

Actualización de los lineamientos de la IBA en Empresas y derechos humanos: el papel de los abogados en un panorama cambiante

NB: Este texto, publicado en septiembre de 2024 gracias al trabajo de Douglass Cassel y IBA Legal Policy & Research Unit, es una traducción del texto original adoptado en inglés por la IBA en noviembre de 2023.

Parte 1: Introducción

1. En el 2016, la Asociación Internacional de Abogados (International Bar Association o IBA) adoptó una Guía Práctica para abogados corporativos sobre Empresas y Derechos Humanos para evaluar las implicaciones de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos establecidos por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 2011 (Principios Rectores de las Naciones Unidas - PRNUs) y estándares relacionados con la profesión legal.¹ La IBA consideró la adopción generalizada de los PRNUs, su creciente importancia para los Estados, las empresas y la sociedad civil, y su incorporación a las legislaciones nacionales. Se resumió el impacto de los PRNUs en el ejercicio de la profesión jurídica. Se acompañó por un Anexo de Referencias que analizó los temas en mayor detalle.
2. La relevancia de los PRNUs para la profesión jurídica ha aumentado rápidamente, como lo demuestra entre muchos factores – tales como la promulgación de leyes en varios países sobre una obligatoria debida diligencia e informes públicos en materia de derechos humanos tanto al plano nacional como extraterritorial, la afirmación del deber de cuidado, las reclamaciones de la responsabilidad empresarial jurídica y pública basadas en los PRNUs y las normas relacionadas, y el reconocimiento de los daños graves a los derechos humanos de los impactos medioambientales, tales como los del cambio climático.
3. Los Estados, los inversionistas, los acreedores, los consumidores, las comunidades, y la sociedad civil, cada vez más, evalúan la conducta de las empresas en materia de los derechos humanos y reconocen que los PRNUs son el estándar global autorizado.
4. Esta actualización se construye sobre la Guía Práctica de 2016, retomando brevemente sus puntos claves y brindando un panorama de las tendencias emergentes y la legislación que son relevantes para los abogados corporativos.

Parte 2: Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU (PRNUs)

5. En el 2005, el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, nombró al Profesor John Ruggie de la Harvard Kennedy School para ser su Representante Especial sobre Empresas y Derechos Humanos. Él encomendó al Profesor Ruggie la tarea de elaborar un marco para definir los deberes y las responsabilidades respectivas de los Estados y de las empresas en materia de los derechos humanos.
6. En el 2011, como resultado de seis años de consultas a múltiples actores, investigaciones y proyectos piloto, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU de manera unánime aprobó

los PRNUs.² Los PRNUs incorporan el Marco de Protección, Respeto y Reparación, desarrollado por el Profesor Ruggie. Bajo este marco, los PRNUs articulan el deber de los Estados de proteger los derechos humanos (**Pilar Uno**), la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos tanto en sus operaciones como en sus cadenas de valor (**Pilar Dos**), y la necesidad de un mayor acceso a la reparación para las partes afectadas (**Pilar Tres**).

7. Bajo el Pilar Uno, el deber de los Estados de proteger los derechos humanos es un deber jurídico conforme al derecho internacional. Se cumple por prevenir, investigar, sancionar y reparar los abusos de los derechos humanos, por medio de políticas, reglamentos, y adjudicaciones (PRNU 1).
8. Bajo el Pilar Dos, toda empresa, independiente de su tamaño, sector, contexto de operaciones, dueños, y estructura, tiene la responsabilidad de respetar los derechos humanos en sus operaciones y en su cadena de valor. Esto significa que una empresa debe comprometerse públicamente a respetar los derechos humanos en su gobernanza, liderazgo, y cultura, y llevar a cabo la debida diligencia en materia de derechos humanos para identificar, prevenir o mitigar los impactos negativos en derechos humanos en los cuales está o puede estar involucrado. La debida diligencia en materia de derechos humanos es un proceso constante centrado en consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas a través del cual las empresas identifican el real o potencial impacto de sus actividades en los derechos humanos, para responder a ellos de una forma integral, monitoreando e informando sobre su desempeño (PRNU 2).
9. Bajo el Pilar 3, los Estados tienen el deber principal de reparar los abusos de derechos humanos, pero se entiende que las empresas deben proporcionar o cooperar en los mecanismos de reparación, por medio de procesos legítimos, cuando hayan generado o contribuido a generar impactos negativos (PRNU 22). Esto requiere la participación de la empresa o la colaboración con otros actores. La reparación puede ser de muchas maneras y puede ser judicial o no judicial. Las empresas deben participar en mecanismos de reclamación eficaces para comunidades e individuos para buscar resolver los problemas tempranamente.
10. Por medio de derecho suave (“soft law”) y por sí mismo, los PRNUs se han convertido en un estándar global para el papel de las empresas y de los Estados en relación con los derechos humanos. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se deriva de los derechos humanos internacionalmente reconocidos por tratados y otros estándares internacionales (PRNU 12). Tal y como se relata en adelante, ellos han inspirado o han sido incorporados en leyes vinculantes.
11. Los PRNUs son un documento vivo con la intención de impulsar cambio dinámico por medio de la iteración por parte de los Estados, las empresas y la sociedad civil. Su interpretación y aplicación debe reflejar la evolución y articulación con el tiempo de los estándares internacionales de los derechos humanos. Esto incluye, por ejemplo, el voto

abrumador de la Asamblea General de la ONU en julio de 2022 a favor de una resolución que reconoce el derecho humano a un medioambiente limpio, sano y sostenible, cuya infracción impide el goce de muchos otros derechos humanos.³ Los impactos graves y globales del cambio climático en los derechos humanos, la contaminación, y la pérdida de biodiversidad, en los cuales se involucran las empresas, son ejemplos notables. Aun cuando el voto de la Asamblea General de la ONU no sea jurídicamente vinculante por sí mismo, bajo el Comentario al PRNU 12 constituye una norma adicional que requiere atención especial para la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos.

12. Desde su aprobación, los PRNUs y en particular el Pilar Dos -la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos- cada vez se refleja o incorpora más en los estatutos, reglamentos, decisiones judiciales y cuasi-judiciales sobre el deber legal de cuidado y responsabilidad corporativa, las normas para las diferentes partes interesadas, la toma de decisiones de inversionistas y bancos, las prácticas y políticas de empresas líderes y la defensa de la sociedad civil. Como tal, llegan a ser normas jurídicas obligatorias en esos contextos.

13. A partir de 2011, los Estados fomentaron la acción voluntaria de las empresas, promulgando Planes Nacionales de Acción (PNAs), que esbozan sus planes para implementar los PRNUs. Al momento de la redacción del presente documento, aproximadamente cuarenta países alrededor del planeta han emitido PNAs – siendo los más recientes Uganda, Kenia y Japón.

14. A medida que el entendimiento de los PRNUs creció, algunos Estados han ido más allá de los PNAs, implementando obligaciones corporativas de debida diligencia de acuerdo con los PRNUs y con informes sobre su desempeño en materia de derechos humanos. En Europa, Francia introdujo una ley en el 2017, seguida por Alemania y Noruega en el 2021, y Suiza la cual será efectiva a partir del 2023. La Ley de Vigilancia francesa explícitamente determina medidas para identificar todos los riesgos para las personas, incluyendo riesgos medioambientales y como prevenir los más graves, incluyendo daño medioambiental. Propuestas similares de legislación sobre la obligatoriedad de la debida diligencia están en proceso en Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, los Países Bajos, el Reino Unido y más significativamente, en la Unión Europea (EU). Al momento de la redacción del presente documento, el borrador de la directiva de la UE sobre la debida diligencia corporativa (CSDDD) propone una debida diligencia obligatoria en materia de derechos humanos y medio ambiente, la cual aplicaría tanto para empresas europeas como no europeas cuyas ventas anuales en la UE superen determinados umbrales.⁴ Adicionalmente, el 5 de enero de 2023 la Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad (CSRD) entró en vigor, modernizando y fortaleciendo las reglas sobre informes sociales y ambientales publicados por empresas.⁵ Conforme a la CSRD, el 31 de julio de 2023, la Comisión Europea propuso los Estándares Europeos de Reporte en Sostenibilidad (ESRS), los cuales, una vez aprobadas, contemplarán que las empresas sujetas consideren material los impactos en el medio ambiente y en las personas, incluyendo sus propios empleados, los empleados en la cadena de valor, las comunidades afectadas, los consumidores y los usuarios finales.

15. Por separado, han surgido leyes domésticas concernientes a los abusos de los derechos humanos tales como la legislación de informes sobre la esclavitud moderna, las leyes Magnitsky, y la incautación por agencias de aduanas o la prohibición de la importación de los bienes fabricados por trabajo forzoso o infantil.
16. Estos progresos han generado polinización cruzada de guías y leyes similares en diferentes países. Por ejemplo, Japón emitió una guía no vinculante sobre la debida diligencia en materia de derechos humanos a finales del 2022, citando el aumento de legislación emergente sobre debida diligencia en la UE y las leyes sobre trabajo forzoso de manera global, para enfatizar la importancia para las empresas del respeto por los derechos humanos.
17. Finalmente, cuando las empresas se comprometen públicamente a respetar los derechos humanos, esperan que miembros de su cadena de valor hagan lo mismo e incorporen los estándares de los PRNUs sobre conducta en materia de derechos humanos en sus contratos y acuerdos. Esto ha llevado al desarrollo de un derecho privado comercial de derechos humanos entre redes de compradores y proveedores.

Parte 3: Acceso a Mecanismos de Reparación

18. **Decisiones Judiciales.** Varios tribunales han decretado sentencias confirmando el deber de los Estados de proteger a las personas y comunidades de los abusos de derechos humanos relacionados con empresas, y la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos de acuerdo con los PRNUs. Por ejemplo, pero no de manera exhaustiva:⁶
 - a. *SERAP v Nigeria*:⁷ En 2012 la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de Africa del Oeste (ECOWAS) falló que el Estado de Nigeria tenía el deber de ‘prevenir o manejar’ una situación de un derrame de petróleo ‘por responsabilizar a los que provocaron la situación y asegurar que una reparación adecuada se proporcione a las víctimas’.
 - b. *Vedanta Resources Plc v Lungowe; Okpabi & others v Shell*:⁸ En el 2019 y en el 2021, la Corte Suprema del Reino Unido emitió dos decisiones históricas, determinando que la empresa matriz puede tener un deber de cuidado con los demandantes en relación a los daños relacionados con los derechos humanos o medioambientales causados por sus filiales en el extranjero, cuando la empresa matriz se compromete a la supervisión de las actividades en cuestión de la filial, toma medidas activas para asegurar la implementación de las políticas de la empresa matriz y falla al no adoptar medidas activas para prevenir los daños.
 - c. *Nevsun Resources Ltd v Araya*:⁹ En el 2020, la Corte Suprema de Canadá reconoció que el derecho consuetudinario internacional, incluyendo la prohibición de crímenes de lesa humanidad, trabajo forzoso, y tortura son parte del derecho canadiense y las empresas canadienses pueden ser responsables por el incumplimiento de estos estándares como resultado de sus operaciones

en el extranjero.

- d. *Los Buzos Miskitos (Lemoth Morris et al) v Honduras*:¹⁰ En 2021 la Corte Interamericana de Derechos Humanos falló a favor de imponer en los Estados el deber de regular a sus empresas de conformidad con las normas básicas de los PRNUs.
- e. *In re University of Stellenbosch Legal Aid Clinic, et al* (2015):¹¹ En el 2015, la Corte Alta de Sudáfrica falló que, de acuerdo con los PRNUs, los Estados deben prevenir los abusos de los derechos humanos por empresas y reducir los obstáculos a la reparación. Por lo tanto, negó a dar efectividad a una ley sudafricana de cobro de deudas, diseñada por los abogados de microprestamistas para realizar prácticas de cobrar deudas que eran depredadoras, injustas y engañosas, negando el debido proceso a decenas de miles de deudores pobres. En la apelación, la Corte Suprema sudafricana decidió que la ley no era inconstitucional porque había sido mal interpretada y aplicada por los prestamistas.
- f. *Oguru et al v Shell*:¹² En el 2021, La Corte de Apelación de la Haya falló en contra de una compañía holandesa por los derrames de petróleo causados por su subsidiaria africana, citando *Vedanta*, arriba. La apelación está en trámite.
- g. *Milieudefensie v Shell*:¹³ En el 2021, El Tribunal de Distrito de la Haya, ordenó a una empresa petrolera la reducción de emisión de CO₂, aplicando la interpretación de la ley no escrita holandesa relacionada con la conducta social bajo el Código Civil holandés, junto con los PRNUs y otros instrumentos vinculantes y no vinculantes para definir el deber de cuidado de la empresa. La apelación está en trámite.

19. Reclamaciones Judiciales en Trámite.

- a. En el 2020 una demanda colectiva se interpuso ante la Corte Alta de Johannesburg en contra de una empresa minera sudafricana por parte de comunidades en Zambia afectadas por una mina de plomo.¹⁴
- b. En el 2023, los residentes de una isla de Indonesia, alegando ser amenazados por el incremento de los niveles del mar, y por inundaciones de un lago glacial causados por el cambio climático, demandaron a una compañía suiza en Suiza, siguiendo una demanda similar presentada en Alemania en contra de un proveedor de energía alemán por daños.¹⁵
- c. En Francia, están pendientes varios casos por presuntas violaciones de derechos humanos, incluyendo daños medioambientales por parte de multinacionales, bajo la Ley de Vigilancia francesa en materia extractiva, agroindustrial, energética y en el sector bancario, incluyendo daños causados fuera de

Francia.¹⁶

- d. En varias jurisdicciones europeas (incluyendo Alemania y el Reino Unido) hay casos en curso relacionados con el colapso de represas ocurrido en suelo brasileño en 2015 (conocido como “El colapso de la represa Mariana”).
- e. Multinacionales del sector de las prendas de vestir están enfrentando investigaciones penales por supuesta complicidad en trabajo forzoso en varios países.
- f. Un sindicato bangladesí de trabajadores en la industria textil demandó a varias multinacionales por violar la Ley Alemana de Debida Diligencia por fallar en monitorear la seguridad de sus fábricas.

20. **Mecanismos No Judiciales de Reclamaciones.** Los PRNUs también prevén que reparaciones pueden ser otorgadas por mecanismos no judiciales de reclamaciones, siempre que sean legítimos, accesibles, predecibles, equitativos, transparentes, compatibles con los derechos, fuentes de aprendizaje continuo y, en el caso de los mecanismos de nivel operacional, basados en la participación y el diálogo (PRNU 31).

21. **Arbitraje.** Después del colapso de la fábrica de ropa Rana Plaza en Bangladés en 2013, marcas y sindicatos firmaron un acuerdo multilateral, conocido ahora como el Acuerdo Internacional, para mejorar las condiciones de seguridad de las fábricas. Contempla el arbitraje vinculante de disputas. Cuando menos dos arbitrajes fueron iniciados y administrados por la Corte Permanente de Arbitraje en La Haya. Normalmente, los arbitrajes comerciales todavía no cumplen con los criterios de eficacia de los mecanismos no judiciales de reclamaciones de conformidad con el PRNU 31. Sin embargo, un grupo de expertos en derecho internacional publicó las Reglas de La Haya sobre Arbitraje que involucre a Empresas y Derechos Humanos en el 2019, con la meta de cumplir con tales criterios y promover el uso del arbitraje para resolver disputas que involucran a empresas y derechos humanos.¹⁷

22. **Disputas Basadas en los Tratados Bilaterales de Inversiones.** En los tribunales de arbitraje internacional, los PRNUs están ganando terreno en las disputas basadas en tratados bilaterales entre inversionistas extranjeros y Estados receptores, especialmente en los sectores de la explotación minera, infraestructura y los proyectos de desarrollo. Véase *Urbaser v Argentina* y *David Aven et al v Costa Rica*.¹⁸ Hay una tendencia de árbitros internacionales de invocar los principios de necesidad y proporcionalidad para buscar un equilibrio entre los derechos de las inversionistas extranjeras y la necesidad de proteger los derechos humanos conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad. Asimismo, se han elaborado nuevos tratados bilaterales de inversión. Por ejemplo, en julio de 2022 la Academia Africana de Arbitraje lanzó su tratado bilateral modelo de inversión para los Estados africanos para promover inversión sostenible en balance con sensibilidades locales y culturales, basado en el principio de Ubuntu.¹⁹

23. **OCDE Puntos Nacionales de Contacto (PNCs).** Las empresas y las partes afectadas han utilizado el mecanismo voluntario de reclamaciones de los PNCs de la OCDE para resolver disputas sobre empresas y derechos humanos. Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable, actualizadas en 2023, incorporan el proceso de debida diligencia de los PRNUs.²⁰ Son voluntarias pero ampliamente utilizadas. Una falta de cumplir con las Líneas Directrices de la OCDE por una empresa puede resultar en una reclamación ante un PNC en uno de los (actualmente) 51 Estados que adhieren a las Líneas Directrices de la OCDE. Las reclamaciones con frecuencia conducen a mediación, arreglos amistosos, y declaraciones sobre el cumplimiento por una empresa, y monitoreo por la PCN de sus recomendaciones.
24. **Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.** Los Procedimientos Especiales de la ONU son expertos independientes de derechos humanos con el encargo de informar y aconsejar sobre derechos humanos, o bien por temas o bien por países. En junio de 2023, el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos; la Relatora Especial sobre el derecho humano a un medio ambiente limpio, sano y sostenible; y el Relator Especial sobre los derechos humanos al agua potable y el saneamiento, enviaron una carta a una empresa petrolera estatal solicitando su respuesta a alegaciones que sus esfuerzos para aumentar su producción de combustibles fósiles estropeaban el compromiso de su dueño para cumplir con sus deberes, conforme al derecho internacional y sus compromisos en el Acuerdo de Paris, para reducir emisiones de gases de efecto invernadero.²¹

Parte 4: ¿Cómo afecta este cambiante panorama el papel de los abogados?

25. El derecho es dinámico, lo que hoy se considera simplemente poco ético, mañana puede ser ilegal. Esto es particularmente cierto en el contexto de las empresas y los derechos humanos. En la medida que las empresas entienden cada vez más que la identificación y la gestión de riesgos en materia de derechos humanos es una meta estratégica clave, esperan que sus abogados deben ser no solamente expertos técnicos en el derecho, sino también asesores prudentes en identificar y asesorar sobre los impactos en los derechos humanos, basados en el derecho duro y el derecho suave de los derechos humanos.
26. Los consejos basados solamente en el cumplimiento técnico con el derecho actual, sin tomar en cuenta el impacto en los derechos humanos, desafortunadamente pueden dejar oscuro para los clientes el cuadro más amplio de los riesgos comerciales de involucramiento en abusos de los derechos humanos. Estos riesgos pueden conllevar elementos tales como daño reputacional; pérdida de oportunidades; la disminución del acceso a los mercados de capital; costos por retrasos; tasas altas de intereses o deuda más cara; la distracción de la alta gerencia; y la reducción de la capacidad para contratar y mantener talento.
27. Como resultado, las empresas cada vez más buscan asesoramiento jurídico y servicios

de sus abogados sobre asuntos de empresas y derechos humanos que surgen en el contexto de otras áreas del ejercicio de la profesión. Por ejemplo:²²

- **Cumplimiento con Leyes de Obligatoria Debida Diligencia en Materia de Derechos Humanos.** En la medida en que los Estados siguen adoptando leyes de debida diligencia obligatoria en materia de derechos humanos (ver arriba), las empresas se verán obligadas a establecer e implementar políticas, procesos y procedimientos adecuados para asegurar el cumplimiento con esas leyes. Los abogados jugarán un rol esencial en asesorar a compañías en estos asuntos.
- **Derecho Penal.** El PRNU 23(c) y su Comentario correspondiente disponen que las empresas deben tratar el riesgo de involucramiento en abusos graves de los derechos humanos como tema de cumplimiento jurídico, basado en el derecho duro y el derecho suave de los derechos humanos.
- **Derecho Medioambiental.** El reconocimiento de los impactos potencialmente graves en los derechos humanos del daño medioambiental, del cambio climático, de la contaminación y de la pérdida de biodiversidad, cambiará de manera profunda la práctica de derecho medioambiental. A diferencia de la debida diligencia medioambiental, la debida diligencia en materia de derechos humanos no se limita a cumplimiento técnico con reglamentos medioambientales, sino que se enfoca en respetar los derechos de las personas y comunidades vulnerables.
- **Gobierno corporativo y gestión de riesgo corporativo.** Para lograr eficacia, la debida diligencia en materia de derechos humanos debe ser clavada en la gobernanza corporativa de una empresa, aun cuando la debida diligencia en materia de derechos humanos no sea jurídicamente obligatoria. Los abogados pueden ayudar a empresas a lograr este objetivo por asesorarlas en la estructura adecuada de gobernanza interna y en la gestión empresarial de riesgos y las correspondientes políticas, procesos y procedimientos.
- **Fusiones y adquisiciones (M&A).** El PRNU 17 dispone que la debida diligencia en materia de derechos humanos debe iniciarse tan pronto que sea posible en una relación comercial, especialmente cuando una empresa puede ser heredera de los riesgos de derechos humanos de la entidad adquirida. Los abogados de M&A juegan un rol importante en asegurar que los riesgos de derechos humanos y medioambientales se identifiquen y se traten temprano en el proceso.
- **Finanzas.** Los PRNUs aconsejan que las instituciones financieras pueden ser responsables por los abusos que causan o a los cuales contribuyen. Los abogados que defienden instituciones financieras y bancos de inversiones deben entender que sus clientes tienen su propia responsabilidad como empresas para respetar los derechos humanos, incluso en sus préstamos e inversiones y en las conductas de sus deudores y accionistas. La necesidad de ejercer la debida diligencia en materia de derechos humanos es fundamental para cumplir con tal responsabilidad.

- **Contratos.** Los abogados juegan un rol central en la formación, elaboración y ejecución de los contratos. Un contrato es una fuente clave de influencia por medio de la cual una empresa puede incentivar tanto a los compradores como a los suministradores a mejorar su conducta en materia de derechos humanos.
- **Resolución de conflictos.** Los abogados ayudan a las empresas para manejar y resolver disputas de toda índole concebible. Esas disputas pueden tratarse en múltiples foros, incluso tribunales judiciales, agencias administrativas, investigaciones parlamentarias, paneles de arbitraje, mecanismos no judiciales de reclamaciones tales como los procesos ante los Puntos Nacionales de Contacto de la OCDE, así como mecanismos colaborativos y de iniciativas de múltiples interesados, tanto generales como específicos para contextos determinados, incluso mecanismos de nivel operacional bajo los PRNUs.
- **Antimonopolio.** Las empresas, al abordar sus objetivos sobre derechos humanos, deben ser conscientes que ciertas colaboraciones entre competidores, incluso si pretenden respetar los derechos humanos, pueden generar alertas sobre competencia desleal. Por otro lado, en Australia, el Reino Unido y la UE, los reguladores han tomado medidas para otorgar exenciones para conductas dirigidas al cambio climático y para promover la sostenibilidad, anulando las preocupaciones sobre competencia.
- **Información y divulgación.** Los abogados especialistas en información y divulgación juegan un rol importante en determinar lo que las empresas informan a las partes interesadas (stakeholders) sobre el riesgo a la empresa y a los interesados de involucrarse en dañar los derechos humanos. Informar sobre los riesgos en materia de derechos humanos es un elemento esencial de la debida diligencia de una empresa en materia de derechos humanos y debe tomar verídicamente en cuenta el riesgo en contexto a los derechos humanos de personas específicas y comunidades vulnerables. Millones de billones de dólares estadounidenses se invierten en activos por empresas que toman en cuenta elementos medioambientales, sociales y de gobernanza (ESG) en sus decisiones sobre inversiones. Si bien el elemento 'S' para el impacto social incluye los impactos en los derechos humanos, a la fecha hay confusión sobre lo que debe ser divulgado, y si se debe incluir con precisión los resultados de la identificación y respuesta de una empresa de sus riesgos en materia de derechos humanos. Mientras no se logra mayor claridad, los informes ESG no deben considerarse suficientes para satisfacer las responsabilidades de una empresa para debida diligencia en materia de derechos humanos.

28. Los ámbitos enumerados anteriormente, son meramente ilustrativos. Las preocupaciones e implicaciones en materia de empresas y derechos humanos también emergen en los contextos de asuntos laborales y de empleo, relaciones gubernamentales, leyes tributarias, propiedad intelectual, derecho minero, seguros, y leyes de insolvencia, entre otras áreas de la práctica legal.

Parte 5: ¿Qué desafíos plantean los PRNUs en relación con el derecho al acceso a la

justicia o con los deberes de los abogados profesionales?

29. Tal como se reconoce en las reglas que rigen la profesión legal en diferentes jurisdicciones, y por la ONU, los abogados son “agentes fundamentales de la administración de justicia” y juegan un papel esencial en el establecimiento del estado de derecho y en la promoción de la causa de la justicia. Esto se afirma en los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados de la ONU (Principios Básicos de la ONU), Principio 12.
30. El cumplimiento de la legalidad por las empresas es un requisito fundamental en la responsabilidad de respetar los derechos humanos bajo todos los Pilares de los PRNUs. El acceso a un abogado y a los servicios legales es un derecho fundamental y es componente esencial del estado de derecho y del debido proceso. De hecho, el Pilar Tres de los PRNUs refleja la realidad desafortunada que las personas vulnerables, en especial, carecen del acceso adecuado a asesores legales para proteger sus derechos humanos. El derecho de acceso a asesoramiento legal no puede ser socavado incluso si el cliente o sector de negocio es altamente impopular. Esto se aplica a los clientes de toda índole, incluso a los individuos y a las empresas. Toda persona y entidad, incluyendo las empresas, tiene derecho a buscar asesoramiento y representación legal para evaluar y responder a las denuncias relacionadas con derechos humanos que sean hechas. Los PRNUs no menoscaban el derecho a la representación legal.
31. Bajo los Principios Básicos de la ONU no. 18, los abogados deben ser permitidos a actuar con independencia; los abogados no deben identificarse con sus clientes ni con las causas de sus clientes. La independencia también abarca la necesidad de brindarle al cliente un asesoramiento imparcial, incluyendo los riesgos que el cliente preferiría no saber.
32. Los PRNUs no limitan las responsabilidades profesionales de los abogados, que incluyen el deber de actuar dentro de los límites de la ley y de los estándares profesionales, y actuar acorde al mejor interés de un cliente comercial. Esto también incluye asesorar a las empresas en la identificación y el manejo de los riesgos para sí mismas y para la sociedad en materia de los derechos humanos y medioambientales. Este deber debe cumplirse independientemente de las expectativas y presiones externas a la relación abogado-cliente, sujeto al cumplimiento de las responsabilidades profesionales y legales.

Parte 6: ¿Qué significan los PRNUs para los bufetes de abogados?

33. Los bufetes de abogados, siendo empresas comerciales, tienen su propia responsabilidad de respetar los derechos humanos. Estas responsabilidades aplican para las empresas “sin importar el tamaño, sector, contexto operacional, propiedad y estructura” (PRNU 14). Esto incluye las firmas de abogados, sujetas a sus responsabilidades profesionales únicas. Los bufetes de abogados pueden asesorar y proveer servicios que permiten sus clientes responder a su interés comercial sostenible en identificar, prevenir, mitigar, y, donde corresponda, remediar el involucramiento del cliente en los abusos de los derechos humanos. La capacidad de proporcionar tales servicios de asesoramiento significa una oportunidad comercial importante para los

bufetes de abogados.

34. Los bufetes de abogados son parte de la cadena de suministro de un cliente. A medida que los clientes implementan sus propia gobernanza, políticas y procesos en materia de empresas y derechos humanos, los clientes esperarán que los bufetes de abogados demuestren que también respetan los derechos humanos y que pueden identificar y administrar los riesgos en materia de derechos humanos que puedan estar vinculados con los servicios legales. Los bufetes de abogados más grandes ya informan sobre sus cadenas de suministro bajo regulaciones obligatorias sobre esclavitud moderna (tales como las de Australia y Reino Unido), detallando las acciones tomadas y la efectividad de las mismas.

35. Al mismo tiempo, los bufetes de abogados afrontan el riesgo de facilitar el abuso de los derechos humanos por parte de sus clientes. Por ejemplo, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU recientemente criticó el uso creciente por parte de las empresas de los litigios estratégicos contra la participación pública (SLAPP, por Strategic Lawsuit Against Public Participation) en contra de defensores de derechos humanos o periodistas, con el propósito único o principal de intimidar y silenciar la oposición o la crítica pública de las actividades de la empresa, por medio de abrumar al actor de la sociedad civil con litigio pesado y caro.²³

36. Otro ejemplo es establecer empresas fantasmas anónimas, diseñadas a permitir sus propietarios beneficiarios a ocultar su participación en actividades abusivas de los derechos humanos, tales como el lavado de dinero soberano malversado por cleptócratas, o el financiamiento de empresas que realizan las ventas ilícitas de armas, el tráfico humano, los crímenes de guerra, u otros abusos de los derechos humanos.

37. Tales conductas pueden ser lícitas en algunas jurisdicciones. Sin embargo, los PRNUs disponen que donde hay conflictos entre leyes nacionales y los estándares internacionales de los derechos humanos, las empresas (y los bufetes de abogados, puesto que son empresas comerciales con sus propias responsabilidades a respetar los derechos humanos), deben '[b]uscar fórmulas que les permitan respetar los principios de derechos humanos internacionalmente reconocidos.' El PRNU 23(c), citado arriba, contempla que la empresa debe '[c]onsiderar el riesgo de provocar o contribuir a provocar violaciones graves de los derechos humanos como una cuestión de cumplimiento de la ley dondequiera que operen.' Visto este riesgo de cumplir, los bufetes de abogados pueden – y algunos han – decidido no entrar en relaciones entre abogado y cliente, o terminarlas, cuando es probable que los servicios legales van a causar o contribuir o ser vinculados directamente con tal abuso.

38. A un nivel fundamental, un bufete de abogados debe ser preparado para considerar las siguientes preguntas, en el inicio de una relación con un cliente y a lo largo de ella, para evaluar los riesgos del involucramiento del bufete y del cliente en dañar los derechos humanos, y para manejar la respuesta del bufete:

- ¿Es probable que los servicios o consejos que se proveen causan o contribuyen a

abusos de los derechos humanos por el cliente en sus operaciones o en su cadena de valor?

- ¿Quiénes son los interesados que serán afectados?
- ¿Qué es la gravedad del daño desde la perspectiva del afectado?
- ¿Qué es la probabilidad de los impactos potenciales en el contexto de las operaciones del cliente, su cadena de valor, su sistema de gerencia y su modelo de negocio?
- ¿Qué es el vínculo entre el contenido de los consejos y los servicios del abogado y el daño probable (es decir, si los consejos o servicios van a causar, contribuir, o meramente ser vinculados al daño)?, y de manera similar, ¿qué es el vínculo entre la conducta del cliente y el daño probable?
- ¿Cuáles medidas puede tomar el bufete de manera razonable para prevenir o mitigar el daño?
- ¿Es el daño probable tan grave o persistente que el bufete debe considerar no aceptar la representación?²⁴

39. Para asesorar y servir a los clientes adecuadamente en materia de los derechos humanos, los bufetes de abogados deben poseer o desarrollar la capacidad y la experticia suficiente para aconsejar sobre el derecho duro y el derecho suave de los derechos humanos. Esto sugiere un rol doble para los expertos internos y externos del bufete. Un rol es dar consejos explícitos y servicios a los clientes sobre los derechos humanos. Otro rol es asegurar que quienes no dan tales consejos directamente, gozan de acceso adecuado a las fuentes internas y externas para entender las implicaciones para los derechos humanos de sus áreas de práctica, tales como el derecho tributario, la insolvencia, las transacciones, el litigio, etc., y a beneficiarse del aprendizaje compartido en todas las áreas de práctica.

Parte 7: Conclusiones

40. El difunto Profesor John Ruggie, autor de los PRNUs, no consideraba los PRNUs un texto estático. Al contrario, esperaba que los PRNUs ‘impulsarían un proceso iterativo de interacción entre los tres sistemas de gobernanza global’ – Estados, empresas y sociedad civil – ‘produciendo cambios cumulativos con el tiempo’.²⁵ De hecho esto ha ocurrido. El dinamismo de los PRNU y su capacidad de generar cambios en las normas del derecho duro y suave, en las prácticas y políticas de las empresas (incluyendo los abogados y los bufetes de abogados), y en los planteamientos de la sociedad civil, ha sido demostrado repetidamente.

41. Considerando la naturaleza dinámica de los PRNUs, esta actualización no es el fin del cuento sobre los impactos de los PRNUs en la profesión jurídica. El cambio continúa, y

avances claves tendrán lugar en el futuro. Sería tentador esperar hasta los desarrollos se definen con el tiempo, pero los abogados tienen que asesorar y servir a los clientes en el presente. Por lo tanto, cabe entender que el impacto de los PRNUs en la profesión jurídica es un viaje en curso, en el cual esta actualización es una foto instantánea de una coyuntura.

Principales referencias

1. [Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos \(2011\) \(PRNUs\)](#)
2. [Guía para la Interpretación de la Responsabilidad de las Empresas de Respetar los Derechos Humanos \(2012\)](#)
3. [Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales \(2011\)](#)
4. [Principios Básicos sobre la Función de los Abogados \(1990\)](#)
5. [International Bar Association \(2016\) *Guía Práctica de la IBA sobre empresas y derechos humanos para abogados mercantiles*](#)
6. [Anexo de Referencia a la Guía Práctica de la IBA sobre empresas y derechos humanos para abogados \(2016\)](#)
7. [ISO 26000 – Guía de responsabilidad social \(introducida en 2010\)](#)
8. [Pacto Mundial de la ONU](#)
9. [La Red China del Pacto Mundial de la ONU](#)
10. [Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas \(ONU\)](#)
11. [The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights at 10: The Impact of the UNGPs on Courts and Judicial Mechanisms \(2021\)](#)
12. [Los Directrices del Gobierno de Japón sobre la Debida Diligencia en materia de Derechos Humanos: : ビジネスと人権～責任あるバリューチェーンに向けて～\(versión en inglés\)](#)
13. [Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable \(2018\)](#)
14. [Principios para la Inversión Responsable \(2020\)](#)
15. [Organización Internacional de Trabajo, “Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social” \(2017\)](#)
16. [Asamblea General de la ONU, A/70/L.1, “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” \(2015\)](#)
17. [Resolución A/76/300 de la Asamblea General de la ONU, adoptada el 28 de julio de 2022, “El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible”](#)
18. [Los reportes del Proyecto de Rendición de cuentas y Remedios \(APR Project Reports\)](#)
19. [Equator Principles. Herramientas para mejorar el acceso a mecanismos efectivos de reclamación y permitir remedios efectivos](#)
20. [UNGP10+ \(Una hoja de ruta para la próxima década de Empresas y derechos humanos\)](#)

Colaboradores

- **Presidente:** Brabant, Stéphane
- Andrade Lima Cardozo, Maria Izabel
- Carnegie, Sara
- Cassel, Douglass
- Douvartzidis, Lara
- Groulx Diggs, Elise
- Lalani, Shaheez
- Maier, Bernhard
- Scheltema, Martijn
- Sherman, John

Notas Finales

¹ International Bar Association (2016) *Guía Práctica de la IBA sobre empresas y derechos humanos para abogados mercantiles* IBA Practical Guide on Business and Human Rights for Business Lawyers, IBA guides and reports | International Bar Association (ibanet.org).

² OHCHR de la ONU (2012) Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Aplicación del marco "Proteger, Respetar y Remediar" de las Naciones Unidas.

³ Asamblea General de la ONU (28 de julio 2022) A/RES/76/300 (undocs.org).

⁴ Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (2022) (europa.eu).

⁵ Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (CSRD) Directive EUR-Lex - 32022L2464 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

⁶ Ver también Debevoise & Plimpton UNGPs at 10: the Impact of the UNGPs on Courts and Judicial Mechanisms full-report.pdf (debevoise.com).

⁷ *SERAP v Nigeria*: Judgment No. ECW/CCJ/JUD/18/12, Judgment of December 14, 2012.

⁸ *Vedanta Resources Plc and another v Lungowe and others* [2019] UKSC 20; *Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and another* [2021] UKSC 3.

⁹ *Nevsun Resources Ltd. v. Araya* [2020] 1 S.C.R. 166.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los Buzos Miskito (Lemoth Morris Et Al.) v Honduras* (31 August 2021)

¹¹ *University of Stellenbosch Legal Aid Clinic and Others v Minister of Justice And Correctional Services and Others* (16703/14) [2015] ZAWCHC 99; 2015 (5) SA 221 (WCC); [2015] 3 All SA 644 (WCC); (2015) 36 ILJ 2558 (WCC) (8 July 2015).

¹² *Oguru, Efang & Veeniging Milieudéfensie v Shell Petroleum NV*, Court of Appeal The Hague 200.126.804 (case a) + 200.126.834 (case b) (29 January 2021)

¹³ *Milieudéfensie v Shell* (25 June 2021) C/09/571932 / HA ZA 19-379 (English version); ECLI number: ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (Dutch version).

¹⁴ Case No. 2020/32777. Notice of Motion filed 20 October 2020, High Court of South Africa Guateng Local Division, Johannesburg, Founding-affidavit-as served-REDACTED-21.10.2020.pdf (childrenofkabwe.com); see also Business and Human Rights Resource Centre, Class action lawsuit against Anglo American South Africa Ltd (re lead poisoning, Zambia), www.business-humanrights.org/en/latest-news/lawsuit-against-anglo-american-south-africa-ltd-re-lead-poisoning-zambia/.

¹⁵ Climate Change Litigation Database, *Asmania et al v Holcim*, <http://climatecasechart.com/non-us-case/four-islanders-of-pari-v-holcim/>; Climate Change Litigation Database, *Luciano Lliyua v RWE AG*, <https://climatecasechart.com/non-us-case/liiuya-v-rwe-ag/>.

¹⁶ Climate Change Litigation Database, *Friends of the Earth et al v Total* (Amigos de la Tierra v Total), <https://climatecasechart.com/non-us-case/friends-of-the-earth-et-al-v-total/>; Duty of Vigilance Radar, Ongoing Cases, <https://vigilance-plan.org/court-cases-under-the-duty-of-vigilance-law/>.

¹⁷ Clearly Gottlieb (29 January 2020) The Launch of the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, www.clearlygottlieb.com/-/media/files/alert-memos-2020/the-launch-of-the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration.pdf

¹⁸ *Urbaser v Argentina* (8 December 2016) ICSID Case No. ARB/07/26; *David Aven et al v Costa Rica* (18 September 2018) Case No. UNCT/15/3.

¹⁹ African Arbitration Academy, Africa Arbitration Academy – Investing in the legal future of Africa.

²⁰ OCDE (2023) Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales oecd.org/mneguidelines/.

²¹ Mandatos del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas; del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos en el contexto del cambio climático; de la Relatora Especial sobre el derecho humano a un medio ambiente limpio, sano y sostenible; del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos; y de la Relatora Especial sobre los derechos humanos al agua potable y el saneamiento, UN Human Rights Working Group, AL OTH 53/2023, 26 de junio de 2023, accessible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gld=28094>.

²² La Sección 3 de la Guía Práctica (2016) enumera ejemplos de áreas de práctica donde tener conocimientos de empresas y derechos humanos es importante.

²³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos: Orientación para garantizar el respeto a los defensores de los derechos humanos. Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales, Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas A/HRC/47/39/Add.2: A/HRC/47/39/Add.2: The Guiding Principles on Business and Human Rights: guidance on ensuring respect for human rights defenders - Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises | OHCHR.

²⁴ Para más detalle, ver Sección 6.3 de la Anexo de Referencia de la IBA, documento (ibanet.org).

²⁵ Ruggie (2018) La Construcción Social de Naciones Unidas.