

WORKING PAPER NO. 1

EL LITIGIO EN MATERIA EN EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

Autor

DANIEL IGLESIAS MÁRQUEZ (coordinación)

ANTONI PIGRAU SOLÉ

Octubre 2023

Proyecto de investigación: Acceso a la justicia en el contexto de abusos corporativos: la litigación como estrategia de resistencia y de empoderamiento a las víctimas (ACCJUSTEDH) Referencia: IC1023/23/000001 – Institut Català Internacional per la Pau



UNIVERSITAT
ROVIRA I VIRGILI



INSTITUT
CATALÀ
INTERNACIONAL
PER LA PAU

EL LITIGIO EN MATERIA EN EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS*

Daniel Iglesias Márquez
Universitat Rovira i Virgili

Antoni Pigrau Solé
Universitat Rovira i Virgili

SUMARIO: 1. Caracterización del litigio en materia de empresas y derechos humanos. 2. Antecedentes. 3. El litigio en materia de empresas y derechos humanos en la era de los Principios Ruggie. 4. Sigüientes pasos en el litigio en materia de empresas y derechos humanos

1. Caracterización del litigio en materia de empresas y derechos humanos

Los impactos adversos de las actividades empresariales sobre las personas y el medio ambiente a menudo afectan el disfrute y el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales o en el ordenamiento jurídico interno de los Estados donde operan las empresas. La visibilidad de estos casos no solo ha aumentado exponencialmente en los últimos años,¹ sino que también ha dado lugar a numerosas acciones –judiciales y extrajudiciales– para responsabilizar a las empresas por las acciones u omisiones que causan dichas externalidades negativas sobre los derechos humanos, así como para asegurar que las víctimas obtengan una reparación –integral– por los abusos sufridos. Varios de estos casos se han convertido en casos de estudio ya que, por un lado, evidencian los riesgos y los impactos negativos que pueden llegar a generar las empresas y sus cadenas de suministro sobre los derechos humanos como consecuencia de la falta o de la implementación deficiente de mecanismos –estatales y a nivel operacional– de control, prevención y supervisión de las actividades empresariales. Y, por otro lado, desvelan los altos niveles de

* Parte de este estudio será publicado en Daniel Iglesias Márquez; Antoni Pigrau Solé. (2023). Litigación en materia de empresas y derechos humanos: estudio de casos. Tirant lo Blanch. ISBN 978-84-1169-449-0.

¹ Véase, ROUAS, Virginie, *Achieving Access to Justice in a Business and Human Rights Context. An Assessment of Litigation and Regulatory Responses in European Civil-Law Countries*, Londres, IALS Open Book Service for Law, 2021, pp. xii- xxi; MEERAN, Richard y MEERAN, Jahan, *Human Rights Litigation against Multinationals in Practice*, Oxford, OUP, 2021. Véase también, CENTRO DE INFORMACIÓN SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS, “Litigio en derechos humanos y empresas en América Latina: Experiencias desde la práctica”, disponible en: https://www.business-humanrights.org/es/de-nosotros/informes/litigio-en-derechos-humanos-y-empresas-en-am%C3%A9rica-latina-experiencias-desde-la-pr%C3%A1ctica/#_herramientas.

impunidad de los que gozan las empresas debido a los diversos obstáculos que enfrentan las personas afectadas para hacer efectiva la responsabilidad de las empresas y obtener una reparación adecuada.

En términos generales, esta tipología de casos ha comenzado a ser clasificada como litigios en materia de empresas y derechos humanos,² es decir, acciones que tienen como objetivo reparar a las personas afectadas y hacer responsables a las empresas –e incluso a los Estados- por los abusos de derechos humanos y los impactos ambientales causados en el contexto de las actividades empresariales. Asimismo, algunas acciones tienen como objetivo estratégico detonar avances políticos y legislativos, e incluso a nivel operacional, para asegurar que las empresas cumplan su responsabilidad de respetar los derechos humanos.³ El arquetipo de estos litigios es muy variado debido a la pluralidad de personas afectadas por las actividades empresariales o al tipo de empresas que causan, a su vez, una multiplicidad de impactos sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Es decir, las y los demandantes pueden ser desde trabajadores y trabajadoras afectadas por la falta de prevención de riesgos laborales por parte de una empresa textil hasta pueblos indígenas o comunidades perjudicadas por la contaminación ambiental causada por actividades empresariales de extracción de petróleo o de minerales. Las y los demandantes suelen estar apoyados por organizaciones de la sociedad civil. Por su parte, las demandadas suelen ser empresas filiales o subsidiarias de empresas transnacionales e incluso empresas de los niveles más bajos de las cadenas de suministro ubicadas en el Sur Global. Asimismo, pueden ser empresas matrices localizadas en Estados del Norte Global. Las acciones suelen exigir la responsabilidad individual de alguna de las empresas, ya sea de la filial/subsidiaria, de la empresa de la cadena de suministro, de la empresa matriz, o bien, la responsabilidad compartida de la matriz con su filiales/subsidiarias o con sus relaciones comerciales en la cadena de suministro.

² Algunas autoras, como Chambers y Berger-Wallis, también hacen referencia al término Litigio Corporativo de Derechos Humanos (*Corporate Human Rights Litigation*). Véase, CHAMBERS, Rachel y BERGER-WALLIS, Gerlinde, “The Future of International Corporate Human Rights Litigation: A Transatlantic Comparison”, *American Business Law Journal*, vol. 58, 2021, núm. 3, pp. 579-642.

³ SCHREMPF-STIRLING, Judith y WETTSTEIN, Florian, “Beyond guilty verdicts: Human rights litigation and its impact on corporations’ human rights policies”, *Journal of Business Ethics*, vol. 145, 2017, núm. 3, pp. 545-562.

A la complejidad descrita se suma la heterogeneidad de argumentos y fundamentos jurídicos que emplean las partes y que dan origen a litigios en materia de empresas y derechos humanos en distintas jurisdicciones y vías judiciales y extrajudiciales. Así, algunos casos versan sobre la responsabilidad directa de las empresas por actos que constituyen graves abusos contra los derechos humanos, como, por ejemplo, la demanda presentada por cinco ciudadanos chinos sobrevivientes de la Segunda Guerra Mundial en el Tribunal de Distrito de Hiroshima en contra de *Nishimatsu Corporation*, solicitando daños y perjuicios por haber sido expuestos a trabajo forzado.⁴ Otros precedentes están relacionados y fundamentados en la complicidad de las empresas en abusos de derechos humanos e impactos ambientales por realizar actividades de manera conjunta con regímenes autoritarios u otro tipo de actores implicados en graves violaciones de derechos humanos, como el caso de la cementera *Lafarge*, en el que organizaciones de la sociedad civil interpusieron en Francia una denuncia penal contra la empresa por la complicidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidas a través de las actividades de su filial en Siria entre 2013 y 2014. Según las organizaciones de la sociedad civil, la empresa pagaba a grupos armados en Siria, incluido al Estado Islámico (ISIS), para proteger sus actividades. Finalmente, cabe también destacar los casos relacionados con el incumplimiento de un deber de cuidado de las empresa matrices respecto los daños causados a terceros por las actividades de sus filiales, como en el caso *Akpan v. Royal Dutch Shell* en los Países Bajos en el que la acusación principal contra la empresa matriz se basaba en la falta de supervisión de su filial nigeriana en cuanto al cumplimiento adecuado de los estándares para la extracción de petróleo contemplados en las políticas ambientales del grupo corporativo, cuestión que no solo podía abordar la empresa matriz, sino que debía hacerlo.⁵

Teniendo en cuenta algunas de las características descritas de los litigios en materia de empresas y derechos humanos, este tipo de casos se caracterizan, además, por su naturaleza “transnacional”. Es decir, varios casos contienen

⁴ ZERK, Jennifer, “Corporate liability for gross human rights abuses. Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies. A report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights”, disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf>.

⁵ IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel y ASCENCIO, Stephanie, “Las vías de responsabilidad de las empresas multinacionales por daños ambientales. El caso Dutch Shell Nigeria”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 5, 2014, núm. 1, pp. 1-40.

elementos extraterritoriales, ya sea porque los daños, los hechos u omisiones que causaron los daños o algunas de las partes están situados en algún lugar distinto a donde se interpusieron las acciones. En principio, los Estados donde ocurren los impactos negativos de las actividades empresariales sobre los derechos humanos y el medio ambiente, de acuerdo con sus obligaciones internacionales,⁶ deben asegurar los mecanismos efectivos e idóneos para hacer efectiva la responsabilidad de las empresas y reparar a las personas afectadas por los daños sufridos. No obstante, en estas jurisdicciones –a menudo del Sur Global- existen obstáculos que socavan el potencial de los mecanismos de acceso a la justicia como, por ejemplo, la falta de un aparato judicial independiente para entablar reclamaciones con perspectivas de éxito y de estándares altos de protección ambiental, poca fortaleza institucional, la duración de los procesos, la falta de asistencia jurídica, la ausencia de medios técnicos o experiencia para los casos de perjuicios causados por empresas, entre otros. Asimismo, en muchos casos no se interponen las acciones correspondientes por el temor de que las personas defensoras de los derechos humanos y el medio ambiente sean criminalizadas por los gobiernos y los poderosos intereses empresariales que usan su influencia para marginarlas y volver a la opinión pública en su contra, cuestión que ha adquirido gran relevancia internacional a raíz de los continuados casos de asesinatos de activistas ambientales y de derechos humanos.

En vista de los diversos obstáculos identificados en varios de los Estados del Sur Global, las personas afectadas por los impactos de las actividades empresariales suelen recurrir ante los tribunales civiles de los *home States* de las empresas transnacionales, donde se encuentra domiciliada la matriz o su sede. Por lo general, se trata de un Estado del Norte Global. Respecto a este tipo de litigios transnacionales, en 1986, la extinta Comisión de las Naciones Unidas de

⁶ Los instrumentos internacionales y regionales en materia de derechos humanos hacen referencia a la obligación de los Estados de garantizar el acceso a los recursos judiciales. Entre ellos se encuentran los siguiente: la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (artículo 2); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 6); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes (artículo 14); la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 37 y 39); Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (artículo 3); Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 7); la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 25); el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1, 6 y 13); y, la Carta Árabe de Derechos Humanos (artículo 13 y 23).

Empresas Transnacionales ya decía que “[...] *in some instances it may be necessary to sue a parent company in the home country for the acts or the omissions of an affiliate operating in a different country, mainly because the parent entity may be primarily responsible for the operations of the affiliate, but also because the home country may offer a broader range of remedies, or because the affiliate may be unable to meet in full all the liabilities incurred*”.⁷

De hecho, dentro de los estudios de la litigación en materia de empresa y derechos humanos, los litigios civiles transnacionales en los *home States* han sido de especial interés para la academia, las organizaciones de la sociedad civil y los abogados y abogadas practicantes.⁸ Enneking se refiere a este tipo de litigio civil transnacional como “*foreign direct liability cases*”. Se trata de acciones civiles en contra de las matrices en los Estados del Norte Global por los daños causados por sus filiales en terceros Estados. En palabras de la autora, “*claims brought against parent companies of multinational corporations before courts in their Western society home countries for harm caused to the people- and planet-related interests of third parties (local employees, neighbours, local communities, etc.) in developing host countries as a result of the local activities of the multinational corporations involved*”.⁹

Algunas de las características la litigación civil transnacional en materia de empresas y derechos humanos son, en primer lugar, que se trata de casos de responsabilidad extracontractual o *tort law* que reclaman violaciones a normas que protegen intereses privados. Por lo general, se alega el incumplimiento de normas ambientales, laborales o de salud y seguridad. En segundo lugar, las acciones están dirigidas a responsabilizar a las matrices, las cuales tienen una participación indirecta en los daños causados. Por tanto, se busca que la matriz responda por las actividades dañinas que han realizado sus filiales, socios comerciales o empresas subcontratadas en los *host States* del Sur Global.

⁷ CENTRO DE NACIONES UNIDAS SOBRE EMPRESAS TRANSNACIONALES, “United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations UNCTC Current Studies”, *Series A*, núm. 4, 1986, p. 22.

⁸ Véase, LINDT, Angela, “Transnational Human Rights Litigation”, *Journal of Legal Anthropology*, vol. 4, 2020, núm. 2, pp. 57-77; AUGENSTEIN, Daniel, “Torture as tort? Transnational tort litigation for corporate-related human rights violations and the human right to a remedy”, *Human Rights Law Review*, vol. 18, 2018, núm. 3, pp. 593-612.

⁹ ENNEKING, Liesbeth, *Foreign direct liability and beyond. Exploring the role of tort law in promoting international corporate social responsibility and accountability*, La Haya, Eleven International Publishing, 2012, p. 92.

Tercero, estos casos de carácter transnacional se llevan a cabo en un contexto “Norte-Sur”. Es decir, son consecuencias del particular *modus operandi* de las empresas transnacionales de origen del Norte Global que suelen operar bajo la práctica del doble estándar en los *host States* del Sur Global. Cuarto, existe una evidente desigualdad, tanto organizacional como financiera, entre las partes. Al igual que en los casos en los *host States*, estos litigios transnacionales suelen ser también largos, costosos y complejos y se caracterizan por la asimetría de condiciones y recursos entre las y los demandantes del *host State* y sus contrapartes corporativas. Finalmente, otra característica en común de estos casos transnacionales es que tienen un carácter de “*interés público*” debido a sus implicaciones socio-políticas.¹⁰

Por otro lado, la litigación transnacional en materia de empresas y derechos humanos ha sido concebida por parte de la doctrina como un ataque imperialista a la soberanía de los Estados del Sur Global.¹¹ Este enfoque incluso ha sido empleado por algunos tribunales para declinar su competencia para conocer de los casos relacionados con el impacto negativo de las empresas más allá de sus fronteras nacionales. En el caso *Bhopal*, por ejemplo, llevado ante los tribunales estadounidenses en el que se alega la responsabilidad de la empresa *Union Carbide* debido a la fuga de gases tóxicos en una de sus planta de pesticidas en India en 1984, que causó al menos 2.000 víctimas mortales y más de 200.000 personas afectadas, el Juez Keena del Tribunal Federal del Distrito Sur de Nueva York señaló que “*retain the litigation in this forum, as plaintiffs request, would be yet another example of imperialism, another situation in which an established sovereign inflicted its rules, its standards and values on a developing nation. This Court declines to play such a role*”.¹² A pesar del argumento “imperialista” que rodea la litigación transnacional en materia de empresas y derechos humanos, este tipo litigios, acompañados por campañas de la sociedad civil, han ido en

¹⁰ *Ibid.*, pp. 107-117.

¹¹ PALOMBO, Dalia, “Transnational Business and Human Rights Litigation: An Imperialist Project?”, *Human Rights Law Review*, vol. 22, 2022, núm. 2, pp. 1-25; CHAMBERS, Rachel, “An Evaluation of Two Key Extraterritorial Techniques to Bring Human Rights Standards to Bear on Corporate Misconduct Jurisdictional dilemma raised/created by the use of the extraterritorial techniques”, *Utrecht Law Review*, vol. 14, 2018, núm. 2, pp. 22-39; SECK, Sara L., “Unilateral Home State Regulation: Imperialism or Tool for Subaltern Resistance?”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 46, 2008, núm. 3, pp. 565-603; Onimode, Bade, “Imperialism and Multinational Corporations: A Case Study of Nigeria”, *Journal of Black Studies*, vol. 9, 1978, núm. 2, pp. 207–232.

¹² *In Re Union Carbon Corp Gas Plant Disaster*, [1986] SDNY 634F Supp., p. 867.

aumento para socializar los impactos y las injusticias de las empresas transnacionales a nivel global y promover cambios estructurales en el *modus operandi* de estos actores económicos desde su Estado de origen.

Por todo lo anterior, cabe señalar que nos encontramos ante un panorama de litigación en materia de empresas y derechos humanos complejo, cambiante y que evoluciona conforme se avanza en el entendimiento de la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos frente a las actividades empresariales y de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Por ello, aunque no es posible generar un arquetipo de los litigios en materia de empresas y derechos humanos, es posible identificar un origen común en este tipo casos (las lagunas de la gobernanza en la conducta empresarial responsable), así como algunos elementos –y obstáculos- similares que coinciden en varios litigios.

2. Antecedentes

En retrospectiva, cabe destacar, como antecedentes de la litigación en materia de empresas y derechos humanos, las acciones civiles en los Estados Unidos en contra de las empresas –transnacionales- por abusos de derecho humanos, con especial atención a los casos basados en la *Alien Tort Claims Act* (ATCA) o *Alien Tort Statute* (ATS).¹³ El ATCA es un instrumento de 1789 que es único en su clase ya que atribuye la competencia a los tribunales estadounidenses para conocer de demandas civiles interpuestas por personas extranjeras por vulneraciones del derecho internacional consuetudinario o de tratados internacionales en los que Estados Unidos es un Estado Parte. El histórico caso *Filártiga v. Peña-Irala*¹⁴ de 1980 no solo sirvió para la resurrección del ATCA, sino que marcó un punto de inflexión que convirtió a los Estados Unidos en la meca de la litigación civil de derechos humanos en contra de las empresas. Así, durante varios años, esta jurisdicción se mantuvo bajo la mira de la academia, de las organizaciones de la sociedad civil y de los abogados y abogadas practicantes debido a que generó a nivel global una alta expectativa de acceso a

¹³ Alien Tort Claims Act, 28 USC § 1350 (1789). Véase, ZIA-ZARIFI, Saman “Suing Multinational Corporations in the US for Violating International Law”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 4, 1999, núm. 1, pp. 81-147; JOseph, Sarah, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Portland, Hart Publishing, 2004, pp. 21-63.

¹⁴ *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

la justicia para todas personas afectadas por el desarrollo de las actividades empresariales en el contexto de la globalización económica.¹⁵

En la jurisdicción de los Estados Unidos se documentan más de 150 casos en contra de empresas estadounidenses, e incluso en contra de empresas europeas, por su presunta responsabilidad por abusos de derechos humanos y graves daños ambientales cometidos,¹⁶ sobre todo, en Estados del Sur Global.¹⁷ A pesar del gran número de casos en esta jurisdicción, el acceso a la justicia por parte de las víctimas ha permanecido en el imaginario colectivo, ya que muchos de los casos no han superado los obstáculos procesales, o bien, se han resuelto mediante acuerdos extrajudiciales entre las partes.¹⁸

Así, varios de los litigios en los Estados Unidos fueron desestimados con base en la doctrina del “*forum non conveniens*”, estimándose que existía otra jurisdicción más adecuada para resolver el asunto.¹⁹ El *forum non conveniens* a

¹⁵ Véase, HOFFMAN, Paul, “International Human Rights Litigation in the United States”, en MEERAN, Richard y MEERAN, Jahan, *Human Rights Litigation against Multinationals in Practice*, Oxford, OUP, 2021, pp. 168-200; REQUEJO ISIDRO, Marta, “Responsabilidad civil y derechos humanos en EEUU: ¿el fin del ATS?” *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2011pp. 1-38; TOBOADA CALATAYUD, Miguel Juan, CAMPO CANDELA, Jesús, PÉREZ FERNÁNDEZ, Patricia, “The accountability of multinational corporations for human rights’ violations”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió*, 2008, núm. 64/65, pp. 171-186; STEPHENS, Beth, “US Litigation Update”, en: KAMMINGA, Menno T. y ZIA-ZARIFI, Saman (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, La Haya-Londres-Boston, Kluwer Law International, 2000, pp. 209-230.

¹⁶ Sobre los casos ambientales, véase PIGRAU SOLÉ, Antoni, (2012). “La jurisdicción extraterritorial como vía para hacer responsables a las empresas por daños al medio ambiente causados en el extranjero: especial referencia al ATCA”, en: PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, ARANA GARCÍA, Estanislao, MERCADO PACHECO, Pedro y SERRANO MORENO, José Luis (eds.), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 183-218.

¹⁷ Algunos de los casos más emblemáticos al amparo del ATCA son: *Amlon Metals, Inc. v. FMC Corp.*, 775 F. Supp. 668 (S.D.N.Y. 1991); *Aguinda v. Texaco, Inc.*, 303 F.3d 470 (2d Cir. 2002); *Beanal v. FreeportMcMoran, Inc.*, 197 F.3d 161 (5th Cir. 1999); *Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002); *Wiwa v. Royal Dutch Petrol. Co.*, 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000); *Bowoto v. Chevron Corp.*, 621 F.3d 1116 (9th Cir. 2010); *Sarei v. Rio Tinto*, PLC 671 F.3d 736 (9th Cir. 2011); *Flores v. S. Peru Copper Corp.*, 414 F.3d 233 (2d Cir. 2003); *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 582 F.3d 244 (2d Cir. 2009); *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 132 S. Ct. 472 (2011); *Chowdhury v. Worldtel Bangl. Holding, Ltd.*, 588 F. Supp. 2d 375 (E.D.N.Y. 2008); *Jaso v. Coca-Cola Co.*, 435 F. App’x 346 (5th Cir. 2011); *Okpabi v. Royal Dutch Shell, P.L.C.*, Complaint and Jury Demand, No. 11-14572, 2011 WL 5027193 (E.D. Mich. Oct. 18, 2011); *Jesner v. Arab Bank, PLC*, 138 S. Ct. 1386, 1408 (2018). Para una lista completa de los litigios civiles en contra de empresas transnacionales al amparo del ATCA, véase, GOLDHABER, Michael D., “Corporate Human Rights Litigation in Non-U.S. Courts: A Comparative Scorecard”, *U.C. Irvine Law Review*, vol. 33, 2013, núm. 1, pp. 127-49.

¹⁸ MEERAN, Richard, “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*, vol. 3, 2011, núm. 1, pp. 1-41.

¹⁹ BALDWIN, Jeffrey E., “International Human Rights Plaintiffs and the Doctrine of Forum Non Conveniens”, *Cornell International Law Journal*, vol. 40, 2007, núm. 3, pp. 749-780.

pesar de ser una doctrina que se encuentra en una fase de amplia discusión o redefinición, tradicionalmente ha funcionado como mecanismo de defensa de las empresas para desprenderse de complejos litigios y, *en passant*, otorgarles una gran impunidad, como en el caso de la catástrofe de *Union Carbide* en Bhopal, India. En este caso, tras el análisis de las cuestiones de interés público y las privadas, el Tribunal Federal del Distrito Sur de Nueva York se inhibió de conocer el caso a favor de la jurisdicción de India, obligando a los litigantes a continuar sus reclamaciones en los tribunales indios por motivos de proximidad geográfica para resolver la controversia. Este es un caso en el que las víctimas, después de casi cuatro décadas de la catástrofe, no han obtenido una reparación adecuada y siguen sufriendo las consecuencias negativas por la exposición a los gases tóxicos.²⁰

En un sentido similar, en el caso *Aguinda v. Texaco*, el principal obstáculo respecto del acceso a la tutela judicial por parte de las víctimas de la contaminación ambiental de la empresa petrolera ha sido sin duda la aplicación la doctrina del *forum non conveniens*. En *Aguinda*, tras varios años de litigio y pese a que la parte demandante resaltó la parcialidad y la corrupción en la justicia local en Ecuador, los tribunales estadounidenses consideraron que este Estado sería el foro adecuado por la concurrencia de factores de interés privado y público y señalaron que las áreas contaminadas estaban localizadas en Ecuador, por lo que una mejor inspección podía ser mejor llevada a cabo por parte de las autoridades del lugar que por el Tribunal en Nueva York. La desestimación estuvo condicionada a que la empresa aceptara someterse a la jurisdicción de los tribunales ecuatorianos y renunciase a cualquier defensa en razón de las leyes de prescripción.

Ahora bien, algunos de los pocos casos que han podido superar la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens* y han logrado obtener una declaración favorable de la competencia de los tribunales estadounidenses para conocer del asunto en cuestión se han resuelto mediante acuerdos extrajudiciales. Por ejemplo, en el caso *Doe v. Unocal*,²¹ en el que birmanos demandaron a la

²⁰ ESTEVE MOLTÓ, José Elías, “Estrecha interdependencia entre la criminalidad de las empresas transnacionales y las violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente: lecciones del caso Bhopal”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 2016, núm. 32, 2016, pp. 1-38.

²¹ 248 F 3d 915 (9th Cir 2001).

empresa petrolera con sede en California por su presunta complicidad directa en los abusos (trabajo forzado y tortura) cometidos por el ejército birmano durante la construcción del gasoducto en Yadana, en 2005, la empresa acordó, en un acuerdo confidencial, compensar a las personas demandantes y proporcionar fondos para programas en Birmania para mejorar las condiciones de vida y proteger los derechos de las personas de la región del gasoducto.²² En un sentido similar, en *Wiwa v Royal Dutch Shell*²³ se alegó que *Shell* fue cómplice de apoyar operaciones militares en contra de los Ogoni y, a su vez, la empresa promovió activamente la condena y ejecución de los Ogoni Nine, incluso sobornando a los testigos. En este caso, en junio de 2009, *Shell* llegó a un acuerdo con las personas afectadas por 15,5 millones de dólares estadounidenses, incluidos 5 millones que las y los demandantes donaron a un fideicomiso en beneficio del pueblo Ogoni.

Sendos acuerdos son una victoria parcial con claroscuros para las víctimas de los abusos corporativos ya que las víctimas obtienen una compensación económica por algunos de los daños sufridos al mismo tiempo que evaden complejos y extensos litigios en los que la asimetría de armas es evidente ya que estos casos requieren de distintos recursos humanos y económicos, que muchas veces carecen las víctimas, no obstante, visto desde otra perspectiva, estos acuerdos también han evitado, por un lado, que las empresas sean declaradas responsables de cometer abusos de derechos humanos e impactos ambientales ante un tribunal. Al respecto, cabe señalar que las empresas, tras fracasar en su intento de remitir el caso a una jurisdicción más favorable para sus intereses, han mostrado la disponibilidad de llegar a un acuerdo con las y los demandantes en vez de tener que enfrentarse a un litigio y a las consecuencias negativas que implica para su imagen corporativa. Por otro lado, este tipo de acuerdos han obstaculizado el establecimiento de precedentes legales que puedan ser empleados en casos similares.

Aunado al alcance limitado que han tenido estos litigios en materia de empresas y derechos humanos en Estados Unidos, cabe señalar la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses que ha establecido requisitos más restrictivos que

²² CENTRO DE INFORMACIÓN SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS, "Unocal lawsuit (re Myanmar)", disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/unocal-lawsuit-re-myanmar/>.

²³ 2009 WL 498088.

limitan el alcance extraterritorial y subjetivo de la ATCA. Esta cuestión pone en duda la futura disponibilidad de los tribunales estadounidenses para conocer de casos de abusos de derechos humanos cometidos por empresas en terceros Estados, incluyendo aquellos causados por su contribución a los impactos climáticos. En *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*,²⁴ la *Supreme Court* de los Estados Unidos determinó en 2013, con base en el principio de “presunción contra la extraterritorialidad”, que el ATCA no resulta aplicable a las violaciones de derechos humanos cometidas en el extranjero salvo que se demuestre que la conducta tiene vínculos suficientes con el territorio de los Estados Unidos, como la nacionalidad del demandado o los intereses nacionales (*test de touch and concern*).²⁵ Por tanto, la mera presencia corporativa no es suficiente para activar la competencia judicial de los tribunales nacionales.

Por otra parte, la regresión más alarmante es la que tuvo lugar en la sentencia del caso *Jesner v. Arab Bank*,²⁶ que determinó que no se pueden interponer acciones en los tribunales estadounidenses en contra de empresas extranjeras por abusos de derechos humanos cometidos en terceros Estados, dejando abierta la posibilidad de demandar a las empresas estadounidenses al amparo del ATCA.²⁷ No obstante, se trata de una posibilidad muy limitada, como se comprueba en el caso *Nestlé USA, Inc. v. Doe*,²⁸ en el que la *Supreme Court*, complementando la sentencia del caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, señala que las alegaciones de una actividad general corporativa, como la toma de

²⁴ Para un relato detallado del caso y sus implicaciones en el litigio civil contra las empresas por violaciones de derechos humanos en los Estados Unidos, véase IKEGBUNAM, Chinyere Kimberly, “Touching the Concerns of Kiobel: Corporate Liability and Jurisdictional Remedies in Response to *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum*”, *American Indian Law Review*, vol. 39, 2015, núm. 1, pp. 201-234.

²⁵ En el marco de las restricciones de la sentencia del caso *Kiobel*, el Justice Breyer identifica tres posible escenarios en los que los tribunales de los Estados Unidos puede ejercer su competencia al amparo de la ATCA: “*the first based on the principle of territoriality (if the tort occurred on American soil); the second based on the principle of nationality (if the defendant is an American national); and the third based on US national interest, including ‘a distinct interest in preventing the United States from becoming a safe harbour (free of civil as well as criminal liability) for a torturer or other common enemy of mankind’*”. Véase, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 SCt 1659 (2013) 1671.

²⁶ *Jesner v. Arab Bank*, 138 S Ct 1386, 1407 (2018).

²⁷ DOWNEY, Joseph, “Domestic Corporations and the Alien Tort Statute”, *The University of Chicago Business Law Review*, vol. 1, 2022, núm.1, pp. 482-517.

²⁸ *Doe I v. Nestlé USA, Inc.*, 766 F.3d 1013, 1021 (9th Cir. 2014).

decisiones, no es suficiente para establecer la competencia de los tribunales nacionales al amparo del ATCA.²⁹

Como antecedentes, también cabe señalar los litigios en Reino Unido. En esta jurisdicción también se documentan algunas de las primeras demandas en contra de empresas matrices por daños y perjuicios –en los derechos humanos y en el medio ambiente-, derivados de las actividades de sus subsidiarias en países extranjeros.³⁰ En estos procedimientos, las y los demandantes a menudo han planteado la responsabilidad extracontractual de la matriz por daños por el incumplimiento de un deber de cuidado (*duty of care*). Al respecto, cabe mencionar el caso *Lubbe v. Cape Plc*³¹ en el que un grupo de demandantes sudafricanos interpusieron una acción civil de reparación en contra de la empresa matriz de *Cape plc*, domiciliada en el Reino Unido, por lesiones personales producidas a causa de la exposición al amianto mientras trabajaban o vivían en las cercanías de las minas operadas por sus filiales sudafricanas. Del mismo modo, 30.000 personas de Costa de Marfil demandaron en forma de acción colectiva a la empresa *Trafigura Beheer BV* por los daños sufridos por la exposición a los residuos tóxicos vertidos frente a la costa marfileña.³² Cabe hacer referencia también al caso *Connelly v. RTZ Corporation Plc* por los impactos de las minas de uranio en Namibia, operadas a través de la filial *Rio Tinto*. En este caso, uno de los trabajadores demandó a la matriz debido a que contrajo cáncer de laringe a causa de la exposición a los residuos producidos de la mina.³³

En Reino Unido, los obstáculos que se tienen que superar para responsabilizar a las empresas y reparar a las víctimas no han sido menores. Al ser una jurisdicción del *common law*, las víctimas también se han enfrentado a la doctrina del *forum non conveniens*. Por ejemplo, en el caso *Connelly* se determinó en

²⁹ Véase, ZAMORA CABOT, Francisco Javier, “El caso Doe c. Nestlé ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos: ¿culmina el largo adiós del Alien Tort Statute?”, en: PIRGAU SOLÉ, Antoni, et. al. (dirs.), *La comunidad internacional ante el desafío de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. XXIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 359-379; GREEN, Kayla Winarsky y MCKENZIE, Timothy, “Looking Without and Looking Within: Nestlé v. Doe and the Legacy of the Alien Tort Statute”, *Insights*, vol. 25, 2021, núm. 12, pp. 1-7.

³⁰ LEADER, Daniel, “Human Rights Litigation against Multinationals in Practice: Lessons from the United Kingdom”, en: MEERAN, Richard y MEERAN, Jahan, *Human Rights Litigation against Multinationals in Practice*, Oxford, OUP, 2021, pp. 58-84.

³¹ *Lubbe v. Cape Plc* [2000] 4 All ER 268 (HL).

³² *Motto and others v. Trafigura Ltd and another* [2011] EWCA (Civ) 1150.

³³ *Connelly v. RTZ Corporation Plc* [1997] All 854 (HL).

primera instancia que Namibia era el foro alternativo adecuado ya que los testigos se encontraban allí y, además, por la facilidad de llevar a cabo las inspecciones en las minas. Por otra parte, también ha sido un reto el levantamiento del velo corporativo, ya que los litigios en el Reino Unido buscan la responsabilidad de la matriz por los daños causados por sus subsidiarias, es decir, por entidades con una personalidad jurídica distinta y una responsabilidad limitada. Al respecto, en *Chandler v. Cape, PLC* se sostuvo que la empresa era responsable, sin tener que levantar el velo corporativo, ya que se consideró que se incumplió un deber de cuidado respecto del demandante. Esta decisión señaló que existe deber de cuidado por parte de una empresa matriz en relación con la salud y seguridad laboral de las personas empleadas de las filiales, lo que sugiere que la matriz de un grupo corporativo puede ser responsable de los actos de negligencia cometidos contra las personas que sufren un daño como consecuencia de las actividades de sus filiales. Este caso abrió las puertas a la interposición de acciones contra las empresas matrices cuando se han vulnerado derechos fundamentales de las y los empleados de sus filiales.³⁴

3. El litigio en materia de empresas y derechos humanos en la era de los Principios Ruggie

Las restricciones jurisprudenciales impuestas por la *Suprem Court* al ATCA en los Estados Unidos, así como las evidentes limitaciones y los obstáculos en las jurisdicciones del *common law*, ha llevado a las y los litigantes a buscar foros alternativos para hacer efectiva la responsabilidad y reparar a las personas afectadas por las actividades empresariales. De manera paralela, ha tenido lugar una importante evolución en la agenda internacional y nacional de empresas y derechos humanos que ha impulsado la creación de diversas de leyes, políticas, estándares e iniciativas de *soft law* que promueven una conducta empresarial responsable con los derechos humanos y el medio ambiente, y que giran –sobre todo- alrededor de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos (en adelante, Principios Rectores). Estos principios son de autoría del Profesor John Ruggie, Representante Especial del

³⁴ LEADER, Daniel, *op. cit.*, pp. 58-65.

Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales de 2005 a 2011.

La adopción y la implementación de los Principios Rectores a nivel internacional, regional, nacional y local ha servido para impulsar y generar un nuevo contexto de la litigación en materia de empresas y derechos humanos. De hecho, los mecanismos judiciales y extrajudiciales que conocen de casos de abusos corporativos cada vez hacen más referencia explícita a los Principios Rectores en sus decisiones y dictámenes.³⁵ Un ejemplo es la sentencia del caso *Milieudefensie v. Shell*, en la que el tribunal holandés reconoció que “[t]he [United Nations Guiding Principles] constitute an authoritative and internationally endorsed ‘soft law’ instrument, which set out the responsibilities of states and businesses in relation to human rights. The UNGP reflect current insights”.³⁶

Los Principios Rectores se basan en tres pilares: la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos frente a las actividades empresariales (Pilar I); la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos (Pilar II); y el establecimiento por parte de los Estados y las empresas, respectivamente, de los mecanismos de naturaleza judicial, extrajudicial o no estatal para que las personas afectadas por los abusos corporativos tengan asegurado el acceso a una reparación eficaz (Pilar III).

El Pilar III de los Principios Rectores se centra en el acceso a mecanismos de reparación. El principio fundacional del tercer pilar confirma que los Estados deben adoptar las medidas adecuadas para garantizar que las personas afectadas por abusos de derechos humanos relacionados con las actividades empresariales en su territorio o jurisdicción tengan acceso a una reparación efectiva. De acuerdo con el Principio 25 de los Principios Rectores, como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio o

³⁵ Véase, DEVEOISE & PLIMPTON, “UN Guiding Principles on Business and Human Rights at 10 The Impact of the UNGPs on Courts and Judicial Mechanisms”, disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/UNGPsBHRnext10/debevoise.pdf>.

³⁶ District Court of the Hague, C/09/571932/HA ZA 19–379, 26 de mayo 2021 (Judgment), *op. cit.*, párr. 4.4.11.

jurisdicción las y los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces.

Los principios operativos del Pilar III promueven los siguientes tres tipos de mecanismos para ofrecer acceso a una reparación efectiva a las personas afectadas por las actividades empresariales: mecanismos judiciales, mecanismos extrajudiciales, y mecanismos de reclamación no estatales. El hecho de que se contemplen varios mecanismos abre la oportunidad a que las personas afectadas puedan explorar diferentes vías en busca de una reparación, así como de interponer “acciones entrelazadas”, es decir, acciones de carácter judicial y no judicial, ante instituciones nacionales, en distintos países, e internacionales, y relativas a diversos aspectos concretos de un mismo problema de fondo.³⁷ Los impactos ambientales y sobre los derechos humanos de las empresas *Shell* en Nigeria y *Chevron* en Ecuador han dado lugar a acciones entrelazadas. Asimismo, la catástrofe en el estado de Minas Gerais en Brasil también ha sido la causa de diversas acciones penales y civiles en contra de las empresas implicadas tanto en el lugar de los daños como en Reino Unido.

En la era de los Principios Rectores, las experiencias de los litigios en materia de empresas y derechos humanos se expanden más allá de las jurisdicciones de los Estados Unidos y del Reino Unido. En Europa, se mantiene la creciente tendencia de acciones de responsabilidad civil en contra de las empresas domiciliadas en los países europeos por los abusos de derechos humanos y daños ambientales causados en terceros Estados. Estos precedentes han tenido lugar en Estados como Alemania, Italia, Francia, Países Bajos y Suecia.³⁸ Por ejemplo, en Alemania se presentó una demanda civil contra la empresa alemana *KiK* ya que en septiembre de 2012, un incendio en la fábrica textil *Ali Enterprises* (empresa subcontratada por *KiK*) en Pakistán produjo la muerte de 260 personas y 32 heridos. En 2015, las personas afectadas y sus familiares entablaron una acción civil ante el tribunal regional de Dortmund por daños y perjuicios.³⁹ En

³⁷ PIGRAU, Antoni y CARDESA-SALZMANN, Antonio, “Acciones entrelazadas contra daños ambientales graves: el impacto e Shell en Nigeria”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, núm. 70, 2013, pp. 217-240.

³⁸ ECCJ, *Suing Goliath. An analysis of civil proceedings brought against EU companies for human rights abuses and environmental harm in their global operations and value chains, and key recommendations to improve access to judicial remedy*, Bruselas, ECCJ, 2021.

³⁹ Véase, Case No. 7 O 95/15, *Jabir and others v. KiK Textilien und Non-Food GmbH*. Véase también, WESCHE, Philipp y SAAGE-MAAß, Miriam, “Holding Companies Liable for Human Rights Abuses Related to Foreign Subsidiaries and Suppliers before German Civil Courts:

Suecia, la primera reclamación de este tipo fue interpuesta contra la empresa *Boliden Mineral AB* por la Asociación de Víctimas de Arica en septiembre de 2013 frente al tribunal del Condado de Skellefteå. La demanda alega que ciudadanas y ciudadanos chilenos de la región de Arica sufrieron daños a la salud causados por los impactos ambientales de 20.000 toneladas de material contaminado con mercurio, plomo y arsénico en barriles metálicos enviados por la empresa sueca a Chile entre 1984 y 1986.⁴⁰

Otros litigios europeos que son referentes en materia de empresas y derechos humanos se analizan también en la presente obra colectiva, como el caso *Okpabi and others v. Royal Dutch Shell PLC* o el caso *Vedanta v. Lungowe*. Estos casos en Reino Unido se enmarcan dentro de una nueva ola de litigios transnacionales en la que los tribunales ingleses muestran un mayor activismo judicial para conocer de este tipo de casos y en los que se ha avanzado de manera sustancial en la delimitación de las obligaciones y de la responsabilidad de las matrices por los daños causados por sus filiales y relaciones comerciales en terceros Estados.

La experiencia de la litigación en materia de empresas y derechos humanos en América Latina es también relevante. En los países de la región existe una amplia variedad de mecanismos de responsabilidad de la empresas y de reparación de las personas afectadas, tanto en el ámbito del derecho civil como en el penal, constitucional administrativo, ambiental y de contrataciones públicas.⁴¹ En este sentido, en la región encontramos experiencias positivas fuera del ámbito civil, como el caso *Ford Argentina*, en el que tres antiguos ejecutivos de *Ford* fueron procesados por crímenes de lesa humanidad con base en la investigación penal iniciada en 2002. Otro caso en Argentina en el ámbito laboral es el caso *A. A. Y. c/ Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. y Otros s/ despido*, relacionado con el despido de una trabajadora de una estación de servicio que denunció acoso sexual. En este caso, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo determinó que la empresa *Shell* “controlaba

Lessons from *Jabir and Others v KiK*”, *Human Rights Law Review*, vol.16, 2016, núm. 2, pp. 370-385.

⁴⁰ Véase, *Arica Victims KB v. Boliden Mineral AB*. Véase también, LARSEN, Rasmus Kløcker, “Foreign Direct Liability Claims in Sweden: Learning from *Arica Victims KB v. Boliden Mineral AB*?” *Nordic Journal of International Law*, vol. 83, 2014, núm. 4, pp. 404-438.

⁴¹ CANTÚ RIVERA, Humberto y BARBOZA LÓPEZ, Miguel, “Corporate Liability for Human Rights Abuses in Latin American Courts: Some Recent Developments”, *Business and Human Rights Journal*, vol. 7, 2022, núm. 3, pp. 481-486.

sistemáticamente la marcha del negocio en cuanto a las ventas de sus productos, pero en una suerte de responsabilidad *in vigilando*, debió controlar también que trabajadores vestidos con su uniforme e insignia no fueran objeto de actos aberrantes violatorios de derechos humanos”.⁴² Al respecto, la Cámara señaló que las empresas deben respetar los derechos humanos, lo que incluye los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Si bien los mecanismos judiciales efectivos son el núcleo para garantizar el acceso a la reparación, los mecanismos extrajudiciales, como las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos y los Puntos de Contacto Nacional (PCN) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, desempeñan un papel esencial para complementar los mecanismos judiciales y crear un sistema estatal integral de reparación de abusos de los derechos humanos relacionados con las empresas.⁴³ De hecho, los litigios en materia de empresas y derechos humanos ante los PNC también han ido en aumento. Esto ha generado precedentes como los casos *Eni v. Nigerian Ikebiri community*, *Former employees of Bralima v. Bralima and Heineken* y *Sherpa and others v. Bolloré SA*. Por ello, de acuerdo con el Principio Rector 27, los Estados deben establecer mecanismos de reclamación extrajudiciales eficaces y apropiados.

Finalmente, cabe señalar que el Pilar I y el Pilar II también ha contribuido a generar un nuevo contexto de la litigación en materia de empresas y derechos humanos. El incumplimiento de la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos frente a las empresas también ha dado lugar a una serie de casos ante tribunales internacionales que pueden categorizarse, a su vez, como litigios en materia de empresas y derechos humanos. Al respecto, cabe destacar la experiencia del Sistema Interamericano del Derechos Humanos (SIDH), cuyos órganos han comenzado a utilizar y a hacer referencia directa a los Principios

⁴² Véase, *Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI, A. A. Y. c/ Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. y Otros s/ despido*, AR/JUR/60748/2014.

⁴³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales a través de los mecanismos no judiciales del Estado*, 14 de mayo de 2018, A/HRC/38/20.

Rectores en sus decisiones e informes,⁴⁴ como en los casos *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (2016), *Spoltore vs. Argentina* (2020), *Empleados de la fábrica de fuegos explosivos en Santo Antônio De Jesús y otros Vs. Brasil* (2020) o el caso *Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros Vs. Honduras* (2021).

En el caso *Buzoz Miskitos*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró el deber del Estado de prevenir toda violación de los derechos humanos por parte de las entidades privadas que operan bajo su jurisdicción. Además, estimó que los Estados deben adoptar medidas destinadas a que las empresas cuenten con: a) políticas apropiadas para la protección de los derechos humanos; b) procesos de diligencia debida para la identificación, prevención y corrección de violaciones a los derechos humanos, así como para garantizar el trabajo digno y decente; y c) procesos que permitan a las empresas reparar las violaciones de derechos humanos que ocurran con motivo de las actividades que realicen, especialmente cuando estas afectan a personas que viven en situación de pobreza o pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad.

El comentario del Principio Rector 9 del Pilar I explica que los acuerdos económicos concluidos por los Estados, ya sea con otros Estados o con empresas, tales como tratados bilaterales de inversión, acuerdos de libre comercio o contratos de proyectos de inversión, les brindan oportunidades económicas. No obstante, al mismo tiempo, pueden afectar al marco normativo nacional de los gobiernos. Por ejemplo, los términos estipulados en acuerdos internacionales de inversión pueden restringir la capacidad de los Estados para aplicar plenamente nuevas leyes en materia de derechos humanos, o exponerlos, en caso contrario, al riesgo de arbitrajes internacionales vinculantes. En este sentido, el arbitraje de inversiones, que en el fondo versa sobre el impacto negativo de las actividades y proyecto empresariales, también puede ser considerado un tipo de litigio en materia de empresas y derechos humanos cuando los proyectos de inversión tienen efectos adversos en las personas y en el medio ambiente del Estado receptor, como por ejemplo la disputa dirimida en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

⁴⁴ IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel, "Estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos: nuevas perspectivas para la conducta empresarial responsable en las Américas", *Anuario Derechos Humanos*. vol. 16, 2020, núm. 2. pp. 347-379.

entre la minera de capitales canadienses *Eco Oro Minerals Corporation* y Colombia.

Por su parte, el Pilar II reconoce que las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos. 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. El mecanismo prescrito en los Principios Rectores para que las empresas pongan en práctica y den cumplimiento a su responsabilidad de respetar los derechos humanos es la debida diligencia en materia de derechos humanos, que consiste en un proceso continuo para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos en el contexto de todas sus operaciones y productos y en todas sus relaciones comerciales (proveedores y socios comerciales).

El *Corporate Human Rights Benchmark* de 2022 sobre el desempeño en el ámbito de los derechos humanos de 127 empresas globales en sectores identificados como de alto riesgo de impactos negativos sobre los derechos humanos pone en evidencia una brecha significativa en la implementación de los procesos de diligencia debida. En 2022, 46 de las 127 empresas evaluadas puntuaron cero en esta cuestión.⁴⁵ Por tanto, aún son pocas las empresas que entienden o llevan a cabo estos procesos. Por ello, han comenzado a emerger a nivel internacional, regional y nacional varios marcos regulatorios que buscan establecer como obligatoria la debida diligencia en materia de derechos humanos.⁴⁶ Esta tendencia legislativa ha tenido un gran auge sobre todo a nivel europeo, ya que países como Francia, Alemania, Países Bajos y Noruega ya han adoptado leyes que ponen en marcha el Pilar II de los Principios Rectores. Mientras tanto, países como Suiza, Australia, Bélgica y Finlandia, entre otros, se proponen iniciativas legislativas similares a las señaladas. El 23 de febrero de

⁴⁵ Véase, WBA ALLIES, “Corporate Human Rights Benchmark 2022 Insights Report”, disponible en: <https://www.worldbenchmarkingalliance.org/research/2022-corporate-human-rights-benchmark-insights-report/>.

⁴⁶ Véase, GUAMÁN, Adoración, *Diligencia debida en derechos humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021; IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel, “La debida diligencia en materia de derechos humanos: Estado de la cuestión y perspectivas”, en: RICO ESPINOZA, Katya Marisol y GUADARRAMA LÓPEZ, Enrique (eds.), *Tomo XVI. Derechos humanos y Empresas de la Colección de Estudios en Derechos Humanos*, Jalisco, Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamxtili, 2022, pp. 32-65.

2022, la Comisión Europea publicó la propuesta de directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, con el objeto garantizar que las empresas que operan en el mercado interior contribuyan al desarrollo sostenible y a la transición hacia la sostenibilidad de las economías y las sociedades mediante la identificación, prevención, mitigación, eliminación y minimización de los efectos adversos potenciales o reales sobre los derechos humanos y el medio ambiente relacionados con las propias operaciones de las empresas, sus filiales y sus cadenas de valor.⁴⁷

Las leyes de diligencia debida obligatoria en materia de derechos humanos y medio ambiente también son el detonante de una nueva ola de litigios en materia de empresas y derechos humanos relacionada con el incumplimiento de las obligaciones prescritas en estos instrumentos. En el caso *Amis de la Terre y otros v. TotalEnergies*, las y los demandantes alegan que el plan de vigilancia de la empresa *TotalEnergies* no cumple los requisitos mínimos establecidos en la *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés et des entreprises donneuses d'ordre*, ya que el mapeo de riesgos era insuficiente debido a que no se incluían medidas específicas para prevenir desplazamientos forzados, vulneraciones de derechos económicos, sociales y culturales o el impacto en el medio natural y en la biodiversidad. Asimismo, carecía de un sistema de seguimiento de la aplicación efectiva de las medidas formuladas, pudiendo constatar ya actividades lesivas.

4. Sigüientes pasos en el litigio en materia de empresas y derechos humanos

Si bien es cierto que las experiencias de litigios de gran impacto en materia de empresas y derechos humanos, tanto en las vías judiciales como extrajudiciales, se han expandido en varias jurisdicciones con resultados positivos y negativos, también es cierto que las y los demandantes y las personas afectadas siguen enfrentando diversos obstáculos sistemáticos, de carácter jurídico y práctico, para acceder a los mecanismos que hagan efectiva la responsabilidad de las empresas y otorguen una reparación integral por los abusos de derechos

⁴⁷ PIGRAU SOLÉ, Antoni e IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel, "Consideraciones a la propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad", *Documentos ICIP*, 2022, núm. 02, pp. 1-33.

humanos y los impactos ambientales sufridos.⁴⁸ Por tanto, se puede deducir que la implementación del Pilar III es aún tema pendiente por parte de los Estados. Al respecto, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos (en adelante, Grupo de Trabajo) señala que “a pesar del conocimiento bien documentado sobre los obstáculos que impiden el acceso a reparaciones efectivas [...], los planes de acción nacionales existentes son por lo general muy deficientes en cuanto a la aplicación del componente III. Por consiguiente, la obtención de reparaciones efectivas en los casos de abusos contra los derechos humanos relacionados con las empresas sigue siendo una excepción y no la regla”.⁴⁹ Del mismo modo, las leyes de diligencia debida obligatoria que implementan el Pilar II de los Principios Rectores tampoco han servido para reducir todos los obstáculos que enfrentan las y los litigantes.

La Observación General No. 24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recomienda que “los Estados partes deben adoptar las medidas necesarias para abordar esos desafíos con el fin de impedir la denegación de justicia y asegurar el derecho a un recurso efectivo y a reparación. Ello requiere que los Estados partes eliminen los obstáculos sustantivos, procesales y prácticos a los recursos, entre otras cosas, estableciendo regímenes de responsabilidad de la empresa matriz o del grupo, ofreciendo asistencia letrada y otros sistemas de financiación a la parte demandante, permitiendo las demandas colectivas relacionadas con los derechos humanos y los litigios de interés público, facilitando el acceso a información pertinente y la reunión de pruebas en el extranjero, incluido el testimonio de testigos, y permitiendo que esas pruebas se presenten en los procesos judiciales”.⁵⁰

Con el fin de reducir los obstáculos que enfrentan las y los demandantes y las personas afectadas para acceder a los mecanismos judiciales y extrajudiciales en el sistema universal, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas

⁴⁸ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Décimo aniversario de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: balance del primer decenio*, 22 de abril de 2021, A/HRC/47/39, párr. 92.

⁴⁹ ASAMBLEA GENERAL, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, 18 de julio de 2017, A/72/162, párr. 82.

⁵⁰ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*, 10 de agosto de 2017, E/C.12/GC/24 párr. 44.

para los Derechos Humanos puso en marcha en 2014 el Proyecto de Rendición de Cuentas y Reparaciones.⁵¹ Este proyecto ha ofrecido orientación a los Estados con el fin de eliminar los obstáculos en el acceso a las reparaciones y, a su vez, mejorar la rendición de cuentas de las empresas. A nivel regional, las organizaciones internacionales también han proporcionado orientaciones a los Estados para reducir y eliminar los obstáculos en el acceso a mecanismos de reparación. En el SIDH, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha publicado el informe “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”,⁵² que recomienda a los Estados realizar un estudio que identifique posibles vías para superar los obstáculos sustantivos, procesales o prácticos que puedan existir para el acceso a la justicia, sea de naturaleza civil, administrativa o penal, de víctimas de abusos y violaciones de derechos humanos en contextos de las actividades empresariales, incluyendo el ámbito extraterritorial, y adoptar las medidas necesarias para eliminar dichos obstáculos. Por su parte, el Consejo de Europa emitió su recomendación CM/Rec(2016)3 sobre los derechos humanos y las empresas, que incluyó las medidas que deberían adoptar los Estados miembros para garantizar que todas las personas tengan acceso a una reparación efectiva.⁵³ En un sentido similar, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en 2017, publicó 21 recomendaciones concretas para reducir los obstáculos en el acceso a las reparaciones a nivel de la Unión Europea.⁵⁴

Como bien indica el Grupo de Trabajo, “[a]segurar el acceso a reparaciones efectivas en el caso de los abusos contra los derechos humanos relacionados con empresas exigirá cambios transformadores en las leyes, las políticas, los mecanismos de reparación, las estructuras sociales y la gobernanza mundial. Un buen punto de partida sería eliminar los obstáculos ya conocidos de naturaleza

⁵¹ Véase, “El Proyecto sobre rendición de cuentas y reparación del ACNUDH: Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones cuando las empresas incurren en graves vulneraciones de derechos humanos”, disponible en: www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/OHCHRstudyondomesticlawremedies.aspx.

⁵² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos, Washington, D.C., CIDH, 2019, 9. 202.

⁵³ COUNCIL OF EUROPE, “Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to member States on human rights and business”, disponible en: <https://rm.coe.int/human-rights-and-business-recommendation-cm-rec-2016-3-of-the-committee/16806f2032>.

⁵⁴ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, *Improving Access to Remedy in the Area of Business and Human Rights at the EU Level: Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights*, Viena, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2017.

jurídica, práctica, de procedimiento y jurisdiccional para acceder a mecanismos judiciales y extrajudiciales”.⁵⁵ Este punto de partida podría ser el futuro tratado sobre empresas y derechos humanos que a la fecha de escritura del presente capítulo introductorio está aún en negociaciones en el seno del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Las negociaciones de dicho tratado se derivan de la Resolución 26/9 relativa a la “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos” (A/HRC/RES/26/9), a cargo de un Grupo de Trabajo Intergubernamental (GTI) de composición abierta.⁵⁶ Esta resolución condujo al histórico proceso de elaboración de un instrumento de *hard law* en el ámbito de empresas y derechos humanos. Este futuro tratado es complementario a los Principios Rectores y podría impulsar la implementación del Pilar III, ya que sus disposiciones podrían abordar los obstáculos procesales, sustantivos y prácticos que enfrentan las personas afectadas y sus litigantes, así como reforzar los mecanismos existentes para el tratamiento eficaz de los litigios en materia de empresas y derechos humanos.

El tercer borrador revisado del futuro tratado sobre empresas y derechos humanos, publicado en 2021,⁵⁷ reconoce en el preámbulo el derecho de toda persona a tener acceso efectivo y equitativo a la justicia y a una reparación en caso de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos. Sin ánimos de un análisis exhaustivo del tercer borrador revisado, cabe destacar algunas disposiciones que son clave para superar algunos de los obstáculos presentes en los litigios en materia de empresas y derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 7 del tercer borrador de 2021 señala que los Estados deben asegurar que sus tribunales y mecanismos judiciales tengan la competencia necesaria para permitir el acceso de las víctimas a un recurso adecuado,

⁵⁵ ASAMBLEA GENERAL, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, 18 de julio de 2017, A/72/162, párr. 55.

⁵⁶ Véase, GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración y GONZÁLEZ BOMARZO, Gabriel Moreno, *Empresas transnacionales y derechos humanos: la necesidad de un instrumento vinculante*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2018.

⁵⁷ Véase, Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises, disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf>.

oportuno y efectivo y el acceso a la justicia, y para superar los obstáculos específicos a los que se enfrentan las mujeres y las personas y grupos en situación de vulnerabilidad y marginación (artículo 7.1).

Asimismo, se contemplan disposiciones relacionadas con la asistencia jurídica a las víctimas durante todo el proceso judicial (artículo 7.3), con la inversión de la carga de la prueba en casos apropiados para cumplir con el derecho de las víctimas al acceso a la reparación (artículo 7.6), con la responsabilidad penal (o funcionalmente equivalente) de las personas jurídicas por violaciones de los derechos humanos que constituyan delitos penales en virtud del derecho internacional de los derechos humanos (artículo 8.8), con la competencia judicial respecto a los casos presentados por las víctimas, independientemente de su nacionalidad o lugar de domicilio (artículo 9.1), con la prohibición de la aplicación del *forum non conveniens* (artículo 9.3), con la ley aplicable (artículo 11), con la asistencia legal mutua y cooperación judicial internacional (artículo 12), entre otras disposiciones que contribuyen a reducir los obstáculos presentes en la litigación en materia de empresas y derechos humanos.

A pesar del potencial del futuro tratado sobre empresas y derechos humanos respecto a la rendición de cuentas de las empresas y el acceso a una reparación efectiva por parte de las personas afectadas,⁵⁸ aún existen varias dudas en torno a este instrumento ya que enfrenta como principal desafío la falta de voluntad política de cara a la adopción y a la implementación de las medidas necesarias para dar vida al tratado.

⁵⁸ BLACKBURN, Daniel, *Removing Barriers to Justice: How a Treaty on Business and Human Rights Could Improve Access to Remedy for Victims*, Amsterdam, Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen (SOMO), 2017.