

Empresas transnacionales y el derecho humano a un medioambiente sano: perspectiva ambiental de las propuestas normativas de conducta empresarial responsable

Transnational corporations and the human right to a healthy environment: an environmental perspective on regulatory proposals for responsible business conduct

Lucas Sebastián de Erice Aranda

Universidad de La Laguna, España

✉ lsebastia@ull.es

 ORCID: 0000-0001-5523-1197

Daniel Iglesias Márquez

Universidad de Monterrey, México

✉ daniel.iglesias@udem.edu

 ORCID: 0000-0003-2759-3064

Recepción: 29 de abril de 2022 / Aceptación: 04 de junio de 2022 / Publicación: 28 de Julio de 2022

Resumen

Las empresas transnacionales tienen la capacidad de llevar a cabo actividades que resulten nocivas para el disfrute del derecho humano a un medioambiente sano. Este artículo busca analizar dos propuestas normativas que se están desarrollando en la actualidad y estudiar de qué manera pueden significar una mejora en relación con una conducta empresarial responsable en materia medioambiental. Los textos analizados son el Instrumento Vinculante sobre Empresas transnacionales y Otras Empresas Comerciales que se está negociando actualmente en el marco de Naciones Unidas y el proyecto de Directiva en materia de empresas y diligencia debida que se está discutiendo en el seno de la Unión Europea. El objetivo de esta investigación es analizar en qué medida estas propuestas normativas amplían el estándar de conducta establecido en los Principios Rectores de Naciones Unidas y de qué forma establecen obligaciones dirigidas a las empresas en materia medioambiental.

Palabras clave: Empresas transnacionales; derecho humano a un medioambiente sano; conducta empresarial responsable; debida diligencia; tratado vinculante.

Abstract

Transnational corporations have the capacity to engage in activities that are harmful to the enjoyment of the human right to a healthy environment. This article seeks to analyze two normative proposals that are currently being developed and to examine how they may represent an improvement in relation to environmentally responsible business conduct. The texts analyzed are the Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises currently being negotiated in the framework of the United Nations and the draft Directive on Business and Due Diligence currently being discussed within the European Union. The aim of this research is to analyze the extent to which these policy proposals extend the standard of conduct set out in the UN Guiding Principles and how they establish obligations for companies in environmental matters.

Keywords: Transnational corporations, human right to a healthy environment, responsible business conduct, due diligence, binding treaty.

1. Introducción

En los últimos años ha habido un especial interés y un aumento importante en la protección del medio ambiente y del clima, debido a la explotación desmesurada de los recursos naturales asociado a los niveles de consumo mundial y del incremento de la temperatura global. La demanda de recursos naturales se satisface mediante el desarrollo de proyectos de exploración y explotación, a cargo de empresas transnacionales que operan en el Sur Global, cuyas actividades generan impactos negativos sobre el medio ambiente y el clima. Estos impactos negativos a su vez afectan el disfrute de los derechos humanos que dependen de unas mínimas condiciones ambientales y climáticas. A día de hoy es innegable la existencia de una relación estrecha entre el medio ambiente y los derechos humanos. La afectación a los derechos humanos a causa de la degradación ambiental se da con mayor intensidad o de manera diferenciada en determinados grupos en situación de vulnerabilidad, como los pueblos indígenas, los niños y niñas, las personas viviendo en situación de extrema pobreza, las personas con discapacidad y las mujeres.

En este contexto, el Consejo de Derechos Humanos adoptó de manera unánime los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Principios Rectores) en 2011. Este instrumento marcó una nueva etapa en la agenda internacional sobre empresas y derechos humanos, ya que estableció un sistema interrelacionado de obligaciones y responsabilidades para los Estados y las empresas, con el fin de prevenir y reparar abusos de derechos humanos cometidos en el desarrollo de actividades empresariales.

Los Principios Rectores han servido como impulso para incrementar los esfuerzos para prevenir y remediar los impactos negativos de las empresas sobre los derechos humanos y, en consecuencia, para aumentar, a su vez, el número de iniciativas creadas con este objetivo. En otros casos los Principios Rectores han servido de referencia para la revisión y actualización de

iniciativas existentes para incorporar los desarrollos alcanzados conforme avanza el estudio y la comprensión del tema de empresas y derechos humanos a nivel global, regional, nacional y local.

Las iniciativas de promoción del respeto de los derechos humanos en el contexto de la actividad empresarial abarcan desde la adopción de normas hasta la creación de directrices, estándares, estrategias, códigos de conducta y principios, entre otros. El universo de este tipo de iniciativas se ha expandido gradualmente más allá de aquellas aceptadas y reconocidas a nivel global, como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales o la Declaración tripartita de la OIT de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (Iglesias Márquez, 2019).

Una de las omisiones importantes que se puede identificar en los Principios Rectores es la carencia de una dimensión ambiental. Dicha ausencia supone una oportunidad perdida para abordar situaciones en las que las empresas operan en Estados donde la legislación ambiental es inexistente o deficiente o, en su defecto, en Estados con capacidades y recursos limitados para implementar y aplicar de manera adecuada las leyes ambientales. Asimismo, esta carencia obvia aquellos contextos en los que las víctimas de daños ambientales se enfrentan a diversos obstáculos para acceder a la justicia por los conflictos de intereses que les impiden el acceso a la información ambiental, la participación en la toma de decisiones y, sobre todo, la posibilidad de recurrir a los mecanismos judiciales para hacer efectiva la responsabilidad ambiental de las empresas.

El objetivo de este artículo es estudiar dos textos jurídicos internacionales en desarrollo que se inspiran en los Principios Rectores, con el fin de analizar dos aspectos claves: a) las obligaciones dirigidas a las empresas transnacionales (ETNs) en relación con el respeto del derecho humano a un medioambiente sano; y b) comprobar si amplían el estándar de conducta establecido por los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas publicados en 2011 .

Los documentos que se estudian son, por un lado, el proyecto de Instrumento Vinculante sobre Empresas transnacionales y Otras Empresas Comerciales que se está negociando actualmente en el marco de Naciones Unidas (en adelante, Tratado) y, por otro, las dos versiones conocidas hasta ahora del proyecto de Directiva en materia de empresas y diligencia debida que se está discutiendo en el seno de la Unión Europea: la propuesta del Parlamento Europeo (en adelante, Directiva PE) y la propuesta de la Comisión Europea (en adelante, Directiva CE).

Para alcanzar dichos objetivos, el presente artículo comenzará haciendo referencia a las opciones existentes a la hora de abordar el medioambiente desde una perspectiva de derechos humanos (Sección 2), para continuar exponiendo la importancia de establecer obligaciones en materia medioambiental dirigidas a las ETNs (Sección 3). En la Sección 4, se propondrá un marco de análisis de las obligaciones que emanan de los textos jurídicos a estudiar que se aplicará a los citados documentos: el Tratado (Sección 5), la propuesta de Directiva del Parlamento

Europeo(Sección 6) y la propuesta de Directiva de la Comisión (Sección 7). Por último, se expondrán las conclusiones.

El Derecho Humano a un medioambiente sano

Dos de los grandes logros del Derecho Internacional (DI) han sido, entre otros, la definición de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) que salvaguarde una vida digna en libertad y equidad para todas las personas y el desarrollo de normas e instituciones que protejan el medioambiente global (Knox y Pejan, 2018). Las últimas décadas han sido testigo de un consenso internacional cada vez más amplio respecto a las intersecciones e interconexiones de estas dos áreas. Dichos ámbitos tienen en común los elementos de universalidad, globalidad, interdependencia e indivisibilidad, por lo que deben ser protegidos de manera universal (Fernández, 2016).

La relación entre los derechos humanos y el medioambiente se ha abordado históricamente a nivel internacional con dos enfoques diferenciados de forma clara, aunque complementarios. En primer lugar puede optarse por una vía indirecta, introduciendo aspectos medioambientales en los mecanismos de protección de derechos humanos preestablecidos con anterioridad. Los órganos internacionales de derechos humanos han establecido la relevancia de un medioambiente sano para el pleno disfrute de una amplia gama de derechos, entre los que destacan el derecho a la vida, la salud, la alimentación, el agua, la vivienda, la cultura, el desarrollo, la propiedad o la vida privada y familiar. El Relator Especial sobre derechos humanos y medio ambiente de Naciones Unidas (en adelante, Relator Especial) John Konx denominó este fenómeno como la “ecologización” de los derechos humanos (Asamblea General, 2018).

Esta es la estrategia por la que opta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Ya que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) no contempla un derecho a un medioambiente sano, se busca su salvaguarda a través de la protección de uno o varios de los derechos que sí se contemplan, entre los que destaca, por ser el más utilizado, el derecho a disfrutar del domicilio y la vida privada y familiar (Fernández, 2021).

Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reiterado la existencia de una estrecha relación de interdependencia ya que “los daños ambientales pueden afectar a todos los derechos humanos, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio” (Corte IDH, 2017, párr. 64). En su citadísima opinión consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, la Corte consideró que, entre los derechos particularmente vulnerables a afectaciones ambientales, se encuentran los derechos a la vida, la integridad, la vida privada, la salud, el agua, la alimentación, la vivienda, la participación en la

vida cultural, el derecho a la propiedad y el derecho a no ser desplazado forzosamente (Ibid., párr. 67).

Por otro lado, la segunda estrategia posible va más allá de abordar el medioambiente como un elemento necesario para el disfrute de otros derechos y configurarlo como un derecho autónomo y justiciable en sí mismo: el derecho humano a un medioambiente sano. En este sentido, la Corte IDH expone también en la OC-23/17 que el derecho humano a un medio ambiente sano, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Esto debido a su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos (Ibid., párr. 62).

La primera mención al medioambiente como un derecho autónomo, independiente de otros derechos, en un texto internacional, aunque sin carácter vinculante, aparece en la Declaración de Estocolmo en 1972. Dicho texto establece que:

“El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras” (ONU, 1972, principio 1)

Desde entonces, este concepto ha sido incluido en varios textos y acuerdos. El continente africano fue pionero al incorporar a la Carta de Banjul, en su artículo 24, el derecho de los pueblos a un entorno general satisfactorio y favorable a su desarrollo, dando lugar a la primera y más explícita afirmación normativa de la existencia de un derecho autónomo al medioambiente en un instrumento vinculante de derechos humanos (Chenwi, 2018).

Así mismo, ha sido reconocido de forma explícita en el Protocolo de San Salvador de la Organización de Estados Americanos:

“Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. [...] Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente” (OEA, 1988, art. 11)

También es reconocido por el Convenio de Aarhus, que establece “el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medioambiente que permita garantizar su salud y su bienestar” (artículo 1) y en el Acuerdo de Escazú, que prevé contribuir a la “protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medioambiente sano y al desarrollo sostenible” (artículo 1). De igual forma, la Carta Árabe de Derechos Humanos dispone en su artículo 38 que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su

familia, que le asegure el bienestar y una vida digna, lo que incluye alimentación, vestido, vivienda, servicios y el derecho a un medio ambiente sano (League of Arab States, 2004).

De forma agregada, estos tratados internacionales de carácter vinculante han sido ratificados por 120 Estados. Así mismo, a nivel interno, el derecho al medioambiente tiene protección constitucional en el ordenamiento de al menos 100 Estados (Boyd, 2018).

En palabras del Relator Especial

“[...] el derecho a un medio ambiente saludable ha obtenido reconocimiento jurídico y público generalizado en todo el mundo. Los Gobiernos lo han incorporado en las constituciones y la legislación ambiental. También se ha incorporado en los acuerdos de derechos humanos y los tratados ambientales suscritos a nivel regional [...]. A lo largo de los últimos 40 años, los tribunales nacionales y regionales, los órganos creados en virtud de tratados, los procedimientos especiales y muchas instituciones internacionales han contribuido a definir el contenido, el alcance y los parámetros del derecho a un medio ambiente saludable” (Asamblea General, 2018, párrafo 29)

La ausencia de un derecho al medioambiente autónomo en alguno de los más importantes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos o el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no puede utilizarse como argumento en contra de la falta de consenso internacional al respecto. Dicha carencia puede explicarse por el momento de nacimiento y discusión de dichos documentos. El inicio del movimiento internacional de protección medioambiental, o por lo menos su difusión a nivel global, fue posterior al surgimiento de dichos textos, lo que explica la falta de menciones al medioambiente (Knox y Pejan, 2018).

El consenso internacional en dicho sentido se ha visto reafirmado en los últimos años con dos momentos clave. En primer lugar, el pasado octubre de 2021 el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas dio un paso histórico adoptando la Resolución 48/13 que reconoce el “derecho a un medio ambiente limpio, sano y sostenible” e invitando a la Asamblea General de Naciones Unidas a que comenzara el proceso para llegar a una resolución similar (Consejo de Derechos Humanos, 2021). La Asamblea General aceptó el mandato y el pasado 28 de julio de 2022 aprobó por una mayoría aplastante (161 votos a favor, 0 votos en contra y únicamente ocho abstenciones) la inmediatamente histórica Resolución A/76/L.75 que, con un texto idéntico al de la Resolución 48/13, “reconoce el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano” (Asamblea General, 2022).

La protección y el respeto del derecho humano al medioambiente en el contexto de las actividades empresariales

El Derecho Internacional establece que los Estados tienen no solo el deber de respetar sino también el deber de proteger los derechos humanos, incluidos el medioambiente, lo que conlleva

intrínsecamente la obligación de evitar que se cometan infracciones de tales derechos bajo su jurisdicción, por lo que deben adoptar con tal fin las medidas nacionales que estimen oportunas (López-Jacoiste, 2018). En este sentido los textos internacionales consagran la obligación estatal de desarrollar medidas para lograr la plena efectividad de los derechos. De esta forma, los Estados tienen el deber de prevenir violaciones de derechos humanos en su jurisdicción, incluido el derecho humano al medioambiente, así como la obligación de crear mecanismos de remedio efectivos (Goisis, 2017).

Las empresas, por su parte, tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, incluido el derecho a un medioambiente sano. Esto significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas que se produzcan para los derechos humanos. Esta responsabilidad de respetar no constituye una obligación que el actual derecho internacional de los derechos humanos impone de manera general y directa a las empresas. Se trata de una responsabilidad empresarial independiente y complementaria a la capacidad o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos y no reduce esos deberes (Iglesias Márquez, 2022).

Esta dicotomía de deberes del Estado y responsabilidad de las empresas quedó consagrada en los Principios Rectores auspiciados por Naciones Unidas (Consejo de Derechos Humanos, 2011). Estos se basan en tres pilares normativos. El primero de ellos dispone el deber del Estado de proteger frente a abusos de derechos humanos, incluyendo aquellos cometidos por terceros actores como las ETNs. El segundo pilar pone el foco de atención en la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Esta responsabilidad exige que las corporaciones eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a dichas consecuencias cuando se produzcan (Principio Rector 13). En cuanto al ámbito de aplicación material, la responsabilidad de las empresas de respetar se aplica a todas las entidades, independientemente de su tamaño o sector. Pese a ello se reconoce que los medios a los que recurra una empresa para asumir su responsabilidad serán proporcionales, entre otros factores, a su tamaño (Principio Rector 14). Los Principios 15 a 22 establecen la responsabilidad corporativa de contar con políticas y procedimientos apropiados, entre otros, incluir declaraciones políticas de compromiso, evaluaciones de impacto y estrategias de diligencia debida. Según el documento de interpretación de los Principios Rectores, esta diligencia puede definirse como el proceso continuo de gestión que una empresa prudente y razonable debe llevar a cabo, a la luz de sus circunstancias, (entendidas como el sector en el que opera, el contexto, el tamaño y otros factores) para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos (Alto Comisionado, 2012).

El texto de los Principios Rectores, en una de las aportaciones de más interés, deja claro que la responsabilidad de las empresas existe “con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones” (Principio Rector 11).

El tercer pilar establece la necesidad de que las víctimas tengan acceso a una reparación efectiva, en la que tanto los Estados como las empresas desempeñen un papel. Los Estados tienen el deber de establecer mecanismos judiciales (Principio Rector 26), extrajudiciales (Principio Rector 27) y no estatales (Principio Rector 28). Asimismo, a la luz de su responsabilidad de respetar de los derechos humanos, si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas, deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos (Principio 22) y tienen la responsabilidad de establecer ellas mismas o participar en mecanismos de reparación ya establecidos (Principio Rector 29). El Principio Rector 31 estipula que los criterios de eficacia de los mecanismos de reclamación extrajudiciales son la legitimidad, la accesibilidad, la predictibilidad, la transparencia y la compatibilidad con los derechos humanos. Todo mecanismo creado por las empresas deberá contar, además de con todas las características anteriores, con la participación en su diseño de los grupos interesados (Principio rector 31.h.).

Los Principios Rectores han supuesto un verdadero hito en la forma de abordar la relación entre derechos humanos y ETNs y se han convertido en una normativa de referencia que ha influido cientos de normas nacionales. Pero son un documento de soft law que no crea obligaciones directas para las ETNs y no es vinculante para los Estados (Jägers, 2021).

Pese a todo lo anterior, debe destacarse que los Principios Rectores no hacen mención en ningún momento al medioambiente, ni como un derecho autónomo ni como un bien a conservar para el pleno disfrute de otros derechos. La aplicación de las obligaciones estatales en materia medioambiental ha sido desarrollada en un informe del Relator Especial realizado en el año 2018, en el que se establecen 16 Principios Marco que definen una serie de obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho de los derechos humanos en la medida en que se refieren al disfrute de un medioambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible (Consejo de Derechos Humanos, 2018).

En primer lugar, se establece el deber estatal de garantizar un medioambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible con el fin de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos (Principio Marco 1). Este deber estatal incluye el deber de proteger frente a injerencias perjudiciales de otras fuentes, como las empresas u otros agentes privados (Principio Marco 2).

El texto también consagra el deber estatal de proteger otros derechos relacionados con el medioambiente que pueden estar relacionados con la actividad empresarial: la prohibición de discriminación en relación con el disfrute del medioambiente (Principio Marco 3); la protección de los defensores y defensoras de derechos humanos o cuestiones ambientales (Principio Marco 4); los derechos de libertad de expresión, asociación y reunión pacífica (Principio Marco 5); el derecho a la educación ambiental (Principio Marco 6); el derecho de acceso público a la información ambiental (Principio Marco 7); el derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones (Principio Marco 9) o los derechos de colectivos específicos que padecen discriminaciones estructurales y dan lugar a su protección como “las personas más vulnerables”

(Principio Marco 14) o los pueblos indígenas (Principio Marco 15). Además, el Principio Marco 10 estipula el deber estatal de facilitar el acceso a recursos efectivos.

A todo lo anterior, el Principio Marco 12 añade el deber de los Estados de garantizar la aplicación efectiva de sus normas ambientales por las entidades de los sectores público y privado. En particular, “los Estados han de regular la actuación de las empresas para proteger frente a los abusos contra los derechos humanos dimanantes del daño ambiental y ofrecer medidas de recurso por tales abusos”. Este Principio desarrolla la responsabilidad de las empresas y señala que todo lo establecido en los Principios Rectores de 2011 es de igual aplicación a las actividades que provoquen daño ambiental.

Entre dichas responsabilidades destacan: (1) evitar provocar o contribuir a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos mediante el daño ambiental, (2) hacer frente a esas consecuencias cuando se produzcan, (3) tratar de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados en el marco de sus relaciones comerciales, (4) cumplir todas las leyes ambientales vigentes, (5) formular claros compromisos normativos en consonancia con su responsabilidad de respetar los derechos humanos mediante la protección del medioambiente, (6) poner en marcha procesos de debida diligencia, (7) dar cuenta de la manera en que abordan su impacto ambiental en los derechos humanos y (8) reparar todos los efectos negativos en los derechos humanos que hubiesen causado o a que hubiesen contribuido a causar.

Al igual que ocurre con los Principios Rectores, los Principios Marco son normas de soft law no vinculantes. Pese al desarrollo de estos marcos regulatorios, los daños medioambientales provocados por corporaciones siguen aconteciendo y en muchos casos quedando sin respuesta jurídica efectiva. Las grandes empresas, en especial las dedicadas a un amplio abanico de industrias con un alto potencial contaminante o de gestión de materiales y productos peligrosos, a través de sus cadenas de valor y de suministro llevan a cabo procesos que pueden afectar de manera grave y amplia al medioambiente tanto de forma puntual como continuada en el tiempo (Fowler, 1995). Entre otros muchos ejemplos, las ETNs pueden provocar vertidos tóxicos y químicos, causar deforestaciones o contaminar el aire, la tierra y el agua (Drumbl, 2010).

En la categoría de daños puntuales pueden incluirse los efectos devastadores de accidentes industriales como el famosísimo caso Bhopal (Baxi, 2016) o de vertidos de productos contaminantes, como el de dos millones de litros de petróleo provocado por la ETN Repsol en las costas de Perú a principios del año 2022 (Zárate, 2022) o el derrame de crudo acontecido en el golfo de México diez años antes, responsabilidad de British Petroleum (Gómez, 2020).

Así mismo, las ETNs tienen la capacidad de provocar daños continuados al medioambiente, contaminando el aire, la tierra o el agua durante años y con efectos, en muchos de los casos, irreversibles. En este sentido, una investigación publicada en el periódico inglés The Guardian

señala que veinte ETNs son responsables de un tercio de todas las emisiones de gases de efecto invernadero a nivel mundial desde el año 1965 (citado en Taylor y Watts, 2019). Las cuatro primeras son responsables del 10% (Chevron, Exxon, British Petroleum y Shell).

La constancia y gravedad de estas violaciones queda constatado por el trabajo realizado por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Mediante resolución de 6 de julio de 2011, el Consejo decidió establecer un Grupo de trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (Consejo de Derechos Humanos, 2011). Parte de las funciones del grupo es recibir información sobre potenciales violaciones de derechos humanos perpetradas por empresas, llevar a cabo un análisis y redactar un informe dirigido tanto a las entidades como a los Estados en las que éstas desarrollan su actividad. Desde su establecimiento, el Grupo de Trabajo ha realizado 427 comunicaciones que tienen alguna conexión con el medioambiente.

Pese al deber estatal consagrado en los Principios Rectores y en los Principios Marco, así como en otras normas del Derecho Internacional general, en muchas ocasiones los derechos nacionales se muestran inadecuados, ya que las autoridades locales se muestran poco dispuestas o incapaces de penalizar ciertas conductas empresariales (Clapham, 2006, p.238).

Ante esta situación de impunidad, los futuros desarrollos normativos que traten de resolver el problema pueden optar por dos vías de actuación. En primer lugar, pueden abrazar la perspectiva clásica y establecer que únicamente los Estados tienen obligaciones directas en materia de derechos humanos y medioambiente, definiendo que las ETNs sólo están obligadas a comportarse según normas internas creadas por los Estados como respuesta a dicha obligación (Lopez Latorre, 2020), siguiendo el camino marcado por los Principios Rectores.

La segunda opción es optar por crear cláusulas específicas que establezcan de forma clara obligaciones dirigidas a las empresas, de manera independiente a las obligaciones de los Estados (López-Latorre, 2020). El hecho de que los Estados sean los titulares primarios de obligaciones en base al DIDH no excluye la posibilidad de que éste pueda contener también obligaciones vinculantes directas para actores no estatales. Desde el punto de vista jurídico, nada parece indicar que, sin necesidad de desviarse del modelo actual de Derecho Internacional, los Estados puedan decidir crear normas vinculantes para las empresas. Resulta fundamentalmente injusto que, en ciertas ocasiones, el agente primario que es responsable de un daño no pueda ser castigado por su realización. Los acuerdos internacionales deben revertir esta situación y reconocer de manera explícita el hecho de que las corporaciones están obligadas en este sentido por el Derecho Internacional.

Los Principios Rectores establecieron una plataforma común que ha permitido a Estados, ETNs y sociedad civil realizar grandes cambios en solo diez años, pero en palabras de su propio autor Ruggie estos “no marcan el fin de los desafíos en la relación entre empresas y derechos humanos,

ni siquiera el principio del fin” (Ruggie, 2020, p. 63). La comunidad internacional tiene la obligación de ir más allá de los Principios Rectores y establecer mecanismos ambiciosos para prevenir y reparar los impactos negativos de las actividades empresariales. Los Estados y las ETNs no pueden esconderse tras dichos instrumentos para frenar la creación de nuevas responsabilidades en materia de derechos humanos dirigidas a las corporaciones o invocarlos para frenar la evolución de nuevas normas (Deva, 2021). El momento actual, en el que en el seno de dos de las organizaciones internacionales más importantes del mundo se está discutiendo el contenido de dos instrumentos normativos que buscarán regular la actividad empresarial en relación con los derechos humanos y el medioambiente parece una oportunidad única para materializar dicha ambición.

2. Metodología

Cómo se señaló en la introducción, el objetivo de este artículo es responder a dos preguntas de investigación: a) ¿tienen los dos textos a analizar capacidad de mejorar la conducta ambiental de las ETNs? y b) ¿mejoran el estándar de protección establecido en 2011 por los Principios Rectores? Para resolver estas cuestiones se ha desarrollado un marco de análisis que consta de ocho elementos a examinar.

Debido a la distinta situación en el proceso de aprobación de los documentos, en primer lugar se estudiará en qué (1) momento de desarrollo se encuentra el texto y se expondrá qué (2) posibilidad existe actualmente de que entren en vigor. A continuación, se abordará (3) el encaje del medioambiente en cada uno de los documentos observando de qué manera se vincula con los derechos humanos, si se opta por configurar el medioambiente como un derecho humano o como un instrumento para salvaguardar otros derechos. Se proseguirá analizando (4) el ámbito personal de aplicación, estudiando a qué tipo de empresas están dirigidos. Así mismo, se resaltarán, (5) el estándar de comportamiento esperado y qué (6) tipos de obligación se explicitan en el articulado. Para concluir, se expondrán los mecanismos de (7) acceso a remedio y a reparación que se contemplan.

En primer lugar se analizará el proyecto de Tratado Vinculante para a continuación estudiar el texto de la Directiva europea, haciendo referencia tanto a la versión redactada por el Parlamento Europeo como a la versión de la Comisión.

Análisis del proyecto de Tratado

Situación actual del documento

El 26 de junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas adoptó una resolución para establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta (OEIGWG, por las siglas en inglés de open-ended intergovernmental working group) cuyo

mandato es elaborar “un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos” (Consejo de Derechos Humanos, 2014). La iniciativa de la Resolución fue de Ecuador y Sudáfrica y fue respaldada por Cuba, Venezuela, Bolivia, Argelia, El Salvador, Nicaragua y Senegal (Baxi, 2016). Hasta la fecha, dicho grupo de trabajo ha celebrado siete sesiones que han tenido como principal producto la publicación de cuatro borradores de tratado. En el año 2018 se presentó el borrador cero (OEIGWG, 2018), en 2019 la primera versión revisada (OEIGWG, 2019), en 2020 la segunda (OEIGWG, 2020) y en 2021 la tercera (OEIGWG, 2021), la más reciente al momento de escribir este artículo y la que se utilizará como principal documento de análisis.

Posibilidad de entrada en vigor

La principal amenaza a la posible entrada en vigor del instrumento jurídicamente vinculante es la falta de consenso político internacional. Ya desde la primera votación pudo verse una gran diferencia de posturas. Pese a una gran presión de la sociedad civil, incluyendo la creación de una coalición denominada “Treaty Alliance”, la votación en el seno del Consejo de Derechos Humanos estuvo muy dividida (De Schutter, 2016). De los 47 miembros que componen el Consejo, la resolución fue apoyada por 20 Estados miembros, recibió 14 votos en contra y 13 abstenciones. Si se analiza el listado de votos, destacan los apoyos de China y la India, dos grandes potencias comerciales a nivel mundial y territorios donde deciden establecerse un alto número de ETNs. En cambio, resaltan los votos en contra de todos los miembros del Consejo a su vez miembros de la Unión Europea, Estados Unidos o los de las potencias tecnológicas asiáticas Japón y República de Corea (Consejo de Derechos Humanos, 2014). Este resultado ha llevado incluso a acusaciones de boicot de la iniciativa por parte de los Estados occidentales: algunos de los países se ausentaron de las reuniones, no participaron o fueron representados por oficiales de bajo rango (Lopez y Shea, 2016).

Por todo ello no parece que haya una garantía plena de que el Tratado vaya a entrar en vigor o de que, en caso de hacerlo, el número de ratificaciones sea muy bajo o su contenido no se vea ampliamente diluido durante el proceso de negociación.

Enfoque medioambiental

El artículo 1 del tercer borrador del tratado se encarga de las definiciones de los distintos términos que se utilizan a lo largo del texto. En el apartado segundo, al definir el concepto de abuso de derechos humanos, se señalan que se considerará como tal cualquier daño directo o indirecto en el contexto de las actividades empresariales, mediante actos u omisiones, contra cualquier persona o grupo de personas, que impida el pleno disfrute de los derechos humanos y las libertades

fundamentales internacionalmente reconocidos, incluido el derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible (OEIGWG, 2021, art. 1).

De este modo, el Tratado deja claro que no considera el medioambiente como instrumental para el disfrute de otros derechos humanos y más va más allá explicitando la existencia de un derecho a un medioambiente sano, limpio, saludable y sostenible con carácter autónomo. Se posiciona así en línea con las mencionadas Resolución 48/13 del Consejo de Derechos Humanos y Resolución A/76/L.75 de la Asamblea General y con los principales desarrollos normativos al respecto expuestos en el apartado segundo de este trabajo. De esta forma el Tratado apuesta por considerar el derecho al medioambiente como un derecho humano, independiente de otros derechos, que puede ser perjudicado por las actividades empresariales. Esta inclusión tan explícita, sin ambages alguno, es una gran noticia para los defensores del medioambiente, ya que no deja margen a ninguna interpretación que trate de excluir el medioambiente del ámbito material de aplicación del tratado.

Ámbito de aplicación personal

El artículo 3 del texto establece que será de aplicación a todas las actividades empresariales, incluyendo aquellas de carácter transnacional (Art. 3.1). El término business activities queda definido, de manera muy amplia, como cualquier actividad económica (Art. 1.3). Así mismo, señala que la actividad empresarial se considerará de carácter transnacional en tres ocasiones (Art. 1.4):

cuando se realiza en más de una jurisdicción estatal

cuando llevándose a cabo en un único Estado, parte significativa de su preparación, planificación, dirección, control, etc. se realiza en otro país

cuando tiene efectos significativos en otro Estado o jurisdicción distinto a aquel en el que se realizan las actividades (Art.1.4)

Como puede observarse, en la práctica esta definición engloba a la totalidad de empresas, ya sean transnacionales o no, y no se establece ningún criterio de tamaño o sector. De esta forma, el ámbito personal del Tratado se convierte en un paraguas que engloba a toda actividad empresarial que pueda ser nociva para el medioambiente, incluida la llevada a cabo por las ETNs.

Ámbito de aplicación material

El artículo 3.3 del borrador establece que el instrumento vinculante abarca todos los derechos humanos y libertades fundamentales que vinculan a los Estados parte, incluyendo los reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, las normas laborales de la OIT, la costumbre internacional y aquéllos tratados de los que el Estado sea parte.

Pese a que dicho apartado no hace mención al derecho al medioambiente, tanto su inclusión explícita en el preámbulo y en otras disposiciones (considerando 10, el ya citado artículo 1.2 o el artículo 4.2.c), como su inserción en numerosos tratados internacionales a los que se hace referencia, permite afirmar sin lugar a dudas que se encuentra bajo el amparo del ámbito material de aplicación del Tratado.

Obligaciones

En el año 2017, antes incluso del primer borrador de Tratado, el OEIGWG publicó un informe con posibles elementos que podrían incluirse en el futuro acuerdo (OEIGWG). Dicho texto de trabajo señalaba que, ante los impactos negativos en los derechos humanos de las actividades empresariales y la falta de mecanismos efectivos de reparación, el sistema internacional podría fortalecerse mediante la adopción de un instrumento vinculante que reconozca obligaciones no solo para los Estados sino también dirigidas a las ETNs (OEIGWG, 2017). El informe proponía cuatro obligaciones generales dirigidas a las ETNs y otras empresas. En primer lugar, señala la obligación de las empresas de cumplir con todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos, dondequiera que operen, y a lo largo de sus cadenas de suministro. Así mismo señala la obligación de prevenir los impactos de sus actividades en materia de derechos humanos y proveer de mecanismos de reparación. También añade la obligación de diseñar, adoptar e implementar políticas corporativas internas para identificar riesgo y prevenir violaciones de derechos humanos, así como establecer mecanismos de revisión de dichas políticas. Por último, propone la obligación de abstenerse de actividades que puedan socavar la capacidad de los Estados y otros actores de garantizar los derechos humanos y el deber de usar su influencia para promover y asegurar su respeto (OEIGWG, 2017).

Esta propuesta de obligaciones disponía un marco regulatorio vinculante para las ETNs que hubiera podido suponer una solución al problema de impunidad descrito más arriba. Pero, a pesar del contenido de este y otros documentos preparatorios y a presiones de la sociedad civil al respecto, el Borrador Cero no contenía ninguna obligación directa dirigida a las empresas. Como señala De Schutter, para quienes esperaban que el proceso del Tratado condujera finalmente a obligaciones jurídicas internacionales vinculantes para las empresas, el Borrador Cero fue decepcionante (2016).

Ninguno de los tres borradores posteriores ha subsanado esta situación. El tercer borrador únicamente hace mención a las obligaciones de las empresas en el preámbulo, en el que se señala que las éstas tienen la obligación de respetar los derechos humanos reconocidos internacionalmente, incluso evitando causar o contribuir a los abusos de los derechos humanos a través de sus propias actividades y abordando dichos abusos cuando se producen, así como previniendo o mitigando los abusos de los derechos humanos que están directamente vinculados a sus operaciones, productos o servicios por sus relaciones comerciales (Párrafo 11).

El Derecho Internacional Público establece que, de manera general, el texto del preámbulo no es vinculante, ya que no genera derechos y obligaciones ejecutables. Estos textos enumeran los motivos por los que se llega a la conclusión del tratado, pero no generan efectos legales directos (Klabbers, 2018). Eso sí, tienen efecto en la interpretación de los tratados, como deja establecido el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

Ya en el articulado, el tercer borrador señala que uno de sus propósitos es clarificar y garantizar el respeto y el cumplimiento de las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos (artículo 2.b.), pero a lo largo del texto no aparece ninguna parte de carácter operativo que desarrolle este precepto.

El resto del documento únicamente establece obligaciones vinculantes dirigidas a los Estados que ratifiquen el Tratado. Estos tendrán que desarrollar mecanismos internos que sí generarán obligaciones a las empresas, pero en el plano nacional. En este sentido, el artículo 6 del tercer borrador impone a los Estados la obligación de asegurar en su legislación interna que todas las personas que realizan actividades empresariales, incluidas las de carácter transnacional, en su territorio o jurisdicción, respeten los derechos humanos y prevengan las violaciones o abusos de los derechos humanos. Esta disposición incorpora de manera literal las etapas del proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos contemplado en los Principios Rectores, al mismo tiempo que incorpora nuevos elementos, como llevar a cabo y publicar evaluaciones periódicas de impacto sobre el medioambiente y el cambio climático en todas sus operaciones.

Mecanismos de acceso a remedio

El tercer borrador señala que los Estados deberán diseñar mecanismos que permitan el acceso de las víctimas a un remedio adecuado (Art. 7.1) y desarrollar normativas internas para asegurar un mecanismo de reparación (Art. 8.4), pero no hace mención al papel de las empresas en los mismos. No obstante, en la disposición 4.2 se reconoce el derecho a la reparación ambiental y restauración ecológica como parte de los derechos de las víctimas de abusos corporativos.

Análisis resultados respecto al Tratado

Uno de los principales aportes del Tratado es abordar el derecho a un medioambiente sano como un derecho humano autónomo y no establecerlo como una categoría de protección separada. Al posicionarse con el contenido de la Resolución 48/13 del Consejo de Derechos Humanos, la Resolución A/76/L.75 de la Asamblea General y otros textos internacionales, el Tratado añade un argumento más a favor de considerar el disfrute del derecho al medioambiente de forma independiente al disfrute de otros derechos humanos. Así mismo, en lo que respecta al ámbito material, al hacer mención a los tratados internacionales en los que los Estados sean parte, el Tratado asegura la protección del derecho al medioambiente de forma directa a través de

instrumentos como la Carta de Banjul, el Protocolo de San Salvador o la Carta Árabe de Derechos Humanos.

También resulta positivo el ámbito de aplicación personal del Tratado, ya que, siguiendo el espíritu del Principio Rector 14, será de aplicación a todas las empresas, independientemente de su tamaño o sector. Por lo tanto el Tratado abarca todas las actividades empresariales, incluidas las protagonizadas por las ETNs.

En cambio, el proyecto de Tratado vinculante no establece, por lo menos en las versiones publicadas a día de hoy y pese a sí hacerlo en algunos documentos preparativos, ningún tipo de obligación directa dirigida a las ETNs. De momento el calificativo “vinculante” sólo tiene aplicación en disposiciones aplicadas a los Estados que decidan hacerse parte. Estos deberán desarrollar mecanismos internos para perseguir el comportamiento corporativo nocivo, incluido aquel que dañe el medioambiente. Esta decisión no soluciona la problemática existente, ya que seguirá habiendo casos en los que los Estados no sean capaces de responsabilizar a las ETNs. De igual manera, aquéllos países que quizás tengan capacidad, pero no voluntad de hacerlo, tendrán la cómoda opción de no adherirse al Tratado.

En lo que respecta a los mecanismos de remedio y reparación, el Tratado reduce el nivel de protección establecido en los Principios Rectores. Los artículos 7 y 8 establecen obligaciones en el sentido de los criterios de eficacia de los mecanismos de reparación a los que hace mención el Principio Rector 31, pero, desoyendo los Principios 22 y 29, no se hace ninguna mención a la participación de las empresas en dichos mecanismos.

A todo lo anterior se añade el hecho de que, dada la situación de negociación actual, no parece que el texto definitivo, si es que algún día llega a cerrarse, subsane estas deficiencias.

Análisis de la Directiva

Situación actual

El 10 de marzo de 2021, el Parlamento Europeo aprobó una Resolución con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (Parlamento Europeo, 2021). Mediante este informe de iniciativa legislativa, aprobado con 504 votos a favor, 79 en contra y 112 abstenciones, la Cámara reclamó la adopción urgente de normas vinculantes en la UE para asegurar que las compañías sean responsables y objeto de sanción cuando provoquen un daño, o contribuyan a provocarlo, a los derechos humanos, el medioambiente o la gobernanza. El pasado 23 de febrero de 2022, la Comisión recogió, con meses de retraso, el guante lanzado por el Parlamento y presentó su propuesta de Directiva, (Comisión Europea, 2022a).

Probabilidad de entrada en vigor.

El amplio apoyo parlamentario inicial a la misma permite ser optimistas respecto a la entrada en vigor de la Directiva. Pese a ello, las amplias modificaciones en relación con el alcance, las obligaciones de diligencia debida y los mecanismos de responsabilidad y supervisión realizadas por la Comisión, que se expondrán más adelante en este artículo, podrían provocar un cambio de opinión al respecto. En este sentido aún no pueden sacarse conclusiones.

Enfoque medioambiental

La Directiva, tanto en la propuesta inicial del PE como en la posterior de la Comisión, deja claro que el objetivo de la misma es establecer normas en relación con los efectos sobre los derechos humanos y el medioambiente de las actividades empresariales (artículo 1).

A diferencia de lo que ocurre en el caso del Tratado, la Directiva no incluye el medioambiente como un derecho humano autónomo, sino que lo coloca en una categoría independiente y separada de protección. Esta división es la tónica a lo largo del articulado. Los “efectos adversos para el medioambiente” (artículo 3.b) se definen de forma independiente respecto a los “efectos adversos para los derechos humanos”, que quedan caracterizados como “consecuencias negativas para las personas” (artículo 3.c).

Así mismo, en el anexo al documento se establece un listado de acciones concretas que podrán suponer violación y se separa de forma clara entre una primera parte dedicada a las violaciones de derechos humanos y una segunda parte centrada en las “violaciones de los objetivos y las prohibiciones reconocidos internacionalmente incluidos en convenios medioambientales” (Comisión Europea, 2022b).

En este sentido, destaca el hecho de que el punto 18 de la primera parte del anexo hace mención a la prohibición de provocar cualquier degradación ambiental medible, como el cambio nocivo del suelo, la contaminación del agua o del aire, las emisiones nocivas, el consumo excesivo de agua o cualquier otro impacto en los recursos naturales. Hasta este punto parece tratarse de un tratamiento del medioambiente como un derecho humano autónomo, pero el texto continúa señalando, que dichas violaciones medioambientales se asocian al menoscabo de la conservación o producción de alimentos (18.a), al deniegue a un persona del acceso al agua (18.b), a la dificultad de su acceso a instalaciones sanitarias (18.c), o si perjudica la salud, la seguridad, el uso normal de los bienes o de la tierra o el ejercicio normal de la actividad económica de una persona (18.d). De esta forma el texto opta claramente por salvaguardar el medioambiente a través de derechos fundamentales más clásicos. En este sentido, el único aspecto discordante es el punto 18.e. que establece que también se considerará violación cuando la actividad afecte a la integridad ecológica, como la deforestación.

Ámbito de aplicación personal

La Directiva propuesta por el PE se aplica a tres grupos de empresas: (1) grandes empresas reguladas por el Derecho de un Estado miembro o establecidas en el territorio de la Unión; (2) pequeñas y medianas empresas que coticen en el mercado de valores, así como las empresas de alto riesgo y (3) empresas que se rijan por el Derecho de un tercer Estado y no se encuentren establecidas en el territorio de la Unión, pero operan en el mercado interior vendiendo bienes o prestando servicios. (Directiva PE, Art. 2).

La propuesta de la Comisión reduce el ámbito de aplicación personal señalando que será de aplicación a las empresas constituidas de conformidad con la legislación de uno de los Estados miembro que cumpla las siguientes condiciones: media de más de 500 empleados y volumen de negocio mundial neto superior a 150 millones de euros en el último ejercicio (Directiva CE, artículo 2. 1.a.).

En el caso de ciertos sectores de riesgo (textil y calzado, agricultura y producción de alimentos e industrias extractivas) la Directiva también será de aplicación si la empresa tiene una media de 250 empleados y un volumen de negocio de 40 millones de euros. También se añade el requisito de que al menos el 50% de dicho volumen debe estar generado por uno o varios de los sectores citados (Directiva CE, artículo 2.1.b).

Así mismo, las empresas constituidas de conformidad con legislación de terceros países también entrarán en el ámbito de aplicación cuando tengan un volumen superior a los 150 millones de euros en el último ejercicio o 40 millones de euros en el caso de que la mitad de los mismos proceda de uno o varios sectores de riesgo. En este caso no hay requisito mínimo de empleados (Directiva CE, artículo 2.1.c.).

En la exposición de motivos de la Directiva se reconoce que:

“Por lo que se refiere al “ámbito de aplicación personal” de las obligaciones de diligencia debida (es decir, qué categorías de empresas están incluidas), las pequeñas y medianas empresas (pymes), que incluyen a las microempresas y representan alrededor del 99 % de todas las empresas de la Unión, quedan excluidas del deber de diligencia debida” (Comisión Europea, 2022a, p. 17)

Ámbito de aplicación material

Como ya se ha señalado, la propuesta de Directiva de la CE define como efecto adverso para el medioambiente las consecuencias negativas “resultantes del incumplimiento de alguna de las prohibiciones y obligaciones establecidas en los convenios internacionales en materia de medioambiente que se enumeran en la parte II del anexo” (artículo 3.b). Esta redacción parece un retroceso respecto a la propuesta del PE, ya que en aquella se hablaba de efectos adversos tanto

reales como potenciales y se hacía alusión a “toda vulneración de las normas internacionalmente reconocidas y de la Unión” (PE, 2021, artículo 3.7).

Además, el citado anexo, al que en la propuesta del PE se hacía mención, pero no se llegó a adjuntar, tiene una estructura que merece ser analizada. La primera parte, aquélla que se encarga de los derechos humanos, establece en primer lugar un listado de violaciones concretas y concluye el mismo señalando que también se considerará la “violación de una prohibición o un derecho no contemplado en los puntos 1 a 20, pero incluido en los acuerdos sobre derechos humanos mencionados en la sección 2 de la presente parte” (Comisión Europea, 2022b, punto 21). En dicha sección se listan veintidós tratados internacionales de derechos humanos.

En cambio, la segunda parte, la que se encarga de establecer el listado de violaciones de normas medioambientales, no incluye una cláusula similar al citado punto 21, ni un listado de tratados internacionales sobre medioambiente que deberán ser respetados, sino que establece un listado cerrado de violaciones:

Violación de la obligación de adoptar las medidas necesarias en relación con la utilización de los recursos biológicos para evitar o minimizar los efectos adversos sobre la diversidad biológica.

Violación de la prohibición de importar o exportar cualquier espécimen incluido en un apéndice de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres.

Violación de la prohibición de fabricar productos con mercurio añadido, ciertos usos del mercurio y tratamiento de los desechos de mercurio.

Violación de prohibición de producción y utilización de ciertas sustancias químicas.

Violación de la prohibición de manipulación, recogida, almacenamiento y eliminación de residuos de una forma que no sea respetuosa con el medioambiente.

Violación de importar ciertos productos químicos.

Violación de la prohibición de producción y consumo de sustancias específicas que agotan la capa de ozono.

Violación de la prohibición de exportar desechos peligrosos (Comisión Europea, 2022b).

Esta decisión de establecer un listado cerrado de violaciones complica la inclusión de ciertas actividades nocivas contra el medioambiente en el ámbito material de aplicación de la Directiva.

Obligaciones

La propuesta de Directiva del PE señala que las empresas estarán obligadas a

“adoptar todas las medidas proporcionadas y acordes y esforzarse dentro de sus posibilidades para evitar que se produzcan efectos adversos en los derechos humanos, el medio ambiente o la buena gobernanza en sus cadenas de valor, y abordar adecuadamente tales efectos adversos cuando se produzcan” (Comisión Europea, 2022a, Art. 1.2)

El comportamiento requerido por parte de las empresas será la evaluación, prevención, interrupción, mitigación, supervisión, comunicación, contabilización, abordaje y corrección de los efectos adversos, incluyendo las de sus cadenas de valor y las relaciones comerciales que puedan plantear (Art. 1.2). La Directiva no establece un mecanismo de control a nivel comunitario de esta obligación ya que deposita esta responsabilidad en los Estados miembro, que tendrán que establecer normas internas para garantizar que las empresas tengan estrategias de diligencia debida (Art. 4.1).

En cambio, la propuesta de Directiva de la CE realiza modificaciones sustantivas en este aspecto. El artículo 1 define que el objeto de la misma es “establecer normas sobre las obligaciones que incumben a las empresas”. Pero el texto ha dejado de señalar que “las empresas estarán obligadas a tomar todas las medidas” (versión del PE) y ahora habla de que “los Estados miembros velarán por que las empresas ejerzan la diligencia debida” (versión de la CE). En este sentido, ha ocurrido exactamente lo mismo que con el Tratado: la Directiva generará obligaciones para los Estados, pero no para las empresas. Los Estados miembros deben integrar la Directiva en sus ordenamientos jurídicos internos a través de disposiciones reglamentarias y administrativas en un período de dos años desde la entrada en vigor del instrumento europeo.

Mecanismos de reparación y remedio

La propuesta de Directiva del PE establece que las empresas tendrán que establecer mecanismos de reclamación y que estos deben seguir los criterios de eficacia del Principio Rector 31, al que se hace mención expresa en el artículo 9. Además, el artículo 10.1 añade que los Estados miembros velarán por que, cuando una empresa determine que ha causado o ha contribuido a causar un efecto adverso, establezca un proceso de reparación o coopere con tal proceso.

En cambio, la propuesta de la CE no hace ninguna mención al Principio Rector 31 y tan solo establece que

“Los Estados miembros velarán por que toda persona física y jurídica tenga derecho a exponer sus inquietudes fundadas a cualquier autoridad de control cuando tenga motivos para creer, a partir de circunstancias objetivas, que una empresa está incumpliendo las disposiciones nacionales adoptadas en virtud de la presente Directiva (Comisión Europea, 2022a, Art. 19.1).

Tampoco se hace mención alguna respecto a la participación de las empresas en dichos procesos.

Análisis resultados respecto a la Directiva

El principal aporte de la Directiva, tanto en su versión del PE como la propuesta de la Comisión, es establecer un documento vinculante para los Estados miembros que obligará a estos a desarrollar normativa interna para controlar la actividad empresarial, incluida aquélla llevada a cabo por empresas constituidas por el derecho de terceros Estados. Sin duda alguna, este enfoque de extraterritorialidad es un aspecto muy positivo que puede reducir la impunidad de muchas empresas.

El hecho de abordar el medioambiente y los derechos humanos como dos marcos de protección distintos e independientes, con las excepciones expuestas, resulta una oportunidad perdida para abordar la salvaguarda del medioambiente como un derecho humano autónomo. Así mismo, el anexo debería incluir tratados internacionales en materia de medioambiente, para asegurar que todas las violaciones sean perseguidas.

En lo que respecta al ámbito de aplicación personal, la propuesta de Directiva de la Comisión es decepcionante ya que los criterios de tamaño y sector provocan que, según datos de la propia Comisión, la norma sólo será de aplicación al 1% de las empresas europeas. Esto contraviene de manera frontal el Principio Rector 14, que establece la importancia de incluir a todas las empresas, independientemente de su tamaño o sector.

En lo relacionado con las obligaciones directas, pese al contenido de la propuesta del PE, el texto de la Comisión no establece de forma clara obligaciones dirigidas a las empresas. Se limitan a realizar un mandato a los Estados miembros para que desarrollen normativa interna para controlar la actividad empresarial. En este sentido puede considerarse que en gran parte se limita a convertir algunos de los Principios Rectores, no todos, de soft law a hard law para los Estados miembros.

Por último, en lo relativo a los mecanismos de remedio y reparación, la propuesta de la Comisión diluye la ya poca ambiciosa propuesta del Parlamento y desoyendo el tercer pilar de los Principios Rectores, no establece de forma clara mecanismos de remedio ni reparación que sigan los criterios de eficacia del Principio 31 y, en especial, no determina qué papel deben jugar las empresas en los mismos.

3. Conclusiones

Como señalaba su propio autor, el tristemente fallecido John Ruggie, los Principios Rectores no son el final del camino en la lucha contra la impunidad empresarial, ni siquiera el final del principio. Para salvaguardar los derechos humanos en general, y el derecho humano a un medioambiente sano en particular, los Estados no pueden utilizar los Principios Rectores como excusa para no desarrollar instrumentos más ambiciosos que regulen las actividades nocivas de las ETNs. Los Principios Rectores han significado un gran avance y han inspirado un enorme desarrollo normativo, pero a día de hoy, muchos casos de actividades empresariales nocivas contra el medioambiente siguen quedando sin respuesta jurídica efectiva.

Parece indiscutible que la discusión de un Tratado vinculante en el seno de Naciones Unidas y la negociación de una Directiva en materia de diligencia debida por la Unión Europea son dos momentos cruciales para el desarrollo internacional de la protección del derecho humano a un medioambiente sano. No solo por la importancia que tendrán dichos textos en sí, sino también por todo lo que influirán en el desarrollo de normativas internacionales y nacionales al respecto. Sin duda ambos documentos servirán de inspiración y argumento para el desarrollo normativo de los próximos años y unos textos fuertes y ambiciosos podrían haber marcado una línea de acción mucho más clara de cara al futuro.

Ambos textos tienen aspectos de gran interés y supondrán un avance a nivel internacional, en especial debido a la falta de normativa vinculante sobre esta problemática. El Tratado aborda el derecho al medioambiente como un derecho autónomo que debe ser protegido como tal, y busca ser de aplicación a todo tipo de actividad empresarial, independientemente del tamaño y sector. Por su parte, la Directiva obligará a todos los Estados miembros de la UE a desarrollar normativa interna dirigida a controlar el comportamiento de las empresas, tanto de aquellas reguladas por su derecho interno como a otras creadas por el derecho mercantil de terceros países que operan en el mercado común.

Pero pese a dichos aspectos positivos y tal y cómo se ha expuesto, el contenido de los borradores disponibles a día de hoy de ambos documentos no permite ser demasiado ambicioso. El Tratado, si es que algún día llega a firmarse y alcanza un número de ratificaciones óptimo, parece que ha dejado escapar la oportunidad de dejar atrás la clásica dicotomía entre obligaciones vinculantes para el Estado y responsabilidad no vinculantes dirigidas a las empresas. Por su lado, la Directiva Europea, también a la espera de su aprobación final y posibles cambios en el texto, no establece de forma clara la protección del derecho al medioambiente como un derecho en sí mismo y, desoyendo los últimos desarrollos normativos al respecto como la histórica Resolución A/76/L.75 de la Asamblea General, sigue vinculando su protección a la de otros derechos humanos. En gran medida se trata de un texto que busca convertir parte del contenido no vinculante de los Principios Rectores en normas de hard law dirigidas a los Estados miembros de la UE.

Por todo ello, y pese a que sin duda aportan numerosos aspectos positivos, no parece que estos textos vayan a suponer un gran avance respecto al estándar de protección propuesto por los Principios Rectores ni para poner fin a la impunidad empresarial respecto a actividades nocivas contra el medioambiente.

Referencias bibliográficas

- Alto Comisionado de Derechos Humanos. (2012). *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos: guía para la interpretación*. Naciones Unidas.
- Asamblea General de Naciones Unidas. (2018). *Obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. A/73/188. Naciones Unidas.
- Asamblea General de Naciones Unidas. (2022). *El derecho humano a un medioambiente limpio, saludable y sostenible*. A/76/L.75. Naciones Unidas.
- Baxi, U. (2016). Human rights responsibility of multinational corporations, political ecology of injustice: Learning from Bhopal thirty plus? *Business and Human Rights Journal*, 1(1), 21-40. <https://doi.org/10.1017/bhj.2015.7>
- Boyd, D. R. (2018). Catalyst for change. In J. H. Knox, & R. Pejan (Eds.), *The human right to a healthy environment* (pp. 17-41). Cambridge University Press. doi:10.1017/9781108367530.002
- Chenwi, L. (2018). The right to a satisfactory, healthy, and sustainable environment in the african regional Human Rights system. In J. H. Knox, & R. Pejan (Eds.), *The human right to a healthy environment* (pp. 59-85). Cambridge University Press. doi:10.1017/9781108367530.004
- Clapham, A. (2006). *Human rights obligations of non-state actors*. Oxford University Press.
- Comisión Europea. (2022a). *Anexo de la 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*. Unión Europea.
- Comisión Europea. (2022b). *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*. Unión Europea.
- Consejo de Derechos Humanos. (2011). *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*. A/HRC/17/31. ONU.
- Consejo de Derechos Humanos. (2014). *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*. A/HRC/RES/26/9. ONU.
- Consejo de Derechos Humanos. (2018). *Informe del relator especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. Naciones Unidas.

- Convenio de Aarhus (1998). Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. UNECE.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Opinión consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre solicitada por la República de Colombia*. Corte IDH.
- De Schutter, O. (2016). Towards a new treaty on business and human rights. *Business and Human Rights Journal*, 1(1), 41-67. <https://doi.org/10.1017/bhj.2015.5>
- Deva, S. (2021). The UN guiding principles' orbit and other regulatory regimes in the business and human rights universe: Managing the interface. *Business and Human Rights Journal*, 6(2), 336-351. <https://doi.org/10.1017/bhj.2021.23>
- Drumbl, M. A. (2010). Actors and law-making in international environmental law. In M. Fitzmaurice, D. M. Ong & P. Merkouris (Eds.), *Research handbook on international environmental law* (pp. 3-25). Glos-Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited.
- Férnandez, R. M. (2016). La protección del medio ambiente por el tribunal europeo de derechos humanos: Últimos avances jurisprudenciales. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, (31), 163-204.
- Fernández, R. M. (2021). Jurisprudencia ambiental internacional (segundo semestre 2021). *Revista Catalana De Dret Ambiental*, 12(2), 1-15.
- Fowler, R. J. (1995). International environmental standards for transnational corporations. *Environmental Law*, 25(1), 1-30. <https://www.jstor.org/stable/43266402>
- Goisis, F. (2017). Human right to a healthy environment in europe. In Baker McKenzie (Ed.), *Environmental priorities and management challenges in a changing world* (pp. 14-24).
- Gómez, J. (2020). *Se cumplen diez años del desastre petrolero en el golfo de México y los daños persisten*. France 24.
- Iglesias Márquez, D. (2022). La debida diligencia en materia de derechos humanos: Estado de la cuestión y perspectivas. En K. M. Rico & M. E. Guadarrama (eds.), *Tomo XVI. Derechos humanos y Empresas de la Colección de Estudios en Derechos Humanos* (pp. 32-65). Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamaxtli.
- Iglesias, D. (2019). *The Institutionalisation of Initiatives to Promote Business Respect for Human Rights*. Institut Català Internacional per la Pau.
- Jägers, N. (2021). UN guiding principles at 10: Permeating narratives or yet another silo?. *Business and Human Rights Journal*, 6(1), 198-211. <https://doi.org/10.1017/bhj.2021.9>
- Klabbers, J. (2018). Treaties and their preambles. In M. J. Bowman, & D. Kritsiotis (Eds.), *Conceptual and contextual perspectives on the modern law of treaties* (pp. 172-200). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781316179031.009>
- Knox, J. H., & Pejan, R. (2018). Introduction. In J. H. Knox & R. Pejan (Eds.), *The human right to a healthy environment* (pp. 1-16). Cambridge University Press. doi:10.1017/9781108367530.001

- League of Arab States. (2004). *Arab Charter on Human Rights*.
- López Latorre, A. F. (2020). In defence of direct obligations for businesses under international human rights law. *Business and Human Rights Journal*, 5(1), 56-83. doi:10.1017/bhj.2019.27
- Lopez, C., & Shea, B. (2016). Negotiating a treaty on business and human rights: A review of the first intergovernmental session. *Business and Human Rights Journal*, 1(1), 111-116. doi:10.1017/bhj.2015.15
- López-Jacoiste, E. (2018). Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos. In C. R. Fernández Liesa, & E. López-Jacoiste Díaz (Eds.), *Empresas y Derechos Humanos* (pp. 36-66). Thomson Reuters Aranzadi.
- OEIGWG. (2017). *Elements for a draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. Chairmanship of the OEIGWG established by HRC Res. A/HRC/RES/26/9*.
- OEIGWG. (2018). *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises. Zero draft*. United Nations.
- OEIGWG. (2019). *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises. First draft*. United Nations.
- OEIGWG. (2020). *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises. Second draft*. United Nations.
- OEIGWG. (2021). *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises. Third draft*. United Nations.
- ONU. (1972). *Informe de la conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio Humano A/CONF.48/14/rev.1*. ONU.
- Organización de Estados Americanos. (1988). *Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: "Protocolo de san salvador"*. OAS
- Parlamento Europeo. (2021). *Diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa. Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL))*. Unión Europea.
- Ruggie, J. G. (2020). The social construction of the UN guiding principles on business and human rights. In S. Deva, & D. Birchall (Eds.), *Research handbook on human rights and business* (pp. 63-87). London: Edward Elgar.
- Taylor, M., & Watts, J. (2019). *Revealed: The 20 firms behind a third of all carbon emissions*. The Guardian.

The Danish Institute for Human Rights. (2022). *Legislating for impact: Analysis of the proposed EU corporate sustainability due diligence directive*. Copenhagen: The Danish Institute for Human Rights.

Zárate, J. (31 de enero de 2022). *La mancha negra que devora un país*. El País.

Citación/como citar este artículo: De Erice, L. y Iglesias, D. (2022). Empresas transnacionales y el derecho humano a un medioambiente sano: perspectiva ambiental de las propuestas normativas de conducta empresarial responsable. *Nullius*, 3(2), 131-157. DOI: 10.33936/revistaderechos.v3i2.4588

Agradecimientos

El presente estudio ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “Sostenibilidad ambiental, social y económica de la justicia. Retos de la Agenda 2030” (PID2021-126145OB-I00) y del proyecto de investigación “Las nuevas normas de debida diligencia obligatoria como respuesta para hacer frente a la violencia que sufren las personas defensoras de los derechos humanos y el medio ambiente” (ICI019/22/000010).