

EXTRATERRITORIALIDAD Y *SOFT LAW*: DESARROLLOS RECIENTES EN MATERIA DE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS*

I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha dicho y debatido sobre la cuestión de la responsabilidad de las empresas⁸⁸ en materia de derechos humanos, particularmente a la luz de algunos casos recientes de alto perfil ante los tribunales internos, y de la adopción y expansión en el uso de los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos a nivel mundial. Lo anterior lleva a reflexionar si ciertos desarrollos jurídicos y políticos pueden llevar al establecimiento de normas que sean aplicables a las empresas para por lo menos asegurar el respeto a los derechos humanos, y en ciertas instancias, su reparación cuando hayan sido transgredidos.

* *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIV, 2014. Una versión previa de este artículo fue presentada en la *Internacional Conference on Business and Human Rights*, organizada por la Academia Vietnamita de Ciencias Sociales en Hanoi, en junio de 2013; ella apareció en el A.M.D.I. bajo el título *Developments in Extraterritoriality and Soft Law: Towards New Measures to Hold Corporations Accountable for their Human Rights Performance?*

⁸⁸ En inglés, los términos “*responsibility*” y “*accountability*” difieren; para una explicación detallada de ambos conceptos en el contexto de la actividad empresarial, véanse Morgera, E., *Corporate Accountability in International Environmental Law*, New York, Oxford University Press, 2009, pp. 19, 22-23; Bernaz, N., ‘Enhancing Corporate Accountability for Human Rights Violations: Is Extraterritoriality the Magic Potion?’, *Journal of Business Ethics*, Nov. 2012, p. 2, donde la autora señala que es un concepto que engloba la idea de que aquellos que sean responsables deben responder por las consecuencias de sus actos.

Es necesario contar con nuevas perspectivas para asegurar que el derecho pueda regular efectivamente el fenómeno que la realidad internacional presenta a los derechos humanos, puesto que algunos enfoques clásicos sobre los que descansa el derecho internacional parecen en la actualidad ser insuficientes para abordarlo. Desde esta perspectiva, dos temas parecen ser particularmente difíciles de tratar: la extraterritorialidad y el papel del *soft law*.⁸⁹ Ambos temas han sido ampliamente discutidos por la doctrina y por los sistemas judiciales de distintos países, puesto que sus implicaciones a nivel internacional podrían ser profundas.

La cuestión de la extraterritorialidad parece ser particularmente importante, puesto que la soberanía —la base de la era westfaliana del derecho internacional— está en el centro del debate y los Estados han hecho todo lo posible para defender su derecho a no ser sujetos a intervenciones judiciales o de cualquier otro tipo en sus asuntos internos. El caso *Kiobel* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos hizo resaltar esa cuestión específicamente, señalando que los Estados deben ser sumamente cautelosos cuando adjudican casos que no tengan una relación con sus intereses o jurisdicción. Sin embargo, otros ejemplos han mostrado exactamente lo contrario, siempre que otros requisitos sean satisfechos —como el criterio de nacionalidad de las partes, o la inexistencia de un recurso jurídico confiable, que pueda conllevar una denegación de justicia.

Por otra parte, el papel del *soft law* bajo el derecho internacional clásico también ha sido considerado con amplitud. A pesar de que diversos Estados han manifestado su opinión de que el *soft law* constituye simplemente una serie de directrices desprovistas de todo carácter jurídicamente vinculante, algunos elementos en las fuentes clásicas del derecho internacional podrían potencialmente llevar a

⁸⁹ Harding, M., “Banking on Human Rights”, *The Business and Human Rights Review*, vol. 1, 2013, p. 4.

una reinterpretación de dicha noción. La pregunta que surge es si algunos desarrollos recientes serían suficientes para dar lugar a una revisión de los límites del derecho internacional, o si simplemente constituirán esfuerzos individuales de ciertos Estados que no tendrán un efecto pleno a favor de la promoción y protección de los derechos humanos, especialmente en la cuestión altamente compleja que constituye el tema de las empresas y los derechos humanos.

En ese sentido, este artículo se enfocará ampliamente en la cuestión de si dichos aspectos del derecho internacional, la extraterritorialidad y el *soft law*, pueden contribuir en su respectivo ámbito a fortalecer la causa de los derechos humanos en casos en que las empresas se encuentren involucradas, específicamente cuando hayan contribuido a la generación de impactos negativos en los derechos humanos. Al ser dos áreas distintas del derecho internacional, este artículo debe ser leído desde una aproximación comprensiva, es decir, como desarrollos en dos ámbitos del derecho internacional que pueden contribuir a la protección de los derechos humanos desde una perspectiva holística, y no como un argumento de que el uso de medidas extraterritoriales y el 'endurecimiento' del *soft law* está relacionado. De tal forma, este artículo abordará la manera en que ambos temas pueden tratarse en conjunto para desarrollar medidas más efectivas que puedan conducir al reforzamiento de la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos.

II. REFLEXIONES SOBRE LA EXTRATERRITORIALIDAD

Una parte importante de la discusión reciente se ha enfocado especialmente en los efectos de la extraterritorialidad, no sólo en los asuntos jurídicos sino también en la política y las relaciones internacionales. En ciertos momentos, esta discusión ha señalado que la extraterritorialidad se encuentra en la intersección entre el derecho internacional

público y privado, tomando elementos de ambos para justificar los esfuerzos para luchar contra la impunidad, o bien, para prevenir lo que podría considerarse como una intervención en los asuntos internos.

Antes de sumergirse en el contenido de esta sección, debe definirse lo que se entiende por extraterritorialidad. Dicho concepto es por lo menos una noción dual, que incluye medidas como la regulación en su aspecto menos drástico, y la adjudicación en su faceta más controversial.⁹⁰ En ese sentido, el fenómeno de la extraterritorialidad aparece cuando un Estado actúa en relación a conductas que no tuvieron lugar al interior de sus fronteras. En ese sentido, un Estado puede adoptar legislación con efectos extraterritoriales —como en el caso de requisitos de publicación de información—, que no infringe en la soberanía de un Estado tercero pero que ciertamente requiere que ciertos sujetos cumplan con las medidas nacionales, incluso cuando sus actividades se desarrollen fuera de su territorio;⁹¹ o en ciertos casos inusuales, un Estado puede decidir ejercer su competencia jurisdiccional adjudicativa (conocida como “adjudicación extraterritorial”) para decidir por la vía judicial un caso que no se desarrolló dentro de sus fronteras, lo cual podría infringir la soberanía de un Estado tercero y dar lugar a tensiones jurídicas o diplomáticas.⁹²

Los siguientes párrafos se enfocarán en ejemplos recientes de los sistemas judiciales estadounidense y holandés, que muestran algunos

⁹⁰ Deva señala sobre esta cuestión que la regulación extraterritorial se refiere a las leyes u otras medidas emitidas por los Estados más allá de sus fronteras nacionales. Véase Deva, S., ‘Corporate Human Rights Violations: A Case for Extraterritorial Regulation’ en Luetge, C. (ed.), *Handbook of the Philosophical Foundations of Business Ethics*, Dordrecht, Springer, 2013, p. 1078.

⁹¹ Ídem: “...home state extraterritoriality would mean that a state extends its laws to overseas subsidiaries of (parent) companies incorporated therein.”

⁹² *Ibid.*, p. 1086: “The exercise of extraterritorial jurisdiction over foreign subsidiaries of companies incorporated in a given state is likely to raise multiple concerns from other states competing to exert jurisdiction on such subsidiaries...”

desarrollos teóricos y prácticos interesantes, y que con diferentes niveles, se han relacionado con la cuestión de la adjudicación extraterritorial. Por una parte, la sentencia de la Suprema Corte en el caso *Kiobel* será analizada brevemente a la luz de la práctica del derecho internacional. Por otra parte, los casos *Friday Akpan* y *El-Hojouj* de la Corte de Distrito de La Haya servirán como contrapeso a la sentencia estadounidense, con el fin de demostrar las diferencias en la interpretación del derecho internacional por dos sistemas judiciales desarrollados e independientes.

1. Algunos comentarios sobre la sentencia *Kiobel*

Algunos ejemplos recientes de la adjudicación extraterritorial han demostrado la controversia que esta cuestión genera bajo el derecho internacional, no sólo por una supuesta “invasión de soberanía” o un “imperialismo jurídico”, sino como resultado de la falta de claridad y certeza sobre las normas internacionales en este ámbito. En efecto, la inexistencia de un marco jurídico internacional o incluso de directrices específicas sobre la adjudicación extraterritorial, genera dudas sobre lo que es permitido bajo el derecho internacional y los efectos que el silencio tiene en la posibilidad de desarrollar estándares jurídicos a nivel nacional basados en normas internacionales.

Lo anterior ha salido a relucir específicamente en el conocido caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*⁹³ ante la Suprema Corte de los Estados Unidos, en la que el máximo tribunal se encontraba dividido y con ciertas dudas al abordar las cuestiones de la extraterritorialidad y la aplicabilidad del derecho internacional (particularmente del derecho internacional de los derechos humanos y de las normas

⁹³ *Esther Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, N° 10-1491, Sentencia (Suprema Corte, 17 de abril de 2013).

consuetudinarias internacionales) a las empresas por su involucramiento o participación en violaciones graves a derechos humanos.⁹⁴

El caso fue presentado bajo el *Alien Tort Claims Act* (también conocido como *Alien Tort Statute*), una ley antigua y ambigua que fue adoptada en 1789, y que establece que las cortes de distrito tendrán competencial original sobre cualquier acción civil por un extranjero por un daño extracontractual que se cometa en violación al derecho de las naciones o a un tratado de los Estados Unidos.⁹⁵ Dicha ley ha sido usada desde la década de 1980 como un mecanismo judicial al que las víctimas de violaciones a derechos humanos de todo el mundo han recurrido para intentar obtener reparación por los daños que hayan sufrido en el extranjero, independientemente de la existencia de una conexión directa entre los hechos que dan lugar a las quejas y las cortes federales estadounidenses que tendrían competencia para conocer el caso.⁹⁶ A la fecha, ningún caso presentado con base en esta ley ha obtenido resultados favorables, aunque algunos casos han derivado en convenios entre las alegadas víctimas y las empresas demandadas.

Los detalles del caso indican la alegada complicidad del gobierno de Nigeria con tres empresas de distintas nacionalidades (Royal Dutch Petroleum Co., una empresa de los Países Bajos; Shell Transport and Trading Company, Plc, una empresa británica; y Shell Petroleum Development Company of Nigeria, Ltd., una subsidiaria nigeriana), que habrían ayudado al gobierno a cometer distintas ofensas bajo el derecho internacional contra activistas ambientales que acusaban a

⁹⁴ Aunque la jurisprudencia estadounidense en relación al *Alien Tort Statute* es extensa, sólo se hará referencia a los dos casos en que la Suprema Corte se ha pronunciado al respecto, *Sosa* y *Kiobel*, al establecer los parámetros básicos bajo los que el ATS ha sido interpretado.

⁹⁵ 28 U.S.C. §.1350; originalmente reconocía causas de acción por ofensas contra embajadores, por violación de salvoconductos y por piratería.

⁹⁶ En ese sentido, los casos presentados bajo el ATS han involucrado normalmente a demandantes extranjeros que presentan acciones contra empresas extranjeras, por actos que tuvieron lugar fuera de la jurisdicción territorial de los Estados Unidos de América.

las empresas de daños ambientales ocasionados por la contaminación de hidrocarburos del delta del Níger, específicamente —como fue señalado por los demandantes en su escrito de fondo— por ejecuciones extrajudiciales, crímenes de lesa humanidad, tortura y tratos crueles, detención y arresto arbitrarios, violaciones a los derechos a la vida, libertad, seguridad y asociación, exilio forzado y destrucción de propiedad.

De las alegaciones hechas en su demanda, la Corte de Distrito que conoció el caso determinó que sólo las alegaciones de los demandantes sobre crímenes de lesa humanidad, tortura y tratos crueles, y detención y arresto arbitrario —que cumplen con los criterios de definición y aceptación entre los países civilizados, establecidos por la Suprema Corte en su sentencia del caso *Sosa v. Álvarez Machain*— serían examinados en la instancia de apelación interlocutoria.⁹⁷

No obstante, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito que conoció el caso desechó la acción en el 2010 con el argumento de que el derecho internacional consuetudinario no reconoce la responsabilidad empresarial, con base en tres consideraciones: que el alcance de la responsabilidad jurídica se determina por el derecho consuetudinario internacional; que el *Alien Tort Statute* (ATS) requiere que los tribunales apliquen normas de derecho internacional que sean “específicas, universales y obligatorias” para determinar la responsabilidad jurídica de los demandados —como se estableció en el caso *Sosa*; y que la responsabilidad empresarial no es una norma consuetudinaria internacional universalmente reconocida. Sin embargo, la Suprema Corte acordó otorgar *certiorari* en el 2011 para considerar si las empresas podían ser sujetas de responsabilidad bajo el *Alien Tort*

⁹⁷ *José Francisco Sosa v. Humberto Alvarez-Machain et al.*, N° 03-339, Sentencia (Suprema Corte, 29 de junio 2004), donde la Suprema Corte señaló que el ATS solo crearía una acción por agravios extracontractuales que transgredieran una norma de derecho internacional que tenga carácter definido y que sea aceptada por las naciones civilizadas (‘específica, universal y obligatoria’).

Statute, como resultado de interpretaciones divergentes en distintas cortes de circuito (por ejemplo, el Segundo Circuito negaba la existencia de responsabilidad empresarial⁹⁸ mientras que los circuitos séptimo,⁹⁹ noveno¹⁰⁰ y de D.C.¹⁰¹ la afirmaban).

Tras la primera ronda de argumentos orales —en los que la discusión pasó de la cuestión inicial que abordaba si el derecho internacional consuetudinario reconoce la responsabilidad empresarial, a la cuestión de la aplicación extraterritorial del ATS—, la Suprema Corte ordenó a las partes presentar argumentos adicionales para plantear si y bajo qué circunstancias el ATS permite a los tribunales reconocer una causa de acción por violaciones al derecho de las naciones que ocurriera en el territorio de un Estado soberano distinto a los Estados Unidos, aspectos que fueron discutidos en una segunda audiencia en octubre de 2012.¹⁰² El 17 de abril de 2013, la Suprema Corte emitió su sentencia del caso *Kiobel*, en la que confirmaba la decisión de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito y desechaba el recurso con el argumento que el derecho internacional consuetudinario no reconoce la responsabilidad empresarial por violación al derecho de las naciones, mientras que apenas respondía a la cuestión sobre qué permitiría que el ATS reconociera una acción por violaciones al derecho internacional que hubiera tenido lugar en territorio estadounidense.

⁹⁸ *Esther Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, N° 10-1491, Sentencia (Suprema Corte, 17 de abril de 2013).

⁹⁹ *Boimah Flomo et al. v. Firestone Natural Rubber Co., LLC*, N° 10-3674, Sentencia (Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito, 11 de Julio de 2011).

¹⁰⁰ *Sarei et al. v. Rio Tinto PLC et al.*, N° 02-56256, Sentencia (Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, 25 de octubre de 2011).

¹⁰¹ *John Doe VIII et al. v. Exxon Mobil Corporation et al.*, N° 09-7125, Sentencia (Corte de Apelaciones del Circuito para el Distrito de Columbia, 8 de julio de 2011).

¹⁰² Para una referencia detallada de las alegaciones discutidas durante la segunda audiencia en *Kiobel*, véase Cantú Rivera, H., 'Recent Developments in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*: An Important Human Rights Forum in Peril?', *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 28, 2013, pp. 245-250.

La sentencia de la Suprema Corte en *Kiobel* se enfoca ampliamente en la cuestión de la adjudicación extraterritorial y la intención original del Congreso cuando adoptó el *Alien Tort Statute* dentro de la Primera Ley de la Judicatura (*First Judiciary Act*) de 1789. En ese sentido, el Presidente Roberts escribió que una presunción contra la extraterritorialidad existe respecto a demandas bajo el *Alien Tort Statute*, y que nada en él desacredita dicha presunción. Al abordar ambas cuestiones, se basó en una interpretación gramatical del texto que desde luego no hace ninguna referencia a la implementación extraterritorial de la ley,¹⁰³ aunque sí indica claramente que la ley fue creada para tratar situaciones que involucraran al derecho internacional de la época.¹⁰⁴

Sin embargo, es la interpretación de lo que Blackstone reconocía o consideraba que constituía una violación al derecho de las naciones a final de 1700 lo que permite abordar esta cuestión: la piratería era concebida como una violación al derecho de las naciones, por lo que los piratas podían ser perseguidos donde quiera que fueren encon-

¹⁰³ En ese sentido, la Suprema Corte determinó en *Morrison v. National Australia Bank Ltd.* (2010) que si una ley no indica claramente que se prevé que tenga aplicación extraterritorial, no debería presumirse que la tiene. El mismo argumento fue utilizado en la sentencia *Kiobel*. Algunos autores, como Colangelo, han sido reticentes respecto a la sentencia de la Suprema Corte, al considerar que contradice no sólo el derecho internacional e interno, sino sus propios precedentes: “*Morrison* explained that the presumption against extraterritoriality... did not operate upon the jurisdictional statute,... and as the *Kiobel* Court openly acknowledged, the ATS is also a “strictly jurisdictional” statute.” *Cfr.* Colangelo, A.J., ‘*Kiobel*: Muddling the Distinction Between Prescriptive and Adjudicative Jurisdiction’, *Maryland Journal of International Law*, Vol. 28, 2013, p. 2.

¹⁰⁴ La Suprema Corte lo confirmó en su sentencia *Sosa*, señalando que una analogía entre lo que era el “derecho de las naciones” en esa época también podría ser presentada en la actualidad ante la judicatura bajo el *Alien Tort Statute*: “In *Sosa v. Alvarez-Machain*, the Supreme Court held that the ATS allows U.S. courts to recognize federal common law causes of actions “based on the present-day law of nations [that] rest on a norm of international character accepted by the civilized world and defined with a specificity comparable to the features of the 18th-century paradigms we have recognized.” Véase Dodge, W.S., ‘Corporate Liability Under Customary International Law’, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 43, 2012, p. 1045.

trados, al ser un enemigo común de toda la humanidad, incluso en embarcaciones que navegaban en altamar. En ese sentido, tanto en ese entonces como en la actualidad, un navío tiene la nacionalidad del país bajo cuya bandera navega, constituyendo por consecuencia una extensión de la competencia territorial de un Estado soberano; por ello, la adjudicación de asuntos relativos a la piratería inescapablemente se refieren a acciones que invadirían la soberanía de otro Estado soberano, a menos que ello se hiciera únicamente contra embarcaciones que navegaran bajo la nacionalidad del país que iniciaría procedimientos contra ella. No obstante, esta idea no parece realista en el contexto actual, lo que nos lleva a analizar brevemente los argumentos de la Suprema Corte en la sentencia *Kiobel*.

Aunque la posición de la mayoría de la Suprema Corte es correcta al prevenir la utilización del derecho estadounidense y de su sistema judicial para resolver disputas que ocurrieron en alguna otra parte del mundo,¹⁰⁵ lo anterior da lugar a ciertos comentarios. La Suprema Corte sostuvo que el derecho de los Estados Unidos se aplica y regula a nivel interno, pero no globalmente; sin embargo, al usar el *Alien Tort Statute*, los Estados Unidos no estarían aplicando sus leyes para regular conductas que ocurren en el territorio de otros Estados soberanos.¹⁰⁶ La Corte misma ha reconocido que el ATS es una ley jurisdiccional, que solo provee jurisdicción y competencia para adjudicar

¹⁰⁵ Lo anterior es aún más importante a la luz de las importantes diferencias procesales que existen entre el sistema de litigio civil de los Estados Unidos y aquellos de otros países, como lo señalaron tanto los Países Bajos como el Reino Unido en sus escritos *amicus curiae* ante la Corte en *Kiobel*. Para mayor información, véase *Esther Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, n° 10-1491, Brief of the Governments of the Kingdom of The Netherlands and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland as *Amici Curiae* in Support of Neither Party, (Suprema Corte, 13 de junio de 2012), pp. 27-28.

¹⁰⁶ Zamora Cabot, F.J., 'Kiobel and the Question of Extraterritoriality', *The Age of Rights*, n°2, 2013, p. 9: "When we talk about extraterritoriality, we think *primarily* about mandates to do or not to do, which are part of substantive law. There is an attempt to project these mandates beyond the physical framework of power connected to state sovereignty, not to the assumption of jurisdiction on the part of its courts."

reclamos por violaciones al derecho de las naciones que satisfagan los requisitos establecidos en Sosa, sin proyectar sus leyes a territorio extranjero. Dicha jurisdicción sería un foro para determinar derechos y deberes de partes en litigio, mismos que derivan directamente del derecho internacional y no del derecho interno de los Estados Unidos.¹⁰⁷ Lo anterior hace resaltar la *interpretación* estadounidense del derecho internacional —ese conocido *excepcionalismo americano*—, que por lo menos durante las dos audiencias y la sentencia en Kiobel parecían ser distantes de lo que se considera que es el derecho internacional, y en particular el derecho internacional de los derechos humanos, así como la manera en que se aplica ampliamente en la actualidad.

La cuestión de la extraterritorialidad tiene una larga historia. Por ejemplo, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló en su conocida sentencia del caso *S.S. Lotus* que a menos que el derecho internacional específicamente prohíba el uso extraterritorial del derecho interno, los Estados podían crear y aplicar sus leyes allende a sus fronteras.¹⁰⁸ Este permiso por el que era el principal tribunal internacional de la época continúa siendo un pilar del derecho internacional, que no ha sido desplazado por una sentencia en sentido contrario.¹⁰⁹ Por ende, debería haber sido una herramienta impor-

¹⁰⁷ *Ídem*: “The fundamental historic development of private international law is based on the diversity of systems of international jurisdiction to adjudicate. Therefore, the *jurisdiction to adjudicate* of the United States, exercised through its courts, does not have to coincide with the criteria of other countries or to cede jurisdiction to those who are supposedly more connected in this or any other matter. The only thing that can be demanded... is that jurisdiction be exercised in a reasonable manner when there is *sufficient nexus* with the State claiming it...”

¹⁰⁸ *The Case of the S.S. “Lotus”* (France v. Turkey), Sentencia, Corte Permanente de Justicia Internacional, 7 de septiembre de 1927. Véase igualmente Bernaz, N., *op. cit.*, p. 18, quien señala que la jurisdicción universal en material civil es legal, al no estar prohibida por el derecho internacional; y Sloss, D., ‘Kiobel and Extraterritoriality: A Rule Without A Rationale’, *Maryland Journal of International Law*, Vol. 28, 2013, p.2, donde el autor explica la presunción de permisibilidad bajo el derecho internacional.

¹⁰⁹ Aunque se encuentra fuera del alcance de este artículo, debería prestarse atención a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Jurisdictional Immunities* de 2012, en

tante para los demandantes del caso *Kiobel*, puesto que redirige la determinación de la aplicación extraterritorial de la ley a la legislación nacional y al cuerpo legislativo que la crea, y no a la cuestión de la posición del derecho internacional respecto a la aplicación extraterritorial del derecho doméstico.¹¹⁰

No obstante, dicho argumento habría sido irrelevante para el caso debido al carácter adjudicativo que se le reconoce al *Alien Tort Statute*. La sentencia *Lotus*, por otra parte, era aplicable sólo si la ley en cuestión era una norma sustantiva —y por consecuencia un ejercicio de competencia prescriptiva—, no un acto procesal. La presunción de permisibilidad¹¹¹ podría haber sido un argumento interesante basado en el derecho internacional, en oposición a la presunción contra la extraterritorialidad que fue apoyada por la Suprema Corte.

Si el derecho internacional efectivamente permite la existencia de leyes sustantivas con efectos extraterritoriales, como ha sido apoyado durante décadas por distintos tribunales internacionales, la elección de la Suprema Corte de los Estados Unidos de no permitir la aplicación extraterritorial de una ley sobre competencia adjudicativa tam-

el que la Corte determinó que existía inmunidad en relación a demandas civiles presentadas en Italia por ciudadanos italianos contra Alemania, ya que éste habría gozado de inmunidad procesal bajo el derecho internacional consuetudinario. *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy), Sentencia, Corte Internacional de Justicia, 3 de febrero de 2012.

¹¹⁰ Colangelo, A., *op. cit.*, p. 5: "...International law itself doesn't care about how it is conceptualized or implemented within any given domestic legal system... that's a matter for a nation's internal law, not international law."

¹¹¹ Stigall, D., 'International Law and Limitations on the Exercise of Extraterritorial Jurisdiction in U.S. Domestic Law', *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 35, n° 2, 2012, p. 331: "...the starting point for any jurisdictional analysis is a presumption of permissibility — a presumption that is only overcome by demonstrating that the action is otherwise prohibited by treaty or customary international law." Esta misma posición fue apoyada por el Gobierno de Kosovo en su contribución escrita ante la Corte Internacional de Justicia durante el proceso consultivo en relación a la declaración unilateral de independencia de Kosovo: *Written Contribution of the Republic of Kosovo, Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo*, Opinión Consultiva, Corte Internacional de Justicia, 17 de abril de 2009, p. 138.

bién sería una decisión legítima bajo el derecho internacional, debido al carácter voluntario de la presunción de permisibilidad. Sin embargo, también podría perjudicar la universalidad de los derechos humanos y su protección, que ha dejado a las víctimas del caso *Kiobel* sin la posibilidad de obtener reparación en el foro correspondiente a su lugar de residencia. Por ello, la cuestión irresoluta es lo que la Suprema Corte podría haber hecho al interpretar el caso concreto desde una perspectiva más neutral, basada en el entendimiento actual del derecho internacional.

Una interpretación del ATS de conformidad con el derecho internacional aplicable probablemente observaría que al menos los principales tratados internacionales de derechos humanos, el derecho consuetudinario internacional, las normas de *jus cogens* y los principios generales del derecho internacional constituyen normas aceptadas por la sociedad internacional.¹¹² Esto sería conforme a los estándares de lo que era la práctica aceptada del derecho internacional en el siglo XVIII. En el *cas d'espèce*, la ratificación por 167 países del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) demostraría claramente que ha sido casi universalmente reconocido por las “naciones civilizadas” que las normas en él estipuladas constituyen valores universales. Aún más, esos valores son compartidos por los cuatro países que intervienen en la disputa (los Estados Unidos como foro y lugar de residencia de los demandantes; los Países Bajos y el Reino Unido como los países donde los principales demandados fueron constituidos o tienen su sede; y Nigeria como el país de una *joint venture* de ambas empresas europeas y el país de nacionalidad de los demandantes), lo que proveería una justificación aún más fuerte sobre por qué

¹¹² Una crítica similar se hizo a los Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos, precisamente sobre lo que se consideró como su visión “restringida o angosta” del derecho internacional. Véase Decaux, E., ‘Le projet de l’ONU sur la responsabilité des entreprises transnationales’, en Daugareilh, I. (ed.), *Responsabilité sociale de l’entreprise transnationale et globalisation de l’économie*, Bruselas, Bruylant, 2010, pp. 459-474.

al menos algunos de los daños extracontractuales reclamados por los demandantes deberían ser reconocidos como específicos, universales y obligatorios. El hecho de que el PIDCP fuera ratificado por los cuatro países previamente mencionados implica la existencia de un común denominador, incluso de una regla *inter partes* que sería aplicable a todos ellos. Al estar incluidos todos los derechos reclamados en el Pacto, y al existir para sus Estados parte una obligación internacional de garantizar dichos derechos en su territorio o bajo su jurisdicción de conformidad con el artículo 2.1 del PIDCP, la protección judicial de dichos derechos por los tribunales de cualquiera de los países sería una condición *sine qua non*.

Aunque la Suprema Corte haya establecido en *Sosa* que el PIDCP no constituye una norma pertinente y aplicable de derecho internacional debido a su carácter *no autoejecutable*,¹¹³ esta posición demuestra dos cosas: primero, la justificación de la inaplicabilidad del derecho internacional con base en consideraciones y sistemas jurídicos de orden nacional (una posición particularmente dualista), a pesar de un compromiso internacional formalmente declarado en torno al respeto de los derechos humanos, lo cual conduce a la falta de cumplimiento de la obligación *pacta sunt servanda*. El silencio existente bajo el derecho de los tratados en relación a la adjudicación extraterritorial lleva al uso permisivo de la jurisdicción para preservar y garantizar los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos. La ratificación del PIDCP por el Congreso estadounidense debería confirmar su adhesión y compromiso de respetar las normas internacionales de derechos humanos, así como el reconocimiento del tratado

¹¹³ *José Francisco Sosa v. Humberto Alvarez-Machain et al.*, n° 03-339, Sentencia (Suprema Corte, 29 de junio de 2004), §41: “And, although the Covenant does bind the United States as a matter of international law, the United States ratified the Covenant on the express understanding that it was not self-executing and so did not itself create obligations enforceable in the federal courts.”

como una fuente de derecho internacional y de obligaciones vinculantes para los Estados Unidos y demás países que lo ratificaron.

Por otra parte, una interpretación gramatical del *Alien Tort Statute* llevaría a la presunción de que éste podría aún proveer una causa de acción, si se compara análogamente con los argumentos en torno a la piratería hechos por el Juez Breyer en su voto separado. La mayoría del enfoque de ésta se centró en el ‘derecho de las naciones’; sin embargo, no hubo ninguna mención en la sentencia *Kiobel* sobre la última parte de la ley, que claramente indica que los tribunales pueden conocer de una acción civil de un extranjero por un daño extracontractual en violación de un tratado de los Estados Unidos. Debido a que los Estados Unidos ratificó el PIDCP en 1992, así como al hecho de que por lo menos la tortura y los tratos crueles,¹¹⁴ así como la detención y arresto arbitrarios se encuentran prohibidos por el Pacto (los crímenes de lesa humanidad, por otra parte, han sido abordados en otros instrumentos internacionales, como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que los EE.UU. han firmado pero no ratificado), la violación de dichos derechos convencionales —y no la ambigua noción en que el “derecho de las naciones” se ha convertido a través de la interpretación judicial de la Suprema Corte— habrían provisto otra justificación para permitir el ejercicio de la acción civil. Aunque persiste la cuestión de que los hechos tuvieran lugar en territorio extranjero, por lo menos el aspecto del significado moderno del “derecho de las naciones” podría ser dejado de lado para abordar el caso desde la perspectiva de la violación de un derecho contenido en un instrumento internacional de derechos humanos que es obligatorio para los Estados Unidos de América, así como para los otros tres países que tienen un interés directo en el caso.

¹¹⁴ Lo anterior fue reconocido por los Estados Unidos en sus reservas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde limitó el alcance del artículo 7 del Pacto a lo dispuesto por las Enmiendas quinta, octava y catorceava de la Constitución de los Estados Unidos de América.

Dos argumentos más se pueden plantear en relación a la sentencia *Kiobel*. El primero es relativo al derecho internacional consuetudinario, mientras que el segundo tiene que ver con la universalidad de los derechos humanos. Ambos argumentos son importantes a la luz del debate sobre los sujetos del derecho internacional y la cuestión de la extraterritorialidad, que fueron considerados por la Suprema Corte durante las dos fases de *Kiobel*.

Como señala Dodge, las normas que pueden ser exigidas conforme al parámetro de *Sosa* se concentran en los actos, independientemente de la identidad de los perpetradores.¹¹⁵ Esta característica normativa difiere de la noción clásica bajo el derecho internacional de los derechos humanos, conforme a la cual el Estado, de forma clara y explícita, es el responsable primario por violaciones a derechos humanos que tengan lugar en su jurisdicción. Sin embargo, debe notarse que aunque es el Estado quien será responsable por una insuficiente prevención y protección frente a conductas perjudiciales a la dignidad humana, la mayoría de las normas de derecho internacional que abordan el tipo de conductas que pueden ser perseguidas en los Estados Unidos han omitido determinar *quién* es capaz de cometer tales violaciones a derechos humanos.¹¹⁶ El derecho internacional de los derechos humanos, y particularmente aquellos tratados y convenciones que se refieren a violaciones a derechos humanos que pueden constituir infracciones al derecho consuetudinario o a normas de *jus cogens*, también se han enfocado en regular los *actos* que tienen lugar, dejando abierta la cuestión de la subjetividad. Dicha falta de precisión puede ser interpretada como una cuestión obvia e innecesaria en el texto de un tratado internacional —debido a la noción ampliamente consolidada del Estado como único ente capaz de violar derechos

¹¹⁵ Dodge, W.S., *op. cit.*, p. 1047.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 1050: "...the question of corporate liability under customary international law does not depend on finding a norm of customary international law in the abstract, but rather on whether the particular norms at issue reach corporations."

humanos—, o bien, como una intención de no refinar la cuestión de la subjetividad bajo el derecho internacional para permitir a las ramas judiciales (tanto a nivel nacional como internacional) el desarrollo de un *corpus juris* sobre esta cuestión.

El hecho de que la cuestión sobre qué sujeto puede violar una norma de derecho internacional se haya dejado abierta puede jugar un papel importante en la determinación de la responsabilidad empresarial por violaciones a derechos humanos. El derecho internacional no categoriza los actores que pueden ser sujetos o no de responsabilidad: por el contrario, meramente se centra en determinar la legalidad o ilegalidad de un acto, independientemente de quién lo haya cometido.¹¹⁷ De tal manera, la inexistencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional que establezca que las empresas gozan de inmunidad tendería a indicar que, en efecto, no gozan de ésta.¹¹⁸

Esta determinación fue replicada en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de las *Inmunidades jurisdiccionales*, donde se encontró que los Estados gozan de una inmunidad procesal que es enteramente distinta a la existencia de responsabilidad. En efecto, la Corte señaló que un Estado que tiene inmunidad jurisdiccional podría ser capaz de violar el derecho internacional, y a pesar de su inmunidad, continuaría siendo responsable por las violaciones cometidas. Por el contrario, de forma general las empresas no tienen inmunidad bajo el derecho internacional, y mucho menos gozan de una regla trans-sustantiva de no responsabilidad, que incluso los Estados no tienen.¹¹⁹ Por tanto, la inexistencia de una norma específica que niega la determinación de responsabilidad bajo el derecho internacional para actores no estatales, en conjunto con los estándares convencionales en vigor que tampoco particularizan sobre el desti-

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 1046.

¹¹⁸ Aunque tampoco existe una indicación explícita de que pueden ser consideradas responsables, constituyendo por consecuencia un silencio normativo.

¹¹⁹ Dodge, W.S., *op. cit.*, p. 1047.

natario, sino que se enfocan en la legalidad de cierta acción, podrían constituir elementos importantes para concluir que una presunción de permisibilidad existe respecto a la determinación de la responsabilidad de actores no estatales por violaciones al derecho internacional.

En relación a la extraterritorialidad, se han planteado argumentos sobre la característica del derecho internacional como un marco amplio y vinculante que debe ser aplicado en todo lugar y en todo momento.¹²⁰ Aunque esta idea defiende una posición particularmente idealista que ignora el aspecto de la política internacional, se podría alegar la universalidad de los derechos humanos, y específicamente de los derechos no derogables que han sido ampliamente reconocidos y ratificados por la mayoría de los países del mundo.

El hecho de que los derechos universalmente reconocidos no puedan ser protegidos es una afrenta directa contra las fundaciones mismas del derecho internacional de los derechos humanos. Por ello, las decisiones futuras deberán no solo mirar hacia el marco y alcance de las relaciones internacionales y la cuestión de la cortesía internacional, sino hacia la permanencia y reforzamiento del sistema universal de derechos humanos, a fin de garantizar el desarrollo de un esfuerzo internacional coordinado y coherente para combatir la impunidad corporativa.¹²¹ Será necesario contar con indicaciones y directrices más claras en relación a la cuestión de la adjudicación extraterritorial a nivel internacional —especialmente en el ámbito de los derechos humanos—, puesto que la falta de dicho marco contribuye a la conocida fragmentación del derecho internacional y a una reiterada

¹²⁰ Colangelo, A., *op. cit.*, p. 1: “International law... prescribes conduct-regulatory rules the world over, and thus its application is never really extraterritorial since it covers the globe, particularly with respect to universal jurisdiction violations.”

¹²¹ Para un enfoque holístico sobre la cuestión de la responsabilidad empresarial por abusos a derechos humanos, y en especial sobre un modelo multifacético para abordar dichos impactos, véase Deva, S., *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, Londres, Routledge, 2012.

impunidad, permitiendo a los Estados determinar individualmente el camino a seguir para abordar tales cuestiones, frente al riesgo de una mayor polarización.

2. La extraterritorialidad en el sistema judicial neerlandés: ejemplos recientes

Dos casos recientes del sistema judicial de los Países Bajos han presentado un enfoque distinto a la cuestión de la extraterritorialidad, y han dado muestras —basadas en el derecho internacional privado— de la adjudicación extraterritorial de casos que cumplen con ciertos requerimientos.

El primero de ellos es *Friday Alfred Akpan et al. v. Royal Dutch Shell PLC et al.*,¹²² presentado ante la Corte de Distrito de La Haya. Resumiendo los hechos del caso, éste fue presentado con motivo de las alegaciones de daño ambiental y personal que habría sufrido el demandante, como resultado de los derrames de petróleo ocurridas en 2006 y 2007 en la región de Ikot Ada Udo, en Nigeria, que se produjeron por la falta de diligencia de los demandados en el mantenimiento de sus operaciones petroleras en la región, derivando en la pérdida de los medios de vida del señor Akpan. En un interesante análisis, la Corte de Distrito consideró que existía un nexo causal entre la violación de un deber específico de cuidado por la subsidiaria nigeriana de un grupo empresarial neerlandés y los daños sufridos por Akpan, y que la subsidiaria nigeriana Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. habría cometido una negligencia que habría afectado al demandante, al no tomar las medidas necesarias para asegurar apropiadamente un pozo petrolero para prevenir su

¹²² *Friday Alfred Akpan et al. v. Royal Dutch Shell PLC et al.*, Caso C/09/337050/ HA ZA 09-1580, Sentencia, Corte de Distrito de La Haya, 30 de enero de 2013.

sabotaje —que habría sido cometido previo a los derrames.¹²³ Ante ello, la Corte de Distrito ordenó a la demandada nigeriana al pago de compensación por los daños sufridos por Friday Akpan.

Aunque debe subrayarse que la corte de La Haya indicó específicamente que el caso no podría ser considerado como una violación a derechos humanos cometida por una empresa subsidiaria, particularmente a la luz de la conducta pasiva del demandado y de la falta de una acción específica¹²⁴ que pudiera implicar una transgresión directa de los derechos humanos del demandante, el caso tiene claras implicaciones en el ámbito de los derechos humanos, particularmente en relación a la responsabilidad jurídica de las subsidiarias en el extranjero. Lo anterior se vuelve aún más importante tras la sentencia *Kiobel* en los Estados Unidos, ya que las demandas presentadas bajo el Alien Tort Statute usualmente han sido contra las empresas matrices y sus subsidiarias en el extranjero, y la Suprema Corte recientemente decidió no abordar casos que impliquen adjudicación extraterritorial a menos que exista un vínculo ligado a la nacionalidad de la empresa, o que el caso afecte intereses estadounidenses con una fuerza suficiente.

Esta misma circunstancia fue tomada en consideración por el tribunal neerlandés en su sentencia del caso *Friday Akpan*. Aunque la empresa transnacional demandada tiene su sede en los Países Bajos, la Corte de Distrito determinó utilizar una analogía con otros casos y tendencias internacionales:

“[F]or quite some time... there has been an international trend to hold parent companies of multinationals liable in their own country for the harmful practices of foreign (sub-) subsidiaries, in which the foreign (sub)

¹²³ *Ibid.*, §4.45.

¹²⁴ *Ibid.*, §4.56.

*subsidiary involved was also summoned together with the parent company on several occasions.*¹²⁵

A pesar de que esta tendencia podría considerarse reciente, apoyaría uno de los argumentos que pueden ser inferidos de la sentencia *Kiobel*: si existe evidencia concluyente sobre la cercanía entre una empresa matriz y su subsidiaria, y las acciones que dieron lugar a la queja fueron ordenadas por la empresa matriz —o como se señaló en la sentencia *Friday Akpan*, que la matriz debió haber tenido conocimiento del aspecto relevante de los hechos que dieron lugar a la demanda, o de la ilegalidad de la acción llevada a cabo por la subsidiaria—, ambas podrían ser llamadas a comparecer a juicio ante los tribunales del Estado de origen de la transnacional.

La corte neerlandesa consideró, sin embargo, que sería menos razonable que existiera un “deber de cuidado” de la empresa matriz, ya que la proximidad entre ambas entidades no era suficientemente importante, como lo sería si ambas operaran en el mismo país. Basándose en la sentencia *Chandler v. Cape plc* del sistema judicial británico, la corte determinó que en las circunstancias concretas del caso, no podía asumirse que la empresa matriz tendría mayor conocimiento sobre la situación local en el país extranjero que su subsidiaria, lo que condujo al desechamiento de la demanda contra la empresa matriz. A pesar de ello, la Corte de Distrito señaló:

[T]he forum non conveniens restriction no longer plays any role in today’s international private law. The District Court is of the opinion that the jurisdiction of the Dutch court in the matter against [the foreign subsidiary] based on Section 7 DCCP¹²⁶ does not cease

¹²⁵ *Ibid.*, §4.5.

¹²⁶ Código de Procedimientos Civiles de los Países Bajos, artículo 7.1, que señala que si un tribunal neerlandés tiene competencia sobre uno de los demandados, también lo tendrá sobre los otros demandados, siempre que la acción en relación a ellos esté vinculada, a fin de justificar su consideración conjunta por razones de eficiencia.

to exist in the event that the claims against [the parent company] were to be dismissed, not even if subsequently, in fact, no connection or hardly any connection would remain with Dutch jurisdiction.¹²⁷

La sentencia en el caso Friday Akpan da lugar a distintas consideraciones en relación a sus efectos en el ámbito de los derechos humanos. En primer término, la sentencia estuvo fundada en el derecho interno, no en el derecho internacional. Aunque este tipo de casos podrían ser una clara indicación de que sólo podrá alcanzarse la responsabilidad empresarial a través del derecho interno, también sirve para ilustrar que la ausencia de un marco internacional vinculante ha conducido y continuará llevando a la exploración de avenidas judiciales y acciones a nivel interno, lo cual potencialmente conducirá al desarrollo de una esfera de derecho comparado sobre casos que abordan la responsabilidad jurídica de las empresas y la adjudicación extraterritorial, como ha sido demostrado por la Corte de Distrito de La Haya en esta sentencia.

En segundo lugar, la sentencia se basó particularmente en el derecho sustantivo de Nigeria, así como en el derecho común del sistema británico, que era vinculante previo a la independencia de Nigeria y que continúa siendo una referencia tras ella. Por otra parte, la competencia jurisdiccional de los tribunales neerlandeses está basada en su derecho interno, particularmente si la nacionalidad de la empresa matriz es neerlandesa. Lo que dichas características muestran es que, con base en el derecho internacional privado y el derecho comparado, se puede lograr el enjuiciamiento de las empresas bajo el derecho interno sin importar el lugar donde se llevaron a cabo las acciones, y como reconoce la corte neerlandesa, podrían ayudar a reducir la trascendencia de la excepción *forum non conveniens*, que usualmente se ha intentado utilizar en este tipo de casos. De tal manera, aún los casos extraterritoriales podrían ser juzgados si existe un vínculo mí-

¹²⁷ *Friday Alfred Akpan et al. v. Royal Dutch Shell PLC et al.*, par. 4.6.

nimo que pudiera otorgar competencia jurisdiccional a un sistema judicial extranjero (por ejemplo, del lugar donde se haya presentado la demanda).

En tercer lugar, la sentencia *Friday Akpan* se basó en un deber de cuidado razonable —una medida de debida diligencia—, y por tanto en un daño por negligencia, y no en una violación a derechos humanos. Resulta claro que los casos basados en términos de derecho civil (como en este caso a través de los daños y perjuicios sufridos) han sido más exitosos y mayormente explorados que las demandas por violaciones a derechos humanos, y han sido resueltos de forma general de una manera más favorable, al ser los derechos en pugna más fácilmente determinables por los tribunales. Sin embargo, independientemente de la denominación que se les de, también resulta claro que este tipo de sentencias, a pesar de estar basadas en figuras de derecho civil, también tienen implicaciones para los derechos humanos.¹²⁸

En ese sentido, el explorar los derechos humanos a través del ángulo del derecho civil puede ser una solución interesante para impulsar su causa a nivel nacional, especialmente si las empresas tienen su sede o se encuentran constituidas en países cuyos sistemas judiciales tienen un enfoque liberal y global sobre la cuestión de la adjudicación extraterritorial y el uso del derecho internacional privado.

Otro ejemplo interesante que emergió recientemente del sistema judicial neerlandés, en relación a la tortura y la adjudicación extraterritorial, es el caso *Ashraf Ahmed El-Hojouj v. Harb Amer Derbal et al. (Libya)*.¹²⁹ En el *cas d'espèce*, el demandante era un nacional búlgaro-palestino que presentó una acción judicial en los Países Bajos

¹²⁸ Donovan, D.F. & Roberts, A., 'The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction', *American Journal of International Law*, Vol. 100, 2006, p. 154: "Although by tort claims private parties may seek vindication of private interests, judgments in these cases affirm much wider interests manifested in the norms that the community is prepared to enforce."

¹²⁹ *Ashraf Ahmed El-Hojouj v. Harb Amer Derbal et al. (Libyan Officials)*, Caso 400882/HA ZA 11-2252, Sentencia, Corte de Distrito de La Haya, 21 de marzo de 2012.

por su detención ilegal y tortura por el régimen libio, que lo acusaba de haber infectado a 393 niños con VIH. Tras haber confesado bajo tortura, el demandante fue condenado a la pena capital, pero luego perdonado y liberado por las autoridades. Sin embargo, presentó una demanda en los Países Bajos (país que le habría otorgado el estatus de refugiado) por la comisión de un crimen internacional por el régimen libio, a pesar de la falta de comparecencia de los demandados ante el tribunal.

La Corte de Distrito de La Haya que conoció del caso consideró que tenía competencia jurisdiccional internacional conforme al artículo 9(c) del Código de Procedimientos Civiles, que señala que los tribunales neerlandeses podrán asumir competencia si se considera inaceptable pedir al demandante que presente su caso ante un tribunal extranjero. Por tanto, se constituyó como un *forum necessitatis* —un foro por necesidad—, ya que el negar competencia al demandante conllevaría el riesgo de una evasión de justicia de los demandados.¹³⁰ Así, el resolver la demanda planteada por El-Hojouj podría implicar que la ejecución de la sentencia, ante la falta de comparecencia de los demandados, se convertiría en una cuestión política, y sin embargo, se habría satisfecho la necesidad de justicia a favor del demandante.

Esta decisión por la Corte de Distrito de La Haya implica por consecuencia un actor de competencia civil universal para otorgar reparaciones a la parte actora contra los funcionarios libios que participaron en su tortura (quienes, actuando como agentes, habrían comprometido la responsabilidad internacional del Estado libio), por la comisión de una violación grave a los derechos humanos que constituiría un crimen internacional. En efecto, la naturaleza inderogable de la tortura y su reconocimiento como una norma de *jus cogens* apoyaría

¹³⁰ Esta figura fue sugerida por la Ministra Sotomayor en la segunda audiencia del caso *Kiobel*, donde indicó que para evitar una denegación de justicia, los tribunales estadounidenses podrían convertirse en foros de última instancia. *Esther Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 10-1491, Transcripción de alegatos (Corte Suprema, 1 de octubre de 2012), §13.

el ejercicio de la competencia universal para defender los intereses de la víctima y promover el respeto de los derechos humanos, con base en el deber internacional de todos los Estados de prohibir y perseguir ese tipo de conductas.

Aunque ambos casos abordan escenarios muy distintos y no pueden ser interpretados de manera uniforme, sugieren dos desarrollos interesantes: en primer término, que cuando una víctima se enfrenta a una denegación de justicia como resultado de una cuestión jurisdiccional, un tribunal puede actuar para protegerlos o para otorgar reparación por los daños sufridos, si estima que no existiría una violación al derecho internacional. En segundo término, las empresas matrices y sus subsidiarias pueden ser consideradas responsables —aún extraterritorialmente— por su conducta imprudente en la conducción de sus operaciones, según el nivel de participación y conocimiento de la situación que debería tener, si la falta de diligencia tiene un efecto negativo importante en la forma de vida y derechos de las comunidades que fueron afectadas por sus actividades.

III. INCREMENTANDO EL PAPEL DEL *SOFT LAW*:

¿DE DIRECTRICES A OBLIGACIONES?

El derecho no vinculante, o *soft law*, ha sido un tema ampliamente debatido en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente por el hecho de que la doctrina y la sociedad civil han intentado darle una naturaleza más vinculante que la que generalmente tendría bajo las nociones clásicas del derecho internacional general. En ese sentido, lo que se ha reconocido como la norma paradigmática que contiene las fuentes del derecho internacional —el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante la “CIJ” o la “Corte Internacional”)— permanece inmutable desde su adopción, siendo por consecuencia una herramienta

valiosa para los Estados más poderosos, que preferirían limitar el desarrollo de normas internacionales de carácter vinculante. No obstante, algunos desarrollos recientes en distintas áreas del ámbito de los derechos humanos muestran que la interpretación judicial y la práctica estatal pueden dar a las normas de *soft law* un carácter por lo menos semivinculante.¹³¹

Esta idea será el enfoque principal de esta sección: primero, se analizarán brevemente las fuentes clásicas del derecho internacional, que sin embargo han sido interpretadas progresivamente por los tribunales internacionales, de cierta manera permitiendo o fomentando la evolución del carácter de algunas declaraciones internacionales de derechos humanos a través de la jurisprudencia. Segundo, se revisará brevemente el estado del *soft law* bajo el derecho internacional, para compartir algunas reflexiones sobre su potencial desarrollo y transición —específicamente de normas no vinculantes como los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos— hacia normas obligatorias de derecho internacional consuetudinario, a través de la práctica estatal y la jurisprudencia, tomando particularmente en consideración los elementos básicos para la formación de la costumbre internacional.

1. Las fuentes clásicas del derecho internacional conforme al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

Conforme al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las fuentes clásicas del derecho internacional son de dos tipos: primarias y secundarias. Dentro del primer grupo se encuentran las convenciones

¹³¹ En esta sección, se identifica al carácter semivinculante del *soft law* como el momento en que una norma “suave” comienza a convertirse en una fuente formal del derecho internacional, a través de su metamorfosis en un principio general o en una norma consuetudinaria, adquiriendo por consecuencia un valor más coercitivo que cuando era meramente una declaración.

y tratados internacionales, tanto multilaterales como bilaterales; la costumbre internacional, como evidencia de una práctica general que ha sido aceptada internacionalmente como derecho, y los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. El segundo grupo, estipulado en el artículo 38(d), incluye las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas más altamente calificados, con la excepción presentada en el artículo 59 del Estatuto, que establece que las decisiones judiciales de la Corte sólo tienen fuerza vinculante entre las partes en litigio y respecto al caso concreto.

Aunque estas fuentes clásicas continúan siendo pertinentes y estando en vigor, y no han sido disputadas más que en la doctrina,¹³² algunas de ellas han sido sujetas a la interpretación progresiva de la propia CIJ, así como de algunos tribunales regionales que abordan cuestiones de *lex specialis*, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A continuación se citan algunos ejemplos a manera de ilustración.

Entre 1969 y 1986, la Corte Internacional modificó el método de evaluación respecto a la formación de una regla de derecho internacional consuetudinario. En 1969, en su sentencia de la *Plataforma continental del Mar del Norte*, consideró que la práctica estatal debe reflejar la creencia de que dicha práctica es obligatoria con base en la existencia de una norma jurídica que así lo requiere.¹³³ Por tanto, la Corte determinó que sólo por medio del *opinio juris* puede confirmarse la práctica estatal, lo cual sería la base de la costumbre según se concibe por el enfoque tradicional.¹³⁴ Sin embargo, en su sentencia del

¹³² Véase de forma general Cárdenas Castañeda, F.A., 'A Call for Rethinking the Sources of International Law: *Soft Law* and the Other Side of the Coin', *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, pp. 355-403.

¹³³ *North Sea Continental Shelf Cases* (Germany v. Netherlands; Germany v. Denmark), Sentencia, Corte Internacional de Justicia, 20 de febrero de 1969.

¹³⁴ Kamminga, M.T., 'Final Report on the Impact of International Human Rights Law on General International Law', en Kamminga, M.T. & Scheinin, M. (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009,

caso *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*,¹³⁵ 17 años después, la Corte determinó que la existencia de la regla en el *opinio juris* de los Estados debe confirmarse por la práctica.¹³⁶ Así, la CIJ hizo evolucionar su metodología sobre la costumbre internacional para dar mayor valor al *opinio juris*, que había sido hasta el momento secundario a la práctica estatal.¹³⁷

Esta evolución en la metodología de la CIJ sobre la formación del derecho consuetudinario internacional ha sido acompañada por el crecimiento y desarrollo del concepto de la universalidad de los derechos humanos. En este ámbito, los actores internacionales —es decir, los tribunales internacionales, las organizaciones multilaterales y los publicistas— han tenido que desempeñar un papel importante para lograr un resultado que más favorable a su área de trabajo, apoyando la transición de la práctica estatal a la acción diplomática para probar la existencia de una costumbre internacional.¹³⁸ Aún más, a

p. 7: “The traditional approach to identifying a rule of customary international law is to rely on *opinio juris* to confirm state practice, or even to infer *opinio juris* from state practice... [thus,] the traditional approach is to attach more value to what states do (physical acts) than what they say (verbal acts).”

¹³⁵ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Sentencia, Corte Internacional de Justicia, 27 de junio de 1986.

¹³⁶ Ver de forma general Cañado Trindade, A.A., ‘International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (I)’, *Collected Courses*, Vol. 316, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, en particular el capítulo VI.

¹³⁷ Wouters, J. & Ryngaert, C., ‘Impact on the Process of the Formation of Customary International Law’, en Kamminga, M.T. & Scheinin, M. (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 113: “[The ICJ] in its Nicaragua judgment gave] the impression that, as long as *opinio juris* is not in doubt, the consistency of state practice, a cherished and arguably primordial element of a customary rule, is not to be the first consideration.”

¹³⁸ Kamminga, M.T., *op. cit.*, pp. 7-8: “...when identifying state practice, [human rights treaty bodies and international criminal courts and tribunals] emphasize what states say rather than what they do.” Véase también Mariño Menéndez, F.M., *Derecho Internacional Público: Parte General*, 3a ed., Madrid, Trotta, 1999, p. 366, quien hace referencia a la validez de la práctica estatal en organizaciones multilateral para la formación de la costumbre internacional.

menudo se argumenta que el método para la formación del derecho consuetudinario en el ámbito de los derechos humanos permitiría a la *opinio juris* tener un lugar más importante que la práctica estatal.¹³⁹

Lo anterior no sólo ha sido el resultado de una práctica estatal inequitativa, sino la consecuencia de un conjunto de valores y principios diferentes que se requieren para enfrentar los retos planteados por los derechos humanos, que varían sobremanera en relación a aquellos de otros ámbitos del derecho internacional. Sin embargo, uno de los paradigmas del derecho internacional general ha sido que el elemento central para la formación y consolidación del derecho internacional es, de hecho, la existencia de una práctica estatal generalmente consistente —es decir, el uso y la aplicación generalizados de un comportamiento o norma determinados.

Una interrogante importante que surge es el grado requerido de aplicación o uso de una norma de conducta o comportamiento para determinar la existencia de una práctica internacional general. Una posible respuesta sería que la práctica no sólo se refleja al interior de las fronteras nacionales, sino también dentro de la acción internacional en foros multilaterales; en teoría —y siguiendo un enfoque cuantitativo respecto a la acción del Estado ante las organizaciones internacionales—, las acciones llevadas a cabo por los Estados mientras participan en actividades diplomáticas demostraría un claro interés de su parte (*opinio juris*) sobre lo que consideran como una práctica común, usualmente dentro de su jurisdicción.¹⁴⁰

Por tanto, esto normalmente sería un paso importante en el desarrollo de normas consuetudinarias y de principios generales de derecho

¹³⁹ Wouters, J. & Ryngaert, C., *op. cit.*, p. 111.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 125: “However, if verbal state practice in and *vis-à-vis* international fora is taken into account, another picture emerges. Modern positivism allows for the consideration of statements by states in international fora, of the (tacit) acceptance of international tribunals’ statutes and judgments, and of the widespread adoption of treaties dealing with the subject matter.”

internacional, con base en las declaraciones y acciones hechas por los Estados a nivel internacional, y por ende una confirmación de la práctica estatal. Igualmente, la interpretación de tribunales internacionales o regionales sobre tal práctica estatal a nivel diplomático —reflejada en las declaraciones o resoluciones no vinculantes— ha llevado en algunos casos a la evolución de dichas normas, adquiriendo por consecuencia un carácter parcialmente vinculante, como es el caso de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas.¹⁴¹

En ese sentido, el derecho internacional también ha evolucionado a través de los tribunales regionales de derechos humanos. Un ejemplo particularmente interesante es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni el Estatuto de la Corte o sus Reglas de Procedimiento establecen un sistema taxonómico de las fuentes del derecho sobre las que debe fundar sus fallos. Como se ha entendido, las fuentes de derecho aplicables a casos sobre los que tiene competencia jurisdiccional son aquellas del derecho internacional general, contenidas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Sin embargo, una excepción fue establecida recientemente en la jurisprudencia interamericana, específicamente en relación al artículo 59 del Estatuto de la CIJ, que establece que las decisiones judiciales de la Corte sólo son vinculantes *inter partes*, no *erga omnes*.

Sin embargo, en su sentencia del caso *Radilla Pacheco*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que el Estado tenía la obligación de implementar no solamente lo que se había decidido en dicho caso, sino los desarrollos y decisiones contenidas en la ju-

¹⁴¹ Este documento, una declaración de principios y derechos, ha sido interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que contiene algunas disposiciones que han alcanzado el estado de principios generales de derecho internacional, que son obligatorios para los Estados que han aceptado su competencia, dado su reconocimiento como prerrogativas básicas de la naturaleza humana.

jurisprudencia regional en materia de justicia militar.¹⁴² De tal manera, lo que la Corte hizo específicamente fue ampliar el horizonte jurídico que imponía obligaciones al Estado, que pudo constatar una evolución de los efectos de la sentencia, para pasar de ser *inter partes* a tener un carácter de obligación *erga omnes*, aplicable a todos Estados parte en el hemisferio.¹⁴³

Lo que la Corte logró con esta sentencia, que también había hecho en otros casos previos, fue determinar la constitución de un principio general del derecho internacional de los derechos humanos, aplicable a los Estados que están sujetos a su jurisdicción. Así, la jurisprudencia constante de los tribunales y cortes internacionales han llevado en ciertas ocasiones al desarrollo de principios generales de derecho internacional y de normas consuetudinarias internacionales, aunque sólo sean aplicables —en el caso de la costumbre regional— a un número determinado de Estados.

Lo que ambos ejemplos muestran es que a pesar de que las fuentes del derecho internacional contenidas en el Estatuto de la CIJ no han evolucionado, los nuevos desarrollos e interpretaciones han ampliado su alcance, en algunas ocasiones con la clara intención de servir de mejor forma a los intereses de la justicia internacional en el ámbito de los derechos humanos. Puesto que éste es especialmente dinámico dentro del derecho internacional, resulta necesario adaptar el marco jurídico aplicable a la realidad a la que se enfrenta; lo anterior constituiría el fin teleológico del derecho, que es la regulación

¹⁴² *Caso Radilla Pacheco v. México*, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de noviembre de 2009, pars. 339-340.

¹⁴³ La Corte IDH llegó a la misma conclusión en el caso *Gelman*, donde señaló que aún cuando algunos Estados no sean partes de un procedimiento internacional, tienen ciertas obligaciones como resultado de los precedentes o jurisprudencia que hayan sido emitidos por el órgano regional de derechos humanos. *Caso Gelman v. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, pars. 67, 69.

de la conducta humana respecto a lo que debería ser, independientemente de lo que en realidad es.

Debido a las enormes dificultades para la elaboración de normas específicas y vinculantes del derecho internacional (a través de los tratados), y de la incertidumbre de lo que constituyen los principios y reglas consuetudinarias del derecho internacional, el *soft law* ha ganado un importante reconocimiento como uno de los pasos iniciales para el desarrollo de una práctica estatal general. En ese sentido, algunos comentarios se plantearán en la próxima sección, especialmente en relación a la cuestión de la responsabilidad empresarial por su participación en abusos a derechos humanos.

2. El papel del soft law, o una llamada permanente respecto a la reconsideración de las fuentes del derecho internacional

En opinión de Pierre-Marie Dupuy, el *soft law* es un término paradójico que define un fenómeno ambiguo en el ámbito del derecho internacional. Primeramente, debido a que la norma jurídica usualmente es considerada como obligatoria, característica ausente del *soft law*. En segundo término, debido a que sus efectos jurídicos varían de manera importante según el ámbito y situación en concreto, lo cual lo vuelve difícil de identificar y clasificar.¹⁴⁴ Aunque es cierto que el *soft law* no ha sido reconocido como una fuente formal del derecho internacional, e incluso se duda que tenga efectos más allá de los declarativos, se ha convertido en una herramienta útil para hacer que los Estados participen en la discusión y elaboración de declaraciones y otros tipos de documentos internacionales que muestran el *status quo* de una cuestión específica en un momento determinado. Por tanto, ha sido importante para hacer avanzar cuestiones que probable-

¹⁴⁴ Dupuy, P.M., 'Soft Law and the International Law of the Environment', *Michigan Journal of International Law*, Vol. 12, N° 2, 1991, p. 420.

mente no habrían tenido el apoyo suficiente para ser discutidas en un proceso intergubernamental para la elaboración de un tratado.¹⁴⁵

La multitud de instrumentos de *soft law* son evidencia de esta realidad, y reflejan también la naturaleza descentralizada del derecho internacional, la falta de un legislador internacional o incluso de la estructura internacional político-jurídica que se asemeje a la de un Estado. En su estado actual, la arena internacional se ha convertido en un caos organizado en el que el derecho vinculante —en forma de tratados, normas consuetudinarias y principios generales— es retado e interactúa constantemente entre sí y con instrumentos de *soft law*, borrando las delgadas líneas que existían anteriormente para distinguir lo que la práctica estatal es y el significado del concepto de ‘práctica general’. Ante dicha situación, es importante analizar el papel que el *soft law* tiene actualmente en algunos ámbitos del campo de los derechos humanos, y cómo puede ser utilizado en el contexto de las empresas y los derechos humanos.

Para empezar, el *soft law* se encuentra actualmente incrustado en el derecho internacional. Es una herramienta importante utilizada por los Estados en los foros internacionales (y por consecuencia, una práctica estatal internacional) y una fuente para la interpretación y consideración por —al menos— los tribunales regionales de derechos humanos. En ese sentido, el *soft law* es un desarrollo internacional que ha ayudado a los Estados y otros actores no estatales a enfrentar con distintos grados de éxito los efectos que la globalización ha producido mundialmente. La principal pregunta relacionada a esto es si

¹⁴⁵ Cárdenas Castañeda, F.A., *op. cit.*, p. 369: “...soft law... instruments... emerged as a response to the legal need faced by the international community. They are the result of reality modeling international law, of international practice modeling the sources!” Ver también Reisman, W. M., ‘The Quest for World Order and Human Dignity in the Twenty-First Century: Constitutive Process and Individual Commitment’, *Collected Courses*, Vol. 351, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 132-135, donde el autor analiza el valor del *soft law* en comparación con el derecho positivo.

los instrumentos de *soft law* pueden ser útiles para desarrollar e imponer obligaciones vinculantes a los Estados y otros actores internacionales, lo que ha sido denominado el “endurecimiento” del *soft law*.¹⁴⁶ Tomando en consideración el estado actual del derecho internacional, la opción más viable sería su endurecimiento a través del desarrollo de una regla consuetudinaria o de un principio general de derecho internacional.¹⁴⁷ Para efectos de este artículo, nos concentraremos en el desarrollo de la norma consuetudinaria.¹⁴⁸

Para que el *soft law* se convierta en una norma vinculante, algunos de los elementos clásicos de la formación del derecho internacional positivo deben converger, pero debido al enfoque diferenciado con el que las declaraciones y directrices son tratadas por los Estados, algunas de ellas podrían ya estar incorporadas en su participación para la adopción de instrumentos que contienen tales disposiciones no vinculantes.¹⁴⁹ Ciertamente, cualquier disposición que transite

¹⁴⁶ Para algunas referencias sobre el endurecimiento del *soft law* en el contexto de derechos humanos y empresas, véase Bernaz, N., op. cit., p. 15; y Deva, S., ‘Multinationals, Human Rights and International Law: How to Deal with the Elephant in the Room’, Paper presented at the GLOTHRO Workshop on the Direct Human Rights Obligations for Corporations (Eslovenia, enero de 2013), p. 9.

¹⁴⁷ Simma, B. & Alston, P., ‘The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens* and General Principles’, *Australian Yearbook of International Law*, n° 82, 1992, p. 105: “...what is required for the establishment of human rights obligations *qua* general principles is essentially the same kind of convincing evidence of general acceptance and recognition... in order to arrive at customary law.”

¹⁴⁸ Para un análisis detallado sobre el potencial del desarrollo de algunos elementos de los Principios Rectores sobre las empresas y derechos humanos como principios generales del derecho, véase Cantú Rivera, H., “Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos” en Cantú Rivera, H. (coord.), *Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina*, San José, IIDH, 2017, pp. 59-68.

¹⁴⁹ Thirlway, H.W.A., *International Customary Law and Codification: An Examination of the Continuing Role of Custom in the Present Period of Codification of International Law*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1972, p. 66: “...[UN] resolutions can themselves constitute practice of States, or express the *opinio juris*, so as to be creative of customary law.” Ver también *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión Consultiva, Corte Internacional de Justicia, 8 de julio de 1996, par. 70: “The Court notes that General Assembly resolutions, even

eventualmente hacia una obligación parcialmente obligatoria debe contar con el prerequisite de práctica estatal, ya que sin el uso generalizado de su contenido, no existirían posibilidades de “endurecimiento”. Por otra parte, el elemento subjetivo (*opinio juris*) también debe estar presente para que se desarrolle una norma de costumbre internacional.¹⁵⁰

Durante mucho tiempo se ha discutido el conjunto particular de circunstancias ligadas al *opinio juris*, particularmente en el marco de organismos multilaterales como las Naciones Unidas. En este sentido, la pregunta sobre lo que la adopción unánime implica para un proyecto normativo (especialmente en instrumentos no vinculantes) ha tenido una relevancia importante; algunos consideran que la adopción de una resolución por una mayoría suficiente considerada como generalmente representativa le otorgaría una autoridad que sería difícil de objetar, particularmente sobre la base de una inexistencia o falta de comprobación del *opinio juris*.¹⁵¹ Lo anterior es especialmente pertinente si se examina a la luz de las reglas adoptadas recientemente en el ámbito de la responsabilidad empresarial, los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.

Dicho instrumento es el resultado del mandato de seis años del Profesor John Ruggie como Representante Especial sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, que fueron adoptados de forma unánime y avalados por el

if they are not binding, may sometimes have normative value. They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio juris*. [...] Or a series of resolutions may show the gradual evolution of the *opinio juris* required for the establishment of a new rule.”

¹⁵⁰ Cfr. D’Amato, A., ‘On Consensus’, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 8, 1970, p. 111, donde señala que tanto el *opinio juris* como la práctica estatal son interdependientes: “...although the traditional view of customary law is that it contains two constitutive elements, the material and the psychological, in fact the material element of usage is “purely evidentiary.”... there is no need of any usage or practice provided that the *opinio juris* can be clearly established.”

¹⁵¹ Thirlway, H.W.A., *op. cit.*, p. 66.

Consejo de Derechos Humanos el 6 de julio de 2011.¹⁵² Como un desarrollo de *soft law*, normalmente sólo serían directrices para los Estados, con el objeto de abordar los impactos negativos que las actividades empresariales puedan generar al interior de sus fronteras. Sin embargo, el hecho de que fueron adoptados de forma unánime podría también reflejar una preocupación y una creencia común de los Estados sobre que las directrices del instrumento son un estándar mínimo globalmente aceptado en torno al respeto de los derechos humanos por las empresas. De ser cierto, existiría un argumento importante sobre que la unanimidad en su adopción fue un reflejo de *opinio juris*, el elemento subjetivo que yace en el centro de las reglas consuetudinarias,¹⁵³ y que podría eventualmente constituir la base para el desarrollo de una norma consuetudinaria de derecho internacional.

De la misma manera, podría señalarse la actividad diplomática de los Estados que participaron en la adopción de los Principios Rectores, ya que no puede negarse que cuando una resolución es adoptada formalmente en una organización tan universal como las Naciones Unidas, la resolución es más que las declaraciones o deseos consistentes de los Estados miembros.¹⁵⁴ Así, como señalan Wouters y Ryngaert, la práctica estatal verbal —que se refleja a través de los pronunciamientos durante la discusión de temas en organizaciones multilaterales— usualmente es una evidencia tanto de práctica estatal como de la creencia de un Estado particular sobre el tema discutido, lo que cump-

¹⁵² Consejo de Derechos Humanos, *Derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, A/HRC/RES/17/4 (6 de julio de 2011).

¹⁵³ D'Amato, A., *op. cit.*, p. 106: "If all states subscribe to a declaration that a particular formula expresses an existing rule of law, then that is the end of the matter, for what states believe to be international law is international law common usage."

¹⁵⁴ Thirlway, H.W.A., *op cit.*, p. 65.

liría con los elementos material y psicológico para la formación del derecho internacional consuetudinario.¹⁵⁵

A pesar de la afirmación previa, que podría ser debatible, otro conjunto de prácticas estatales que son externas a las Naciones Unidas o al Consejo de Derechos Humanos son claras muestras de que los Principios Rectores están siendo por lo menos considerados como una regla emergente del derecho internacional. Lo anterior se puede constatar en la adopción de distintos planes de acción y en la implementación de los Principios Rectores a través del mundo, como es el caso de la Unión Europea y sus Estados miembros (con las guías de la Comisión Europea para distintos sectores industriales, así como en el desarrollo e implementación de planes de acción nacional), o de ciertos países de la región latinoamericana.

En ese sentido, es importante tener en cuenta que la acción del Estado puede referirse a los actos de cualquiera de sus órganos, incluyendo por ejemplo el trabajo de las instituciones nacionales de derechos humanos, que pueden contribuir a la implementación, difusión y crecimiento en una cultura jurídica determinada de los valores y principios contenidos en una resolución de las Naciones Unidas.¹⁵⁶ Asimismo, su utilización por los tribunales nacionales puede reflejar una práctica estatal,¹⁵⁷ que sería útil para el desarrollo de una norma consuetudinaria independientemente de los efectos que una serie de resoluciones judiciales pueda generar en un marco jurídico nacio-

¹⁵⁵ Wouters, J. & Ryngaert, C., *op. cit.*, p. 115.

¹⁵⁶ Sobre esta cuestión, véase Cantú Rivera, H., 'Business & Human Rights: From a "Responsibility to Respect" to Legal Obligations and Enforcement' en Letnar Cernic, J., y Van Ho, T. (eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2015.

¹⁵⁷ Cançado Trindade, A.A., *op. cit.*, p. 159: "...just as judicial decisions of international tribunals can clarify certain questions of International Law and also of domestic law, judicial decisions of national tribunals can likewise do so when dwelling upon questions of International Law."

nal.¹⁵⁸ Como se ha señalado previamente, la interpretación reiterada del *soft law* por los tribunales (como en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) ha fomentado el desarrollo de ciertos criterios como elementos obligatorios, que tendrían que ser respetados por los Estados bajo su jurisdicción.

Por ello, una práctica global más consistente podría eventualmente llevar al desarrollo de una norma emergente de derecho internacional consuetudinario, si el *opinio juris* expresado en la resolución del Consejo de Derechos Humanos por la que se adoptaron los Principios Rectores es interpretado como la expresión de aceptación de la comunidad internacional de estándares mínimos tanto para Estados como para empresas en relación a los efectos e impactos que las actividades de éstas pueden tener en el goce de los derechos humanos.

Aunque ciertamente algunos Estados podrían oponerse a la interpretación de esta resolución como una expresión de una creencia general de la comunidad internacional, y se basarían en un enfoque tradicional respecto a la formación del derecho consuetudinario —que requiere principalmente práctica estatal, y en segundo término *opinio juris*—, lo cierto es que la práctica tanto internacional como a nivel interno usualmente reflejan los desarrollos jurídicos que los métodos formales de determinación del derecho internacional difícilmente pueden alcanzar, debido a los diferentes ritmos a los que están sujetos la realidad y el derecho.

IV. CONCLUSIONES GENERALES

Un par de conclusiones generales pueden plantearse de los argumentos expuestos en los párrafos precedentes, particularmente agrupados

¹⁵⁸ Como sería el caso, por ejemplo, del desarrollo de jurisprudencia que convirtiera a los Principios Rectores en un parámetro obligatorio en el derecho interno.

en los dos grandes temas que fueron discutidos: extraterritorialidad y el endurecimiento del *soft law*.

1. Sobre la extraterritorialidad: la sentencia de la Suprema Corte en Kiobel lleva a inferir que un enfoque particularmente estricto será mantenido en los próximos casos basados en el Alien Tort Statute. Por ello, un vínculo con los intereses o la nacionalidad estadounidense será necesario para que los tribunales asuman jurisdicción, mientras que los casos enteramente extraterritoriales probablemente serán excluidos *prima facie* de su competencia. Sin embargo, el hecho de que los tribunales de otros países estén abordando casos con elementos de extraterritorialidad probablemente cambiará el enfoque a las víctimas, que continuarán buscando el ámbito jurisdiccional más apropiado para que el fondo de sus casos sea examinado.

Sin embargo, bajo el derecho internacional de los derechos humanos, es necesario desarrollar un instrumento no vinculante en el que los Estados puedan confiar para guiarlos en los procesos relativos a la adjudicación extraterritorial. Como ya se ha señalado, un instrumento de *soft law* podría tener mayores oportunidades de evolucionar a una obligación vinculante para los Estados, que el crear un tratado internacional en esta materia, y normalmente presentaría una oportunidad interesante para desarrollar estándares si varios Estados juzgan casos que involucran elementos de extraterritorialidad. Debido a la existencia de cierto nivel de práctica en este ámbito, parecería que un instrumento internacional concebido a través de la maquinaria del Consejo de Derechos Humanos o del Grupo de Trabajo sobre los derechos humanos y las empresas podría ser útil para determinar estándares internacionales no vinculantes, ofreciendo por consecuencia directrices en uno de los temas políticamente más complejos en materia de derechos humanos.

2. En relación al endurecimiento del *soft law*: para que el *soft law* pueda ser algo más que simples ejercicios y referencias diplomáticas o académicas sin un carácter vinculante, será necesaria una práctica fre-

cuenta por los diferentes actores de la comunidad internacional. Como ha sucedido con algunos ejemplos —como la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, o con varios principios ambientales contenidos en las declaraciones onusinas—, la práctica y una aceptación general de los Estados los ha elevado por lo menos al rango de principios generales del derecho internacional, lo que podría considerarse como el elemento más débil de las fuentes del derecho internacional. Sin embargo, el uso continuo genera la posibilidad de convertirlas en derecho positivo, ya sea a través del enfoque tradicional que prioriza la práctica del Estado, o como una confirmación del *opinio juris* general que es favorecido en el ámbito de los derechos humanos, evolucionando a una regla consuetudinaria. Aunque algunos Estados —usualmente los más poderosos— puedan ser reticentes a aceptar su caracterización como normas vinculantes (debido a su fuente), el uso y la implementación por un número creciente de Estados podría eventualmente presionar a dichos objetores a aceptarlos, tal vez en circunstancias limitadas, como reglas que podrían ser consideradas y percibidas como obligatorias por la comunidad internacional.

Aunque algunos de esos desarrollos no se lograrán fácilmente, debemos tener en cuenta que esta es la característica básica del derecho internacional general: serán necesarios procesos largos para que la comunidad internacional de Estados acepte y trate de regular eventualmente los retos planteados por una realidad en continua transformación.