorar a través de la aportación de aclaraciones, añadidos y cambios textuales, a saber: definiciones, formulación y alcance, prevención, responsabilidad jurídica, acceso a la justicia para los titulares de derechos, jurisdicción aplicable, personas defensoras de los derechos humanos y la protección del medio ambiente.

Definiciones, formulación y conceptos clave

Nos complace la ampliación de la definición de empresas con la inclusión de actividades económicas sin ánimo de lucro en el **artículo 1.3**, así como la mención explícita de las empresas estatales y de las instituciones financieras. También agradecemos la ampliación de la definición de los derechos humanos para incluir el derecho a un medio ambiente saludable, seguro, limpio y sostenible en el **artículo 1.2**, tema central en el contexto de la inminente crisis climática. Sin embargo, mejorarían los conceptos clave y las definiciones, si se aportaran aclaraciones adicionales.

Sugerimos vehementemente el uso del término “titulares de derechos” en vez de “víctimas”. Este cambio permitiría una definición más inclusiva, sin reducir a las personas al papel de víctimas. Además, en relación con los titulares de derechos se deben incluir no solo “grupos de personas”, sino también los “pueblos”. Resulta importante para las comunidades indígenas y otros grupos étnicos que constituyen pueblos con una identidad cultural y espiritual específica. Además, lamentamos que se haya retirado la referencia a “*personas que han sufrido un daño al intervenir para asistir a las víctimas en peligro o para prevenir la victimización*”. Permitiría proporcionar una protección más explícita a las personas defensoras de los derechos humanos y el medio ambiente que, a menudo, sufren represalias y una mayor victimización por parte de los autores del daño. Por último, deben tenerse en cuenta los impactos específicos de las violaciones de derechos humanos en los niños.

Por esta razón se debería reformular el siguiente artículo como sugerimos a continuación, con la sustitución de “víctima” por “titular de derechos” en todo el texto:

Art 1.1. – “Titular de derechos” se entenderá como cualquier persona o grupo de personas, pueblo indígena o tribal, independientemente de su nacionalidad o lugar de domicilio, que, individual o colectivamente, hayan sufrido un daño que constituya un abuso de los derechos humanos, por acciones u omisiones en el contexto de actividades empresariales. Cuando la niñez sea víctima, en el daño se deberá contemplar el impacto sobre su desarrollo. El término “titular de los derechos” también incluirá a los familiares directos o dependientes del titular de los derechos, y las personas que han sufrido daños al intervenir para ayudar a las víctimas en peligro o para prevenir la victimización.”

Propósito

Este instrumento jurídicamente vinculante busca solventar las lagunas en el derecho internacional relativas al respeto de los derechos humanos y del medio ambiente por parte de las empresas y los obstáculos jurídicos a los que se enfrentan las personas que buscan justicia. Sugerimos que este objetivo general se indique de forma explícita y que se añada antes del Art 2.1. un nuevo 2.1. que reitere el párrafo 11 del Preámbulo:

Art 2.1. – Las empresas comerciales, independientemente de su tamaño, sector, ubicación, contexto operativo, propiedad y estructura, tienen la obligación de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, incluso evitando causar o contribuir a los abusos de los derechos humanos a través de sus propias actividades y enfrentando dichos abusos cuando se produzcan, así como previniendo o mitigando los abusos de los derechos humanos que estén directamente vinculados a sus operaciones, productos o servicios por sus relaciones comerciales.

Art 2.2 – *Por esta razón el propósito de este (Instrumento jurídicamente vinculante) es: ...*

Prevención

En el borrador actual se añade una mayor precisión y claridad sobre el alcance de las empresas a las que se aplican las disposiciones del artículo 6 y aclara que las empresas son responsables de evitar un impacto negativo sobre los derechos humanos, más allá de la mera prevención y mitigación. Sin embargo, las empresas también deben ser responsables de detener y de reparar el impacto adverso que hayan causado o al que hayan contribuido.

Para garantizar que las empresas tengan la obligación de detener y reparar el impacto adverso sobre los derechos humanos, se debería reformular el siguiente artículo como se sugiere a continuación:

Art 6.3.b – *Adoptar las medidas adecuadas para evitar, prevenir, mitigar, detener y reparar de forma efectiva los abusos reales o potenciales de los derechos humanos identificados (...)*

Aunque aplaudimos la mención explícita a los sindicatos en el Art 6.4.c, en general el artículo 6.4. se mantiene vago sobre el tema del consentimiento de las comunidades en relación con la presencia de actividades empresariales que pudieran afectarles. Cuando los titulares de derechos afectados denieguen el consentimiento para actividades empresariales que pudieran tener un impacto negativo sobre ellos y sus territorios, se debe aplicar dicha denegación procediendo al paro de las actividades. Aunque se menciona el consentimiento libre, previo e informado para las comunidades indígenas, no queda claro si la denegación del consentimiento por parte de las mismas resultaría suficiente para evitar realmente que se lleven a cabo actividades empresariales o para poner fin a las actividades en

curso. Es más, aunque el consentimiento libre, previo e informado es un derecho reconocido internacionalmente para las comunidades indígenas, no existe un requisito similar para las comunidades impactadas por actividades empresariales que no pertenecen a la categoría de “indígenas”.

Para garantizar que la denegación del consentimiento por parte de los pueblos indígenas constituya una razón suficiente para evitar o detener actividades empresariales, se debe enmendar el artículo de la siguiente forma:

Art 6.4.d – *La garantía de que las consultas con los pueblos indígenas se realicen de acuerdo con las normas acordadas internacionalmente sobre la base del consentimiento libre, previo e informado y que la denegación del mismo constituya una base suficiente para evitar o para detener las actividades empresariales. Las consultas a la niñez se llevarán a cabo de acuerdo con el principio de su derecho a ser oída.*

Para garantizar que el consentimiento de todas las comunidades afectadas siempre constituya un requisito, se debe añadir el siguiente Art 6.4.d:

Art 6.4.e – *Garantizar que los titulares de derechos que puedan verse afectados por el impacto negativo sobre los derechos humanos de actividades empresariales tengan derecho a expresar su consentimiento o denegación del mismo y que dicha denegación constituye una base suficiente para evitar o para detener las actividades empresariales.*

Además, en una nueva letra del Art 6.4 se debe obligar explícitamente a los Estados a requerir que las empresas incluyan el comportamiento de sus propias fuerzas de seguridad o de otras empresas encargadas de la seguridad de sus operaciones. La nueva letra en el Art 6.4. debería rezar así:

Art 6.4.x – *Comunicar informes sobre la proporción de seguridad para sus operaciones, independientemente de que se trate de fuerzas de seguridad impuestas directamente empleadas por la empresa, contratadas o a través de otros acuerdos.*

Responsabilidad legal

Valoramos positivamente las aclaraciones relativas a las obligaciones de que los Estados proporcionen unos sistemas adecuados y completos para la responsabilidad legal de las actividades empresariales “dentro de su territorio, jurisdicción o de otro modo bajo su control”, lo que refleja la complicada realidad de la estructura corporativa de las empresas y sus prácticas de registro.

A la hora de establecer la responsabilidad conjunta de las empresas y de sus relaciones empresariales cuando causen o contribuyan a una violación, el tercer borrador cambia al pasado el tiempo verbal empleado en el **Art. 8.6** y alude a las personas con las que las empresas “hayan mantenido una relación comercial”. Aunque valoramos positivamente que el borrador incluya la responsabilidad de daños históricos, la formulación actual podría resultar confusa y provocar la posible interpretación de esta disposición como aludiendo *solo* a relaciones comerciales pasadas.

Se debería enmendar la primera parte del Art. 8.6 de la siguiente manera:

Art 8.6 – *Los Estados Partes se asegurarán de que su legislación nacional prevea la responsabilidad de las personas jurídicas y/o naturales que realicen actividades empresariales, incluidas las de*

*carácter transnacional, por no haber impedido que otra persona jurídica o natural con la que mantengan o hayan mantenido una relación comercial (...).*²

Otro aspecto problemático del Art. 8.6. es la noción crucial de control. Como el borrador no incluye disposiciones relativas a una presunción de control irrefutable, se puede considerar que “para determinar la responsabilidad jurídica, se debe demostrar en cada caso individual que la empresa había ejercido eficazmente control sobre sus relaciones comerciales. Esto puede resultar complejo, puesto que las relaciones empresariales entre distintas empresas (porcentaje de acciones, nombramiento de la dirección, derechos de voto como las “acciones de oro”) no siempre resultan evidentes para terceros.

De forma similar, si se ejerce el control a través de relaciones contractuales (el derecho de determinar de forma unilateral el precio, la calidad y la cantidad de los productos), puede suponer todo un reto demostrar el control, si no se tiene acceso a dichos contratos. Ante la gran variedad de situaciones de control y las diferencias entre los sistemas jurídicos, el instrumento vinculante debe requerir que los Estados garanticen que sus sistemas nacionales prevean la presunción del control en el sentido del Artículo 8.6 con el fin de reducir las dificultades relacionadas con la demostración del control caso por caso.”³

Se debería añadir la siguiente frase al Artículo 8.6:

Art 8.6 – Los Estados Partes deberán establecer en su legislación nacional que se presume el control sobre una persona jurídica por parte de otra persona jurídica en base a las relaciones comerciales, contractuales o empresariales de cualquier otro tipo entre ambas.

El instrumento vinculante tampoco reconoce de forma explícita la responsabilidad solidaria de diferentes empresas, cuando una (o varias) de ellas causen violaciones de los derechos humanos y la otra (o varias otras) controlen, pero no evitan que se cause o contribuya a un daño. El texto del instrumento vinculante debe reconocer explícitamente la posibilidad de una responsabilidad solidaria, puesto que resulta crucial ante los tribunales a la hora de determinar la responsabilidad del daño provocado. Se debería añadir una disposición al respecto al final del Art 8.6. o como una nueva frase en el Artículo 8, con la siguiente formulación:

Art 8.6 – Los Estados Partes garantizarán que su legislación nacional incluya la posibilidad de una responsabilidad solidaria, además de la responsabilidad por sus propias actividades empresariales y las actividades de las que devengue responsabilidad por otras personas.⁴

No se debe eximir de responsabilidad a las empresas cuando causen o contribuyan a violaciones pese a su cumplimiento de sus obligaciones en materia de diligencia debida. Aunque el Art 8.7 así lo establece claramente en la primera parte, en la segunda se confunde la cuestión al declarar que el tribunal o la autoridad competente decidirá sobre la responsabilidad “*tras un examen del cumplimiento de las normas de diligencia debida aplicables en materia de derechos humanos*”. Se debe reforzar y simplificar el Artículo 8.7 a través de la siguiente reformulación:

Art 8.7 – A la hora de determinar la responsabilidad de una persona jurídica o natural de haber causado o contribuido a violaciones de los derechos humanos o de no haber impedido dichas violaciones, tal como se establece en el artículo 8.6, el tribunal o la autoridad competente podrá

² Krajewski, ib., p.14.

³ *Ibidem.*

⁴ *Ibidem.*

tener en cuenta si la persona aplico medidas adecuadas de diligencia debida en materia de derechos humanos, pero el cumplimiento de las normas de diligencia debida aplicables en materia de derechos humanos no absolverá de la responsabilidad ipso iure.⁵

Protección de los titulares de derechos y acceso a la justicia

Valoramos positivamente la inclusión de un lenguaje sensible a las cuestiones de género en el **Art 4.c**, así como la introducción de reparaciones como derecho colectivo e individual. Sin embargo, pensamos que se debe reforzar el **Art 4.d** especificando que el derecho de los titulares de derechos a mecanismos de reclamación no judiciales no debe vulnerar su derecho de buscar reparación a través del sistema judicial. Se debería añadir la siguiente frase al final del Art 4.d:

Art 4.d – y su derecho de presentar reclamaciones a través de mecanismos de reclamación no judiciales no debe vulnerar su derecho de acceso a mecanismos judiciales.

Agradecemos igualmente la obligación sobre los tribunales competentes de rechazar la doctrina del *forum non conveniens* en el **Art 9.3**. Estimamos como positivo que en los **Art 9.4 y 9.5** se haya eliminado respectivamente el adjetivo “estrech” en relación con la conexión entre la reclamación y la jurisdicción en la que esté registrada la actividad empresarial y la especificación de casos sobre los que los tribunales pueden tener jurisdicción relativa a una reclamación particular.

Reiteramos la necesidad de imponer explícitamente la obligación a los Estados de que eliminen los obstáculos específicos de género en el acceso a la justicia. Se debe enmendar el artículo con la siguiente frase:

Art 7.2 – Los Estados Partes deberán examinar y derogar la legislación nacional que suponga una barrera a la eliminación de la discriminación por razón de género, así como proporcionar capacitación y programas educativos para prevenir la recurrencia de violaciones y lograr cambios en las actitudes patriarcales.

El instrumento vinculante aborda la cuestión de los obstáculos financieros para el acceso a los tribunales por parte de los titulares de derechos, al requerir a los Estados que se aseguren “de que las tasas judiciales y las normas relativas a la asignación de los costes judiciales no supongan una carga injusta o no razonable para las víctimas ni que se conviertan en un obstáculo para iniciar un procedimiento” y “de que se prevea la posibilidad de renuncia a determinados costes en los casos adecuados”. La referencia a “normas relativas a la asignación de los costes” puede ser demasiado limitadora. En algunos casos, puede que no sean las normas mismas las que supongan una barrera, sino su aplicación. Por lo tanto, sugerimos que se elimine “normas relativas a”. El artículo rezaría entonces como sigue:

Art 7.4 – Los Estados Partes se asegurarán de que las tasas judiciales y ~~las normas relativas a la asignación de los costes judiciales~~ no supongan una carga injusta o no razonable para las víctimas ni que se conviertan en un obstáculo para iniciar un procedimiento (...).

Aplaudimos la obligación explícita sobre los Estados Partes de promulgar legislación para permitir la inversión de la carga de la prueba a la hora de determinar la responsabilidad de las empresas. Sin embargo, ante el importante desequilibrio de poder, recursos y acceso a información que padecen los titulares de derechos cuando demandan a las empresas, el instrumento vinculante debe exigir explícitamente que se invierta la carga de la prueba, abandonando la idea de que sea a discreción de los jueces. El Art 7.5 debe reformularse como se indica a continuación:

⁵ Krajewski, ib., p.15.

Art 7.5 – *Los Estados Partes promulgarán o modificarán leyes que permitan ~~a los jueces~~ invertir la carga de la prueba en los casos apropiados para satisfacer el derecho de las víctimas al acceso a la reparación, cuando sea compatible con el derecho internacional y su derecho constitucional nacional.*⁶

Jurisdicción adjudicativa

En el **artículo 9** permanece sin aclarar si el titular del derecho tiene elección sobre la jurisdicción competente para tratar el asunto. Con el fin de proporcionar unas normas más elevadas de protección para los titulares de derechos, sugerimos que el instrumento vinculante les ofrezca la elección de la jurisdicción que dirimirá su asunto. **En el Art. 9 letras a) y c)** la “o” debe reemplazarse por “y”.

El **artículo 10** mantiene la función y la estructura general del borrador anterior, añadiendo al mismo tiempo aclaraciones esenciales sobre la prescripción de las vulneraciones de los derechos humanos que no constituyan violaciones graves de los derechos humanos. Sin embargo, el artículo sigue sin aportar indicaciones clave sobre la longitud de dicho período. Además, la alusión a “procedimientos judiciales” podría aclararse haciendo alusión a procedimientos civiles, penales y administrativos. El artículo debe aclarar también que las leyes de prescripción no se aplicarán a los crímenes de lesa humanidad. Partiendo de lo anterior, el Art. 10.2. del instrumento vinculante podría enmendarse de la siguiente forma:

Art 10.2. *Los Estados Partes del presente ‘Instrumento jurídicamente vinculante’ adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para garantizar que no se apliquen limitaciones estatutarias o de otro tipo para el inicio de demandas civiles o violaciones que no constituyan los crímenes más graves que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto y permitan un período de tiempo razonable de al menos [5] años para el inicio de procedimientos judiciales, civiles, penales, administrativos o de otro tipo, en relación con las violaciones de los derechos humanos, en particular en los casos en los que los abusos se hayan producido en otro Estado o cuando el año solo sea identificable después de un largo período de tiempo. Los Estados Partes garantizarán que las responsabilidades que se devenguen de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de genocidio, no se vean nunca sometidas a leyes de prescripción*⁷.

10.2bis – *En el caso de víctimas infantiles, los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que las prescripciones u otro tipo de limitaciones estatutarias no les priven de su derecho a acceder a la justicia, al recurso y a la reparación.*

Acuerdos comerciales y de inversión

De acuerdo con nuestra contribución anterior, aplaudimos los principios generales subyacentes al **Art 14.5** sobre los acuerdos comerciales y de inversión. Sin embargo, seguimos considerando que el artículo resulta demasiado vago, puesto que no especifica la forma en la que los Estados deben garantizar a nivel práctico que los acuerdos existentes no vulneren los derechos humanos. Sigue sin abordarse concretamente la cuestión de cómo se podría aplicar un enfoque basado en los derechos humanos en el marco de un tribunal de resolución de litigios entre inversores y Estados. Se critica a estos tribunales por su sesgo injusto a favor de los actores empresariales y como medio para que las empresas ejerzan una influencia indebida sobre las políticas gubernamentales, además de socavar los derechos de los trabajadores y la protección medioambiental. Aunque los acuerdos internacionales

⁶ Krajewski, ib., p.17.

⁷Basado en parte en la sugerencia del prof. Krawjeski, ib, p.19.

independientes establecen un sistema de resolución de litigios entre inversores y Estados, el instrumento vinculante garantizaría que dichas entidades salvaguarden la primacía de los derechos humanos y del medio ambiente frente a las preocupaciones comerciales y de inversión cuando se resuelvan litigios.⁸ Además, los Estados Partes deberían poder reformular su defensa en los procedimientos en el marco de un sistema de resolución de litigios entre inversores y Estados para dejar claro a los magistrados que las obligaciones relativas a los derechos humanos contenidas en el instrumento vinculante son relevantes en los asuntos.

Para especificar mejor la forma en la que los Estados Partes garantizarán la primacía de los derechos humanos sobre los acuerdos comerciales y de inversión, se debe reformular el Art 14.5 a) de la siguiente forma:

14.5.a – Todos los acuerdos bilaterales o multilaterales existentes, incluidos los acuerdos regionales o subregionales, sobre cuestiones pertinentes al presente (Instrumento jurídicamente vinculante) y sus protocolos, incluidos los acuerdos de comercio e inversión, se interpretarán y aplicarán de manera que no menoscaben o restrinjan su capacidad de cumplir sus obligaciones en virtud del presente (Instrumento jurídicamente vinculante) y sus protocolos, si los hubiere, así como de otros convenios e instrumentos de derechos humanos pertinentes, *entre otros garantizando que los miembros de una entidad de resolución de litigios a la que se encomiende interpretar y aplicar dichos acuerdos cuente con conocimientos especializados en materia del derecho sobre los derechos humanos y remitiendo a las obligaciones incluidas en este instrumento jurídicamente vinculante, así como en otras convenciones e instrumentos sobre los derechos humanos relevantes en sus alegatos ante dicha entidad de resolución de litigios.*⁹

La misma vaguedad queda reflejada en el Art 14.5 letra b) cuando se alude a los nuevos acuerdos de comercio e inversión. Aunque el artículo obliga a los Estados a garantizar que los nuevos acuerdos sean “*compatibles con las obligaciones de los Estados Partes en materia de derechos humanos en virtud del presente (Instrumento jurídicamente vinculante) y sus protocolos, así como de otros convenios e instrumentos de derechos humanos pertinentes*”, no especifica el grado de compatibilidad que se debe garantizar.

Para abordar la falta de claridad en el Art 14.5, reiteramos la necesidad de una evaluación completa relativa al impacto sobre el medio ambiente y los derechos humanos antes de la negociación de los Estados Partes de cualquier nuevo acuerdo comercial o de inversión. Por lo tanto, sugerimos que se añada el final del Art 14.5 letra b):

Art 14.5.b – *Para garantizar la compatibilidad de estos acuerdos con sus obligaciones en materia de derechos humanos, los Estados Partes*

- 1. realizarán evaluaciones de impacto basadas en los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las evaluaciones de impacto de los derechos humanos de los acuerdos de comercio e inversión antes y durante las negociaciones, antes de la ratificación y de forma periódica tras la entrada en vigor de dichos acuerdos.*
- 2. incluirán cláusulas específicas de exención en todos los nuevos acuerdos de comercio e inversión que permitan a los Estados Partes cumplir sus obligaciones de acuerdo con este*

⁸Por ejemplo, en un laudo recientemente emitido en *Eco Oro contra Colombia* dos árbitros consideraron la prohibición de las actividades mineras en un humedal de gran altitud como una violación del tratado de inversión aplicable, mientras que un tercer árbitro -abogado especializado en derechos humanos- consideró que las medidas del Estado estaban justificadas.⁸ Por lo tanto, el laudo arbitral de *Eco Oro* recalca la importancia de designar árbitros con experiencia en derechos humanos y en derecho medioambiental.

⁹ Krajewski, ib, p.19.

(Instrumento jurídicamente vinculante) y sus protocolos, de haberlos, así como cualquier otro convenio e instrumento de derechos humanos con medidas que supondrían una violación de sus obligaciones según el acuerdo de comercio o de inversión respectivo.

Además, el instrumento vinculante debe obligar a los Estados a revisar los acuerdos de comercio e inversión que puedan tener un impacto negativo sobre los derechos humanos. Con este fin, sugerimos que se añada una nueva letra c) al Art 14.5:

Art 14.5.c – *Todos los acuerdos bilaterales o multilaterales existentes, incluidos los acuerdos regionales o subregionales, sobre cuestiones pertinentes al presente (Instrumento jurídicamente vinculante) y sus protocolos, incluidos los acuerdos de comercio e inversión, se examinarán a la luz de su impacto sobre las obligaciones de los Estados Partes de acuerdo con el presente (Instrumento jurídicamente vinculante) y sus protocolos, de haberlos, así como de cualquier otro convenio e instrumento de derechos humanos relevante y se revisará, si necesario.*¹⁰

Las personas defensoras de los derechos humanos

Las personas defensoras de los derechos humanos desempeñan un papel crucial en la defensa de los derechos humanos y el medio ambiente, como reconoce la Declaración de Naciones Unidas sobre los defensores de los derechos humanos, los principios rectores de Naciones Unidas y el Grupo de trabajo sobre empresas y derechos humanos. Entre las personas defensoras de los derechos humanos y del medio ambiente, las mujeres y los pueblos indígenas revisten un riesgo mayor de sufrir violencia, amenazas y represalias cuando se enfrentan a violaciones de las empresas.

Reiteramos la necesidad de que el instrumento vinculante reconozca el papel y las amenazas que padecen las personas defensoras de los derechos humanos y el medio ambiente y lamentamos que el tercer borrador revisado todavía presente lagunas en este sentido. Aunque siguen presentes en el Preámbulo las referencias a la importancia de las personas defensoras de los derechos humanos, no se cuentan con ningún artículo operativo que garantice la protección de esta categoría particular.

El **artículo 5.2.** obliga a los Estados Partes a adoptar “medidas adecuadas y eficaces para garantizar un entorno seguro y propicio a las personas, grupos y organizaciones que promuevan y defiendan los derechos humanos y el ambiente, de modo que puedan ejercer sus derechos humanos libres de toda amenaza, intimidación, violencia o inseguridad.” Para garantizar la coherencia con el Preámbulo, así como una protección mayor a las personas defensoras de los derechos humanos y el medio ambiente, el artículo debe aludir explícitamente a la protección de los titulares de derechos y a las personas defensoras de los derechos humanos en su título y a los derechos humanos en el cuerpo del texto.

Las empresas no solo deben respetar los derechos de las personas defensoras de los derechos humanos y del medio ambiente, sino que también deben impedir la obstaculización directa o indirecta de su defensa de las comunidades, de los territorios y del ambiente.

Basándose en el artículo 9 del Acuerdo de Escazú, se debería añadir en el instrumento vinculante una nueva frase tras el artículo 5.3:

Art 5.3. – *Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que puedan padecer las personas defensoras de los derechos humanos en el ejercicio de sus derechos humanos.*¹¹

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ Krajewski, ib, p.21.

También se debe introducir una referencia a las personas defensoras de los derechos humanos en el artículo 6, con la inclusión de una nueva frase:

Art 6. – Los Estados Partes adoptarán legislación y normativas y permitirán la adjudicación efectiva para garantizar que las empresas respeten los derechos de las personas defensoras de los derechos humanos.¹²

Protección del medio ambiente

Aunque frecuentemente se abordan como dos áreas separadas, los derechos humanos y la protección del medio ambiente están estrechamente vinculados. El acceso a un ambiente limpio y seguro constituye con frecuencia una *conditio sine qua non* para acceder a varios derechos fundamentales. En este sentido, nos congratulamos de la referencia explícita al derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible en el **Art 1.2**, sobre todo teniendo en cuenta su reciente reconocimiento en el Consejo de Derechos Humanos y la designación de su relator especial. La referencia a evaluaciones de impacto sobre “el ambiente y el cambio climático” en el **Art 6.4** también refuerza la interpretación de que en el texto del instrumento vinculante “las violaciones de los derechos humanos” incluyen los abusos contra el medio ambiente.

El borrador podría reforzar aún más este enfoque de protección ambiental a través de la introducción de los siguientes cambios. El **Art 6.1.** debe incluir el principio de precaución en relación con las cuestiones ambientales consagradas en el Principio 15 de la Declaración de Río 7. El anterior principio obliga a tomar medidas que reduzcan la posibilidad de sufrir daños ambientales, aunque no se conozca la probabilidad precisa de que ocurra. La inclusión de este principio aportaría un peso mayor al contenido material del instrumento vinculante en cuanto al derecho al ambiente. El principio de precaución requiere la adopción de medidas protectoras antes de que se produzca un deterioro del medio ambiente por la amenaza que supone a la salud o al ambiente, así como por la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos.



La presente declaración política ha sido elaborada con el apoyo financiero de la Unión Europea. Sus contenidos son responsabilidad exclusiva de CIDSE y no reflejan necesariamente la opinión de la Unión Europea.

¹² *Ibidem.*