



Cómo un futuro instrumento jurídicamente vinculante ayudaría a salvar los obstáculos que impiden que las víctimas de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas tengan acceso a la justicia

Por Daniel Uribe*

Investigador visitante del Centro del Sur

Introducción

La complejidad de las estructuras empresariales en la actual economía globalizada ha dado lugar a una serie de obstáculos jurídicos que restringen los derechos de las víctimas para acceder a la justicia en casos de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas. Expertos, organizaciones no gubernamentales (ONG) y actores sociales de todo el mundo han documentado y comentado ampliamente varios de estos casos¹, que ponen de manifiesto los obstáculos, prácticos y de procedimiento, a los que se enfrentan las víctimas de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas a la hora de acceder a mecanismos judiciales para obtener reparación, tanto en los Estados de origen como en los anfitriones en los que operan las empresas transnacionales (ETN).

Pese a que la obligación principal de los Estados es proteger los derechos humanos, también es cierto que no todas las jurisdicciones pueden hacer frente al mundo empresarial en constante cambio, y en particular, cuando dichas empresas operan a nivel transnacional, lo que obliga a las víctimas a iniciar procesos judiciales contra ETN directamente en los Estados de origen de las empresas². Los problemas a los que se enfrentan las víctimas en estos casos son los obstáculos en la jurisdicción del Estado anfitrión que no cuenta con leyes sustantivas y de procedimiento adecuadas para obtener una reparación efectiva³— y los obstáculos relativos a la competencia de los tribunales extranjeros, la recopilación de material probatorio e información o incluso la incertidumbre de si se podrá levantar el velo corporativo al incoar un proceso judicial en el Estado de origen de las ETN.

En tales circunstancias, un paso necesario para progresar en las discusiones sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas por ETN y otras empresas⁴ consistiría en determinar los diferentes obstáculos jurídicos y prácticos a los que se enfrentan las víctimas inmersas en estos procesos y plantear diferentes opciones para superarlos. El grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos (en adelante, el grupo de trabajo) podría basarse en estas reflexiones para estudiar los mecanismos que garantizan el

derecho de las víctimas a acceder a la justicia y determinar las lagunas que podría colmar un futuro instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas y los derechos humanos.

Las dificultades a las que se enfrentan las víctimas de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas

Durante la primera sesión del grupo de trabajo, Richard Meeran, socio del bufete de abogados Leigh Day y letrado en los procesos contra las multinacionales con sede en el Reino Unido⁵, afirmó que existen deficiencias considerables en el acceso a la reparación, entre las que se encuentran varios obstáculos prácticos y de procedimiento⁶. En concreto, Richard Meeran expuso que algunos de los obstáculos más comunes a los que se enfrentan las víctimas en los litigios transnacionales sobre violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas son el *forum non conveniens*, el levantamiento del velo corporativo y la recopilación de pruebas⁷.

Asimismo, en el informe realizado por encargo de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre la responsabilidad empresarial en los casos de violaciones graves de los derechos humanos⁸, se hace alusión a estos obstáculos y además se pone de relieve las diferencias que puede haber en función de los países, y que, en muchos casos, reflejan la diversidad de los sistemas jurisdiccionales, culturas y tradiciones jurídicas, así como diferentes niveles de estabilidad social y política y diferentes niveles de desarrollo económico. Según el informe, dichas diferencias constituyen una de las dificultades que deben superarse para mejorar el acceso a la reparación a nivel nacional⁹.

Obstáculos y limitaciones prácticos

Dificultades económicas (honorarios de los juristas y asistencia letrada)

A menudo, iniciar procesos judiciales contra las ETN y otras empresas por presuntas violaciones de los derechos humanos implica una gran inversión de tiempo y dinero. Normalmente, las ETN cuentan con mejores medios económicos y financieros que las víctimas para afrontar procesos judiciales largos y complejos¹⁰ y pueden contratar,

*Traducido del inglés por Laura García

para su defensa, a grandes despachos de abogados. Al contrario, las víctimas, la mayoría de las veces, dependen de la asistencia de letrados de oficio o de servicios *pro bono* para incoar este tipo de acciones judiciales. Además, la incertidumbre del resultado final de estos procesos trae consigo mayores riesgos que otros procedimientos privados en lo que se refiere a la cuantía total de las costas procesales, y puede privar a las víctimas de la asistencia letrada y el servicio de expertos adecuados. Por tanto, puede que las víctimas no estén en condiciones de interponer demandas en materia de derechos humanos contra ETN y otras empresas.

- **Dificultades para obtener asistencia letrada:** Por lo general, los Estados facilitan asistencia letrada; esta depende del nivel de ingresos y de los medios de los que dispone el demandante, lo que implica que debe demostrar que no dispone de los medios económicos suficientes para cubrir las costas procesales por sí mismo¹¹. De igual modo, la nacionalidad o el lugar de residencia de la víctima restringirán el acceso a la asistencia letrada en el Estado del foro, ya que será necesario demostrar que el país de residencia o de la nacionalidad de dicha víctima no previó mecanismos de asistencia letrada para estos casos, o que tales mecanismos son ineficaces¹².

Además, la asistencia letrada obligatoria generalmente solo se facilita en los procesos penales¹³; sin embargo, en algunas jurisdicciones, se admite la posibilidad de ofrecer asistencia letrada en los procesos civiles si existe una base jurídica de peso¹⁴. No obstante, se ha señalado que, hoy por hoy, los Estados han reducido el presupuesto para facilitar asistencia letrada en los procesos fuera del ámbito penal¹⁵.

- **El principio de «el que pierde paga»:** el principio de «el que pierde paga» implica que la parte que pierde el juicio debe pagar las costas procesales a la parte que lo gana. Los riesgos que se corren al iniciar procesos judiciales en materia de derechos humanos contra empresas aumentan debido a la gran cantidad de recursos económicos que las empresas están dispuestas a invertir al defenderse de estas acusaciones¹⁶; por esta razón, las víctimas suelen optar por no continuar con el proceso o decantarse por la vía extrajudicial. Además, en las jurisdicciones en las que no se aplica el principio de «el que pierde paga» o solo se aplica parcialmente, el demandado puede solicitar que el tribunal obligue a la parte que pierde la causa a pagar las costas procesales en caso de que la demanda sea infundada, o incluso llegar a iniciar «represalias judiciales» contra el demandante para obtener una indemnización por perjuicios a su reputación¹⁷.

- **La ausencia de mecanismos de acción colectiva o de grupo:** los mecanismos de acción colectiva o de grupo se refieren a los procedimientos en los que un grupo de víctimas es representado por uno o más representantes¹⁸. El reembolso de los gastos los despachos de abogados que participan en un proceso judicial de acción colectiva suele estar sometido a contingencia, lo que significa que los abogados se hacen cargo de los costes, pero que recuperarán lo invertido en función del resultado final del litigio.

En este tipo de acciones judiciales, generalmente se requiere que los particulares, pertenecientes a un mismo grupo, compartan una situación jurídica o de hecho común y que las pretensiones de las partes representadas sean representativas de las del grupo¹⁹. Sin embargo, no en todas las jurisdicciones está permitido este tipo de acciones y, en las que se admiten, se requiere generalmente que los miembros del grupo determinen la similitud de su situación y demuestren la concurrencia de circunstancias fácticas comunes y no solo haber estado sometidos a una misma política general de igualdad de trato²⁰, por lo que cumplir estos requisitos resulta difícil.

Acceso a la información y a los trabajos de investigación

El acceso a las pruebas y su recopilación en el Estado anfitrión, además de la cooperación judicial entre el Estado de origen y el anfitrión, son piezas fundamentales para profundizar en la investigación de las presuntas violaciones que habrían sufrido las víctimas a raíz de infracciones cometidas por empresas. Sin embargo, las diligencias para acceder a la información y a las pruebas en los casos de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas requieren tiempo y recursos. Al contrario que en los casos comunes de delincuencia callejera, las infracciones empresariales conllevan una serie de actos y decisiones ejecutados en una sede corporativa estratificada que normalmente goza de la protección de normas societarias y de confidencialidad, por lo que reunir material probatorio resulta más difícil y oneroso²¹.

- **El derecho a la privacidad (acuerdos de confidencialidad):** En general, el derecho a la privacidad se refiere al derecho de todo individuo a no estar sujeto a injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia²². El derecho a la privacidad impide al Estado proceder a un registro o una incautación de bienes sin que se haya emitido una orden judicial. Pese a que el derecho de las empresas a la privacidad²³ ha sido objeto de debate, está claro que los locales comerciales y los locales de las empresas son establecimientos privados, lo que implica que se requiere una orden judicial para proceder a su registro. Este es el caso, sobre todo, en los procesos penales, en los que los organismos encargados de hacer cumplir la ley están obligados a determinar una «causa probable» para acceder a pruebas relevantes vinculadas a la comisión de un delito. En asuntos fuera del ámbito penal, los procedimientos relacionados con la obligación de revelar los datos y las pruebas precisan de órdenes judiciales —que son complejas y toman tiempo— sobre todo dado que será necesario especificar qué documentos e información se necesita y su pertinencia para la investigación²⁴.

- **Ubicación de las pruebas y la información:** sobre todo en los casos relacionados con el comportamiento de las empresas con implicaciones transnacionales, podrían emplearse la ubicación geográfica de la prueba y la información como excusa para declinar la competencia de los

tribunales del Estado de origen de las ETN. Los demandados podrían alegar que los tribunales del Estado de origen no tienen la competencia requerida para investigar acerca del comportamiento presuntamente lesivo, ya que las pruebas se encuentran en otra jurisdicción territorial en la que sería más fácil recabarlas. Además, para obtener un mayor número de pruebas, en estos casos, se necesitan numerosos recursos para llevar a cabo la instrucción y el enjuiciamiento y plena cooperación por parte de los países concernidos²⁵. La falta de dichos recursos y de cooperación puede dar lugar a la desestimación del caso²⁶.

- **Volumen y complejidad de la información:** incluso en los casos en los que la obligación de revelar los datos y las pruebas es amplia²⁷, el volumen y la complejidad de los registros contables y los archivos de la empresa necesarios para fundamentar el caso y demostrar que las ETN controlan filiales, subcontratistas y otras entidades de la cadena mundial de valor podría reducir la eficacia del registro²⁸ en la medida en que las infracciones que cometen las grandes empresas, como las ETN pueden ser mucho más complejas que las de las empresas privadas más pequeñas, lo que hace que detectarlas sea más difícil para el Estado²⁹.

Falta de cooperación entre los Estados

La cooperación internacional es esencial en los casos de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas que ejercen actividades transfronterizas. Como se ha explicado, los demandantes y los organismos oficiales del Estado involucrados en estos procesos pueden necesitar de la cooperación judicial internacional para acceder a la información, a las pruebas o a testigos que se encuentran en el extranjero, o para proceder a la incautación de activos a fin de garantizar la ejecución de las sentencias judiciales y la reparación. No obstante, la cooperación judicial no es automática y requiere bien la práctica de la cortesía entre los Estados o bien el recurso a instrumentos de cooperación internacional.

- **Diferencias en los sistemas jurídicos:** La asistencia judicial mutua entre los Estados es fundamental para avanzar en la instrucción y en el proceso judicial en los casos transfronterizos de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas. Sin embargo, no todos los Estados comparten el mismo sistema jurídico, y estas diferencias pueden generar discrepancias en cuanto a las normas jurídicas que deberían aplicarse en las distintas jurisdicciones en lo que respecta a la ejecución de las sentencias judiciales, el ámbito de aplicación de las órdenes judiciales de revelar los datos y las pruebas o la naturaleza de las sanciones y las vías de recurso³⁰. Por consiguiente, los tribunales, o los organismos encargados de hacer cumplir la ley de la jurisdicción pertinente pueden negarse a cooperar jurídica y judicialmente, alegando causas de incompatibilidad con su legislación y su práctica jurídica³¹.

- **Escasez de cortesía o de instrumentos de cooperación judicial entre Estados:** El reconocimiento del principio de la soberanía del Estado y el de no interven-

ción en los asuntos internos de los Estados entorpece la articulación automática de los mecanismos de cooperación judicial internacional entre los Estados. Esta es la razón por la que una cooperación judicial internacional efectiva entre los Estados depende de la práctica de la cortesía o de la aplicación de acuerdos internacionales en la materia. Hoy por hoy, no todos los Estados son parte en acuerdos bilaterales, regionales o internacionales en materia de cooperación judicial³² y en la mayoría de los casos, los Estados dependen de la voluntad del Estado en cuestión para ejecutar órdenes judiciales y sentencias, o de autorizar trabajos preparatorios para facilitar la investigación de violaciones de los derechos humanos perpetradas por empresas. Asimismo, en tales casos, las relaciones políticas, económicas e internacionales entre los Estados pueden constituir un obstáculo más para los demandantes o los fiscales que recurren a las jurisdicciones extranjeras.

Ejecución de las sentencias

Incluso cuando los intereses de las víctimas han acabado prevaleciendo en los procesos judiciales contra las ETN y otras empresas, en la práctica puede complicarse la ejecución de la sentencia. Pueden resultar problemáticos, entre otros, la cuantía de la indemnización concedida, el reparto de tal indemnización entre las víctimas en procesos de acción colectiva o de grupo y, en los casos relativos al comportamiento de las empresas con implicaciones transnacionales, las divergencias en cuanto a las normas jurídicas aplicables y los tipos de indemnización³³.

- **Elusión de la responsabilidad de las empresas:** La estructura corporativa de las empresas que operan a nivel transnacional puede fomentar la impunidad en los casos de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas. Por ejemplo, al reducir su actividad comercial y liquidar sus activos en los Estados anfitriones, las empresas les impiden a las víctimas obtener reparación³⁴.

Los acuerdos confidenciales y los derechos humanos

Los acuerdos confidenciales a los que llegan las ETN y los demandantes son un obstáculo para el análisis de otros fundamentos de la responsabilidad empresarial, la creación de precedentes y para disuadir a las empresas de reincidir en su comportamiento. Asimismo, la naturaleza de estos acuerdos confidenciales impide que el Estado pueda comprobar que la reparación obtenida es adecuada y efectiva.

Obstáculos jurídicos

Forum non conveniens

La doctrina del *forum non conveniens* normalmente se aplica a los casos en los que está implicada más de una jurisdicción. En virtud de esta doctrina, los tribunales pueden declararse incompetentes si existe una jurisdicción más apropiada para resolver el conflicto. Esta decisión puede sustentarse en que el tribunal considera que hay otra jurisdicción que tiene un vínculo más fundado y estrecho con el litigio³⁵. La doctrina del *forum non conveniens* es un instrumento al que se recurre con frecuencia para declarar la incompetencia jurisdiccional en los litigios de violaciones

de los derechos humanos cometidas por empresas.

- **Competencia por razón de la persona y correlación insuficiente:** Por lo general, los tribunales solo tienen competencia sobre las personas físicas y jurídicas, y para conocer de asuntos que han tenido lugar en su jurisdicción territorial. Las ETN operan en los Estados anfitriones a través de filiales, agentes o distribuidores, por lo que las instancias judiciales en sus Estados de origen pueden declararse incompetentes en los litigios en los que no se ha probado una correlación suficiente entre la ETN y la conducta adoptada en el extranjero³⁶. La parte demandada también puede alegar que la correlación insuficiente con el foro del Estado de origen dificulta la recopilación de material probatorio y el acceso a la información y a los testimonios³⁷, y que, por tanto, el proceso debería resolverse en un foro más apropiado.

- **Escasez de normas jurídicas comunes sobre la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*:** Pese a que esta doctrina requiere que se compruebe si existe un foro alternativo más adecuado para juzgar el conflicto³⁸, no define un «marco» común sobre los *criterios de idoneidad* de tal foro alternativo. Por ejemplo, algunas instancias judiciales pueden resolver que juzgar el conflicto en el foro del territorio en el que se cometió el acto puede simplificar el proceso de reunir material probatorio y facilitar el acceso a la información³⁹, mientras que otras pueden considerar que la complejidad y la índole del litigio hacen que el foro aparentemente apropiado no sea idóneo para conocer del asunto⁴⁰. La escasez de normas jurídicas sobre la aplicabilidad de la doctrina del *forum non conveniens* restringe el derecho de las víctimas a acceder a la justicia, debido a la incertidumbre jurídica que reina en los tribunales a la hora de determinar la «conveniencia» del foro.

La presunción de que la extraterritorialidad no se aplica a las leyes nacionales

En los últimos años, la mayoría de los litigios en materia de derechos humanos y empresas transnacionales se ha resuelto en los Estados Unidos. En efecto, la Ley de Reparación de Agravios a Ciudadanos Extranjeros⁴¹ (ATCA) de los Estados Unidos ofrece un fundamento jurídico a las víctimas de delitos extracontractuales cometidos en el extranjero para iniciar un proceso judicial contra los responsables de tales delitos en los tribunales federales de este país. Sin embargo, la presunción de contra la extraterritorialidad, que se sustenta en el principio de soberanía y no intervención en los asuntos internos del Estado, está ampliamente reconocida en los Estados Unidos. En virtud de esta presunción, el derecho interno de un Estado solo podrá aplicarse a los actos que han tenido lugar en el territorio de dicho Estado⁴². En la práctica, esto implica que los tribunales de un determinado Estado se abstendrán de aplicar el derecho nacional a actos acaecidos y conductas observadas en el extranjero; por tanto, su competencia en dichos asuntos será limitada.

- ***Kiobel contra Royal Dutch Petroleum Co***⁴³: Este es el

caso más célebre sobre la violación de derechos humanos cometida por empresas en el que el principio de presunción que reza que las leyes no se aplican extraterritorialmente fue tratado en mayor profundidad. En el litigio, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos consideró si la ATCA⁴⁴ podía aplicarse extraterritorialmente. El Tribunal decretó que dicha ley solo puede aplicarse a actos que han tenido lugar en el territorio de los Estados Unidos y no a aquellos realizados en el extranjero⁴⁵, restringiendo así la aplicación de la ATCA a los casos que afectan directamente y que están estrechamente ligados al territorio estadounidense y que no traen consigo consecuencias negativas para la política exterior del país⁴⁶. Por lo tanto, la presunción contra la extraterritorialidad sigue prevaleciendo.

La doctrina de la personalidad jurídica distinta de las empresas

La doctrina de la «personalidad jurídica distinta» de las empresas se fundamenta en principios del derecho societario y ha influenciado en general la legislación interna de la mayoría de países. En virtud de esta doctrina, las empresas matrices no son directamente responsables de los actos de las filiales que poseen o controlan⁴⁷. En otras palabras, la doctrina de «personalidad jurídica distinta» implica que una filial se considera una entidad jurídica separada de la empresa matriz propietaria o que la controla; lo que también se aplica a las empresas mixtas, a contratistas y a otras entidades en la cadena comercial de una empresa. Este principio tiene importantes consecuencias en derecho internacional, ya que se entiende que las sociedades filiales poseen la «nacionalidad» del país en el que se establecen y no la del país en la que la empresa matriz tiene su domicilio social⁴⁸.

- **Determinar la causalidad:** Otra de las consecuencias que se desprende de la doctrina de la personalidad jurídica distinta es la dificultad de determinar la causalidad. Para determinarla, es necesario demostrar que la conducta de una persona física contribuyó a causar el perjuicio, y que puede invocarse la responsabilidad de esta porque era de esperar que su conducta ocasionara tal perjuicio⁴⁹. No obstante, en los casos de violaciones de los derechos humanos por parte de las ETN, la doctrina de la «personalidad jurídica distinta» no solo pone trabas para determinar la correlación entre la empresa matriz y la violación de los derechos humanos, sino también entre la empresa matriz y sus filiales; con lo cual se reducen las posibilidades de que las víctimas de violaciones para obtengan una reparación efectiva y adecuada.

La prescripción legal

La ley de prescripción se refiere a las normas que determinan el plazo para ejercitar determinadas acciones judiciales ante un tribunal. La mayoría de las jurisdicciones comparten estas normas, pero el plazo puede variar dependiendo del tipo de acción, la cuantía de la indemnización reclamada, etc. En el caso de las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas, las limitaciones temporales pueden dificultar el acceso a la justicia debido

al tiempo que se necesita para reunir el material probatorio y la información o a los obstáculos en la instrucción de los procesos⁵⁰. La aplicación de las limitaciones temporales o la prescripción legal resultará más compleja en los procesos en los que se examinen conductas transnacionales, dado que las instancias judiciales tendrán que determinar qué ley nacional se aplicará en cada caso⁵¹.

La elección de la ley aplicable

En los casos que presentan componentes transnacionales, normalmente los tribunales proceden al análisis de la legislación aplicable para determinar cuál debe aplicarse al caso⁵²: la del Estado del foro o la del Estado extranjero. Por norma general, los tribunales aplicarán la legislación de la jurisdicción en la que se sufre el agravio⁵³, pero, en los casos de violaciones de los derechos humanos, dicho análisis resulta más complejo, puesto que la instancia competente invocar razones de peso para aplicar el derecho del Estado del foro. Por ejemplo, cuando los plazos de prescripción del Estado extranjero no permiten presentar una demanda, el tipo y la cuantía del recurso no permiten la obtención efectiva de una reparación adecuada o por otras razones de orden público necesarias para garantizar el derecho de las víctimas a acceder a la justicia. No obstante, la incertidumbre jurídica en el modo de determinar la legislación aplicable plantea ciertos problemas a las víctimas, puesto que, dependiendo de la jurisdicción que elijan los tribunales, los demandantes estarán obligados a cumplir con diferentes normas sustantivas y de procedimiento.

Maneras de superar los obstáculos para acceder a la justicia en los casos de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas

Aunque aplicar un enfoque que busque contentar a todos en el contexto de las ETN y otras empresas y derechos humanos⁵⁴ es problemático, ello no debería dificultar la elaboración de instrumento internacional jurídicamente vinculante para consolidar las normas internacionales sobre derechos humanos con respecto a las operaciones de las ETN. Los distintos obstáculos y limitaciones en el acceso a la justicia a los que se enfrentan las víctimas de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas requieren de la participación de la comunidad internacional, a fin de elaborar diferentes propuestas cuyo objetivo es resolver las carencias del orden jurídico internacional y garantizar el acceso a la justicia y la rendición de cuentas por parte de las empresas.

Algunas de las opciones para superar dichos obstáculos son las siguientes:

Cooperación internacional y complementariedad

La creación de mecanismos de cooperación internacional podría ser clave para garantizar que las víctimas de violaciones de los derechos humanos cometidas por

empresas tuviesen acceso a la justicia, dado que permitiría aunar los esfuerzos de los Estados para acabar con las conductas lesivas de las empresas. La cooperación internacional debería abarcar la cooperación entre los órganos encargados del cumplimiento de la ley y la asistencia mutua transfronteriza⁵⁵.

Otra alternativa para abordar obstáculos más concretos sería permitir que, en virtud de un futuro instrumento jurídicamente vinculante, las instancias judiciales extranjeras se declarasen competentes en casos de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas aclarando el concepto de la «indisponibilidad de otros foros» a tenor del principio del foro de necesidad (*forum necessitatis*)⁵⁶, o bien prohibiendo la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*, lo que abriría una vía a los demandantes para iniciar un proceso judicial contra una ETN directamente en su Estado de origen⁵⁷. Este sistema debería fundarse en el principio de la complementariedad, en virtud del cual se atribuye jurisdicción adjudicativa extraterritorial a un tribunal extranjero en caso de que el foro principal no pueda ejercer jurisdicción en primera instancia⁵⁸.

Además, un futuro instrumento internacional en la materia también podría establecer nuevas normas sobre el reconocimiento mutuo y la ejecución de sentencias en los casos de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas. Existen una serie de tratados regionales e internacionales⁵⁹ que regulan el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil⁶⁰ y en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras⁶¹. Su objetivo principal es facilitar el reconocimiento de sentencias extranjeras y establecer procedimientos simplificados para ejecutarlas. Desde esta perspectiva, el grupo de trabajo intergubernamental podría basarse en los modelos que plantean estos instrumentos y en los mecanismos concebidos para la ejecución de sentencias en casos de violaciones de los derechos humanos perpetradas por ETN y otras empresas, con el propósito de sentar las bases para que los Estados Miembros puedan reconocer las sentencias y consolidar la reciprocidad entre ellos⁶².

El deber de diligencia, de transparencia y de información

Para garantizar la eficacia y la aplicación de un futuro instrumento jurídicamente vinculante sobre ETN y otras empresas y derechos humanos, dicho instrumento podría disponer que las empresas formulen medidas y políticas en línea con las normas nacionales e internacionales en materia de derechos humanos, con el objetivo de evaluar, prevenir y mitigar las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos y también velar por el respeto y la ejecución de las sentencias. Así, el instrumento podría incluir la obligación del reconocimiento del deber de diligencia, en virtud del cual una empresa matriz responderá directamente del perjuicio que una de las entidades que pertenecen a su entramado corporativo ha causado en el extranjero, en caso de que no se pueda demostrar que hizo todo lo posible para evitarlo⁶³.

En estas circunstancias, las ETN y otras empresas deberán operar respetando los principios de transparencia y divulgación para garantizar que las autoridades competentes ejerzan un control sobre sus actividades. Para ello podría preverse, en primer lugar, el requisito de presentar informes obligatorios sobre derechos humanos a las autoridades nacionales instituidas en virtud de un futuro instrumento a tal efecto —siguiendo el modelo de los mecanismos nacionales de prevención que estableció el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura— y, en segundo lugar, que las instancias judiciales, u otros órganos competentes, pudiesen supervisar los acuerdos extrajudiciales entre las víctimas y la empresa. Además, un futuro instrumento debería conferir a las autoridades judiciales la competencia «para aplicar doctrinas que les permitan determinar la existencia de vínculos reales entre entidades formalmente separadas, como [la doctrina del levantamiento del velo societario] o la de [la entidad económica única]»⁶⁵.

Conclusión

La globalización económica actual ha favorecido el desarrollo de operaciones transnacionales en y entre los grupos empresariales. Al llevar a cabo estas actividades, las empresas pueden menoscabar y vulnerar el disfrute de los derechos humanos. Sin embargo, los diferentes obstáculos prácticos y jurídicos con los que se topan las víctimas de estas violaciones para acceder a la justicia dan pie a que las empresas eludan su responsabilidad y no sean condenadas a indemnizar a las víctimas ni en los Estados de origen ni en los anfitriones.

El representante especial del secretario general de la ONU en materia de derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas reconoció que el actual «mosaico de mecanismos está incompleto y es deficiente» y que «debe mejorarse en su conjunto y parte por parte»⁶⁶. Por consiguiente, en los debates en torno a la elaboración y la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas y los derechos humanos, deberían abordarse los distintos obstáculos prácticos y jurídicos en este ámbito y proponer diferentes opciones para superarlos, en particular, a través de la promoción de mecanismos de cooperación internacional, además de la «articulación y la aplicación efectivas de las obligaciones extraterritoriales»⁶⁷ para «colmar eficazmente las carencias del orden jurídico internacional actual [...]»⁶⁸.

Notas:

1. Véase, por ejemplo, EarthRights International, «Out of Bounds: Accountability for Corporate Human Rights Abuse After Kiobel» (2013), <<https://www.earthrights.org/publication/out-bounds>>, solo disponible en inglés; Gwynne Skinner, Robert McCorquodale y Olivier De Schutter, «El tercer pilar: El acceso a los recursos judiciales para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales» (Mesa Redonda Internacional sobre la Responsabilidad Corporativa (ICAR, por sus siglas

en inglés), CORE y la Coalición Europea para la Justicia Corporativa (ECCJ, por sus siglas en inglés), 2013); Center for Constitutional Rights (CCRJustice), «Corporate Human Rights Abuses», <<https://ccrjustice.org/home/what-we-do/issues/corporate-human-rights-abuses>> (en inglés).

2. Sarah Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation* (Hart Publishers, Oxford, 2004), (en inglés).

3. Iman Prihandono, «Barriers to Transnational Human Rights Litigation against Transnational Corporations (TNCs): The Need for Cooperation between Home and Host Countries», *Journal of Law and Conflict Resolution* Vol 3(7) (2001), pág. 90 (en inglés).

4. En este informe sobre políticas, nos referiremos a las ETN y otras empresas con los términos empresas transnacionales (ETN) y empresas multinacionales.

5. Véase el siguiente enlace: <https://www.leighday.co.uk/Our-experts/partners-at-ld/Richard-Meeran>, (en inglés).

6. Presentación de Richard Meeran en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas con el grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos (julio de 2015), comentada en el *South Bulletin* 87-88 (noviembre de 2015), pág. 21.

7. Ibid.

8. Jennifer Zerk, «Corporate Liability for Gross Human Rights Abuses: Towards a Fairer and More Effective System of Domestic Law Remedies» (2013), disponible (en inglés) en el siguiente enlace:

<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf>, consultado por última vez en agosto de 2016.

9. Ibid., pág. 64.

10. Justin Jos, «Voice of Bhopal: Different Dimensions of the Barriers to Justice in Bhopal Gas Tragedy Case» (2016), disponible (en inglés) en el siguiente enlace: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=280327, consultado por última vez en agosto de 2016.

11. Véase el artículo 5(1) y (2) de la Directiva 2003/8 del Consejo en el Diario Oficial de la Unión Europea (UE), Volumen 46 (Bruselas, 31 de enero de 2003).

12. Véase Connelly (A.P.) c. R.T.Z Corporation Plc y otros, [1997] UKHL 30, y Richard Meeran, «Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An Overview of the Position Outside the United States», *City University of Hong Kong Law Review* (2011), pág. 34. Disponibles en inglés.

13. Véase Skinner, McCorquodale y De Schutter (2013), *op. cit.*, págs. 47 a 51.

14. Ibid.

15. Véase Asher Flynn, Jude McCulloch, Bronwyn Naylor, Natalie Byrom y Jackie Hodgson, «Access to Justice: A Comparative Analysis of Cuts to Legal Aid» (2014), Report of the Monash Warwick Legal Aid Workshop Hosted by Monash University with the support of the University of Warwick (en inglés).
16. Véase Zerk (2013), *op. cit.*, pág. 80 (en inglés).
17. Véase Skinner, McCorquodale y De Schutter (2013), *op. cit.*, págs. 48 a 53.
18. *Ibid.*, pág. 57.
19. Normativa Federal Estadounidense de Procedimiento Civil, Norma 23.
20. *Wal-Mart Stores Inc. c. Dukes*, 131 S. Ct. 2541 (2011), caso citado por Skinner, McCorquodale and De Schutter (2013), *op. cit.*, pág. 57.
21. Darryl K. Brown, «The Problematic and Faintly Promising Dynamics of Corporate Crime Enforcement», *Ohio State Journal of Criminal Law* vol. 1 (2004), p. 528 (en inglés).
22. El derecho a la privacidad está recogido en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en otros instrumentos regionales en materia de derechos humanos.
23. En concreto, el Tribunal Supremo estadounidense examinó la aplicación de la Cuarta Enmienda (protección del derecho a la privacidad) a las empresas, y sostiene que dicha enmienda ofrece un grado de protección menor a las empresas que a los particulares. Véase Brandon L. Garrett, «The Constitutional Standing of Corporations», *University of Pennsylvania Law Review* vol. 163 (2014), págs. 122 a 128 (en inglés).
24. Kent Greenwalt y Eli Noam, «Confidentiality Claims of Business Organizations» en Harvey J. Goldschmid and Columbia University (ed.), *Business Disclosure--Government's Need to Know* (McGraw-Hill, 1979), pág. 386 (en inglés).
25. Al-Haq, «Prosecutor Dismisses War Crimes against Riwal», solo disponible en inglés en el siguiente enlace: <http://www.alhaq.org/advocacy/targets/accountability/71-riwal/704-prosecutor-dismisses-war-crimes-case-against-riwal>, consultado por última vez en agosto de 2016.
26. *Ibid.*
27. Greenwalt y Noam (1979), *op. cit.*, pág. 387.
28. Brown (2004), *op. cit.*, pág. 527.
29. *Ibid.*, pág. 528.
30. Zerk (2013), *op. cit.*, pág. 101.
31. *Ibid.*
32. Véase, por ejemplo, el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 entre los Estados Miembros de la UE relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; el Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros; la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.
33. Zerk (2013), *op. cit.*, pág. 85.
34. Transnational Institute (TNI), «Arquitectura de impunidad» (2015), disponible en <https://www.tni.org/es/publicacion/arquitectura-de-impunidad>, consultado por última vez en agosto de 2016; Business and Human Rights Resource Centre, «Demanda contra Kaweri Coffee (parte de Neumann Gruppe) (por un desalojo forzado en Uganda)», disponible en <https://business-humanrights.org/es/demanda-contra-kaweri-coffee-parte-de-neumann-gruppe-por-un-desalojo-forzado-en-uganda>, consultado por última vez en agosto de 2016.
35. Véase la declaración del demandado en el litigio *Connelly (A.P.) c. R.T.Z Corporation Plc and Others* [1997] UKHL 30 (en inglés).
36. Véase la sentencia del caso *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013), (en inglés).
37. Al-Haq, *op. cit.*
38. Carlos Arévalo, «Is an International Corporate Human Rights liability framework needed? An Economic Power, Business and Human Rights, and American Extraterritorial Jurisdiction analysis», *Opinión Jurídica Universidad de Medellín* vol. 12 (2013), pág. 110 (en inglés).
39. *Sahu c. Union Carbide Corp.*, 746 F. Supp. 2d 609 (Tribunal de distrito, Distrito Sur de Nueva York, 2010), (en inglés).
40. *Connelly (A.P.) c. R.T.Z Corporation Plc and Others* [1997] UKHL 30 (en inglés).
41. 28 U.S.C. § 1350: Código de los Estados Unidos - Sección 1350 (en inglés).
42. William S. Dodge, «Understanding the Presumption against Extraterritoriality», *Berkeley Journal of International Law* vol. 16 (1998), pág. 88 (en inglés).
43. Caso citado en las publicaciones del Tribunal Supremo (*Supreme Court Reporter*), 133 S. Ct. 1659 (2013), (en inglés).
44. La Ley de Reparación de Agravios a Ciudadanos Extranjeros establece que «los tribunales de distrito deberán ser competentes desde el inicio en cualquier proceso civil incoado por un ciudadano extranjero por delitos extracontractuales cuya comisión implique la violación del *ius gentium* o de la

norma de un tratado en el que los Estados Unidos son parte. El objetivo es permitir que los ciudadanos que no tienen la nacionalidad estadounidense inicien litigios en los tribunales nacionales contra personas físicas u organizaciones con sede en los Estados Unidos. Véase Theresa Adamski, «The Alien Tort Claims Act and Corporate Liability: A Threat to the United States' International Relations», *Fordham Int'l L.J.* vol. 34 (2011), 1502 (en inglés).

45. Caso citado en las publicaciones del Tribunal Supremo (*Supreme Court Reporter*), 133 S. Ct. 1659 (2013), (en inglés).

46. *Ibid.*

47. Zerk (2013), *op. cit.*, p. 65.

48. Skinner, McCorquodale y De Schutter (2013), *op. cit.*, pág. 59.

49. Véase Richard W. Wrigh, «Liability for Possible Wrongs: Causation, Statistical Probability, and the Burden of Proof», *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 41 (2008), pág. 1295 (en inglés).

50. Skinner, McCorquodale y De Schutter (2013), *op. cit.*, pág. 39.

51. *Ibid.*

52. *Ibid.*, pág. 43.

53. Zerk (2013), *op. cit.*, pág. 50.

54. John Ruggie, «Resumen de las deliberaciones del Foro sobre las empresas y los derechos humanos» (2013), Consejo de Derechos Humanos, signatura del doc. de las Naciones Unidas: A/HRC/FBHR/2012/4, párr. 79.

55. El siguiente documento aborda el modo de llevar a la práctica dicho sistema: Organización Internacional del Trabajo, «Recomendación sobre el trabajo forzoso (medidas complementarias), 2014, Recomendación 203, Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 103.ª reunión.

56. Skinner, McCorquodale y De Schutter (2013), *op. cit.*, pág. 30.

57. Meeran (2015), comentado en la versión en inglés del *South Bulletin* 87-88 (noviembre de 2015), pág. 21.

58. Xavier Philippe, «Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su conexión», N° 862 de *International Review of the Red Cross* (2006), pág. 337.

59. Para más detalles, véase: Kinda Mohamadieh, «Diferentes opciones para plantear las obligaciones de los Estados en un instrumento jurídicamente vinculante sobre las ETN y otras empresas con respecto a los derechos humanos», Informe de Políticas N° 30 del Centro del Sur (2016).

60. Véase, entre otros, el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968; el Reglamento de Bruselas (Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo de diciembre de 2000); la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros aprobada en 1979.

61. Véase, por ejemplo, la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en 1975.

62. Mohamadieh (2016), *op. cit.* pág. 5.

63. Filip Gregor Garde y Hannah Ellis, «Fair Law: Legal Proposals to Improve Corporate Accountability for Environmental and Human Rights Abuses» (European Coalition for Corporate Justice, 2016), pág. 21 (en inglés).

64. El artículo 3 del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura dispone que «cada Estado Parte establecerá, designará o mantendrá, a nivel nacional, uno o varios órganos de visitas para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes».

65. Carlos M. Correa, «Análisis del ámbito de aplicación de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos», Informe de Políticas N° 28 del Centro del Sur (2016).

66. Consejo de Derechos Humanos, «Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos» (2008), signatura del doc. de las Naciones Unidas: A/HRC/8/5, párr. 87.

67. Principales elementos de discusión y puntos de vista expuestos del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas creado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (julio de 2015), recogidos en el *South Bulletin* 87-88 (noviembre de 2015), pág. 24.

68. *Ibid.*



**CENTRO
DEL SUR**

Chemin du Champ-d'Anier 17
PO Box 228, 1211 Ginebra19,
Suiza

Teléfono: (4122) 71 8050
Fax: (4122) 798 8531
E-mail: south@southcentre.int
<http://www.southcentre.int>