

Daniela Bardel- UNCPBA- CONICET (Argentina)¹

Dámaso Javier Vicente Blanco- UVA (España)

Título: Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y retos al Derecho Internacional Privado: un acercamiento en torno a la regulación de la actuación de las empresas a escala transnacional.

Resumen: La Agenda 2030 como proyecto político y axiológico atraviesa en sus diversos objetivos a la actividad empresarial. Téngase presente además que el constructo mismo de desarrollo sostenible ha sido considerado como uno de los fundamentos de la responsabilidad social de las empresas, entendida *lato sensu* como el impacto que producen en la sociedad.

Desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado tal transversalidad supone un desafío a las posibilidades regulatorias de la actividad empresarial llevada a cabo de manera transfronteriza a través de las cadenas globales de producción. Con esto queremos señalar que la actual situación conocida como “brecha regulatoria” o de “jurisdicciones múltiples” ocasionada en las diversas estrategias normativas desarrolladas hasta el momento (fundamentalmente instrumentos de *soft law* en diversas interacciones con elementos de *hard law*) interpelan y retan al Derecho Internacional Privado en torno a los fines y funciones a desarrollar en dicho esquema. En este sentido, emergen las posibilidades de normas de policía, de autonomía material y las cuestiones generales en torno a la jurisdicción competente y el Derecho aplicable en casos de transgresiones a los derechos humanos por parte de los sujetos económicos privados. Asimismo, las diversas tácticas en el marco de los acuerdos de comercio e inversión. En todas las intervenciones jurídicas subyace el conflicto entre la protección de la persona y el medioambiente o del capital.

El Objetivo N° 16 sobre “Paz, Justicia e Instituciones sólidas” está en íntima relación con el tercer pilar de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos destinados a “accesos a mecanismos de reparación”. El mismo ha sido denominado como el “pilar olvidado”, y en esta dirección se abren entonces debates en torno a la jurisdicción competente (el *fórum non conveniens* y el *fórum necessitatis*) y el Derecho aplicable, en las cuales el Derecho Internacional Privado tiene un rol clave.

Sumario:

1. La implicancia transversal de los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030 desde la óptica de las empresas.
2. ¿Qué desafíos se le presentan al Derecho Internacional Privado?
3. El objetivo de desarrollo sostenible N° 16 y los mecanismos de acceso a la reparación.
4. A modo de conclusión

¹ Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, CIEP, Azul, Buenos Aires, Argentina- Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Argentina.

I. La implicancia transversal de los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030 desde la óptica de las empresas.

En el año 2015 todos los Estados miembros de la ONU aprobaron la Agenda 2030 incluyendo 17 objetivos de desarrollo sostenible concretados en 179 metas². La Agenda 2030 constituye así un proyecto político y axiológico “universal” que interpela a Estados, sector privado y sociedad civil a contribuir a su realización mediante el alcance de las metas planteadas. Y en este sentido, interpela también a la acción política de la academia³. No obstante, es importante señalar que al proyecto político subyacen obligaciones internacionales ya asumidas por los Estados, en lo que aquí interesa el derecho a la tutela judicial efectiva⁴.

Los 17 objetivos atraviesan la actividad empresarial, es decir, la acción de la misma tiene posibles impactos sobre tales objetivos⁵. El vínculo entonces evidencia el concepto –o más bien los disensos- en torno al constructo de la responsabilidad social empresarial o corporativa, entendida *lato sensu* como el impacto que produce la empresa en la sociedad⁶.

² Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 70/1, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, 25.9.2015. Como antecedentes se señalan los Decenios del Desarrollo y la Declaración del Milenio de Naciones Unidas basada en los 8 Objetivos del Desarrollo del Milenio. En relación a las diferencias con su antecesor inmediato se apunta que los ODS son más amplios en cuanto a la materia: dado que abordan además de las cuestiones sociales, las medioambientales y económicas; y también en cuanto al alcance personal: alcanza además de a los países en vías de desarrollo a los actualmente desarrollados. FERNÁNDEZ LIESA, C. y MANERO SALVADOR, A., “De los ODM a los ODS. La necesidad de un análisis”, FERNÁNDEZ LIESA, C. y MANERO SALVADOR, A. (Dir.). *Análisis y comentarios de los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas*”, Thomson Reuters, Aranzandi, Navarra, 2017, pp. 25, 26.

³ Ver en este sentido la Resolución del Institut de Droit International *Derechos de la persona humana y el Derecho Internacional Privado*, 4.9.2021. Disponible en https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2021/09/2021_online_04_fr.pdf, consultado el 12/10/2022.

⁴ El análisis de Cardesa Salzmán y Pigrau Solé da cuenta que los 17 ODS fueron establecidos sobre la base de obligaciones internacionales vigentes relevantes para el desarrollo sostenible. Frente a la fragmentación del Derecho Internacional en regímenes autónomos que persiguen objetivos, racionalidades y discursos divergentes, los ODS fueron planteados como un marco político de coordinación y síntesis de obligaciones ya asumidas por los Estados. CARDESA SALZMANN, A. y PIGRAU SOLÉ, A., “La agenda 2030 y los objetivos para el desarrollo sostenible. Una mirada crítica sobre su aportación a la gobernanza global en términos de justicia distributiva y sostenibilidad ambiental”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69/1, 2017, p. 281.

⁵ Tales objetivos son, a saber: 1. Fin de la pobreza; 2. Hambre cero; 3. Salud y Bienestar; 4. Educación de calidad; 5. Igualdad de género; 6. Agua limpia y saneamiento; 7. Energía asequible y no contaminante; 8. Trabajo decente y crecimiento económico; 9. Industria, innovación e infraestructura; 10. Reducción de las desigualdades; 11. Ciudades y comunidades sostenibles; 12. Producción y consumo responsables; 13. Acción por el clima; 14. Vida submarina; 15. Vida de ecosistemas terrestres; 16. Paz, justicia e instituciones sólidas; 17. Alianzas para lograr los objetivos.

⁶ Comunicación de la Comisión Europea *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la Responsabilidad Social de las Empresas*, (COM 2011, 681 final), 25.10.2011. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52011DC0681>

No nos detenemos en las discusiones en torno a la conceptualización. Si mencionamos que entendemos que la disputa obedece a los diferentes intereses involucrados y a la cuestión de la legitimación de los actores en relación a la misma. Desde nuestra perspectiva, el concepto se ha utilizado como estrategia regulatoria ante el déficit de juridicidad que puede presentar la actividad de las sociedades comerciales a escala transnacional. Jiménez-Piernas García en base a los Principios Rectores de Naciones Unidas postula la

Téngase presente además que la idea misma de desarrollo sostenible ha sido considerada como uno de los fundamentos en torno a la responsabilidad social de las empresas. Recordemos su surgimiento en el *Informe Brundtland* “Nuestro Futuro Común” de 1987. En el mismo se lo definió como el desarrollo que satisface las necesidades de generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Como apunta Fernández Liesa este enfoque intergeneracional se complementó con el medioambiental en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo convocada por la Asamblea General de Naciones Unidas (Río de Janeiro, 1992), y luego avanzaría hacia el enfoque de inclusión social, en particular desde la Cumbre de Johannesburgo de Desarrollo Sostenible de 2002⁷.

Entendemos que también surge evidente en el vínculo entre empresas y ODS el concepto de “nueva gobernanza” en el entendimiento que ha mutado el escenario en el cual el Estado constituía el centro de poder político, y cuya función era detentar el monopolio en la articulación y consecución del interés colectivo, a otro en construcción donde las decisiones serían el resultado de la interacción y las interdependencias entre diversos actores públicos y privados⁸.

II. ¿Qué desafíos se le presentan al Derecho Internacional Privado?

Desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado tal transversalidad supone un desafío a las estrategias regulatorias de la actividad empresarial llevada a cabo de manera transfronteriza a través de las cadenas globales de producción (filiales, socios comerciales, subcontratantes), lo cual implica el desarrollo de tácticas en su método directo a través de normas de policía o de la autonomía material; e indirecto mediante las normas de conflicto⁹.

Con esto queremos señalar que la actual situación conocida como “brecha regulatoria” –ante la falta o déficit de captación jurídica a la actuación transnacional de las empresas del Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado- o de “juridicidades múltiples” -ocasionada en las diversas regulaciones desarrolladas hasta el momento, fundamentalmente instrumentos de *soft law* en diversas interacciones con elementos de *hard law*- interpelan y retan al Derecho Internacional Privado en torno a los fines y funciones a desarrollar en dicho esquema¹⁰. Entre tales propuestas de *soft law*

siguiente definición: “Una estrategia complementaria para incrementar la eficacia horizontal indirecta de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, combinando instrumentos de hard y soft law, en su particular interacción con las actividades de toda clase de empresas y con una vocación eminentemente preventiva”. JIMÉNEZ-PIERNAS GARCÍA, A., “La definición de la responsabilidad social corporativa a la luz de los principios rectores: una perspectiva de derechos humanos”, FERNÁNDEZ LIESA, C. y LÓPEZ JACOISTE- DÍAZ, E. (Dir.), *Empresas y derechos humanos*, Thomson Reuters, Aranzandi, Navarra, 2018, p. 83.

⁷ FERNÁNDEZ LIESA, C. y MANERO SALVADOR, A., “De los ODM...”, *Op. Cit.*, p. 25 y ss.

⁸ CERRILLO i MARTÍNEZ, A., “La gobernanza hoy: introducción”, CERRILLO i MARTÍNEZ, A., (Coord. Y Trad.), *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, INAP, Madrid, 2005, pp. 11-35.

⁹ Puede verse el trabajo de Zamora Cabot donde se plantean los desafíos al Derecho Internacional Privado en relación a la materia de empresas y derechos humanos. ZAMORA CABOT, F., “Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos: nuevas interacciones”, *Papeles el tiempo de los Derechos*, N° 4, 2021, pp. 1-14.

¹⁰ Puede verse SALES PALLARÉS, L. y MARULLO, M., “El “ángulo muerto” del Derecho Internacional: las empresas transnacionales y sus cadenas de suministro”, *Persona y Derecho*, N° 78, 2018/1, pp. 261-291.

tienen un lugar destacado los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (en adelante PR) producto de la labor de John Ruggie¹¹. Esta “jerarquía” obedece al impacto que han tenido en la modificación de otros instrumentos como las Líneas Directrices de la OCDE sobre empresas multinacionales en 2011 y la Declaración Tripartita de la OIT en 2017¹², y fundamentalmente por haber situado en la agenda transnacional la relación entre empresas y derechos humanos desde lo político como sucede con los Planes de Acción Nacionales y desde lo normativo como sucede con la regulación extraterritorial de la debida diligencia¹³.

Los PR se estructuran en base al *statu quo* vigente del Derecho Internacional Público, que reconoce una personalidad muy limitada a las empresas, jurídicamente sociedades comerciales constituidas o reconocidas en base a los derechos domésticos¹⁴. Por tanto, los PR se ordenan en base a tres pilares: la obligación del Estado de proteger, la responsabilidad de las empresas de respetar y el acceso a los mecanismos de reparación. Los PR han situado al concepto de debida diligencia como mecanismo regulatorio que puede abordarse desde un entendimiento “extraterritorial”. Esto es, al extenderse a toda la cadena de producción provoca un efecto en relación a la empresa matriz que repercute en empresas localizadas geográficamente en diferentes Estados, y en consecuencia en diversos sistemas jurídicos.

Se ha interpretado que la obligación del Estado de proteger se extiende también de modo extraterritorial (así por ejemplo, los Principios de Maastrich sobre obligaciones extraterritoriales y la Observación General N° 24 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)¹⁵. En este entendimiento, una de las estrategias del Derecho Internacional Privado es la regulación a través del método directo por medio de las normas de policía (así la Ley de Vigilancia Francesa y otras iniciativas). Actualmente

¹¹ NACIONES UNIDAS, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, NN. UU., Nueva York y Ginebra, 2011. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/publications/reference-publications/guiding-principles-business-and-human-rights-implementing>

¹² OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD, París, 2013. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es> OIT, *Declaración Tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, Oficina Internacional del Trabajo, 5° ed., Ginebra, 2017. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf

¹³ Puede verse entre la abundante bibliografía FERNÁNDEZ LIESA, C. y LÓPEZ JACOISTE DÍAZ, E. (Dir.), *Empresas y derechos humanos*, Thomson Reuters, Aranzandi, Navarra, 2018.

¹⁴ Puede verse JIMÉNEZ-PIERNAS GARCÍA, A., “La definición de...”, *Op. Cit.*, pp. 70 y 73-78.

¹⁵ Sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados puede consultarse: VV. AA., *Principios de Maastrich sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 2013; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación general núm. 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*, 2017; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales (REDESCA), 2019. OEA/Ser. L/V/II. CIDH/REDESCA/INF. 1/19.

Puede verse BONET PÉREZ, J., “Jurisdicción y obligaciones jurídicas internacionales del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, BONET PÉREZ, J. y ALIJA FERNÁNDEZ, R. (Ed.), *La extraterritorialidad y la protección internacional de los derechos humanos respecto a conductas de los actores privados*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 243-264.

es la posición que se discute en la Directiva de la Comisión Europea 2022/0051 COD sobre debida diligencia de las empresas en materia de sostenibilidad de fecha 23/2/2022¹⁶.

Se han analizado también las posibilidades de la autonomía material y la inclusión de cláusulas en relación a la responsabilidad social y ambiental en los contratos comerciales¹⁷.

Otra de las oportunidades se da en torno al método indirecto, donde se ponen en revisión las cuestiones generales de jurisdicción competente y de Derecho aplicable en casos de transgresiones a los derechos humanos por parte de los sujetos económicos privados. En este sentido, las posibilidades jurídicas de *lege lata* son limitadas, en tanto, v.gr. los Estados de la Unión Europea (los que se conocen como *home state*) no habilitan la competencia cuando la transgresión no tiene una “conexión comunitaria”. Sobre este punto volveremos *infra*. En el mundo anglosajón, por su parte, especialmente en los Estados Unidos¹⁸, la doctrina del *forum non conveniens*, se ha demostrado como un obstáculo en muchos casos infranqueable en la búsqueda de la responsabilidad de las empresas en el país del domicilio como demandadas, tal y como ha expuesto la doctrina¹⁹ y como se demostró, por ejemplo, en el caso Texaco-Chevron en Ecuador por los daños en la Amazonía ecuatoriana²⁰.

Además, encontramos las diversas tácticas en el marco de los acuerdos de comercio e inversión. De este modo, podemos señalar que en todas las intervenciones jurídicas subyace el conflicto entre la protección de la persona humana y el medioambiente o la protección del capital²¹.

¹⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. COM (2022) 71 final, 23.2.2022. Puede verse GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “El borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo,” *Trabajo y Derecho*, n° 88, La Ley 2558/2022, pp. 1-22. Sobre la propuesta del Parlamento GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “La Unión Europea y la diligencia debida: contexto, propuestas y razones para el paso del soft al hard law”, ZAMORA CABOT, F., SALES PALLARÉS, L. y MARULLO, M. (Dir.), *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, Thomson Reuters, Aranzandi, Navarra, 2022, pp. 93-113.

¹⁷ Puede verse en materia laboral BRAUN BETTINA *et. al.*, “Códigos de conducta de proveedores aplicables a los trabajadores como herramienta para el acceso a la justicia en las cadenas de suministro mundiales”, *The Global Labour Rights Reporter*, Vol.1, N° 1, 2021, pp.7-11.

¹⁸ Sobre la situación en Estados Unidos puede verse, entre muchos, MARULLO, M., “Recientes desarrollos en los litigios transnacionales empresas y Derechos Humanos: el caso Kiobell III”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, N° 63, 2020, pp. 57-80.

¹⁹ Pueden verse, BRAND, R. y JABLONSKI, S., *Forum non conveniens: History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Oxford University Press, Nueva York, 2007, pp. 128-129; NUYTS, A., *L'exception de forum non conveniens*, Bruylant/LGDJ, 2003, pp. 177, 339 y 507-508; y TCHOTOURIAN, I. y LANGENFELD, A., *Forum non conveniens; Un impasse pour la responsabilité des entreprises?*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2020, pp. 33-50,70-80, 99-102, 114-118 y 150-156.

²⁰ Pueden verse, GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “Derechos humanos y empresas transnacionales: las debilidades del Tercer Pilar derivadas de las normas de promoción de inversiones. El caso Chevron como paradigma de la necesidad del Binding Treaty”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 39, 2019, pp.113-135; y VICENTE BLANCO, D., “El caso Chevron contra Ecuador, una panorámica: El sistema internacional de protección de inversiones como parapeto ante la vulneración de los derechos humanos”, VV.AA., *Libro Homenaje a Jesús Quijano González*, Universidad de Valladolid, 2022 (en prensa).

²¹ Puede verse, entre muchos, ALVARES GARCÍA JÚNIOR, A., “Panorama de la Protección de los Derechos Fundamentales en las Relaciones Comerciales Unión Europea- Países Latinoamericanos”,

Resulta del máximo interés hacer referencia también a la necesidad de tomar en consideración determinadas investigaciones de los últimos tiempos en el campo del Derecho privado, que afectan también al Derecho Internacional Privado, y que tienen que ver con las relaciones de determinadas figuras e instituciones jurídicas del Derecho privado con la desigualdad social. Efectivamente, los estudios liderados en los últimos tiempos por Katharina Pistor han perseguido poner en evidencia cómo determinadas instituciones jurídicas se crearon históricamente para garantizar la desigualdad social²². No es necesario llegar tan lejos como la autora alemana para comprender que determinadas figuras jurídicas como el *trust* anglosajón, que están en el punto de mira del Derecho europeo antiblanqueo y de las autoridades estatales antiblanqueo²³, constituyen un instrumento fundamental de la fuga de capitales a paraísos fiscales y del blanqueo de capitales y contribuyen a la desigualdad social, al sustraer la riqueza de allí donde se genera, eludiendo además las obligaciones fiscales²⁴. Por ello, un análisis de estos instrumentos jurídicos y de su uso debería aparecer también como exigencia en la Agenda 2030.

III. El objetivo de desarrollo sostenible N° 16 y los mecanismos de acceso a la reparación.

El Objetivo N° 16 sobre “Paz, Justicia e Instituciones sólidas” señala que “Los conflictos, la inseguridad, las instituciones débiles y el acceso limitado a la justicia continúan suponiendo una grave amenaza para el desarrollo sostenible”. Por tanto, el objetivo consiste en “promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas en todos los niveles”²⁵.

Entre los datos destacados se señala que entre las instituciones más afectadas por la corrupción se encuentran el poder judicial y la policía y que el Estado de Derecho y el

SALINAS DE FRÍAS, A. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. (Dir.), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 149-162. SANTAOLALLA MONTANA, C., “Tratados de Libre Comercio y Afeción de Derechos Fundamentales ¿Mito o realidad?,” SALINAS DE FRÍAS, A. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. (Dir.), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 139-148.

²² Ver, como colofón actual de sus dilatados estudios, PISTOR, K., *El código del capital*, Capitán Swing, Madrid, 2022.

²³ Ver, por ejemplo, la Directiva (UE) 2015/849: prevención de la utilización del sistema financiero para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, que en su artículo 2, por ejemplo, se refiere a “fideicomisos, sociedades, fundaciones o estructuras análogas”, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32015L0849>, así como el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, por el que se evalúa si los Estados miembros han identificado debidamente y han sometido a las obligaciones establecidas en la Directiva (UE) 2015/849 a todos los trusts e instrumentos jurídicos análogos que se rigen por sus leyes, COM (2020) 560 final, 16.9.2020, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0560>. Puede verse también la *Guía de cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida en relación con los fideicomisos anglosajones (trusts) y otros instrumentos jurídicos similares* (2019), del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital de España (SEPBLAC), en https://www.sepblac.es/wp-content/uploads/2019/03/trusts_guia_de_cumplimiento.pdf.

²⁴ Ver, por ejemplo, MUÑIZ PÉREZ, J., *El Trust: herramienta de elusión fiscal internacional*, Aranzadi, Civitas, Navarra, 2022.

²⁵ Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>

desarrollo tienen una interrelación significativa y se refuerzan mutuamente, por lo que es esencial para el desarrollo sostenible a nivel nacional e internacional.

En cuanto a las metas, las que aquí más interesan apuntan: **16.3** Promover el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos; **16.6** Crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas.

Subyace asimismo el derecho a la tutela judicial efectiva. Como señala Muñoz Fernández este derecho limita la libertad que tiene cada Estado para establecer sus normas de competencia judicial internacional y de decidir sobre qué asuntos con elemento extranjero conocerán sus tribunales. De esta manera, el equilibrio entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la libertad de los Estados se encontraría en los fines legítimos que justifiquen limitar la competencia a ciertos casos, siendo suficiente y conveniente que un Estado asuma únicamente aquellos casos que presentan un vínculo razonable con el territorio²⁶.

Lo mencionado está en íntima relación con el tercer pilar de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos destinados a “accesos a mecanismos de reparación”. El mismo ha sido denominado como el “pilar olvidado” atento a su falta de atención y desarrollo²⁷. El principio fundacional de este Pilar afirma: “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 correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces” (Principio Fundacional N° 25).

En tanto, el Principio Operativo N° 26 indica “Los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales cuando aborden las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas, en particular considerando la forma de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación”. El comentario a este principio interpreta como un obstáculo legal cuando los justiciables son víctimas de una denegación de justicia en un Estado de acogida y no pueden acceder a los tribunales del Estado de origen, independientemente del fundamento de la reclamación.

En esta dirección -y como adelantamos- delimitado materialmente a la responsabilidad civil extracontractual internacional y al estado de la cuestión en la Unión Europea se abren debates en torno a la jurisdicción competente, las cuestiones procesales (como las posibilidades de acciones colectivas) y el Derecho aplicable. En todas ellas el Derecho Internacional Privado tiene un rol clave en miras al Objetivo N° 16 y al derecho a una tutela judicial efectiva²⁸.

Nos limitaremos por razón de espacio a la cuestión de la competencia judicial y del Derecho aplicable. En relación a la primera cuestión como apunta María Font Mas la regulación vigente se basa en la separación de la personalidad jurídica, y solo la prueba a contrario podría vincular el daño a la matriz que se encuentra en otro Estado y que no lo

²⁶ MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., “Tutela judicial efectiva y foro de necesidad: su aplicación a acciones contra multinacionales por violaciones de derechos humanos”, FERNÁNDEZ LIESA, C. y LÓPEZ JACOISTE DÍAZ, E. (Dir.), *Empresas y derechos humanos*, Thomson Reuters, Aranzandi, Navarra, 2018, p. 112.

²⁷ Puede verse GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “Derechos humanos y...”, *Op. Cit.*, p. 117 y ss.

²⁸ Dejamos de lado las posibilidades de reclamación ante mecanismos extrajudiciales.

ha cometido directamente, mediante por ejemplo la prueba del conocimiento preciso por parte de la empresa matriz de las actividades de la filial y del ejercicio de un control efectivo sobre esta²⁹.

Como señala la autora deviene entonces necesario para determinar la norma de Derecho Internacional Privado que establezca el foro competente distinguir entre la empresa filial y la empresa matriz. Cuando esta última radica en un Estado miembro de la UE, la norma que prevé que un tribunal de un Estado miembro tiene competencia para conocer un asunto y resolver, es, en primer lugar, el Reglamento UE 1215/2012 (RBIbis). Cuando esta normativa sea de aplicación desde la perspectiva material (daño extracontractual, materia delictual o cuasidelictual) y temporal (a partir del 10 de enero de 2015), los tribunales de los Estados miembros donde es de aplicación dicho reglamento, utilizarán las normas sobre competencia judicial internacional previstas en su articulado. En concreto, contiene el foro general del domicilio del demandado (art. 4 RBIbis), foro que puede ser utilizado directamente si el demandado (la empresa matriz) tiene el domicilio en un Estado miembro de la UE³⁰.

García Álvarez propone incorporar un *foro alternativo*, como sugiere la doctrina para otros supuestos, en caso de demandados no domiciliados para casos de daños medioambientales que permita aplicar también el artículo 6 (de litisconsorcio pasivo) y el artículo 5.3. de Bruselas I a las filiales, siempre que exista una conexión razonable con el mercado europeo, y de manera alternativa, siendo elección de los perjudicados. Considera la autora que resulta notable que los clásicos puntos de conexión, esencialmente territoriales, deberían poder modificarse en estos supuestos, hacia otros más «líquidos» -o flexibles-, ligados a la actividad económica real que puede resultar alejada de la plasmada en la norma. En relación a la conexión con el mercado europeo, la autora propone evaluar como conexión suficiente alguno de los siguientes hechos: que la matriz sea europea y posea el 100% del capital de la filial, salvo que pruebe (la matriz) la autonomía de su filial, lo cual evitaría, bajo esos criterios, la necesidad de levantar el velo para los demandantes; que el 100% de los beneficios de la filial vayan al país europeo; que filial y matriz sean parte de un código de conducta europeo, etc³¹.

Luego también cabría pensar en el *foro de necesidad*. La propuesta del Reglamento Bruselas I proponía habilitar el foro de necesidad cuando no exista ningún otro que garantice el derecho a un juicio justo y si el conflicto presentaba una vinculación suficiente con el Estado miembro concernido³², pero finalmente no fue aprobado. Como

²⁹ FONT MÁS, M., “Los obstáculos de una demanda civil de responsabilidad transnacional por violación de derechos humanos: desde la perspectiva del titular del derecho”, *Empresas y derechos humanos, Cuadernos Europeos de Deusto*, N° 63, 2020, p. 123.

³⁰ FONT MÁS, M., “Los obstáculos de...”, *Op. Cit.*, pp. 124-125.

³¹ GARCÍA ÁLVAREZ, L., “Daños privados por contaminación en el tráfico externo: a propósito del caso Akpan vs. Shell (Nigeria)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, N° 2, 2013, pp. 564-565.

³² *Artículo 26*. Cuando ningún tribunal de un Estado miembro fuere competente con arreglo al presente Reglamento, los tribunales de un Estado miembro podrán conocer excepcionalmente del litigio si el derecho a un juez imparcial o el derecho a una tutela judicial efectiva así lo requirieren, en particular: a) si no pudiere razonablemente incoarse o desarrollarse a cabo una acción o resultare imposible en un tercer Estado con el cual el litigio guarda estrecha conexión; o b) si una resolución dictada sobre la demanda en un tercer Estado no pudiere ser objeto de reconocimiento y ejecución en el Estado miembro del tribunal al que se hubiere interpuesto la demanda conforme a la ley de ese Estado y dicho reconocimiento y dicha ejecución fueren necesarios para garantizar el respeto de los derechos del demandante; y el litigio guardare una conexión suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer sobre él. Propuesta de Reglamento del

apunta Sales Pallarés la política legislativa tenía fundamento en la protección al derecho a un justo proceso y el derecho de acceso a la justicia conforme a lo dispuesto en el artículo 6° de la Convención Europea de Derechos Humanos, y a la prohibición de denegación de acceso a la justicia conforme a los tratados internacionales en materia de prevención y sanción de graves violaciones a los derechos humanos³³.

En cuanto al derecho aplicable es necesario recurrir al Reglamento Roma II y en función del tipo de transgresión se determinará el derecho aplicable: como regla general para daños la ley donde se produce el mismo (artículo 4)³⁴; con las siguientes excepciones: ley elegida por las partes (art. 14)³⁵; y daños medioambientales (art. 7)³⁶. Como expone María Font Mas existen múltiples obstáculos al planteo de las demandas civiles internacionales por responsabilidad de las empresas por transgresiones a los derechos humanos. Indica la autora que uno de los propósitos de su trabajo es evidenciar la desigualdad económica y procesal entre las partes y alentar a que las normas internas e internacionales cumplan con los derechos fundamentales a un proceso equitativo y a la tutela judicial efectiva en este tipo de litigios, lo cual coadyuvaría a alcanzar el Objetivo N° 16³⁷.

La propuesta de Directiva de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad ya mencionada, al regular en el artículo 22 la responsabilidad civil de las

Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida), COM (2010), 748.

³³ SALES PALLARÉS, L., “La vigencia de los Derechos Humanos en la actualidad: hacia la justiciabilidad como medio y como fin en las relaciones entre Derechos Humanos y Empresas”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 39, 2019, pp. 146-147.

³⁴ Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.

2. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país.

3. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión.

³⁵ Las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan: a) mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño, o bien b) cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial, también mediante un acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño. La elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso y no perjudicará los derechos de terceros.

³⁶ La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un daño medioambiental o de un daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño, será la ley determinada en virtud del artículo 4, apartado 1, a menos que la persona que reclama el resarcimiento de los daños elija basar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño.

Explica García Álvarez que tal regulación se basa en la idea de “protección conflictual reforzada” tomada del Derecho Suizo, la cual tiene como fundamento las siguientes razones: a) la noción de medio ambiente como un bien público, lo cual implica que el daño al medioambiente afecta a toda la comunidad y trasciende el interés meramente particular; b) si se aplica la ley del Estado de origen en los supuestos de contaminación transfronteriza se sancionan no solo los daños, sino también las conductas atentatorias contra el medio ambiente; 3) se sanciona la actitud oportunista que pueden tener los sujetos que situados en Estados con elevados índices de protección medioambiental ocasionan daños en Estados con estándares menos elevados. GARCÍA ÁLVAREZ, L., “Daños privados por ...”, *Op. Cit.*, p. 170.

³⁷ FONT MÁS, M., “Los obstáculos de...”, *Op. Cit.*, pp. 113-114.

empresas por infracción al deber de prevención y mitigación de efectos adversos potenciales y eliminación de los efectos adversos reales y minimización de su alcance en relación a los derechos humanos y el medioambiente (arts. 7º y 8º), dispone en el punto 5 “Los estados miembros velarán por que la responsabilidad establecida en las disposiciones de Derecho nacional que traspongan el presente artículo sea de aplicación imperativa y prevalente en aquellos casos en los que la ley aplicable a las denuncias correspondientes no sea la de un Estado miembro”.

IV. A modo de conclusión

La Agenda 2030 constituye un plan estratégico en el que la responsabilidad social empresarial aparece como un instrumento fundamental para la consecución de muchos de sus objetivos y metas.

El Derecho Internacional Privado tiene en este contexto nuevos desafíos que no puede desconocer, en primer lugar, en la regulación de la actividad transfronteriza de las empresas en las cadenas globales de producción. Los Principios Rectores plantean el reto de la extraterritorialidad de la obligación del Estado de proteger, donde la Ley de vigilancia francesa se ha mostrado como un nuevo modelo, junto con las nuevas normas materiales en los contratos comerciales internacionales, así como las posibles adaptaciones en los ámbitos del conflicto de leyes, en el método indirecto, y del conflicto de jurisdicciones, en relación con la competencia judicial internacional. Es así que, en relación con los acuerdos de inversión, en todas las intervenciones jurídicas está presente la dialéctica entre la protección del capital y la protección de la persona humana y el medioambiente. Además, emerge ahora, a través de investigaciones académicas, la cuestión de los instrumentos jurídicos de Derecho privado, que afectan también al Derecho Internacional Privado, y que parecen susceptibles de promover y asegurar la desigualdad social, de forma que deberían ser de interés en el contexto de la Agenda 2030.

Finalmente, en lo que hace a los mecanismos de acceso a la reparación, en relación con el ODS N° 16, resulta medular la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, de forma que el Tercer Pilar de los Principios Rectores deje de ser el Pilar olvidado. Los problemas de personalidad jurídica diferenciada entre la empresa matriz y las filiales y los socios comerciales, aparecen como un obstáculo a las posibilidades de establecer un foro europeo garantista, frente a lo que se plantean alternativas que a través de foros alternativos o el foro de necesidad pueden dar una respuesta adecuada que asegure la jurisdicción. A ello se añaden las cuestiones de ley aplicable, regidas por el Reglamento Roma II.

Las dificultades en esta materia no son pequeñas, pero paulatinamente se van desgranando mecanismos y la evidencia de qué instrumentos jurídicos fomentan la protección y cuáles siguen obstaculizando cualquier posibilidad de protección internacional de los derechos fundamentales vulnerados por las empresas.

BIBLIOGRAFÍA:

ALVARES GARCÍA JÚNIOR, A., “Panorama de la Protección de los Derechos Fundamentales en las Relaciones Comerciales Unión Europea- Países Latinoamericanos”, SALINAS DE FRÍAS, A. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. (Dir.), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 149-162.

BONET PÉREZ, J., “Jurisdicción y obligaciones jurídicas internacionales del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, BONET PÉREZ, J. y ALIJA FERNÁNDEZ, R. (Ed.), *La extraterritorialidad y la protección internacional de los derechos humanos respecto a conductas de los actores privados*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 243-264.

BRAND, R. y JABLONSKI, S., *Forum non conveniens: History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Oxford University Press, Nueva York, 2007.

BRAUN BETTINA *et. al.*, “Códigos de conducta de proveedores aplicables a los trabajadores como herramienta para el acceso a la justicia en las cadenas de suministro mundiales”, *The Global Labour Rights Reporter*, Vol.1, N° 1, 2021, pp.7-11.

CARDESA SALZMANN, A. y PIGRAU SOLÉ, A., “La agenda 2030 y los objetivos para el desarrollo sostenible. Una mirada crítica sobre su aportación a la gobernanza global en términos de justicia distributiva y sostenibilidad ambiental”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69/1, 2017, pp. 279-285.

CERRILLO i MARTÍNEZ, A., “La gobernanza hoy: introducción”, CERRILLO i MARTÍNEZ, A. (Coord. y Trad.), *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, Madrid, INAP, 2005, pp. 11-35.

FERNÁNDEZ LIESA, C. y LÓPEZ JACOISTE DÍAZ, E. (Dir.), *Empresas y derechos humanos*, Thomson Reuters, Aranzandi, Navarra, 2018.

FERNÁNDEZ LIESA, C. y MANERO SALVADOR, A., “De los ODM a los ODS. La necesidad de un análisis”, FERNÁNDEZ LIESA, C. y MANERO SALVADOR, A. (Dir.), *Análisis y comentarios de los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas*, Thomson Reuters, Aranzandi, Navarra, 2017, pp. 25-28.

FONT MÁS, M., “Los obstáculos de una demanda civil de responsabilidad transnacional por violación de derechos humanos: desde la perspectiva del titular del derecho”, *Empresas y derechos humanos, Cuadernos Europeos de Deusto*, N° 63, 2020, pp.113-152.

GARCÍA ÁLVAREZ, L., “Daños privados por contaminación en el tráfico externo: a propósito del caso Akpan vs. Shell (Nigeria)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, N° 2, 2013, pp. 548-583.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “Derechos humanos y empresas transnacionales: las debilidades del Tercer Pilar derivadas de las normas de promoción de inversiones. El caso Chevron como paradigma de la necesidad del Binding Treaty”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 39, pp. 113-135.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “El borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo”, *Trabajo y Derecho*, n° 88, La Ley 2558/2022, pp. 1-22.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “La Unión Europea y la diligencia debida: contexto, propuestas y razones para el paso del soft al hard law”, ZAMORA CABOT, F., SALES PALLARÉS, L. y MARULLO, M. (Dir.), *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, Thomson Reuters, Aranzandi, Navarra, 2022, pp. 93-113.

JIMÉNEZ-PIERNAS GARCÍA, A., “La definición de la responsabilidad social corporativa a la luz de los principios rectores: una perspectiva de derechos humanos”, FERNÁNDEZ LIESA, C. y LÓPEZ JACOISTE- DÍAZ, E. (Dir.), *Empresas y derechos humanos*, Thomson Reuters, Aranzandi, Navarra, 2018, pp. 67-85.

MARULLO, M., “Recientes desarrollos en los litigios transnacionales empresas y Derechos Humanos: el caso Kiobell III”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, N° 63, 2020, pp. 57-80.

MONTESINOS PADILLA, C., “Los principios Ruggie y la Agenda 2030. Un futuro de recíprocas experiencias por explorar”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70, 2, julio-diciembre 2018, pp. 183-208.

MUÑIZ PÉREZ, J., *El Trust: herramienta de elusión fiscal internacional*, Aranzadi, Civitas, Navarra, 2022.

MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., “Tutela judicial efectiva y foro de necesidad: su aplicación a acciones contra multinacionales por violaciones de derechos humanos”, FERNÁNDEZ LIESA, C. y LÓPEZ JACOISTE DÍAZ, E. (Dir.), *Empresas y derechos humanos*, Thomson Reuters, Aranzandi, Navarra, 2018.

NUYTS, A., *L'exception de forum non conveniens*, Bruylant/LGDJ, 2003.

PASTOR PALOMAR, A., “Creación de instituciones eficaces, inclusivas, responsables a todos los niveles. Una propuesta de aplicación por España en relación con los organismos internacionales y las empresas establecidas en su territorio”, FERNÁNDEZ LIESA, C. y MANERO SALVADOR, A. (Dir.), *Análisis y comentarios de los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas*, Thomson Reuters, Aranzandi, Navarra, 2017, pp. 493-514.

PISTOR, K., *El código del capital*, Capitán Swing, Madrid, 2022.

REQUEJO ISIDRO, M., “Empresas y Derechos Humanos: el “tercer pilar” desde la Unión Europea”, SALINAS DE FRÍAS, A. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. (Dir.), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 61-90.

SALES PALLARÉS, L. y MARULLO, M., “El “ángulo muerto” del Derecho Internacional: las empresas transnacionales y sus cadenas de suministro”, *Persona y Derecho*, N° 78, 2018/1, pp. 261-291.

SALES PALLARÉS, L. y MARULLO, M., “El dilema de la UE y los Derechos Humanos: ¿protegemos a la empresa o al individuo?”, SALINAS DE FRÍAS, A. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. (Dir.), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 329- 338.

SALES PALLARÉS, L., “La vigencia de los Derechos Humanos en la actualidad: hacia la justiciabilidad como medio y como fin en las relaciones entre Derechos Humanos y Empresas”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 39, 2019, pp. 136-153.

SANTAOLALLA MONTANA, C., “Tratados de Libre Comercio y Afección de Derechos Fundamentales ¿Mito o realidad?”, SALINAS DE FRÍAS, A. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. (Dir.), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 139-148.

TCHOTOURIAN, I. y LANGENFELD, A., *Forum non conveniens; Un impasse pour la responsabilité des entreprises?*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2020.

VICENTE BLANCO, D., “El caso Chevron contra Ecuador, una panorámica: El sistema internacional de protección de inversiones como parapeto ante la vulneración de los derechos humanos”, VV. AA., *Libro Homenaje a Jesús Quijano González*, Universidad de Valladolid, 2022 (en prensa).

ZAMORA CABOT, F., “Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos: nuevas interacciones”, *Papeles el tiempo de los Derechos*, N° 4, 2021, pp. 1-14.

ZAMORA CABOT, F., “Imperio de la ley y acceso a la justicia en algunas recientes y claves decisiones de la jurisdicción británica”, SALINAS DE FRÍAS, A. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. (Dir.), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 111-128.

ZAMORA CABOT, F., SALES PALLARÉS, L. y MARULLO, M. (Dir.), *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, Thomson Reuters, Aranzandi, Navarra, 2022.