

La responsabilidad de las empresas multinacionales a través de la litigación transnacional: estudio comparado de casos de relieve

Maria Chiara MARULLO
marullo@uji.es
Universitat Jaume I
(España)

José Elías ESTEVE-MOLTÓ
J.Elias.Esteve@uv.es
Universitat de Valencia
(España)

The liability of multinational companies through transnational litigation: comparative study of highlighted cases

Francisco Javier ZAMORA-CABOT
zamora@uji.es
Universitat Jaume I
(España)

Resumen/Abstract

- 1. Introducción: el cambio de paradigma en la lucha contra la impunidad empresarial**
- 2. Litigios transnacionales relativos a las graves violaciones de los derechos humanos**
 - 2.1. Doe v. Nestlé**
 - 2.1.1. Antecedentes, el supuesto litigioso y el marco en el que se emplaza**
 - 2.1.2. Decisiones de instancia y apelación**
 - 2.1.3. El caso ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos**
 - 2.2. Nevsun Resources Ltd. v. Araya (2020)**
 - 2.2.1. Antecedentes, el supuesto litigioso y el marco en el que se emplaza**
 - 2.2.2. Decisión del Tribunal Supremo de Canadá**
- 3. Casos relativos a graves impactos medioambientales**
 - 3.1. Vedanta Resources Plc. & another v. Lungowe (2019)**
 - 3.1.1. Antecedentes. El supuesto litigioso y el marco en el que se emplaza**
 - 3.1.2. Decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido**
 - 3.2. Casos Okpabi y Milieudefensie**
 - 3.2.1. Antecedentes, los supuestos litigiosos y el marco en el que se emplazan**
 - 3.2.2. Decisiones en el Reino Unido y en Holanda**
- 4. Pueblos indígenas y actividades extractivas en América Latina: la protección del sistema interamericano de derechos humanos**
- 5. Conclusiones**
- 6. Agradecimientos**
- 7. Bibliografía**

La responsabilidad de las empresas multinacionales a través de la litigación transnacional: estudio comparado de casos de relieve

Maria Chiara MARULLO
marullo@uji.es
Universitat Jaume I
(España)

José Elías ESTEVE-MOLTÓ
J.Elias.Esteve@uv.es
Universitat de Valencia
(España)

The liability of multinational companies through transnational litigation: comparative study of highlighted cases

Francisco Javier ZAMORA-CABOT
zamora@uji.es
Universitat Jaume I
(España)

Citar como/cite as:

Marullo MC, Esteve-Moltó JE y Zamora-Cabot FJ (2022). La responsabilidad de las empresas multinacionales a través de la litigación transnacional: estudio comparado de casos de relieve. *Iberoamerican Journal of Development Studies* 11(2):170-194.
DOI: 10.26754/ojs_ried/ijds.676

Resumen

Los litigios transnacionales sobre empresas y derechos humanos han crecido de forma exponencial en los últimos años y están desempeñando un papel central en la lucha contra la impunidad a causa de graves violaciones de derechos humanos y daños medioambientales. Asistimos a un cambio de paradigma en la lucha contra la impunidad corporativa en el que se prioriza el acceso a la justicia para las víctimas; también en los supuestos en los que no se encuentre garantizado ante las sedes judiciales del lugar donde se perpetraron las citadas violaciones. En nuestro estudio, se pretende desarrollar un análisis crítico y de derecho comparado de los más recientes e importantes desarrollos jurisprudenciales y, en particular, pero no exclusivamente, desde los casos Nevsun, Nestlé, Shell y Vedanta, hasta el que atañe a los derechos de la comunidad indígena huaorani.

Palabras clave: empresas, derechos humanos, medio ambiente, litigios transnacionales.

Abstract

Transnational litigation on business and human rights has grown exponentially in recent years and is playing a central role in the fight against impunity for serious human rights violations and environmental damage. We are witnessing a paradigm shift in the fight against corporate impunity, in which access to justice for victims is prioritized; also, in cases where it is not guaranteed before the judicial headquarters of the place where the mentioned violations were perpetrated. In our study, it is aimed to develop a critical and comparative legal analysis of the most recent and important jurisprudential developments and, particularly, but not in exclusive, from the Nevsun, Nestlé, Shell, and Vedanta cases, even the one that concerns the rights of the Waorani indigenous community.

Keywords: corporations, human rights, environment, transnational litigation.

1 Introducción: el cambio de paradigma en la lucha contra la impunidad empresarial

Las relaciones entre los derechos humanos y las empresas, muchas veces conflictivas, no son ni mucho menos un fenómeno desconocido o novedoso para la comunidad internacional. Pero sí que importa destacar cómo existe en nuestros días una intensa toma de conciencia sobre ellas, acompañada de la búsqueda de soluciones que resuelvan o, cuando menos, palién las muy negativas consecuencias que, en un alto número de ocasiones, surgen respecto de individuos y/o comunidades. Una pluralidad de actores participa de esa toma de conciencia desde, por ejemplo, algunos destacados de la sociedad civil, como son las organizaciones no gubernamentales (ONG) especializadas o los medios académicos, hasta los protagonistas más clásicos de aquella comunidad, bien desde un plano estatal o del de las organizaciones internacionales. Tratándose de estos últimos, son bien conocidas, por ejemplo, las iniciativas legislativas estatales (en proyecto o ya vigentes) que se dirigen a través de técnicas diversas a afrontar cuestiones del mayor relieve. En efecto, los filtros de derechos humanos para las adquisiciones públicas —*public procurement*— (Martín-Ortega y O'Brien 2019), cuya ausencia puede acarrear la responsabilidad del Estado (Sosa 2020), las disposiciones para el necesario control de las cadenas de suministro (ABA 2021), o las nuevas regulaciones de las organizaciones internacionales en las que se trata de fijar, entre otros aspectos, marcos generales de ordenación basados en la voluntariedad (Ovejero 2020) o un acervo normativo de carácter obligatorio, el proyecto de Tratado sobre Normas Vinculantes¹ (Bright *et al.* 2021), ilustran una progresiva tendencia al escrutinio de las actividades empresariales. Asimismo, en este contexto merece una reseña la doctrina de la Santa Sede, avanzada por el papa Francisco en numerosas ocasiones y, señaladamente, en su carta encíclica *Laudato Si'*, donde las relaciones que nos ocupan son analizadas con mucho vigor y lucidez, poniendo el foco en la defensa de las víctimas y aportando su gran autoridad moral a las citadas toma de conciencia y búsqueda de soluciones.

En otro orden, en muy recientes desarrollos vinculados a aspectos que consideramos de la mayor importancia, se enfatiza el interés creciente que están suscitando estos problemas. Nos referimos, por ejemplo, a los nuevos instrumentos de sanción en materia de corrupción internacional y violaciones de los derechos humanos, entre los que descuella la pionera *Global Magnitsky Act* de Estados Unidos (Zamora y Marullo 2019); regulación, que al mismo tiempo que pone en el punto de mira a las empresas, conlleva la necesidad de cohonstar los acuerdos de inversión con la preservación y fomento de aquellos derechos, siendo este

1 Véase el mandato, los borradores de tratado junto con las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos en <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntnc.aspx>.

un tema recurrente en la actualidad en los llamados «arbitrajes de inversión» (Shao 2021).

Se ha producido, y se está produciendo, pues, un cambio de paradigma desde una situación en la que resultaba prácticamente imposible que las empresas —fundamentalmente, las multinacionales— respondieran en forma alguna por las lesiones causadas a los derechos humanos a causa de sus actividades, como las de la Union Carbide en Bhopal (Esteve 2018) o la Chevron-Texaco en Ecuador (Pigrau 2014), a otra en la que se trata de prevenir y, en su caso, remediar esas lesiones.

Por lo que respecta a individuos/comunidades afectadas y a los defensores de los derechos humanos, un claro indicio de la reiteradamente citada toma de conciencia se pone también de manifiesto en la medida en que las Naciones Unidas han establecido un relator/a especial² en la materia. Todo ello indica, de manera innegable, tanto la delicada situación de estas víctimas como el decidido afán de afianzar mecanismos de protección a cargo de la comunidad internacional. Y, por lo que atiene a los individuos y comunidades afectadas, debe destacarse cómo viene prevaleciendo en ellos un espíritu de lucha articulado, en muchas ocasiones, a través de redes de defensa y que, fruto de sus iniciativas, van encontrando amparo en las instancias judiciales en el plano estatal o en el de los sistemas internacionales de protección. La situación en América Latina y los pueblos indígenas vendría a refrendar, de modo especial, lo ahora indicado (Reguart 2018) como, asimismo, los recientes desarrollos al respecto en África (Iglesias 2018).

Concluimos ya este apartado poniendo de relieve cómo ha incidido, de modo cierto, en el cambio descrito la cada vez mayor encarnadura de la llamada «litigación transnacional» en materia de derechos humanos, en la que la exigencia de responsabilidades a las corporaciones ocupa un lugar preeminente (Lindt 2020). Siendo así, recientes veredictos vienen a poner de manifiesto que ese avance legislativo tiene su resonancia en distintas sedes judiciales. Procesos relevantes, tales como el de Doe v. Nestlé ante los tribunales norteamericanos; Nevsun Resources Ltd. v. Araya, ante el Tribunal Supremo de Canadá; Vedanta Resources PLC & another v. Lungowe, ante el Tribunal Supremo del Reino Unido, o los paradigmáticos litigios incoados por distintas comunidades indígenas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no hacen sino constatar los progresos en materia de acceso a la justicia y de reparación a las víctimas por estas graves violaciones.

2 Mary Lawlor fue nombrada, en mayo de 2020, relatora especial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre la situación de personas defensoras de derechos humanos.

2 Litigios transnacionales relativos a las graves violaciones de los derechos humanos

2.1. Doe v. Nestlé

2.1.1. Antecedentes, el supuesto litigioso y el marco en el que se emplaza

El presente caso y el que trataremos a continuación se refieren a muy graves violaciones de los derechos humanos, vinculadas con lo que ha venido a llamarse «esclavitud moderna» —*modern slavery*—, una realidad con múltiples reflejos y que comporta una creciente atención por parte de la comunidad internacional que se evidencia, entre otros datos y por ejemplo, en recientes textos normativos estatales (Muñoz y Sales 2018, Wen y Zhao 2020). En la especie, es el trabajo esclavo de niños en Costa de Marfil el que suscita el contencioso, a partir de una demanda colectiva interpuesta en 2005 en nombre de los afectados por una organización de defensa de los citados derechos, ante el Juzgado Federal del Distrito Central de California. Dirigida contra Nestlé USA, Inc. (Nestlé), Archer Daniels Midland (ADM), Cargill Inc. Co. y Cargill Cocoa (Cargill), se alega que estas empresas ayudaron e incitaron —*aiding and abetting*— a la violación de normas internacionales en las que se prohíbe la esclavitud, el trabajo forzado e infantil, la tortura y otros actos crueles e inhumanos. Se solicitan, por ello, mandamientos remediales de la sede judicial de distrito con base en violaciones del Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)³ y el Acta de Protección de las Víctimas de Tortura (TVPA), junto a indemnizaciones monetarias, a partir del derecho estatal de ilícitos, incluyendo el enriquecimiento injusto y las prácticas comerciales desleales. Hay apoyo también en la célebre Acta de Agravios a Extranjeros (ATCA o ATS), en la medida en la que otorgaría competencia en el caso a los juzgados federales de distrito ante esas actuaciones de las empresas que se sostiene conculcan las citadas prohibiciones impuestas por el derecho internacional. ADM llegó a un acuerdo con los demandantes y fue separada de la causa, que continúa, como veremos, hasta hoy frente a Nestlé y Cargill.

Llegado este punto, y antes de nuestra sucinta presentación del correspondiente *iter* judicial, avanzamos ahora algunas consideraciones sobre el marco general en el que creemos resulta preciso enfocar el problema. Partimos de que el trabajo esclavo infantil en el África occidental, especialmente en Costa de Marfil —el mayor productor de cacao mundial—, Ghana y Mali, es desgraciadamente una realidad conocida y bien documentada desde hace décadas, que solo múltiples denuncias y otras actuaciones han conseguido ir situando entre las preocupaciones de la opinión pública y las

3 Convenio 182 de la OIT sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación, que alcanzó la ratificación universal el 4 de agosto de 2020.

diversas instancias de decisión, aunque las respuestas, hasta el momento, se antojen insuficientes y demoradas en exceso (*Oxford Research* 2020).

De particular interés en este orden y a nuestros efectos resulta lo sucedido en Estados Unidos cuando, ante diversos informes publicados en 2001 sobre la complicidad de las empresas vinculadas con el sector de cacao y chocolate respecto de las condiciones de trabajo infantil en las plantaciones del África occidental, un miembro de la Cámara de Representantes, Eliot Engel, propuso una enmienda legal que hubiera permitido la existencia de una etiqueta de «producto sin trabajo esclavo» —*slave-free*— para el chocolate fabricado acorde con ello. Ante esta «grave amenaza», la muy poderosa Asociación de Fabricantes de Chocolate —que incluye a las mayores marcas— contrató a dos reconocidos políticos del país (los antiguos líderes de las mayorías del Senado Bob Dole y George Mitchell), para que hicieran descarrilar la iniciativa, que tenía muchos visos de prosperar, quedando esta sustituida, en fin, por el llamado Protocolo Harkin-Engel; un mecanismo de naturaleza voluntaria, respaldado por la Cámara Alta del Congreso y que debiera haber llevado en 2005 a adoptar un proceso de certificación tendente a la abolición progresiva en el sector del trabajo esclavo infantil en 2020, en sintonía con el citado Convenio 182 de la OIT, un texto ratificado en la actualidad por todos los miembros de esa organización.

En la práctica, sin embargo, el proceso apuntado de certificación ha ido sufriendo una serie de aplazamientos debiendo llegarse, según la industria, a una reducción del 70 % del trabajo infantil en 2025, aunque quepa abrigar fundadas dudas de que tal cosa suceda. En realidad, el número de niños sometidos a condiciones extremas de trabajo y/o esclavitud infantil en el sector ha ido aumentando en gran medida, según denuncian reconocidas organizaciones no gubernamentales pudiendo verse afectados, en nuestros días, hasta 1,56 millones de niños, como se recoge en un informe de NORC y la Universidad de Chicago, auspiciado por el Departamento de Trabajo de Estados Unidos (IRA 2021). Este dato, demoledor, junto a otros, como la reciente presentación de otras demandas en términos y por causas similares a las descritas en *Doe v. Nestlé* (Ambroz 2021), alertan sobre la necesidad de persistir en las vías judiciales y, asimismo, en la activación de un acervo normativo que dé término a estas prácticas, del todo inasumibles ya entrado el presente siglo, y que podría verse reforzado por la eventual entrada en vigor el presente año de la normativa obligatoria sobre debida diligencia en proceso de gestación en el ámbito de la Unión Europea (UE).⁴ Antecedentes en este sentido ya se han dado en la práctica; véanse, por ejemplo, en el marco de la UE, los Reglamentos 2368/2002 y 2017/821, en los que se regulan mecanismos de control y diligencia debida en la cadena de suministros de diamantes y minerales de conflicto (Diago 2020), o la ley francesa 2017-39,

4 Véase la resolución del Parlamento Europeo del 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129[INL]).

relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales (Durán 2020, Guamán 2018).

2.1.2. Decisiones de instancia y apelación

En este ámbito, el de las sedes subordinadas al Tribunal Supremo, el desarrollo del caso que nos ocupa está siendo harto complejo, y ello, aparte de por el carácter muy técnico y abierto a la discusión de los argumentos enfrentados por, entre otras cosas, lo dilatado del procedimiento, que se inicia en 2005 y todavía no ha sido resuelto. Junto a lo anterior, asimismo, el que se hayan producido dos pronunciamientos del Alto Tribunal, en los casos *Kiobel* y *Jesner*, relativos al ATS —el único texto cuya vigencia se discute en el caso tras descartarse, desde el inicio, las leyes estatales y el TVPA—, con una incidencia clara sobre las actuaciones en curso y, por no extendernos más, por las posturas encontradas desde el inicio a cargo del Juzgado de Distrito y la sede de Apelación: aquel, muy firme y casi en lo que parece un *parti pris*, por la desestimación de la demanda; esta, más flexible y favorable hacia las tesis de los demandantes, aunque con una marcada disidencia interna, que queda patente en señalados momentos del proceso. Así las cosas, cabe distinguir dos fases hasta ahora en lo actuado por estas sedes, rematadas en sendas decisiones del Tribunal de Apelación del Noveno Circuito Federal, en 2014, *Nestlé I*, y 2018, *Nestlé II* (Humphreville 2015, Wilkinson 2019). Esas fases se pueden resumir en los términos que veremos, tras señalar que los demandantes alegan que Nestlé y Cargill ostentan un inmenso poder en la industria del cacao y que controlan las actividades en las plantaciones, proporcionando apoyo técnico y financiero, incluso unos bonus en metálico a los responsables de aquellas al margen de lo contratado, y todo ello para perpetuar la situación de esclavitud infantil padecida, en aras del mayor beneficio económico de las empresas. Así,

los demandantes sostienen que (Nestlé y Cargill) ayudaron e incitaron al trabajo esclavo y deben responder de los daños en base al Alien Tort Statute. El Juzgado de Distrito desestimó en 2010 la demanda inicial de los afectados, alegando que no habían aportado suficientes pruebas respecto de la conducta de los demandados y el requisito de *mens rea*. El Juzgado sostuvo también que el ATS no cubre la responsabilidad de las empresas, porque esta no se encuentra suficientemente establecida como una norma del D.º internacional. La desestimación se anula en la apelación (rechazándose un primer recurso de revisión, *certiorari* por el Tribunal Supremo) y la parte actora presenta una demanda modificada. El Juzgado de Distrito la desestima con base en que el foco (fundamento) de las pretensiones de los demandantes se encontraba fuera de Estados Unidos, no pudiéndose entonces superar la presunción contraria a la extraterritorialidad de las leyes según quedó sentado en *Kiobel* [Marullo 2020]. El Tribunal de Apelación del Noveno Circuito volvió a anular, dictaminando que las pretensiones de los demandantes contra Nestlé y Cargill eran suficientemente domésticas como para enervar la presunción contra la extraterritorialidad, dado que la conducta de ayuda e incitación se había originado en las sedes centrales de las empresas en Estados Unidos [...].

Sostuvo también que el ATS cubre la responsabilidad de las empresas, y ordenó al Juzgado de Distrito que permitiese la presentación de otra demanda modificada, punto en el cual los demandados presentaron un nuevo recurso de revisión al Tribunal Supremo, que en esta ocasión se admite a trámite (Moxley 2020).

En este apretado-compendio, vemos cómo una serie de disputados aspectos de la práctica y el propio ser del ATS se traen a colación; entre ellas, el grado de prueba de las conductas que se denuncian y si debe concurrir un preciso ánimo de lesionar los dictados del derecho internacional, en el caso de la prohibición de la esclavitud, o solo se requiere seguir un determinado curso de actuaciones y pasar por alto, aun conociéndolos, sus posibles efectos lesivos, sacando partido de ello; también, la *vexata quaestio* del sometimiento de las empresas al ATS, que ha sido recurrente en sus ya extensos desarrollos jurisprudenciales y que queda por resolver, si lo estima conveniente, por el Tribunal Supremo, aunque este ha fijado ya que solo se puede suscitar, tras *Jesner*, respecto de las empresas estadounidenses (Anderson 2020). O, en fin, la búsqueda de una mayor concreción del criterio establecido por el Alto Tribunal en *Kiobel*; nos referimos al test de *touch and concern*, que permitiría superar la citada presunción, trasplantada aquí tras alguna pirueta intelectual; entre otras cosas, al ser el ATS un texto jurisdiccional y no sustantivo, por el citado Tribunal. Seguidamente, en el próximo epígrafe, presentamos los términos de revisión en los que debería actuar y algunas breves consideraciones que estimamos de utilidad, a salvo de las que plantearemos en fase de conclusiones del presente trabajo.

2.1.3. El caso ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos

El 1 de diciembre de 2020 se celebró la vista del caso ante el Alto Tribunal, destacándose que, al admitirse a trámite la revisión, *certiorari*, quedaron fijados, como es usual, los términos en los que los recurrentes solicitaban que debía centrarse la discusión. Eran estos: *a)* si una demanda basada en ayuda e incitación frente a una empresa doméstica con base en el Alien Tort Statute, 28 USC Sec. 1350, puede superar el límite de extraterritorialidad cuando la demanda se apoya en alegaciones de actividad empresarial general en Estados Unidos y cuando los demandantes no pueden vincular los daños que se alegan, que ocurrieron en el extranjero a manos de actores extranjeros sin identificar, a esa actividad; *b)* si el poder judicial tiene autoridad con base en el Alien Tort Statute para imponer responsabilidad sobre empresas domésticas.

Ante esta disyuntiva, el Tribunal Supremo, por un lado, podía establecer una doctrina general, como hizo en *Sosa*, *Kiobel* y *Jesner*, y también en *Daimler*, siendo este último —que se suscita en un caso vinculado con el ATS— resuelto con base en la llamada «jurisdicción personal general», o podía ceñirse al supuesto y

resolverlo sin más pretensiones. Sea como fuere, debe recordarse que el Alto Tribunal fue muy criticado por sentar tal doctrina, como sucedía en los tres últimos; en casos extremos, sin apenas conexión con Estados Unidos (los llamados *foreign-cubed cases*), llevando además a cabo una suerte de activismo judicial limitativo del potencial regulador de un Acta del Congreso, el ATS, surgido en el período fundacional de la República, en 1789 (Aceves 2020).

Finalmente, la sentencia del 17 de junio de 2021 ha resultado breve y se hilvana de forma un tanto compleja y muy propia de la jurisprudencia estadounidense, a partir de la ponencia del *justice* Thomas, que se ha podido sintetizar del siguiente modo:

Los miembros del Tribunal avanzaron un número de opiniones, llegando en su conjunto, a la desestimación (de la demanda que dio origen al caso). Los nueve *justices*, o bien manifestaron su acuerdo con el primer fundamento de la ponencia de Thomas, o concurrieron en ese resultado (partes I y II de la Decisión), fallando que los demandantes (aquí llamados *respondents*) habían buscado impropriamente una aplicación extraterritorial del ATS. Los miembros del Tribunal se separaron respecto del segundo fundamento de la Ponencia de Thomas (parte III), en la que sostenía que las sedes federales no tienen autoridad para crear nuevos títulos para accionar (*causes of action*) con base en el ATS.⁵

En definitiva, que el ponente, a pesar de reconocer que «el trabajo forzado es una violación de la ley internacional» y admitir que la conducta empresarial, suministrando fertilizantes, herramientas y dinero en metálico, contribuyó al trabajo forzado, dichas «alegaciones de una actividad general corporativa —como la esfera de decisión— (*decision-making*) no pueden, por sí solas, establecer una aplicación doméstica del ATS». Siendo así, «para establecer hechos suficientes para apoyar una aplicación interna del ATS, los demandados deben alegar más conducta doméstica que la actividad corporativa general». ⁶ En todo caso, como consideración final de este veredicto, debe manifestarse que la mayoría de jueces en el veredicto continúa siendo partidaria del sometimiento de las empresas estadounidenses al ATS aunque, en este particular caso, de forma concreta y prudente, ha despachado el asunto de esta forma. Sea como fuere, el criterio está fijado, la conducta debe realizarse mayoritariamente en Estados Unidos y, en consecuencia, la actividad corporativa general no puede sustentar demandas con base en el ATS, según el Tribunal Supremo (Zamora 2021).

5 OGE MID, «US Sup Court holds that “Operational Decisions” and “General Corporate Activity” not sufficient for ATS claim; Majority states that Domestic Corporations are not immune from ATS liability», 17 de junio de 2021.

6 US Supreme Court, Nestlé y Cargill, Inc. v. Doe *et al.*, ambos admitidos a revisión, *certiorari*, 17 de junio de 2021, p. 5, en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-416/116977/20190925125724473_Nestle%20Cert%20Petition%209.25%20Final.pdf.

2.2. Nevsun Resources Ltd. v. Araya (2020)

2.2.1. Antecedentes, el supuesto litigioso y el marco en el que se emplaza

Vinculado, como veremos y sucedía en el anterior con el trabajo esclavo, cambiamos de sector de actividad, aquí el extractivo. En él, a nivel mundial, las empresas canadienses como Nevsun osten-

tan una posición de gran predominio. Contrariamente, sin embargo, a la buena de su país en la esfera internacional, la imagen de estas es, en general, muy negativa, y ello por méritos propios, tras estar dejando, desde hace décadas, un rastro penoso en el ámbito de los derechos humanos a lo largo y ancho del planeta. Varias son las consecuencias de lo anterior: en primer lugar, la toma de conciencia del problema, unida a una fuerte polarización de la sociedad canadiense, con marcados reflejos políticos, en la medida en la que una parte muy importante de la economía del país se asocia con ese sector; luego, que el estatus de Canadá al que hemos aludido sufre un deterioro creciente ante las continuas denuncias de la situación creada, puesta de relieve por todo tipo de partes interesadas y destacando, por supuesto, las propias comunidades que se ven afectadas por las operaciones extractivas. Asimismo, y junto a todo lo anterior, la generalizada asunción de que ni las empresas del sector, ni las instancias de poder que debieran ordenar su conducta, aun en el extranjero (Sosa 2020), tienen una voluntad real de alterar el *statu quo* (Zamora 2016b). Y, en fin, y esta vez hay que verlo como un desarrollo muy importante y favorable al progreso de los derechos humanos, que las sedes judiciales más relevantes del país, tras algunas vacilaciones, parecen encaminarse de forma resuelta hacia la facilitación del acceso a la justicia de las víctimas, tan unido al imperio de la ley y el citado progreso. Se está originando ya una línea de jurisprudencia en tal sentido, que consideramos modélica (Redecopp 2020), y entre la que destaca la decisión del Tribunal Supremo canadiense que vamos a tratar, luego de una somera presentación del supuesto litigioso.

El caso se inicia en 2017, con la presentación de una demanda contra Nevsun Resources, con sede en la Columbia Británica, propietaria indirectamente en un 60 % de una mina de oro, Bisha, en Eritrea, alegándose complicidad de la empresa en el uso por el régimen militar eritreo de trabajo forzado, esclavitud y tortura; todo ello dentro del peculiar servicio militar del país, que parece encarrilado hacia el mayor lucro del estamento castrense y de destacados responsables políticos. La mina empezó a operarse en 2008, sometiendo a los trabajadores a terribles condiciones, como trabajo de 12 horas al día 6 días a la semana y bajo 50 grados, durante años, y sin que se pueda abandonarla. Tres de ellos consiguen escapar, entre 2011 y 2013, y se convierten en refugiados en Canadá. Demandan a la empresa por complicidad en las graves lesiones citadas de los derechos humanos, junto a tratamientos crueles e inusuales y crímenes contra la humanidad. Afirman que se trata de violaciones del derecho internacional consuetudinario, en su núcleo de normas inderogables o perentorias, *ius cogens*, y que tal derecho forma parte de la ley canadiense. Por su parte, la empresa sostiene que los tribunales de la Columbia Británica no tienen competencia sobre el caso, con base en la llamada «doctrina del acto de Estado»,

nunca aplicada antes en Canadá y, también, que no se le puede demandar por violaciones del derecho internacional.

Estas alegaciones de Nevsun son rechazadas sin fisuras en instancia y apelación permitiéndose, sin embargo, el recurso fundado en ellas ante el Tribunal Supremo. Vemos, seguidamente y en síntesis, cómo lo resuelve destacando, en todo caso, que estamos en las fases liminares o competenciales del proceso, donde el citado acceso a la justicia encuentra su terreno primordial de elección.

2.2.2. Decisión del Tribunal Supremo de Canadá

Será la prestigiosa jueza Abella la ponente en Nevsun, resolviendo las dos cuestiones planteadas mediante concisos y elegantes razonamientos, como es usual en las jurisdicciones anglosajonas. En el primero, sobre el acto de Estado, concurre una amplia mayoría, seis de los otros ocho miembros del Alto Tribunal. Parte de un extenso análisis histórico de los precedentes en el Reino Unido distinguiendo, *verbi gratia*, el acto de Estado de la inmunidad soberana, a la vez que resalta lo arduo de manejar un constructo jurídico que, de modo creciente, sufre lecturas limitativas, lo que viene en detrimento de su propia solvencia.

Contando con lo anterior, la jueza Abella se muestra poco proclive con la doctrina que, y es del mayor interés, si se basa en el conflicto de leyes y la moderación judicial en el Reino Unido, llega a las mismas metas en un desarrollo propio y diverso sobre ambos en el país norteamericano. Dicho de otro modo, la práctica canadiense relativa a aquellos se traduce, de forma pareja, a un instituto del *common law* que los aúna: el acto de Estado. De ello se deduce lo innecesario de ser acogido en Canadá, y el carácter extraño a su ordenamiento.

Destacamos, concluyendo este punto, cómo, al presentar la práctica canadiense, la jueza Abella hace hincapié en supuestos donde se trae a colación la cortesía internacional pero precisada de matizaciones porque, *verbi gratia*, «la deferencia basada en ella hacia los sistemas legales extranjeros “acaba donde empiezan claras violaciones del derecho internacional y los derechos fundamentales”». De forma similar, si se trata de un Estado extranjero donde exista fundada y reiterada conciencia de lesiones de los derechos humanos, «[...] los tribunales (canadienses) están legitimados para “considerar evidencias de la situación general (de tales derechos)”». Si tal sucede, entonces, queda escaso margen para la vigencia de la doctrina en Canadá, junto a que, como hemos señalado, existen en el acervo jurídico de ese país instrumentos técnicos que lo pueden sustituir sin mayor problema. La ponente ha realizado, en nuestra opinión, un brillante discurso sobre aspectos esenciales del sistema canadiense, que realza desde una perspectiva de derechos humanos. Dejamos constancia de nuestro completo acuerdo sobre este punto.

Lo propio sucede con el segundo motivo, sobre el eventual sometimiento de las empresas al derecho internacional, aunque la jueza Abella solo se vea refrendada por cuatro de sus colegas, conformando así una mínima, aunque suficiente, mayoría (Hurtado 2020). Varias son las claves de su ponencia respecto de este punto en el que defiende ese sometimiento y la posibilidad de las víctimas para accionar en Canadá contra las violaciones de lo preceptuado en ese derecho. En el resumen que ofrece un autor del mayor relieve (Dodge 2020), la primera atañe a la llamada «doctrina de la adopción» —*adoption*— conocida, en el derecho inglés, como «incorporación» —*incorporation*—, desde los célebres comentarios de W. Blackstone. En su virtud, las normas de derecho internacional consuetudinario se integran completamente en el derecho común, de origen jurisprudencial, doméstico —aquí el canadiense— y, aunque cabe legislar en su contra, no requieren, como es propio del derecho común, habilitación legislativa para darles efecto. Después, y vinculado con ello, el que no se necesite prueba de tales normas que, además, respecto de las aplicables al caso, se encuentran en el núcleo de *ius cogens* del ordenamiento internacional y prohíben las conductas contrarias, con independencia de quien las perpetre, sean Estados o, en las aplicables a las personas privadas, empresas. Así, y es la tercera clave, «no resulta claro y obvio» que las empresas disfruten de una absoluta exclusión de responsabilidad directa respecto del derecho internacional y las violaciones de normas definidas obligatorias y universales, o de responsabilidad indirecta, por verse involucradas en complicidad en esas ofensas.

Liderada por la jueza Abella, y como se refleja al inicio de este punto de la ponencia, la mayoría del Tribunal Supremo canadiense acordó propiciar una lectura moderna del derecho internacional de los derechos humanos, surgido como ave fénix de las cenizas de la Segunda Guerra Mundial y enfrentado a los abusos de tales derechos, construyéndose sobre normas internacionalmente aceptadas. Y que «no se dirigían hacia aspiraciones teóricas o lujos legales, sino a imperativos morales y necesidades legales». A tal fin, deben identificarse y confrontarse las conductas en su contra; proceso que incumbe a una pluralidad de actores y, «entre ellos, los tribunales, a quienes se puede solicitar que determinen y desarrollen el ámbito de la ley en un caso concreto». En definitiva, lo que hace el Alto Tribunal es llevar a sus lógicas consecuencias las obligaciones internacionales que tiene asumidas su país en materia de trabajo forzado y responsabilidad empresarial. Pero, como es notorio, va mucho más lejos en la práctica, al sentar un precedente con amplias repercusiones en el mundo; una postura valiente, que supera visiones cortoplacistas e inasumibles ya y que arroja mucho más que «un rayo de luz» (Baxi 2020) sobre el estéril debate que viene suscitándose al amor de los grandes intereses económicos y sus corifeos, en su país vecino del Sur y en otros lugares. Constituye un debate que solo puede zanjarse, como viene sucediendo creciente-

mente, en beneficio del imperio de la ley y el acceso a la justicia, claves del ordenamiento internacional y de un futuro de esperanza para la humanidad.

3

Casos relativos a graves impactos medioambientales

3.1. Vedanta Resources Plc. & another v. Lungowe (2019)

3.1.1. Antecedentes. El supuesto litigioso y el marco en el que se emplaza

Resulta frecuente que las actividades de las empresas produzcan efectos lesivos de entidad sobre el medio ambiente. Se da en todas las latitudes, pero más frecuentemente en lo que podemos denominar el Sur global y, de forma marcada, cuando contemplamos el sector extractivo, minerales y gas y petróleo, siendo África un claro ejemplo de ello. Destacamos al punto cómo son, en un buen número de ocasiones, las empresas europeas las implicadas en el problema, y lo complejo de su génesis y solución, si solo fuera por el entrecruzamiento de normativas estatales y de fuente internacional sobre el que se construye su entorno jurídico (García e Iglesias 2018). Pero, siempre —aunque no únicamente— en el caso de África, ha de tenerse en cuenta, además, el contexto colonial o poscolonial en el que se suscitan estas cuestiones, como sucede en Zambia respecto de este supuesto sobre la extracción de cobre, uno de los principales recursos de ese país y que sería ejemplo también de los problemas que existen para lograr el control sobre las riquezas naturales propias, cuando median una serie de condicionamientos, como los históricos, los atinentes a la protección jurídica de las inversiones, la presión de los organismos financieros internacionales o, por no extendernos más, los limitados medios de los que se dispone para el mantenimiento de grandes operaciones (Kohl 2018). Sería el caso de la mina Nchanga, la segunda mayor del mundo, originalmente propiedad de Anglo-American Corp. (1937), luego nacionalizada en parte y finalmente, bajo el control, a través de Konkola Copper Mines Plc (KCM), desde 2004, de Vedanta Resources Plc., un coloso inglés con 82 000 asalariados y ámbito mundial cuyas actividades vienen dejando amplia y no positiva huella en materia de derechos humanos. El Estado de Zambia mantiene un 21 % de las acciones de la mina, que emplea a 16 000 trabajadores, en lo que constituye la mayor empresa bajo control privado de ese país.

Centrados ya en el caso, indicamos que el ponente en Vedanta, lord Briggs, con quien concurren sus compañeros, resume hábilmente sus antecedentes fácticos, señalando que los demandantes

son un colectivo de 1826 zambianos de cuatro comunidades que viven en el distrito de la explotación minera. Son también, como recuerda el prestigioso magistrado, miembros muy pobres de comunidades agrarias cuyo único aporte de agua lo proveen arroyos, y utilizan para sus necesidades de consumo propio y el mantenimiento de sus cosechas y ganados. Sostienen que su salud y sus actividades campesinas se han visto perjudicadas por la mina Nchanga, a causa de frecuentes descargas de materiales tóxicos en esos cursos de agua, desde 2005 hasta nuestros días.

3.1.2. Decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido

Sobre las ya conocidas bases, lord Briggs pone de relieve que las demandas se dirigen contra la matriz, Vedanta Resources, y su subsidiaria, KCM, según el derecho común y por el incumplimiento de un deber impuesto por la ley. Los títulos para accionar —*causes of action*— se dirigen contra KCM como operadora de la mina y contra Vedanta, debido al alto nivel de control y dirección que se alega ha tenido de forma continuada sobre aquella, en cuanto atañe a los estándares relativos a salud, seguridad y protección ambiental. El ponente deja claro, asimismo, que lo que decide el Tribunal Supremo atiene, «de forma única y exclusiva», a la competencia jurisdiccional de los tribunales de Inglaterra y Gales para dirimir las citadas demandas; una competencia, aclara, que respecto a Vedanta —*the anchor defendant*— se basa en el artículo 4.1 del Reglamento Refundido 1215/2012, de la UE, y sobre KCM —*the foreign defendant*— en las normas de procedimiento civil inglés, de acuerdo con el llamado «servicio de proceso fuera de la jurisdicción» —*service out of jurisdiction*—, contemplado en el apartado 3.1 de la CPR Practice Direction 6B.

Luego, lord Briggs destaca cómo, tras presentarse las demandas, las empresas contestan, sin éxito, la citada competencia, siendo desestimados sus alegatos en instancia y en apelación. Por ello, Vedanta recurre ante el Tribunal Supremo con base en cuatro motivos: en primer lugar, que era un abuso de derecho la utilización en el caso del citado precepto del Reglamento 1215/2012; luego, que la pretensión de los demandantes y la evidencia en la que se apoyaba no mostraba una causa fundada para accionar contra la empresa matriz; también, que no era Inglaterra el lugar adecuado para demandar a KCM y, en fin, que no había un riesgo real de que los demandantes no pudieran acceder a justicia sustancial ante las sedes judiciales zambianas.

No es posible analizar aquí con el detalle que, sin duda, merece esta decisión del Alto Tribunal, sobre aspectos muy técnicos y complejos del sistema jurídico inglés, y que ha atraído una gran atención de los medios profesionales y académicos (Ojeda 2021, Van Ho 2020, Zamora 2020). Por ello, nos centraremos en los que consideramos sus puntos esenciales. Partimos de ciertas ineludibles premisas: en primer lugar que, como resalta el ponente, la

decisión atiende exclusivamente al núcleo previo, competencial, de la causa: vinculado con ello, el que nos centramos en el tema clave del acceso a la justicia, reiteradamente citado en estas páginas y, de la mayor importancia, se pone el foco sobre una cuestión verdaderamente crucial sobre la que el Alto Tribunal se pronuncia de una manera firme y pionera: la posibilidad de una responsabilidad directa de las matrices en materia de lesiones al medio ambiente, frente a terceros afectados por las actividades de una filial.

En este punto debemos ya indicar que, a la postre, el Supremo rechaza el recurso de Vedanta. Inadmite el primer motivo, algo lógico por el vigor del artículo 4.1 del Reglamento citado, junto al precedente *Owusu*, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) —rechazo del *forum non conveniens*, FNC— y la necesidad de restringir las excepciones al postulado básico de sometimiento del demandado al foro domiciliar. Y sucede lo propio con el segundo: lo más perdurable, sin duda, y digno de encomio de la decisión del Alto Tribunal porque, aunque se ciñe en su respuesta a los pormenores del supuesto, deja abierta la puerta a que se pueda atribuir la citada responsabilidad directa de las matrices por, como sucede en el caso y por ejemplo, el surgimiento de un deber de vigilancia —*duty of care*—, si estas quedan vinculadas por sus propias declaraciones públicas, dentro de las crecientes dinámicas de acomodación con la llamada Responsabilidad Social Corporativa. Y, finalmente, dado que, aun mostrando acuerdo con las recurrentes sobre el tercer motivo y considerar que no era Inglaterra, sino Zambia, el lugar adecuado para demandar a KCM, discrepa de aquellas, tras un análisis muy meditado y respetuoso de las posibilidades de acceder a la justicia ante las sedes judiciales de ese país, sobre que verdaderamente existan tales para las víctimas, en un caso tan arduo también en lo que podríamos llamar «aspectos logísticos», como el presente. Consideraciones de justicia sustancial, en conclusión, son las que acaban inclinando la balanza en favor de los afectados, la segunda aportación de mayor relieve del Tribunal Supremo en la especie, aunque persevere con ello en uno de los rasgos más brillantes y definatorios de la jurisprudencia inglesa, como se ha puesto de relieve, entre otros, en la decisión del Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales (2020) en el caso *Hamida Begum v. Maran UK Ltd.*, sobre cadenas de suministro y un accidente en la tristemente famosa industria de desguace marítimo en Bangladés. La decisión *Vedanta*, a la vista de todo lo anterior, debe considerarse un hito en la dialéctica empresas y derechos humanos y sus correspondientes litigios, en un sentido de progreso, aunque también deje algunas sombras, como el algo tortuoso camino que lleva al Ponente a considerar que no es Inglaterra el foro adecuado, o las dificultades que pueden tener los demandantes, como sucedió en noviembre de 2020 en la decisión del Juzgado de Instancia —High Court— en el caso *Municipio de Mariana & Ors v. Bhp Group PLC and Anor*, para convencer a las sedes judiciales inglesas ante casos muy complejos y,

una vez que se señale como tal foro al extranjero, de que el acceso a la citada justicia sustancial es imposible en él. Con todo, son estos aspectos los que seguirán depurándose en futuros desarrollos ante el Alto Tribunal y las sedes a él sometidas.

3.2. Casos Okpabi y Milieudéfensie

3.2.1. Antecedentes, los supuestos litigiosos y el marco en el que se emplazan

Los dos supuestos, en los que media acumulación de demandas, atañen a la multinacional Royal Dutch/Shell, por sus actividades en el delta del Níger y, como veremos, han dado origen a sendos procesos ante, respectivamente, las sedes judiciales inglesas y las holandesas (Font-Mas 2020). Ese coloso petrolífero es un viejo conocido en la zona estando implicado, hasta hoy, en un número de conflictos, algunos relativos a lesiones al medio ambiente; véase, por ejemplo, junto a los casos aquí tratados, el que afecta ahora a la comunidad de Bayelsa, y otros que se han traducido en gruesas violaciones de los derechos humanos, como el infame asesinato por el entonces régimen militar nigeriano de Ken Saro-Wiwa y sus compañeros del pueblo ogoni, un terrible suceso que todavía sigue impactando a la comunidad internacional y al ánimo de los defensores de esos derechos.

Pero el delta, con inmensos recursos de gas y petróleo, podría ser un paradigma de lo que se ha llamado la «maldición de los recursos naturales», en la que median estructuras corruptas de poder y grandes intereses económicos, vehiculados aquí a través de los manejos de conocidas empresas del sector, sin que parezcan suficientes las normativas de autorregulación. Queda, entonces, en pie en lo que nos atañe ahora el problema de la búsqueda de remedios jurídicos respecto de la polución por las actividades de las empresas; generalmente, a través de filiales en la zona (Akakporo *et al.* 2018); una búsqueda en la que, como en estos dos casos, se quiere implicar a las sedes judiciales de los países de origen de las matrices extranjeras. En ambos, por otra parte, los supuestos fácticos son muy similares; se trata de un buen número de modestos agricultores y/o pescadores que se ven impactados muy negativamente en sus vidas por la masiva contaminación de sus hábitats, y ello a causa de derrames de petróleo de los oleoductos y/o demás instalaciones de la empresa, a la que se atribuye responsabilidad por actos en el origen de los daños o por omisiones; esto es, ausencia de previsión y control de riesgos que se traducen, fatalmente, en graves lesiones al medio ambiente. También se denuncian insuficientes reparaciones de los daños causados.

3.2.2. Decisiones en el Reino Unido y en Holanda

Las fases previas de ambos casos, Okpabi y Milieudéfensie, han sido descritas con lucidez y precisión en otros lugares, a los que

nos remitimos (Bright 2019). Haremos, pues, ahora, unos apuntes sobre los aspectos más importantes de las recientes decisiones (2021) de, respectivamente, el Tribunal Supremo del Reino Unido y el de Apelación de La Haya.

En el primer caso, Okpabi, el Tribunal Supremo infringe lo que cabe considerar un severo correctivo a las tesis del Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales, que había desestimado la demanda en la fase inicial, competencial, del proceso, por lo que consideró falta de fundamentación al no existir, según sostuvo, un caso válido para argumentar —*good arguable case*—. El Alto Tribunal, siendo ponente lord Hamblin y por unanimidad, considera, en cambio, que la sede de Apelación ha errado en su dictamen, y ello por varias razones (Roorda 2021): en primer lugar, y refrendando su propia posición en Vedanta, cuando afirma que el deber de vigilancia de las matrices sobre las filiales no constituye una categoría nueva de responsabilidad, sino que debe evaluarse sobre los principios ordinarios del derecho de ilícitos, en los amplios términos fijados en ese precedente; después, y en el núcleo de su argumentación cuando, respecto del modo en el que el Tribunal de Apelación ha analizado el control ejercido por la matriz sobre su filial, a los efectos del posible surgimiento de ese deber y la correspondiente responsabilidad, el Supremo reprocha a su subordinado el haberse embarcado, como también hizo el Juzgado de Instancia —High Court— en lo que denomina un «minijuicio», y llevar a cabo en él consideraciones inapropiadas a partir de diversos elementos de prueba. Y, no nos extenderemos más, y de la mayor importancia, critica con firmeza el que la sede de Apelación haya sometido a escrutinio pruebas documentales, sin haber concedido a los demandantes un previo acceso a los documentos internos de la empresa, incluso habiendo entonces ya fundados indicios de su existencia y entidad, mediante los oportunos mandatos de exhibición —*disclosures*— privando, con ello, a los demandantes de la posibilidad de sustanciar con más firmeza sus pretensiones. Por todo esto, anula la decisión de Apelación, remitiendo la causa al Juzgado de Instancia, a los efectos pertinentes.

Respecto del caso holandés indicamos, en primer lugar, que el Tribunal de Apelación de la Haya ya dejó sentada, sin mayor problema, la competencia de las sedes judiciales del país en su momento, aplicando las normas comunitarias y su propio derecho procesal interno. Y, en esta segunda decisión, ha entrado sobre el fondo un precedente pionero, dado que es muy raro que se llegue a ello en la práctica comparada, que se suele zanjar con la desestimación o llegando a acuerdos si finalmente se admite la competencia. También resalta, luego, el que haya mantenido la responsabilidad directa de la matriz, por actividades de la filial (English 2021, Tiruneh 2021). Para ello, se ha traído a colación a través de la norma de conflicto, de origen comunitario, el derecho nigeriano y, dentro de él, por ejemplo, a su derecho común —jurisprudencial— en lo que atañe

a la citada responsabilidad, punto central en la decisión. Aquí el diálogo entre los ordenamientos y entre los miembros de una misma familia jurídica es óptimo, porque los precedentes ingleses son parte esencial de ese derecho común. Y la sede de La Haya acaba aplicando dos de los más relevantes entre estos, Chandler y Vedanta, a ese aspecto esencial del caso.

Concluimos este apartado mostrando nuestro acuerdo con lo decidido en ambos supuestos aunque, en el primero, queden todavía por superar importantes barreras jurisdiccionales y, en el segundo, no se hayan atendido todas las pretensiones de los demandantes, el progreso es evidente y concuerda con las necesidades de nuestro momento histórico, en el que el acceso de las víctimas a la justicia se erige como un aspecto primordial dentro del imperio de la ley y la superación de muy graves conflictos, como son los que radican en el sustrato de estos casos.

4 **Pueblos indígenas y actividades extractivas en América Latina: la protección del sistema interamericano de derechos humanos**

Las tensiones entre empresas y derechos humanos de manera especial se manifiestan en los territorios indígenas, puesto que estos espacios siguen atesorando los codiciados recursos naturales, que van agotándose en otros enclaves (Zamora 2016a). A nivel internacional, destacan sentencias paradigmáticas en la materia, como la del Tribunal Supremo de la India en el caso Vedanta, protegiendo los derechos de los dongria kondhs, en el estado de Odisha, o el pionero veredicto de la Comisión Africana de Derechos Humanos en el asunto Ogiek contra Kenia (Camarero 2018). Ahora bien, de una manera sistemática y eficaz, el sistema interamericano de derechos humanos ha garantizado y ampliado un elenco de derechos a favor de estos pueblos originarios.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha ido apoyando en la normativa del sistema y otros tratados y resoluciones para garantizar la protección de una serie de derechos a los pueblos indígenas. En este sentido, de manera reiterada, se ha acudido a los consabidos instrumentos como el Convenio número 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 o la misma Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁷ Y precisamente, como consecuencia de la labor de la ONU, se creó, entre otros, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas como organismo asesor del Consejo Económico y Social que, en una de sus primeras sesiones en mayo de 2012, debatió el informe *Análisis del deber del Estado*

7 La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007, A/RES/61/295.

de proteger a los pueblos indígenas afectados por las empresas transnacionales y otras empresas (E/C.19/2012/3), en el que, abiertamente, se vino a denunciar que los «Estados tienden a proteger los intereses de las empresas que invierten en sus países, en lugar de proteger el bienestar de los pueblos indígenas». Y es precisamente, llegados a este punto, que, con ocasión del conocimiento y/o autorización de los Estados a las actividades extractivas de las grandes corporaciones, se habilita la vía jurisdiccional de exigencia de responsabilidades ante el sistema interamericano.

A través de paradigmáticos veredictos, la Corte IDH ha protegido derechos de estas poblaciones, tales como el derecho a la vida (artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, CADH), interpretado de manera extensiva, acudiendo al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), previsto en el artículo 26 de este tratado y de los derechos a la salud, medio ambiente sano, alimentación, educación y beneficios de la cultura desarrollados en los artículos 10 al 14 del Protocolo de San Salvador (Quintana y Flores 2017).

Ahora bien, una de las mayores garantías del sistema ha consistido en afianzar la protección de las tierras ancestrales indígenas frente a las actividades empresariales extractivas. Ello ha sido posible al haberse efectuado una interpretación extensiva (extremo que habilita el artículo 29 de la CADH) del derecho de propiedad privada. En efecto, en la Convención Interamericana, se reconoce en su artículo 21 meramente «el derecho al uso y goce de sus bienes». Sin embargo, este fue ampliado mediante la sentencia del caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua del 31 de agosto de 2001. En este asunto, se acabó condenando al Estado nicaragüense por violar, entre otros, el mencionado artículo 21, al haber concedido a la empresa maderera Solcarsa licencia para la tala de los bosques habitados por la comunidad indígena awas tingni. Se consideró que el derecho a la propiedad privada contemplado en la Convención debe aplicarse «en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal» (párr. 148); concepción que se fundamenta en «la estrecha relación que mantienen los indígenas con la tierra [...] como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica» (párr. 149). Como ha venido precisando la Corte, el vínculo con la tierra «no es meramente una cuestión de posesión y producción», sino que está ligado a su cultura y creencias espirituales, por lo que esta misma cosmovisión se considera parte integrante de sus bienes y patrimonio que proteger. La sentencia del caso de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, del 17 de junio de 2005, fue muy precisa en este ámbito, al vincular este derecho a la propiedad comunal con la identidad cultural prevista en el artículo 13 del Convenio n.º 169 de la OIT (párrs. 135-136) y, así, poder afianzar la reivindicación territorial

de los indígenas del Chaco Paraguayo, frente a las pretensiones de las empresas de ganadería.

Es más, la jurisprudencia de la Corte de Costa Rica ha reconocido el derecho a la restitución del territorio indígena a través de mecanismos efectivos de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades. Además, aun cuando esas tierras hayan sido adquiridas de buena fe por terceros, el Estado tendrá la obligación de crear un fondo destinado a la adquisición y devolución de estas, tal y como ha remarcado la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos de las comunidades indígenas Yakyé Axa, Sawhoyamaxa, Xákmok Kásek vs. Paraguay.

Asimismo, resulta sobradamente conocido que la Corte IDH, en paradigmáticos pronunciamientos, como el del asunto del Pueblo Saramaka vs. Surinam del 28 de noviembre de 2007, ha venido a proteger a los pueblos indígenas frente a supuestos «planes de desarrollo o de inversión a gran escala» (en este caso, actividades mineras auríferas y madereras) susceptibles de ocasionar un grave impacto, imponiendo a los Estados «la obligación, no solo de consultar [...], sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones» (párr. 134). A este deber cabe añadir que, en caso de una concesión consentida de licencias, habrán de efectuarse los respectivos estudios de impacto ambiental pertinentes y la distribución justa de los beneficios de la explotación, y todo ello, siempre que la hipotética explotación «no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal» (párr. 128).

Con todo, a pesar de las conquistas jurisprudenciales tan contrastadas en este ámbito, como la reflejada en la sentencia del 27 de junio de 2012 en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, en el que fueron atendidas las reivindicaciones de este pueblo frente a las pretensiones del Estado y el de las empresas petroleras, remarcando la obligación de consulta, lo cierto es que los abusos corporativos y otras batallas judiciales prosiguen. Por un lado, en casos como el de Sarayaku, no se ha dado un pleno cumplimiento a las medidas de reparación, lo cual ha provocado la interposición de una demanda por incumplimiento de sentencia ante la Corte Constitucional en Quito. Pero, por otro, pese a esa consolidada jurisprudencia del sistema interamericano, las inversiones de las grandes corporaciones transnacionales en territorios indígenas continúan expandiéndose, cuestionando derechos y las vidas de líderes indígenas, y defensores de derechos humanos y ambientales. Pese al fallo condenatorio en el caso de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros contra Honduras del 8 de octubre de 2015, no se ha podido impedir ni que el Estado evitara la venta ilegal de tierras indígenas a empresas productoras de aceite de palma, ni que otros de líderes garífunas hayan sido asesinados ante la pasividad de las fuerzas de seguridad del Estado. Así pues, a pesar

de las advertencias de la Corte IDH, en Honduras, las medidas de prevención y protección del Estado han fallado en su totalidad.

Y, en la actualidad, lo agravante es que a la rapacidad de las empresas occidentales se ha sumado la avaricia de recursos por parte de las empresas estatales chinas. Siendo así, nuevos desafíos se abalanzan sobre los pueblos indígenas, cuyos proyectos extractivistas en sus territorios también cuestionan el futuro de su subsistencia como consecuencia del cambio climático. En este sentido, pioneros litigios climáticos se están planteando por comunidades indígenas, como los huaoranis en Ecuador que, en diciembre de 2020, demandaron a la filial china PetroOriental S. A., por ser la principal fuente de emisión de gases de efecto invernadero en su territorio. Esta acción de protección constitucional, pese a su inicial inadmisión por parte de la Corte Provincial de Orellana (proceso n.º 22301-2020-00344, Unidad Judicial Civil, con sede en el Cantón Francisco de Orellana, Ecuador, 8 de abril de 2021), al considerar no ser de su competencia el asunto, se encuentra en apelación. Confiamos en que la revisión del fallo, y la reciente entrada en vigor del Acuerdo de Escazú, cuyo tratado ha ratificado Ecuador, pueda ser el instrumento catalizador efectivo, en defensa de los derechos de los pueblos indígenas, frente a los abusos de las empresas extractivistas, facilitando el acceso a la justicia como postula su artículo 8 (Nalegach y Astroza 2020).

5 Conclusiones

Con notorios precedentes, como los casos Bhopal en la India y Chevron en Ecuador, marcados por la corrupción y una deficiente gestión en términos sociales y medioambientales de los Estados, en cuyo territorio se verificaron los hechos, así como por la falta de la más mínima asunción de responsabilidad por parte de las empresas involucradas, los litigios transnacionales han crecido de forma exponencial en los últimos años y están desempeñando un papel central en la lucha contra la impunidad a causa de graves violaciones de derechos humanos. Este crecimiento no es solamente cuantitativo, sino también cualitativo, como demostración de un claro cambio de paradigma que favorece a las víctimas de abusos corporativos, hasta este momento silenciadas. Estamos hablando de gruesas violaciones, como el trabajo esclavo de niños, las torturas, el trabajo forzado y los daños al medio ambiente, que pueden afectar, y de hecho lo hacen, a la supervivencia misma de los grupos más vulnerables, como las comunidades indígenas, defensoras de los recursos naturales y de la tierra. En este trabajo, hemos querido presentar esta creciente y muy esperanzadora tendencia de los veredictos de algunos tribunales nacionales (Nevsun Resources Ltd. v. Araya, ante el Tribunal Supremo de Canadá; Vedanta Resources

PLC & Another v. Lungowe, ante el Tribunal Supremo del Reino Unido) de gran prestigio en el plano comparado, encaminada a superar los diferentes obstáculos erigidos frente a esos litigios, como serían, por ejemplo, en los países anglosajones —los que, hasta el momento, han generado una mayor jurisprudencia al respecto— las clásicas doctrinas del *forum non conveniens*, de la *political question* o del acto de Estado, y todo ello en favor de planteamientos que permitan conocer casos en los que participen empresas del sector privado y/o también estatales y, así, priorizar el acceso a la justicia para las víctimas y responsabilizar a los actores involucrados en las violaciones. Somos conscientes de que todavía este nuevo enfoque, por sí solo, no puede ser suficiente (y la sentencia del 17 de junio de 2021 del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso Doe v. Nestlé evidencia estas cautelas), pero, en todo caso, los distintos avances que se van dando representan, con seguridad, un paso muy importante para lograr sociedades más justas y pacíficas, dentro del imperio de la ley y la defensa y promoción de los derechos humanos.

Con este mismo propósito de búsqueda del fin de la impunidad de las grandes corporaciones por violaciones de derechos humanos, están contribuyendo a esta tarea tanto las nuevas leyes de diligencia debida ya aludidas como toda una serie de novedosos mecanismos extrajudiciales, como los informes de sostenibilidad y planes de vigilancia empresarial (Sales y Marullo 2020); todo ello sin ignorar que esta debida diligencia contemplada en instrumentos de *soft law*, como puedan ser los Principios Rectores de Ruggie (principio 17), junto con los consabidos Planes Nacionales que los implementan,⁸ como las Líneas Directrices y distintas Guías de Diligencia Debida de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), ha supuesto una tentativa, aunque no excesivamente exitosa, de corregir el comportamiento de estos agentes económicos, ya que no se habilitan procesos obligatorios para que los Estados garanticen su eficacia (De Schutter *et al.* 2012). Habida cuenta de estas lagunas, se ha empezado a dar un salto cualitativo a través de normativas nacionales y proyectos internacionales (como el del instrumento jurídicamente vinculante, que lleva gestándose siete años ya en Naciones Unidas) y, así, proporcionar a las víctimas herramientas que les permitan litigar con más garantías ante los distintos tribunales.

6 Agradecimientos

Este estudio ha sido desarrollado en el marco de los proyectos «(UJI-A2020-04): Acaparamiento de tierras y recursos, ecoci-dio y pueblos indígenas, financiado por la Universitat Jaume I»; «Seguridad internacional y europea: de la prevención de conflictos

8 Véanse los Planes de Acción Nacional aprobados en distintos países en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.

armados a las estrategias para la construcción de una ciudadanía inclusiva y plural», PROMETEO/2018/156, Generalitat Valenciana, Conselleria d'Educació, Investigació, Cultura i Esport, y de la REDH-EXATA, «Red Empresas y Derechos Humanos. Incidencia especial en el extractivismo y los acaparamientos de tierra y agua». Para más información, véase redhexata.com.

7 Bibliografía

- ABA (2021). Balancing Buyer and Supplier Responsibilities. Model Contract Clauses to Protect Workers in International Supply Chains. https://www.americanbar.org/groups/human_rights/business-human-rights-initiative/contractual-clauses-project/, acceso 13 de abril de 2021.
- ACEVES WJ (2020). Nestlé & Cargill v. Doe Series: Judicial Activism, Corporate Exceptionalism, and the Puzzlement of Nestlé v. Doe. <https://www.justsecurity.org/73794/nestle-cargill-v-doe-series-judicial-activism-corporate-exceptionalism-and-the-puzzlement-of-nestle-v-doe/>, acceso 13 de abril de 2021.
- AKAKPORO EY, LADELE LO, FEICIA OI (2018). Legal Redress for Pollution Arising from Petroleum Exploration in Nigeria. https://www.academia.edu/36622386/LEGAL_REDRRESS_FOR_POLLUTION_ARISING_FROM_PETROLEUM, acceso 15 de abril de 2021.
- AMBROZ JS (2021). The 1.5 Million Child Slaves Behind Your Chocolate Bar. <https://www.dcreport.org/2021/02/23/child-slaves-the-1-5-million-behind-your-chocolate-bar/>, acceso 10 de abril de 2021.
- ANDERSON LD (2020). An Exception to Jesner: Preventing U.S. Corporations and Their Subsidiaries from Avoiding Liability for Harms Caused Abroad, *Emory International Law Review* 34:997-1032.
- BAXI U (2020). Nevsun: A Ray of Hope in a Darkening Landscape? *Business and Human Rights Journal* 5:241-251.
- BRIGHT C (2019). The civil Liability of the Parent Company for the Acts or Omissions of its Subsidiary: The Example of the Shell Cases in the UK and in the Netherlands. En: Bonfanti A (ed.). *Business and Human Rights in Europe*. Routledge, Londres, pp. 212-222.
- BRIGHT C, MARULLO MC, ZAMORA CABOT FJ (2021). Private international law aspects of the Second Revised Draft of the legally binding instrument on business and human rights. *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 21/1:35-52.
- CAMARERO MV (2018). Acaparamiento de tierras y aguas: impacto sobre los pueblos indígenas y sus convicciones religiosas. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 34:23-73.
- DE SCHUTTER O, RAMASASTRY A, TAYLOR MB, THOMPSON RC (2012). Human Rights Due Diligence: The Role of States, International Corporate Accountability Roundtable, European Coalition for Corporate Justice and Canadian Network on Corporate Accountability. <https://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2015/05/De-Schutter-et-al.-Human-Rights-Due-Diligence-The-Role-of-States.pdf>, acceso 13 de octubre de 2021.
- DIAGO MP (2020). Minerales y diamantes de conflicto: mecanismo de control y diligencia debida en tiempos de ODS. *Cuadernos Europeos de Deusto* 63:153-182.
- DODGE WS (2020). Supreme Court of Canada Recognizes Corporate Liability for Human Rights Purposes. <https://www.justsecurity.org/69349/supreme-court-of-canada-recognizes-corporate-liability-for-human-rights-violations/>, acceso 9 de abril de 2021.
- DURÁN AYAGO A (2020). Lex Damni vs. Lex Societatis en la aplicación de la ley francesa del deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales: crónica de un diálogo necesario. *Cuadernos Europeos de Deusto* 63:183-206.

- ENGLISH R (2021). Parent Company Owes Duty of Care in Transnational Cases- Hague Court of Appeal. <https://ukhumanrightsblog.com/2021/03/01/parent-company-owes-duty-of-care-in-transnational-cases-hague-court-of-appeal/>, acceso 19 de abril de 2021.
- ESTEVE JE (2018). The Impunity Veil of Transnational Corporations: The Judicial Saga of Bhopal. En: Marullo MC, Zamora FJ (eds.). *Empresas y Derechos Humanos, Temas Actuales*. Scientifica, Nápoles, pp. 249-276.
- FONT-MAS M (2020). Los obstáculos de una demanda civil de responsabilidad transnacional por violación de derechos humanos: desde la perspectiva del titular del derecho. *Cuadernos Europeos de Deusto* 63:113-151.
- GARCÍA L, IGLESIAS D (2018). La Regla de la Ubicuidad y la Responsabilidad Ambiental Corporativa. En: Marullo MC, Zamora FJ (eds.). *Empresas y Derechos Humanos, Temas Actuales*. Scientifica, Nápoles, pp. 115-156.
- GUAMÁN A (2018). Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos. *Lex Social, Revista jurídica de los derechos sociales* 8-2:216-250.
- HUMPHREVILLE AA (2015). If the Question is Chocolate-Related, the Answer is Always Yes. *Why Doe v. Nestlé Reopens the Door for Corporate Liability of U.S. Corporations Under the Alien Tort Statute*. *American University Law Review* 65:191-238.
- HURTADO JJ (2020). Responsabilidad Civil Corporativa por Violaciones del Derecho Internacional Consuetudinario. Nota sobre la Sentencia del Tribunal Supremo del Canadá en el Caso Nevsun. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 40, 23 pp.
- IGLESIAS MA (2018). El asunto Ogiek y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: reforzando los derechos de las comunidades indígenas en África. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* 29:83-114.
- IRA (2021). Child Slaves Who Were Trafficked and Forced to Harvest Cocoa in Côte d'Ivoire Sue the Cocoa Companies that Enslaved Them: Nestlé, Cargill, Mars, Mondelez, Hershey, Barry Callebaut, and Olam. <http://www.iradvocates.org/press-release/nestle/press-release-child-slaves-who-were-trafficked-and-forced-harvest-cocoa-cote-d>, acceso 15 de abril de 2021.
- KOHL U (2018). Territoriality and Globalization. En: Allen S, Costelloe D, Fitzmaurice M, Gragl P, Guntrip E (eds.). *Oxford Handbook on Jurisdiction in International Law*. Oxford University Press, Oxford.
- LINDT A (2020). Transnational Human Rights Litigation, A Means of Obtaining Effective Remedy Abroad? *Journal of Legal Anthropology* 4:57-77.
- MARTÍN-ORTEGA O, O'BRIEN CM (2019). *Public Procurement and Human Rights, Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as Buyer*. Elgar Publishing, Cheltenham, Glos.
- MARULLO MC (2020). Recientes desarrollos en los litigios transnacionales empresas y Derechos Humanos: el caso Kiobel III. *Cuadernos Europeos de Deusto* 63:57-80.
- MOXLEY C (2020). Nestlé & Cargill v. Doe Series: Corporate Liability, Child Slavery, and the Chocolate Industry – A Preview of the Case. <https://www.justsecurity.org/73387/nestle-cargill-v-doe-series-corporate-liability-child-slavery-and-the-chocolate-industry-a-preview-of-the-case/>, acceso 15 de abril de 2021.
- MUÑOZ A, SALES L (2018). Las Leyes Anti Esclavitud: Primeras Respuestas Judiciales. En: Marullo MC, Zamora FJ (eds.). *Empresas y Derechos Humanos, Temas Actuales*. Scientifica, Nápoles, pp. 277-303.
- NALEGACH C, ASTROZA P (2020). La necesidad de una democracia ambiental en América Latina: el Acuerdo de Escazú. *Documentos de Trabajo* 40. Fundación Carolina, Madrid.
- NELSON JS (2021). The Management Case for Inclusionary Corporate Purpose, The CLS Blue Skye Blog, 16 de marzo. <https://clsbluesky.law.columbia.edu/2021/03/16/the-management-case-for-inclusionary-corporate-purpose/>, acceso 18 de marzo de 2021.
- OJEDA E (2021). Transnational Corporate Liability Litigation and Access to Environmental Justice: The Vedanta v. Lungowe Case. *London School of Economics Law Review* 6:223-248.

- OVEJERO AM (2020). Derechos Humanos y Empresa: balance y situación actual sobre el cumplimiento de los tres pilares. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- OXFORD RESEARCH ENCYCLOPEDIA OF AFRICAN HISTORY (2020). Cocoa and Child Slaves in West Africa. <https://oxfordre.com/africanhistory/view/10.1093/acrefore/9780190277734.001.0001/acrefore-9780190277734-e-816?rskey=fRiPq1&result=13>, acceso 15 de abril de 2021.
- PIGRAU A (2014). The Texaco-Chevron Case in Ecuador, *Law and Justice in the Age of Globalization*, *Revista Catalana de Dret Ambiental* 5 (1), 43 pp.
- QUINTANA K, FLORES R (2017). Los derechos de los pueblos indígenas. Una visión desde el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México.
- REDECOPP A (2020). With Power Comes Responsibility: Incremental Progress in Canada on Parent Company Liability. *Journal of Leadership, Accountability and Ethics* 17:18-42.
- REGUART N (2018). Business, Indigenous' Peoples Rights and Security in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights, *Business and Human Rights Journal* 00, 22 pp.
- ROORDA L (2021). Lowering the Bar (In a Good Way): the UK Supreme Court Decision in *Okpabi v. Shell*. <https://rightsasusual.com/?p=1395>, acceso 19 de abril de 2021.
- SALES L, MARULLO MC (2020). Informes de sostenibilidad y planes de vigilancia: explorando nuevos caminos para luchar contra la impunidad empresarial. *Cuadernos Europeos de Deusto* 63:207-235.
- SHAO X (2021). Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investments Arbitration: at the Crossroads of Domestic and International Law. *Journal of International Economic Law* 24:1-23.
- SOSA M (2020). Modern Challenges Within the Law of State Responsibility for Human Rights Violations Committed by Non-State Actors: Special Focus on Business Activity. *Dirittifondamentaly* 3:449-467.
- TIRUNEH W (2021). Holding the Parent Company Liable for Human Rights Abuses Committed Abroad: The Case of Four Nigerian Farmers and *Milieudéfensie v. Shell*. <https://www.ejiltalk.org/holding-the-parent-company-liable-for-human-rights-abuses-committed-abroad-the-case-of-the-four-nigerian-farmers-and-milieudéfensie-v-shell/>, acceso 19 de abril de 2021.
- VAN HO T (2020). Note, *Vedanta Resources PLC and Another v. Lungowe and Another*, 2019 UKSC 20. *American Journal of International Law* 114:110-116.
- WEN S, ZHAO J (2020). The Bumpy Road of Home States' Regulation of Globalized Businesses-Legal and Institutional Disruptions to Supply Chain Disclosure Under the Modern Slavery Act. *Catholic University Law Review* 69:125-162.
- WILKINSON LE (2019). Piercing the Chocolate Veil: Ninth Circuit Allows Child Cocoa Slaves to Sue Under the Alien Tort Statute in *Doe v. Nestlé USA*. *Villanova Law Review Online: Tolle Lege* 63:20-46.
- ZAMORA FJ (2016a). Desarrollo Sostenible y Empresas Multinacionales: un Estudio sobre los Acaparamientos de Tierra en Clave de Responsabilidad, *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián xv*:255-282.
- ZAMORA FJ (2016b). Las Industrias Canadienses y su Impacto sobre los Derechos Humanos: Esperando a Trudeau. *Papeles el Tiempo de los Derechos* 17, 7 pp.
- ZAMORA FJ (2020). Acceso a la Justicia y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso *Vedanta v. Lungowe*. *Cuadernos Europeos de Deusto* 63:33-56.
- ZAMORA FJ (2021, en prensa). El caso *Doe v. Nestlé* ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos: ¿culmina el largo adiós del Alien Tort Statute? *XXIX Jornadas AEPDIRI*.
- ZAMORA FJ, MARULLO MC (2019). La Global Magnitski Act de los Estados Unidos: sanciones internacionales contra corrupción y violaciones graves de los derechos humanos. *Rivista Ordine Internazionale e Diritti Umani* 2019(3):536-549.