



Asamblea General

Distr. general
12 de mayo de 2016
Español
Original: inglés

Consejo de Derechos Humanos

32º período de sesiones

Temas 2 y 3 de la agenda

**Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas
para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del
Alto Comisionado y del Secretario General**

**Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles,
políticos, económicos, sociales y culturales,
incluido el derecho al desarrollo**

Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales: notas explicativas sobre las orientaciones*

Nota de la Secretaría

El presente documento complementa el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo de Derechos Humanos.

Se ha preparado como complemento de las orientaciones que figuran en el anexo de ese informe, sobre la mejora de la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales. El informe proporciona explicaciones y un contexto para mejorar la comprensión y ayudar a aplicar las orientaciones.

* Este informe se presenta con retraso para poder incluir en él la información más reciente.

GE.16-07728 (S) 060616 070616



* 1 6 0 7 7 2 8 *

Se ruega reciclar



Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales: notas explicativas sobre las orientaciones

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	3
A. Enfoque centrado en la función de los mecanismos judiciales estatales.....	3
B. Reconocimiento de la diversidad de los sistemas jurídicos nacionales.....	3
II. Notas explicativas sobre las orientaciones	6
A. Enjuiciamiento de delitos de derecho público	6
B. Reclamaciones de derecho privado de personas y comunidades afectadas	15

I. Introducción

1. El presente documento es un complemento de las orientaciones que figuran en el anexo del informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre la mejora de la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales (A/HRC/32/19).

2. Las orientaciones presentadas en ese informe y la presente adición se complementan con una recopilación de ejemplos ilustrativos de prácticas de los Estados, que se reunieron en el transcurso de la investigación y las consultas realizadas por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). Esos ejemplos, disponibles en línea, muestran la manera en que las orientaciones pueden aplicarse en la práctica¹.

A. Enfoque centrado en la función de los mecanismos judiciales estatales

3. Las orientaciones se centran en la responsabilidad de las empresas y el acceso a vías de reparación mediante mecanismos judiciales estatales. El grado de acceso a vías de reparación en una jurisdicción, incluso a través de mecanismos de reparación no judiciales, depende en última instancia de la existencia de mecanismos judiciales eficaces². La existencia de mecanismos judiciales eficaces también puede mejorar la eficacia de los mecanismos de reparación no judiciales proporcionando incentivos a las partes para que participen y un medio de aplicación de los resultados. Además, habrá casos, especialmente cuando los efectos en los derechos humanos sean graves, en los que la referencia a mecanismos de reparación no judiciales puedan no ser apropiadas o no estar en consonancia con las obligaciones del Estado de proteger contra las violaciones de los derechos humanos relacionadas con las actividades empresariales. Sin embargo, las orientaciones reconocen la importante función que desempeñan los mecanismos estatales extrajudiciales, por ejemplo como una forma de reducir los obstáculos financieros para acceder a la reparación³.

4. Las orientaciones se centran en la responsabilidad jurídica de las empresas frente a la responsabilidad individual de los funcionarios y los empleados. Aunque la responsabilidad legal individual es importante como recurso apropiado en muchos casos y puede ser en potencia un poderoso elemento de disuasión de la comisión de infracciones, el enfoque centrado en la responsabilidad jurídica de las empresas es importante, en primer lugar a la luz de los inconvenientes de los conceptos de responsabilidad individual como respuesta a la negligencia sistémica y de gestión y, en segundo lugar, desde la perspectiva de asegurar que las reparaciones satisfagan las necesidades tanto compensatorias como punitivas⁴.

B. Reconocimiento de la diversidad de los sistemas jurídicos nacionales

5. Hay muchas diferencias entre las jurisdicciones en cuanto a las estructuras, las culturas, las tradiciones, los recursos y las etapas de desarrollo legales, todo lo cual tiene

¹ Véase www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/OHCHRstudyondomesticlawremedies.aspx.

² Véase A/HRC/17/31, principio 26, comentario.

³ Véase A/HRC/32/19, anexo, párr. 16.2.

⁴ Véanse los párrs. 39 a 41 y 69 a 74 *infra*.

repercusiones en los temas abarcados por las orientaciones. Por ejemplo, algunos sistemas jurídicos están muy codificados, mientras que otros se basan más en el desarrollo legal mediante las decisiones judiciales y la jurisprudencia. Algunos ordenamientos jurídicos nacionales son acusatorios, mientras que otros son inquisitivos, y algunos contienen elementos de ambos. Algunos ordenamientos jurídicos son federales, o de carácter descentralizado, mientras que otros son unitarios. Algunos ordenamientos jurídicos establecen la responsabilidad penal de las empresas, mientras que otros no lo hacen⁵. Por lo tanto, las orientaciones son necesariamente flexibles y anticipan la necesidad de adaptación a las necesidades y los contextos locales. La identificación de áreas en las que deben hacerse mejoras en los regímenes jurídicos internos puede ser una tarea compleja, y en algunas jurisdicciones puede ser necesaria una revisión jurídica oficial. Para ayudar a ello, en la figura 1 que se muestra a continuación se incluye un mandato modelo para realizar una revisión jurídica oficial.

Figura 1

Mandato modelo de una comisión jurídica (o su equivalente nacional) para posibilitar una revisión de la cobertura y la efectividad de las leyes relativas a las violaciones de los derechos humanos relacionadas con las actividades empresariales

1. Se pide a la comisión jurídica o al órgano de revisión que investigue e informe sobre los siguientes asuntos:

a) ¿En qué medida pueden las empresas ser consideradas responsables según las leyes de la jurisdicción de los efectos adversos en los derechos humanos de sus actividades empresariales? ¿En qué medida y sobre qué bases puede considerarse a las empresas jurídicamente responsable de causar o contribuir a causar vulneraciones graves de los derechos humanos (incluidas vulneraciones graves de los derechos humanos cometidas por terceros, como por ejemplo otras empresas u organismos estatales)? ¿Cuáles son las razones de política para establecer excepciones o exclusiones y están estas justificadas?

b) ¿En qué medida el ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos o los principios para determinar la responsabilidad jurídica de las empresas difieren en función del modo de vigilancia del cumplimiento (por ejemplo, si la vigilancia del cumplimiento la realizan autoridades públicas o particulares)? ¿Cuáles son las razones de las diferencias, y están justificadas?

c) En la medida en que la responsabilidad jurídica de las empresas sea posible en aplicación de las leyes de la jurisdicción, ¿son suficientemente claros los principios para evaluar esa responsabilidad a efectos de la seguridad jurídica y la debida administración de la justicia? ¿Responden adecuadamente a los casos de denuncias contra: a) compañías que forman parte de un grupo empresarial; y b) empresas que hacen uso de cadenas de suministro? ¿Tienen en cuenta la necesidad de garantizar que los riesgos de efectos adversos en los derechos humanos de las actividades empresariales se identifiquen, prevengan y mitiguen adecuadamente, y de que los trabajadores (incluidos los trabajadores temporales) estén apropiadamente dirigidos y supervisados a fin de prevenir y mitigar los efectos adversos en los derechos humanos?

⁵ Véanse los párrs. 6 y 7 *infra*.

d) ¿Responden adecuadamente los regímenes jurídicos nacionales pertinentes a los problemas de la investigación y el cumplimiento de la ley en los casos transfronterizos? ¿Proporcionan los regímenes jurídicos internos la cobertura necesaria y la variedad de enfoques apropiada en lo que respecta a las repercusiones de la actividad empresarial en los derechos humanos a la luz de la evolución de las circunstancias y las obligaciones de los Estados en el marco de los tratados internacionales de derechos humanos en los que la jurisdicción es parte?

e) ¿Cuáles son las sanciones y otras reparaciones que pueden dictarse una vez determinada la responsabilidad jurídica de la empresa por los efectos negativos en los derechos humanos de las actividades empresariales? ¿Cumplen estas las normas internacionales aplicables respecto de los componentes y requisitos de procedimiento de un recurso efectivo? ¿Tienen en cuenta las cuestiones de género y las necesidades de las personas o grupos en mayor riesgo de vulnerabilidad o marginación?

2. Se pide a la comisión jurídica o al órgano de revisión que formule recomendaciones que tenga en cuenta:

a) Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”;

b) Otras normas y orientaciones internacionales aplicables relativas a la responsabilidad jurídica de las empresas y el acceso a vías de reparación en caso de violaciones de los derechos humanos relacionadas con las actividades empresariales;

c) Cuando proceda, los compromisos contraídos por la jurisdicción en su plan nacional de acción;

d) Sus conclusiones en relación con los problemas descritos en el párrafo 1 *supra*;

e) Los tratados internacionales de derechos humanos y otros tratados pertinentes, los acuerdos bilaterales y multilaterales en los que el Estado sea parte, incluidas, si procede, las recomendaciones pertinentes formuladas al Estado por los órganos de tratados y los mecanismos de examen entre pares.

3. El proceso de revisión será público, abierto, inclusivo y basado en datos y conllevará:

a) Una estructura de revisión que proporcione oportunidades adecuadas para la contribución de las principales partes interesadas;

b) La celebración de consultas adecuadas con los profesionales del derecho, los profesionales de la justicia penal, los abogados de oficio, los miembros del poder judicial, parlamentarios, académicos, víctimas afectadas, representantes de organizaciones de la sociedad civil, representantes de los sindicatos y representantes de las empresas;

c) Un examen de los datos de la investigación, incluidos datos de las experiencias de otros países en la formulación y la aplicación de reformas de las leyes relativas a la responsabilidad legal de las empresas en los casos de presunta participación de las empresas en vulneraciones de los derechos humanos.

II. Notas explicativas sobre las orientaciones

A. Enjuiciamiento de delitos de derecho público

1. Principios para evaluar la responsabilidad jurídica de las empresas

Recuadro 1

Conceptos clave 1

“El derecho penal” tiene por cometido proteger a las personas contra la conducta considerada perjudicial o antisocial y regula la conducta de los actores privados con miras a prevenir, castigar y disuadir tal comportamiento. Los regímenes “administrativos” (a veces llamados “regulatorios” o “cuasi-penales”) regulan el comportamiento que se considera perjudicial o antisocial o que se requiere (por ejemplo, por razones de seguridad pública) para cumplir ciertas normas reguladoras; sin embargo, los requisitos que deben cumplirse para determinar esos delitos pueden ser diferentes (por ejemplo, no tan estrictos) de los requeridos para tipificar un delito penal. En las orientaciones se denomina a los regímenes penales y administrativos “regímenes de derecho público interno” y a los delitos tipificados con arreglo a dichos regímenes “delitos de derecho público” o simplemente “delitos”.

La parte I de las orientaciones trata de la vigilancia del cumplimiento por las “autoridades públicas” (u “organismos pertinentes encargados de hacer cumplir la ley”). La vigilancia del cumplimiento de las normas jurídicas por particulares se trata en la parte II.

El término “responsabilidad primaria” se refiere a la responsabilidad jurídica del autor principal de un delito. Se puede incurrir en “responsabilidad secundaria” cuando el demandado haya causado o contribuido a causar los delitos cometidos por un tercero (es decir, el “autor principal”). Los supuestos comunes en los regímenes de derecho público interno para la responsabilidad secundaria incluyen “incitar”, “instigar” o “fomentar” un delito o “ayudar” a la comisión de un delito. La responsabilidad secundaria se denomina a veces “complicidad”.

“La debida diligencia en materia de derechos humanos” se refiere a los procesos y actividades realizados por las empresas para identificar, prevenir y mitigar los efectos negativos de sus actividades en los derechos humanos (véanse los principios 17 a 21 y el comentario de los Principios Rectores).

Los delitos de “responsabilidad objetiva” no requieren una prueba de que el demandado tuviera intención de realizar los actos o causar los daños en cuestión, ni de que fuera negligente, para establecer la responsabilidad legal. En cambio, la responsabilidad se deriva del acaecimiento de un incidente prohibido, independientemente de las intenciones o negligencias. Sin embargo, el régimen de derecho público nacional pertinente puede permitir que la empresa plantee la defensa aduciendo que ejerció la “debida diligencia” para evitar el incidente prohibido. Cuando ese sea el caso, el delito puede ser descrito como de “responsabilidad estricta” (en lugar de responsabilidad objetiva).

a) Cuestiones de contexto fundamentales

i) Tipos de responsabilidad jurídica con arreglo a los regímenes de derecho público

6. La mayoría de las jurisdicciones reconocen la posibilidad de la responsabilidad jurídica de las empresas por delitos de derecho público, aunque hay diferencias entre una jurisdicción y otra en cuanto a los tipos de delitos por los que una empresa puede ser responsable y los tipos de responsabilidad jurídica en los que una empresa pueda incurrir.

En algunas jurisdicciones, las empresas pueden incurrir en responsabilidad penal y en responsabilidad administrativa. Sin embargo, en otras jurisdicciones, la responsabilidad penal solo se puede atribuir a los individuos como “personas físicas”. En las jurisdicciones en las que la responsabilidad penal de las empresas no es posible, otros tipos de regímenes de derecho público y de sanciones (por ejemplo, “regulatorio”, “administrativo” o “cuasi-penal”) desempeñan una función fundamental.

7. Por estas razones, las orientaciones no se limitan a los delitos penales, sino que abarcan potencialmente una variedad de fuentes de responsabilidad de derecho público aplicable a las empresas, incluida la responsabilidad regulatoria, administrativa y cuasi-penal.

ii) *Compañías, empresas, grupos empresariales y cadenas de suministro*

8. Los problemas en cuanto a la rendición de cuentas y el acceso a vías de reparación que plantea la complejidad estructural y de gestión de muchas empresas se describen en el informe⁶. Los regímenes de derecho público interno determinan las responsabilidades legales de las empresas matrices (y de otras compañías en un grupo empresarial) de diferente forma y en diversos grados dependiendo de las necesidades y los contextos normativos. Sin embargo, en muchos regímenes de derecho público interno relativos al respeto por las empresas de los derechos humanos falta claridad en cuanto a las normas de gestión y supervisión que se espera que observen las diferentes sociedades del grupo empresarial en relación con las actividades de otras sociedades del grupo. Esto es particularmente cierto en lo que respecta a las empresas matrices (en cuanto a la gestión y la supervisión de las filiales) y a las empresas que utilizan complejas cadenas de suministro.

9. Por estas razones, las orientaciones ponen de relieve la necesidad de que haya una formulación más clara, en los regímenes de derecho público interno, de las normas jurídicas de gestión y supervisión con respecto a la identificación, la prevención y la mitigación de los efectos negativos de sus actividades en los derechos humanos, en particular con respecto a las sociedades matrices (1.5) y las empresas que utilizan cadenas de suministro (1.6). Además, las orientaciones recomiendan que los regímenes de derecho público interno se examinen con regularidad para garantizar que siguen ofreciendo la cobertura jurídica necesaria y que se adopten enfoques apropiados a la luz de la evolución de las circunstancias y las obligaciones internacionales (1.9).

iii) *Atribución de responsabilidad jurídica a una empresa: responsabilidad primaria*

10. El establecimiento de la responsabilidad jurídica de las empresas implica que se demuestre, a efectos del requisito de valoración de la prueba⁷, que se satisfacen todos los elementos del delito. En los casos penales es probable que estos elementos impliquen elementos “mentales” y “físicos”. Los elementos “mentales” se refieren a los conocimientos y las intenciones del presunto infractor. Los elementos “físicos” se refieren a los actos del infractor y a si esos actos fueron la causa del daño en cuestión.

11. Como las empresas son una estructura legal, la aplicación de exámenes para establecer la responsabilidad por delitos de derecho público puede ser problemática. Este es un problema concreto en relación con los delitos penales que requieren una prueba de que la empresa tuvo la intención de causar el daño o de cometer los actos que causaron el daño. En algunos exámenes de derecho interno, demostrar la “intencionalidad” de la empresa requerirá identificar a las personas que trabajan para la empresa o en su nombre que

⁶ Véase A/HRC/32/19, párrs. 21 a 23.

⁷ En los casos penales graves es probable que el requisito de valoración de la prueba sea “más allá de toda duda razonable” (o su equivalente). Sin embargo, en los delitos “administrativos” o “regulatorios” se puede adoptar un enfoque menos estricto.

tuvieron la intención de cometer el daño en cuestión y cuyas intenciones puedan atribuirse a la empresa. Esto se conoce como el enfoque de “identificación” a la responsabilidad penal de las empresas.

12. El enfoque de “identificación” ha sido criticado por sus limitaciones, en algunos contextos, con respecto a los problemas sistémicos que puedan existir en las empresas, como la gestión y la supervisión deficientes.

13. Otro principio ampliamente aplicado para evaluar la responsabilidad jurídica de las empresas es el de “responsabilidad civil subsidiaria”, por el que las empresas pueden ser responsables por los actos de ciertos empleados o agentes, sobre la base de que la empresa “actúa a través de” esas personas. Mientras que los exámenes para establecer la responsabilidad civil subsidiaria varían de una jurisdicción a otra, las limitaciones comunes en este tipo de responsabilidad son que el empleado o agente debe haber estado operando en el marco de sus responsabilidades profesionales y/o en beneficio de la empresa.

14. Entre los exámenes alternativos realizados en algunas jurisdicciones figuran los que se centran en la calidad de la gestión de una empresa, en lugar de en los actos e intenciones de personas concretas, como los exámenes basados en la “cultura de la empresa” para determinar si ha habido “negligencia de la empresa”; o un enfoque de “negligencia colectiva”, en el que pueden agregarse el conocimiento, las intenciones y los actos de un grupo de personas.

15. En los casos en que las empresas hayan causado o contribuido a causar efectos negativos en los derechos humanos, pero en los que no exista información detallada sobre las estructuras empresariales, las relaciones contractuales, los procesos de gestión interna y los procedimientos de supervisión pertinentes, puede ser difícil identificar a la empresa (o empresas) que debería ser considerada legalmente responsable y sobre qué base. Algunos regímenes de derecho interno tratan de paliar estos problemas en contextos regulatorios específicos permitiendo que los elementos necesarios de culpa se infieran de las circunstancias que rodearon el caso (traspasando efectivamente la carga de la prueba a la empresa para que demuestre por qué no debería ser considerada legalmente responsable de un caso concreto), o en algunas circunstancias dispensando de la necesidad de demostrar enteramente el “conocimiento” o las “intenciones” de la empresa⁸.

16. Las orientaciones ponen de relieve la necesidad de que los Estados examinen métodos de atribución de la responsabilidad jurídica a las empresas que aborden tanto la negligencia sistémica como la negligencia individual (1.4) y eviten los enfoques que hacen que la responsabilidad legal de la empresa esté supeditada a la condena de un responsable a título individual. Además, las orientaciones destacan la necesidad de que los Estados desarrollen enfoques para la distribución de la carga de la prueba que tengan en cuenta las consideraciones de acceso a las vías de reparación así como consideraciones de equidad para todas las partes (1.7).

iv) *Atribución de responsabilidad jurídica a una empresa: responsabilidad subsidiaria*

17. Una fuente alternativa de responsabilidad legal de las empresas es la responsabilidad secundaria⁹.

18. Existen variaciones considerables de una jurisdicción a otra y de un régimen a otro en cuanto al tipo de conocimiento que debe ser demostrado para establecer la responsabilidad secundaria (por ejemplo, el grado en que debe haber habido una intención compartida con el infractor principal para cometer un delito) y la relación causal entre los

⁸ Véase el recuadro 1: conceptos clave 1, para “responsabilidad estricta” y “responsabilidad objetiva”.

⁹ *Ibid.*, para “responsabilidad secundaria” y “complicidad”.

actos de la parte secundaria y el delito (por ejemplo, si los actos de la parte secundaria fueron la causa directa del delito o simplemente lo hicieron más probable)¹⁰. Los regímenes jurídicos internos no siempre son claros en cuanto a los modos y niveles de contribución de una tercera parte a las violaciones de los derechos humanos que dé lugar a la responsabilidad legal de la empresa sobre la base de la responsabilidad secundaria y la forma de atribución de los actos, el conocimiento y las intenciones de las empresas.

19. Otros problemas surgen de los regímenes jurídicos internos en los que a los delitos secundarios no se les da suficiente importancia (por ejemplo, en comparación con el delito principal) o en los que la responsabilidad de una parte secundaria está supeditada al enjuiciamiento eficaz del autor principal (lo que puede tener graves consecuencias para el acceso a un recurso en los casos en que no se puede determinar quién es el autor principal, o ha fallecido o, en el caso de una empresa, ha sido disuelta o ha alegado alguna forma de inmunidad).

20. Las orientaciones tienen por objeto abordar los problemas comunes relacionados con la responsabilidad secundaria de las empresas, destacando la necesidad de una mayor claridad en cuanto a las formas y niveles de contribución que dan lugar a la responsabilidad jurídica (2.1) y los principios para atribuir elementos mentales de los delitos a las empresas (2.2). Además, se recomienda que los delitos secundarios se traten con el mismo nivel de importancia que los principales y que sean considerados desde un punto de vista conceptual distintos del delito principal, y que la responsabilidad no esté supeditada a la responsabilidad del autor principal (2.3).

v) *Debida diligencia en materia de derechos humanos*

21. La observancia de la debida diligencia en materia de derechos humanos por parte de una empresa puede llegar a ser relevante de varias maneras para las cuestiones de la responsabilidad legal de las empresas. En primer lugar, puede hacerse que la observancia de la debida diligencia en materia de derechos humanos sea un requisito legal explícito. En segundo lugar, puede utilizarse como prueba de que la empresa no fue negligente en un caso concreto (es decir, cuando la existencia de negligencia sea un elemento del delito). En tercer lugar, puede ser un eximente legal explícito de un delito.

22. En derecho, la “debida diligencia” es una norma de diligencia. Los Principios Rectores proporcionan una norma global para la debida diligencia en materia de derechos humanos¹¹. Hay margen para que esta norma global se integre mejor en muchos regímenes de derecho interno.

23. Las orientaciones ponen de relieve la necesidad de que los conceptos de debida diligencia en materia de derechos humanos se integren adecuadamente en los regímenes de derecho interno pertinentes (3.1 y 3.2) y de que los organismos estatales y los órganos judiciales pertinentes tengan acceso a normas sólidas y fiables y adopten decisiones normativas y de ejecución remitiéndose a ellas (3.4). Sin embargo, las orientaciones también reconocen los regímenes de derecho interno que hacen un uso selectivo de la responsabilidad estricta u objetiva (por ejemplo, en los contextos de la legislación ambiental o de defensa del consumidor) como medio de fomentar niveles de vigilancia especialmente elevados, cuando ello sea especialmente necesario (3.3).

¹⁰ Véase el informe de J. Zerk titulado “Corporate liability for gross human rights abuses: towards a fairer and more effective system of domestic law remedies”, preparado para el ACNUDH (febrero de 2014), disponible en www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf, págs. 37 a 39.

¹¹ Véase A/HRC/17/31, principios 17 a 21 y comentario.

2. Apoyo a la labor de los organismos estatales encargados de la investigación y el cumplimiento de la ley

Recuadro 2

Conceptos clave 2

El término “autoridades encargadas del cumplimiento de la ley” incluye potencialmente a los fiscales, la policía y otros órganos reguladores con competencia para investigar y hacer cumplir las normas relativas al respeto por las empresas de los derechos humanos.

El término “discrecionalidad de aplicación” se refiere a la discreción que tiene una autoridad encargada del cumplimiento de la ley de decidir si actuar y cómo hacerlo ante alegaciones de que se ha cometido un delito. El uso de la discrecionalidad de aplicación puede estar regulado por una “política en materia de aplicación”, promulgada por la autoridad pertinente del Estado o algún otro órgano gubernamental o judicial.

a) Cuestiones de contexto fundamentales

i) *Apoyo a los organismos de ejecución encargados de la investigación y el cumplimiento de la ley*

24. Las investigaciones y los enjuiciamientos de las empresas pueden requerir una gran cantidad de recursos y tiempo, especialmente cuando hay un componente transfronterizo o cuando están involucradas estructuras empresariales complejas. Frente a las múltiples, y a veces contrapuestas, actuaciones que hay que realizar con recursos limitados, los fiscales pueden ser reacios a dar prioridad a un caso que sea jurídicamente problemático, inusual o complejo.

25. Por lo tanto, las orientaciones destacan la importancia del apoyo político para enjuiciar esos casos (4.1). Las orientaciones también incluyen disposiciones destinadas a promover una mayor coherencia de las políticas en el funcionamiento interno de los organismos encargados de hacer cumplir la ley y entre esos organismos (4.2 y 4.4).

ii) *Transparencia y rendición de cuentas respecto de la discrecionalidad de aplicación*

26. Los organismos encargados de hacer cumplir la ley tienen normalmente cierto grado de discreción en cuanto a la adopción de medidas de aplicación contra una empresa, la determinación del alcance y la naturaleza de los cargos y la decisión acerca de suspender o resolver procedimientos legales, y en qué momento y bajo qué condiciones hacerlo. No obstante, si las razones para decidir no investigar o presentar cargos no son transparentes, se puede dar la impresión de que se ha denegado arbitrariamente la reparación y hacer que los afectados no comprendan claramente si existen otras opciones.

27. Por lo tanto, las orientaciones abarcan cuestiones tales como la utilización de la discrecionalidad de aplicación de conformidad con una política de ejecución disponible públicamente (4.3), los derechos de impugnación formal (5.1) y el acceso público a la información (5.2).

iii) *Recursos, formación y conocimientos técnicos*

28. Las investigaciones y consultas del ACNUDH confirman que la falta de recursos, formación y conocimientos técnicos necesarios para iniciar actuaciones contra empresas en casos complejos relacionados con los derechos humanos y las actividades empresariales,

especialmente en un contexto transfronterizo¹², es un importante problema en muchas jurisdicciones.

29. Las orientaciones identifican varias formas en las que los Estados pueden mejorar los recursos disponibles para que los organismos encargados de la aplicación de la ley hagan cumplir las normas legales pertinentes para velar por que las empresas respeten los derechos humanos (6.1, 6.2 y 6.3).

iv) *Garantizar la integridad de las víctimas, de otros afectados, de los defensores de los derechos humanos, los testigos, los denunciantes y sus representantes legales*

30. La intimidación y las represalias contra las víctimas, los testigos, los defensores de los derechos humanos, los denunciantes y sus representantes legales son preocupaciones graves en algunas jurisdicciones. Además de situar a las personas en riesgo de sufrir nuevos abusos, esas prácticas pueden perjudicar seriamente la investigación y el cumplimiento efectivos. Sin embargo, se pueden adoptar medidas prácticas para mitigar esos riesgos, por ejemplo en los métodos utilizados para recoger y registrar pruebas, o en las formas en que se presta declaración. Al responder a las quejas y las denuncias, los profesionales que trabajan en los organismos encargados del cumplimiento de la ley deben ser sensibles a los diferentes problemas y riesgos a que pueden verse enfrentados las mujeres y los hombres y a las necesidades y preocupaciones de las personas y los grupos en mayor riesgo de marginación o vulnerabilidad¹³.

31. Las orientaciones ponen de relieve la necesidad de adoptar medidas apropiadas para asegurar que las personas pertinentes estén protegidas contra la intimidación y las represalias (7.1) y para que los riesgos particulares que enfrentan las personas o grupos en mayor riesgo de vulnerabilidad o marginación se tengan debidamente en cuenta (7.2).

3. Cooperación en casos transfronterizos

Recuadro 3

Conceptos clave 3

A los efectos de las orientaciones, un caso “transfronterizo” es aquel en el que los hechos relevantes, los actores pertinentes o las pruebas necesarias para probar un caso se encuentran o se han producido en más de un Estado.

El término “jurisdicción extraterritorial”, en el contexto de la regulación y la ejecución del derecho público, se refiere a la capacidad de un Estado, a través de diversos mecanismos legales, reglamentarios y/o judiciales, para dictar y hacer cumplir leyes con respecto a las empresas y las actividades empresariales fuera de su propio territorio.

Los equipos “conjuntos de investigación” son los que están formados por investigadores y funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de más de un Estado (y por lo general de varios Estados), establecidos para un período determinado y sobre la base de un acuerdo entre los Estados participantes y/o los organismos estatales pertinentes, para un propósito específico de investigación.

¹² Véanse los párrs. 32 a 38 *infra*.

¹³ Véanse las orientaciones elaboradas por la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos relativas a la protección de los defensores de los derechos humanos en el contexto de los proyectos de desarrollo económico, A/68/262.

a) Cuestiones de contexto fundamentales

i) Falta de claridad a nivel internacional en cuanto al uso apropiado de la jurisdicción extraterritorial en los casos transfronterizos relativos a las empresas y los derechos humanos

32. El uso de la jurisdicción extraterritorial por los Estados se rige por el derecho internacional. Según el derecho internacional, el ejercicio directo de la jurisdicción sobre las empresas extranjeras y las actividades empresariales debe justificarse de acuerdo con una o más bases de jurisdicción internacionalmente reconocidas: la territorialidad, la nacionalidad, el principio de protección, la personalidad pasiva y la universalidad¹⁴. Además, generalmente se acepta que el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial está sujeto a un requisito global de “razonabilidad” en la manera en que se ejerce¹⁵.

33. Sin embargo, aunque existe un consenso internacional respecto a cuándo pueden los Estados ejercer la jurisdicción extraterritorial en los casos relativos a las actividades empresariales y los derechos humanos, hay menos claridad en cuanto a las circunstancias en que los Estados deberían o deben ejercer esa jurisdicción¹⁶. En este contexto, algunos órganos de tratados internacionales han recomendado que los Estados de origen adopten medidas para prevenir y/o sancionar las vulneraciones cometidas en el extranjero por empresas domiciliadas en sus respectivas jurisdicciones¹⁷.

34. Las funciones y las responsabilidades de los Estados interesados en casos transfronterizos están claramente determinadas para algunos contextos regulatorios en los regímenes jurídicos internacionales¹⁸. Por ejemplo, algunos regímenes jurídicos internacionales exigen que los Estados concernidos apliquen la ejecución extraterritorial directa con respecto a las operaciones o actividades empresariales fuera de su propio territorio (por ejemplo, por el hecho de ser el Estado en el que está domiciliada la sociedad matriz de una empresa) o pueden requerir o autorizar la utilización por los Estados concernidos de la jurisdicción extraterritorial sobre las empresas extranjeras o las actividades empresariales de acuerdo con otras bases (por ejemplo, alegando que las víctimas eran nacionales o residentes en el Estado de la reglamentación).

35. Las orientaciones ponen de relieve la necesidad de una mayor claridad en los regímenes de derecho interno en cuanto al alcance geográfico que prevén (1.8). Se recomienda que se hagan revisiones periódicas de los regímenes de derecho público interno para comprobar si esos regímenes proporcionan la cobertura necesaria y la variedad de enfoques apropiada con respecto a la evolución de los problemas de derechos humanos

¹⁴ Para una explicación de cada uno de estos principios véase J. Zerk, “Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas”, Harvard Corporate Responsibility Initiative working paper núm. 59 (junio de 2010), págs. 18 a 20, puede consultarse en www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_59_zerk.pdf.

¹⁵ *Ibid.*, pág. 20.

¹⁶ Véase A/HRC/29/39, párrs. 33 a 37 y el documento de trabajo del ACNUDH “State positions on the use of extraterritorial jurisdiction in cases of allegations of business involvement in severe human rights abuses” (abril de 2015), disponible en: ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StateamicusATS-cases.pdf.

¹⁷ Véase, por ejemplo, Comité de los Derechos del Niño, observación general núm. 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, CRC/C/GC/16, párrs 38 a 46. Véase también E/C.12/2011/1, párr. 5; y la recomendación 190, párr. 15, de la Organización Internacional del Trabajo, disponible en www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/com-chir.htm.

¹⁸ Véase, por ejemplo, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, artículos 3 y 4; y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, artículo 15.

relacionados con las actividades empresariales y a la luz de las obligaciones del Estado con arreglo a los tratados internacionales de derechos humanos (1.9). Además, las orientaciones requieren la participación activa de los Estados en las iniciativas destinadas a fortalecer las respuestas jurídicas internas a los problemas transfronterizos relacionados con las empresas y los derechos humanos (10.1).

ii) *Cooperación y coordinación entre los organismos estatales competentes en los casos transfronterizos de participación de las empresas en violaciones de los derechos humanos*

36. Los Estados han concluido acuerdos bilaterales y multilaterales oficiales y oficiosos para facilitar la cooperación internacional con respecto a la asistencia judicial y la ejecución de las resoluciones judiciales en los casos transfronterizos, incluidos los relativos a los efectos negativos en los derechos humanos de las actividades empresariales¹⁹. Algunos instrumentos internacionales pertinentes para las vulneraciones transfronterizas de los derechos humanos relacionadas con las actividades empresariales también incluyen disposiciones concebidas para facilitar el intercambio de información y de conocimientos especializados entre los organismos nacionales de aplicación de la ley y los órganos judiciales, por ejemplo para permitir un mejor análisis de la naturaleza y la magnitud de riesgos específicos, como una ayuda para detectar posibles delitos y como una forma de reforzar la cooperación a través de la mejora progresiva de los regímenes internos de los Estados concernidos²⁰. En diversas esferas de cumplimiento de la ley, los Estados han desarrollado enfoques de cooperación, incluida la participación en la evaluación mediante la “revisión por pares” de la eficacia y la capacidad normativa, las actividades de fomento de la capacidad y la prestación de asistencia técnica.

37. Sin embargo, independientemente de los acuerdos internacionales establecidos, los organismos estatales pueden encontrar una serie de dificultades prácticas que pueden socavar los objetivos del tratado y obstaculizar la cooperación efectiva.

38. Las orientaciones responden a estos retos mediante el establecimiento de una serie de medidas prácticas que los Estados podrían considerar a fin de mejorar la capacidad de los organismos estatales competentes para solicitar y obtener la ayuda de sus homólogos en otras jurisdicciones, como velar por que existan los acuerdos internacionales necesarios (9.2), permitir investigaciones por equipos conjuntos de investigación (9.3), garantizar el acceso a la información y la capacitación (9.4), crear archivos de datos (9.5), y promover la concienciación y facilitar la creación de redes entre los profesionales de la aplicación de la ley y sus homólogos de otros Estados (9.6).

¹⁹ Algunos tratados están concebidos para tener una amplia aplicación, como el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, y varios tratados bilaterales de asistencia judicial mutua. Véase también el Convenio del Consejo de Europa Relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito y a la Financiación del Terrorismo. Se han establecido otros regímenes jurídicos internacionales para facilitar una mayor cooperación respecto de tipos específicos de delito. Véase, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que incluye disposiciones sobre la asistencia judicial recíproca y el uso de equipos mixtos de investigación. Obsérvese, no obstante, que la cooperación puede estar sujeta a varias calificaciones, como el requisito de “doble criminalidad” (es decir, que la criminalidad de la conducta esté tipificada de manera similar en ambos Estados) y los requisitos relativos al estado de derecho y el debido proceso.

²⁰ Véase el documento de trabajo del ACNUDH, “Cross-border regulation and cooperation in relation to business and human rights issues: a survey of key provisions and state practice under selected ILO instruments” (2015), disponible en www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/PreliminaryILOtreaties.pdf. See also further resources available from www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/OHCHRstudyondomesticlawremedies.aspx.

4. Sanciones y otros mecanismos de reparación

Recuadro 4

Conceptos clave 4

En los casos en que los efectos negativos sobre los derechos humanos de las actividades empresariales den lugar a la responsabilidad legal de la empresa, las sanciones más probables serán “sanciones económicas” (o “multas”). Sin embargo, también pueden determinarse “reparaciones no económicas”, como las medidas de restitución, rehabilitación o prevención, en función de las competencias del mecanismo judicial pertinente.

El término “sanción” se refiere a los aspectos de un desagravio destinado a castigar al infractor. Otro término para esos desagravios es “reparación punitiva”. El objetivo principal de las “reparaciones compensatorias”, por otro lado, es compensar a la víctima por la pérdida o el daño sufridos.

a) Cuestiones de contexto fundamentales

i) Sanciones económicas (“multas”) y otras reparaciones no monetarias

39. Existen muchas diferencias entre jurisdicciones (y entre los diferentes regímenes reguladores dentro de las jurisdicciones) con respecto a cómo se establecen las sanciones económicas. Las sanciones económicas por infracciones “reglamentarias” (o sanciones “administrativas”) pueden estar sujetas a una cantidad máxima establecida por ley. En algunos casos, esas cantidades pueden no ser suficientes para que sirvan como elemento de disuasión creíble.

40. Aunque las sanciones económicas parecen ser las más frecuentes en los casos de empresas demandadas, esas sanciones pueden no equivaler por sí mismas a una reparación efectiva²¹. Desde la perspectiva de las víctimas, las disculpas públicas, las órdenes de restitución, las medidas para ayudar a la rehabilitación de las personas y/o los recursos y las medidas para garantizar la no repetición de las violaciones pueden ser igual o más beneficiosas.

41. Las orientaciones destacan la importancia de que haya una serie de sanciones y reparaciones para los delitos de derecho público que se puedan adaptar a las circunstancias particulares de un caso y a las necesidades particulares de las personas y los grupos afectados (11.1 y 11.2). Ponen de relieve la importancia de que se realicen consultas apropiadas con las víctimas para garantizar que sus necesidades se tengan debidamente en cuenta en la elaboración de las sanciones y otras reparaciones (11.3). Además, destaca la necesidad de que haya una vigilancia adecuada de la aplicación de las reparaciones, tanto punitivas como compensatorias (11.4).

²¹ En relación con las repercusiones graves en los derechos humanos, véase también la orientación que figura en los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

B. Reclamaciones de derecho privado de personas y comunidades afectadas

1. Principios para evaluar la responsabilidad jurídica de las empresas

Recuadro 5

Conceptos clave 5

El término “reclamaciones de derecho privado” se refiere a las reclamaciones para obtener reparación presentadas no por las autoridades públicas, sino por particulares y grupos de particulares privados (denominados “demandantes” en las orientaciones). En este contexto, los demandantes pueden ser personas directamente afectadas por los efectos adversos en los derechos humanos de las actividades empresariales o sus familiares u otros representantes u organizaciones, en función de las normas aplicables sobre quién tiene derecho a presentar una reclamación. Dependiendo de las normas del sistema jurídico de que se trate, las reclamaciones de derecho privado pueden presentarse individualmente o agrupadas con otras como “acciones de reparación colectiva”.

El término “causa de acción de derecho privado” se refiere a la base jurídica sobre la que se presenta la reclamación. Dependiendo de las leyes, las estructuras y las tradiciones jurídicas de la jurisdicción correspondiente, la causa de acción podría basarse en una disposición legal, los principios generales del derecho, la jurisprudencia o algún otro concepto (por ejemplo, la costumbre).

Los elementos necesarios para demostrar la responsabilidad legal de la empresa basada en una causa de acción de derecho privado variarán entre los regímenes y entre las jurisdicciones. Estos elementos pueden incluir “la intención de la empresa” de cometer un acto ilícito y/o una “negligencia”. Algunos regímenes de derecho interno utilizan los conceptos de “responsabilidad estricta” o de “responsabilidad objetiva” (véase el recuadro 1, *supra*).

Los elementos necesarios para demostrar la “negligencia” varían entre los regímenes y las jurisdicciones. Sin embargo, una formulación común a muchas jurisdicciones es: a) la existencia de una obligación de diligencia hacia las personas afectadas; y b) el incumplimiento de la norma de diligencia aplicable, que c) dio lugar al daño o lesión (es decir, la relación causal). La existencia de una obligación de diligencia, y la norma pertinente de diligencia, dependerán a menudo de si el daño era, o debería haber sido, previsible para la parte demandada. La “negligencia grave” y la “imprudencia” son tratadas en la ley como variantes más graves de la negligencia atendiendo a los altos niveles de culpabilidad involucrados.

La “responsabilidad primaria” a estos efectos se refiere a la responsabilidad jurídica en el marco del derecho privado de la persona física o jurídica que ha causado el daño o la pérdida. La “responsabilidad secundaria” puede producirse cuando el demandado haya causado o contribuido al daño o la pérdida causada principalmente por otra parte (es decir, el “infractor principal”). La responsabilidad secundaria se denomina a veces “complicidad”.

a) Cuestiones de contexto fundamentales

i) Problemas de deficiencias en la cobertura y falta de causas de acción adecuadas

42. Aunque potencialmente hay causas de acción y teorías de responsabilidad para cubrir muchos supuestos, en algunas jurisdicciones no siempre es posible identificar una causa de derecho privado que cubra adecuadamente o describa adecuadamente la gravedad

de los tipos de vulneraciones o repercusiones en los derechos humanos que se hayan producido relacionadas con las actividades empresariales.

43. En algunas jurisdicciones de derecho civil es posible unir las reclamaciones de indemnización en el marco del derecho privado a los procesos de derecho penal constituyéndose en parte civil. Sin embargo, supeditar totalmente la posibilidad de presentar una reclamación de derecho privado a la determinación de la responsabilidad legal en el marco de procedimientos de derecho público, o restringir los derechos de los demandantes privados a presentar sus propias reclamaciones porque exista una investigación de derecho público en curso, equivale a establecer obstáculos potencialmente graves a la reparación.

44. Las orientaciones ponen de relieve la necesidad de que los Estados garanticen que puede haber causas de acción que se refieran a diferentes tipos de violaciones de los derechos humanos relacionadas con las actividades empresariales (12.1). Además, las orientaciones recomiendan que se haga con regularidad un examen de los regímenes de derecho privado interno para velar por que proporcionen la cobertura necesaria y que se adopten enfoques adecuados a la luz de la evolución de las circunstancias y las obligaciones internacionales (12.9). Además, las orientaciones señalan la importancia de mantener una separación conceptual y procedimental entre las pretensiones de derecho privado y los procesos de aplicación de la ley pública (12.6 y 12.7).

ii) *Sociedades, empresas, grupos empresariales y cadenas de suministro*

45. En el informe se describen los desafíos que plantea para la rendición de cuentas y el acceso a las vías de reparación la complejidad estructural y de gestión de las sociedades y las empresas, especialmente de los grupos empresariales²².

46. Las orientaciones ponen de relieve la necesidad de que haya una articulación clara en los regímenes de derecho privado interno de las normas legales de gestión y supervisión con respecto a la identificación, la prevención y la mitigación de los efectos negativos sobre los derechos humanos, en particular en lo que respecta a las sociedades matrices (véase 12.3) y las empresas que hacen uso de cadenas de suministro (véase 12.4).

iii) *Atribución de responsabilidad a una empresa: responsabilidad primaria*

47. Los regímenes de derecho privado interno adoptan una serie de enfoques para la atribución de responsabilidad legal a las empresas, que pueden derivarse de los enfoques de “identificación” (es decir, que “identifican” los actos de determinadas personas como actos de la empresa) y/o de los enfoques de “responsabilidad civil subsidiaria” (es decir, que atribuyen la responsabilidad sobre la base de que un empleado o agente estaba actuando por delegación de autoridad).

48. Sin embargo, los enfoques para la atribución de responsabilidad que se basan en la identificación de las personas culpables tienen limitaciones como respuesta a los problemas sistémicos que puedan existir dentro de las empresas, como la gestión y la supervisión deficientes.

49. En los casos de las empresas y los derechos humanos, puede ser difícil y costoso²³ identificar a la empresa (o empresas) que deberían ser consideradas legalmente responsable y sobre qué base, si no se tiene información detallada sobre las estructuras empresariales pertinentes, las relaciones contractuales, los procesos internos de gestión y los procedimientos de supervisión. Algunos regímenes de derecho privado interno contienen

²² Véase A/HRC/32/19, párrs. 21 a 23.

²³ Véanse los párrs. 57 a 61, *infra*.

elementos que alivian los problemas hasta cierto punto permitiendo que los elementos de culpa necesarios se infieran de las circunstancias concurrentes, o aplicando normas objetivas para determinar lo que habría sido “previsible” para la empresa demandada (en lugar de lo que estaba subjetivamente “previsto” por el demandado), o dispensando de la necesidad de demostrar enteramente el “conocimiento” o las “intenciones” de la empresa mediante el uso de la responsabilidad “estricta” u “objetiva”.

50. Las orientaciones ponen de relieve la necesidad de que se adopten enfoques de la responsabilidad de derecho privado que puedan abordar la negligencia sistémica e individual (véase 12.2). Además, las orientaciones sugieren que los Estados consideren la manera de garantizar que la distribución de la carga probatoria tiene en cuenta las consideraciones de acceso a las vías de reparación y las consideraciones de equidad para todas las partes (véase 12.5).

iv) *Atribución de responsabilidad a una empresa: responsabilidad secundaria*

51. Las empresas pueden ser legalmente responsables con arreglo a los regímenes de derecho privado de causar o contribuir a causar violaciones de los derechos humanos de otras personas o entidades en virtud de las teorías de responsabilidad secundaria. Dependiendo del régimen de la legislación nacional pertinente, la responsabilidad secundaria en los regímenes de derecho privado puede ser el resultado de instigar o incitar a la comisión de un hecho ilícito o de prestar asistencia material al infractor principal. En algunas jurisdicciones, y en algunos regímenes, la responsabilidad secundaria puede ser consecuencia de omisiones (por ejemplo, fallos para evitar actos ilícitos), así como de actos positivos²⁴. Los principios utilizados para determinar la responsabilidad secundaria varían de un régimen a otro y de una jurisdicción a otra.

52. Los regímenes jurídicos internos no siempre articulan claramente los principios aplicables a la evaluación de la responsabilidad secundaria de las empresas en las demandas de derecho privado por violaciones de los derechos humanos relacionados con las actividades empresariales. Los modos y los niveles de contribución a esas violaciones que darán lugar a la responsabilidad secundaria de la empresa requieren clarificación en muchos regímenes de derecho interno.

53. Constituiría una barrera potencialmente grave para obtener reparación que la responsabilidad de una parte secundaria dependiera de que prosperara una reclamación de derecho privado contra el infractor principal, especialmente cuando no puede ser localizado, ha fallecido o, en el caso de una empresa, haya sido disuelta o alegue alguna forma de inmunidad.

54. Por consiguiente, las orientaciones destacan la necesidad de claridad en cuanto a los modos y los niveles de contribución que den lugar a la responsabilidad legal de la empresa basada en teorías de responsabilidad secundaria con arreglo a los regímenes de derecho privado (13.1). Además, las orientaciones destacan la importancia de que se permita que la responsabilidad subsidiaria se determine sin establecer primero la responsabilidad legal de un infractor principal específico (13.3).

²⁴ No siempre es fácil determinar si un conjunto de hechos se conceptualiza mejor como un caso de responsabilidad primaria o secundaria. Por ejemplo, el mismo conjunto de hechos puede ser factible de apoyar una causa de acción basada tanto en la negligencia (es decir, “la responsabilidad primaria”, sobre la base de que una empresa no había previsto y/o respondido adecuadamente a un peligro) y la responsabilidad secundaria (por ejemplo, sobre la base de las contribuciones materiales de una empresa a una situación que dio lugar a violaciones de los derechos humanos).

v) *Debida diligencia en materia de derechos humanos*

55. En muchas jurisdicciones, la debida diligencia de una empresa en materia de derechos humanos será pertinente para determinar si la compañía ha cumplido con la norma de diligencia aplicable a los efectos de los exámenes del derecho privado sobre la negligencia. Los principios rectores proporcionan una norma global para la debida diligencia en materia de derechos humanos²⁵. Sin embargo, la investigación del ACNUDH plantea cuestiones acerca de si esta norma para la debida diligencia en materia de derechos humanos se refleja adecuadamente en los regímenes de derecho interno y es entendida de manera apropiada por las autoridades y los órganos judiciales nacionales.

56. Por lo tanto, las orientaciones ponen de relieve la necesidad de que los conceptos de la debida diligencia en materia de derechos humanos se integren adecuadamente en las normas sobre la debida diligencia del derecho interno (14.1 y 14.2) y que los organismos estatales competentes y los órganos judiciales tengan acceso a normas sólidas y fiables y adopten decisiones normativas y de ejecución remitiéndose a ellas (14.4). Sin embargo, las orientaciones también reconocen los regímenes de derecho interno que hacen un uso selectivo de la responsabilidad estricta u objetiva (por ejemplo, en los contextos de la legislación ambiental o de defensa del consumidor) como medio de fomentar niveles de vigilancia especialmente elevados, por ejemplo en los casos de actividades empresariales en las que los riesgos de las repercusiones en los derechos humanos son particularmente altos (14.3).

2. Superación de los obstáculos financieros para la presentación de reclamaciones judiciales

Recuadro 6

Conceptos clave 6

El término “asistencia letrada pública” se refiere a la financiación proveniente de fuentes públicas para ayudar a las personas, especialmente a las que tienen ingresos bajos, a pagar el asesoramiento jurídico y/o el costo del procedimiento judicial.

El término “costo” se refiere a las sumas de dinero invertidas por una parte en un litigio para entablar una acción judicial o defenderse en ese litigio. El término abarca los honorarios de los abogados, las costas judiciales y otros gastos, como el transporte, la comunicación, la traducción y los gastos de alojamiento, así como el costo de obtener el testimonio de expertos.

El término “caución por costas” se refiere a una cantidad de dinero depositada en el tribunal o una fianza o garantía aportada por un demandante que puede hacerse efectiva en caso de que el demandante esté obligado a pagar los costos en que haya incurrido un acusado y no pueda hacerlo.

a) Cuestiones de contexto fundamentales

i) *Diversificación de las fuentes de financiación*

57. Los factores que impiden que las personas puedan financiar sus reclamaciones judiciales no se limitan a los casos de los derechos humanos y las actividades empresariales. En cambio, con frecuencia son consecuencia de problemas más amplios, como las políticas de gasto público, la falta de recursos de los tribunales o los retrasos en

²⁵ Véase A/HRC/17/31, principios 17 a 21 y comentario.

los procesos judiciales debido al funcionamiento de las normas de procedimiento. Estos problemas más amplios quedan fuera del alcance de las orientaciones.

58. La asistencia letrada pública es una fuente importante de financiación en muchas jurisdicciones para los demandantes de bajos ingresos. Sin embargo, en muchas jurisdicciones es cada vez más difícil acceder a ella en la práctica. Cuando está disponible, es poco probable que cubra el costo total de los procesos judiciales en casos legales complejos.

59. Los Estados desempeñan una función esencial en el fomento de las condiciones necesarias para diversificar las opciones de financiación de los litigios. Las orientaciones ponen de relieve diversas formas en las que los Estados pueden facilitar una serie más diversa de opciones para financiar reclamaciones de derecho privado (15.1 a 15.6). Aunque estas no se limitarían a las reclamaciones de derecho privado que surjan de alegaciones de violaciones de los derechos humanos relacionados con las actividades empresariales, se incluyen no obstante debido a su importancia práctica para acceder a reparaciones en esos casos.

ii) *Costas y tasas judiciales*

60. Hacer frente a los elevados costos de los pleitos es una parte esencial de la superación de los obstáculos financieros para presentar reclamaciones judiciales en casos de derechos humanos relacionados con las actividades empresariales.

61. Las orientaciones identifican varias medidas que los Estados podrían considerar para reducir los obstáculos financieros a que hacen frente los demandantes en casos relacionados con los derechos humanos y las actividades empresariales mediante reducciones de las costas y tasas judiciales (16.1 a 16.7). Aunque sus consecuencias no se limitarían a las reclamaciones de derecho privado que surjan de alegaciones de violaciones de los derechos humanos relacionados con las actividades empresariales, se incluyen no obstante debido a la importancia de las costas judiciales como barrera para acceder a reparaciones en esos casos.

3. Cooperación en casos transfronterizos

Recuadro 7

Conceptos clave 7

Los casos “transfronterizos” son aquellos en los que los hechos relevantes, los actores pertinentes o las pruebas necesarias para probar un caso se encuentran o se han producido en más de un Estado.

El término “Estado del foro” se refiere al Estado en el que un caso de derecho privado se dirime (o debe dirimirse).

El término “jurisdicción extraterritorial”, en el contexto de una reclamación de derecho privado, se refiere a la capacidad que tienen los mecanismos judiciales estatales del Estado del foro de juzgar y resolver disputas con respecto a actores y/o actividades privadas fuera del territorio del Estado del foro. Este tipo de jurisdicción se denomina también a veces “jurisdicción adjudicativa” extraterritorial.

a) Cuestiones de contexto fundamentales

i) Falta de claridad en cuanto al uso apropiado de la jurisdicción extraterritorial en los casos de derecho privado

62. Mientras que el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en la esfera de derecho público se rige por el derecho internacional²⁶, el uso de la jurisdicción extraterritorial en los casos de derecho privado se rige en gran medida por el derecho interno del Estado del foro²⁷. En consecuencia, más allá del ámbito de los regímenes regionales o internacionales de regular el uso de la jurisdicción adjudicativa²⁸, aún no existen datos de que haya una tendencia coherente en la práctica de los Estados con respecto a las funciones y responsabilidades de los Estados interesados en los casos de derecho privado transfronterizos.

63. La investigación del ACNUDH ha identificado varias diferencias de enfoque con respecto a cuestiones clave tales como la “jurisdicción civil universal”, la aplicabilidad de la doctrina de “agotamiento de los recursos legales”, el grado en que se requiere un nexo fáctico entre la reclamación y el Estado del foro para que los tribunales del Estado del foro puedan ejercer plenamente la jurisdicción y, por último, el grado en que la naturaleza y la gravedad de la vulneración puede influir en la forma en que se aplican las reglas de competencia²⁹. Al mismo tiempo, algunos órganos de tratados internacionales han instado a los Estados de origen a que adopten las medidas necesarias para facilitar un mayor acceso a los mecanismos judiciales estatales a los afectados por las repercusiones en los derechos humanos de las actividades empresariales a nivel extraterritorial de las empresas domiciliadas en los Estados de origen respectivos³⁰.

64. Las orientaciones ponen de relieve la necesidad de que haya claridad en los regímenes de derecho privado interno pertinentes en cuanto al alcance geográfico que prevén (12.8). Además, se recomienda que los regímenes de derecho privado interno se examinen con regularidad para garantizar que proporcionen la cobertura necesaria y la diversidad apropiada de enfoques con respecto a la evolución de los problemas de derechos humanos relacionados con las actividades empresariales, y a la luz de las obligaciones que incumben a los Estados en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos (12.9).

ii) Cooperación y coordinación entre los órganos judiciales y otros organismos del Estado en los casos transfronterizos de participación de las empresas en violaciones de los derechos humanos

65. Los Estados han firmado tratados internacionales para facilitar la cooperación internacional con respecto a la asistencia judicial (por ejemplo, con respecto a la obtención de pruebas) y la ejecución de resoluciones judiciales en casos de derecho privado con un

²⁶ Véanse los párrs. 32 a 35, *supra*.

²⁷ Este *corpus* de derecho interno se denomina a menudo “conflictos de leyes” o “derecho internacional privado”.

²⁸ Véase, por ejemplo, en el marco de la Unión Europea, el Reglamento del Consejo (CE) núm. 44/2001 sobre la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

²⁹ Véase la nota 16.

³⁰ Véase, por ejemplo, Comité de los Derechos del Niño, observación general núm. 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, CRC/C/GC/16, párr. 44.

elemento transfronterizo³¹. Sin embargo, como en la esfera del derecho público³², estos requieren una aplicación efectiva a nivel práctico para garantizar que la asistencia judicial recíproca en casos de derecho privado pueda solicitarse y obtenerse de manera rápida y eficiente.

66. En las orientaciones se establecen una serie de medidas prácticas que los Estados pueden considerar para mejorar la capacidad de los órganos judiciales y otros organismos estatales pertinentes para buscar y obtener asistencia judicial de homólogos en otras jurisdicciones en casos de derecho privado, entre otras cosas garantizando que existan disposiciones internacionales apropiadas (17.2), creando archivos de datos (17.4) y promoviendo la concienciación y facilitando la creación de redes entre los profesionales de la aplicación de la ley y sus homólogos de otros Estados (17.5).

iii) *Acceso a la información para los demandantes y sus representantes legales*

67. Los demandantes pueden desear remitirse a información en poder de los organismos del Estado (por ejemplo, los órganos de concesión de licencias, las autoridades ambientales, los organismos encargados de la salud y la seguridad en el trabajo o los organismos de protección del consumidor) para apoyar su reclamación de que se ha vulnerado una norma legal aplicable relativa al respeto por las empresas de los derechos humanos. Además, puede haber otra información de dominio público, por ejemplo relativa a las políticas de regulación con respecto a un sector empresarial en particular, que pueden ser relevantes para los procedimientos judiciales. Sin embargo, en muchos casos, y especialmente en los casos transfronterizos, el acceso a esta información puede ser difícil y costoso.

68. Las orientaciones destacan la necesidad de que los Estados colaboren bilateral y multilateralmente para aumentar la rapidez y la facilidad con que la información puede ser solicitada y obtenida de los organismos estatales competentes de otros Estados para su uso en los procesos judiciales (18.1) y para lograr una mayor armonización entre las diferentes jurisdicciones con respecto al acceso a información y cuestiones tales como la protección de datos, la protección de las víctimas y sus representantes legales, la protección de los denunciantes y los requisitos legítimos de la confidencialidad mercantil (18.2).

4. Medios de reparación con arreglo al derecho privado

Recuadro 8

Conceptos clave 8

Las reparaciones más probables en los casos de derecho privado serán las “indemnizaciones monetarias”. Sin embargo, también pueden concederse “medidas de reparación no monetarias”, como las medidas de restitución, rehabilitación y prevención, dependiendo de las competencias del órgano judicial pertinente.

En algunas jurisdicciones, las reparaciones que pueden concederse en un caso de derecho privado pueden incluir un elemento “punitivo”, así como un elemento de compensación. Mientras que el objeto de las “reparaciones compensatorias” es compensar a un demandante por la pérdida o el daño sufridos, el objetivo principal de la “reparación punitiva” es castigar al infractor y disuadir de que se cometan actos ilícitos en el futuro. Las reparaciones punitivas pueden ser monetarias o no monetarias. La cancelación de una licencia para operar es un ejemplo de reparación punitiva no monetaria.

³¹ Véase, por ejemplo, la Convención sobre la obtención de pruebas en el extranjero en cuestiones civiles o comerciales, o el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial.

³² Véanse los párrs. 36 a 38, *supra*.

a) Cuestiones de contexto fundamentales

i) Indemnizaciones compensatorias, indemnizaciones punitivas y otras reparaciones no monetarias

69. Los regímenes de derecho privado internos difieren en cuanto a los tipos de reparaciones que pueden concederse cuando prospera una reclamación de derecho privado. Por ejemplo, las indemnizaciones monetarias pueden ser puramente compensatorias o pueden tener un elemento punitivo. Las metodologías para calcular la cantidad correcta de la indemnización monetaria compensatoria varían de una jurisdicción a otra. Algunos regímenes de derecho privado también pueden prever reparaciones no monetarias, tales como órdenes de restitución, medidas para ayudar a la rehabilitación de las víctimas y/o recursos, disculpas públicas y garantías de no repetición. En algunos casos, las reparaciones no monetarias apropiadas pueden incluir disposiciones relativas a la conmemoración o para contribuir a la conservación del patrimonio cultural.

70. En los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones figuran orientaciones útiles sobre lo que constituye en la práctica un recurso efectivo. Los regímenes de derecho privado deberían reconocer y tener en cuenta las formas diferentes y a veces únicas en que las repercusiones adversas en los derechos humanos de las actividades empresariales pueden afectar a diferentes personas y grupos en la sociedad y especialmente a las personas y grupos en mayor riesgo de vulnerabilidad o marginación.

71. Las orientaciones ponen de relieve la importancia de que haya una serie flexible de sanciones y reparaciones disponibles en casos de derecho privado que se pueden adaptar a las circunstancias particulares de cada caso y a las necesidades particulares de las personas afectadas y sus comunidades (19.1 a 19.3). Además, las orientaciones destacan la necesidad de que se haga un seguimiento adecuado de la aplicación de las sanciones y las reparaciones (19.4).

ii) Distribución de la indemnización monetaria concedida a raíz de una reparación colectiva

72. Durante sus investigaciones y consultas, el ACNUDH identificó varios problemas comunes en relación con la distribución de la indemnización monetaria tras alcanzarse un acuerdo o concederse indemnización en una reclamación importante utilizando un mecanismo de reparación colectiva. Entre ellos figuran problemas para identificar y ponerse en contacto con los demandantes adecuados, la falta de transparencia con respecto a los importes de la indemnización y la metodología de distribución, a fin de garantizar que no haya discriminación y problemas derivados de la utilización de terceros para distribuir los fondos.

73. Hay que seguir trabajando, tanto a nivel nacional como en los foros regionales e internacionales pertinentes, para desarrollar normas que garanticen que quienes tienen derecho a recibir una indemnización monetaria a raíz de una acción colectiva (o de “grupo”) de derecho privado estén informados correctamente y de antemano de sus derechos a una indemnización y que reciban el apoyo adecuado y servicios de seguimiento de una manera que tenga en cuenta las cuestiones de género y las necesidades y preocupaciones de las personas y los grupos en mayor riesgo de marginación o vulnerabilidad.

74. Por lo tanto, las orientaciones destacan la importancia de que haya reglamentación, orientaciones y normas profesionales apropiadas que garanticen que la indemnización monetaria se distribuya entre los miembros de los grupos de demandantes afectados de un modo justo, transparente y no discriminatorio (19.6).
