



## Paper Universitario

### ¿EQUILIBRIO ENTRE INVERSORES EXTRANJEROS Y AFECTADOS POR OPERACIONES DE EMPRESAS TRANSNACIONALES EN EL ACCESO A LA JUSTICIA?

#### AUTORA

María Augusta León Moreta,  
docente del Área de Derecho,  
Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Quito, 2025

---

#### DERECHOS DE AUTOR:

El presente documento es difundido por la **Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador**, a través de su **Boletín Informativo Spondylus**, y constituye un material de discusión académica.

La reproducción del documento, sea total o parcial, es permitida siempre y cuando se cite a la fuente y el nombre del autor o autores del documento, so pena de constituir violación a las normas de derechos de autor.

El propósito de su uso será para fines docentes o de investigación y puede ser justificado en el contexto de la obra.

Se prohíbe su utilización con fines comerciales.

# ¿Equilibrio entre inversores extranjeros y afectados por operaciones de empresas transnacionales en el acceso a la justicia?\*\*

## ¿Balance in Access to Justice Between Foreign Investors and those Affected by Operations of Transnational Companies?

### RESUMEN

El derecho al acceso a la justicia constituye una condición esencial del Estado de derecho y un estándar mínimo internacional. El presente artículo busca evidenciar el actual desequilibrio en el acceso a la justicia a nivel internacional entre inversionistas extranjeros, especialmente las empresas transnacionales, y los afectados por sus actividades. Para el efecto, se desarrolló una investigación de carácter comparativo respecto al acceso a la justicia entre dos ramas del derecho internacional público: el derecho internacional de las inversiones extranjeras y el derecho internacional de los derechos humanos. Tanto la jurisprudencia internacional y nacional como la práctica arbitral en materia de inversiones constituyeron una importante fuente de análisis.

### PALABRAS CLAVE

Inversión extranjera, derechos humanos, acceso a la justicia, empresas transnacionales, derecho internacional

### ABSTRACT

The right to access to justice constitutes an essential condition of the rule of law and a international minimum standard. This article seeks to highlight the current imbalance between foreign investors, especially transnational companies, and those affected by their activities, regarding the access to justice at

\* Profesora-investigadora, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito (Ecuador). Doctora en Derecho y magíster en Derecho Comparado, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn. ORCID: 0000-0001-5361-0329. Contacto: maria.a.leon@uasb.edu.ec.

\*\* Recibido el 30 de abril de 2024; aprobado el 11 de mayo de 2024.

Para citar el artículo: León Moreta, M. A. “¿Equilibrio entre inversores extranjeros y afectados por operaciones de empresas transnacionales en el acceso a la justicia?”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 62, mayo-agosto de 2025, 289-316.

doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n62.11>

international level. For this purpose, a comparative study between international foreign investment law and international human rights law was developed. Both international and national case law and arbitration practice on investment matters constituted an important source of analysis.

#### KEYWORDS

Foreign investment, human rights, access to justice, transnational companies, international law

#### SUMARIO

Introducción. 1. El derecho internacional de los inversores extranjeros al acceso a la justicia en el derecho internacional. 1.1. El derecho de los inversores al acceso a la justicia en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. 1.2. El mecanismo de solución de controversias inversor-Estado y el *forum shopping*, prerrogativas exclusivas a favor del inversor extranjero en la justicia internacional. 2. El derecho al acceso a la justicia de las víctimas por los efectos negativos ocasionados por las operaciones de empresas transnacionales sobre los derechos humanos. 2.1. La obligación de cooperar: la extraterritorialidad en el ejercicio de la administración de justicia por parte de los estados de origen. 2.2. El derecho de acceso a la justicia de los afectados por violaciones de derechos humanos ante instancias internacionales. Conclusiones. Referencias

#### INTRODUCCIÓN

La garantía que debe dar el Estado al efectivo y adecuado acceso a la justicia es una condición esencial para la exigibilidad de los derechos establecidos en un ordenamiento jurídico. Gracias a la proliferación de tratados internacionales, actualmente los inversores extranjeros tienen por un lado la posibilidad de elevar reclamaciones ante diferentes tribunales nacionales e internacionales, incluso simultáneamente.<sup>1</sup> El derecho internacional público, particularmente el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones extranjeras, brinda a los inversores la posibilidad de acceder a la justicia internacional en caso de violación a sus derechos por el Estado receptor. Por otro lado, los afectados por violaciones de derechos humanos, cometidas por operaciones ejecutadas por empresas transnacionales, tienen acceso en principio a recursos y remedios previstos dentro del ordenamiento jurídico del país receptor. No obstante, los estados receptores,

1 Yannaca-Small, Katia. "Improving the System of Investor-State Dispute Settlement", en *OECD Working Papers On International Investment 2006/1*, OECD, 2006, 52.

especialmente aquellos con débiles estructuras institucionales y normativas, pueden ser capturados por actores económicos globales que en muchos casos pueden impedir el ejercicio efectivo de sus funciones, como el ejercicio de la administración de justicia, quedando así estas vulneraciones en la impunidad. Igualmente, muchos estados de origen de la inversión son reticentes a regular los perjuicios ocasionados por sus empresas en el extranjero. Esto crea lo que en la doctrina se ha denominado “lagunas de responsabilidad”, es decir ni el Estado de origen ni el Estado receptor garantizan una solución eficaz a las víctimas.<sup>2</sup>

En el contexto de los efectos negativos causados por operaciones ejecutadas por inversionistas extranjeros, especialmente empresas transnacionales, en el ejercicio de los derechos humanos, este artículo busca responder a la pregunta si existe un equilibrio en el derecho al acceso a la justicia en el marco del derecho internacional entre inversores extranjeros y los afectados para demandar la responsabilidad de las empresas transnacionales. Para ello, el trabajo enfocará en primer lugar los mecanismos garantizados al inversionista extranjero para acceder a la justicia internacional. Posteriormente, se analizarán los mecanismos con los que cuentan los afectados para demandar la responsabilidad de las empresas transnacionales por los efectos negativos de sus operaciones en el ejercicio de los derechos humanos tanto a nivel nacional como internacional.

#### **1. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS INVERSORES EXTRANJEROS AL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL**

El derecho internacional público ha regulado tradicionalmente las relaciones entre estados. Hasta antes del siglo xx, los individuos no tenían más derechos que aquellos establecidos en el derecho interno de cada estado. Consecuentemente, cualquier reclamación por vulneración de sus derechos se limitaba al ámbito jurisdiccional doméstico. En relación con el tratamiento de los extranjeros, los estados con base en el derecho internacional consuetudinario tienen la obligación de otorgar dentro de su jurisdicción una protección especial a través del llamado “mínimo estándar internacional”. En el marco de esta institución, un importante estándar es justamente la obligación de garantizar al extranjero el derecho al acceso a tribunales domésticos y un procedimiento ajustado al debido proceso para reclamar de manera efectiva sus derechos. En el caso Ambatielos (Grecia vs. Reino Unido), la Comisión de Arbitraje subrayó precisamente el vínculo entre libre acceso a cortes (*free access to courts*) con el principio de no discriminación a los extranjeros, que buscan justicia ante los tribunales nacionales la protección y defensa de sus

<sup>2</sup> Giner, Agnes. “Las empresas transnacionales y los Derechos Humanos”, en *Lan Harrenmanak*; n.º 19, II, 2008.

derechos.<sup>3</sup> En el caso de reclamaciones por violaciones al derecho de individuos en el marco de los mínimos estándar, éstas solo podían ser demandadas por los estados, no directamente por los individuos afectados, a través de la protección diplomática. El problema detrás de esta figura radica en que al ser la protección diplomática un derecho exclusivo de los estados, su ejercicio efectivo depende enteramente de su voluntad.

A partir de las masivas violaciones de derechos humanos en el siglo XX, la comunidad internacional vio en la necesidad de otorgar a los individuos la calidad de sujetos parciales del derecho internacional. Así, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, los estados han otorgado a los individuos la calidad de titulares de derechos a través de instrumentos internacionales. Posteriormente, la necesidad de proteger las inversiones en el extranjero a través de una relación equilibrada entre el inversionista y el Estado de acogida desembocó en el desarrollo del derecho internacional de las inversiones extranjeras. El fundamento de este régimen jurídico se encuentra también en instrumentos internacionales vinculantes, siendo el primero en su clase el tratado bilateral entre Alemania y Pakistán en 1959. Con el fin de hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los estados, estos instrumentos prevén también procedimientos para activar acciones judiciales internacionales ante órganos internacionales cuasijudiciales, judiciales y arbitrales, según su caso. En los siguientes apartados se abordarán aquellos mecanismos que los inversores extranjeros tienen para plantear reclamos en el campo internacional.

### *1.1. El derecho de los inversores al acceso a la justicia en el marco del derecho internacional de los derechos humanos*

A través del derecho internacional de los derechos humanos, los estados otorgan a los individuos derechos, insertos en instrumentos internacionales, que permiten protección de bienes esenciales, derivados de la dignidad humana, frente a actos ejecutados por el poder estatal o particulares. Igualmente, estos instrumentos imponen una serie de obligaciones y mecanismos de reclamación para garantizar su efectivo cumplimiento. En relación con el derecho al acceso a la justicia y el debido proceso, estos tienen un enfoque tanto sustantivo como procesal. Desde el punto de vista sustantivo, el derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado estándares relativos al derecho a contar con recursos idóneos y efectivos dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales. Desde el punto de vista procesal, muchos tratados internacionales, en el sistema universal y en los sistemas regionales,

3 Commission of Arbitration, *The Ambatielos Claim*, 1956, párr. 111.

han establecido órganos y procedimientos cuasijudiciales<sup>4</sup> como judiciales<sup>5</sup> para que las víctimas puedan reclamar la responsabilidad internacional del Estado por la violación de derechos internacionalmente protegidos.<sup>6</sup>

Reclamaciones relativas a actividades económicas han sido interpuestas ante órganos internacionales de derechos humanos por violaciones especialmente al derecho a la propiedad privada.<sup>7</sup> Según la casuística, los nacionales de los estados infractores son los que han activado las instancias internacionales.<sup>8</sup> Sin embargo, no cabe duda de que los inversores extranjeros podrían beneficiarse del acceso a órganos internacionales –cuasijudiciales o judiciales– para demandar el cumplimiento de sus derechos en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, tomando en cuenta que esta rama del derecho internacional protege a todo individuo, sin ninguna distinción, dentro de la jurisdicción del Estado parte de un instrumento internacional.

En el ámbito económico ha surgido la discusión de si las personas jurídicas, como las empresas transnacionales, podrían acceder la justicia internacional en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Para la reflexión es necesario tener en cuenta la diferencia en el tratamiento de las personas jurídicas y naturales en los sistemas regionales de derechos humanos. En el Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH), tanto los instrumentos convencionales como la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos humanos han reconocido la titularidad de ciertos derechos humanos a las personas jurídicas. A nivel convencional, el Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1952 reconoce el derecho de propiedad a las personas jurídicas (artículo 1). A nivel jurisprudencial, la Corte Europea de Derechos humanos ha extendido el ámbito de protección a estas personas en el marco de la interpretación dinámica de la Convención Europea de Derechos Humanos. En relación con las empresas, la Corte Europea ha reconocido derechos como a la vida familiar y privada (artículo 8) en dos situaciones específicas:

4 Órganos cuasi judiciales en materia de derechos humanos son los comités de Naciones Unidas. A nivel regional encontramos dentro del SEDH a la Comisión IDH.

5 Órganos judiciales en materia de derechos humanos constituyen la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

6 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 07 de septiembre de 2004. Voto razonado del juez A.A. Cançado Trinidades, párr. 16-17.

7 Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015; *Caso Perrozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009.

8 Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, op. cit.; Caso Perrozo y otros vs. Venezuela, op. cit.; Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas- Sentencia de 6 de febrero de 2001.

la inviolabilidad de domicilio<sup>9</sup> y respeto a su correspondencia<sup>10</sup>; la libertad de expresión (artículo 10)<sup>11</sup>; derecho a un recurso efectivo (artículo 13) y el derecho a un proceso equitativo (artículo 6)<sup>12</sup>. En contraste, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) no reconoce la titularidad de derechos a las personas jurídicas.

Tanto en su preámbulo como en el artículo 1.2, la Convención Americana de Derechos Humanos define como el sujeto de protección al ser humano. En su práctica jurisprudencial la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha enfrentado a objeciones a su competencia para conocer casos relacionados con la protección de derechos ejercidos en principio por personas jurídicas. En estos casos la Corte ha señalado que si bien las personas jurídicas no han sido reconocidas expresamente en la Convención, los individuos pueden acudir ante el SIDH para hacer valer sus derechos fundamentales, aunque estos hayan sido ejercidos inicialmente por una ficción jurídica creada por el mismo sistema de derecho nacional.<sup>13</sup> En febrero de 2016, con base en una consulta realizada por la República de Panamá, la Corte IDH se pronunció a través de una opinión consultiva OC-22/16 sobre la titularidad de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En ella, la Corte ratifica que las personas físicas pueden acudir al Sistema a reclamar violaciones a sus derechos, aun cuando éstos hayan sido ejercidos a través de una persona jurídica.<sup>14</sup> Inclusive, la Corte ha determinado que el requisito de agotamiento de recursos internos se cumple mediante aquellos interpuestos por este tipo de personas.<sup>15</sup>

En tal sentido, la institucionalidad desarrollada por el derecho internacional de los derechos humanos constituye una posibilidad para los inversores extranjeros, tanto personas naturales como jurídicas, de reivindicación de sus derechos mediante el ejercicio de su derecho al acceso a justicia ante instancias internacionales de derechos humanos.

9 Corte Europea de Derechos humanos. *Caso Société Colas Est vs. Francia*. Sentencia de 16 de abril de 2002, párr. 41.

10 Corte Europea de Derechos humanos. *Caso Vinci Construction and GTM Génie Civil et Services vs. Francia*. Sentencia de 2 de abril de 2015, párrs. 63, 69; *Caso Sérvulo & Associados vs. Portugal*. Sentencia 3 de septiembre de 2015, párrs. 76, 92; *Caso Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH vs. Austria*. Sentencia 16 de octubre de 2007, párr. 34.

11 Corte Europea de Derechos humanos. *Caso Autronic AG v. Suiza*. Sentencia de 22 de mayo de 1990, párr. 47.

12 Corte Europea de Derechos humanos. *Caso Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Suiza*. Sentencia de 26 de noviembre de 2013; *Caso Coorplan-Jenni GmbH y Hascic v. Austria*. Sentencia de 27 de julio de 2006, párr. 63.

13 Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, cit., párr. 19; Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Sentencia de 7 de septiembre de 2001, párr. 29.

14 Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, párr. 120.

15 Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, párrs. 121, 140.

### *1.2. El mecanismo de solución de controversias inversor-Estado y el forum shopping, prerrogativas exclusivas a favor del inversor extranjero en la justicia internacional*

El arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias en materia de inversiones es quizás una de las prerrogativas más interesantes otorgadas por el Estado anfitrión a los inversionistas extranjeros, ya que garantiza al inversionista el acceso exclusivo a tribunales arbitrales internacionales para impugnar violaciones a sus derechos por el Estado anfitrión, inclusive sin necesidad de agotamiento de recursos internos. Esto permite claramente desvincular el conflicto del conocimiento de instancias judiciales domésticas. Es así que mediante este mecanismo un tribunal arbitral tiene la competencia de resolver disputas en el marco de las reglas y los procedimientos contenidos en instrumentos internacionales, como acuerdos internacionales de inversiones, sean tratados bilaterales de inversiones o tratados con disposiciones sobre inversiones, y en instrumentos que regulan el proceso arbitral, como el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (*CIADI*) o las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (*CNUDMI*). Este mecanismo ha desempeñado por un lado un papel prominente a favor de los inversionistas al momento de hacer prevalecer sus derechos sobre aquellos intereses perseguidos por el Estado anfitrión. Sin embargo, la configuración actual de este mecanismo de solución de controversias en materia de inversiones ha generado por otro lado fuertes y pronunciadas relaciones asimétricas entre los inversores, el Estado y afectados por sus operaciones en el acceso a la justicia.

La activación del mecanismo de solución de controversia inversor-Estado ha generado consecuencias negativas en relación con el derecho al acceso a la justicia y el debido proceso. Al garantizar el acceso exclusivo a los inversionistas a instancias arbitrales internacionales, el Estado se ve impedido de ejercer su derecho a la defensa por medidas adoptadas en el ejercicio de sus facultades soberanas en favor del interés común. Igualmente, el derecho de los afectados por operaciones de los inversores a obtener justicia se ha visto menoscabado en razón de que decisiones de tribunales arbitrales internacionales han dado lugar a la revisión e incluso la revocación de actos emanados por el Estado anfitrión en ejercicio de sus facultades soberanas, como por ejemplo sentencias judiciales de altas cortes nacionales. El caso *Chevron vs. Ecuador* recrea este escenario, cuando la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya ordenó al Estado ecuatoriano emprender todas las medidas para detener la ejecución de la sentencia de Lago Agrio debido a la violación del estándar del trato justo y equitativo por denegación de justicia<sup>16</sup>. Esto imposibilitó a los

16 Corte Permanente de Arbitraje. Caso *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador (II)*. Segundo laudo parcial sobre parte II n.º 2009-23, 2018, párr. 876.

afectados demandar las reparaciones por los daños causados. En tal sentido, el régimen de protección de las inversiones extranjeras mutó de un escudo protector a una espada estratégica y agresiva.<sup>17</sup>

Esta relación asimétrica se ha potencializado a través de la proliferación de tratados internacionales que permiten elevar reclamaciones sobre un mismo daño ante diferentes tribunales, incluso simultáneamente.<sup>18</sup> La doctrina ha enfocado esta situación a través de dos figuras: el *treaty shopping* y el *forum shopping*.

La doctrina la ha conceptualizado el *treaty shopping* como la práctica legal que permite al inversor invocar estratégicamente la nacionalidad de aquel Estado de origen, cuya jurisdicción otorgue la mayor protección y una posición directa (*ius standi*) para su inversión bajo los tratados existentes con el Estado anfitrión.<sup>19</sup> El *treaty shopping* puede configurarse a través de tres mecanismos: la incorporación de una nueva persona jurídica o reestructuración de ciertas operaciones comerciales; la transferencia de derechos de inversión a personas (jurídicas o físicas) nacionales del Estado de origen o el cambio de nacionalidad o la invocación de una nacionalidad existente, ya sea doble o múltiple.<sup>20</sup> Dada la facilidad con que actualmente las personas, especialmente jurídicas, pueden crear o adquirir una nacionalidad, la legitimidad de esta figura ha sido discutida no solo en la doctrina sino también en decisiones arbitrales.

La práctica del *treaty shopping* descansa sobre la facultad libre y soberana de los estados de suscribir tratados internacionales. En este sentido, está en su libertad consentir o no la ratificación de tratados amplios o restrictivos en relación con los derechos sustantivos y procesales reconocidos a los inversionistas. Por un lado, el ejercicio de esta práctica, consentida por los estados, puede catalogarse, según importantes doctrinarios en la materia, como una prudente actuación del inversor que de ninguna manera podría considerarse ilegal o no ética.<sup>21</sup> Por otro lado, otra parte de la doctrina expresa que ante la alta competencia por inversiones en el mercado global, los estados se ven obligados a negociar acuerdos amplios y permisivos con el fin de captar inversiones que impulsen su desarrollo económico y su participación en la economía global.<sup>22</sup> A estas voces críticas se suma la decisión de tribunales

17 IISD. *Private Rights, Public Problems: A Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights*, Winnipeg, wwf, 2001, 16.

18 Yannaca-Small, Katia. "Improving the System of Investor-State Dispute Settlement", *op. cit.*, 52.

19 Baumgartner, Jorun. *Treaty Shopping in International Investment Law*, Nueva York, OUP, 2016, 1, 10.

20 Baumgartner, Jorun. *Treaty Shopping in International Investment Law*, *op. cit.*, 1, 11-12; Yannaca-Small, Katia. "Improving the System of Investor-State Dispute Settlement", *op. cit.*, 52.

21 Dolzer, Rudolf, Schreuer, Christoph. *Principles of International Investment Law*, Nueva York, OUP, 2008, 54.

22 Baumgartner, Jorun. *Treaty Shopping in International Investment Law*, *op. cit.*, 34-35.

arbitrales sobre el uso abusivo *treaty shopping*. En el caso *Philip Morris vs. Australia*, por ejemplo, el tribunal arbitral determinó que la interposición del arbitraje por parte de la compañía basada en un tratado de inversiones entre Hong Kong y Australia constituyó un abuso de derecho (o abuso de proceso) cuando Philips Morris cambió su estructura corporativa para beneficiarse de la protección del tratado justo en el momento en que era previsible<sup>23</sup> la controversia.<sup>24</sup> Estas posiciones divergentes han ahondado en la crisis de legitimidad del sistema internacional de arbitraje de inversiones.

Con el fin de neutralizar la práctica del *treaty shopping*, los estados se han visto abocados a aplicar ciertas medidas como el requerimiento de un vínculo económico sustancial entre la corporación y el Estado o la inclusión de la llamada “cláusula de denegación de beneficios” entre las disposiciones del tratado que regulan el consentimiento sobre la jurisdicción. Según esta cláusula, el Estado se reserva el derecho de denegar los beneficios de un tratado a una compañía que no tiene un nexo económico con el Estado del cual deriva su nacionalidad. Este nexo económico consiste en el control de la empresa por nacionales del Estado de nacionalidad o sustanciales actividades de negocio en este Estado.<sup>25</sup>

Una vez analizados los retos que plantea el *treaty shopping*, el vínculo entre esta figura con el *forum shopping* se abordará a continuación. En el marco del derecho internacional de las inversiones, ambas instituciones se relacionan directa y estrechamente, en la medida que el *treaty shopping* amplía las alternativas para la elección del foro entre distintos acuerdos internacionales de inversión. Estas alternativas van desde la resolución de conflictos por tribunales nacionales del Estado anfitrión hasta la posibilidad de elegir entre múltiples foros de arbitraje internacional.<sup>26</sup>

El *forum shopping* permite la selección al inversionista del régimen, las reglas y la sede más convenientes, que garanticen el desarrollo del proceso y la aplicabilidad del laudo a su favor en caso de disputa.<sup>27</sup> Esta figura puede ser categorizada en dos tipos: el foros simple o foros múltiples. Por un lado, existen tratados de inversiones que no ofrecen ninguna alternativa (foro simple).

23 El tribunal definió la previsibilidad de una controversia como la posibilidad razonable de que se materialice una medida que pueda dar lugar a una reclamación en virtud al tratado.

24 Corte Permanente de Arbitraje. *Caso Philip Morris Asia Limited vs. The Commonwealth of Australia. Award on Jurisdiction and Admissibility* n.º 2012-12, 2015, pár. 585.

25 Dolzer, Rudolf, Schreuer, Christoph. *Principles of International Investment Law*, op. cit., 55.

26 Gaukrodger, David, Gordon Kathryn. “Investor-state dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community”, en *OECD Working Papers On International Investment* 2012/3, OECD, 2012, 20.

27 Yannaca-Small, Katia. “Improving the System of Investor-State Dispute Settlement”, op. cit., 51; Kreindler, Richard H. “Arbitral forum shopping”, en Cremades Sanz-Pastor, Bernardo M., Julian D. M. Lew. *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*, ICC Pub, 2005, 176.

En una encuesta de la OECD, el 56% de los tratados de inversión contempla una sola opción.<sup>28</sup> Por otro lado, con el fin de captar mayores inversiones, los estados anfitriones tienden actualmente a integrar cláusulas que posibilitan al inversionista de escoger entre varios foros aquel o aquellos más ventajosos para sus intereses (foros múltiples). La concurrencia de foros nacionales o internacionales puede ser regulada de manera amplia o restrictiva a través de los acuerdos internacionales de inversión.

Efectivamente, el *forum shopping* se relaciona con el tipo de acuerdo donde se sustenta la inversión: contratos de inversión o tratados de inversión<sup>29</sup>. En el derecho internacional de las inversiones extranjeras, los contratos entre estados e inversores o también llamados “contratos de concesión” sitúan a ambas partes en igualdad de condiciones. Incluso, para muchos tratadistas, los inversores adquieren temporalmente el estatuto de sujeto de derecho internacional.<sup>30</sup> En el caso de la existencia de un contrato de concesión que prevé un mecanismo específico de solución de disputas, el *forum shopping* se configura en el momento en que el inversionista busca beneficiarse de las opciones de resolución de conflictos previstas en un tratado de inversiones. En el caso del CIADI, se plantea la pregunta sobre si un acuerdo de arbitraje establecido en un contrato entre el inversionista y el Estado, y que, además, prevé una determinada jurisdicción y ley nacional, tiene prevalencia sobre un acuerdo el arbitraje del CIADI inserto en un tratado de inversión. El objetivo del inversionista en esos casos sería eludir el acuerdo de resolución de controversias establecido contractualmente con el Estado o entidad estatal.<sup>31</sup> Por otro lado, ante la inexistencia de una relación contractual entre el inversionista y el Estado o una entidad estatal, la solución de controversias estaría fundamentada en un tratado de inversión entre el Estado de origen del inversionista y el Estado anfitrión. El *forum shopping* surgiría en esta relación cuando el tratado prevé opciones para presentar una reclamación relacionada con la inversión.<sup>32</sup>

A esta situación se suma el dilema en la aplicación de estándares de protección, como el estándar de nación más favorecida, a disposiciones específicas basadas en la voluntad de las partes y relacionadas con el procedimiento y condiciones del arbitraje basados en tratados internacionales o acuerdos de inversiones.

28 Yannaca-Small, Katia. “Improving the System of Investor-State Dispute Settlement”, *op. cit.*, 53.

29 Mientras que los contratos de inversión son acuerdos entre el inversionista y el Estado o una entidad estatal relacionados a una transacción o relación privada, los tratados de inversión son acuerdos interestatales que establecen mecanismos para la protección de las inversiones extranjeras.

30 Matthias Herdegen, *Derecho Económico Internacional*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2012, 378.

31 Kreindler, Richard H. “Arbitral forum shopping”, *op. cit.*, 169-170.

32 Kreindler, Richard H. “Arbitral forum shopping”, *op. cit.*, 168.

La cláusula de nación más favorecida otorga a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones un trato no menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a los inversionistas de un Estado no parte. Por ejemplo, con este estándar el Estado podría ampliar el alcance de las disposiciones relacionadas con el mecanismo de resolución de controversias inversor-Estado. En el caso *Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España*, sin embargo, el tribunal arbitral determinó tres situaciones en las que el trato de nación más favorecida no podría modificar la voluntad de las partes en referencia a las reglas sobre la solución de controversias. La primera situación se refiere al condicionamiento del consentimiento para el arbitraje de una parte contratante al agotamiento de recursos internos, prevista en el artículo 26 del CIADI. Ante esta condición, no podría prescindirse de esta exigencia recurriendo a la cláusula de nación más favorecida en relación con acuerdos con terceros que no prevén este condicionamiento. Esto debido a que la condición constituye una regla de derecho internacional. En segundo lugar, si un acuerdo sobre mecanismos de solución de controversias incluye la figura de “bifurcación de camino” que prevé la opción de escoger entre el sometimiento a tribunales nacionales o bien arbitraje internacional, pero establece igualmente que una vez elegida la jurisdicción esta decisión es definitiva e irrevocable. Esta estipulación no puede ser modificada por la cláusula de nación más favorecida. Finalmente, cuando las partes acuerdan sistemas de arbitraje altamente institucionales con reglas de procedimiento precisas, como es el caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en ningún caso este acuerdo, que expresa la voluntad precisa de las partes contratantes, podrá ser modificado por la aplicación de la cláusula.<sup>33</sup> El caso *Maffezini* constituye el primero en el cual un tribunal arbitral aborda la práctica del *treaty shopping* y expone algunas aristas de los retos que presenta.

A la luz de estas consideraciones, el *forum shopping* ha creado lo que la doctrina ha denominado un “luxury problem” en el derecho internacional.<sup>34</sup> Así, el acceso directo por parte del inversionista a múltiples tribunales y procedimientos genera fuertes cuestionamientos e importantes retos a los estados. En primer lugar, la doctrina cuestiona el hecho de que si bien es cierto el Estado en el ejercicio de su soberanía incluye cláusulas sobre *forum shopping* con el fin de captar más inversiones, hasta qué punto esta cesión de soberanía se fundamenta en la libertad e igualdad entre estados, tomando en cuenta el actual desequilibrio de poder existente entre los contratantes, países en vía de desarrollo y países desarrollados que acogen a actores privados muy poderosos.

33 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Emilio Agustín Maffezini v Kingdom of Spain*. Decision on Objections to Jurisdiction n. RB/97/7, 2000, párr. 63.

34 Pauwelyn, Joost, Salles Luiz Eduardo. “Forum Shopping before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)Possible Solutions”, en *Cornell International Law Journal*, vol. 42, issue 1, 2009, 77-118.

sos.<sup>35</sup> Además, los asuntos que se resuelven en tribunales arbitrales muchas veces comprometen el poder del Estado para regular y fiscalizar asuntos de alto interés público. Segundo, la diferencia entre las reglas procedimentales de diferentes instituciones arbitrales, fundamentada en el objetivo de atraer inversores para presentar casos en su seno, puede dar lugar a diferencias en las decisiones que restan legitimidad al mecanismo de solución de controversias inversor-Estado. En relación con el *treaty shopping*, algunos tribunales han adoptado una postura neutral, mientras otros una crítica, como el caso *Maffezini vs. España*.<sup>36</sup> Tercero, la facilidad para la adquisición de la nacionalidad por parte de las empresas genera impacto sustancial en el acceso a este mecanismo, debido a que el inversor puede beneficiarse fácilmente de las ventajas de un determinado foro a favor de sus intereses. Además, esto causa una situación de desigualdad en relación con los inversionistas nacionales del Estado anfitrión, quienes no son titulares de los derechos garantizados en el marco del derecho internacional de las inversiones extranjeras. Incluso, esta desigualdad sitúa en una posición de mayor vulnerabilidad a aquellas personas afectadas por las operaciones del inversor extranjero en el Estado anfitrión. En este contexto, es necesario que los estados realicen un profundo análisis sobre los costos-beneficios relacionadas a las consecuencias de la incluso de cláusulas en favor del *forum shopping*.

Algunos estados ya han emprendido medidas para limitar las consecuencias relacionadas al acceso al *forum shopping*. En la configuración de los acuerdos internacionales de inversión, el Estado puede influir en las condiciones para la resolución de conflictos mediante la inclusión de regulaciones más precisas sobre la manera de llevar a cabo el mecanismo de solución de controversias inversor-Estado.<sup>37</sup> Además, los estados pueden incorporar por ejemplo la cláusula de denegación de beneficios o el requisito de un vínculo económico o actividades comerciales sustanciales. Para frenar las consecuencias de múltiples foros, los estados también han integrado una cláusula de jurisdicción exclusiva en contratos de inversión. Esta solución ha sido determinada como inviable por los tribunales arbitrales, por lo tanto los inversionistas pueden presentar sus reclamos por incumplimiento de tratados pese a esta cláusula.<sup>38</sup> Otra medida adoptada por los estados para impedir varios procedimientos de reclamación presentados por diferentes inversores de un grupo empresarial sobre la misma inversión al mismo tiempo es la inclusión de la cláusula de consolidación, la cláusula de bifurcación en el camino y cláusulas de exención.<sup>39</sup>

35 Baumgartner, Jorun. *Treaty Shopping in International Investment Law*, op. cit., 36.

36 Baumgartner, Jorun. *Treaty Shopping in International Investment Law*, op. cit., 8.

37 Yannaca-Small, Katia. "Improving the System of Investor-State Dispute...", cit., 53.

38 Baumgartner, Jorun. *Treaty Shopping in International Investment Law*, op. cit., 17.

39 Baumgartner, Jorun. *Treaty Shopping in International Investment Law*, op. cit., 18-19.

De acuerdo con la costumbre internacional, los estados tienen la obligación de garantizar al inversionista extranjero el acceso de recursos y remedios de acuerdo a las reglas del debido proceso para demandar vulneraciones a sus derechos. La posibilidad otorgada por el Estado anfitrión al inversionista para demandarlo constituye una prerrogativa adicional, inserta en un acuerdo de inversiones. Consecuentemente, el arbitraje de inversión no configura un derecho inherente del inversor, por lo tanto, la restricción de la práctica del *forum shopping* no equivaldría en ningún caso a denegación de justicia.

El mecanismo de solución de controversias inversor-Estado y el alcance de las figuras del *treaty shopping* y el *forum shopping* dan cuenta de las amplias posibilidades que tiene el inversor para escoger entre los foros nacionales y aquellos arbitrales internacional más adecuados con el fin de hacer prevalecer sus intereses y derechos. Constituye entonces un desafío para los estados modular el alcance del mecanismo de solución de controversias inversor-Estado con el fin de evitar la impunidad, especialmente su impacto en el ejercicio al acceso a la justicia de terceros afectados por las operaciones del inversor.

## 2. EL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS VÍCTIMAS POR LOS EFECTOS NEGATIVOS OCASIONADOS POR LAS OPERACIONES DE EMPRESAS TRANSNACIONALES SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

En principio, el derecho internacional de los derechos humanos fue gestado para proteger a los individuos del ejercicio arbitrario y abusivo del poder por el Estado. En tal sentido, en el marco del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, se ha desarrollado una serie de obligaciones que son de directa responsabilidad de los estados. No obstante, en la actual sociedad global el poder económico, ejercido por grandes empresas con operaciones a escala mundial también, puede ocasionar graves violaciones a los derechos humanos. En relación con el derecho al acceso a la justicia, los estados son los obligados a garantizar el acceso a recursos y remedios adecuados y efectivos a los afectados por estas violaciones. Consecuentemente, el sistema de administración de justicia nacional es el mecanismo principal con el que cuentan las víctimas de violaciones de derechos humanos para obtener justicia y reparación. En relación con los efectos negativos de operaciones empresariales en los derechos humanos, la garantía del derecho al acceso a la justicia se dirige a impugnar cualquier norma, decisión, acción u omisión de las autoridades públicas contrarias al respeto de estos derechos humanos; a garantizar el ejercicio de derechos procedimentales como el acceso a la información y la participación pública, por ejemplo, a través de la consulta previa, y a remediar cualquier violación de derechos.<sup>40</sup>

40 Corte IDH. Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance

En estados receptores, especialmente aquellos con débiles estructuras institucionales y normativas, el acceso a la justicia para las víctimas de violaciones cometidas por actores económicos, especialmente transnacionales, se puede ver impedido por dos factores principales. El primero, la compleja estructura organizativa de actores económicos globales, quienes pueden aprovechar distintos mecanismos, por ejemplo, en el marco del derecho internacional de las inversiones extranjeras, para escapar de sus responsabilidades. El segundo factor se relaciona, por un lado, con la incapacidad de los estados de acogida para regular a las empresas, especialmente transnacionales y, por otro lado, con la renuencia de los estados de origen de normar y juzgar los abusos cometidos en el extranjero por empresas domiciliadas en su jurisdicción, debido al temor a los efectos que estas medias puedan causar en su economía.<sup>41</sup> Así, ante la dificultad de obtener justicia en los estados receptores, las víctimas de violaciones de derechos humanos derivadas de actividades empresariales tienen dos opciones: acudir ante la justicia del Estado donde la empresa está domiciliada o entablar demandas en contra de su Estado ante instancias internacionales por el incumplimiento de sus obligaciones respecto a los actos de particulares.

En este contexto, este acápite analizará, por un lado, la obligación de cooperar de los estados de origen del inversor para garantizar el derecho al acceso a la justicia de los afectados a través del ejercicio extraterritorial de la administración de justicia. Por otro lado, se dilucidarán las limitaciones en acceso a sistemas internacionales por parte de las víctimas para demandar la responsabilidad de las empresas transnacionales.

### *2.1. La obligación de cooperar: la extraterritorialidad en el ejercicio de la administración de justicia por parte de los estados de origen*

La cooperación internacional puede definirse como las acciones ejecutadas por diferentes actores dentro del derecho internacional, como estados, organizaciones internacionales, entre otros, con el fin de lograr objetivos comunes.<sup>42</sup> La cooperación puede tener lugar a través de la asistencia de carácter financiero, técnico o jurídico. Para el presente estudio abordaremos la cooperación jurídica internacional como mecanismo de garantía en el acceso a la justicia en contextos empresariales globales.

de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, párr. 237.

41 Giner, Agnes. “Las empresas transnacionales y los Derechos Humanos”, *op. cit.*, 73-74.

42 Socas, Nicolás, Hourcade, Odile. “La cooperación internacional”, en Chiani, Ana María, Juan B. Scartascini del Río (coords.). *La cooperación internacional: herramienta clave para el desarrollo de nuestra región*, Buenos Aires, KAS, 2009, 21.

En un mundo globalizado, las fronteras nacionales se han difuminado. Una consecuencia de ello es que la facultad de juzgar y hacer cumplir lo juzgado ya no se circunscribe exclusivamente a los territorios nacionales. Esto ha dado lugar a la creación de espacios de justicia transnacional, en los cuales la cooperación jurídica internacional desempeña un papel fundamental para garantizar el derecho a acceder a la justicia.<sup>43</sup> En sus orígenes, este tipo de cooperación tuvo su fundamento en el principio de reciprocidad internacional. Actualmente, el aumento de conflictos internacionales transnacionales, especialmente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, ha contribuido a que la colaboración de los estados para garantizar el acceso a la justicia se configure como un deber internacional.

En el ámbito de los derechos humanos el deber de cooperar se relaciona con las obligaciones de los estados de garantizar y proteger. En referencia a la obligación de garantía, la cooperación interestatal apunta, por un lado, a la prestación de asistencia con el fin de lograr la efectiva realización de los derechos humanos. Por otro lado, ésta exige a los estados facilitar el acceso a la justicia por violaciones de derechos humanos cometidas en terceros estados. En cuanto a la dimensión de la obligación de proteger, este deber busca prevenir que conductas de actores estatales y particulares impidan el ejercicio de derechos humanos de los individuos en otros estados. En contextos de actividades empresariales, los estados de origen están llamados a cumplir con sus obligaciones internacionales en el marco del deber de cooperación para evitar la impunidad por violaciones de derechos humanos, derivadas de operaciones ejecutadas por sus empresas en otras jurisdicciones.

En principio, los estados son responsables por las violaciones de derechos humanos cometidos en su territorio. Sin embargo, estos también pueden responder por conductas atentatorias a los derechos humanos ocurridos fuera de su territorio sea por las acciones u omisiones llevadas a cabo por agentes estatales o particulares que se encuentran bajo su autoridad o control efectivo o por conductas originadas en su jurisdicción, pero con efectos fuera de su territorio. En contextos empresariales, especialmente en el ámbito del derecho privado, si bien es cierto que las circunstancias descritas podrían no configurarse, los estados pueden influir significativamente a través de la cooperación internacional en las conductas de empresas privadas domiciliadas dentro de su jurisdicción.<sup>44</sup> Con el fin de asegurar el disfrute de los derechos humanos

43 Goicoechea, Ignacio. “Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial”, en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente* 4, n.º 7, 2016, 129.

44 Según el Comité DESC, las sociedades domiciliadas en territorio o jurisdicción de un Estado comprenden aquellas constituidas conforme a sus leyes, o que tengan su domicilio social, administración central o sede principal de negocios en su territorio nacional. ONU, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General n.º 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales de 10 de agosto de 2017, núm. 31.

de los individuos o comunidades en los estados de acogida, actualmente en el campo internacional se impulsa con más fuerza el deber de los estados de cumplir con sus obligaciones en materia de los derechos humanos a través del ejercicio extraterritorial de su jurisdicción.<sup>45</sup>

En general, el derecho internacional público permite a los estados ejercer jurisdicción extraterritorial bajo el cumplimiento de dos supuestos. Primero, la existencia de una base de jurisdicción reconocida sea por el vínculo de la nacionalidad entre el actor o la víctima y el Estado, sea por los efectos sustancialmente adversos de los actos en el Estado, o por la comisión de crímenes internacionales. El segundo supuesto exige un examen de razonabilidad que incorpore el principio de no intervención en asuntos internos. Como es posible observar, en el marco de estos supuestos no se incluye la protección de los derechos humanos como justificación para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial.<sup>46</sup>

Dadas las crecientes denuncias por violaciones de derechos humanos por parte de las empresas, los órganos de tratados de derechos humanos en el seno de Naciones Unidas se han pronunciado a favor de la necesidad de que los estados de origen regulen, supervisen, investiguen, juzguen y sancionen aquellas conductas de empresas domiciliadas en su territorio que puedan resultar en la violación de derechos humanos en jurisdicciones extranjeras, especialmente cuando los estados de acogida son incapaces o renuentes a hacerlo.<sup>47</sup>

En el marco de la obligación de garantizar, ésta tiene una dimensión extraterritorial, la cual apunta a asegurar el derecho al acceso a la justicia a través de la competencia judicial internacional. Esta figura presupone que las legislaciones de los estados faculten a sus tribunales nacionales receptar pretensiones, derivadas de relaciones jurídicas que llevan implícitos elementos de internacionalidad. Es importante anotar que la aplicación de la competencia judicial internacional requiere de la existencia de sólidos puntos de conexión de carácter personal, territorial o material. En el contexto de las empresas y los derechos humanos, la competencia judicial de los estados de origen se fundamentaría en el punto de conexión personal respecto al domicilio de las empresas.

Para viabilizar la implementación de la cooperación judicial internacional, los estados de origen deben facultar a través de su normativa a que sus tribunales nacionales puedan receptar demandas de víctimas de violaciones

45 ONU Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas* de 18 de julio de 2017, párr. 64.

46 Ruggie, John. "Business and Human Rights: The Evolving International Agenda", en *The American Journal of International Law*, 101(4), 2007, 830.

47 ONU, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General n.º 24, *op. cit.*, núm. 30.

de derechos humanos,<sup>48</sup> generadas por operaciones de empresas domiciliadas en su jurisdicción o sus filiales en territorio extranjero, especialmente cuando se presentan una o varias de estas circunstancias: los recursos en el Estado receptor son inexistentes o ineficaces para asegurar el ejercicio de este derecho, el cierre de las operaciones de las filiales en el Estado de acogida, la carencia de suficientes recursos para indemnizar a las víctimas por los daños ocasionados, o la falta de debida diligencia de la empresa en referencia a su cadena de suministros.<sup>49</sup> En consonancia con su deber de cooperación, los estados tienen el deber de eliminar cualquier obstáculo normativo e institucional.

Un ejemplo de una norma nacional que admite el ejercicio extraterritorial de su jurisdicción a sus tribunales constituye la ley federal estadounidense de 1979 Alien Tort Claim Act (ATCA). A continuación abordaremos de manera breve el alcance de la aplicación de esta norma a la luz de casos relacionados con actividades empresariales. Además, a la luz del caso *Chevron vs. Ecuador* se examinará la figura del *forum non conveniens* como obstáculo para la aplicación efectiva de esta norma.

La ley otorga competencia a tribunales federales para conocer demandas interpuestas por extranjeros ante violaciones al derecho internacional consuetudinario o un tratado internacional ratificado por los Estados Unidos.<sup>50</sup> Al amparo de esta norma, particulares pueden ser demandados por violaciones al derecho internacional público. Según la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, un actor no estatal puede ser responsable por acciones “atroces” que vulneran normas “específicas, universales y obligatorias”.<sup>51</sup> En el ámbito de los derechos humanos, esta ley ha abierto la puerta para plantear demandas en contra de empresas estadounidenses o extranjeras por violaciones perpetradas en el extranjero. En el caso *Doe I vs. Unocal Corp.* los tribunales estadounidenses declararon su competencia para conocer la demanda planteada en contra de la empresa americana Unocal por el apoyo prestado al ejército de Myanmar en la comisión de graves violaciones de derechos humanos en el marco de la construcción de un oleoducto en ese país.<sup>52</sup> En el 2005 las partes llegaron a un acuerdo que tuvo como consecuencia la desestimación del caso.

48 ONU, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General n.º 24, *op. cit.*, núm. 30; Consejo de Europa Comité de Ministros. Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los derechos humanos y las empresas de 2 de marzo de 2016, párrs. 13, 20, 34 y 35.

49 García Muñoz, Soledad. *Empresas y derechos humanos: estudios interamericanos*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, párr. 133.

50 Estados Unidos de América. *Alien Tort Claims Act*, 28 U.S.C., párr. 1350.

51 Corte Suprema de Justicia de EUA. *Caso Sosa vs. Alvarez-Machain* 542 U.S.692, 2004, 715, 724, 732.

52 Tribunal de apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos. *Caso Doe I vs. Unocal Corp.* 395 F.3 d 932, C.A.9 (Cal.), 2002.

Otro caso, en el que se demandó la aplicación de la jurisdicción de las cortes estadounidenses a la luz del ATCA, es *In Re South African Apartheid Litigation*. Los demandantes alegaron el apoyo de las empresas multinacionales, como Daimler<sup>53</sup>, Ford Motor Company, International Business Machine Corp.<sup>54</sup>, entre otras, en la comisión de violaciones contra el derecho internacional consuetudinario por el Estado sudafricano durante el régimen de *apartheid*.<sup>55</sup> En el análisis del alcance de la responsabilidad de las empresas por complicidad e instigación el tribunal determinó en el caso contra Daimler que “[...] el derecho internacional consuetudinario requiere que un colaborador y un cómplice sepan que sus acciones ayudarán sustancialmente al perpetrador en la comisión de un delito o agravio en violación del derecho de las naciones.”<sup>56</sup> Con base en ello, las alegaciones de los demandantes fueron desechadas, debido a que no lograron probar que el uso de vehículos o computadores constituya un elemento esencial o un medio para el cometimiento de tratos crueles, inhumanos y degradantes.<sup>57</sup>

En el caso *Aguinda vs. Texaco*, la compañía petrolera estadounidense fue demanda ante el Tribunal Federal de White Plains en Nueva York por afectaciones a sus derechos y daños ambientales. Además de esta acción colectiva, los demandantes plantearon un reclamo bajo el ATCA,<sup>58</sup> alegando la violación de normas ambientales del derecho consuetudinario internacional derivadas de las actividades de extracción petrolera ejecutadas por Texaco. Por otro lado, los demandados mocionaron la desestimación del caso en razón del *forum non conveniens*.

La institución del *forum non conveniens* se construye bajo el principio de cortesía internacional, expresión de la comprensión de una nación a los actos legislativos, administrativos y judiciales de otra.<sup>59</sup> Así, a través de esta institución del derecho consuetudinario permite que un tribunal estadounidense

53 Tribunal del Distrito Sur de Nueva York. Caso *Lungisile Ntsebeza et al. vs. Daimler AG.*, 617 F. Supp. 2d 228, 2009.

54 Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, Caso *Lungisile Ntsebeza et al. vs. Ford Motor Company and International Business Machine Corp.*, 02 CIVs. 6218 (SAS), 2014.

55 Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, Caso *Lungisile Ntsebeza et al. vs. Ford Motor Company and International Business Machine Corp.*, op. cit., 2; Tribunal del Distrito Sur de Nueva York. Caso *Lungisile Ntsebeza et al. vs. Daimler AG*, op. cit., 241.

56 Tribunal del Distrito Sur de Nueva York. Caso *Lungisile Ntsebeza et al. vs. Daimler AG*, op. cit., 262.

57 Tribunal del Distrito Sur de Nueva York. Caso *Lungisile Ntsebeza et al. vs. Daimler AG*, op. cit., 266, 296.

58 Tribunal del Distrito Sur de Nueva York. Demanda. Caso *Aguinda vs Texaco Inc*, No 93 Civ 7527, 1993, párr. 9.

59 Corte de Apelaciones del Tercer Distrito. Opinión de la Corte. Caso *Somportex Limited vs Philadelphia Chewing Gum Corporation, Apelante, vs Brewster, Leeds & Co, Inc y MS International, Inc, Terceros Demandados*, 453 F.2d 435 (3rd Cir. 1972), 1972, párr. 14; Corte de Apelaciones del Segundo Circuito. Opinión. Caso *Pravin Bunker Assocs vs Banco Popular Del Peru*, 109 F.3d 850 (2d Cir 1997), 1997, párr. 17.

rechace su jurisdicción sobre un caso, cuando otro tribunal está en mejor posición para decidir sobre un caso en interés de la justicia y a favor de la conveniencia de las partes.<sup>60</sup>

En el caso *Aguinda vs. Chevron* el tribunal la desestimó la demanda planteada al amparo del ATCA en razón de la institución del *forum non conveniens* debido a dos motivos. El primero, relacionado con la alegación por parte de los demandantes de violaciones a las normas ambientales de derecho internacional consuetudinario, el tribunal planteó que no existían respaldos sustanciales en los precedentes. Además, recordó como precedente el caso *Amlon Metals Inc vs FMC Corp.*, en el cual el Tribunal del Distrito el Distrito Sur de Nueva York concluyó que las invocaciones al derecho ambiental internacional, como los Principios de Estocolmo, no constituyan normas de aceptación universal, por lo tanto su inobservancia no generaba una violación del derecho de las naciones en virtud el ATCA.<sup>61</sup> El segundo motivo para la desestimación del tribunal se focalizó en la mejor posición de los tribunales ecuatorianos para conocer el caso e interpretar violaciones del derecho internacional. Por estos motivos los tribunales estadounidenses se abstuvieron de conocer el caso, determinando que sus pares ecuatorianos estaban en mejor posición para resolverlo. Así, después de casi diez años, los afectados tuvieron que llevar el caso ante instancias judiciales ecuatorianas. A la luz de este caso es posible observar que la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens* dificulta significativamente la materialización del derecho al acceso a la justicia a víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas en contextos empresariales, cuando el sistema de justicia del Estado receptor no permite la debida investigación, juzgamiento y sanción a los responsables.

Finalmente, en el marco del ATCA, los tribunales estadounidenses han consolidado a través de sus decisiones su reticencia a su aplicación extra-territorial. Así, en el caso *Kiobel* la Corte Suprema de Justicia restringió de forma determinante el alcance territorial de la ley a la necesidad de demostrar un fuerte vínculo entre las reclamaciones con el territorio estadounidense. En opinión de la Corte la conexión entre la colaboración de compañía Shell con el gobierno de Nigeria en la comisión e graves violaciones a los derechos humanos alegada por los demandantes y el territorio estadounidense carecía de fuerza suficiente para desplazar la presunción en contra de su aplicación

60 Corte de Apelaciones del Segundo Circuito. Opinión. *Caso Murray contra British Broad Corp*, 81 F.3d 287 (2d Cir 1996), 1996, 291; Memorándum de ley de Texaco Inc. en apoyo de sus mociones renovadas para desestimar con base en Forum Non Conveniens y International Comity, *Caso Aguinda vs Texaco Inc*, n.º 93 Civs. 7527 (SDNY 1999) 22; Kimerling, Judith. “Los Pueblos Indígenas y la Frontera Petrolera en la Amazonía: El Caso de Ecuador, ChevronTexaco y Aguinda vs Texaco”, en *New York University Journal of International Law and Politics* vol. 38, 2006, 528.

61 Tribunal del Distrito Sur de Nueva York. Sentencia. *Caso Amlon Metals Inc contra FMC Corp*, 775 F.Supp. 668 (SDNY1991), 1991, 671; Corte de Apelaciones del Quinto Circuito. Opinión. *Caso Beanal vs Freeport-McMoran Inc*, 197 F.3d 161 (5th Cir 1999), 1999, 166-167.

extraterritorial. En relación con la responsabilidad corporativa, la Corte concluyó en consecuencia que la mera presencia corporativa en un país extranjero no es fundamento suficiente para la aplicación extraterritorial del ATCA.<sup>62</sup>

Al contrario de la tendencia mostrada por los tribunales estadounidenses, pronunciamientos de tribunales en Canadá y Europa han abierto la posibilidad de evaluar violaciones de derechos humanos cometidas en otros estados por empresas domiciliadas en su jurisdicción.

En el caso *Nevsum Resources vs Araya*, la Corte Suprema de Canadá examinó la procedencia de que los tribunales canadienses conozcan una demanda de indemnización presentada por tres trabajadores de Eritrea, sometidos a un régimen de trabajos forzados por el servicio militar de ese país en una mina, propiedad de la empresa canadiense Nevsum Resources Ltd. La Corte determinó que el caso podía ser conocido por tribunales de British Columbia, rechazando así la moción presentada por la empresa minera Nevsum, la cual pretendía desestimar los alegatos de los demandantes, entre otras razones por la doctrina del acto del Estado, que impediría a los tribunales canadienses evaluar los actos soberanos de un Estado extranjero y por la imposibilidad de aplicar razonablemente el derecho consuetudinario internacional. De acuerdo con la mayoría de Corte, las normas de derecho internacional consuetudinario o del *ius cogens*, planteadas como vulneradas por los demandantes, al formar parte del derecho consuetudinario canadiense, podían ser aplicadas a Nevsum, empresa sujeta a las leyes de ese país.<sup>63</sup> Hasta el momento el proceso continúa.

Otro ejemplo constituye el caso *Four Nigerian Farmers y Milieudefensie vs. Shell*. Los hechos del caso refieren a tres derrames de petróleo ocurridos en el Delta del Níger que causaron serios daños a las tierras de cultivo y zonas de pesca locales. Los afectados, apoyados por la ONG holandesa Milieudefensie, demandaron ante la justicia neerlandesa, tanto a la Shell Nigeria (SPDC) como a su matriz Royal Dutch Shell (RSD) por los derrames producidos debido a la conducta negligente de las empresas en el mantenimiento de las tuberías y su respuesta deficitaria. Los casos se trataron en procesos separados. De acuerdo con el Tribunal de Apelaciones de La Haya, la subsidiaria tenía un deber de cuidado en relación con los demandantes. Sin embargo, actuó negligentemente en la respuesta dada a los derrames.<sup>64</sup> Esta decisión marca un precedente importante al declarar la responsabilidad de la matriz con respecto las consecuencias negativas de su filial en el extranjero.

Igualmente, la Corte Suprema del Reino Unido ha demostrado su apertura para conocer la violación de derechos humanos en otros países contra empre-

62 Corte Suprema de EUA. Opinión. *Caso Kiobel y otros contra Royal Dutch Petroleum Co y otros*, 133 S.Ct. 1659, 2013, 13.

63 Corte Suprema de Canadá. *Caso Nevsum Resources vs. Araya*, 2020 scc 5, 2020.

64 Corte de Apelaciones de La Haya. Sentencia. *Caso Four Nigerian Farmers and Milieudefensie vs. Shell Appeal Case n.º 200.126.804 and 200.126.834*, 2021, párr. 8.1.

sas domiciliadas bajo su jurisdicción y sus subsidiarias. En el caso *Vedanta Resources Plc y Konkola Copper Mines vs. Lungowe y otros* los residentes de la ciudad zambina de Chingola interpusieron una demanda en contra de Ventana Resources PLC (Vedanta), empresa matriz constituida en Reino Unido, y Konkola Copper Mines (KCM), su subsidiaria en Zambia, por los daños originados por la emisión tóxica en las vías fluviales de los desechos descargados de la mina de cobre Nchanga, operada por KCM. La Corte Suprema del Reino Unido confirmó por unanimidad la decisión adoptada por los tribunales inferiores, que aceptaba la presentación del caso en Reino Unido pese a que los daños se produjeron en Zambia.<sup>65</sup> Un importante argumento de la Corte para fundamentar su decisión versó sobre el reconocimiento de las limitaciones que los demandados para acceder a la justicia en Zambia. En opinión de la Corte, Zambia en principio constituye el lugar adecuado para la tramitación del proceso. Sin embargo, factores como la pobreza, la falta de asistencia legal y la imposibilidad de contratar a un equipo legal competente impedirían a los demandados la efectiva materialización de su derecho al acceso a la justicia.

En relación con problemas ambientales con impactos regionales o globales, la prohibición de causar daños ambientales transfronterizos constituye una máxima en el derecho internacional ambiental. Este principio impone a los estados, por un lado, la obligación de velar por que las actividades ejecutadas en su jurisdicción o bajo su control no causen daños en otros estados, por ejemplo, mediante la adopción de medidas para controlar las fuentes del daño. Para el cumplimiento de esta obligación de carácter preventivo, la cooperación interestatal cumple un papel fundamental. Por otro lado, ante la eventual materialización del daño transfronterizo, este principio obliga al Estado de origen a adoptar medidas de mitigación, garantizar el acceso a la justicia y reparar las consecuencias del daño en el ambiente y los derechos de los individuos en otros estados.<sup>66</sup>

Con respecto al acceso a la justicia por daños transfronterizos, la Corte IDH, a través de su opinión consultiva sobre medioambiente, ha reconocido la obligación de los estados de garantizar el acceso a procedimientos administrativos y judiciales a posibles víctimas de vulneraciones de derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos del Sistema por los daños ambientales transfronterizos.<sup>67</sup> La Corte ha determinado que una persona, independientemente de su nacionalidad o residencia, está sujeta a la jurisdicción del Estado de origen del daño y por consiguiente tiene el derecho a protección judicial, siempre y cuando

65 Corte Suprema de Reino Unido. Sentencia. *Caso Vedanta Resources Plc y Konkola Copper Mines v Lungowe and Ors* (2019) UKSC 20, 2019, párr. 102.

66 Corte IDH. Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente, cit., párrs. 97, 182.

67 Corte IDH. Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente, cit., párrs. 239-240.

se demuestre la existencia de una relación causal entre la actividad contaminante en el Estado de origen y la afectación de sus derechos humanos.<sup>68</sup>

Un caso que apunta a demostrar la responsabilidad de las empresas por las consecuencias de problemas ambientales globales ocasionados por sus operaciones en el ambiente y los derechos de los individuos en otras regiones del mundo, como el cambio climático, constituye el *caso Saúl Liluya vs. RWE AG*. El demandante, como copropietario de un edificio residencial en la ciudad de Huaraz, ubicada debajo del lago glaciar, laguna de Palcacocha, en los Andes peruanos, solicitó ante el Tribunal Regional de Essen, Alemania, en noviembre de 2015, que la compañía RWE asumiera los costos de las medidas para proteger su propiedad de un posible maremoto o deslizamiento de lodo originado por el derretimiento del glaciar como consecuencia de las emisiones de gases de efecto invernadero provocadas por las operaciones de la compañía. El tribunal de primera instancia desestimó la demanda, argumentando que el riesgo de inundación no podía ser asignado ni siquiera proporcionalmente a un solo emisor de gases de efecto invernadero. Esta decisión fue apelada por los demandantes.

La quinta división del Tribunal Regional Superior de Hamm decidió continuar con el proceso, abriendo la etapa probatoria. En sus consideraciones, el Tribunal determinó que el punto de causalidad en la demanda se focaliza en la contribución activa de la empresa demandada en el riesgo de inundación por la operación de las centrales eléctricas controladas por sus filiales y en la no adopción de medidas para por lo menos mitigar el riesgo de inundación.<sup>69</sup> Los demandados presentaron una solicitud urgente (*Gegenvorstellung*) contra la decisión del Tribunal de practicar pruebas con base en dos argumentos: la imposibilidad de solucionar la falla debido a la presencia de varios disruptores y la inexistencia de un nexo causal entre las emisiones de CO<sub>2</sub> y el aumento del nivel de agua en la laguna. El Tribunal rechazó la solicitud.<sup>70</sup> Del 24 al 26 de mayo de 2022, los peritos designados por el Tribunal visitaron la laguna de Palcacocha y procedieron a ejecución de las investigaciones y mediciones necesarias para su valoración. Actualmente, se espera el informe para la realización de una audiencia oral.<sup>71</sup>

Finalmente, un caso novedoso en el marco de impactos generados en el ambiente y los derechos humanos por empresas que cotizan en el mercado

68 Corte IDH. Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente, *op. cit.*, párr. 238.

69 Tribunal Regional Superior de Hamm. Auto de instrucción y prueba. *Caso Liluya vs. RWE*, n.º I-5 U 15/17, 2017, párr. 4, 8.

70 Tribunal Regional Superior de Hamm. Decisión. *Caso Liluya vs. RWE*, n.º I-5 U 15/17, 2018, párr. I3, I4, III.

71 Tribunal Regional Superior de Hamm. *Caso Liluya vs. RWE*. “Comunicado de prensa: Toma de pruebas en Perú en el litigio Liluya./RWE”, 2022, [https://www.olg-hamm.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilung\\_archiv/archiv/2022\\_Pressearchiv/19\\_22\\_PE\\_Beweisaufnahmen-in-Peru-im-Rechtsstreit-Liluya-—-RWE/index.php](https://www.olg-hamm.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilung_archiv/archiv/2022_Pressearchiv/19_22_PE_Beweisaufnahmen-in-Peru-im-Rechtsstreit-Liluya-—-RWE/index.php).

bursátil estadounidense constituye la demanda interpuesta ante el Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito Este de Nueva York por la Comisión de Bolsa y Valores (por sus siglas en inglés, SEC) en contra de la empresa brasileña minera Vale SA, cuyos valores están registrados en la SEC y son negociados en la Bolsa de Valores de Nueva York. La denuncia se fundamenta en declaraciones supuestamente falsas y engañosas hechas por la empresa a los inversores sobre la seguridad de sus represas antes y después del colapso de la represa Brumandinho, que causó la muerte de 270 personas, graves impactos ambientales y sociales y un perjuicio a los inversores por más de 4 mil millones de dólares en la capitalización de mercado.<sup>72</sup> Si bien es cierto que la demanda se circunscribe a las pérdidas causadas a los inversores, constituye también un llamado de atención a compañías que cotizan en el mercado bursátil.

Estas decisiones de orden doméstico constituyen un paso determinante en la lucha contra la impunidad de empresas transnacionales y consolidan además la obligación extraterritorial de los estados de origen de receptar demandas por violaciones cometidas en el extranjero por empresas domiciliadas en su territorio, especialmente cuando el Estado receptor no puede o no quiere garantizar el acceso a la justicia y las garantías judiciales.

## *2.2. El derecho de acceso a la justicia de los afectados por violaciones de derechos humanos ante instancias internacionales*

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos, los estados han conferido a las víctimas de derechos humanos a través de la suscripción de tratados internacionales la facultad de demandar ante instancias internacionales a los estados por el incumplimiento de sus obligaciones, convirtiéndose así en sujetos activos de una acción judicial internacional.<sup>73</sup> A nivel de Naciones Unidas y en regiones, como Europa, América y África, se han desarrollado sendos mecanismos para prevenir violaciones de derechos humanos y para garantizar el acceso a la justicia en caso de su violación. El requisito fundamental para acudir ante instancias internacionales en materia de derechos humanos es el agotamiento de las instancias nacionales.<sup>74</sup> En tal sentido, los estados siempre tendrán la preminencia en garantizar el cumplimiento de su deber de justicia, verdad y reparación.

Con respecto a su deber de protección en contextos empresariales, los estados deben, por un lado, prevenir una violación a través de la identificación de los posibles riesgos para posteriormente exigir a las empresas la

72 Tribunal de Distrito Este de Nueva York. Demanda. Civil Action n.º 22-cv-2405, 2022.

73 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Voto razonado, *op. cit.*, párrs. 16-17.

74 Organización de Estados Americanos. *Convención Americana de Derechos Humanos*. 1979, art. 46 (a); Consejo Europeo de Derechos Humanos. *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 1950, art. 35.1.

adopción de medidas de corrección. Por otro lado, los estados deben adoptar todas las medidas a su alcance en caso de conocer la existencia de un riesgo real e inminente con el fin de impedir la materialización de la violación. Para impulsar la adopción pronta de medidas preventivas por parte del Estado, existe dentro del Sistema Interamericano de Derechos humanos las llamadas *medidas cautelares*. Estas constituyen mecanismos de prevención ante hechos que puedan causar un impacto de carácter grave e inminente en un derecho, cuya afectación no sea susceptible de reparación.<sup>75</sup> Consecuentemente, si una actividad empresarial tiene el potencial de causar una grave afectación en un derecho previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), los afectados podrían solicitar a la Comisión IDH que tramite estas medidas. Un ejemplo lo constituye el asunto *Marcelino Díaz Sánchez y otros* respecto a México. En el caso, la Comisión otorgó la medida por los riesgos a derechos como la vida, la integridad y la salud debido a la contaminación atribuida a un relleno sanitario por parte de una empresa privada. Aquí, la Comisión se refirió particularmente al comportamiento estatal exigido dentro de un marco preventivo, como la obligación de información, ejecución de estudios de impacto ambiental, participación de los interesados y la implementación de acciones para que las empresas involucradas apliquen la debida diligencia en tema de derechos humanos.<sup>76</sup>

Al configurarse la violación de los derechos humanos por agentes estatales o particulares<sup>77</sup>, los estados deben garantizar a las víctimas el acceso a aquellos recursos previstos en sus ordenamientos jurídicos para obtener debida reparación. En caso de que la víctima no esté conforme con las resoluciones de los órganos de justicia nacionales o el Estado no le haya garantizado debidamente el ejercicio de su derecho al acceso a la justicia y el debido proceso, puede demandar al Estado ante instancias internacionales cuasi-judiciales o judiciales si algún tratado internacional en materia de derechos humanos ratificado por ese Estado así lo establece. Los órganos previstos en tal instrumento determinarán si el Estado vulneró o no los derechos humanos de la víctima. Una de las consecuencias de la determinación de la violación de derechos humanos la constituye la declaración de responsabilidad internacional del Estado.

En relación con la responsabilidad internacional de los estados en contextos empresariales, ésta se genera por actos cometidos por empresas o actores económicos en el ámbito tanto privado como público ante la aquiescencia,

75 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Reglamento*, 2013, art. 25.

76 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Marcelino Díaz Sánchez y otros respecto a México*. Otorgamiento de medidas Cautelares de 23 de abril de 2019, pár 24.

77 Amaya Querejazu Escobar. “El verdadero poder de los derechos humanos”. Ponencia, Congreso “Jaime Sanín Greffeinstein”. *Post-globalización: del fin de los derechos humanos a la guerra infinita*, Antioquia, 2008.

tolerancia o colaboración estatal en hechos constitutivos de la violación (obligación de respeto)<sup>78</sup>; la falta de debida diligencia para prevenirla (obligación de protección)<sup>79</sup>; la ausente o deficiente regulación de las actividades empresariales en conexión con los derechos humanos (obligación de garantía), o el incumplimiento de sus deberes de verdad, justicia y reparación (obligación de garantía). Igualmente, cada vez más se consolida la tesis de la responsabilidad estatal que puede generarse a partir del incumplimiento de la obligación extra-territorial por los estados de regular a las empresas domiciliadas en su territorio, de cooperar y adoptar medidas para prevenir ante situaciones de riesgo real a los derechos humanos fuera de su jurisdicción por la actuación de una empresa domiciliada en su territorio y ante la materialización del riesgo de garantizar el acceso a la justicia.<sup>80</sup> En este sentido tanto los estados de origen como los de acogida comparten la responsabilidad de garantizar que las actuaciones de las empresas presentes en sus territorios cumplan con los derechos humanos.

Altas cortes internacionales, como la Corte Europea de Derechos humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han pronunciado sobre violaciones de derechos humanos, como el respeto a la vida privada y familiar<sup>81</sup>, la vida<sup>82</sup> y la propiedad<sup>83</sup>, ocasionadas por impactos ambientales atribuibles a las acciones u omisiones tanto de agentes estatales como de particulares. En sus sentencias, además de declarar la responsabilidad internacional, los tribunales han establecido lineamientos que deben seguir los estados al momento de autorizar actividades económicas, especialmente aquellas que puedan comprometer seriamente el ambiente. Por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos *Taskin vs. Turquía* y *Tartar vs. Rumania*, determinó la obligación de los estados de garantizar la ejecución de evaluaciones de impacto ambiental, el acceso a la información en materia de riesgos y el acceso a la justicia.<sup>84</sup> Del mismo modo, la Corte

78 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 172.

79 Corte IDH. Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente, *op. cit.*, párr. 58.

80 Corte IDH. Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente, *op. cit.*, párr. 182.

81 Corte Europea de Derechos humanos. *Caso López Ostra vs. España*. Sentencia de 9 de diciembre de 1994, párr. 51; *Caso Guerra y otros vs. Italia*. Sentencia de 19 de febrero de 1998, párr. 60; *Caso Kyrtatos vs. Grecia*. Sentencia de 22 de mayo de 2003, párr. 52; *Caso Taskin y otros vs. Turquía*. Sentencia de 30 de marzo de 2005, párr. 113.

82 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yaky Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 161.

83 Corte Europea de Derechos humanos. *Caso Öneryildiz vs. Turquía*. Sentencia de 30 de noviembre de 2004, párr. 134; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 149; *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Sentencia de 8 de febrero de 2006, párr. 133; *Caso de la Comunidad Indígena Yaky Axa vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 131, 135-136; *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Sentencia 29 de marzo de 2006, párr. 118.

84 Corte Europea de Derechos humanos. *Caso Taskin y otros vs. Turquía*, *cit.*, párr. 113; *Caso Tatar vs. Rumania*. Sentencia de 27 de enero de 2009, párrs. 88, 112.

Interamericana de Derechos Humanos fijó en el caso *Saramaka vs. Surinam* tres salvaguardas –la obligación de ejecutar evaluaciones de impacto ambiental, la consulta previa y la distribución de beneficios– para la protección de la propiedad de los pueblos indígenas ante posibles riesgos ambientales derivados de actividades extractivas.<sup>85</sup>

Es importante señalar que, debido al requerimiento del agotamiento de recursos internos, el acceso a la justicia internacional de las víctimas por violaciones de derechos humanos ocurridas en contextos empresariales puede retardarse o incluso no materializarse. Desafíos como el desconocimiento de la existencia de estos recursos y sus procedimientos o las demoras causadas por las dificultades estructurales y financieras que estos sistemas plantean pueden desalentar su acceso. Esto no ocurre, en cambio, en el ámbito del derecho internacional de las inversiones extranjeras. Dependiendo de la redacción de los acuerdos internacionales de inversión, los inversionistas pueden plantear directamente su demanda frente a tribunales internacionales de inversión, sin necesidad del agotamiento de recursos internos. Esto crea un enorme desequilibrio entre empresas y afectados en el acceso a la justicia. Por ello se torna necesaria la discusión sobre el alcance de la responsabilidad internacional de las empresas en relación con los derechos humanos.

#### CONCLUSIONES

El presente artículo tuvo como objetivo responder a la pregunta de si existe un equilibrio en el derecho al acceso a la justicia en el marco del derecho internacional entre inversores extranjeros y los afectados para demandar la responsabilidad de las empresas transnacionales. Para dar respuesta a esta interrogante, el trabajo se fundamentó especialmente en sentencias nacionales, laudos arbitrales y jurisprudencia de tribunales regionales.

El artículo logró determinar, por un lado, que el mecanismo de resolución de conflictos inversor-Estado sitúa en una posición privilegiada a las empresas transnacionales en el acceso a la justicia internacional. Sin necesidad de agotar las instancias previstas en los ordenamientos jurídicos nacionales, los inversores extranjeros pueden elevar sus reclamaciones en distintos foros internacionales. Así, estos mecanismos se convierten en verdaderos escudos protectores para bloquear cualquier medida adoptada por los estados en favor del interés común o incluso blindar a los inversores de posibles responsabilidades por sus operaciones, lo cual a su vez genera un impacto negativo en el derecho a obtener justicia y reparación que asiste a las víctimas de violaciones de derechos humanos derivadas de operaciones empresariales.

85 Corte IDH. *Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 129.

En contraste, aquellos afectados por los impactos de las operaciones económicas de empresas tienen únicamente acceso a la justicia doméstica. Esto puede generar situaciones de impunidad cuando los estados, débiles institucionalmente, no tienen la capacidad hacer responsables a las empresas transnacionales por violaciones de los derechos humanos de los individuos y comunidades. El acceso a instancias internacionales de los afectados es actualmente limitado y depende de los acuerdos suscritos previamente por los estados en materia de derechos humanos. Una posibilidad que se ha abierto a las víctimas de violaciones de derechos humanos por las empresas transnacionales es acudir ante ante las instancias judiciales del Estado donde la empresa está domiciliada. Este camino depende todavía de la voluntad de los tribunales nacionales y necesita consolidarse a través de los ordenamientos jurídicos o de los acuerdos internacionales de inversión.

#### REFERENCIAS

- Baumgartner, Jorun. *Treaty Shopping in International Investment Law*, Nueva York, OUP, 2016.
- Dolzer, Rudolf, Schreuer, Christoph. *Principles of International Investment Law*, Nueva York, OUP, 2008.
- García Muñoz, Soledad. *Empresas y derechos humanos: estudios interamericanos*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019.
- Gaukrodger, David, Gordon Kathryn. “Investor-state dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community”, en *OECD Working Papers On International Investment 2012/3*, OECD, 2012.
- Giner, Agnes. “Las empresas transnacionales y los Derechos Humanos”, *La Harremanak*, n.º 19, II, 2008.
- Goicoechea, Ignacio. “Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial”, en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente* 4, n.º 7, 2016, 129.
- Herdegen, Matthias. *Derecho Económico Internacional*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012.
- IISD. *Private Rights, Public Problems: A Guide to NAFTA’s Controversial Chapter on Investor Right*, Winnipeg, wwf, 2001.
- Kimerling, Judith. “Los Pueblos Indígenas y la Frontera Petrolera en la Amazonía: El Caso de Ecuador, ChevronTexaco y Aguinda vs Texaco”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 38, 2006.
- Kreindler, Richard H. “Arbitral forum shopping”, en Cremades Sanz-Pastor, Bernardo M., Julian D. M. Lew. *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. ICC Pub, 2005.

Pauwelyn, Joost, Salles Luiz Eduardo. “Forum Shopping before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)Possible Solutions”, en *Cornell International Law Journal*, vol. 42, issue 1, 2009.

Querejazu Escobar, Amaya. “El verdadero poder de los derechos humanos”. Ponencia, Congreso “Jaime Sanín Greffestein” *Post-globalización: del fin de los derechos humanos a la guerra infinita*, Antioquia, 2008.

Ruggie, John. “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, en *The American Journal of International Law*, 101(4), 2007.

Socas, Nicolás y Hourcade, Odile. “La cooperación internacional”, en Chiani, Ana María y Juan B. Scartascini del Río (coords.). *La cooperación internacional: herramienta clave para el desarrollo de nuestra región*. Buenos Aires, KAS, 2009.

Yannaca-Small, Katia. “Improving the System of Investor-State Dispute Settlement”, en *OECD Working Papers On International Investment 2006/1*, OECD, 2006.