

**LA ESTRUCTURA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD
INTERNACIONAL DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS
EMPRESAS COMERCIALES EN CASOS DE VIOLACIONES A LOS
DERECHOS HUMANOS**

Mónica Andrea Tangarife Pedraza*

Autora

Estudiante de la Maestría de Derechos Humanos y Democracia

Jean Carlo Mejía Azuero

Director de Tesis

* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Master in Management of Development de la Universidad de Turín, Italia. Asesora en el sector público y privado en asuntos relacionados con Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Desarrollo. Miembros del Centro de Estudios de Derecho Internacional y Derecho Global “Francisco Suárez S.J.” Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. monytangarife@gmail.com. Dirección: Calle 127 A No. 49 – 67, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: monytangarife@gmail.com. Móvil (57) 3208996864.

CONTENIDO

Introducción

- I. Estado de la cuestión
- II. El Estado y su papel de garante ante violaciones a los derechos humanos cometidas por particulares
 1. Aproximaciones teóricas a la eficacia de los derechos humanos entre particulares
 2. Los actores no estatales como sujeto de Derecho Internacional (de los Derechos Humanos)
- III. La capacidad (subjektividad) de las empresas transnacionales y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos
- IV. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a violaciones de derechos humanos cometidas por empresas o personas jurídicas
 1. Aspectos relevantes de algunas decisiones dentro del SIDH
 - a) Yanomami vs. Brasil
 - b) Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua
 - c) Comunidad Indígena Maya vs. Belice
 - d) Opinión Consultiva OC18 DE 2003 “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”
 - e) Trabajadores de la empresa Fertilizantes de Centroamérica (FERTICA) vs. Costa Rica
 - f) Ximenes Lopes vs. Brasil
 - g) Pueblo Saramaka vs. Suriname
 - h) Clínica pediátrica de la Región de Los Lagos vs. Brasil
 2. La línea jurisprudencial del SIDH en relación con las obligaciones de las personas jurídicas en materia de derechos humanos
- V. Caracterización de la responsabilidad internacional de las empresas en casos de violaciones a los derechos humanos
 1. Regimenes de responsabilidad internacional
 - a) Responsabilidad internacional del Estado
 - b) Responsabilidad penal internacional

c) Responsabilidad internacional de las Organizaciones Internacionales

d) Responsabilidad internacional de las empresas

2. La estructura jurídica de la responsabilidad de las empresas

VI. Conclusiones

Bibliografía

Anexos

A Martina

INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha tenido una gran transformación en términos de la protección que debe ser brindada a todo ser humano por el solo hecho de serlo, gracias a que se ha reconocido el deber de respeto a los derechos humanos, que le asiste no solo al Estado sino a todos los particulares, en sus relaciones *vis a vis*.

Ello ha llevado a que expresamente se reconozca la posibilidad de que la fuente de la agresión a los derechos humanos sea diversa, es decir, no solo el Estado puede vulnerar los derechos humanos, sino que también lo pueden hacer los individuos o incluso las personas jurídicas. Dichos avances han mostrado a su vez, que los dispositivos jurídicos y los mecanismos de protección de los derechos humanos a nivel internacional resultan insuficientes a la hora de proteger de manera eficaz estos derechos.

La situación expuesta ha marchado de manera desigual en cuanto se refiere a las personas naturales y las personas jurídicas. Mientras que en el caso de las personas naturales se ha reconocido a estas la potencialidad de vulnerar derechos humanos, y en tal sentido fue establecida la Corte Penal Internacional, como organismo competente para conocer de cierto tipo de delitos cometidos por individuos y declarar responsabilidad penal respecto de estos, en el caso de las personas jurídicas, los avances por determinar la forma como éstas pueden llegar a ser responsables han sido muy lentos y escasos. De hecho, se han dado argumentos en el sentido de que las personas jurídicas, entre estas las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, no son susceptibles de ser responsables en el ámbito internacional por violaciones a los derechos humanos.

Dicha posición resulta desde nuestro punto de vista inadmisibles si se considera que contrario a esa idea, dentro de la comunidad internacional y a nivel interno de los Estados, ha sido evidente el reconocimiento de que las empresas transnacionales y otras empresas comerciales juegan un papel preponderante en la configuración del nuevo

panorama mundial, en donde hay lugar a múltiples globalizaciones (hegemónicas y contra hegemónicas), a través de las cuales se pretende definir y redefinir los derechos humanos, llevando ello a que sea cada vez más imperiosa la necesidad de asumirlas como sujetos de derecho.

Tal posición preponderante de las empresas transnacionales, en relación con otros sujetos de derecho, especialmente frente a los Estados, ha llevado a que se evidencie el hecho de que estas no solo potencialmente pueden violar derechos humanos, a través del desarrollo de sus actividades, sino que, habiéndose presentado ya casos en los que las empresas se han visto envueltas en violaciones a los derechos humanos de dimensiones mucho mayores a las que puede cometer cualquier otro particular, estas en el mejor de los casos, han sido resueltas ante instancias distintas a aquellas en donde tuvieron lugar las violaciones, sin que haya habido una real reparación para las víctimas de tales hechos.

Dicha situación, en la cual confluyen diversos aspectos de orden jurídico, político y sociológico, permite evidenciar que en la actualidad uno de los problemas relacionados con la irresponsabilidad de las empresas en casos de violaciones a los derechos humanos es que **no existe una estructura jurídica que permita imputar responsabilidad internacional a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, por violaciones a los derechos humanos.**

Problema que se traduce como pregunta de investigación en la siguiente: **¿Cuál es la estructura jurídica que permitiría imputar responsabilidad internacional a las empresas transnacionales u otras empresas comerciales por violaciones a los derechos humanos?**

Para dar respuesta a dicha pregunta, dentro de la tesis

se tendrá en cuenta que el problema mencionado se sustenta en tres aspectos fundamentalmente: i) no considerar a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales como sujetos de derecho; ii) la inexistencia de normas que obliguen directamente a aquellas; y iii) la inexistencia de un órgano competente para conocer y declarar responsabilidad por este tipo de violaciones cometidas por las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.

Tales aspectos, por su naturaleza, serán abordados con un enfoque cualitativo que permitirá entender el fenómeno planteado dentro del problema y la pregunta de tesis, de tal suerte que en su desarrollo, se capten los elementos teóricos suficientes para caracterizar la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, con una perspectiva evidentemente descriptiva. Lo cual convierte esta tesis en un estudio teórico descriptivo, encaminado a definir las principales propiedades o atributos del fenómeno de la responsabilidad internacional de las empresas.

Dicho estudio llevará a comprobar o desechar la hipótesis planteada dentro de la presente tesis, la cual alude a que **existen algunos elementos jurídico políticos que permiten imputar responsabilidad internacional a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales por violaciones a los derechos humanos.**

De esta manera, en relación con la estructura de la tesis, el Capítulo I denominado *Estado de la cuestión*, tendrá por objeto establecer cuáles han sido las principales posiciones o teorías respecto de la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en casos de violaciones a los derechos humanos, cuáles son los nuevos interrogantes y problemas que han surgido en relación con este tema y conocer qué se ha dicho acerca del problema que se ha planteado.

Una vez establecido el estado de la cuestión, a través de distintos métodos inductivos se pretenderá verificar la hipótesis antes mencionada, tal como se intentará en los siguientes capítulos propuestos.

El Capítulo II hará referencia en primer lugar al Estado y su papel de garante ante violaciones a los derechos humanos cometidas por particulares. Un breve recorrido por las principales obligaciones del Estado en la materia llevará a determinar cuál es el alcance que hoy en día tiene la obligación de garantía de éste respecto de los actos violatorios de los derechos humanos cometidos por particulares, aspecto que a su vez llevará a que se defina, a partir de la teoría de la *drittwirkung*, el papel que cumplen los actores no estatales en dicho ámbito, entendidos como sujetos de derecho distintos del Estado.

En la medida que las empresas transnacionales y otras empresas comerciales se ajusten a la clasificación de actores no estatales, en el Capítulo III se abarcará el tema de la subjetividad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales atendiendo a que con base en los desarrollos teóricos y jurisprudenciales es posible afirmar que las empresas transnacionales y otras empresas comerciales son titulares de derechos y obligaciones.

En tal sentido, el Capítulo IV mostrará que las empresas transnacionales, pesar de ser titulares de obligaciones, desde el punto de vista de los sistemas de protección de los derechos humanos existentes, en particular el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, éstos no son suficientes ni eficaces en la protección de derechos, ante casos de violaciones cometidas por las empresas.

En relación con éste último aspecto, la forma como se probará la insuficiencia e ineficacia de los sistemas de protección de los derechos humanos, se basará en un estudio comparado de casos conocidos por la Comisión Interamericana o fallados por la Corte Interamericana, en los cuales las violaciones a los derechos humanos han tenido

lugar por causa de las empresas transnacionales u otro tipo de personas jurídicas. Con base en ellos, se mostrará la línea jurisprudencial que existe hasta el momento dentro del Sistema Interamericano en relación con la responsabilidad que asiste tanto a los Estados como a las empresas transnacionales en casos de violaciones a los derechos humanos.

Fundamentados en los argumentos teóricos acerca de la subjetividad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales y el estudio comparado de casos con base en el cual se definirá la línea jurisprudencial, el Capítulo V finalmente, planteará la tesis con la cual se dará respuesta a la pregunta que guía el presente estudio y a la hipótesis planteada.

Para ello, partiendo de que hoy en día es posible hablar de un régimen de responsabilidad internacional, el estudio hará un breve repaso de las principales características de las estructuras de responsabilidad internacional existentes, las cuales con posterioridad serán confrontadas con los aspectos recurrentes de la responsabilidad de las empresas en casos de violaciones a derechos humanos, los cuales han sido conocidos por jurisdicciones estatales en América Latina.

Dicha comparación llevará a que finalmente surja de allí, una caracterización de la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, acorde con los avances que a nivel internacional y nacional se han presentado, en el sentido que la responsabilidad internacional de las empresas se mostrará como consecuencia de un daño que se causa con ocasión de una acción u omisión de la empresa transnacional o comercial, con la cual incumple una norma vigente en materia de derechos humanos y que da lugar a una reparación.

Lo anterior sin olvidar que dada la inexistencia de una arquitectura institucional que permita abordar las violaciones a los derechos humanos cometidas por las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, la estructura jurídica de responsabilidad

internacional que se plantee no será operante, y mientras tanto, se podrá seguir afirmando que nos encontramos ante una pseudo responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en casos de violaciones a los derechos humanos.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La protección de los derechos humanos en situaciones en las cuales las empresas transnacionales se encuentra comprometidas con actos violatorios contra ellos, presenta múltiples dificultades relacionadas con la configuración misma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), con los distintos actores que intervienen, con los contextos en los cuales ocurren tales violaciones e incluso, con las consecuencias que de allí se derivan.

En el caso particular de esta investigación, estudiaremos el problema relacionado con que **no existe una estructura jurídica que permita imputar responsabilidad internacional a las empresas transnacionales u otras empresas comerciales, por violaciones a los derechos humanos**, en el sentido que no existe una normatividad y estructura internacionales que protejan los derechos humanos cuando éstos son vulnerados por cuenta de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. A partir de donde la pregunta que guiará la presente tesis será la siguiente: **¿Cuál es la estructura jurídica que permitiría imputar responsabilidad internacional a las empresas transnacionales u otras empresas comerciales por violaciones a los derechos humanos?**

Frente a la cual se planteará como hipótesis principal que: **existen algunos elementos jurídico políticos que permiten imputar responsabilidad internacional a las**

empresas transnacionales y otras empresas comerciales por violaciones a los derechos humanos.

En esta situación, se analizará la relación que existe entre el problema jurídico político que deviene de la falta de previsión por parte del DIDH, al no considerar a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales como potenciales violadoras de derechos humanos; y su reflejo en el ámbito institucional, en la medida como el sistema internacional de protección de los derechos humanos, tal como está diseñado, no permite someter a estas empresas al DIDH, y hacer que sean responsables en el caso de que violen los derechos humanos.

De allí deviene la necesidad de analizar este problema a la luz de la responsabilidad internacional de los actores no estatales en casos de violaciones a los derechos humanos, y establecer cuáles han sido las principales posiciones o teorías al respecto, cuáles son los nuevos interrogantes y problemas que han surgido sobre este tema y conocer qué se ha dicho acerca del problema que se ha planteado.

De esta manera, en un principio, se debe tratar algunos aspectos relacionados con la eficacia de los derechos humanos entre particulares, a partir de las teorías sobre la *Drittwirkung der Grundrechte* (eficacia de los derechos fundamentales entre particulares), y las tres categorías planteadas por Andrew Clapham en su libro *Human Rights Obligations of Non State Actors*, relacionadas con algunas aproximaciones sobre el tema.

Acerca de tales aproximaciones, la primera que menciona Clapham, es aquella que reconoce a los Estados como principales actores del sistema internacional y como los únicos titulares de las obligaciones derivadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este sentido, dicha posición hace énfasis en la responsabilidad del Estado y establece que en los casos en los cuales, los particulares cometan actos que amenacen

o afecten los derechos humanos, estos serán tratados a la luz de la obligación que tienen los Estados de **asegurar** el respeto de aquéllos (Clapham, 2006: 25).

Tales consideraciones están precedidas por la idea según la cual, extender las obligaciones legales a actores no estatales les otorga una legitimidad que afecta o mina la autoridad del Estado y diluye sus responsabilidades con respecto de sus obligaciones en materia de derechos humanos (Clapham, 2006: 25).

Dicha posición encuentra algunas variantes entre quienes consideran que la responsabilidad por violaciones a los derechos humanos debe recaer en el Estado. Así, por ejemplo: Remiro Brotóns reconoce que afirmar que el Derecho Internacional es sólo un derecho entre Estados, única y exclusivamente o entre Estados independientes, es una definición inadecuada para reflejar una realidad social y legal más compleja, pues se ha acentuado el polimorfismo de la subjetividad internacional (Brotóns, 1987: 41).

De tal suerte que “en la medida en que la subjetividad internacional ha ido dejando de ser considerada como una pertenencia de la soberanía para ser concebida como un procedimiento de atribución de derechos y obligaciones dentro de un ordenamiento jurídico determinado, la sociedad internacional se ha abierto a otros sujetos que como advirtió la CIJ en su opinión relativa a las reparaciones de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas (1949), no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza y estatuto”¹ (Brotóns, 1997: 41).

Consideraciones a pesar de las cuales, Brotóns afirma que esto **no** quiere decir que dada la humanización del Derecho Internacional, se deba recurrir a la atribución de personalidad internacional a los seres humanos y a la humanidad, que son quienes

¹ La Corte Internacional de Justicia señaló que “en un sistema jurídico, los sujetos de Derecho no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos; y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad. El desarrollo del Derecho Internacional, en el curso de su historia se ha visto influido por las exigencias de la vida internacional, y el crecimiento progresivo de las actividades colectivas de los Estados ha hecho ya surgir ejemplos de acción ejercida en el plano internacional por ciertas entidades que no son Estados”. (C.I.J., Opinión relativa a las reparaciones de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, 1949).

determinan los objetivos y la misión del Derecho Internacional (Brotóns, 1997: 44), limitando así la posibilidad de atribuir personalidad a ciertos actores internacionales.

Por otra parte, desde el punto de vista de la responsabilidad, autores como Aguiar, afirman que la responsabilidad internacional tiene un carácter esencialmente colectivo porque tanto la reparación como la sanción, no enfocan al individuo que cometió el hecho ilícito, lo cual da lugar a una **relación jurídica entre Estados y/o entre Estados y organizaciones internacionales** (Aguiar, 1997: 108).

En ese sentido, Aguiar afirma que si bien el individuo puede ser pasible de responsabilidad al igual que el Estado o que los otros sujetos con capacidad de autodeterminarse internacionalmente, de tal suerte que se le puede imputar acciones u omisiones contrarias al Derecho Internacional, dicha posibilidad es **excepcional y sólo por la vía convencional y expresa** se acepta la relación internacional de responsabilidad entre un individuo y el Estado o entre aquél y las organizaciones internacionales (Aguiar, 1997: 109).

Otros autores como Carlos Vásquez y Michel Addo, dan otra serie de razones para argumentar que en los casos relacionados con las empresas transnacionales, el Estado debe seguir siendo el principal sujeto de Derecho Internacional y en consecuencia, en los casos de violaciones a los derechos humanos en los cuales se vean comprometidos particulares como las empresas, el responsable es el Estado.

Para Vásquez, por ejemplo: el derecho clásico establece dos posiciones distintas pero relacionadas. La primera de ellas, establece que el Derecho Internacional está dirigido hacia los Estados y no hacia los actores no estatales y la segunda, que bajo las normas

secundarias del Derecho Internacional, sólo los Estados incurren en responsabilidad por violar las normas primarias de dicho ordenamiento² (Vásquez, 2005: 932).

Así, argumenta Vásquez que de conformidad con el lenguaje de los tratados, pareciera que estos establecen obligaciones para particulares; sin embargo, lo que comúnmente ocurre es que el Derecho Internacional requiere a los Estados parte para que reconozcan las obligaciones establecidas en el tratado para los particulares (Vásquez, 2005: 934). Tratados con tal contenido no son la excepción al modelo clásico del derecho, pues aunque éstos sí contemplan la posibilidad de imponer obligaciones a los particulares, estos no les imponen directamente obligaciones legales a aquéllos; de allí que se haga la distinción entre obligaciones directas e indirectas (Vásquez, 2005: 935).

Al ver que la existencia de obligaciones indirectas para los actores no estatales no es algo distinto al modelo clásico del derecho, el autor señala que lo que realmente se convierte en una excepción es el establecimiento de normas que directamente establezcan obligaciones para los actores no estatales, incluso considerando que los tratados de derechos humanos son de derecho natural (Vásquez, 2005: 941).

De manera particular, cuando el autor se refiere a las empresas, afirma que estas obligaciones no son claramente vinculantes para las empresas en forma directa, y en este sentido, la posición de Vásquez se dirige a señalar que es improbable que los Estados se coloquen de acuerdo para imponer obligaciones a las empresas privadas, respaldadas por un mecanismo internacional que las aplique; por esta razón, sugiere que es posible que los Estados lleguen a un acuerdo de imponer obligaciones discretas de

² Esto no quiere decir que el Derecho Internacional establezca que sólo la conducta del Estado pueda dar lugar a una violación del Derecho Internacional. Por ejemplo: las normas secundarias de derecho internacional establecen que la conducta de una persona o grupo de personas puede generar responsabilidad internacional, si está ejerciendo de facto la autoridad. En igual sentido, la conducta de los actores no estatales puede dar lugar a responsabilidad bajo el Derecho Internacional, si el Estado la conoce y la asume como propia.

derechos humanos a las empresas o que se impongan obligaciones más significativas³, pero de manera indirecta (Vásquez, 2005: 958).

En una línea similar, Addo afirma que si bien no puede desconocerse que las decisiones y actividades de las empresas transnacionales tienen un gran peso en la definición de políticas públicas nacionales e internacionales (Addo, 1999: 4), lo cierto es que en materia de derechos humanos, los que deben responder son los Estados, dado su papel de supervisores en el cumplimiento de los tratados internacionales.

Así, afirma que no existen estándares normativos definidos con claridad en el campo de los derechos humanos que sean lo suficientemente globales y multidisciplinarios, como para proveer una base legal que dirija el comportamiento de la empresa a nivel político, económico o social (Addo, 1999: 23).

Frente a lo cual en todo caso, no se desconoce que la responsabilidad de las empresas está asentada en el derecho interno, y que algunas situaciones de tipo moral y social pueden llegar a convertirse en obligaciones legales para las empresas, como ha ocurrido con la responsabilidad penal corporativa que representa un ejemplo exitoso de aplicación del derecho en el ámbito de la responsabilidad corporativa (Addo, 1999: 21 y 22).

Vistos los anteriores planteamientos teóricos, es claro que un buen sector de la teoría se inclina por creer que el Estado resulta ser el primer responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos, incluso en los casos en los cuales los actores no estatales son los directamente responsables de su vulneración. A partir de aquí, se revisarán los planteamientos de la segunda aproximación.

³ Aun cuando Vásquez no define claramente en su texto a qué se refiere con las “obligaciones discretas” dirigidas a las empresas y las “obligaciones más significativas”, de acuerdo con los planteamientos de dicho autor, puede afirmarse que las primeras se refieren a normas directamente dirigidas a las empresas, cuyo contenido es facultativo para éstas, a diferencia de las normas imperativas, mientras que las segundas, son normas de carácter imperativo, pero indirectas en la medida que ante su incumplimiento, quien resulta responsable es el Estado, en virtud de las normas secundarias de la responsabilidad internacional.

De acuerdo con Clapham, la segunda aproximación al tema de la eficacia de los derechos humanos entre particulares, se sustenta en la idea de que es necesario encontrar nuevos caminos para responder a la globalización. En este sentido, se sugiere que los Estados son cada vez más irrelevantes y menos poderosos y que la atención debe centrarse en otros actores tales como las empresas transnacionales e instituciones internacionales, en la medida que en una economía globalizada, el mercado que acompaña la explotación económica y las guerras civiles, ya no se encuentra más en manos de los gobiernos (Clapham, 2006: 25).

Al respecto, lo que se sugiere con esta aproximación es que los Estados cada vez más se irán desintegrando y a la par, surgirán nuevos actores no estatales, de tal suerte que el sistema estatal será reemplazado por un paradigma fundamentalmente diferente de relaciones internacionales en el cual el Derecho Internacional General será el producto de las diversas interacciones entre múltiples actores internacionales, en donde incluso, los actores no estatales tendrán capacidad para establecer normas (Clapham, 2006: 28).

Tales consideraciones encuentran eco en planteamientos como los de Danilo Zolo que afirma que los procesos de globalización van acompañados de transformaciones no sólo en las estructuras políticas, sino también en los aparatos normativos, en especial del Derecho Internacional, en la medida en que el sistema internacional se encuentra “fuertemente condicionado por las conveniencias de las agencias económicas y financieras”, en donde, “el poder decisional, dinámico e innovador de las fuerzas de los mercados tiende a prevalecer sobre la decreciente eficacia regulativa de las legislaciones estatales y de las instituciones internacionales” (Zolo: 2004: 1).

Lo cual, desde el punto de vista de López Ayllón, implica que, al considerarse que la “globalización supone la aparición de procesos sociales que se desarrollan fuera de los ámbitos de organización temporal y espacial propios del Estado moderno” (López, 1999:12) y que “la acción de los sujetos sociales se desarrolla diferencialmente en una

multiplicidad de coordenadas temporales-espaciales” (Ibíd., 13), deba aceptarse que los espacios normativos no emanan directamente de los órganos del Estado, sino de otras instancias que también resultan obligatorias para los individuos sujetos a ellas, tal como ocurre con los trabajadores de empresas transnacionales, que además de estar sujetos a la normatividad laboral propia del Estado en donde está ubicada la empresa, también deben someterse a las reglas que ésta ha establecido para sus trabajadores en diversas latitudes (Ibíd., 14).

Vistos los anteriores planteamientos sociológicos acerca de los actores no estatales en el plano internacional, es importante tener en cuenta que éstos no resultan excluyentes con la tercera categoría planteada por Clapham, la cual se expone a continuación.

La tercera y última aproximación, pretende ir más allá de la postura tradicional centrada en el Estado, con el argumento de que los espacios normativos no emanan directamente de los órganos del Estado, sino de otras instancias que también resultan obligatorias para los individuos sujetos a ellas (Clapham, 2006: 29).

En tal sentido, señala Clapham, por ejemplo: que el Derecho Internacional admite que los Estados no son los únicos sujetos de derecho a este nivel y que, si bien los actores no estatales no gozan de los privilegios, competencias y derechos que los Estados tienen, dicha situación se presenta también con los Estados, que no cuentan con los mismos derechos que tienen los individuos. Así, los derechos y deberes internacionales dependen de la capacidad del individuo o entidad para ser titular de tales, y no de la subjetividad⁴ de los actores. De allí que la propuesta sea hacer prevalecer los derechos y obligaciones de las entidades sobre su personalidad (Clapham, 2006: 68).

⁴ La subjetividad de los actores internacionales es entendida por Clapham como una cuestión confusa e incompleta en el sentido que no existe un acuerdo alrededor de las reglas para determinar quién puede ser clasificado como sujeto. (Clapham, 2006: 62) De allí que reconozca que si bien el concepto de personalidad es central en el ámbito del derecho doméstico, en donde éste permite a los jueces saber cuándo una entidad existe para determinados propósitos dentro del sistema legal nacional, en el caso del Derecho Internacional, este cuenta con unos filtros doctrinales que determinan la personalidad/subjetividad, de tal suerte que la lista de sujetos de Derecho Internacional es definida por doctrinantes y no por un organismo con autoridad para decidir esto. (Clapham, 2006: 70 y 71)

Dicha propuesta sugiere así, que existen normas que inicialmente fueron creadas y reconocidas por los Estados y que hoy en día también se aplican a los actores no estatales, de tal suerte que éstos pueden ser considerados responsables por la violación de estas normas (Clapham, 2006: 68); caso que puede deducirse, por ejemplo, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando establece que las normas allí definidas son aplicables a otros “órganos de la sociedad” o del reconocimiento de los deberes de privados con respecto de los derechos humanos, hecho por parte del Comité de Derechos Humanos, algunas agencias de Naciones Unidas, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio de sus pronunciamientos, de carácter vinculante en algunos casos (Paust, 2002:812 a 817).

En cuanto hace a dicho reconocimiento de obligaciones de privados por parte de organismos internacionales (mecanismos convencionales y extra convencionales de protección de los derechos humanos⁵), es importante tener en cuenta dos aspectos: el primero de ellos, que dada la competencia establecida para los organismos que son cuasi contenciosos o contenciosos⁶, éstos deben y pueden pronunciarse únicamente en relación con los Estados, incluso en los eventos en los cuales la violación haya sido cometida por particulares, como ocurre en el caso de las empresas transnacionales⁷.

⁵ Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos se refieren a aquellos en los cuales los Estados asumen obligaciones sobre una base estrictamente convencional, es decir, sujeta a la ratificación de un tratado por parte de un Estado (e.g. la Convención para la eliminación de la discriminación racial, en la cual los estados se obligan a presentar informes sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole, que se hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la convención o el Estatuto de la Corte internacional de Justicia) (Villán, 2002). Los mecanismos extra convencionales de protección de los derechos humanos se refieren a “mecanismos de protección creados por resolución de los órganos competentes de las respectivas organizaciones internacionales, y no por tratados específicos de derechos humanos”. (Pinto en Villán, 2002: 572)

⁶ De acuerdo con Villán Durán, los mecanismos cuasi judiciales, también denominados cuasi contenciosos, son mecanismos de control ex post facto, a los que se puede recurrir ante la existencia de una violación. “En este sentido, son subsidiarios de los procedimientos judiciales nacionales (...) pues para su utilización se requerirá el previo agotamiento, sin éxito, de los recursos judiciales internos del país en el que se haya producido la violación que se denuncia”. “La finalidad de estos mecanismos consiste en que el Comité correspondiente se pronuncie sobre si ha habido o no violación del tratado en el caso concreto y se extraigan las consecuencias jurídicas de ese pronunciamiento. De modo que estamos en presencia de procedimientos contradictorios, sancionatorios y condenatorios del Estado, quedando este obligado a adoptar las medidas de reparación de la violación que el Comité determine.” “Pero el dictamen del Comité no es una sentencia en sentido estricto, pues el Comité no es, obviamente, un tribunal. A pesar de ello, el dictamen del Comité guarda la apariencia formal de una sentencia y el procedimiento que se sigue ante el mismo es contradictorio.” A su vez, los mecanismos judiciales o contenciosos se refieren al arreglo judicial, mediante el cual “se determina la existencia de una violación y se precisa el contenido de la responsabilidad del Estado en casos que no han podido ser dirimidos a través de otros mecanismos universales de protección no judiciales”. “El arreglo judicial permite la tutela más estricta de los derechos lesionados, una interpretación autorizada de las normas jurídicas internacionales aplicables y la obtención de medidas de reparación que, una vez dictadas por el tribunal competente, serán de obligado cumplimiento por parte del Estado responsable de la violación”. (Villán, 2002: 437 y 499)

⁷ Al respecto es importante aclarar que la competencia de los organismos internacionales encargados de la protección de los derechos humanos implica que estos solo pueden declarar responsable a los Estados, como principales responsables de violaciones a los derechos humanos. No obstante lo anterior, dichos organismos sí han reconocido en varias oportunidades que muchas de las violaciones que se endilgan a los Estados provienen de acciones de particulares.

En segundo lugar, que buena parte de las normas que son utilizadas a nivel internacional por parte de estos organismos, para interpretar y otorgar contenido a cierto tipo de derechos establecidos en instrumentos obligatorios, pertenecen a la categoría de normas de *soft law*⁸, las cuales para buena parte de la doctrina son entendidas como aquellas que se refieren al “conjunto de instrumentos internacionales (generalmente declaraciones o resoluciones recomendatorias) emanados de Organizaciones y Conferencias Internacionales, los cuales **carecen de naturaleza jurídica**”, pero que pueden ubicarse “dentro de la *lex ferenda* (de *lege ferenda*), la cual designa la política legislativa en contraposición a la *lex lata* (o de *lege lata*) indicativa del derecho actual, vigente y positivo.” (Valencia, 2008: 418) (negritas fuera de texto).

Posición frente a la cual es necesario adoptar una postura en relación con si tales normas tienen algún efecto sobre la forma como debe ser analizado el comportamiento de los particulares, en especial las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, en relación con los derechos humanos.

De manera específica, al referirse Paust a las empresas como terceros, afirma que una empresa puede llegar a verse envuelta en violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, bien sea de forma directa como actor privado; como un actor implicado por su conexión o relación con un Estado, algún actor estatal u otro actor público o como un participante en un *joint venture* u otra relación de complicidad, con otro actor violador de los derechos humanos; **todo lo cual conlleva a que las empresas multinacionales puedan ser responsables bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos** por las violaciones que lleguen a cometer (Paust, 2001: 825).

Martín Ortega entiende lo anterior como un reto teórico en la medida en que las “responsabilidades” que hoy en día tienen las empresas transnacionales, deben ser traducidas a obligaciones jurídicas concretas, de contenido limitado y fuentes jurídicas

⁸ Para otros autores como Alan E. Boyle, el término *soft law* tiene varios significados, entre los cuales, tres resultan relevantes. El primero de ellos se refiere al *soft law* como aquellos acuerdos que no son vinculantes para las partes que expresan su voluntad; el segundo, señala que el *soft law* consiste en normas generales o principios (y no reglas), de estructura abierta, cuyo enunciado puede entenderse como no obligatorio, y finalmente, en tercer lugar, aquellas normas que no son fácilmente exigibles por medio de mecanismos obligatorios de solución de controversias (Boyle, 1999: 901 – 902).

identificadas. Proceso que supone de alguna manera, partir de la idea de que conceptualmente no existen obstáculos que impidan a los Estados, como creadores de normas jurídicas internacionales, adaptar el ordenamiento jurídico para incluir la protección contra daños de actores no estatales, tales como las empresas transnacionales. Lo cual implica que los Estados tengan la capacidad para obligar a las empresas a que se atengan a las obligaciones en materia de derechos humanos (Martín Ortega, 2008: 127 y 128).

Vistas las diferentes posiciones con respecto de la eficacia de las normas de derechos humanos frente a terceros⁹, debe reconocerse, tal como lo hace Reinisch, que la expansión del marco legal de los derechos humanos parece darse al menos en dos sentidos. Por una parte, en la ampliación del ámbito de aplicación de normas sustantivas sobre el comportamiento de los actores no estatales, con posiciones como la de Clapham, sobre capacidades; y por la otra, en la aparición de diversas instituciones y procedimientos mediante los cuales, las normas pueden ser impulsadas, tales como los códigos de conducta y la aplicación de normas extraterritoriales (Reinisch, 2002: 42 a 55), respecto de los cuales, debe recordarse, no generan responsabilidad internacional para algún actor no estatal¹⁰.

Desde una perspectiva amplia, Steven Ratner plantea que en materia de responsabilidad legal de las empresas, es posible apreciar la existencia de una serie de posibilidades relacionadas con la obligatoriedad de las normas encargadas de regular a las empresas en materia de derechos humanos. De esta manera, propone al menos cuatro posibilidades para establecer obligaciones a las empresas.

Por una parte, la conducta de las empresas puede ser regulada por medio de normas de carácter voluntario como son los códigos de conducta, establecidos por las mismas

⁹ Ver anexo IV.

¹⁰ Considerando que el *soft law*, como parte del proceso de elaboración del Derecho, cobra múltiples formas, Boyle señala que entre estas pueden encontrarse Declaraciones, Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, códigos de conducta y resoluciones y recomendaciones de organismos internacionales, todas las cuales tienen efectos legales diferentes, pero que cuentan con al menos un elemento en común, el compromiso de buena fe, y en muchos casos, también con el propósito de influir en la práctica de los Estados y sus desarrollos progresivos en el marco legal, sin que ello implique que las normas sean vinculantes entre quienes las acuerdan (Boyle, 1999: 902).

empresas para su autorregulación; por otra parte, existe la posibilidad de que se aprovechen las normas de carácter nacional basadas en el principio de territorialidad, de nacionalidad o la misma jurisdicción universal; también puede considerarse la adopción de normas de *soft law*, dentro de escenarios internacionales como lo son la OECD, la OIT, la ONU o el Banco Mundial; y por último, contempla la posibilidad de que los Estados promuevan una regulación uniforme para las empresas transnacionales en los temas de derechos humanos, con un instrumento multilateral que establezca cierto tipo de obligaciones a esas empresas (Ratner, 2001: 534 a 538).

Considerando la posibilidad de implementar la última propuesta mencionada, el autor señala que para que una institución internacional pueda servir de escenario para la prescripción y aplicación de tal instrumento, es necesario que se acuerde por parte de quienes toman las decisiones, acerca de la legitimidad y experticia de aquella institución, de tal suerte que sea capaz de crear y supervisar un régimen, por medio de mecanismos de aplicación efectiva de las normas (Ratner, 2001: 538).

Así, desde la perspectiva de Ratner, existen tres opciones para crear dicha institución. La primera de ellas, sería por medio de una Convención que pueda establecer un mecanismo de monitoreo que le permita recibir reportes e incluso, quejas en el casos de desconocimiento de las obligaciones impuestas; la segunda supondría, instar a las jurisdicciones estatales a criminalizar acciones de las empresas y con base en ello, determinar su responsabilidad y sanciones; y por último, establecer un organismo independiente que determine el incumplimiento de los deberes por parte de las empresas e imponga sanciones. Este organismo podría estar compuesto por representantes de las partes y tener determinadas competencias relacionadas con la imposición de sanciones y prohibiciones (Ratner, 2001: 538 y 539).

Estas propuestas evidencian la afirmación de Reinisch acerca de que existe una imposibilidad legal para usar los mecanismos de protección de los derechos humanos actuales, tales como mecanismos de monitoreo, cortes y tribunales, en el casos en los cuales se vean implicados los actores no estatales, tales como las ONG o las Empresas

Transnacionales, por ser una realidad que requiere una respuesta en dicho sentido (Reinisch, 2002: 60).

Ante tal panorama, si bien el horizonte de este estudio es el planteamiento de un sistema institucional por medio del cual se defina la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales en el caso de violaciones a los derechos humanos en los cuales éstas se vean involucradas, dentro de esta tesis se agotará simplemente, lo relacionado con la caracterización de la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales, con la adopción inicial de los siguientes planteamientos:

Que es necesario superar la idea según la cual, el Estado es el único responsable del respeto y garantía de los derechos humanos, y en tal sentido, no sólo debe plantearse posibilidades para controlar a las empresas transnacionales por medio de su *home state* o de los *host states*, pues incluso en el caso de estos últimos, en ocasiones resultan incapaces o desinteresados en el respeto de los derechos humanos (Gómez Isa, 2005: 4).

Que en la medida en que es una tendencia casi mundial, introducir criterios de la Nueva Gestión Pública en la administración del Estado, a tal punto de que incluso bienes y servicios esenciales para éste son ejecutados por parte de actores privados, en muchos de los casos empresas, no es sólo responsabilidad del Estado, sino también de dichos particulares, el respeto por los derechos humanos¹¹ (Boelscher, 2009: 110).

Que es posible considerar a las empresas bien como sujetos o bien como titulares de derechos y obligaciones en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en este sentido, concebirlos como potencialmente responsables en el casos de esas violaciones.

¹¹ De acuerdo con Viola Boelscher “[h]oy en día, son las organizaciones privadas o privatizadas las que asumen cada día más las responsabilidades que se originan en el Estado. Las empresas de agua, gas, luz, hospitales privatizados son instituciones que deberían responde a los derechos humanos y a los derechos sociales”. (Boelscher, 2009: 110)

Que dada la limitación en las competencias de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, que sólo les permite pronunciarse respecto de los Estados y no con respecto de otro actor no estatal, es necesario contar con un andamiaje jurídico que permita responsabilizar a las empresas transnacionales en el casos de violaciones a los derechos humanos, en procura de la protección efectiva de los derechos de las víctimas.

Que en la actualidad, debe reconocerse la existencia de avances desde el punto de vista corporativo y desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la definición de normas éticas y jurídicas que permiten adoptar una serie de elementos hacia la caracterización de la responsabilidad de las empresas en el casos de violaciones a los derechos humanos.

Y que, dados los múltiples casos que han quedado impunes en relación con la violación a los derechos humanos por parte de las empresas multinacionales o con su complicidad, éstas deben superar el plano de las pérdidas y daños en el ámbito civil, para ser reconocidas como violaciones a los derechos humanos y en consecuencia, generar la responsabilidad internacional correspondiente.

II. EL ESTADO Y SU PAPEL DE GARANTE ANTE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS COMETIDAS POR PARTICULARES

Como es bien sabido, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Estado tiene un papel preponderante con respecto de los demás sujetos de Derecho Internacional o titulares de derechos y obligaciones en este escenario. Una de las principales razones para que ello sea así, es que a diferencia de los organismos internacionales, otras comunidades jurídicas soberanas e incluso el propio individuo, el Estado es el único actor con “capacidad jurídica plena” para participar en la creación y aplicación del Derecho Internacional, al igual que cuenta con la capacidad plena para

reclamar por la violación de una obligación internacional o para que se reclame contra éste, por incurrir en responsabilidad internacional (Villán, 2002: 115).

Dicha particularidad trae como consecuencia que sea el Estado el actor central en la implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en tanto que sus disposiciones sólo pueden llevarse a cabo en la medida en que sea aquél, por medio de medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole, el que garantice su cumplimiento (Dulitzky, 2004: 79 y 80).

Para lograr dicho cometido, este ordenamiento ha definido una serie de obligaciones para los Estados con respecto de los derechos humanos. Estas son en principio, la obligación de respetar, la obligación de garantizar y la obligación de adoptar medidas, cada una de las cuales tiene un contenido específico (Dulitzky, 2004: 82).

En el caso de la obligación de respetar, se refiere a que los Estados “eviten las medidas que obstaculicen e impidan el disfrute del derecho de que se trate”, de tal suerte que no violen por acción u omisión, alguno de los derechos reconocidos en los instrumentos de derechos humanos (Dulitzky, 2004: 84).

Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), en su ya clásica sentencia Velásquez Rodríguez contra Honduras, señaló que dicha obligación hace referencia a la imposibilidad del Estado de menoscabar legítimamente los atributos inviolables del ser humano (CorteIDH. Caso Velásquez Rodríguez, Párr.165), pronunciamiento que ha sido corroborado en múltiples sentencias, entre ellas, aquélla que resuelve el caso González y otras contra México, en la cual señala que “la primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal” (Corte IDH. Caso González y otras, Párr. 236).

En segundo lugar, en cuanto hace a la obligación de garantía, se encuentra que a diferencia de la obligación de respetar, que llama al Estado a abstenerse de la realización de ciertas conductas, y es por esta razón entendida como una obligación de contenido negativo, aquélla propende porque el Estado tenga un papel activo en la realización de los derechos humanos.

De tal manera que en la misma sentencia inicialmente citada, la Corte Interamericana señaló que dicha obligación

“implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos” (CorteIDH. Caso Velásquez Rodríguez, Párr.166).

De lo anterior se deduce que la obligación de garantía contiene en sí misma, una serie de deberes que deben ser observados por el Estado, en aras de cumplir con su papel en la realización de los derechos humanos. De allí que por medio de la jurisprudencia, se haya entendido que ésta puede suponer una serie de acciones que dependerán de las necesidades particulares de protección de los derechos humanos¹².

¹² La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado de manera reiterada que de las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención, se desprende una serie de deberes especiales de acuerdo con las necesidades especiales de protección de cada uno de los derechos consagrados en dicho instrumento. Así, fue establecido por dicho Tribunal en la Sentencia del 4 de julio de 2006 en el caso *Ximenes López vs. Brasil* al señalar que de “las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre” Párr.88. En sentencia del 16 de Noviembre de 2009, en el caso *González y otras contra México*, la Corte señaló que “Sobre la obligación de garantía la Corte ha establecido que puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección¹². Esta obligación implica el deber de los Estados de organizar todo el

Así, en cuanto hace a la obligación de organizar el aparato estatal para asegurar el libre ejercicio de los derechos y libertades, se ha establecido que resulta necesario no sólo que el Estado disponga de todas las estructuras a que haya lugar para garantizar los derechos humanos, sino que además debe remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos disfruten de sus derechos (CorteIDH. OC. 11/90, Párr. 34).

De igual forma, con referencia a las obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar a las víctimas, cada una de ellas responde a unos contenidos específicos que han sido desarrollados por la jurisprudencia.

En el caso de la obligación de prevenir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que éste

“abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales” (Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez, Párr.175; Caso González y otras, Párr. 252).

A su vez, frente a la obligación de investigar, dicho Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de investigar toda situación en la cual se haya violado los derechos humanos, emprendiendo dicha actuación de manera seria y no como una formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, y debe ser asumida por el Estado como un

aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹². Como parte de dicha obligación, el Estado está en el deber jurídico de “prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”¹². Lo decisivo es dilucidar “si una determinada violación [...] ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente” Párr. 236.

deber jurídico propio y no como una gestión de intereses particulares. A lo cual debe agregarse que dicha obligación aplica tanto para supuestos en los cuales el presunto implicado sea un agente del Estado como para aquellos en los cuales se atribuyan los hechos a particulares (Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez, Párr.176 y 177).

Para tal fin, es necesario que el Estado disponga de recursos que sean adecuados y eficaces para la protección de los derechos conculcados. Que sean adecuados supone que los recursos dentro del derecho interno, sean idóneos para proteger la situación jurídica infringida; que sean eficaces, significa que puedan producir el resultado para el cual que hayan sido concebidos (Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez, Párr.63 a 66).

A lo cual debe agregarse que en cuanto a la efectividad de los recursos,

“[...] no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención. [...]No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios” (CorteIDH. Caso 19 Comerciantes, Párr. 192).

En todo caso, debe recordarse que la Corte IDH ha reconocido que tanto la obligación de prevención como la obligación de investigar son de medio y no de resultado, en la medida en que su incumplimiento no se demuestra por el hecho de que un derecho haya sido violado o porque la investigación no produzca un resultado satisfactorio (Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez, Párrs.175 y 177).

Al referirse a la obligación de juzgamiento y sanción, es claro que debe cumplirse de conformidad con los estándares internacionales establecidos para dicho efecto, es decir, conforme con las normas del debido proceso. A su vez, debe ser adelantada de manera

diligente para evitar la impunidad y que hechos similares vuelvan a repetirse (Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán, Párr. 304).

En este sentido, debe adelantarse todas las actuaciones que sean necesarias para que sean procesados todos los responsables, tanto los autores materiales como los intelectuales, imponiéndoles las sanciones que sean pertinentes, que se cumplan de manera efectiva y se reparen los daños y perjuicios causados a las víctimas (Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz, Párr. 64; Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán, Párr. 296 a 298.).

El último aspecto del deber de garantía constituye la obligación de reparar, frente a la cual la Corte Interamericana, con base en el artículo 63.1 de la CADH, ha señalado que surge como consecuencia de la responsabilidad que deviene de un hecho ilícito imputable al Estado y supone, siempre que sea posible, la plena restitución o restablecimiento de la situación anterior a la violación, y en el caso de no serlo, la adopción de una serie de medidas que tiendan a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas (Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán, Párr. 243 a 245).

Por último, encontramos la obligación de adoptar medidas necesarias para garantizar el goce y ejercicio de los derechos protegidos, cuyo punto de partida es el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), frente a la cual la Corte IDH ha señalado que el Estado debe por una parte, adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en el ámbito interno, y por la otra, adoptar medidas para “suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías” (Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo”, Párr. 85 y 87).

Puesto que las anteriores obligaciones soportan el hecho de que el Estado sea el principal actor en la implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la medida en que tal ordenamiento no puede hacerse efectivo sin su activa participación, corresponde en consecuencia, analizar aquellas situaciones en las cuales el Estado no cumpla con dichos deberes, en especial los relacionados con la obligación de garantía, en concordancia con el objeto de la presente tesis.

Es bien sabido que la eficacia de todo ordenamiento jurídico se sustenta en buena medida, en la posibilidad de derivar consecuencias para quien lo incumpla, en otras palabras, en la posibilidad de endilgar responsabilidad en el caso tal de que se desconozca o viole alguna de las disposiciones que lo conforman. En el caso del Derecho Internacional, este tipo de situaciones ha sido objeto de estudio por parte de la Comisión de Derecho Internacional en su Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (CDI, 2000).

Dicho proyecto de la CDI establece como origen de la responsabilidad el hecho ilícito internacional, frente al cual establece que éste se refiere a un comportamiento, bien sea una acción u omisión que es atribuible al Estado según el Derecho Internacional, y que constituye una obligación internacional para aquél (art. 2 y 3); aspectos que se constituyen en el elemento objetivo y subjetivo del hecho generador de responsabilidad.

Así, el elemento objetivo viene dado por la obligación establecida en el Derecho Internacional, vigente al momento cuando se comete el hecho ilícito (Art. 12), la cual puede derivar de cualquiera de las fuentes de derecho establecidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, mientras que el elemento subjetivo se configura de acuerdo con el comportamiento que adopte uno de los órganos del Estado, una entidad no pública con prerrogativas para ejercer el poder público, una persona o grupo de personas que actúa bajo control del Estado o que de hecho, actúa con prerrogativas de éste, y un movimiento insurreccional cuando se haya convertido en un nuevo gobierno (art. 4 a 11).

Una vez se establezca que el hecho internacionalmente ilícito ha tenido lugar, el Proyecto de Artículos define unas circunstancias excluyentes de ilicitud del hecho, por ejemplo: consentimiento, legítima defensa, fuerza mayor, contramedidas y peligro extremo (arts. 20 a 25).

Para determinar por último que como consecuencia de la violación, surge una nueva relación jurídica que es la obligación de reparar y cesar el comportamiento ilícito. Allí se establece como principales formas de reparación, la *restitutio in integrum* y la indemnización por daños y perjuicios (art. 31 y 34 a 39).

Para el caso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es claro que las obligaciones mencionadas arriba se constituyen en el marco dentro del cual es posible determinar la responsabilidad internacional del Estado y en tal sentido, la inobservancia del deber de respeto, garantía o adopción de medidas, genera la obligación de los Estados de reparar la violación, aspecto que se encuadra en el elemento objetivo del hecho ilícito internacional.

A su vez, el elemento subjetivo en el DIDH, corresponde en principio con el Proyecto de Artículos, en la medida en que por regla general el Estado responde en aquellas ocasiones previstas en dicho documento, y no responde por el comportamiento de particulares que no hayan actuado por cuenta del Estado, salvo casos en los cuales “los órganos del Estado hubieran podido actuar para prevenir o reprimir el comportamiento de estos o si existiese una relación de hecho específica entre la entidad o persona que observó el comportamiento y el Estado” (Rodríguez, 2004: 56).

Como resulta evidente hasta este punto, la posición del Estado con respecto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es preponderante y en esta medida, el Estado es el primer llamado a responder por la inobservancia de las obligaciones contenidas en

dicho ordenamiento. Sin embargo, no debe perderse de vista un aspecto que resulta trascendental a la efectiva realización de los derechos humanos, como es la naturaleza de sus normas, pues tal como ya ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros organismos internacionales, las normas de Derechos Humanos son de carácter *erga omnes*, lo cual quiere decir que no sólo obligan a los Estados, sino que además generan efectos en relación con terceros, en el sentido que los derechos deben ser respetados no sólo por los poderes públicos sino también por los particulares en relación con otros particulares (Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, Párr. 140).

Lo cual implica que sea necesario determinar una serie de supuestos en los cuales las violaciones a los derechos humanos cometidas por particulares, les sean imputadas directamente, en especial cuando se trata de empresas transnacionales, sin que dicha situación sea excluyente de que se genere responsabilidad para el Estado, debido a su omisión en la protección de tales derechos.

En consecuencia, debe ser analizados dos aspectos: i. La eficacia de los derechos humanos entre particulares y ii. Los actores no estatales como sujetos de obligaciones de derechos humanos.

II.1 Aproximaciones teóricas a la eficacia de los derechos humanos entre particulares

Ya hemos mencionado con anterioridad, que el Estado es el principal sujeto de derechos en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual implica sin embargo, que es necesario tener en cuenta que éste no es el único y que por el contrario, en este escenario han aumentado los titulares de derechos y deberes. En consecuencia, se debe discutir acerca de la eficacia de los derechos humanos entre actores distintos del Estado, especialmente entre particulares, y lo que ello acarrea en términos de la responsabilidad internacional.

Para tratar dicha cuestión, resulta necesario considerar las aproximaciones teóricas que se han dado al respecto, por lo menos desde dos puntos de vista: el primero de ellos, una aproximación ortodoxa al tema, de acuerdo con la cual los particulares no son responsables internacionalmente, no obstante lo cual sí lo es el Estado en las actuaciones de los particulares, en la medida en que éste se encuentra en una posición de garante con respecto de todos los que están bajo su jurisdicción – dicha teoría se desarrolla con base en los planeamientos de la *Drittwirkung der Grundrechte*¹³ -; y el segundo, cuando se considera que los particulares pueden ser directos responsables de violaciones a los derechos humanos, en la medida en que así como son titulares de derechos, también lo son de deberes en el ámbito internacional.

En cuanto hace a la primera aproximación, que considera que el Estado como garante de los derechos humanos, es el que resulta responsable de su violación cuando sea cometida por particulares, podemos considerar en primer término que su punto de partida se ubica en el deber de garantía que se le ha atribuido al Estado a partir de los tratados de derechos humanos, en la forma como fue expuesto con anterioridad. Sin embargo, sus desarrollos han obedecido a la teoría alemana de la *Drittwirkung der Grundrechte*, que en adelante será explicada.

Según la *Drittwirkung der Grundrechte*, el problema por tratar se refiere a “saber si las normas constitucionales que consagran derechos y libertades son aplicables en las relaciones jurídicas privadas de un modo tal que actúen sobre posiciones jurídicas de la misma naturaleza, y de ser resuelta de manera afirmativa esta pregunta, en qué medida y en qué extensión” (Estrada, 2000: 88). Sobre el particular, podemos encontrar al menos dos teorías tradicionales acerca de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares (en adelante *Drittwirkung*). La primera de ellas, la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, y la segunda, su eficacia mediata o indirecta.

¹³ Dicha teoría plantea “la cuestión de si el Estado es el único sujeto vinculado por los derechos fundamentales, o si éstos pueden desplegar sus efectos en las relaciones de los particulares entre sí”. De tal suerte que el tema de estudio se refiere a “la extensión de la eficacia de los derechos fundamentales de las relaciones verticales entre Estado y ciudadano a las relaciones horizontales de los ciudadanos entre sí. En el trasfondo ya no está la relación entre el individuo sujeto y el poder público que ejerce la sujeción, sino la relación entre dos derechohabientes, entre dos titulares de derechos fundamentales” (Estrada, 2000: 87 y 88).

Sobre la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, encontramos como uno de sus principales exponentes a Nipperdey, quien parte de aceptar que los derechos fundamentales tienen una naturaleza como derechos públicos subjetivos, frente a lo cual agrega que en su mayoría, también tienen la función de “proposiciones ordenadoras o principios para con el orden jurídico en su conjunto”, lo cual supone un efecto directamente normativo como derecho constitucional objetivo, que deroga, modifica, completa o crea disposiciones jurídico privadas (Estrada, 2000: 104).

Lo anterior implica para Nipperdey, que las disposiciones de derechos fundamentales que tienen el doble carácter de derechos públicos subjetivos y principios objetivos que informan la totalidad del ordenamiento jurídico, incluido el privado, en ningún momento afectan la esfera de la libertad del individuo, sino sólo hasta el punto estrictamente necesario para proteger el interés general (Estrada, 2000: 105).

Ahora bien, una vez afirma Nipperdey que los derechos fundamentales irradian el tráfico jurídico privado y que como sistema objetivo de valores, debe regir para todos los ámbitos del derecho, ve más que contradictorio el hecho de que se afirme que esta influencia se produce mediante el *ius cogens* y las cláusulas generales del Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*), en tanto que el efecto irradiación supone reconocer el efecto normativo directo de los derechos fundamentales sobre el derecho privado, sin que medie para ello algún filtro (Estrada, 2000: 106).

Sentada su posición al respecto, dicho autor establece una serie de supuestos en los cuales aplican los derechos fundamentales en el tráfico privado. Para ello, Nipperdey distingue dos situaciones, los casos cuando los derechos fundamentales sólo vinculan al Estado y aquellos en los cuales sí se infiere un precepto vinculante para los particulares. Una vez se define que nos encontramos en el segundo caso, el autor señala que debe apreciarse la finalidad protectora y el orden que contenga la norma en cuestión. Al respecto, afirma que la norma “debe aplicarse sin límite, donde se trate de la relación

entre el individuo y los poderes sociales. Ahí radica, en general, el punto de partida y de arranque de la doctrina sobre el efecto absoluto de los derechos fundamentales” (Nipperdey en Estrada, 2000: 107).

Bajo la misma lógica, Nipperdey afirma que aun cuando no se trate de poderes sociales¹⁴, los derechos fundamentales también se aplican a las relaciones jurídicas entre privados cuando una de las partes detenta un poder económico o de otra índole frente a la otra. Sin embargo, no ocurrirá lo mismo cuando se trate de particulares en igual situación jurídica, porque en principio, allí se suprime la finalidad protectora de los derechos fundamentales y entra a operar la autonomía privada y la libertad contractual, la cual en todo caso quedará sujeta al orden constitucional (Estrada, 2000: 108).

Vistos los principales postulados de la teoría de la *drittwirkung* inmediata, corresponde avanzar sobre aquellos establecidos por la teoría de la eficacia mediata o indirecta, cuyo principal exponente es G. Dürig.

Este autor establece como punto de partida, el principio de la dignidad humana sobre el cual considera que éste no se limita a establecer una obligación negativa a cargo del Estado, sino que impone un deber de protección frente a los derechos fundamentales, de tal suerte que el Estado está obligado a “configurar su orden jurídico universal (esto es, ante todo el derecho privado), de una manera tal que hasta a las fuerzas extraestatales les impida violar la dignidad del hombre” (Dürig en Estrada, 2000: 110).

Lo anterior trae como consecuencia, la necesidad de establecer la manera como será tenido en cuenta el ordenamiento constitucional en el ordenamiento privado. Al respecto, Dürig considera que la intensidad de los derechos fundamentales es diferente cuando se dirige contra el Estado que contra particulares, puesto que en este último caso existe la limitante de la autonomía privada, frente a la cual señala que “el medio idóneo

¹⁴ Los poderes sociales son entendidos en este caso como aquellos poderes o fuerzas superiores a los cuales se encuentra ciertamente sometido el individuo, entendido de manera aislada. Estos se distinguen de poderes de tipo económico o de otra índole, frente a los cuales Nipperdey también considera que deben aplicarse directamente las normas constitucionales.

para la realización de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado es la incorporación de su contenido en los conceptos y cláusulas tradicionales del derecho privado, capaces y necesitadas de ser colmadas valorativamente”¹⁵ (Estrada, 2000: 111). De allí que la aplicación de los derechos fundamentales se haga de manera indirecta, por medio de las cláusulas generales iusprivatistas¹⁶ y con la “previa actuación de los poderes públicos al cumplir el mandato constitucional de configurar la situación jurídica de los particulares de acuerdo con los derechos fundamentales” (Pérez Luño, 1991: 313).

Frente a esta teoría, autores como Pérez Luño, advierten que la eficacia de los derechos fundamentales entre terceros o eficacia horizontal, “se basa en la necesidad de mantener la plena vigencia de los valores incorporados en los derechos fundamentales en todas las esferas del ordenamiento jurídico” (Pérez Luño, 1991: 313), partiendo de dos argumentos básicos, el primero de tipo teórico y relacionado con la seguridad jurídica, considerando que no admitir la eficacia de los derechos fundamentales en la esfera privada “supondría reconocer una doble ética en el seno de la sociedad: la una aplicable a las relaciones entre el Estado y los particulares, la otra aplicable a las relaciones de los ciudadanos entre sí, que serían divergentes en su propia esencia y en los valores que consagra” (Ibíd, 314); el segundo argumento, relacionado con la realidad misma del poder público, en el sentido de que a éste “le ha surgido la competencia de poderes económico sociales fácticos, en ocasiones más implacables que el propio Estado en la violación de los derechos fundamentales” (Ibíd, 314).

Conforme con lo cual, afirma que “los derechos fundamentales no limitan su esfera de aplicación a las relaciones entre el Estado y los particulares, sino que pueden dar lugar a preceptos jurídicos aplicables en el seno de las relaciones entre personas privadas, cuando sea necesario establecer un equilibrio entre situaciones marcadamente desiguales” (Pérez Luño, 1991: 94).

¹⁵ Al hacerse referencia a que los conceptos y cláusulas tradicionales del derecho privado requieren ser colmadas valorativamente, Dürig se refiere a que es necesario fundamentar y llenar de contenido las disposiciones jurídicas del tráfico privado con el concepto normativo de la dignidad humana – punto de partida de la teoría de Dürig - y con los valores que los derechos fundamentales protegen desde la base del ordenamiento jurídico (Dürig en Estrada, 2000: 110).

¹⁶ Dentro de tales cláusulas Dürig menciona entre otras, las buenas costumbres y la buena fe, desde el punto de vista civil.

Hasta este punto, puede observarse que la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte*, en ambas versiones, mediata e inmediata, afirma la necesaria eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, diferenciándose en la ruta jurídica por medio de la cual se hacen eficaces.

Este aspecto cobra relevancia en el plano de los derechos humanos en dos ámbitos estrechamente relacionados: el primero, de orden interno de los Estados, en tanto que la eficacia de los derechos humanos podría ser mediata o inmediata, al igual que se argumenta para los derechos fundamentales, con una variación, y es que éstos pueden estar dentro o fuera del ordenamiento jurídico del Estado; y el segundo de orden internacional, en tanto que la existencia de un sistema de protección internacional de los derechos humanos -como el SIDH-, para hacerlos eficaces en este ámbito, no puede acudir más que a una fórmula en la cual el Estado sea siempre su primer garante. Plano en el cual, debe aceptarse que una variación a esta circunstancia se presenta en el caso de la Corte Penal Internacional, en donde las personas naturales pueden ser juzgadas y sancionadas por las graves violaciones a los derechos humanos que cometan.

Lo anterior nos permite considerar algunos aspectos destacados en la jurisprudencia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual la responsabilidad internacional del Estado ha tenido su origen en la actuación de terceros, estableciendo que si bien la regla general es que el Estado es responsable de las actuaciones de los poderes públicos y de aquéllas de quienes actúan prevalidos de tales poderes de manera oficial, existen ciertos supuestos en los cuales el Estado también puede ser responsable de las actuaciones de los particulares¹⁷.

Así, señala la Corte Interamericana que

¹⁷ En el caso del Sistema Europeo de Derechos Humanos, el establecimiento y desarrollo del “efecto horizontal” de la Convención Europea de Derechos Humanos por parte de la Corte, ha sido consecuencia de la teoría de las obligaciones positivas del Estado. El Estado llega a ser responsable por las violaciones cometidas entre particulares porque hay una falla en el orden legal, debida en ocasiones a la falta de intervención legal pura y simple, otras a la inadecuada intervención y otras a la falta de medidas diseñadas para cambiar una situación legal determinada contraria a la Convención (Akandji Kombe, 2007:15).

“(…) existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”.

(…)

“Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, **un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención**” (negritas fuera de texto) (Corte IDH. OC-18/03, Párr. 140 y 141).

Consideración que se ve complementada por la Corte al afirmar que

“Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la

relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. **La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en el casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes**, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención” (negrillas fuera de texto) Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán, Párr. 111)

Situación que la Corte delimita en siguiente sentido:

(...) “[U]n Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía. En efecto, el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de éstos frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo¹⁸ (Corte IDH. Caso Valle Jaramillo, Párr. 78)

¹⁸ La Corte Interamericana reiteró su jurisprudencia en 2009 al señalar que “[E]s claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía”. (Corte IDH. Caso González y otras, Párr. 280)

De lo anterior se desprenden al menos, tres conceptos con directa implicación en el tema que nos corresponde, a saber, obligaciones *erga omnes*, debida diligencia y posición de garante, todas las cuales determinan la responsabilidad del Estado por violaciones a los derechos humanos cometidas por particulares.

Con respecto de las obligaciones *erga omnes*, la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*, pretendió establecer una distinción entre las obligaciones de un Estado para con el resto de la comunidad internacional y aquéllas que surgen *vis a vis* de la relación entre Estados para la protección diplomática.

Frente a las primeras, señaló que el interés de todos los Estados porque dichas normas se observen deviene de su naturaleza, considerando la importancia de los derechos que envuelve. De allí que coloque como ejemplos aquellas normas que derivan de instrumentos universales o cuasi universales o aquéllas que han ingresado en el cuerpo del Derecho Internacional General, como es el caso de la prohibición del genocidio (*Barcelona Traction*, 1970, p. 33).

De allí que la Corte Interamericana definiera que las normas establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos son normas *erga omnes*, que si bien al comienzo generan obligaciones para los Estados, también tienen un efecto entre los particulares en sus relaciones inter individuales, fundado en el respeto a los derechos humanos, de tal suerte que dicho efecto trae como consecuencia para los particulares entre sí, la obligación del respeto a los derechos humanos.

La debida diligencia es el segundo concepto importante que se debe tener en cuenta al referirnos a la responsabilidad del Estado por actos de terceros particulares. Si bien se ha señalado en otras oportunidades, que el deber de garantía supone una serie de medidas de carácter positivo por parte del Estado, es necesario hacer énfasis en algunos aspectos relacionados con el “deber de asegurar” los derechos humanos que tienen los Estados.

Afirma Knox que en algunos casos, el Derecho Internacional simplemente contempla los deberes de los particulares y deja su regulación en manos del derecho doméstico, y en este sentido, sólo se especifica que el Estado debe usar la debida diligencia para asegurar que los derechos humanos sean protegidos de las interferencias a manos de privados. Lo

anterior evidencia que el concepto de debida diligencia resulta muy amplio y en consecuencia, aplica para todo tipo de derechos que pueda ser vulnerado por actores privados (Knox, 2008: 21).

De esta manera, si bien el estándar de debida diligencia debe ser aplicado por el Estado respecto de las acciones de sus agentes, como es el caso de la debida diligencia que debe aplicarse a las investigaciones por violaciones a los derechos humanos, también debe utilizarse para la adopción de medidas por parte del Estado encaminadas a prevenir que las violaciones sean cometidas por parte de particulares, considerando en todo caso que *“Under the due diligence standard, a state's obligation to ensure human rights is an obligation of conduct, not of result”* (Knox, 2008: 22).

Al referirse al significado de actuar bajo el estándar de debida diligencia, Knox afirma que la diligencia se determinará según los diversos factores, tales como los recursos disponibles por el Estado, la inminencia de la violación (en el caso que esta no haya ocurrido aún), y la severidad de la violación. Frente a lo cual se sugiere como mínimo, que el Estado adopte en forma razonable, los pasos para tratar de prevenir las violaciones (Knox, 2008: 23).

Lo anterior supondrá que en algunos casos en los cuales los instrumentos identifican obligaciones que requieren debida diligencia (como es el caso de la CEDAW), el Estado debe especificar a qué derechos se aplica y de qué manera, lo cual por supuesto, también supondrá la valoración y el balance entre múltiples intereses en el ámbito del derecho interno (Ibíd.).

Por último, resulta importante hacer referencia al concepto de “posición de garante”, en la medida en que allí el papel del Estado como garante, adopta unas connotaciones especiales por las mismas circunstancias en las cuales se configura. Claro ejemplo de ello, es el caso Ximenes Lopes contra Brasil ante la Corte Interamericana, en el cual se hace referencia a los deberes generales del Estado, los cuales se constituyen en la base general de su responsabilidad, resalta las particularidades del supuesto de responsabilidad del Estado cuando una persona o entidad que no sea un órgano estatal, está autorizada por la legislación del Estado para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental.

Al respecto, menciona que “[d]icha conducta, ya sea de persona física o jurídica, debe ser considerada un acto del Estado, siempre y cuando estuviere actuando en dicha capacidad” (Párr. 86), y por ende, de allí puede surgir la responsabilidad del Estado.

Dados los hechos particulares del caso (maltratos y posterior muerte del señor Ximenes Lopes durante los tres días en los cuales estuvo internado en una clínica para que se le adelantara un tratamiento psiquiátrico), la Corte recalca “que de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre” (Corte IDH, Caso Ximenes Lopes, Párr. 88).

Y en tal sentido,

“En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que **la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce** de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado” (negritas fuera de texto) (Corte IDH, Caso Ximenes Lopes, Párr. 89).

“**La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud** (negritas fuera de texto), ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos (...)” (Corte IDH, Caso Ximenes Lopes, Párr. 90).

De cuyo razonamiento concluyó finalmente la Corte Interamericana que “los Estados son responsables de regular y fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud” (Corte IDH, Caso Ximenes Lopes, Párr. 99).

A lo cual, la Corte añade los deberes especiales del Estado frente a personas en cierta condición de vulnerabilidad, como son las personas con discapacidad que se encuentran bajo su custodia, ante quienes adquiere una posición de garante (Corte IDH, Caso Ximenes Lopes, párr. 138).

De lo anterior puede concluirse, que si bien la posición de garante se presenta respecto de aquellos casos en los cuales el Estado tiene custodia frente a determinadas personas, bien sea por su condición mental o por estar privados de la libertad entre otras circunstancias, y que allí se cumple uno de los presupuestos generadores de responsabilidad internacional por el hecho ilícito (el elemento subjetivo), lo que se debe tener en cuenta es que es una situación que involucra a terceros no estatales, que administrando servicios públicos esenciales para la comunidad, potencialmente pueden afectar los derechos humanos reconocidos internacionalmente.

II.2 Los actores no estatales como sujeto de Derecho Internacional (de los Derechos Humanos)

Hemos visto hasta este punto, cuáles son los alcances que tiene la teoría de la *drittwirkung*, con respecto de las obligaciones de los particulares en materia de derechos humanos. Corresponde ahora, establecer si en el ámbito internacional, los actores no estatales pueden ser sujetos de Derecho Internacional y a partir de allí, definir si pueden o no, ser responsables en este ámbito. Para ello, consideraremos cuáles son los principales argumentos que soportan la idea de que los particulares puedan ser directos responsables de violaciones a los derechos humanos.

Con respecto de la subjetividad en el ámbito internacional, puede afirmarse que en el transcurso de la historia del Derecho Internacional Público, ha sido ampliamente reconocida la idea de considerar al Estado como el principal sujeto de derecho dentro de dicho ordenamiento, bajo el entendido de que éste es el único actor con capacidad jurídica plena para participar en la creación y aplicación del Derecho Internacional.

Así, fue sostenido por la Corte Permanente Internacional de Justicia que el Derecho Internacional gobierna las relaciones entre Estados independientes, de tal suerte que las normas de derecho vinculantes entre ellos emanan de su libre voluntad, expresada en las convenciones o por medio de usos generalmente aceptados (CPIJ, Caso Lotus, 7 de septiembre de 1927).

Dicha posición de la CPIJ ha venido siendo modificada mediante la doctrina y la jurisprudencia, en tanto que el dinamismo del Derecho Internacional Público así lo ha requerido, considerando que ya no sólo se debe regular las relaciones entre Estados, sino también aquéllas que acontecen entre ellos, las organizaciones internacionales y otros actores, como son los individuos.

En tal sentido, con posterioridad, la Corte Internacional de Justicia reconoció la existencia de una personalidad jurídica plena y una personalidad jurídica limitada, para hacer una distinción entre los Estados y otros nuevos sujetos de derecho como la Organización de las Naciones Unidas. Allí la CIJ, considerando que los Estados miembros de la ONU habían encomendado una serie de funciones a dicha organización, al igual que ciertos deberes y responsabilidades, asume que aquéllos la invistieron de competencia para el cumplimiento de esas funciones, lo cual trajo como consecuencia el establecimiento de una persona internacional, capaz de ser titular de derechos y deberes internacionales y por ende, de hacerlos valer con la presentación de reclamaciones internacionales (*Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, ICJ Reports, 1949, p. 174).

Luego, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los demás instrumentos internacionales en la materia, el individuo ha conseguido hacerse a una subjetividad internacional activa y pasiva cada vez más amplia, pues además de ser titular de derechos y poder accionarlos por sí mismo ante las instancias correspondientes, también es titular de una serie de obligaciones que derivan de dichos instrumentos y se aplican de manera directa o indirecta, tal como ocurre con las obligaciones *erga omnes*, antes mencionadas.

De esta manera, si bien los Estados, las Organizaciones Internacionales y el ser humano pueden ser considerados como sujetos de Derecho Internacional, lo cierto es que esta no puede considerarse la regla general, en tanto que es necesario distinguir entre el sujeto de las relaciones internacionales desde el punto de vista sociológico y el sujeto de derecho internacional, titular de derechos y obligaciones. Lo cual trae como consecuencia que no necesariamente el agresor de derechos humanos, no relacionado con el Estado, sea un sujeto de derecho internacional *a priori*, sino que deben ser considerados en cada caso, los contenidos del Derecho Internacional (Carrillo, 2010: 78).

Lo anterior lleva a considerar que el concepto de personalidad jurídica, entendida como la capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones, por lo general acompañada de la capacidad para hacerlos valer, no conoce límites claros (Clapham, 2006: 69). De allí que existan autores que propongan que es más importante la existencia de derechos y deberes de Derecho Internacional, que la cuestión misma de la personalidad jurídica, en el sentido que en el ámbito del Derecho Internacional, la lista de sujetos de Derecho Internacional ha sido determinada por la doctrina y no a través de algún organismo con autoridad para decidirlo (Clapham, 2006: 68).

Afirma O'Connell, por ejemplo, que capacidad implica personalidad, pero siempre es la capacidad de hacer ciertos actos particulares, de tal suerte que personalidad no significa capacidad *per se*, sino diferentes y específicas capacidades. Así, anteriormente sólo

quienes tenían capacidad para realizar la totalidad de las capacidades¹⁹ tenían dicha personalidad en el ámbito internacional, como se aseguró durante mucho tiempo por parte de los abogados internacionalistas (O'Connell en Clapham, 2006: 71).

A partir de estas ideas de O'Connell, Clapham ve la posibilidad de que los actores no estatales puedan disfrutar de ciertos derechos y obligaciones, pero además, de la capacidad de llegar a ser responsables en el caso de incumplir con las obligaciones a las cuales se encuentran sujetos. En este sentido, se colocan como ejemplos, normas de Derecho Internacional Humanitario en las cuales se imponen obligaciones directas a los particulares, como es el caso del artículo 5 de la IV Convención de Ginebra o los Principios Básicos y lineamientos sobre el derecho a la reparación a las víctimas de graves violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y serias violaciones al Derecho Internacional Humanitario, en las cuales se establece que en los casos en los cuales una persona, una persona jurídica o cualquier otra entidad sean halladas responsables de reparar a una víctima, dicha parte deberá proveer reparación a la víctima o compensar al Estado en el caso de que éste ya la haya reparado. Frente a esta situación, llama la atención Clapham en el sentido de que no debería mantenerse la distinción doctrinal entre violaciones cometidas por actores no estatales en tiempos de guerra y aquellas cometidas en tiempos de paz (Clapham, 2006: 72 y 73).

Clapham afirma entonces, que el Derecho Internacional admite que los Estados no son los únicos sujetos de dicho ordenamiento y que si bien es obvio que los actores no estatales no gozan de los privilegios, competencias y derechos que los Estados sí tienen, es obvio también que los Estados no cuentan con los mismos derechos que tienen los individuos. Así, los derechos y deberes internacionales dependen de la capacidad de la entidad para ser titular de tales, sin que éstos dependan de la subjetividad de los actores. Se propone entonces, concentrarse en los derechos y obligaciones de las entidades más que en su personalidad (Clapham, 2006: 68).

¹⁹ La doctrina tradicional del Derecho Internacional Público parte de señalar que es el estado el sujeto de derecho internacional por excelencia y que, en lo que a estos se refiere, se distinguen de los demás sujetos por tres aspectos: el elemento de la igualdad soberana, el elemento de la organización política y el elemento de una base territorial; los cuales los distinguen de todos o algunos sujetos que no cumplen con tales elementos, pero para los cuales la normatividad internacional sí establece una u otra obligación específica - capacidad.

Este argumento lo recoge la autora Olga Martín Ortega, al señalar que si bien el Estado es el principal sujeto de obligaciones en materia de derechos humanos, ello no obsta para que otros actores no estatales puedan ser también, sujetos de obligaciones en la materia, tal como se desprende de los estándares promulgados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando menciona que estos son aplicables a otros “órganos de la sociedad” (Martín – Ortega, 2008: 136).

Como se observa hasta este punto, parece que la discusión respecto de la subjetividad de los actores no estatales en el ámbito internacional, se reduce cada vez más al asunto de en cuál cabeza reposan los derechos y obligaciones, por mínimos que sean. De allí que resulte relevante referirnos a aquéllos que ya existen en la legislación internacional, dirigidos a los actores no estatales. Sin embargo, previo a ello, debemos considerar que esta concepción lleva a que se distinga entre la subjetividad adjetiva o procesal y la subjetividad sustancial.

Sobre este último aspecto, se refiere Carrillo al mencionar que existen partidarios de una noción adjetiva o procesal de la subjetividad, para poder considerar a un actor como sujeto de derecho. Esto quiere decir que no basta con que el sujeto sea titular de derechos y obligaciones, sino que para hacer valer sus derechos, necesita legitimación activa o legitimación pasiva para que sea susceptible imputarle responsabilidad (Carrillo, 2010: 83).

Por otra parte, existen los partidarios de la noción subjetiva según la cual, es sujeto de Derecho Internacional todo actor al cual se atribuyan directamente derechos u obligaciones por parte del ordenamiento internacional, sin intervención del derecho interno. Esta situación es perfectamente factible en el ámbito de los derechos humanos, una vez que en el Derecho Internacional General esto ya haya sido admitido (Carrillo, 2010: 86).

Vistos los anteriores puntos de vista, con respecto de la existencia de obligaciones internacionales vinculantes para los actores no estatales, debe considerarse que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido alineado principalmente de manera vertical y no horizontal (Knox, 2008: 1); de allí que haya existido en algún momento, la idea de que hay una imposibilidad legal de que existan normas obligatorias entre particulares, en la medida en que son los Estados u organismos internacionales los que negocian los tratados y para los cuales sus obligaciones entran en vigor (Clapham, 2006: 29; Martín Ortega, 2008: 94).

Sin embargo, dicha tendencia ha venido cambiando, pues hoy en día autores como Clapham, afirman que existen normas que inicialmente fueron creadas y reconocidas por los Estados, las cuales también se aplican a los actores no estatales, de tal suerte que estos últimos pueden considerarse responsables por violaciones a estas normas. En este sentido, se colocan como ejemplos: los Cuatro Convenios de Ginebra – aplicables a insurgentes y beligerantes - (Clapham el Lyons, 1995: 73; Knox, 2008: 19), la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 2.e), y la Convención contra el Genocidio.

A su vez, en 2003, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas recibió dos propuestas de instrumentos que podrían alinear el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de manera horizontal. La primera de ellas, es el borrador de Declaración sobre Responsabilidades Sociales Humanas - que identifica los deberes que todos los individuos deben a la sociedad-; y la segunda, el borrador de Normas sobre responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto de los derechos humanos (Knox, 2008: 1).

Dichas situaciones han llevado a que se acepte, por parte de la doctrina, que si bien el Derecho Internacional es principalmente generado por naciones, mediante procesos que ellas mismas han aceptado, de allí no necesariamente se sigue que los titulares de las obligaciones internacionales estén limitados a los que se denominan sujetos de Derecho Internacional, como tampoco que el Derecho Internacional Público sea inoperante fuera

de algún tipo de régimen en el cual pueda ser aplicado, tal como ocurre con los tribunales internacionales (Clapham, 2006: 29), porque en este último caso, lo cierto es que la existencia de los derechos humanos no puede supeditarse a la existencia de un remedio para el caso en que sean vulnerados.

Respecto de lo anterior, Javier Mijangos por ejemplo, en su análisis sobre la doctrina de la *drittwirkung* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirma que en su última etapa, a partir de la Opinión Consultiva OC-18/03, la Corte ha querido enfatizar, como lo había venido haciendo desde su segunda época, que “los derechos fundamentales son límites directos al actuar de los particulares” (Mijangos, 2007:22), y que si bien en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos, como es el caso de la Corte Interamericana o Europea, una norma de carácter internacional no se puede aplicar directamente sobre un litigio entre particulares, sino cuando mucho a un Estado, ello no implica que la eficacia de dicha norma sea mediata desde el punto de vista material, sino inmediata en la medida en que lo que desencadena la responsabilidad del Estado, es la previa lesión del derecho de un particular por otro particular (Mijangos, 2007: 21).

Consideraciones como estas, llevan a superar la idea del Estado como principal - sino único-, responsable del respeto y protección de los derechos humanos, y a orientar toda la atención y esfuerzos normativos, no ya hacia el posible agresor sino al individuo como titular de aquellos derechos (Martín Ortega, 2008: 128). De allí que sea valioso el avance que se ha dado con el Estatuto de Roma, en el cual mediante el derecho penal, se imponen directamente unos pocos deberes a los particulares, para que por medio de instituciones como la Corte Penal Internacional, se hagan efectivos en una serie de circunstancias limitadas (Knox, 2008: 3).

Sin embargo, considerando que aún las situaciones y normas en las cuales se puede predicar la aplicación directa de normas internacionales de derechos humanos a los actores no estatales sigue siendo reducida, es importante tener en cuenta para considerar tales, algunos de los aspectos que plantea Knox sobre la horizontalidad de ciertas

normas, a saber: i. Que los deberes no son aquellos que los individuos deben a la sociedad o al Estado, pues estos en realidad son verticales y podrían por el contrario, servir para que el Estado, utilizando su poder para hacerlos respetar y promover, terminara minando tales derechos (Knox, 2008: 5); ii. Que el Derecho Internacional tiene la capacidad legal de imponer obligaciones directas sobre los actores privados, a no violar los derechos humanos de otros; sin embargo, lo que falta es la capacidad política y práctica de hacerlos efectivos (Knox, 2008: 19); iii. Que el régimen de derechos humanos horizontales establece deberes privados en cuatro niveles: a) contempla que los Estados tienen el deber general de restringir acciones privadas que interfieran en el goce de los derechos de otros; b) especifica los deberes privados que los Estados deben imponer; c) establece directamente deberes para los privados, dejando su eficacia en manos del derecho nacional; y d) que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos hace directamente efectivos los deberes de privados ante tribunales o instituciones internacionales (Knox, 2008: 19); y iv. Que la propuesta de nuevos deberes privados debe tener en cuenta el siguiente test: no deben causar daño, deben limitarse a establecer deberes correlativos y no aquellos que se deben a la sociedad o al Estado; y deben alimentar la pirámide de deberes privados, bien sea aclarando los deberes indirectos o estableciendo nuevos de manera directa (Knox, 2008: 3 y 48)

Una vez revisadas las principales aproximaciones al tema de la eficacia de los derechos humanos entre particulares, afirmaremos por el momento, que para avanzar hacia la protección de los derechos humanos en los casos que estos sean violados por parte de empresas transnacionales, es necesario entrar a definir, entre otros aspectos, cuáles son esos derechos y deberes que existen hoy en día en la normatividad internacional, para establecer que dichas empresas son sujetos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde el punto de vista pasivo; y definir el régimen de responsabilidad internacional que les sea aplicable, lo cual incluso llevará a establecer una eventual arquitectura institucional, necesaria para la efectiva protección de los derechos humanos.

Lo anterior se facilitará, estableciendo la capacidad que tienen las empresas en el ámbito de los derechos humanos y las limitaciones que tienen las instancias que existen para protegerlos con respecto de las empresas transnacionales como actores no estatales.

III. LA CAPACIDAD (SUBJETIVIDAD) DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

A partir de la consideración de que los actores no estatales son titulares de una serie de derechos y deberes de carácter internacional, y por lo tanto, son sujetos de derecho internacional con una capacidad relativa, en el presente caso resulta pertinente determinar cuál es el marco jurídico que existe para regular los derechos y deberes de las empresas transnacionales a la luz de los derechos humanos, y cuál es el papel de los Estados en este ámbito en particular.

Previo a ello, es importante tener en cuenta que de acuerdo con Martín Ortega, debe distinguirse dos regímenes jurídicos que afectan a las empresas transnacionales en la esfera internacional: “el sistema de regulación de las inversiones internacionales y las normas jurídicas relativas al control de la conducta y los métodos de trabajo de estas entidades” (Martín Ortega, 2008: 79). A efectos de la presente tesis, el análisis se hace a la luz del segundo régimen, considerando que éste apunta a establecer, una vez realizada la inversión, cómo se comportan y qué repercusiones tienen los métodos de trabajo de las empresas transnacionales.

Con base en tal distinción, Martín Ortega llama la atención en el sentido de que “la búsqueda de soluciones jurídicas en torno al asunto ‘EMN – derechos humanos’ implica que la consideración sobre el impacto de las actividades de las empresas transnacionales sobre los derechos humanos, tiene como epicentro al individuo y no al Estado” (Martín

Ortega, 2008: 80). Afirmación que compartimos, si se acepta que hoy por hoy el “estatocentrismo” al cual se sometió al derecho internacional por mucho tiempo, cada vez más, está siendo desplazado por regímenes que se ajustan a las necesidades de la comunidad internacional en conjunto. De allí que lo que se trata es de definir una serie de obligaciones para las empresas y no para los Estados con respecto de ellas, en materia de derechos humanos.

Por lo tanto, en primer término se hará referencia a algunas de las posiciones que existen para considerar a las empresas transnacionales como titulares de derechos y obligaciones, para luego identificar y analizar aquellas normas que generan en forma indirecta, obligaciones para las empresas por medio de los Estados, y aquellas que lo hacen directamente.

Cuando se pretende hacer referencia a las empresas transnacionales como sujetos de derechos y obligaciones, surgen diversas posturas no sólo de tipo jurídico sino también corporativo que opinan sobre el asunto. Entre ellas, como es natural, algunas resultan afines con otras, mientras que en otros casos, algunas son totalmente opuestas.

Desde el punto de vista corporativo, que en este caso se equiparará al punto de vista de la responsabilidad social empresarial, existen múltiples posturas y aproximaciones para tratar este tema. De acuerdo con Garriga y Melé, las principales teorías sobre responsabilidad social empresarial pueden clasificarse en cuatro grupos, a saber: (i) teorías instrumentales en las cuales la empresa es vista únicamente como un instrumento para generar riqueza, cuyas actividades sociales son entendidas como medios para alcanzar resultados económicos; (ii) teorías políticas que se interesan por el poder de las empresas en la sociedad, y el uso responsable de este poder en la arena política; (iii) teorías integradoras en las cuales, las empresas están enfocadas en la satisfacción de demandas sociales; y (iv) teorías éticas, basadas en las responsabilidades de la empresa con la sociedad.

Frente a tal clasificación, Garriga y Melé concluyen que existe la necesidad de construir una nueva teoría que las integre a todas (Garriga y Melé, 2004: 51). Sin embargo, antes de llegar a tal conclusión, es necesario considerar cada uno de los planteamientos que desde cada postura se hacen, de tal suerte que en la práctica, pueda apreciarse sus efectos.

En cuanto hace al primer grupo, es decir, las teorías instrumentales, encontramos que se pueden enfocar desde tres puntos de vista: el primero, relacionado con la maximización del beneficio de los accionistas; el segundo, relacionado con la posibilidad de adquirir ventajas competitivas y ganancias a largo plazo; y por último, que considera que la responsabilidad social es sólo un elemento de interés propio que permite obtener ganancias (Garriga y Melé: 2004: 53).

Al respecto, debe anotarse que el mayor exponente de este grupo de teorías es Milton Friedman que inicialmente define su posición a partir de la idea según la cual, en un sistema de libre empresa y propiedad privada, el ejecutivo de la empresa es un empleado de los dueños del negocio y como tal, tiene la responsabilidad directa frente a los empleadores. Dicha responsabilidad se reduce a conducir el negocio de acuerdo con los deseos de los empleadores, que por lo general son hacer tanto dinero como sea posible, de conformidad con las reglas básicas de la sociedad, tanto aquellas establecidas por ley como aquellas propias de la costumbre ética (Friedman en Crane, et al., 2008: 27).

Al respecto, Friedman menciona que en el caso de no ser retórico hablar de la responsabilidad social del ejecutivo de la empresa, ante demandas sociales que no generaran alguna rentabilidad para la empresa, esta persona tendría que actuar de una forma distinta a la que los dueños de la empresa quieren, utilizando el dinero de otros en acciones propias de la responsabilidad social, lo cual según afirma dicho autor, genera como efecto la imposición de impuestos sobre los cuales es el administrador o ejecutivo

de la empresa quien determina cómo gastar tales dineros²⁰ (Ibíd.), y en consecuencia, tales tipos de demandas deben ser rechazadas (Friedman en Garriga y Melé, 2004: 53).

La postura anterior, llevó a Friedman a afirmar que en una sociedad libre, **la única responsabilidad que tiene la empresa es la de usar sus recursos y comprometerse en actividades diseñadas para incrementar sus ganancias** tanto como se pueda mantener dentro de las reglas del juego, lo cual quiere decir, enrolarse en una abierta y libre competencia, sin engaño o fraude (Crane, et al., 2008: 32).

Dicha posición contrasta con aquel grupo de teorías de corte político que reconoce el poder político de las empresas y la responsabilidad que ello implica. Al respecto, Garrigas y Melé identifican dos como las más importantes: la del Constitucionalismo Corporativo - *Corporate Constitutionalism* - y la de la Ciudadanía Corporativa - *Corporate Citizenship* (Garrigas y Melé, 2044: 55).

En cuanto hace al constitucionalismo corporativo, Davis afirma que la empresa es una institución social que tiene el deber de utilizar su poder en forma responsable. En consecuencia, formula dos principios que establecen la forma como debe administrarse el poder social. El primero de ellos “la ecuación del poder social”, establece que las responsabilidades sociales de los empresarios surgen de cuánto poder social tengan. El segundo, la ley de hierro de la responsabilidad, que establece que quien no use su poder social en forma responsable, lo perderá (Garrigas y Melé, 2004: 56).

Luego de plantear tales principios, Davis opta por una posición ecléctica en la cual manifiesta no estar de acuerdo con la total responsabilidad de las empresas, así como tampoco con una ideología de libre mercado. En este sentido, menciona que **los límites**

²⁰ Con respecto de este punto, Friedman llama la atención sobre dos aspectos: el primero, que el ejecutivo no puede volverse un funcionario público que pueda ejercer acciones gubernamentales; y el segundo, que dicha persona estaría disponiendo algo distinto a la voluntad de los accionistas (Friedman en Crane et al., 2008: 30).

del poder funcional vienen dados por las presiones de distintos grupos constituyentes, los cuales canalizan el poder de manera tal que protegen los intereses de otros, del poder organizacional irracional (Ibíd.).

En cuanto hace a la teoría de la ciudadanía corporativa, debe mencionarse que ésta parte de la idea de considerar a la empresa como un ciudadano, gracias a factores tales como la crisis del Estado de Bienestar y el fenómeno de la globalización, los cuales sumados al proceso de desregulación y disminución en los costos de las mejoras tecnológicas, han permitido que las empresas multinacionales tengan incluso, un poder económico y social mayor que el de algunos gobiernos (Ibíd., 57).

Todo esto ha llevado a que las teorías de corte político **se enfoquen en derechos y responsabilidades, haciendo un fuerte énfasis en la responsabilidad de las empresas con respecto de las comunidades locales y a la importancia que tienen los *partnerships* como mecanismo de formalización de la voluntad** para mejorar las condiciones de la comunidad local (Garrigas y Melé, 2004: 57).

Junto a las dos teorías anteriores, existen también las teorías integradoras, en las cuales se considera que la existencia, continuidad y crecimiento de las empresas dependen de la sociedad, y por lo tanto, las demandas sociales son entendidas como una forma en la que la sociedad interactúa con las empresas y por ende, deben ser integradas en el modo como estas operan, de conformidad con los valores sociales (Garrigas y Melé, 2004: 57).

Por lo tanto, hay quienes argumenten que en efecto, sí existe responsabilidad social para las empresas, en el sentido de que **deben anticipar y prevenir problemas sociales y hacer el mínimo daño** (Sethi en Crane et al., 2008: 33), teniendo en cuenta además, que la responsabilidad social paga, es decir, beneficia el interés propio de la empresa (Bowman en Crane, 2008: 34).

Lo anterior, teniendo en cuenta que el contenido de la responsabilidad de las empresas es limitado al espacio y tiempo de cada situación, dependiendo de los valores de la sociedad en un determinado momento, es decir, no existen acciones específicas que sean responsabilidad en el transcurso del tiempo y en una determinada industria (Ibíd., 58).

Por último, se encuentran las teorías éticas que parten de los requerimientos éticos que fundamentan la relación entre las empresas y la sociedad. Entre ellas se encuentran, los planteamientos de la teoría normativa de los grupos de interés (*normative stakeholder theory*), en la cual se plantea que la empresa tiene deberes no sólo con los accionistas, como convencionalmente se afirmaba, sino también con otros grupos de interés tales como proveedores, empleados y la comunidad local. De allí que se establezca que una firma socialmente responsable, requiera al mismo tiempo, atención a los intereses legítimos de todos los grupos de interés y de los accionistas de la empresa (Ibíd., 61).

Lo anterior, debe ir acompañado por supuesto, de un núcleo normativo de principios que guían la acción de las empresas con respecto de sus grupos de interés. Este grupo de principios ha sido desarrollado a partir de los planteamientos de Rawls y Kant (por autores como Freeman, Evan y Bowie), pasando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (citada por Cassel y Naciones Unidas), hasta el concepto de desarrollo sostenible (Ibíd., 62).

Todo esto desde el punto de vista de Crane et al., significa que la responsabilidad social resulta indispensable porque las decisiones estratégicas de las grandes organizaciones involucran en forma inevitable, consecuencias económicas y sociales necesariamente entrelazadas (Crane, et al., 2008: 48). Sin embargo, esto no quiere decir que las empresas vayan a solucionar los problemas que aquejan a la sociedad, así como tampoco lo hará el hecho de que exista para las empresas, una regulación que establezca los mínimos estándares de comportamiento, pues en todo caso “lo que parece ser la raíz de la verdadera responsabilidad social” es el compromiso (Crane et al., 2008: 49).

Así, Crane concluye que la responsabilidad social se caracteriza por ser voluntaria, pues sus responsabilidades van más allá de las que existen con los accionistas – es decir con otro tipo de grupos de interés involucrados -, y por estar alineada con las responsabilidades económicas y sociales que exceden la mera filantropía (Crane, et al., 2008: 7 – 8).

Teniendo presente esta última perspectiva de Crane, vale la pena entonces, referirse brevemente a la iniciativa del Pacto Global como resultado de una propuesta lanzada por Koffi Annan, Ex secretario General de las Naciones Unidas, en el Foro Económico Mundial de Davos en 1999, para que en aras de fortalecer la relación que existe entre las Naciones Unidas y algunos líderes empresariales, se conformara un pacto global de valores y principios compartidos que le diera un rostro humano al mercado global, especialmente en lo relacionado con una serie de valores en los ámbitos laboral, ambiental y de los derechos humanos.

Este Pacto Global ha sido definido como un marco de acción para las empresas que están comprometidas con alinear sus operaciones y estrategias, con diez principios universalmente aceptados en las áreas de los derechos humanos, lo laboral, el medio ambiente y la anti corrupción. En cuanto hace a los derechos humanos, dos se refieren específicamente a este tema. El primero de ellos, establece lo siguiente: “Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente dentro de su esfera de influencia” y el segundo, que aquellas “deben asegurarse de no actuar como cómplices de abusos a los derechos humanos” (UN Global Compact).

Con respecto de su contenido, se ha establecido que ambos responden a lo dispuesto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que en el caso del primer principio, si bien la responsabilidad primaria corresponde a los Estados, parte del compromiso que se tiene bajo el Pacto Global, es que las empresas defiendan los

derechos humanos en los lugares de trabajo y un poco más allá, en su esfera de influencia, haciendo énfasis en que el alcance de este compromiso está limitado a dicha esfera y no va más allá, en la medida en que esto depende de la proximidad con las posibles víctimas, los posibles victimarios e incluso, con las autoridades locales (UN Pacto Global).

Frente al segundo, se ha definido que la complicidad se constituye con dos elementos, un acto u omisión cometido por la empresa o por un individuo en su representación y que de alguna manera ayuda o facilita a otro, a cometer abusos; y por el conocimiento de la compañía de que con dicho acto u omisión, puede proveer tal ayuda (UN Global Compact).

A partir de allí, se entiende que la complicidad es de tal nivel que la participación o estímulo por parte de la empresa resulta determinante para que se cometa la violación en cierta manera o extensión. Así, se han establecido tres contextos en los cuales es posible que la complicidad se configure, a saber: la complicidad directa, la complicidad por beneficio y la complicidad silenciosa.

Sobre la complicidad directa, se establece que hace referencia a los casos en los cuales las empresas proveen bienes o servicios con el conocimiento de que estos serán usados para llevar a cabo un abuso; en segundo lugar, sobre la complicidad por beneficio, se establece corresponde a los casos en los cuales una empresa se beneficia de los abusos a los derechos humanos, incluso cuando no asista directamente en su comisión; y por último, con respecto de la complicidad silenciosa, se considera que tiene lugar cuando la empresa es silenciosa o inactiva frente a los abusos que se cometen (UN Global Compact).

Ahora bien, en cuanto hace a los principios en materia laboral, aun cuando el Pacto Global no los clasifica dentro del ámbito de los derechos humanos, no debe

desconocerse que hacen referencia a la categoría de derechos humanos laborales. Al respecto, el Pacto Global reconoce cuatro principios en esta materia, a saber:

“Principio 3: Las empresas deben apoyar la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva.

Principio 4: Las Empresas deben apoyar la eliminación de toda forma de trabajo forzoso o realizado bajo coacción

Principio 5: Las Empresas deben apoyar la erradicación del trabajo infantil.

Principio 6: Las Empresas deben apoyar la abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y ocupación” (UN Global Compact).

Todos ellos derivan de la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT (DPDFT), y a su vez, son el reflejo de los derechos que en materia laboral, habían sido reconocidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Al respecto, es posible afirmar que los principios allí mencionados deben ser considerados derechos humanos laborales, bajo el entendido de que son “el conjunto de derechos humanos vinculados al trabajo y, en consecuencia, a los trabajadores, que deben ser respetados sin tomar en cuenta las asimetrías de los países” (Bensusán: 2008: 10), y que incluso, pueden entenderse como derechos humanos laborales fundamentales, en la medida en que de acuerdo con lo establecido por la OIT, la libertad de asociación y el derecho de negociación colectiva, la abolición efectiva del trabajo infantil, la eliminación de todo tipo de trabajo forzado u obligatorio y la no discriminación en materia de empleo y ocupación, son derechos y obligaciones que no pueden desconocerse incluso por parte de los Estados que no hayan ratificado los convenios aludidos en dicho instrumento (artículo 2 DPDFT).

Bajo la perspectiva de que son derechos humanos laborales **fundamentales** aquellos que han sido reconocidos dentro de Pacto Global, y dada la importancia que tienen dentro del mercado y en la era de la globalización, resulta claro que en este caso, no

puede pensarse en que el Estado sea solamente el que deba responder por los compromisos en materia laboral, sino que además, existen obligaciones que derivan del Pacto Global para los empleadores y por supuesto, para las empresas transnacionales, no sólo desde el punto de vista de la responsabilidad social empresarial sino además, desde el punto de vista jurídico.

Reflejo de ello es la *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, de 2008, en donde la Conferencia reconoce y declara que,

“En el contexto de cambios acelerados, los compromisos y esfuerzos de los Miembros y de la Organización para poner en práctica el mandato constitucional de la OIT, en particular mediante las normas internacionales del trabajo, y para situar el empleo pleno y productivo y el trabajo decente como elemento central de las políticas económicas y sociales, deberían basarse en los cuatro objetivos estratégicos de la OIT de igual importancia, a través de los cuales se plasma el Programa de Trabajo Decente y que pueden resumirse como sigue:

i) promover el empleo creando un entorno institucional y económico sostenible en cuyo marco:”

(...)

“— todas las empresas, tanto públicas como privadas, sean sostenibles para hacer posible el crecimiento y la generación de mayores oportunidades y perspectivas de empleo e ingresos para todos;”

“ii) adoptar y ampliar medidas de protección social – seguridad social y protección de los trabajadores – que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales”

(...)

“iii) promover el diálogo social y el tripartismo como los métodos más apropiados”

(...) y

“iv) respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que revisten particular importancia, no sólo como derechos sino también como condiciones propicias, necesarias para la plena realización de todos los objetivos estratégicos, teniendo en cuenta:

- que la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva son particularmente importantes para permitir el logro de esos cuatro objetivos estratégicos; y
- que la violación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo no puede invocarse ni utilizarse de modo alguno como ventaja comparativa legítima y que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas.”

Así mismo, es importante recordar que otro de los efectos de los derechos humanos laborales fundamentales es que benefician a todo tipo de trabajador, en la medida en que son inherentes a su condición como tal, independiente de que sea formal o informal (Bensusán, 2008: 15), documentado o indocumentado (Corte IDH, OC18: Párr. 133), o tenga cualquiera otra condición.

En este sentido, tal como lo anotó la Corte IDH en su Opinión Consultiva - OC18, los derechos laborales tienen efectos no sólo frente al Estado, sino además frente a terceros, de tal suerte que

“En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una **obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares**. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados

tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares” (OC18: Párr. 140).

De allí la importancia de que se reconozca que en estos ámbitos, además de existir una serie de obligaciones de tipo jurídico para las empresas transnacionales, se construya la idea de la interrelación entre las responsabilidades estatales y privadas.

En forma conjunta con los principios ya anotados, el Pacto Global establece una serie de principios en materia ambiental y anti corrupción frente a los cuales, si bien no se hará referencia expresa, es importante tenerlos en mente, dada su estrecha relación con el respeto y la garantía de los derechos humanos²¹.

De igual forma, en cuanto hace al Pacto Global, debe afirmarse que es muy probable que más adelante veamos avances en términos de derechos humanos, en tanto que en la actualidad, esta iniciativa ya ha empezado a considerar varios aspectos relacionados con la equidad en los negocios, por medio de los principios para el empoderamiento de la mujer, y otra serie de dilemas que afrontan las empresas comprometidas en la materia, tales como la discriminación y los trabajos forzosos; situación que de alguna manera, evidencia que en la práctica, las empresas afrontan situaciones que involucran derechos humanos y que deben ser atendidas como lo sugieren los principios, con base en la normatividad internacional.

No obstante que los principios mencionados evidencian un compromiso por parte de las empresas involucradas con el respeto de los derechos humanos, es necesario reconocer que el discurso que dicha iniciativa utiliza no es jurídico, porque su naturaleza es **voluntaria** y por ende, se fundamenta en una aproximación práctica a los derechos

²¹ En materia ambiental, Pacto Global establece los siguientes principios: “Principio 7: Las Empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente; Principio 8: Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental.; Principio 9: Las Empresas deben favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medio ambiente”. A su vez, como décimo y último principio, respecto de la anticorrupción señala que “Las Empresas deben trabajar en contra de la corrupción en todas sus formas, incluidas la extorsión y el soborno”.

humanos, es decir, a partir de qué son los derechos humanos, cómo son relevantes para los negocios y qué pueden hacer las empresas en sus operaciones para proteger y respetarlos. Con base en ello, se hace énfasis en que las empresas adopten una estrategia de gerenciamiento sistemática, direccionada al cumplimiento de los derechos humanos en vez de hacerlo hacia esfuerzos filantrópicos individuales (UN Pacto Global).

Consideración a la cual, debe sumarse las críticas un tanto más políticas en el sentido de que por ser iniciativa voluntaria, responde al ejercicio de las relaciones públicas y lavado de imagen por parte de las empresas, y que además no cuenta con mecanismos adecuados de control, seguimiento y evaluación por parte de órganos neutrales e independientes (Gómez Isa, 2005: 2).

De esta manera, en la medida en que la mencionada iniciativa se rige por principios voluntarios que las empresas intentan internalizar, ésta no es más que una estrategia enmarcada en la responsabilidad social empresarial siempre dinámica, en la medida en que depende del querer de las empresas que en muchos casos, queda plasmado por medio de los códigos de conducta²², los programas de etiquetado²³ y las iniciativas de los inversores, todas ellas respuestas a los incentivos del mercado, mas no a las condiciones que las obliguen a ello, en términos legales (Diller, 1999: 2)²⁴.

Lo anterior se hace evidente en la Adición al Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, acerca del reconocimiento de los derechos humanos por las empresas: tendencias mundiales, variaciones regionales y

²² De acuerdo con Diller J, “los códigos de conducta son declaraciones de principios o de política, formuladas por escrito, en las cuales la empresa manifiesta su propósito de atenerse a un comportamiento determinado”, entre los cuales existen algunos que pertenecen únicamente al ámbito de la ética empresarial, mientras otros pretenden hacerse cumplir a nivel internacional, mediante directrices de subcontratación por ejemplo (Diller, 1999: 5).

²³ Diller menciona que los programas de etiquetado funcionan “como sistemas de verificación de la actuación social de la empresa que se comunica por un medio muy visible: una etiqueta o sello relativo a las condiciones laborales y sociales en las cuales se desarrolla la fabricación de un producto o la prestación de un servicio (Diller, 1999: 6).

²⁴ La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), reconoce en su Informe sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos que una de las categorías de iniciativas o normas existentes relativas a la responsabilidad social empresarial son los sistemas de certificación, entendidos como programas establecidos por una organización, un grupo o una red que imponen el respeto de una serie de principios, cuya aplicación es por lo general supervisada por independientes (E/CN.4/2005/91, del 15 de febrero de 2005, Párr. 7)

sectoriales²⁵ (A/HRC/4/35/Add.4, 8 de febrero de 2007), frente al cual si bien la lógica permitiría entender que son los Estados los que mediante su capacidad para regular, definen las normas por las cuales se rigen las empresas, ocurre que son las empresas las que “invocan”, a su interior, una serie de derechos laborales y no laborales para sus trabajadores (obsérvese que en este caso, no se hace referencia a la esfera de influencia).

Dicho informe asegura que las empresas transnacionales reconocen más ampliamente los derechos laborales que cualquier otro tipo de derecho y en este sentido, en cuanto hace a estos últimos, la no discriminación es el derecho que más recibe reconocimiento, al cual le siguen el derecho a un medio de trabajo sano y seguro, el derecho de asociación y el derecho a la negociación colectiva, la prohibición del trabajo forzoso y el trabajo infantil y el derecho a la vida familiar (Ibíd., 2).

Por otra parte, el informe señala que el reconocimiento de los derechos no laborales está menos generalizado dentro de las empresas. Allí, los derechos que se encuentran reconocidos, dependen más del tipo de sector en el cual se encuentre la empresa. El Informe también asegura que entre las empresas que reconocen derechos no laborales, el que se reconoce de manera más generalizada es el derecho a la intimidad, seguido por el derecho a la seguridad de la persona – incluida la prohibición de tortura y tratos crueles -. No obstante, existen otros como el derecho al desarrollo, los derechos de las minorías culturales, la libertad de circulación, religiosa y de idioma, que también cuentan como aquellos reconocidos en ciertos sectores industriales.

Si bien como se observa, estos derechos han sido “reconocidos” por algunas de las empresas en algunos sectores representativos como la industria extractiva, la manufactura o el comercio, lo cierto es que estos derechos en todo caso, no suponen un catálogo de derechos, sino simples esfuerzos aislados de las empresas, como medida preventiva frente a los riesgos que las actividades pueden generar en su operación.

²⁵ Este informe tuvo como objeto resumir las normas de derechos humanos mencionadas o invocadas en las políticas de tres tipos de organizaciones comerciales: una muestra representativa de más de 300 empresas de todas las regiones del mundo, ocho iniciativas colectivas y cinco índices de inversión socialmente responsables.

En consecuencia, algunas de las recomendaciones que hiciera siete años antes la Comisión de Derechos Humanos frente al Informe del Grupo de Trabajo sobre métodos de trabajo y actividades de las empresas transnacionales, acerca del ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales frente a la cuestión de las empresas transnacionales (E/CN.4/Sub.2/2000/12), aún se encuentren vigentes, como es el caso de la elaboración de un código de conducta para las empresas transnacionales, a fin de garantizar que sus actividades estén en consonancia con la promoción y la protección de los derechos humanos, la redacción y aprobación de mecanismos según los cuales los gobiernos que reciben a las empresas y los gobiernos de donde proceden, estén obligados a elaborar normas jurídicas internas de control con respecto de las empresas transnacionales, y a analizar la posible responsabilidad de los Estados y las empresas transnacionales que no cumplan con sus obligaciones (Ibíd., p. 3).

Se han estudiado hasta ahora, cuáles han sido las principales iniciativas desde el punto de vista corporativo en materia de responsabilidad de las empresas transnacionales, en particular, respecto de sus obligaciones en materia de derechos humanos. De allí puede extraerse de manera parcial, las siguientes conclusiones.

La primera de ellas planteada por Garrigas y Melé, en el sentido que las teorías que existen hasta ahora, se enfocan en un determinado aspecto, bien sea para producir ganancias, utilizar el poder de manera responsable, integrar demandas sociales o contribuir al bien de la sociedad, haciendo lo que éticamente es correcto, sin que necesariamente entre ellas se vean las implicaciones que cada elemento analizado tiene sobre los otros, y por lo tanto, se considere necesario desarrollar una nueva teoría que supere este tipo de limitaciones (Garrigas y Melé, 2004: 66).

En segundo lugar y como consecuencia de la naturaleza de los aspectos que son objeto de análisis por parte de cada teoría vista, que si bien puede entenderse la responsabilidad social empresarial como un compromiso voluntario de las empresas con

respecto de responsabilidades que exceden las exigencias propias de las leyes y la regulación, este “movimiento” no ha sido aún, capaz de cambiar su vocabulario, todavía dominado por el lenguaje económico, hacia uno que se refiera a los “derechos” (Wettstein, 2007: 13).

Y en tercer lugar, que desde el punto de vista corporativo, el tema de la responsabilidad de las empresas está anclado en el concepto de la responsabilidad social y como consecuencia de ello, no existen las obligaciones como tales, sino sólo compromisos dentro de un contexto determinado o con respecto de aquellos que se consideran grupos de interés, con los cuales se negocia una serie de condiciones para que la empresa pueda operar de la mejor manera. Ello implica que el discurso de la responsabilidad social esté limitado en términos de su efectivo respeto a los derechos humanos, por parte de las empresas transnacionales.

Las anteriores conclusiones permiten entonces avanzar en el ámbito jurídico, dejando momentáneamente de lado el voluntarismo. En este sentido, es necesario advertir que si bien en el ámbito de la responsabilidad social, los avances alcanzados no trascienden sino hasta cierto punto, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tampoco resulta sencillo encontrar avances significativos en la materia, pues tal como lo afirma Martín Ortega, en este campo, existe una serie de limitaciones acerca del tipo de obligaciones a las cuales se está haciendo referencia, cómo implementarlas y en cuáles foros.

La autora citada sostiene que entre las principales limitaciones, se encuentran las siguientes: la primera relacionada con el entendimiento del Estado como responsable primario de las obligaciones frente a los derechos humanos, de donde se deriva la imposición de obligaciones indirectas para las empresas transnacionales con la imposición de obligaciones a los Estados (Martín Ortega, 2008: 97); la segunda se refiere a la inexistencia de una base jurídica que permita identificar cuáles son los estándares mínimos dirigidos directamente a las empresas transnacionales – ni siquiera como derecho internacional consuetudinario (Ibíd., 98); y en tercer lugar, se alude a la

inexistencia de un mecanismo internacional preparado para implementar las obligaciones directas en materia de derechos humanos (Ibíd., 99).

Al respecto, coincidimos plenamente con este tipo de limitaciones, pues lo cierto es que el Derecho Internacional Público y en particular el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siguen manteniéndose en una lógica “estatocentrista”, en la cual toda obligación internacional debe endilgarse en principio al Estado, y sólo excepcionalmente a ciertos particulares – como ocurre en el caso del Derecho Penal Internacional -; a lo cual debe sumarse el hecho de que en la actualidad, no existen foros con competencia para aplicar normas de derechos humanos a particulares y mucho menos a las empresas; de igual forma, tampoco existe un cuerpo jurídico que permita determinar cuáles son las obligaciones directas que tienen las empresas transnacionales con respecto de los derechos humanos. A pesar de ello, el panorama no resulta del todo oscuro, si se considera que en realidad, dichas afirmaciones no son categóricamente ciertas, al revisar los avances que se han presentado en la materia.

Retomando la primera preocupación de Martín Ortega, debe considerarse que una de las principales manifestaciones del “estatocentrismo” en el ámbito del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha sido la producción de normas obligatorias para los Estados que sólo generan obligaciones indirectas para las empresas. Dichas obligaciones indirectas no son algo distinto de la obligación que tienen los Estados de proteger y garantizar los derechos de las personas que se encuentran en su territorio, frente a la intromisión o abuso de sus derechos por parte de particulares.

En relación con este tipo de obligaciones, se puede establecer la existencia de dos tipos de normas: aquellas que no hacen referencia expresa a la obligación de proteger que tienen los Estados con respecto de las empresas, pero sí mencionan de manera genérica, el deber que les corresponde con respecto de las entidades o personas privadas; y por otra parte, aquellas en las cuales en forma expresa, se menciona a las empresas privadas respecto de la obligación de proteger por parte de los Estados.

Ejemplos del primer caso, son la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros instrumentos; mientras que en el segundo caso, encontramos el Protocolo Opcional al Convenio de los Derechos del Niño sobre la Venta, Prostitución y Pornografía Infantil y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otras.

Dentro de este segundo grupo, puede incluirse también, las Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales, que si bien son sólo recomendaciones para las empresas de los 30 Estados miembros de la OCDE, y desde el punto de vista jurídico no son obligatorias para las empresas, lo cierto es que los Estados que las han suscrito, sí se han comprometido a implementarlas, hasta donde su alcance territorial lo permita (E/CN.4/2005/91, Párr.11 - 13).

En este mismo grupo también puede considerarse la Declaración Tripartita de Principios de la OIT, que si bien es facultativa para las empresas, es vinculante para los Estados Parte (E/CN.4/2005/91, Párr.14), y el Proyecto de Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, cuyo objeto es imponer responsabilidades directas a las empresas que permitan lograr la protección completa de los derechos humanos (E/CN.4/2005/91, Párr.18).

Los anteriores ejemplos permiten evidenciar que si bien aún, se mantiene la idea de que es el Estado el que debe responder principalmente por las violaciones a los derechos humanos, en tanto que “las empresas no cumplen la misma función en la sociedad, no tienen los mismos objetivos ni ejercen el mismo influjo en los derechos humanos que los Estados” (E/CN.4/2005/91, Párr. 27), existen disposiciones internacionales que de

una u otra manera, abren camino hacia la protección directa de los derechos humanos frente a los abusos que cometen personas jurídicas.

En tal sentido, se ha planteado que la responsabilidad de los Estados no puede transferirse simplemente a las empresas, sino que sus responsabilidades deben definirse en forma separada, en función de su naturaleza y sus actividades, de tal suerte que se establezcan obligaciones autónomas para las empresas transnacionales (Martín Ortega, 2008). Esta consideración resulta lógica, si se piensa que no obstante se fije una serie de obligaciones directas para las empresas en materia de derechos humanos, dicha situación no puede traer como consecuencia, la exclusión de cualquier tipo de responsabilidad al Estado, pues este último perdería su razón de ser.

Dicha posibilidad que evidenció el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y propuso Weissbrodt, establece que una de las piezas fundamentales sobre la cual se debe soportar la base jurídica aplicable a las empresas transnacionales, es la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos (Weissbrodt en Martín Ortega, 2008:121).

Todo porque si bien esta posibilidad se refiere principalmente a las obligaciones que tienen los Estados, no quiere decir que se estén excluyendo otros órganos de la sociedad, pues de hecho, su preámbulo establece que tanto los individuos como las instituciones, promuevan mediante el respeto a los derechos y libertades, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, teniendo en cuenta de manera particular, que la versión en inglés de la Declaración, no habla de instituciones sino de “órganos de la sociedad” (Ibíd.).

Aspecto al cual debe agregarse el hecho de que las disposiciones de la Declaración no están redactadas de tal manera que se identifique a un sujeto determinado de la obligación, sino solamente al titular del derecho, y que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 del mismo instrumento, se establece que “Toda persona tiene

deberes con respecto de su comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad” y que “Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”, respectivamente.

Esta posición planteada por Weissbrodt, ha sido adoptada también por otros autores como Peces Barba, al considerar que lo que ha pretendido la declaración es abrir una nueva vía de promoción y respeto de los derechos humanos mediante los principios que deben regir las relaciones empresa/individuo/Estado y no sólo desde el Estado (Peces Barba en Martín Ortega, 2008: 124).

De lo anterior, podemos afirmar que si bien no existe hoy en día, un catálogo de obligaciones y derechos de las empresas en materia de derechos humanos, sí existen múltiples disposiciones derivadas de distintas fuentes de Derecho Internacional – consagradas en el artículo 38 de la Convención de Viena, sobre la Interpretación de los Tratados-, las cuales permiten dar cierto alcance a las obligaciones de las empresas transnacionales.

En tal sentido, resulta de gran importancia reconocer el papel que juegan los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos en el desarrollo de tales obligaciones, pues si bien como lo veíamos, su competencia *ratione personae* se encuentra limitada respecto de sujetos distintos de los Estados, lo cierto es que ha sido por medio de ellos que se han incubado las responsabilidades que hoy en día, se predicen de los actores no estatales, así como de las empresas transnacionales en particular, tal como se planteó unos párrafos atrás, con respecto de los principios laborales que estableció el Pacto Global, y el alcance que la Corte Interamericana ya dio a alguno de ellos, en su opinión Consultiva OC – 18.

De allí que previo a entrar a referirse acerca de cuáles podrían ser los elementos constitutivos o característicos de la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, sea pertinente entrar a revisar qué se ha dicho por parte de los mecanismos internacionales de protección, sobre las obligaciones de las empresas transnacionales y su responsabilidad frente al respeto y garantía de los derechos humanos. En este caso, limitaremos dicho estudio a lo establecido dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos²⁶, considerando que este foro ha permitido desarrollos importantes en materia de responsabilidad internacional del Estado por casos de violaciones a los derechos humanos cometidas por particulares.

IV. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS FRENTE A VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS COMETIDAS POR EMPRESAS O PERSONAS JURÍDICAS

IV.1 Aspectos relevantes de algunas decisiones dentro del SIDH

Como es claro en el ámbito del Derecho Internacional, los sistemas de protección de derechos humanos que existen en la actualidad, encuentran limitada su competencia *ratione personae* a aquellos Estados que han ratificado los tratados sobre los cuales pueden pronunciarse y en algunos casos, sobre aquellos que expresamente han aceptado su competencia como órgano judicial.

A propósito, no existen casos en los cuales las empresas transnacionales o comerciales hayan sido declaradas responsables por parte de los organismos jurisdiccionales encargados de la protección judicial de los derechos humanos. Sin embargo, como se verá más adelante, serán analizados algunos casos en los cuales los Estados han tenido

²⁶ El Sistema Interamericano de Derechos Humanos puede ser definido como el conjunto de normas e instituciones que se encargan de la protección de los derechos humanos a nivel internacional, en el ámbito del continente americano. Este se funda primordialmente en la declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre y en la Carta Interamericana de garantías sociales, expedidas en la IX Conferencia Panamericana de Bogotá en 1948. Pertenecen a este como organismos de alta importancia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuenta además con al menos tres mecanismos de control: Informes, comunicaciones o peticiones interestatales y promoción y consulta. (Valencia, 2008: 454 – 457).

que responder por situaciones en las cuales las empresas son las “presuntamente” responsables de las violaciones a los derechos humanos.

Para llevar a cabo dicho análisis, se tendrá en cuenta la línea jurisprudencial que se ha venido construyendo mediante cada uno de los precedentes judiciales que se han producido en el Sistema Interamericano, de tal suerte que se haga un análisis diacrónico y estructural de varios de los pronunciamientos que se relacionan entre sí, de tal suerte que de su interpretación, pueda surgir una sub regla jurisprudencial, tal como lo sugiere Diego López en su libro *El Derecho de los Jueces* (López, 2002: 55). Dicho ejercicio supone, en principio, que se elijan las decisiones jurisprudenciales relevantes y se defina una teoría estructural que permita establecer la relación entre los diferentes pronunciamientos (Ibíd.).

En el caso particular de esta tesis, es importante considerar que por una parte, se analizarán no sólo pronunciamientos judiciales sino también cuasijudiciales, y que dentro de estos últimos, habrá algunos que solamente se refieran a la admisibilidad del caso y otros que resuelvan el fondo de la cuestión. Situación frente a la cual se mantendrá, el mismo problema jurídico que encabezará la línea jurisprudencial, a saber: *¿Existe alguna obligación por parte de las personas jurídicas o de las empresas transnacionales con respecto del respeto y garantía de los derechos humanos?*

IV.1.a Yanomami vs. Brasil²⁷

En el estado de Amazonas y el territorio de Roraima, habitan entre 10.000 a 12.000 indios Yanomami que de acuerdo con la Constitución brasilera, tienen derecho a sus propios territorios, por medio de un derecho a la propiedad que es permanente e inalienable, dentro del cual tienen un uso exclusivo de los recursos naturales. A su vez, el Código Civil establece que los indios son “relativamente incapaces” y están bajo tutela de la FUNAI, entidad creada para la defensa, protección y preservación de los

²⁷ CIDH, Caso 7615 contra Brasil, del 5 de marzo de 1985.

intereses y patrimonio cultural de los indios, así como también para la promoción de programas y proyectos relacionados con su desarrollo social y económico (CIDH. Yanomami, Párr. 2).

“En la década de los 60 el gobierno aprobó un plan de explotación de vastos recursos naturales y de desarrollo de la región amazónica. En 1973 comenzó la construcción de la autopista BR-210 (Rodovia Perimetral Norte) la cual, al atravesar el territorio de los indios Yanomami, obligó a éstos a abandonar su hábitat y buscar refugio en otras localidades” (Ibíd.).

Además, la construcción de la autopista provocó que el territorio fuera invadido por obreros, geólogos, exploradores, mineros y colonos, lo cual dio como resultado un considerable número de muertes por epidemias de influenza, tuberculosis, sarampión, malaria, enfermedades venéreas, etc., sin que el Gobierno de Brasil adoptase las medidas necesarias para impedirlo (CIDH. Yanomami, Párr. 3).

“Durante la década del setenta fueron descubiertos ricos depósitos minerales en las zonas de Couto de Magalhães, Uraricãa, Surucucus y Santa Rosa—territorios de los Yanomami—los que atrajeron a compañías mineras y a exploradores independientes (garimpeiros) agravando así el desplazamiento de miles de indios” (CIDH. Yanomami, Párr. 2).

En marzo de 1982, el Gobierno del Brasil por decreto ministerial GM/N 025, estableció dentro del Territorio Federal de Roraima y el Estado de Amazonas, la interdicción de un área continua de 7.000.000 de hectáreas destinadas a los indios Yanomami. Sin embargo, estas medidas no fueron concretadas por parte de las autoridades brasileñas (Ibíd.).

Los peticionarios, al acudir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), señalaron que el Estado de Brasil era responsable por la violación de los derechos reconocidos en los artículos I (Derecho a la Vida, a la Libertad, a la Seguridad e Integridad de la Persona); II (Derecho de Igualdad ante la Ley); III (Derecho de Libertad Religiosa y de Culto); XI (Derecho a la Preservación de la Salud y al Bienestar); XII (Derecho a la Educación); XVII (Derecho de Reconocimiento de la Personalidad Jurídica y de los Derechos Civiles); y XXIII (Derecho de Propiedad de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), de la comunidad Yanomami.

En su análisis, la Comisión Interamericana se remitió al artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para señalar que éste “reconoce a los grupos étnicos el derecho a una protección especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural” (CIDH. Yanomami, Párr. 7).

Recordó además, que la Comisión considera “que la protección de las poblaciones indígenas constituye tanto por razones históricas como por principios morales y humanitarios, un sagrado compromiso de los estados” (CIDH. Yanomami, Párr. 8), y que cuando se presentan abusos de poder por parte de funcionarios gubernamentales encargados de tareas de la administración en relación con comunidades indígenas, dichas actuaciones resultan reprobables (Ibíd.).

De tal suerte que al analizar los hechos expuestos, la Comisión declaró que “surge una responsabilidad del Estado brasileño por la omisión de no haber adoptado oportuna y eficazmente medidas para proteger los derechos humanos de los Yanomami” (CIDH. Yanomami, Párr. 11).

IV.1.b Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua

La Comunidad Mayagna se encuentra ubicada en la Región Autónoma Atlántico Norte de Nicaragua (RAAN), y está conformada por unas 600 familias que subsisten de la agricultura, la caza y la pesca, actividades que realizan dentro de un espacio territorial de acuerdo con su esquema de organización colectiva tradicional. Esta comunidad cuenta además, con su organización política interna propia y sus autoridades (Corte IDH. Mayagna, Párr. 103).

Al momento de los hechos, existían traslapes o sobreposiciones entre territorios que eran reclamados por distintas comunidades indígenas, incluida la comunidad Mayagna, mientras que el Estado afirmaba que estas tierras eran de su propiedad. A la fecha, no había sido demarcado el territorio respecto de otras comunidades y no se contaba con títulos de propiedad sobre este (Ibíd.)

El 5 de enero de 1995, el Servicio Forestal Nacional del MARENA aprobó el plan de manejo forestal presentado por SOLCARSA para el aprovechamiento de madera en la zona del río Wawa y el Cerro Wakambay (Ibíd.).

Posteriormente, dicho plan fue presentado al Consejo Regional de la RAAN. El 28 de abril de 1995, el Coordinador Regional de la RAAN y la empresa SOLCARSA suscribieron un convenio, y el 28 de junio del mismo año, la Junta Directiva del Consejo Regional de la RAAN, reconoció el convenio y avaló el inicio de operaciones forestales en la zona de Wakambay, conforme con lo establecido en el plan de manejo forestal (Ibíd.). “El 13 de marzo de 1996, el Estado por medio del MARENA, otorgó una concesión por 30 años a la empresa SOLCARSA para el manejo y aprovechamiento forestal en un área de aproximadamente 62.000 hectáreas ubicadas en la RAAN, entre los municipios de Puerto Cabezas y Waspam” (Ibíd.).

SOLCARSA fue sancionada mediante Resolución Ministerial, adoptada por el MARENA el 16 de mayo de 1997, por haber realizado cortes ilegales de árboles “en el sitio de la comunidad de Kukalaya” y por haber ejecutado obras sin el permiso ambiental (Ibíd.).

El 27 de febrero de 1997, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional la concesión otorgada a SOLCARSA, por no haber sido aprobada por el pleno del Consejo Regional de la RAAN (Ibíd.).

“El 9 de octubre de 1997 el Consejo Regional de la RAAN resolvió: a) ‘[r]atificar la Disposición Administrativa No. 2-95 del 28 de junio de 1995, firmada por la Junta Directiva del Consejo Regional Autónomo y el Coordinador Regional de la [RAAN]’, mediante la cual se aprobó la concesión forestal a favor de la empresa SOLCARSA; b) ‘[s]uspender el Convenio existente entre el Gobierno Regional y [SOLCARSA], suscrito el 28 de [a]bril de 1995’, y c) ‘[r]atificar [...] el Contrato de Manejo y Aprovechamiento Forestal, suscrito entre el Ministro del MARENA y [...] SOLCARSA, el 13 de marzo de 1996’” (Ibíd.).

Posteriormente, la comunidad adelantó varias diligencias administrativas y judiciales cuyo objeto fue que se definieran y demarcaran las tierras comunales y no se menoscabaran las aspiraciones territoriales de la comunidad. Sin embargo, como ninguna de ellas prosperó, por ser inadecuadas para la protección de sus derechos, acudieron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organismo que luego de surtir el trámite correspondiente, decidió llevar el caso ante la Corte Interamericana, instancia en donde se decidió sobre los derechos a la protección judicial, la propiedad privada y las obligaciones generales de respeto y garantía.

En análisis de las circunstancias del caso, a la luz de lo consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte IDH, en relación con el derecho a la protección judicial, estableció que eran dos los frentes desde los cuales debía ser analizado el cumplimiento de este derecho, a saber: i. Si existe o no un procedimiento adecuado para la titulación de tierras; y ii. Si los recursos de amparo presentados por miembros de la Comunidad fueron resueltos de conformidad con el artículo 25 (Corte IDH. Mayagna, Párr.115).

Sobre el primer punto, con base en las pruebas allegadas al Tribunal, éste consideró que resultaba evidente “la existencia de una normativa que reconoce y protege la propiedad comunal indígena en Nicaragua” (Corte IDH. Mayagna, Párr. 122), a lo cual no se sigue que el procedimiento de titulación de tierras ocupadas por grupos indígenas se encontrara claramente regulado (Corte IDH. Mayagna, Párr. 123), pues de hecho, del acervo probatorio se desprende que el Estado no disponía de un procedimiento específico para la titulación de la tierra comunal indígena (Corte IDH. Mayagna, Párr. 124).

En relación con el segundo aspecto, la Corte recordó que ha señalado en varias oportunidades, que el recurso de amparo reúne las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales por ser sencillo y breve, y resaltó que en el presente caso, los dos recursos de amparo que habían sido interpuestos por la comunidad, habían desconocido el principio del plazo razonable.

Lo anterior llevó a la Corte a establecer que Nicaragua no había adoptado las medidas adecuadas de derecho interno que permitieran la delimitación, demarcación y la titulación de las tierras de comunidades indígenas y que tampoco, se había ceñido a un plazo razonable para tramitar los recursos de amparo interpuestos por los miembros de la Comunidad Awas Tingni. De donde se podía concluir, que el Estado había violado el artículo 25 de la Convención Americana.

Con respecto del derecho a la propiedad privada, la Corte inicialmente aclara que “el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”, ello gracias a una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y a lo dispuesto en el artículo 29.b de la Convención (Corte IDH. Mayagna, Párr. 148).

A partir de allí, reconoce que “el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro” (Corte IDH. Mayagna, Párr. 151).

En tal sentido, la Corte declara que la comunidad Awas Tingni tiene un derecho de propiedad comunal en los territorios en donde habita, sin perjuicio del derecho de otras comunidades. Situación que resulta compleja en la medida en que “los límites del territorio sobre los cuales existe tal derecho de propiedad no han sido efectivamente delimitados y demarcados por el Estado” (Corte IDH, Mayagna, Párr. 153).

Con base en tales consideraciones, la Corte concluye que la comunidad tiene derecho a que el Estado

- “1. delimite, demarque y titule el territorio de propiedad de la Comunidad; y
2. **se abstenga de realizar**, hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, **o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce** (negritas fuera de texto) de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad” (Corte IDH. Mayagna, Párr. 153).

Y que,

(...) “a la luz del artículo 21 de la Convención, el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, **y que ha otorgado concesiones a terceros** (negritas fuera de texto) para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes” (Ibíd.).

*IV.1.c Comunidades indígenas Maya vs. Belice*²⁸

El Consejo Cultural Maya de Toledo, peticionario del caso, sostiene que el Estado ha violado los derechos de las comunidades indígenas mayas de Toledo en relación con sus tierras y recursos naturales, en tanto que otorgó numerosas concesiones para la explotación maderera y petrolera, las cuales abarcan un total de más de medio millón de acres de tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por las comunidades mayas del distrito de Toledo, entre aquellas, dos importantes concesiones otorgadas a dos empresas madereras malayas, Toledo Atlantic International, Ltd., y Atlantic Industries, Ltd.

Los peticionarios afirman que el Ministerio de Energía, Ciencia, Tecnología y Transporte de Belice había aprobado una solicitud de una empresa, AB Energy, Inc., para realizar actividades de exploración petrolera en el Bloque 12, que incluye 749.222 acres de tierra del Distrito de Toledo. La zona comprendida por el permiso incluiría tierras usadas y ocupadas por los mayas y abarcaría todas o casi todas las aldeas mayas del Distrito de Toledo (CIDH. Comunidades Indígenas Maya, Párr. 30).

Según los peticionarios, dichas concesiones madereras están vigentes, y causan efectos ambientales negativos, en tanto las concesiones petroleras amenazan con causar perjuicios similares, con el riesgo de generar un daño irreversible para el medio que

²⁸ CIDH, Caso 12.053 c. Belice, del 5 de octubre de 2000.

habitan los mayas, situación que se ve agravada por “la presunta incapacidad o falta de disposición del Estado de Belice para controlar debidamente la explotación maderera y hacer cumplir las normas ambientales” (CIDH, Comunidades Indígenas Maya, Párr. 33 y 34).

A lo cual, agregan los peticionarios que el Estado sistemáticamente ha omitido reconocer los derechos e intereses de los mayas, mediante la realización de una consulta adecuada, previo a conceder la explotación maderera y petrolera en las tierras que estos ocupan (CIDH, Comunidades Indígenas Maya, Párr. 35).

Con base en lo anteriormente mencionado, los peticionarios alegan que el Estado ha vulnerado los siguientes derechos garantizados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: el derecho a la vida (artículo I), el derecho a la igualdad ante la ley (artículo II), el derecho a la libertad religiosa y de culto (artículo III), el derecho a la familia y a su protección (artículo VI), el derecho a la preservación de la salud y el bienestar (artículo XI), el derecho a la protección judicial (artículo XVIII), el derecho al voto y a participar en el gobierno (artículo XX) y el derecho a la propiedad (artículo XXIII) (Comunidades Indígenas Maya c. Belice, Párr. 4).

La CIDH al analizar la situación, estableció que

“se puede ver impedido el uso y el goce de un bien cuando el propio Estado o **terceros actuando con la aquiescencia o tolerancia de aquél, afectan la existencia, el valor, uso o goce de ese bien sin la debida consideración y sin consultas informadas con quienes ejercen un derecho sobre el bien** (negritas fuera de texto). A este respecto, otros órganos de derechos humanos han concluido que el otorgamiento por los Estados de concesiones de explotación de recursos naturales a terceros respecto del territorio ancestral de pueblos

indígenas, contraviene los derechos de estas comunidades indígenas”²⁹ (CIDH, Comunidades Indígenas Maya, Párr.140).

Afirmando además que

“uno de los elementos centrales para la protección de los derechos de propiedad de los indígenas, es el requisito de que los Estados establezcan consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales. (...) estos **requisitos son igualmente aplicables a las decisiones de los Estados que incidirán en las tierras indígenas y en sus comunidades, como el otorgamiento de concesiones para explotar recursos naturales de los territorios indígenas**” (negritas fuera de texto). (Ibíd.).

Con base en lo anterior, la Comisión concluyó que el Estado violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo XXIII de la DADH, en perjuicio del pueblo maya, en tanto que otorgó concesiones madereras y petroleras sobre recursos y bienes comprendidos dentro de tierras tradicionales de este, sin adoptar las medidas correspondientes para consultar al pueblo maya en relación con estas concesiones (CIDH. Comunidades Indígenas Maya, Párr. 144).

De igual forma, que la falta de adopción de medidas con respecto del daño ambiental ocasionados por las actividades de las empresas, llevó a la CIDH a decir que “**dicho daño es en parte** (negritas fuera de texto) resultante del hecho de que el Estado no haya establecido salvaguardias y mecanismos adecuados para supervisar, controlar y garantizar que exista personal suficiente para asegurar que la ejecución de las concesiones madereras no causara mayor daño ambiental a las tierras y comunidades mayas” (CIDH, Comunidades Indígenas Maya, Párr.147)³⁰.

²⁹ El Comité de Derechos Humanos de la ONU, en el caso del Cacique Ominayak de la Banda Cree del Lago Lubicon c. Canadá, determinó que el Estado era responsable de la violación del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por permitir que el Gobierno de la Provincia de Alberta otorgase arrendamientos para exploración de gas y petróleo y de explotación maderera dentro del territorio ancestral de un pueblo indígena, la Banda del Lago Lubicon.

³⁰ Al respecto, la Comisión anota además que “En la denuncia que involucra al pueblo Ogoni y a sus comunidades en el Estado de Nigeria la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos dio vista también a problemas vinculados al impacto de

Lo anterior, llevó a la CIDH a recomendar entre otras acciones, que el Estado de Belice recurriera a la legislación interna, y que para adoptar medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole, fuera consultada la comunidad. También, que mientras no se delimitaran y titularan las tierras de la comunidad, el Estado se abstuviera de todo acto que pudiera dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con su aquiescencia o tolerancia, afectaran la existencia, el valor, el uso o goce de los bienes ubicados en la zona geográfica ocupada y usada por el pueblo maya. Y por último, que el Estado reparara el daño ambiental resultante de las concesiones madereras otorgadas por el Estado, respecto del territorio tradicionalmente ocupado y usado por el pueblo maya.

IV.1.d Opinión Consultiva OC – 18 de 2003 “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”.

Con fundamento en el artículo 64.1 de la CADH, México sometió a la Corte Interamericana, una solicitud de opinión consultiva sobre la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley, consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos.

las actividades de explotación de recursos en una comunidad indígena. En ese caso, se alegó que el Gobierno de Nigeria causó grave daño ambiental al derecho de propiedad del pueblo Ogoni y a su estilo de vida cultural al participar en una explotación petrolera irresponsable en su comunidad, y al permitir que empresas petroleras privadas destruyeran los hogares, aldeas y fuentes de alimentos del pueblo Ogoni. Al concluir que el Estado de Nigeria era responsable de la violación de varios artículos de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (la Carta de Banjul), incluido el derecho de propiedad protegido por los artículos 14 y 21 de ese instrumento, la Comisión indicó que “no deseaba responsabilizar a los gobiernos que luchan en circunstancias difíciles por mejorar la vida de sus pueblos”, pero al mismo tiempo subrayó, que “La intervención de empresas multinacionales puede ser una fuerza potencialmente positiva para el desarrollo si el Estado y el pueblo afectados son siempre conscientes del bien común y de los derechos sagrados de los individuos y las comunidades” (CIDH, Comunidades Indígenas Maya, Párr. 149).

Ante tal solicitud, la Corte realizó un análisis sobre el principio de igualdad y no discriminación, refiriéndose a su carácter fundamental y sus efectos. Señala así que “[I]a no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos” (Corte IDH. OC18, Párr. 83). Estableciendo que se entenderá por discriminación “toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos” (Corte IDH, OC18, Párr. 84).

Señala además que

(...) “El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y **genera efectos con respecto de terceros, inclusive a particulares** (negritas fuera de texto). (Corte IDH. OC18, Párr. 100).

La Corte Interamericana enfatiza así que

“Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y **generan efectos con respecto de terceros, inclusive particulares** (negritas fuera de texto). (Corte IDH, OC18, Párr. 110).

Ahora bien, con respecto del derecho de los trabajadores inmigrantes indocumentados, la Corte Interamericana establece que

“En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que **existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares**. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares” (Corte IDH. OC18, Párr. 140).

De acuerdo con dicha teoría, la Corte establece que si bien en principio,

“es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cometida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial, es posible que ante un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos, el cual inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, este acarree la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención (Velásquez Rodríguez en Corte IDH, OC18, Párr. 141).

Como consecuencia de lo anterior, afirma la Corte que

“el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). **El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales**” (negrillas fuera de texto) (Corte IDH. OC18, Párr. 148).

Por último, la Corte concluye respecto de la responsabilidad del Estado y los particulares frente a los trabajadores inmigrantes, que “[e]n las relaciones laborales los empleadores deben proteger y respetar los derechos de los trabajadores, ya sea que esas relaciones se desarrollen en los sectores público o privado de las sociedades” (Corte IDH. OC18, Párr. 151).

Y que,

“En síntesis, las relaciones laborales que se dan entre los trabajadores migrantes y terceros empleadores pueden generar la responsabilidad internacional del Estado de diversas formas. En primer lugar, los Estados tienen la obligación de velar para que dentro de su territorio se reconozcan y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna. Además, los Estados son responsables internacionalmente cuando toleran acciones y prácticas de terceros que perjudican a los trabajadores migrantes, ya sea porque no les reconocen los mismos derechos que a los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos pero con algún tipo de discriminación” (Corte IDH. OC18, Párr. 153).

De esta manera, la Corte dentro de sus opiniones más importantes establece,

“(…) Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”.

“Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, **acarrea obligaciones erga omnes** de protección que vinculan a todos los Estados y **generan efectos con respecto de terceros, inclusive particulares**” (negrillas fuera de texto).

Y que

“El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales”.

IV.1.e Trabajadores de la empresa Fertilizantes de Centroamérica (FERTICA) vs. Costa Rica³¹

La Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos en Centroamérica y la Confederación de Trabajadores Rerum Novarum, presentaron ante la CIDH una petición en contra del Estado de Costa Rica por la violación a los derechos consagrados en los artículos 8 (derecho a las garantías judiciales), 16 (libertad de asociación) y 25 (protección judicial), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1, con respecto de los trabajadores afiliados al sindicato Asociación de Trabajadores de Fertilizantes (ATFE).

Lo anterior, dado que el día 9 de septiembre de 1995, la empresa de Fertilizantes de Centroamérica (FERTICA), antes empresa pública, despidió a todos los trabajadores, de los cuales 265 estaban afiliados al sindicato de Trabajadores de Fertilizantes (ATFE). (CIDH. FERTICA, Párr.5).

³¹ CIDH, Informe N° 21/06, Petición 2893 – 02, Admisibilidad de 2 de marzo de 2006

Los peticionarios denuncian que la empresa dejó de aplicar la convención colectiva firmada entre el sindicato y FERTICA, y estableció un “instructivo” mediante el cual se forzaba a los trabajadores a firmar nuevos contratos en condiciones laborales más desventajosas “bajo la amenaza de la pérdida definitiva de sus empleos”, situación que se puso en conocimiento de la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo de Costa Rica, entidad que declaró responsable a la empresa por los hechos mencionados (CIDH. FERTICA, Párr. 6 – 8).

Con posterioridad, el Ministerio de Trabajo desestimó el recurso de apelación interpuesto por FERTICA contra la resolución que la declaraba responsable, entidad que además ordenó a la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo, que presentara denuncia por la violación de las leyes de trabajo ante la autoridad jurisdiccional correspondiente, y que solicitara “la reinstalación inmediata y el pago de los salarios caídos de todos los trabajadores afectados”.

Señalan los peticionarios que durante todo el procedimiento, la empresa FERTICA no compareció a las audiencias e interpuso recursos extemporáneos e improcedentes, con el objetivo de extender el proceso y lograr la prescripción de las violaciones de las leyes de trabajo (CIDH. FERTICA, Párr. 11).

El 9 de febrero de 1996, ATFE presentó demanda contra FERTICA por despidos improcedentes ante el Circuito Segundo de San José. Dicha demanda, luego de seis años, no había sido resuelta, y la jurisdicción se mostraba incapaz de solucionar la controversia y proteger los derechos de los trabajadores (CIDH. FERTICA, Párr. 16 a 18).

Al analizar la admisibilidad del caso y referirse a la competencia *ratione personae*, la Comisión Interamericana además de recordar que Costa Rica es un Estado parte de la

CADH y otros instrumentos internacionales, menciona que “[s]i bien el Estado adujo que los actos referidos por los sindicalistas **fueron producidos por una empresa privada, la Comisión tiene facultad para revisar el caso en relación a la acción estatal** (negritas fuera de texto) en función a la de sus órganos jurisdiccionales y la supuesta falta de garantías de parte de dichos órganos. Por lo tanto la Comisión tiene competencia *ratione personae* para examinar la petición” (CIDH. FERTICA, Párr. 31).

Argumento que aunado a los relacionados con la competencia *ratione loci*, *ratione temporis*, agotamiento de recursos internos y duplicación de procesos y cosa juzgada internacionales, entre otros, dieran lugar a que se declarara la admisibilidad del caso.

*IV.1.f Ximenes Lopes vs. Brasil*³²

El presente caso fue presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte IDH, con el objeto de que se pronunciara frente a las condiciones inhumanas y degradantes de la hospitalización del señor Damião Ximenes Lopes, una persona con discapacidad mental; frente a los abusos contra su integridad personal a manos de los funcionarios de la Casa de Reposo Guararapes; acerca de su muerte mientras se encontraba sometido a tratamiento psiquiátrico; así como a la falta de investigación y garantías judiciales en su investigación, juzgamiento y sanción, teniendo en cuenta que la Casa de Reposo Guararapes, es un centro de atención psiquiátrica privado que opera dentro del marco del sistema público de salud del Brasil. La CIDH solicitó a la Corte IDH que se pronunciara respecto de la violación a los derechos consagrados en los artículos 4, 5, 8 y 25 de la CADH (Corte IDH. Ximenes Lopes, Párr. 2).

La Corte Interamericana al estudiar el caso, estimó conveniente el reconocimiento de responsabilidad que hizo el Estado en los términos de la demanda de la CIDH, manifestando su contribución al buen desarrollo de los derechos humanos en Brasil. Sin embargo, con el ánimo de referirse a algunas circunstancias especiales, consideró que la sentencia se constituía

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de julio de 2006.

per se en una forma de reparación para los familiares de la víctima. De allí que expresara lo siguiente:

“(…) La responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. **Las obligaciones erga omnes que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción,** (negrillas fuera de texto) pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales” (Corte IDH. Ximenes Lopes, Párr. 86).

“Los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención, pueden ser tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado, como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos. No obstante, entre esos dos extremos de responsabilidad, se encuentra la conducta descrita en la Resolución de la Comisión de Derecho Internacional, de una persona o entidad, que si bien no es un órgano estatal, está autorizada por la legislación del Estado para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental. Dicha conducta, ya sea de persona física o jurídica, debe ser considerada un acto del Estado, siempre y cuando estuviere actuando en dicha capacidad” (Ibíd., Párr. 87).

“En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que **la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce** (negrillas fuera de texto) de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud (...)” (Corte IDH. Ximenes Lopes, Párr. 89).

“La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud (negritas fuera de texto), ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos (...)” (Corte IDH. Ximenes Lopes, Párr. 90).

*IV.1.g Pueblo Saramaka vs. Suriname*³³

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante la Corte Interamericana, una demanda contra el Estado de Suriname, alegando que éste no había adoptado medidas efectivas para reconocer el derecho al uso y goce del territorio que han ocupado y usado tradicionalmente los miembros del pueblo Saramaka. También afirmó que el Estado había violado el derecho a la protección judicial en perjuicio del pueblo Saramaka, al no brindarle acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, particularmente el derecho a poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales, y afirmó que el Estado supuestamente no había cumplido con su deber de adoptar disposiciones de derecho interno para asegurar y respetar estos derechos de los Saramakas (Corte IDH. Saramaka, Párr. 2).

En tal sentido, la Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a la propiedad y al derecho a la protección judicial, establecidos en la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma (Corte IDH. Saramaka, Párr. 3).

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Saramaka c. Suriname, 28 de noviembre de 2007.

Al respecto, la Corte Interamericana estudió ocho aspectos frente a la situación de la comunidad Saramaka, entre los cuales el primero se refería a definir si el pueblo Saramaka conformaba una unidad tribal; el segundo a si el artículo 21 de la CADH protegía el derecho de los pueblos tribales al uso y goce de la propiedad comunal; el tercero, si el Estado ha reconocido el derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka; el cuarto, si los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran sobre y dentro del territorio que supuestamente les pertenece; el quinto, si el Estado puede otorgar concesiones para la exploración y la extracción de los recursos naturales que se encuentran dentro y sobre el presunto territorio Saramaka; el sexto, si las concesiones que el Estado ya otorgó, cumplen con las garantías establecidas conforme con el derecho internacional; el séptimo, si la falta de reconocimiento del pueblo Saramaka como persona jurídica, lo convierte en inelegible conforme con el derecho interno para poder recibir un título comunal de propiedad sobre sus tierras; y finalmente, si existen recursos legales efectivos y adecuados disponibles en Surinam para proteger a los miembros del pueblo Saramaka contra los actos que violan su alegado derecho al uso y goce de la propiedad comunal (Corte IDH. Saramaka, Párr. 72).

Frente a tales interrogantes, la Corte concluyó que la comunidad Saramaka sí era una comunidad tribal “cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales” (Corte IDH. Saramaka, Párr. 84); y que como comunidad tribal, la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad, también le era aplicable. Como consecuencia de lo anterior, el pueblo Saramaka tenía derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado (Corte IDH. Saramaka, Párr. 86).

Con respecto de los puntos sexto y séptimo, la Corte afirma que la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales supone garantizar su supervivencia, por la conexión que existe entre estos y el territorio, de tal suerte que carecería de sentido garantizar este derecho, si no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran en su territorio (Corte IDH. Saramaka, Párr. 122). De allí que la Corte debiera determinar qué tipo de recursos son aquellos a los cuales tiene derecho la comunidad.

En dicho análisis, la Corte encontró que si bien el artículo 21 protegía el derecho a la propiedad tal como ésta lo había reconocido, lo era también que éste no podría ser interpretado en el sentido de que impidiera al Estado “emitir cualquier tipo de concesión para la exploración o extracción de recursos naturales dentro del territorio Saramaka”. De donde el Alto Tribunal sostuvo que cierto tipo de actividades que realizan las empresas madereras y mineras, pueden afectar el uso y goce de los recursos necesarios para la supervivencia de los Saramakas (Corte IDH. Saramaka, Párr.126).

La Corte consideró que las concesiones madereras que el Estado emitió sobre las tierras de la región superior del río Surinam, han dañado el ambiente y que el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente, los cuales se encuentran, en todo o en parte, dentro de los límites del territorio donde tienen un derecho a la propiedad comunal (Corte IDH. Saramaka, Párr. 154).

De suerte que estableciera que

“(..) el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En consonancia con esta disposición, el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio” (Corte IDH. Saramaka, Párr. 127).

Y que,

“(..) a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramaka, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio

no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”) que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental” (Corte IDH. Saramaka, Párr. 129).

Medidas con las cuales, la Corte entiende que se preserva, protege y garantiza la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, garantizando con ello la subsistencia del pueblo tribal.

IV.1.h Clínica Pediátrica de la región de Los Lagos vs. Brasil³⁴

La *Organização de Direitos Humanos – Projeto Legal* presentó ante la CIDH, una petición en la cual se alega la responsabilidad internacional de la República Federativa de Brasil por la muerte de 10 niños recién nacidos, ocurrida en el año 1996, como resultado de una presunta negligencia médica del personal de la *Clínica Pediátrica da Região dos Lagos (CLIPPEL)*, en la ciudad de Cabo Frío en el estado de Río de Janeiro; se alega así mismo, que el Estado es responsable por el sufrimiento y las violaciones de

³⁴ CIDH. Informe No. 70/08. Petición de admisibilidad 12.242 del 16 de octubre de 2008.

las garantías y protección judiciales en perjuicio de los padres y madres de dichos recién nacidos (CIDH. CLIPEL, Párr. 1)

“Los peticionarios alegan que, si bien se trata de una clínica privada, el Estado incumplió su deber de inspeccionar y evaluar de forma periódica la CLIPEL y su deber de supervisar el funcionamiento de la clínica. En consecuencia, sostienen que el Estado brasileño ha violado los artículos 4 (derecho a la vida), 8 (garantías judiciales), 19 (derechos del niño) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (‘la Convención Americana’); y que incumplió igualmente su obligación general prevista en el artículo 1.1 del mismo instrumento” (CIDH. CLIPEL, Párr. 2).

Según los hechos del caso, los diez niños murieron en la CLIPEL, como consecuencia de una infección hospitalaria contraída por la falta de diligencia de los médicos que atienden en la UTI neonatal, cuyas condiciones de salubridad no eran las adecuadas.

Además, los peticionarios afirman que la contaminación de la UTI neonatal de la CLIPEL, fue denunciada ante las Secretarías de Salud Estatal y Municipal, y el Ministerio de Salud. Sin embargo, señalan que luego de que se realizaran varias inspecciones en la CLIPEL y a pesar de tener bajo su consideración los informes y documentos presentados por familiares y especialistas, el Ministerio concluyó que no fue posible constatar infracciones que explicasen las muertes ocurridas en la UTI (CIDH. CLIPEL, Párr. 15).

Al trámite anterior también debe sumarse el proceso penal que fue iniciado por parte de los peticionarios, en el cual el juez de primera instancia, a pesar de las presuntas irregularidades denunciadas por los peticionarios, absolvió a los acusados.

Vistos los hechos y respuestas de las partes, la Comisión, al caracterizar los hechos, señaló que si bien no le correspondía en este momento, referirse al fondo del asunto, estimaba “pertinente tomar en consideración que las muertes de las presuntas víctimas, en virtud de la presunta omisión del Estado en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación de los servicios por parte de la CLIPEL, podrían caracterizar la violación del derecho a la vida previsto en el artículo 4.1 de la Convención vinculado con el incumplimiento de las obligaciones del Estado previstas en los artículos 1.1. En ese sentido, en la etapa de fondo, la CIDH analizará el deber del Estado de prevenir violaciones al derecho a la vida, a través de una debida supervisión de los servicios de la CLIPEL, y de responder a dichas muertes a través de una investigación diligente con arreglo al debido proceso” (CIDH. CLIPEL, Párr. 50).

IV.2 La línea jurisprudencial del SIDH en relación con las obligaciones de las personas jurídicas en materia de derechos humanos

Una vez se ha hecho una breve síntesis de algunos de los principales casos de los cuales ha tenido conocimiento la Comisión Interamericana o la Corte Interamericana en ejercicio de su competencia, corresponde establecer cuáles han sido los principales argumentos de estos organismos para recomendar, opinar o fallar.

Se ha sugerido que el problema jurídico que encabeza la línea jurisprudencial se refiere a si *¿Existe alguna obligación por parte de las personas jurídicas o de las empresas transnacionales con respecto del respeto y garantía de los derechos humanos?*, frente al cual la primera observación que corresponde hacer es que los casos seleccionados hacen referencia a situaciones en las cuales las violaciones son cometidas por personas jurídicas privadas y en el mejor de los casos, por empresas, sin llegar a establecer como criterio, que sean única y exclusivamente empresas transnacionales, pues en este caso, la materia de estudio resultaría extremadamente limitada si no nula.

Ahora bien, en cuanto hace a los dos extremos de la línea jurisprudencial, se ha considerado que estos corresponden a las siguientes afirmaciones:

- *Opción 1. Ni las personas jurídicas ni las empresas transnacionales tienen obligación alguna con respecto de los derechos humanos.*
- *Opción 2. Tanto las personas jurídicas como las empresas transnacionales tienen obligación de respeto y garantía con respecto de los derechos humanos.*

Debe tenerse en cuenta que si bien, el problema central de esta tesis se refiere a la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales en los casos de violaciones a los derechos humanos, para el análisis jurisprudencial correspondiente, es necesario recordar que la competencia de los órganos del Sistema Interamericano está restringida a los casos en los cuales los Estados demandados son miembros de la Organización de Estados Americanos, son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o han aceptado expresamente la competencia de la Corte. En consecuencia, las opciones propuestas pretenden establecer si existe algún tipo de obligación por parte de las empresas con respecto del respeto y garantía de los derechos humanos en el marco de la responsabilidad internacional del Estado.

Teniendo presente estas dos consideraciones, puede entonces analizarse cuáles han sido los razonamientos que ha tenido la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos para referirse a situaciones en las cuales personas jurídicas, en particular empresas, son responsables directas de violaciones a los derechos humanos. Para tal fin, se tendrá en cuenta además, las tres etapas que plantea Javier Mijangos sobre la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares³⁵. Veamos.

³⁵ En su texto “La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Javier Mijangos establece que la Corte Interamericana “ha construido toda una *teoría* sobre la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares en el ámbito latinoamericano”, de tal suerte que existen tres etapas en dicho desarrollo. La primera de ellas “se conforma por una serie de sentencias cuyo común denominador es el análisis de la obligación de respeto y vigilancia de los derechos fundamentales por parte de los Estados prevista en el artículo 1.1 de la Convención”. “En una segunda fase, la relevancia en la determinación de las características del agente que ha cometido la violación de los derechos fundamentales será sustituida por una serie de planteamientos en los cuales el carácter de la norma violada se convierte en el centro de atención. Es en este momento cuando la Corte Interamericana consagra la idea de que los derechos fundamentales previstos en la

Al estudiar los hechos del caso Yanomami, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció que si bien se habían presentado desplazamientos de la comunidad y epidemias que habían afectado la misma, debido a la aparición de personas externas a la comunidad, encargadas de la construcción de la autopista BR 210 y de compañías mineras y mineros independientes, la responsabilidad internacional por tal situación recaía en el Estado, toda vez que éste no había adoptado las medidas correspondientes para evitar que la comunidad Yanomami se viera afectada por las acciones que se venían adelantando en su territorio; en otras palabras, por haber desconocido lo dispuesto en el artículo 2 de la CADH, referente al deber de garantía de los Estados.

Dicha posición, tímida con respecto de las violaciones que allí se presentaron, tales como el desplazamiento al cual fue sometida la comunidad por cuenta de las acciones que se venían realizando en su territorio por parte de terceros particulares, coincide con la primera etapa establecida por Mijangos, en la cual la Corte, centra su análisis en las obligaciones de respeto y garantía que tiene el Estado.

En este sentido, los derechos fundamentales siguen siendo para la Corte, un límite a la actuación de las autoridades, en donde la responsabilidad que recae en el Estado se extiende a situaciones en las cuales se demuestre apoyo o tolerancia del poder público respecto de los particulares. Por esta razón, Mijangos afirma que lo realmente decisivo para la Corte, es que haya habido una implicación significativa de las autoridades en los hechos, bien por aquiescencia o tolerancia (Mijangos, 2007: 5), aspecto que se ve reflejado en la decisión del Caso Yanomami, en el cual uno de los reproches que hace la Corte, se refiere al comportamiento negligente de las autoridades con respecto de la comunidad indígena.

Convención resultan *obligaciones erga omnes*, que se imponen no sólo en relación con el poder del Estado sino también respecto de actuaciones de terceros particulares; finalmente, en cuanto hace a la tercera etapa, esta "está representada por el caso más relevante en esta materia: la Opinión Consultiva 18/03 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre la condición jurídica de los inmigrantes. Esta resolución, que marca una tendencia hasta nuestros días, establece definitivamente la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares".

El mismo razonamiento anotado anteriormente, lo aplica la Corte Interamericana en el caso *Mayagna Sumo Awas Tigni c. Nicaragua*, cuando dicho Tribunal tuvo que pronunciarse respecto de la violación a los derechos consagrados en los artículos 8, 21 y 25 de la CADH. Sin embargo, en cuanto corresponde a la violación a los derechos humanos por parte de los particulares, es importante resaltar un aspecto que sin ser determinante frente a la responsabilidad de particulares, especialmente las empresas, sí marca la transición hacia la siguiente etapa definida por Mijangos.

La Corte Interamericana con relación a la violación de los derechos humanos por parte de particulares, sólo se refirió a la vulneración del derecho a la propiedad establecido en el artículo 21 de la CADH, en tanto que la violación se presentaba con respecto de las concesiones que habían sido otorgadas a terceros particulares. Al respecto, la Corte definió que el Estado era responsable de su vulneración en la medida en que no había delimitado y demarcado la propiedad comunal de la comunidad Awas Tigni, y por haber otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que podría llegar a corresponder, total o parcialmente a los terrenos sobre los cuales deberían recaer la delimitación, la demarcación y la titulación correspondientes. Esto último, puesto que era previsible que terceros afectasen el uso, el goce o el valor de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habita la comunidad Awas Tigni.

El aspecto que marca la transición a la cual nos referimos, tiene que ver con el hecho de que la Corte en estos casos, si bien mantiene su posición respecto de la obligación de garantía que le corresponde al Estado y la responsabilidad que acarrea su inobservancia, reconoce que terceros particulares pueden afectar cierto tipo de derechos, como es el caso del derecho de propiedad.

Dicho aspecto se reitera en el caso de las Comunidades Indígenas Maya ante la Comisión Interamericana, en el cual este organismo utilizó como precedente, la decisión adoptada por la Corte en el caso *Mayagna*, toda vez que señaló que era posible que el uso y goce de un bien (es decir, el ejercicio del derecho de propiedad consagrado en el artículo 21 de la CADH), se viera afectado por el Estado o por terceros que actuaran con

su aquiescencia o tolerancia y en consecuencia, concluyó que el Estado era responsable de la violación al derecho a la propiedad, por haber otorgado concesiones madereras y petroleras sobre recursos y bienes comprendidos dentro de tierras tradicionales del pueblo maya de Toledo, sin adoptar las medidas correspondientes para consultar al pueblo maya sobre las concesiones.

A lo cual debe agregarse, que otro aspecto relevante del caso, es que la Comisión fundamentó su decisión, no sólo en lo expresado por la Corte en su sentencia de 2001, sino que además, tuvo en cuenta algunos de los planteamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en casos similares.

Como precedente del Comité de Derechos Humanos, la CIDH citó la opinión de aquel en el caso del Cacique Ominayak de la Banda Cree del Lago Lubicon c. Canadá, en el cual determinó “que Canadá era responsable de la violación del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por permitir que el Gobierno de la Provincia de Alberta otorgase arrendamientos para exploración de gas y petróleo y de explotación maderera dentro del territorio ancestral de un pueblo indígena, la Banda del Lago Lubicon” (CIDH. Comunidad Indígenas Maya, Párr. 141).

De igual forma, tuvo en cuenta la decisión de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en la denuncia que involucraba al pueblo Ogoni y a sus comunidades en el Estado de Nigeria, en donde al analizar los problemas vinculados con el impacto de las actividades de explotación de recursos en una comunidad indígena, dicho organismo consideró que el Gobierno de Nigeria era responsable de la violación de varios artículos de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (la Carta de Banjul), incluido el derecho de propiedad protegido por los artículos 14 y 21 de ese instrumento, en la medida en que causó grave daño ambiental al derecho de propiedad del pueblo Ogoni y a su estilo de vida cultural, al participar en una explotación petrolera irresponsable en esa comunidad, y al permitir que empresas

petroleras privadas destruyeran los hogares, aldeas y fuentes de alimentos del pueblo Ogoni (CIDH. Comunidad Indígenas Maya, Párr. 149).

Como se observa, a partir de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Mayagna, dentro del Sistema ya no sólo se hace referencia a la responsabilidad del Estado por la no adopción de medidas de protección de los derechos humanos sino que además, se alude a la afectación que de éstos pueden hacer terceros particulares con sus acciones, lo cual, si bien no es un cambio drástico en la jurisprudencia, sí marca una transición, como se dijo con anterioridad, dentro del Sistema Interamericano.

En cuanto corresponde a la segunda etapa a la cual alude Mijangos, dicho autor menciona que ésta se presenta a partir del año 2002, cuando la Corte ordena a Colombia la adopción de medidas provisionales para la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, por las graves violaciones que se venían cometiendo contra esta población por parte de los grupos de autodefensas, al señalar que la obligación de respeto establecida en la CADH no sólo se impone sobre el Estado, sino también frente a particulares (Caso Comunidad de Paz de San José de Apartadó, Párr. 13 en Mijangos, 2004:13).

A partir de allí, la Corte, reconoce la diversidad de fuentes de las cuales puede devenir una violación y con ello, los efectos *erga omnes* que derivan de normas objetivas como lo son las obligaciones del *jus cogens* (Ibíd: 14). Aspecto que resulta de suma relevancia, si se entiende como fuente o ente con capacidad jurídica, a las empresas transnacionales.

Esto último, considerando que tal como lo menciona Mijangos, no debe incurrirse en el error de creer que no ha habido variación en los pronunciamientos en el Sistema, en la medida en que los organismos cuasi judicial y judicial que la integran, establecen que la responsabilidad recae sobre el Estado, pues “la imputación instrumental de la violación a los órganos públicos nacionales sólo cumple una función procesal, a fin de articular correctamente el procedimiento contencioso previsto en los artículos 61 y 62 de la CADH”, aspecto procesal frente al cual no puede desconocerse que los pronunciamientos versan invariablemente “sobre la adecuación de las actuaciones de los

particulares a los derechos fundamentales previstos en la Convención Americana” (Ibíd.).

Ahora bien, a pesar de que en el cortísimo lapso entre 2002 y 2003 no se dio dentro del SIDH, alguna decisión relacionada con el tema que atañe a esta tesis, sus significativos avances con respecto de las violaciones a los derechos humanos por particulares, facilitaron enormemente que ocurriera la tercera etapa a la cual se refiere Mijangos, a partir de la Opinión Consultiva OC - 18 de 2003.

La Opinión Consultiva OC - 18 de 2003, se constituye en el verdadero *leading case* de la doctrina de la *drittwirkung* en el Sistema Interamericano (Ibíd.: 15), particularmente por dos razones: la primera, porque concreta el tipo de responsabilidades que puede llegar a tener el Estado frente a situaciones específicas de violaciones a normas de *ius cogens* (normas establecidas en la CADH, como normas de orden público internacional), incluido el caso que involucra a los particulares como fuente de la violación; y la segunda, porque aclara la relación que existe entre las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*.

Con respecto de la primera razón, como se vio arriba, la Corte estableció que el Estado es responsable tanto cuando funciona como empleador, **como por la actuación de terceros que actúen con su tolerancia, aquiescencia** (Corte IDH. OC18, Párr. 152 y 153).

De donde se desprende que hay una ampliación de las situaciones en las cuales el Estado puede resultar responsable, tanto por sus propias acciones como por las de terceros a los cuales directamente se les puede imputar la violación a los derechos humanos.

En cuanto hace a la relación que existe entre las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*, la Corte aclara en esta opinión consultiva, que dichas normas impregnan toda actuación del poder del Estado, independientemente de que éste haya aceptado o no

expresamente una norma (Corte IDH. OC -18 de 2003: Párr. 100), y que genera efectos frente a terceros que se concretan en obligaciones específicas, que en el caso concreto, se refieren a la no discriminación e igualdad ante la ley con respecto de los trabajadores inmigrantes indocumentados (Corte IDH. OC-18, Párr. 102).

En donde la Corte afirma que

“En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del Drittwirkung, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares” (negritas fuera de texto). (Corte IDH, OC - 18, Párr. 140).

Por último, en cuanto hace a los últimos pronunciamientos de la Corte y de la Comisión, debe señalarse lo siguiente: En el caso *Saramaka c. Suriname*, aparentemente la Corte retrocede en cuanto a la imputación de la responsabilidad por las presuntas violaciones que se dieron en el marco de la construcción del dique Afobaka por parte de las empresas encargadas de la realización de esta obra. Sin embargo, ello no debe entenderse así, si se considera que los hechos fueron analizados por la Corte bajo un argumento procedimental y no de fondo y en consecuencia, su decisión necesariamente se enmarcó en la responsabilidad del Estado por la inobservancia de su deber de garantía.

En relación con el caso de la *CLIPTEL*, al referirse la CIDH a la admisibilidad del caso, su importancia radica en que tanto los peticionarios como ese organismo, reconocen que en principio ese es un caso que involucra la violación de derechos por parte de particulares, lo cual lleva al peticionario a recurrir al argumento de falta de adopción de las medidas

correspondientes por parte del Estado para la protección de los derechos vulnerados. Frente a lo cual, la CIDH establece en principio, que los hechos podrían constituirse en violaciones vinculadas al incumplimiento de obligaciones por parte del Estado, lo cual no niega que en algún caso y con posterioridad, estas violaciones se reconozcan como imputables a la Clínica y al personal médico encargado en lo que les corresponde, y al Estado se le impute la responsabilidad instrumental propia del procedimiento en el Sistema Interamericano y de las consecuencias que derivan de la obligación de garantía.

Hecho el recorrido en el curso de las principales decisiones del Sistema Interamericano, de acuerdo con la propuesta de López, es posible graficarlas de la siguiente manera³⁶:

¿Existe alguna obligación por parte de las personas jurídicas o de las empresas transnacionales con respecto del respeto y garantía de los derechos humanos?

<p><i>Opción 1. Las personas jurídicas ni las empresas transnacionales tienen obligación alguna con respecto de los derechos humanos.</i></p>	<p style="text-align: center;">◆</p> <p style="text-align: center;"><i>Caso Yanomami c. Brasil</i></p> <p style="text-align: center;">◆</p> <p style="text-align: center;"><i>Caso Mayagna c. Nicaragua</i></p> <p style="text-align: center;">◆</p> <p style="text-align: center;"><i>Caso Comunidades Indígenas Maya c. Belice</i></p> <p style="text-align: center;">◆</p>	<p><i>Opción 2. Tanto las personas jurídicas como las empresas transnacionales tienen obligación de respeto y garantía con respecto de los derechos humanos.</i></p>
---	---	--

³⁶ El cuadro que arriba se presenta indica en cada uno de sus lados los dos extremos de la línea jurisprudencial. En la columna del centro se han ubicado cada una de las decisiones que se han producido por parte de la Corte Interamericana o la Comisión Interamericana en relación con la línea jurisprudencial que se plantea, de tal suerte que algunas decisiones estarán más cerca a uno u otro extremo de la línea, indicando el sentido en que se inclina la decisión.

	<p><i>Opinión OC- 18 de 2003</i></p> <p>♦</p> <p><i>Caso FERTICA c. Costa Rica</i></p> <p>♦</p> <p><i>Caso Ximenes Lopes c. Brasil</i></p> <p>♦</p> <p><i>Caso Saramaka c. Suriname</i></p> <p>♦</p> <p><i>Caso CLIPEL c. Brasil</i></p>	
--	--	--

Cuadro No. 1

De la lectura desprevenida de la ilustración, podría interpretarse que si bien la Corte a partir de 2003 – con la OC18 - dio un giro representativo en la manera de tratar los casos relacionados con la violación a derechos humanos cometidas por parte de particulares, éste no ha sido aplicado en cuanto a casos contenciosos se refiere. Sin embargo, dicha apreciación no resulta cierta, si se considera que hay dos factores que impiden mostrar un avance representativo en el sentido de que las decisiones se acerquen a la opción 2.

La primera, que los casos elegidos solamente se refieren a situaciones en las cuales están involucradas empresas o personas jurídicas y no personas naturales particulares,

que se encuentran involucradas en casos de violaciones a los derechos humanos. Lo cual lleva a que no se evidencie lo que en otros casos como Usón Ramírez c. Venezuela y La Rochela c. Colombia, la Corte ha decidido de acuerdo con la OC- 18 de 2003.

Y la segunda, que al menos dos de los casos se refieren por el momento a la fase de admisibilidad en la cual la CIDH no puede pronunciarse sobre el fondo, pero que de acuerdo con los avances del Sistema, podría presumirse que se decidirán de conformidad con los criterios ya establecidos por el órgano jurisdiccional.

En consonancia con lo anterior, lo que sí refleja la ilustración, es que en todos los casos va a seguir presentándose el hecho de que “instrumentalmente” sea el Estado el que deba responder por las acciones violatorias a los derechos humanos que en forma directa sean cometidas por terceros particulares, en tanto que no existe la arquitectura institucional apropiada para que conozca de tales casos y establezca como responsable de las violaciones a los particulares, que para el presente caso, se refieren a las empresas.

Vistos hasta este punto, los avances que se han venido dando por parte de la Corte Interamericana respecto de la teoría de la *Drittwirkung*, sobre la cual se han venido analizando aspectos relacionados directamente con la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales y comerciales en el caso de violaciones a derechos humanos, debe afirmarse que los avances resultan de suma importancia en la caracterización de dicha responsabilidad, si se considera que tal como lo afirma Mijangos, lo que se configura en los pronunciamientos de los organismos del Sistema no es solamente la responsabilidad del Estado por la omisión en la cual incurre, sino además la responsabilidad de los terceros que directamente comenten la violación a los derechos humanos.

A partir de dichas consideraciones, en el siguiente capítulo, se llevará a cabo la caracterización de la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.

V. CARACTERIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LAS EMPRESAS EN CASOS DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

Hemos visto en esta investigación, una serie de presupuestos que nos llevan a dilucidar varias situaciones dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con respecto de las violaciones a los derechos humanos cometidas por actores no estatales y las consecuencias que acarrearán.

La primera de tales situaciones, se encuentra relacionada con las limitaciones jurídicas que existen para los organismos encargados de la protección de los derechos humanos, a saber: el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Comisión y Corte Africanas de Derechos Humanos y de los Pueblos, y la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos, en tanto que su competencia *ratione materiae* y *ratione personae* particularmente, les impide proteger efectivamente a **todo ser humano** que haya sido víctima de violaciones a los derechos humanos, sin considerar el origen de la violación (entiéndase estatal o no estatal).

Conforme con lo anterior, es de suma importancia llamar la atención en el sentido de que, si el objeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es la protección del ser humano³⁷, generar distinciones entre las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas por parte de agentes del Estado frente a las víctimas de violaciones cometidas por particulares, se constituye en una situación discriminatoria en la cual se desprotege a las víctimas de actores no estatales, las cuales carecen de mecanismos internacionales para proteger sus derechos.

³⁷ Si bien existen teorías que señalan que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos está diseñado para proteger al ser humano frente a los abusos de poder que cometa el Estado, lo cierto es que es necesario empezar a considerar que realmente el objeto de este ordenamiento es la protección de todo ser humano, sin considerar quién sea el posible sujeto agresor. Ver. Nicolás Carrillo Santarelli.

En realidad, como se analizó en el capítulo anterior, no es lo mismo que se reconozca la responsabilidad internacional del Estado por omisión en su papel de garante, a que se declare la responsabilidad directa de los actores no estatales que cometieron la violación, lo cual genera dos formas distintas de encarar la verdad, la justicia y la reparación.

La segunda situación analizada, hace referencia a la capacidad de los actores no estatales para ser titulares de derechos y obligaciones, más allá de si son sujetos del Derecho Internacional, toda vez que no existe dentro de este ordenamiento una serie de presupuestos que determinen cuándo un ente adquiere dicha condición. De allí que, considerando la existencia de normas que establecen obligaciones a actores no estatales y entre éstas, a las empresas transnacionales, basta esa circunstancia para hacer referencia a la capacidad de las mismas en el momento de responder por violaciones a los derechos humanos en las cuales sean autoras directas³⁸.

Por último, la tercera situación analizada nos muestra que si bien los organismos internacionales han mostrado avances en relación con la protección de los derechos humanos cuando son vulnerados por particulares, al punto de que han reconocido la existencia de obligaciones en cabeza de los actores no estatales (*erga omnes*), dicho reconocimiento no ha redundado mayormente en un cambio en las decisiones de los organismos internacionales, los cuales no tienen más opción que declarar la responsabilidad internacional del Estado por omisión de su deber de garantía, sin que puedan pronunciarse respecto de la responsabilidad de los particulares.

Aspecto que además, no es alentador para los Estados, si se considera que aun cuando tienen responsabilidades mayores que cualquier otro sujeto en el ámbito del Derecho Internacional, en la medida en que deben responder por lo que pase dentro de su territorio, en muchas ocasiones su capacidad es muy reducida en comparación con la capacidad de otros actores como las empresas transnacionales.

³⁸ Desde el punto de vista de Laura Huici, “En derecho internacional público, la capacidad para exigir la responsabilidad de otros sujetos o para ser considerado responsable de la violación de obligaciones internacionales, es precisamente uno de los criterios de atribución de la personalidad jurídica internacional” (Huici, 2007: 47).

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, parece necesario esbozar una estructura jurídica que permita endilgar responsabilidad a los actores no estatales, en especial a los que tienen tal envergadura como las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Para tal fin, se tendrá como referentes, algunos proyectos y normas existentes en materia de responsabilidad internacional, así como una pequeña serie de casos sobre violaciones a los derechos humanos cometidas por las empresas, que han sido resueltos a nivel interno por parte de los Estados.

Lo anterior, considerando de una parte, que es posible hablar de un Derecho de la responsabilidad internacional a partir de la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad individual, como componentes de la primera, incluso adicionando hacia el futuro, otros componentes como la responsabilidad por el hecho ilícito de las organizaciones internacionales (Huici, 2007: 47) y por qué no la responsabilidad de las empresas, que en casos particulares, también pueden resultar interrelacionadas (Nollkaemper, 2003: 639).

Y por el otro, que el derecho interno para este caso de responsabilidad internacional de las empresas, puede informar ampliamente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en tanto que le otorga argumentos para responsabilizar directamente a las empresas y no a los Estados, como responsables indirectos de las violaciones que particulares cometan dentro de su territorio.

V.1 Regímenes de responsabilidad internacional

V.1.1 Responsabilidad Internacional del Estado

De acuerdo con el Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (2001), todo hecho internacionalmente ilícito genera responsabilidad internacional (art. 1). En ello radica la importancia de determinar qué elementos lo constituyen. De acuerdo con el Proyecto, son estos dos: i) que la acción u omisión sean atribuibles al Estado según el derecho internacional; y ii) que la acción u omisión se constituya en una violación de una obligación internacional del Estado.

Respecto del primer elemento, el Proyecto de Artículos establece una serie de circunstancias en las cuales el Estado responde por las actuaciones de sus órganos o incluso de terceros facultados por él, bien sea previas o posteriores a cuando haya habido lugar a la acción u omisión violatoria de una determinada obligación (arts. 4 a 11).

Es decir, este primer elemento se refiere a las normas de atribución de responsabilidad al Estado y sobre ellas vale la pena tener en cuenta en primer lugar, que dicha atribución se caracteriza por ser meramente objetiva en cuanto como lo anota Nollkaemper, la conducta de los Estados, como persona legal, es examinada contra un estándar objetivo (Nollkaemper, 2003: 617), observación que la Corte Interamericana desde su sentencia hito en 1988 en el caso Velásquez Rodríguez, adoptó al establecer que,

“Las infracciones a la Convención **no pueden ser juzgadas** aplicando reglas que **tengan en cuenta elementos de naturaleza psicológica**, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores. A los efectos del análisis, **es irrelevante la intención o motivación del agente** que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente” (Corte IDH. Velásquez Rodríguez, Párr. 173) (Negrillas fuera de texto).

Por lo tanto, en materia de responsabilidad estatal debe afirmarse que una vez establecido alguno de los eventos relacionados en el proyecto de normas, sólo se requerirá definir, si el Estado estaba o no obligado por la norma presuntamente violada, para que se genere su responsabilidad.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que tal como se comprobó en el Capítulo III, en la mayoría de los casos, los Estados se ven enfrentados a la responsabilidad internacional por la **omisión** de sus obligaciones en relación con las empresas, es decir, que se atribuye a los Estados su inacción con respecto de las obligaciones internacionales que tienen sobre sí, situación que no obsta para que eventualmente se presenten eventos en los cuales su acción (por ejemplo: cuando el Estado tenga participación accionaria en la empresa), los haga responsables por el hecho ilícito cometido por la empresa.

Lo anterior, considerando que al ser la empresa la que comete el hecho ilícito, se puede llegar a pensar que esta última también sea responsable y por lo tanto, se presente concurrencia de responsabilidades.

En cuanto al segundo elemento, el Proyecto de Artículos señala que éste se refiere a la inconformidad de la acción u omisión del Estado respecto de las obligaciones que haya adquirido en el plano internacional (art. 12), las cuales también deben encontrarse vigentes al momento de cometerse el ilícito (art. 13). En este caso por supuesto, deben traerse a colación todas las normas internacionales consuetudinarias y convencionales a las cuales el Estado está obligado.

Una vez se configura el hecho ilícito internacional, a partir de los dos elementos mencionados, surge la responsabilidad para el Estado, como una “relación o serie de relaciones” con otros sujetos (Stern en Huici, 2007: 50), tal como lo afirma el Relator

Especial Roberto Ago al señalar que “los hechos internacionalmente ilícitos de los Estados crean relaciones jurídicas internacionales nuevas caracterizadas por situaciones jurídicas subjetivas distintas en relación con las que existían antes de que se produjeran los hechos de que se trata” (Ago en Huici, 2007: 50).

Criterio que ha llevado a que se discuta sobre la naturaleza de las normas que regulan la responsabilidad de los Estados en cuanto a, si deben considerarse de carácter primario o secundario³⁹. Al respecto, si bien la distinción no puede ser tajante, porque eventualmente se necesitará de las normas primarias en el mismo ámbito de la responsabilidad, lo cierto es que dentro de esta tesis, se acogerá el planteamiento según el cual “una cosa es definir una norma y el contenido de la obligación por ella impuesta y otra muy distinta es determinar si se ha infringido una obligación y cuáles deben ser las consecuencias de tal infracción. Únicamente este segundo aspecto forma parte de la responsabilidad” (Ago en Huici, 2007: 53).

Posición que se soporta en los planteamientos que se han expuesto, en el sentido que para endilgar responsabilidad a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, no se requeriría necesariamente crear un catálogo de obligaciones – normas primarias -, pues de hecho, en el Derecho Internacional ya existe un buen número de ellas en materia de derechos humanos, y por otra parte, deben entenderse de manera separada, el conjunto de normas sobre responsabilidad de las empresas.

V.1.2 Responsabilidad Penal Internacional

³⁹ De acuerdo con H.L.A. Hart, el ordenamiento jurídico puede entenderse como una unión de diferentes tipos de normas o reglas, las cuales este clasifica en primarias y secundarias. Las normas primarias se refieren a aquellas que prescriben a los individuos realizar ciertos actos, definen para los individuos la conducta que es deseable. Las reglas secundarias son reglas que no se ocupan directamente de lo que hacen los individuos o lo que no deben hacer, sino de las reglas primarias. Hart menciona en esta categoría tres tipos de reglas: i.) Reglas de reconocimiento, que sirven para identificar qué normas forman parte de un sistema jurídico y cuáles no; ii.) Reglas de cambio, que permiten dinamizar el ordenamiento jurídico indicando procedimientos para que las reglas jurídicas cambien de sistema; y iii) las reglas de adjudicación, que dan competencia a ciertos individuos –jueces- para establecer si en una determinada situación se ha infringido o no una regla primaria (Hart en Nino, 2001: 91 y 92).

En relación con la responsabilidad penal de los individuos, debe señalarse en primera instancia que dicho principio ha sido reconocido y depurado en diversos escenarios internacionales encargados del juzgamiento y sanción de individuos en el ámbito internacional, lo cual se evidencia en el artículo 6⁴⁰ del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, así como en el artículo 7.1⁴¹ del Estatuto del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, y en el artículo 6.1⁴² del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, todos los cuales dieron paso al actual artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La experiencia en dichos tribunales ha llevado a que se supere la cuestión acerca de, si el Derecho Penal Internacional reconoce una responsabilidad penal individual, y a que hoy en día, las discusiones se centren en la concepción de un sistema de imputación orientado al principio de culpabilidad personal, lo cual significa que desde el punto de vista objetivo y subjetivo, el autor sea individualmente responsable (Ambos, 2005: 74), aspecto que lleva a que la estructura de la responsabilidad individual tenga un carácter particular en el ámbito internacional.

Según el artículo 25.2 del Estatuto de Roma, “**Quien cometa un crimen** de la competencia de la Corte será **responsable individualmente** y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto” (negrillas fuera de texto).

⁴⁰ “El Tribunal establecido por el Acuerdo mencionado en el Artículo 1 para juzgar y castigar a los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje, tendrá competencia para juzgar y castigar a las personas que actuando a favor de los intereses de los países europeos del eje, como individuos o como miembros de organizaciones, hubieran cometido alguno de los crímenes que se enumeran a continuación.

Los siguientes actos, o uno cualquiera de ellos, son crímenes sujetos a la jurisdicción del Tribunal, por los cuales habrá responsabilidad individual (...).”

⁴¹ “ Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen”.

⁴² “1. Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen”.

Para Ibáñez, a la pregunta *¿quién realiza la conducta?* la respuesta desde el punto de vista del Estatuto, es la siguiente: “el sujeto activo, agente o autor será la persona que realice la conducta o núcleo rector descrito y contenido en el tipo penal, tanto en el contexto del *chapeau* como en el marco de los actos perpetrados y que han sido ambos desarrollados y precisados en el documento de los elementos de los crímenes; podemos decir también que el sujeto activo, agente o autor será quien vulnere el bien jurídico, en postura tradicional, o quien realice la vulneración en contra de la población civil” (Ibáñez, 2003: 59). Punto de partida útil para definir a quién se imputa la acción, como se verá ahora mismo.

De acuerdo con Kai Ambos, el Derecho Penal Internacional sigue una estructura bipartita del crimen, puesto que se presenta una división básica de los principios generales, entre aquellos que describen los presupuestos de la responsabilidad individual y aquellos que excluyen de dicha responsabilidad – *defences*- (Ambos, 2005: 73).

Sobre las reglas que se refieren a la responsabilidad individual, la doctrina afirma que aquella comporta un aspecto objetivo - *actus reus* - y otro subjetivo – *mens rea* - (Ambos, 2001: 24; Ambos, 2005: 74). En cuanto hace al aspecto objetivo, los conceptos básicos sobre responsabilidad penal individual se encuentran contenidos en el artículo 25, numeral 3, literales a, b y c del Estatuto de Roma (Ambos, 2001: 24), cuyo tenor dispone,

(...)

“3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí sólo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

- b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
- c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;”

Lo anterior se refiere entonces, a las formas de intervención criminal punible, en las cuales si bien Ambos afirma que el artículo 25 (3) (a), (b) y (c) parece distinguir entre la autoría del delito (sub párrafo a), y otras formas de participación (sub párrafos b y c) (Ambos, 2001: 24), lo cierto es que, como en un libro posterior lo anota, fácticamente en la jurisprudencia no ha tenido lugar la diferenciación entre autoría y participación, sino que se ha seguido el *modelo unitario de autor* (Ambos, 2005: 75 y 140). Sentido en el cual también debe agregarse otros desarrollos jurisprudenciales como lo son la teoría del *dominio por organización* y el de la *empresa criminal conjunta (joint criminal enterprise)*⁴³.

En cuanto hace a las extensiones de la responsabilidad que también forman parte del aspecto objetivo, Kai Ambos agrega que la responsabilidad por el comandante resulta ser la más importante, a la cual le siguen desarrollos de la tercera modalidad de empresa criminal conjunta y la tentativa que prácticamente, no ha tenido relevancia en la jurisprudencia (Ambos. 2005: 140).

Ahora bien, en relación con los elementos subjetivos, la responsabilidad penal internacional exige que la conducta se realice con dolo directo, es decir, con un saber positivo y voluntad incondicionada en la realización del tipo (Ambos, 2005: 137).

⁴³ El dominio por organización, es una forma de autoría mediata que se presenta como una forma de dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder (Ambos, 2006: 197). La empresa criminal conjunta responde a una forma de coautoría, cuyos presupuestos se refieren a la existencia de un fin o plan común del hecho como fundamento de la imputación, y a la prestación de una aportación individual al hecho para la realización de ese plan o fin. En lugar de un plan puede entrar también un determinado contexto de organización con la consecuencia de la respectiva responsabilidad por organización (Ambos, 2006: 176 – 177).

Ello aparece presente en el artículo 30 del Estatuto de Roma que establece el elemento de intencionalidad de la conducta y señala que,

“1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte **únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.**

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por "**conocimiento**" se entiende la **conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos.** Las palabras "a sabiendas" y "con conocimiento" se entenderán en el mismo sentido” (negritas fuera de texto).

De lo anterior se desprende entonces, que una vez se cumplan los aspectos objetivos y subjetivos de la responsabilidad penal, ésta tendrá lugar, salvo que se presente alguna de las causas de exclusión de la punibilidad u otro tipo de *defences* como puede ser la prohibición de retroactividad o la enfermedad mental.

Puede concluirse entonces, que los elementos estructurales de la parte general del Derecho Penal Internacional que se refieren a la responsabilidad penal individual son los siguientes (Ambos, 2005: 141),

1. Intervención criminal

- a. Autoría y participación
 - b. Autoría mediata (dominio por organización)
 - c. Complicidad (acciones de colaboración) – Coautoría y Joint criminal Enterprise I y II
2. Extensiones de punibilidad
- a. Responsabilidad del jefe
 - b. Tentativa
 - c. Contribución de algún otro modo al hecho colectivo – Joint criminal enterprise III
 - d. Presupuestos subjetivos

V.1.3 Responsabilidad Internacional de las Organizaciones Internacionales

En relación con los avances que ha habido sobre la responsabilidad de las Organizaciones Internacionales, debe señalarse que la CDI decidió encarar inicialmente la responsabilidad de estas organizaciones por hechos ilícitos, lo cual en consecuencia, supone que se está haciendo referencia a la violación de una obligación internacional que genera responsabilidad en el sujeto de derecho en cuestión (Huici, 2007: 65).

Al respecto, resulta necesario tener claro que la estructura de responsabilidad por ahora propuesta, es igual a la aprobada en el Proyecto de Artículos de Responsabilidad del Estado⁴⁴, en el cual para que haya lugar a la responsabilidad, se requiere la existencia de una violación a una obligación internacional y que ésta sea atribuible a la organización, aspecto este último en el cual, al igual que los Estados, debe recordarse que las organizaciones actúan por medio de personas que las representan.

⁴⁴ El Primer Informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales presentado por el Relator Especial Giorgio Gaja en el 2003 trasladó los primeros principios que establece el Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado, en el sentido que no existía razón alguna para modificar estos. Se refiere con ello al Principio 1. “Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional, en el sentido que aplicaría igual para las organizaciones y Principio 2. “Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

De acuerdo con el proyecto de artículos de la CDI, en primer lugar, se señala que “[h]ay violación de una obligación internacional por una organización internacional cuando un hecho de esa organización internacional no está en conformidad con lo que de ella exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación” (art. 8).

A su vez, se establece que la regla general de atribución de responsabilidad a la organización internacional será la siguiente:

“El comportamiento de un órgano de una organización internacional, de uno de sus funcionarios o de cualquier otra persona a la que se haya encomendado parte de las funciones de la organización se considerará un acto de dicha organización con arreglo al derecho internacional, cualquiera que sea la posición que el órgano, el funcionario o la persona tenga en la estructura de la organización” (art. 4).

De donde los criterios que se han establecido para la atribución, son la existencia de un *vínculo funcional o institucional* con la organización y el *control* que ésta ejerce sobre la persona que realiza el hecho⁴⁵ (Huici, 2007: 100).

En cuanto a la existencia de un vínculo institucional o funcional, se dice que la regla general de atribución de un comportamiento a una organización internacional, se predica de los comportamientos de un órgano o agente de la organización internacional en cumplimiento de las funciones de ese órgano, cualquiera sea su posición dentro de la organización, atendiendo al hecho de que las reglas de la organización⁴⁶ se aplicarán para determinar las funciones de sus órganos y agentes.

⁴⁵ De acuerdo con Butkiewicz, con respecto del primer criterio, será necesario determinar qué función y en interés de quién se realiza en cada caso concreto, lo cual a su vez le otorga un papel determinante en materia de atribución, al criterio de control (Butkiewicz en Huici, 2007: 101).

⁴⁶ Se entiende por reglas de la organización, los instrumentos constitutivos, las decisiones, resoluciones y otros actos de la misma, adoptados de conformidad con esos instrumentos y la práctica establecida en ella (art 4 del Proyecto de Artículos sobre responsabilidad de las Organizaciones Internacionales).

Ahora bien, en cuanto hace al criterio de control, se dice que éste se ejerce sobre el agente u órgano que ha sido puesto a disposición de la organización, y debe ser efectivo, considerando que si bien el vínculo funcional puede ser suficiente a efectos de determinar la responsabilidad, pues en ese caso se presumirá el control, en otros casos en los que el vínculo funcional no existe, se requiere probar su efectividad.

Si bien sobre el tema de la responsabilidad de las organizaciones podríamos extendernos en sus avances y discusiones habidas en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, finalmente resulta relevante referirse a las consecuencias que acarrea la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales.

De acuerdo con el proyecto de artículo 31,

“La responsabilidad internacional de una organización internacional que, de conformidad con las disposiciones de la primera parte, nace de un hecho internacionalmente ilícito produce las consecuencias jurídicas que se enuncian en la presente parte”.

A partir de la cual se propone una serie de obligaciones o relaciones jurídicas subyacentes a saber: la continuidad del deber de cumplir con la obligación; la cesación y no repetición; y la reparación, última que incluye la restitución, la indemnización y la satisfacción (art. 37 a 41), a la cual debe agregarse en casos de graves violaciones, una serie de circunstancias adicionales relacionadas con la obligación que sistemáticamente se vulnera por parte de la organización (art. 42 a 44).

V.1.4 Responsabilidad Internacional de las Empresas

Por último, corresponde establecer cuáles son los principales aspectos que abarcan las *Normas sobre responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas*

comerciales en relación con los derechos humanos, proclamadas por la Comisión de Derechos Humanos en 2003.

De conformidad con su texto, las Normas en mención son claras en mantenerse dentro de los parámetros clásicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en cuanto que reconocen al Estado como principal responsable de promover, asegurar su satisfacción y respetar los derechos humanos reconocidos internacional y nacionalmente (Párr. 1).

Sin embargo, reconoce que dentro de sus respectivas esferas de influencia, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen la obligación de promover, asegurar su satisfacción, respetar y asegurar el respeto y protección de los derechos humanos reconocidos en el ámbito nacional e internacional, incluso de aquellos de los pueblos indígenas y de los grupos en situación de vulnerabilidad (Párr. 1).

Como desarrollo de estas obligaciones generales, dentro del texto se propone una serie de derechos que deben ser observados por las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, tal como es el caso del derecho a iguales oportunidades y a un trato no discriminatorio, el derecho a la seguridad de las personas y los derechos de los trabajadores; normas que a su vez, se ven complementadas por otras obligaciones impuestas a las empresas sobre el respeto a la soberanía y los derechos humanos, y la protección al consumidor y al medio ambiente.

Dentro de las Normas, se estipula también una serie de pasos por seguir en la implementación de lo allí establecido. En este aspecto, el primer paso que debe seguirse es que cada empresa transnacional o comercial adopte, difunda e implemente en su interior, reglas de operación acordes con lo que se ha establecido en estas Normas. A lo cual se sigue que con posterioridad, las empresas deben elaborar reportes periódicos en relación con su implementación y otras medidas encaminadas al cumplimiento de las Normas (Párr. 15).

Dentro del texto, es de resaltar que se menciona que tanto las empresas transnacionales como otras empresas comerciales, pueden estar sujetas al monitoreo y verificación periódicos por parte de las Naciones Unidas u otro mecanismo nacional o internacional que exista o que con posterioridad se cree, idea en la cual las Normas recuerdan el importante papel que juega la legislación y la regulación en general, dentro de los Estados.

Por último, el texto señala que las empresas deberán proveer pronta, efectiva y adecuada reparación a las personas, entidades o comunidades que se hayan visto adversamente afectadas por el incumplimiento de estas Normas.

A la luz de las normas descritas, puede hacerse varios comentarios en relación con la responsabilidad de las empresas. En primer lugar, el texto refleja un conjunto de Normas principalmente de carácter primario, en el sentido de que parece hacer un esfuerzo por establecer de forma específica para las empresas, una serie de obligaciones cuyo incumplimiento genere responsabilidad.

Si bien dichas normas ya se encuentran contenidas en otros documentos, lo cierto es que en este caso, el esfuerzo redundante en cuanto que, en términos de Martín Ortega, se pretende dar el salto de las “responsabilidades” de las empresas a las “obligaciones jurídicas” (Martín Ortega, 2008: 127 a 130), aun cuando en este caso, éstas no resulten enteramente delimitadas, pues siguen siendo genéricas respecto del comportamiento que se espera de las empresas transnacionales (el deber ser).

En segundo lugar, a pesar de que el texto se titula “Normas sobre la responsabilidad de las empresas”, el documento no refleja una estructura de responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, de tal suerte que no se plantean las suficientes normas secundarias que traten sobre las consecuencias jurídicas del

incumplimiento de las primarias. Por lo tanto, sólo puede rescatarse como disposición importante en este sentido, la obligación de reparar que tienen las empresas cuando causan daños a los individuos o a la comunidad.

Como consecuencia de lo anterior, y en tercer lugar, debe resaltarse que las Normas sobre responsabilidad ya plantean de alguna manera, la necesidad de generar arquitecturas institucionales que con base en normas obligatorias para las empresas, puedan proteger los derechos humanos en el caso de que estos sean vulnerados, bien desde el ámbito interno o el internacional.

En este sentido, si bien las Normas sobre responsabilidad de las empresas son un avance en relación con el “catálogo de obligaciones” para las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, no ocurre lo mismo en términos de responsabilidad, pues la regulación allí es prácticamente inexistente. A pesar de ello, los avances en materia de responsabilidad para otros sujetos, tales como los Estados, los individuos y las organizaciones internacionales, han permitido identificar una serie de elementos útiles en la construcción de una estructura jurídica a través de la cual se responsabilice directamente a las empresas por casos de violaciones a los derechos humanos.

Para ello, dado que en la actualidad no existen aún pronunciamientos judiciales o cuasi judiciales en torno a la responsabilidad internacional de las empresas por casos de violaciones a los derechos humanos, pero sí pronunciamientos a nivel interno de los Estados sobre la materia, dentro de la tesis se lleva cabo un pequeño *estudio de casos* en los cuales las empresas se han visto involucradas directa o indirectamente en la violación de derechos humanos.

Dicho estudio, que pretende complementar lo hasta aquí mencionado en términos de responsabilidad de otros actores en el marco del DIDH, se encuadra en los siguientes criterios de análisis: contexto jurídico político, jurisdicción competente, tipo de violación a los derechos humanos, tipo de responsabilidad y tipo de reparación, a partir

de donde se establece una serie de elementos que podrían informar el DIDH en torno a la caracterización de la responsabilidad de las empresas.

Los casos objeto de análisis son los siguientes: el caso Arica en Chile, el caso de la Comunidad U'wa en Colombia, el caso de Lima Araujo en Brasil y el caso Hacienda Ojo de Agua en Costa Rica⁴⁷, todos los cuales comparten el hecho de que las empresas se hayan visto involucradas directamente en la violación de derechos humanos dentro del territorio en el cual adelantaban sus operaciones.

Del análisis detallado de tales casos, pueden extraerse los siguientes aspectos relevantes para la caracterización de la responsabilidad de las empresas a nivel internacional:

En primer lugar, que la responsabilidad que se endilga a las empresas es una responsabilidad fundada en el reconocimiento de que los particulares también tienen obligaciones en relación con los derechos fundamentales (pues todos son derechos reconocidos a nivel constitucional), y que dichas obligaciones también pueden hacerse efectivas para aquellos. Con lo cual se supera la idea de que tales obligaciones son solamente oponibles a los Estados.

En segundo lugar, que la estructura jurídica de la responsabilidad que aparece como constante en todos los fallos es de tipo objetivo, pues la conducta de las empresas, al igual que la de los Estados, como persona moral, es evaluada contra un estándar objetivo, es decir la norma, en el cual no hay lugar para la subjetividad propia de la responsabilidad penal individual.

Frente a lo que debe anotarse que, en los casos en los cuales se analiza el elemento subjetivo de la responsabilidad (puesto que debía haber culpa o dolo en la realización de la acción que causaba el daño), dicho elemento no se predica directamente de la empresa – como podría ocurrir con algunos modelos de autorresponsabilidad penal de la empresa -, sino de quienes la dirigen, entendidas como personas naturales.

⁴⁷ Ver anexo IV

En tercer lugar, que la responsabilidad se entiende como una nueva relación jurídica que surge como consecuencia obligada de una situación fáctica y jurídica en la cual una empresa incumple o desconoce una norma de carácter legal, constitucional o internacional, con la cual se protegen los derechos humanos, y con dicha actitud genera un daño, es decir, mediando un nexo causal entre la inobservancia de la obligación y el daño.

En tal sentido, la responsabilidad se convierte en el punto de partida en la generación de nuevas situaciones jurídicas distintas de las que existían antes de que ocurrieran las circunstancias que dieron lugar a la responsabilidad, entre las cuales una de gran importancia es la reparación como derecho autónomo de las víctimas.

Dicha obligación de reparar es asumida a través de medidas que, en el ámbito interno, se limitan a la indemnización de los daños y perjuicios que se causan, independientemente del tipo de daño, y/o al cumplimiento de obligaciones en los casos en los cuales ha habido omisión o negligencia en su observancia. Situación que en ningún caso se acerca a una reparación integral desde el punto de vista internacional, en cuanto que con esta se pretende volver las cosas al estado como se encontraban antes del daño o en los casos en que ello no pudiera darse, resarcir los daños con diversas medidas pecuniarias y no pecuniarias, acordes con la afectación causada.

Finalmente, y en cuarto lugar, que dados los diversos actores que confluyen en dichas situaciones, tal como ocurre con los Estados, los representantes de las empresas como individuos y las mismas empresas, la responsabilidad de estas últimas resulta ser concurrente con otro tipo de responsabilidades que se atribuye a esos otros sujetos de derecho.

V.2 La estructura jurídica de la responsabilidad de las empresas

A esta altura del estudio adelantado, contamos ya con un buen número de argumentos que nos han permitido llegar a ciertas conclusiones alrededor del problema y pregunta planteados al inicio de esta tesis. Con base en ellos esbozaremos en adelante las siguientes consideraciones acerca de la caracterización de la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en casos de violaciones a los derechos humanos, de tal suerte que pueda establecerse una estructura jurídica de responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.

Inicialmente, dentro del problema de investigación se habían planteado tres situaciones que llevan a que no exista una estructura jurídica que permita imputar responsabilidad internacional a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales por violaciones a los derechos humanos, estas son: (i) que las empresas no gozan de un estatus como sujetos de derecho; (ii) que no existen normas de derechos humanos que obliguen a las empresas transnacionales y (iii) que no existe un órgano competente para aplicar normas de derechos humanos a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Dichas situaciones se han venido resolviendo a lo largo del presente estudio de la siguiente manera:

En primer lugar, en relación con que las empresas no son sujetos de derecho en el ámbito del Derecho Internacional Público, se ha visto ya que en dicho ordenamiento no existen criterios objetivos a través de los cuales sea posible definir qué o quién es sujeto de derecho, pues lo que realmente media allí es una decisión política de la comunidad internacional o incluso de un solo sujeto de derecho⁴⁸, por reconocer dicha personalidad a un sujeto determinado, de acuerdo con el dinamismo propio de este ámbito⁴⁹.

⁴⁸ De acuerdo con Diez de Velasco, en algunos casos la subjetividad jurídica internacional, consiste en una personalidad internacional otorgada a ciertos sujetos por aquellos que ya la poseen (generalmente los Estados), lo cual ubica a ciertos sujetos en el plano del reconocimiento. En algunos casos, esos sujetos reconocidos llegan a alcanzar, por sus propias características, una personalidad internacional objetiva (distinta a la de tipo subjetivo, en la cual el reconocimiento lo realiza un sujeto de Derecho Internacional), es decir, no limitada al círculo de sujetos cualificados que los reconocieron. (Diez, 2006: 261).

⁴⁹ Diez de Velasco expresamente menciona en su libro "Instituciones de Derecho Internacional Público" que dentro de la teoría de la subjetividad internacional no debe confundirse las situaciones de sujeto de las relaciones internacionales con aquellas en donde se hace referencia al sujeto de derecho internacional. En el caso de los sujetos de las relaciones internacionales, estos son protagonistas de la esfera internacional desde el punto de vista sociológico (dando como ejemplo a las empresas transnacionales), sin embargo, desde el punto de vista jurídico carecen de subjetividad, en la medida que su estatuto jurídico no depende del Derecho Internacional sino del Derecho de uno o varios Estados. A pesar de dicha posición teórica, el autor reconoce que desde una concepción dinámica del Derecho Internacional, "es preciso admitir que este no conoce límites en cuanto a sus sujetos, pues las propias necesidades de la

Esta afirmación queda demostrada no solo con el hecho de que en principio solo fueran los Estados los sujetos de derecho dentro del Derecho Internacional Público, sino además, y de manera más rotunda, con la decisión asumida por la comunidad internacional en el sentido que era necesario hacer responsables y sancionar a los individuos que habían cometido crímenes tan atroces como los que tuvieron lugar en la II Guerra Mundial, lo cual llevó inicialmente a la aparición del Tribunal de Nuremberg y a la posterior ratificación y entrada en vigencia del Estatuto de Roma, con la Corte Penal Internacional.

A pesar de la alta carga política que tiene la decisión de considerar a cierto organismo o individuo como sujeto de Derecho Internacional, en lo que atañe al ámbito jurídico, debe considerarse superada la posición de Diez de Velasco, ciertamente fundamentada en la teoría de la responsabilidad planteada por Eustathiades o Wengler⁵⁰, en el sentido que es sujeto del Derecho Internacional Público quien es titular de derechos y obligaciones conferidos por normas de Derecho Internacional, y tiene además la aptitud para hacer valer el derecho ante instancias internacionales o para ser responsable en el plano internacional en caso de violación de la obligación (Diez, 2006:258 y 259), pues dicho argumento resulta claramente reduccionista desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos - en donde prevalece la protección al ser humano - y contrario a la teoría alemana de la *Drittwirkung*, en la cual los particulares, sin distinción, están obligados por las normas de derechos humanos o de derechos fundamentales.

Para dar por superada dicha posición clásica dentro del Derecho Internacional Público, a la luz de los derechos humanos, debe tenerse en cuenta al menos dos aspectos relacionados con la subjetividad internacional misma. El primero de ellos, la sujeción a una norma de derechos humanos, y en segundo lugar, la capacidad procesal para

comunidad jurídica internacional en un momento dado pueden aconsejar e incluso exigir el investir de personalidad internacional a determinadas entidades." (Diez, 2006: 257).

⁵⁰ La teoría de la responsabilidad establece que un sujeto de derecho internacional puede ser calificado como tal en la medida que reúna al menos dos condiciones: i) ser titular de un derecho y poder hacerlo valer mediante reclamación internacional o ii) ser titular de un deber jurídico y tener la capacidad de cometer un delito internacional. (Pallares, 1996: 194).

reclamar un derecho o para responder ante el incumplimiento de una obligación. Como se verá, en sus desarrollos estos aspectos tocan con las otras dos situaciones planteadas inicialmente en relación con la ausencia de una estructura jurídica de responsabilidad internacional de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.

Frente al primer aspecto debe reconocerse que a nivel internacional existen muchas más normas pertenecientes al *soft law*⁵¹ que aquellas propias del *hard law*⁵², en las cuales se reconoce obligaciones directas para los “terceros” o “particulares”, en cuya categoría se debe entender incluidas a las empresas transnacionales u otras empresas comerciales⁵³. Dicha situación lleva a que, en principio, se afirme que no existen realmente obligaciones jurídicas para estas últimas, sino simplemente responsabilidades, tal como en su momento lo anotó Martín Ortega.

A pesar de ello, debe considerarse que dentro del ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos existen ya una serie de normas a las cuales se ha reconocido su carácter universal⁵⁴, de *ius cogens* y sus efectos *erga omnes*⁵⁵, de tal suerte que siendo

⁵¹ De acuerdo con Valencia Restrepo el *soft law* se refiere al “conjunto de instrumentos internacionales (generalmente declaraciones o resoluciones recomendatorias) emanados de Organizaciones y Conferencias Internacionales, los cuales carecen de naturaleza jurídica” (...) “Con todo rigor es una categoría ubicable dentro de la *lex ferenda* (de *lege ferenda*), la cual designa la política legislativa o cómo debe ser el derecho del futuro, en contraposición a la *lex lata* (o de *lege lata*) indicativa del derecho actual, vigente y positivo.” En tal sentido, el *soft law* pre configura el derecho, es decir prepara a la comunidad internacional para que las conductas proclamadas por éste, lleguen a convertirse en auténtico derecho internacional bajo la forma de normas consuetudinarias o convencionales. (Valencia, 2008: 418 – 419)

⁵² De acuerdo con Valencia Restrepo, se puede decir que se entiende por *hard law* todas aquellas normas jurídico internacionales comúnmente conocidas como fuentes formales del derecho internacional. (Ibíd., 413)

⁵³ El Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para el asunto de los derechos humanos y las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, reconoce que existen al menos tres tipos de acuerdos de *soft law* que definen la responsabilidad corporativa y su responsabilidad en derechos humanos. En su informe menciona las siguientes: “the traditional standard setting role performed by intergovernmental organizations; the enhanced accountability mechanisms recently added by some intergovernmental initiatives; and an emerging multi-stakeholder form that involves corporations directly, along with states and civil society organizations, in redressing sources of corporate-related human rights abuses”. (UN Report A/HRC/4/035, Párr. 46)

⁵⁴ De acuerdo con Villán Durán, el carácter universal de los derechos humanos es válido únicamente en dos hipótesis: (i) respecto de los derechos humanos que son regulados por normas imperativas o principios estructurales del ordenamiento (*ius cogens*), caso en el cual la universalidad de los derechos humanos abarca a la comunidad internacional de Estados en su conjunto, pues así lo han aceptado; y (ii) cuando los derechos humanos, habiéndose regulado inicialmente por el derecho positivo, son aceptados voluntariamente por los Estados, caso en el cual la universalidad se limita al conjunto de Estados que han aceptado las normas mediante el tratado.

⁵⁵ Si bien dentro del texto de esta tesis se han mencionado ya en varias oportunidades los conceptos de *ius cogens* y *obligaciones erga omnes*, es pertinente en este punto aclarar a qué se refiere cada uno de ellos. En primer lugar, el concepto de *ius cogens* se refiere a normas de carácter perentorio las cuales en un principio se establecieron como límite a la libertad internacional de contratar. Se ha entendido por parte de la doctrina que las fuentes del *ius cogens* son aquellos principios legales reconocidos por todos los sistemas legales (Vedross), mientras otros creen que éste surge del derecho natural, del orden público internacional o de los principios constitucionales. De acuerdo con la Comisión de Derecho Internacional, las normas perentorias existen para prohibir aquello que pueda verse como intolerable porque representa una amenaza a la supervivencia de los Estados, sus pueblos y a los más básicos valores humanos (Shelton, 2006).

En relación con las obligaciones *erga omnes* se entiende que estas tienen unas consecuencias procedimentales específicas y amplias, gracias a la importancia sustantiva de las normas, a lo cual debe agregarse que todo Estado puede quejarse por la violación de una norma de este tipo.

reconocidas por toda la comunidad internacional, no solo no admiten acuerdo en contrario, sino que además, desde el punto de vista pasivo, generan efectos para terceros, en sus relaciones *vis a vis*, y desde el punto de vista activo, lleva a que todos los Estados, ante su vulneración, tengan derecho a invocar la responsabilidad, incluso frente actores no estatales⁵⁶

Tales efectos son predicables sin distinción alguna, a todo tipo de terceros o particulares, independientemente de si estos son personas naturales o jurídicas distintas del Estado, pues lo que se pretende con las normas de derechos humanos es que estas **protejan a todo ser humano**, independientemente de quién sea la fuente que causa la vulneración.

Los efectos a los que se alude, de manera específica se refieren a la obligación de respeto de los derechos humanos, no obstante lo cual, en el caso de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, las *Normas sobre responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en relación con los derechos humanos*, proclamadas por la Comisión de Derechos Humanos en el 2003, afirman que éstas, dentro de sus esferas de influencia⁵⁷, tienen la obligación de promover, asegurar su satisfacción, respetar y asegurar el respeto y protección de los derechos humanos reconocidos en el ámbito nacional e internacional.

A su vez, junto a este tipo de normas de *ius cogens*, respecto de las cuales se deben entender obligadas las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, gracias a

⁵⁶ Carrillo Santarelli afirma que si bien el artículo 48 del proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos Internacionalmente Ilícitos de la CDI establece que tal responsabilidad puede reclamarse frente a un Estado, ello no debe llevar a que no sea posible reclamar la responsabilidad de otros actores, pues incluso la Corte Internacional de Justicia ha aplicado los principios subyacentes de dicho proyecto a eventos en los cuales intervienen particulares, e.g. Caso concerniente a la aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Crimen del Genocidio (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro).

⁵⁷ El concepto de “*esfera de influencia*” fue desarrollado en el marco del Pacto Global con el propósito de ayudar a las compañías a apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados internacionalmente, dentro de los lugares de trabajo y fuera de ellos, fijando el alcance de la responsabilidad social empresarial en este ámbito, reconociendo la influencia que tienen los negocios particulares. Dadas las críticas que recibió el concepto “influencia”, el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para el asunto de los derechos humanos y las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, se inclina por el concepto de “impacto” bajo el entendido que la esfera de influencia no se define por la proximidad con la empresa sino por un tema de control o causación. (“Clarifying the concepts of “Sphere of Influence” and “Complicity”. UN Document A/HRC/8/16).

sus efectos *erga omnes*, no debe dejarse de lado que existen otros dos tipos de normas aplicables a los sujetos en cuestión.

El segundo tipo de normas que debe ser considerado aplicable a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales se refiere a aquellas que se encuentran previstas en instrumentos internacionales⁵⁸ en los cuales se hace expresa alusión a algún deber que tienen los entes privados en materia de derechos humanos. Si bien en este caso hay quienes señalan que dicha alusión no debe entenderse como una obligación en sentido jurídico, es necesario valorar el hecho de que estas normas estén expresamente consagradas en instrumentos internacionales, en el sentido que la comunidad internacional pretendía elevar su estatus a nivel de obligación no solo para los Estados firmantes sino además, en virtud del efecto horizontal de los derechos humanos, para ciertos actores internacionales cuyo papel frente a los derechos humanos es de gran impacto.

A los dos tipos de normas anteriores deberá sumarse aquellas normas de *soft law*, que como otra manifestación hacia una sociedad global, tienen una influencia importante en relación con la protección de los derechos humanos, pues en muchas ocasiones ilustran el contenido de una norma de *hard law*⁵⁹, que debe ser aplicada por una instancia jurisdiccional, que una vez lo hace, la eleva mediante la jurisprudencia, a las fuentes clásicas del Derecho Internacional Público.

⁵⁸ Entre tales instrumentos internacionales se encuentra en primer término la Declaración Universal de Derechos Humanos – al hablar de órganos de la sociedad –; la Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer – en donde se reconoce que la empresa puede ser agente discriminador de la mujer (art. 2) –; y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Para”, la cual establece que “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 1) y que esta incluye aquella “... b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.” (art. 2).

⁵⁹ Ejemplo de ello es la Observación general No. 12 del Comité DESC, en donde el Comité hace referencia al contenido del derecho a una alimentación adecuada afirmando que “Aunque solamente los Estados son Partes en el Pacto y son, por lo tanto, los responsables últimos del cumplimiento de éste, todos los miembros de la sociedad -los particulares, las familias, las comunidades locales, las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones de la sociedad civil y el sector empresarial privado- son responsables de la realización del derecho a una alimentación adecuada...” (Comité DESC, Observación General No. 12, Párr. 20)

Hasta este punto, puede afirmarse entonces que no obstante la inexistencia de un catálogo de normas de *hard law* en derechos humanos, que expresamente enuncie como sujeto de estas a las empresas transnacionales, no debe negarse la existencia de normas de derechos humanos frente a las cuales las empresas están obligadas, las primeras, gracias a su naturaleza de *ius cogens* y efectos *erga omnes*, las segundas, en la medida que expresamente mencionan a las empresas como titulares de ciertos deberes en el marco de determinados instrumentos internacionales, y las terceras de *soft law*, a las cuales, aun cuando no se reconozca su poder vinculante, se debe reconocer el efecto que tienen respecto de normas de *hard law* y su aplicación.

De allí que las empresas transnacionales sean titulares de derechos y obligaciones conforme a normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en tal sentido estén obligadas a su observancia hasta donde se extienda su esfera de influencia.

En segundo lugar, en relación con la capacidad para reclamar un derecho o para responder ante el incumplimiento de una obligación, debe reconocerse que éste es un elemento propio de la noción procesal de la subjetividad internacional, de acuerdo con la cual el sujeto, además de ser titular de una serie de derechos y obligaciones, debe contar con legitimación activa para reclamar por el incumplimiento de una norma o con una legitimación pasiva para ser susceptible de ser de responsabilizado por la inobservancia de una obligación.

Respecto de la legitimación activa debe recordarse que si bien las personas jurídicas, incluidas allí las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, pueden ser sujetos legitimados para reclamar sus derechos en ciertos ámbitos, principalmente comerciales, en el caso de los derechos humanos, este requisito de la noción procesal no

es posible predicarlo de las empresas en tanto que como personas jurídicas no son titulares de este tipo de derechos⁶⁰.

Ahora bien, en cuanto hace a la legitimación pasiva, debe aceptarse que si bien las empresas transnacionales y otras empresas comerciales son susceptibles de ser consideradas responsables por el incumplimiento de normas frente a las cuales expresamente se encuentran obligadas, dicha situación no se replica en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, principalmente porque no existe un órgano competente para conocer de casos en los cuales el agente agresor sea una empresa y no un Estado o un individuo. Allí, como se vio anteriormente, a pesar de existir una responsabilidad directa de las empresas frente a la violación de derechos humanos, se presenta una “imputación instrumental” con la cual se pretende proteger los derechos vulnerados a través de los mecanismos que hoy existen, frente a los cuales solamente los Estados pueden ser responsables.

Si bien lo anterior refleja la realidad de la situación, en el sentido de una ausencia manifiesta de una arquitectura institucional adecuada para conocer de estos casos, nada impide que ésta se cree, tal como la misma Comisión de Derechos Humanos lo mencionó en las *Normas sobre responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en relación con los derechos humanos* en el 2003.

⁶⁰ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe 47/97 de 1997, en estudio de la petición presentada a favor de la empresa Tabacalera Boquerón S.A. y sus dueños, por la presunta violación a los derechos contenidos en los artículos 16, 21, 24 y 8 de la CADH, al hacer referencia a la legitimación del peticionario para presentar el caso ante dicha instancia señaló que “la protección otorgada por el sistema interamericano de derechos humanos se limita sólo a las personas naturales, quedando fuera las personas jurídicas, por lo que Tabacalera Boquerón S.A., como persona jurídica no puede ser una “víctima” de violación de derechos humanos en el sistema interamericano, ya que aquéllas no se encuentran protegidas por la Convención.” (CIDH, Tabacalera Boquerón, Párr. 25). Con posterioridad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cantos contra Argentina (Excepciones Preliminares) llamó la atención en el sentido que “en general, los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación.” (CorteIDH, Cantos, Párr. 27), y que “si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo no. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad que **bajo determinados supuestos** el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho.” (Ibíd., Párr. 29) (Negrillas fuera de texto). Ver también: CIDH, Informe 10/91, caso Banco de Lima y Caso Barcelona Traction ante la CIJ.

De hecho, tal discusión ya ha sido puesta en el escenario internacional en diversas ocasiones, en relación con la competencia de tribunales internacionales como el Tribunal de Nüremberg, en donde se consideró que una acción corporativa violaba normas de Derecho Internacional, hasta las discusiones sobre el Estatuto de Roma, en donde el primer borrador de dicho instrumento establecía que la Corte Penal tendría jurisdicción sobre las personas jurídicas, propuesta que llegó a desarrollarse de manera interesante, a pesar de no haberse concretado en el artículo 25 del actual Estatuto.

Por otra parte, dado que la versión clásica de la subjetividad internacional pretende vincular las normas que adjudican obligaciones a las normas que regulan situaciones procesales y la responsabilidad del sujeto obligado, debe tenerse en cuenta que desde nuestro punto de vista, la subjetividad no debe estar sujeta a dichas normas procesales, en la medida que estas no son normas primarias, sino de naturaleza secundaria, a través de las cuales se reglamenta las consecuencias de haber incumplido normas de carácter primario.

Luego, en términos de derechos humanos, no resulta correcto condicionar la existencia de un sujeto (partiendo de que todo ser humano es igual) a que una norma disponga que en caso de verse afectado por la vulneración a un derecho suyo o por desconocer una norma a la que estaba obligado (gracias al efecto *erga omnes* todo particular en principio está obligado a respetar los derechos humanos del otro), el sujeto pueda reclamar o ser obligado a reparar.

De hecho, esta situación vista desde el punto de vista del ser humano, en el ámbito de los derechos humanos carece de sentido si se tiene en cuenta que a pesar de no existir un órgano que proteja de las violaciones a los derechos humanos que se cometen por parte de las empresas transnacionales, ello no trae como consecuencia que la persona deje de ser sujeto activo y pasivo en el DIDH, pues no se puede condicionar su subjetividad a que éste no tenga manera de reclamar su derecho a nivel internacional.

Conforme lo anteriormente planteado, en relación con los tres aspectos señalados inicialmente como problemáticos en la definición de una estructura jurídica de responsabilidad de las empresas transnacionales, sostenemos una posición sustantiva de la subjetividad internacional, a través de la cual es posible entender a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales como sujetos de derecho, en la medida que existiendo normas que las obligan, no existe bajo el principio de la eficacia horizontal de los derechos humanos, un argumento válido que les permita eximirse de responsabilidad frente a los casos en los cuales estas se encuentren directa o indirectamente involucradas.

Una vez entendidas las empresas como sujetos de Derecho Internacional, es preciso considerar la manera como las normas se harán eficaces. Al respecto ya se ha mencionado que los mecanismos de protección de los derechos humanos existentes tienen evidentes limitaciones en términos de competencia *ratione personae*, y que no existe hasta hoy un organismo con competencia para conocer de las violaciones y declarar responsabilidad sobre ellas.

No obstante lo anterior, sí se cuenta con una serie de insumos tanto a nivel internacional como nacional que permiten determinar los atributos mínimos de una estructura jurídica de responsabilidad de las empresas en casos de violaciones a los derechos humanos.

De acuerdo con el estudio de los regímenes de responsabilidad y con el análisis de los fallos internos en contra de empresas por violaciones a los derechos humanos, se encuentra en primer término que la responsabilidad internacional de las empresas no se halla regulada y que los desarrollos más valiosos en la materia se han dado a instancias de los Estados, en donde las empresas no solo han sido condenadas por violaciones a los derechos humanos desde el punto de vista meramente civil, sino que además lo han sido desde el punto de vista constitucional, ambiental e incluso laboral.

No obstante la inexistencia de regulación expresa, con base en los insumos analizados, es posible proponer que la estructura básica de la responsabilidad de las empresas sea la misma que se ha utilizado tanto para los Estados como para los individuos e incluso la de las organizaciones internacionales en dicho escenario. Ello en tanto que sus particularidades como sujeto no resultan ser tantas que justifiquen cambios sustanciales.

En ese sentido y con base en las construcciones jurídicas que se han hecho a nivel interno de los Estados, puede afirmarse que la estructura HECHO + DAÑO + NEXO CAUSAL= RESPONSABILIDAD se mantiene y aplica perfectamente para las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Lo anterior, teniendo en cuenta que la responsabilidad internacional se define a partir de dos elementos, el incumplimiento de una norma vigente y la atribución de dicho incumplimiento a un sujeto determinado.

En relación con el primer elemento, debe considerarse que la aplicación del Derecho interno ilustra al Derecho Internacional, en la medida que como se desprende del estudio de casos, las acciones emprendidas contra las empresas tienen por objeto proteger derechos fundamentales que en el plano internacional no son ni siquiera civiles o políticos, sino económicos, sociales, culturales y colectivos. Situación que lleva a que se hagan las siguientes consideraciones:

En primer lugar, que en el ámbito interno es posible aplicar derechos fundamentales a los particulares (personas naturales o jurídicas) en la medida que se considera que estos están obligados a respetarlos en virtud del efecto horizontal de los derechos fundamentales/humanos, bien sea de manera directa a través de la Constitución o indirecta a través de disposiciones legales que las obligan. Lo cual hace suponer que en el ámbito interno las condiciones de protección de los derechos humanos para las víctimas son más favorables que a nivel internacional.

Y en segundo lugar, que la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, si bien puede restringirse a aquellos asuntos que tengan lugar dentro de su esfera de influencia, no tiene límite en términos de derechos que potencialmente puedan vulnerar, pues aun cuando resulte más complejo establecer la forma en la cual pueden violar cierto tipo de derechos, siempre existe la potencialidad de que vulneren cualquiera de los que se hallan reconocidos en el ámbito internacional, bien sea de manera directa o por complicidad.

Lo cual lleva a considerar que en términos de caracterización de la responsabilidad de las empresas, ésta a nivel interno, vaya más allá de la protección de derechos consagrados en normas de *ius cogens* o aquellos en los que se considera a la empresa como sujeto de derecho expresamente obligado, prevaleciendo así la teoría del efecto horizontal de los derechos fundamentales y su efecto *erga omnes*⁶¹.

En tal sentido, debe decirse que si bien la respuesta al problema relacionado con la ausencia de normas que obligaran a las empresas pretendía mostrar la existencia de unos mínimos frente a los cuales no existe manera de excusar su observancia por parte de cualquier sujeto de derecho, lo cierto es que de acuerdo con la experiencia de los Estados, el conjunto de normas a las cuales están sujetas debe ampliarse en virtud del principio *pro homine*, hacia aquellas que ofrezcan la mejor protección de los derechos humanos.

En segundo lugar, en relación con la atribución del hecho, debe tenerse en cuenta que al igual que ocurre con los Estados y las Organizaciones Internacionales, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, como personas jurídicas o legales, necesariamente deben actuar a través de personas naturales.

⁶¹ Si bien esto es lo que puede concluirse del análisis de los casos, es importante advertir que en el ámbito interno, no todas las normas con carácter *erga omnes* encuentran como reflejo una obligación coercitiva para los particulares. Por ejemplo en el caso de la prohibición de la discriminación, aun cuando la Corte Interamericana entienda ésta como una obligación de *ius cogens* y con carácter *erga omnes*, en las legislaciones de los países del continente americano no siempre se encuentran normas en las cuales se establezca la obligación de respetar/prohibición de discriminar, así como tampoco sanciones de tipo penal, civil o laboral frente a hechos discriminatorios.

En ese punto importará, al igual que con los demás sujetos de naturaleza jurídica, definir quién o quiénes representarán a la empresa a efectos de entender que en virtud de sus actos, aquella se obligará y eventualmente puede llegar a ser responsable. Este aspecto desde la experiencia de los tribunales internos ha mostrado que en principio serán los representantes legales de la empresa, no obstante lo cual no podría pensarse que este fuera el único evento, dado que pueden existir múltiples situaciones en las que una persona actúe como representante de la empresa sin serlo legalmente.

A su vez, en relación con la atribución, debe tenerse en cuenta que el comportamiento de los Estados, e incluso el de las Organizaciones Internacionales, es evaluado sin tener en consideración la voluntad de quien los representa, es decir, sin tener en cuenta elementos subjetivos, característicos, aun cuando no exclusivos, del ámbito de la responsabilidad penal. Dicho aspecto, es posible aplicarlo al caso de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales bajo el entendido que como personas jurídicas, su comportamiento difícilmente es considerado como doloso o culposo en los mismo términos que se entiende desde la perspectiva penal para un individuo⁶².

Ello lleva a que el comportamiento con el cual se causa el daño sea contrastado con un estándar objetivo (es decir la norma), de tal suerte que el tipo de responsabilidad ante el cual nos encontramos sea objetivo.

Ahora bien, dado que la responsabilidad en el ámbito interno e internacional no es excluyente para los diversos sujetos que pueden estar involucrados en la vulneración de un derecho, la responsabilidad de los Estados y de los individuos, puede concurrir con la responsabilidad de las empresas en la medida que cada uno como sujeto, puede incumplir diversas obligaciones en relación con un mismo derecho. Situación que se verá reflejada en el hecho de que a nivel interno se ejerzan diversas acciones contra

⁶² En relación con este aspecto es importante aclarar que si bien del estudio de casos se desprende que en todos ellos se compara el comportamiento de la empresa contra un estándar objetivo, en otras jurisdicciones como es el caso de Australia, Nueva Zelanda o el Reino de los Países Bajos, bajo la teoría de la responsabilidad originaria, se concibe la culpa o el dolo de la empresa en el sentido que una empresa puede incurrir en desarrollos sistémicos defectuosos, que no pueden reconducirse a decisiones de personas puntuales. (Gómez, 2008: 38 y 39)

cada sujeto o en que las sanciones y eventuales reparaciones sean distintas para cada uno.

En dicho escenario en todo caso debe recordarse que las responsabilidades que sí resultan excluyentes entre sí, o mejor, más que excluyentes, subsidiarias, son la responsabilidad interna e internacional en cuanto que de llevarse a cabo una investigación, juzgamiento, sanción y reparación adecuadas a nivel interno, no habrá lugar a que se acuda a instancias internacionales para que se protejan los derechos vulnerados.

Finalmente, dado que como se ha dicho reiteradamente, la responsabilidad acarrea otra serie de nuevas relaciones jurídicas subjetivas, siendo la reparación por los daños una de las más importantes, debe advertirse las limitaciones de ésta a nivel interno de los Estados, pues si bien incluso en algunos casos es considerada como un derecho a nivel constitucional, al momento de determinar su naturaleza y la manera como estas deben llevarse a cabo, el resarcimiento del perjuicio termina siendo limitado.

Es en este aspecto en donde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ilustra al Derecho interno en cuanto da a la reparación una dimensión integral, a partir de la cual se reconoce que la vulneración de un derecho humano no solo implica el reconocimiento de un perjuicio dinerario para su indemnización, sino además otra serie de medidas con las cuales se pretende restablecer el daño causado, en cuanto sea posible, en sus otras dimensiones.

Vistos los anteriores aspectos, puede concluirse entonces que en términos de caracterización de la responsabilidad internacional de las empresas en casos de violaciones a los derechos humanos, es posible predicar de ésta que surge como consecuencia de un daño que se causa con ocasión de una acción u omisión con la cual se incumple una norma vigente en materia de derechos humanos. Que dicha responsabilidad responde al tipo objetivo, y en ese sentido no interesa allí si en la acción

medió dolo o culpa; y que dicha responsabilidad da lugar a una reparación, que desde el ámbito del DIDH debe considerarse integral en beneficio de quienes resultan ser víctimas de dichas violaciones.

Lo anterior sin olvidar que dentro del contexto actual no existe una arquitectura institucional que permita abordar las violaciones a los derechos humanos cometidas por las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, de tal suerte que la estructura jurídica antes mencionada no será operante en el ámbito jurisdiccional, y mientras ello no ocurra, será posible seguir afirmando que nos encontramos ante una pseudo responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en casos de violaciones a los derechos humanos.

VI. CONCLUSIONES

Dentro de esta investigación, se propuso estudiar el problema relacionado con la inexistencia de una normatividad y estructura internacionales que protejan los derechos humanos cuando son vulnerados por parte de las empresas transnacionales. A partir de lo cual, se planteó la necesidad de contar con normas internacionales vinculantes para las empresas transnacionales, en las cuales se les reconociera su estatus como sujetos de derecho con derechos y obligaciones en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y que se definiera un organismo o estructura con la capacidad y la competencia para conocer de casos de violaciones a los derechos humanos y en consecuencia, con la facultad para declarar responsables internacionalmente a las empresas transnacionales.

Reflexión a partir de la cual la hipótesis dentro de este estudio sugería que **existen algunos elementos jurídico políticos que permiten imputar responsabilidad internacional a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales por violaciones a los derechos humanos**; situación con base en la cual la pregunta planteada fue la siguiente: ¿Cuál es la estructura jurídica que permitiría imputar responsabilidad internacional a las empresas transnacionales u otras empresas comerciales por violaciones a los derechos humanos?

Para dar respuesta a ésta, se hizo un recorrido sobre algunos temas que resultan de especial relevancia en este campo, entre ellos el papel del Estado en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la eficacia de los derechos humanos entre particulares, los actores no estatales como sujetos de Derecho Internacional de los Estados, la capacidad de las empresas transnacionales y los avances que en la jurisprudencia internacional y nacional se han dado en relación con la responsabilidad de las empresas en casos de violaciones a los derechos humanos.

Dicho estudio ha llevado a las siguientes conclusiones:

1. Si bien el Estado sigue siendo el principal sujeto de derecho dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, porque se le reconoce en este campo una capacidad plena, es necesario, en virtud de la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones de derechos humanos, que se reconozca a todo ser humano un grado de subjetividad tal que permita endilgarle como mínimo, la obligación de respeto a los derechos humanos. Esta situación que ya ha sido reconocida en el ámbito jurisprudencial y doctrinal, requiere ser reconocida explícitamente en el ámbito del Derecho Internacional como una situación jurídica en la cual no cabe duda alguna de la subjetividad activa de todo ser humano en relación con los derechos humanos, a partir de las capacidades que desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos fueron aceptadas por la Comunidad Internacional. Lo anterior puesto que dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los actores no estatales son titulares de una serie de derechos y deberes de carácter internacional que los hace sujetos de Derecho Internacional con una capacidad relativa, ámbito en el cual necesariamente se cuentan las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, puesto que sobre ellas recaen hoy obligaciones en materia de derechos humanos. Es indiscutible entonces, que las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen una subjetividad relativa en materia de derechos humanos.
2. Aun cuando existen normas de derechos humanos predicables de manera genérica a todo sujeto de derecho (incluidas las empresas), y no sólo de los Estados, y además existen normas predicables específicamente de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la materia, el problema de su irresponsabilidad no radica en la ausencia de normas vinculantes, sino en la forma como deben hacerse efectivas en el ámbito internacional. Pues como se vio, en la actualidad no existen mecanismos con los cuales una víctima de violaciones a los derechos humanos, cometidas por una empresa, pueda solicitar protección internacional de los derechos que le han sido conculcados y exigir la reparación integral correspondiente.

3. En la medida en que no exista un mecanismo de protección internacional de los derechos humanos, capaz de asumir el conocimiento de las violaciones a los derechos humanos cometidas por las empresas, el Estado seguirá asumiendo la carga de la responsabilidad por las acciones violatorias en las cuales incurre la empresa, con fundamento en su obligación de garantía que hasta hace poco parecía automática, frente a las violaciones cometidas por actores no estatales. De allí que sea esencial el papel que juega el derecho interno en la protección de los derechos fundamentales, pues su eficacia es lo único que justificaría la inexistencia de una instancia internacional. Tal como están diseñadas hoy en día las normas y las jurisdicciones internas en la mayoría de los Estados latinoamericanos, existe una probabilidad importante de que por su intermedio, se protejan de mejor manera los derechos humanos, de donde bajo el principio pro homine, podría pensarse que hoy en día, éstas son más garantistas que la jurisdicción internacional. Allí, el asunto está en establecer los mecanismos que impidan obviar la jurisdicción nacional por parte de las empresas transnacionales u otras empresas comerciales, de tal suerte que los casos no terminen ante instancias extranjeras o internacionales en donde las discusiones sólo versan sobre aspectos contractuales, pero no sobre la existencia o no, de una o múltiples violaciones a los derechos humanos. Como consecuencia del reto que impone hacer de las jurisdicciones internas jurisdicciones eficientes, los Estados deben propender porque su legislación no establezca límites a la protección de los derechos humanos en términos de quién puede cometer una violación y en qué circunstancias, lo cual va en detrimento de la naturaleza *erga omnes* de estas normas.
4. A pesar de que en la actualidad no existe claridad en relación con los criterios sobre los cuales se debe fundar la responsabilidad de las personas jurídicas, ésta debe corresponder por lo menos, con la estructura básica que ha sido manejada en el ámbito internacional en relación con las personas morales, tales como los Estados y las Organizaciones Internacionales, es decir, que toda empresa será responsable por violaciones a los derechos humanos en tanto que se pruebe la existencia de una acción u omisión frente a una obligación internacional, con la cual se genere un daño que surja como consecuencia de dicha actuación u omisión. En principio, se confirmaría así, una responsabilidad de tipo objetivo que no descarta en un futuro, la posibilidad de que también sea de tipo subjetivo,

cuando se refiera a delitos de conocimiento de la jurisdicción penal internacional en cuya sede habría la posibilidad de discutir sobre la culpa de la empresa, cuando ésta tenga el conocimiento y la intención en el momento de vulnerar la obligación establecida en el ordenamiento convencional o consuetudinario.

5. No reconocer la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, mina la eficacia del Derecho Internacional, como en su momento ocurría, al no reconocer la responsabilidad que cabe a los individuos que directamente cometen actos contrarios a dicho ordenamiento. El reconocimiento de responsabilidad a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales no implica necesariamente que los demás sujetos obligados por las normas internacionales se eximan de su responsabilidad, sino por el contrario, que al concurrir, surjan de manera integral todas las relaciones jurídicas nuevas a las cuales debe haber lugar. Entre ellas, la obligación de reparar, atribuible a todas las partes involucradas en la violación a los derechos humanos.
6. Dadas las limitaciones que tienen hoy en día los organismos/mecanismos internacionales creados para la protección de los derechos humanos es necesario crear o adaptar un mecanismo para protegerlos de manera efectiva, cuando sean vulnerados por empresas transnacionales u otras empresas comerciales, so pena de seguir enfrentándonos a una pseudo responsabilidad de las empresas. Para tal fin, deberá idearse mecanismos de implementación que superen la idea de voluntariedad aplicable a normas *erga omnes*, situación que no puede ser pensada de manera distinta a ser un contrasentido para quienes defienden la idea de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS Y ARTÍCULOS

Addo, Michael (1999). *Human Rights Standards and the responsibility of Transnational Corporations*, La Haya, Editorial Kluwer Law International.

Aguiar, Asdrúbal (1997), *Derechos Humanos y Responsabilidad Internacional del Estado*, 1era ed. Caracas, Editorial Monte Avila.

Akandji Kombe, (2007). *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Bélgica, en <http://echr.coe.int/NR/rdonlyres/1B521F61-A636-43F5-AD56-5F26D46A4F55/0/DG2ENHRHAND072007.pdf>, consultada en abril de 2010.

Ambos, Kai (2001). *Temas Generales del derecho Penal Internacional*, Traducción de Fernando del Cacho, Mónica Karayan y Oscar Julián Guerrero, 1era ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Arango, Raúl y Sánchez, Enrique (2004). *Los pueblos indígenas de Colombia, en el umbral del nuevo milenio*. Bogotá, Departamento Nacional de Planeación.

Boelscher, Viola (2009). “La responsabilidad de las empresas privadas o privatizadas en el ámbito de los Derechos Humanos”. *Revista Nova et Vetera*, Vol. 18, No. 62, Enero - Diciembre, pp. 109 – 126.

Boyle, Alan E. (1999). “Some reflections on the relationship of treaties and soft law”. *Revista The International and Comparative Law Quartely*, Vol. 48, No. 4, Octubre, pp. 901 – 913.

Brotons, Antonio (1987). *Derecho Internacional Público*. 2da reimpression. Madrid, Editorial Tecnos.

Carrillo, Nicolás (2010). *Regulación internacional de las violaciones de derechos humanos cometidas por actores no estatales – Responsabilidad del Estado y de los particulares*. (Tesis de grado)

Clapham, Andrew (2006). *Human Rights obligations of Non – State Actors*, 1a. ed., New York, Oxford University Press.

Crane, Andrew; Matten, Dirk; Spence, Laura (2008), *Corporate Social Responsibility, readings and cases in a global context*, 1ra. ed., Abingdon, Routledge.

Diez de Velasco, Manuel (2006). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 15ava ed., Madrid, Editorial Tecnos.

Diller, Janell (1999). “¿Una conciencia social en el mercado mundial? Dimensiones laborales de los códigos de conducta, el etiquetado social y las iniciativas de los inversores.”, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 118, Num. 2. pp. 111-145.

Dulitzky, Ariel (2004). “Alcance de las obligaciones Internacionales de los Derechos Humanos”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara-Universidad Iberoamericana, 79-118.

Estrada, Alexei (2001). *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, 1ª. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Garriga, Elisabet y Melé, Domenéc (2004). “Corporate Social Responsibility Theories: Mapping the territory”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 53, No. 1/2. (Aug., 2004), pp. 51-71.

Gómez Isa, Felipe (2005). “Las empresas transnacionales y sus obligaciones en materia de derechos humanos”, Programa Andino de Derechos Humanos - Universidad Andina Simón Bolívar, *Revista Aportes Andinos*, N° 13. Marzo 2005.

Hervé, Dominique y Pizarro, Carlos (2009). “La responsabilidad civil derivada del daño ambiental, Notas sobre el caso del plomo en Arica”. *Revista Justicia Ambiental*, No. 1. Mayo, 2009. pp. 269 – 279.

Huici, Laura (2007). *El hecho internacionalmente ilícito de las organizaciones internacionales*. Barcelona, Ed. Bosch. (P. 153)

Knox, John (2008). "Horizontal Human Rights Law", *The American Journal of International Law*, Vol. 102, No. 1 (Ene. 2008), pp. 1-47

López Ayllón, Sergio (1999) "Globalización, Estado Nacional y Derecho. Los problemas normativos de los espacios deslocalizados" *Revista Isonomía*, No. 11, Octubre, pp. 7 – 21.

López, Diego (2002). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional. Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales*. Teoría del Derecho Judicial, Bogotá, Legis.

Lyons, Carole (1995). "Human Right in the Private Sphere by Andrew Clapham" (Review) *The Cambridge Law Journal*, Vol. 54, No. 2, Julio, pp. 162 – 163.

Martin Ortega, Olga (2008) *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, Barcelona, Bosch Editor.

Mijangos González, Javier. "La doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Derecho Procesal Constitucional. 50 años de desarrollo científico: 1956-2006. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007. P.1- 24

Montero, Rafael. "Pueblos indígenas de Colombia y su inmersión en el proceso censal" *Revista de Información Básica*, Vol. 1. No. 1, en http://www.dane.gov.co/revista_ib/html_r1/articulo8_r1.htm consultada en Octubre de 2010.

Nino, Carlos (2001), *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel Derecho.

Nollkaemper, André (2003), "Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, No. 3, pp. 615- 640.

PALLARES, Jorge (1996). *Derecho Internacional Público*, Santafé de Bogotá, Editorial Leyer.

Paust, Jordan (2002), “Human Rights Responsibilities of Private Corporations”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 35, pp. 802 – 825.

Pérez Giralda, Aurelio (2002), “El proyecto de la comisión de derecho internacional sobre responsabilidad de los estados, al final del camino”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, pp. 1 – 23, en <http://www.reei.org/reei4/PerezGiralda.PDF> consultada en Septiembre de 2010.

Perez Luño, Antonio (1991), *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Editorial Tecnos.

Ratner, Steven (2001), “Corporations and Human Rights: A theory of legal responsibility”, *The Yale Law Journal*, Vol. 111, No. 3 (Dic. 2001) pp. 443-545.

Reinisch, August (2002). The changing International Legal Framework for Dealing with Non State Actors en *Non State actors and Human Rights*, Oxford University Press, pp. 37 – 89.

Rodríguez, Gabriela (2004). *Normas de Responsabilidad Internacional de los Estados en Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara- Universidad Iberoamericana Páginas 49 – 77.

Shelton, Dinah (2006), “Normative Hierarchy in International Law”, *The American journal of International Law*, Vol. 100 No. 2 (Abirl, 2006), pp. 291-323.

Valencia, Hernán (2008). *Derecho Internacional Público*, Medellín, Editorial Comlibros.

Vázquez, Carlos (2005). “Direct vs Indirect Obligations of Corporations under International Law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, pp. 928- 959

Villán Durán, Carlos (2002). *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Editorial Trotta.

Wettstein, Florian. “Let’s Talk Rights: Messages for The Just Corporation Transforming the Economy”, *Journal of business ethics*, Vol 78, num 1 – 2. 2007, pp. 247 – 263.

Zolo, Danilo (2004). “El espacio jurídico global”, Memoria. *Revista de política y cultura*, No. 185. Julio, 2004, pp.1- 13.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, Adoptado el 6 de octubre de 1945.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrado en vigencia el 27 de enero de 1980.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, A.G. res. 34/180, 34 U.N. GAOR Supp. (No. 46) p. 193, ONU Doc. A/34/46, entrada en vigor 3 de septiembre de 1981.

Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989)

Estatuto del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, adoptado por el Consejo de Seguridad. Resolución 827, 25 de mayo de 1993

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, adoptado por el Consejo de Seguridad. Resolución 955 del 8 de noviembre de 1994

Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belém do Pará", adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.

Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT, adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 18 de junio de 1998.

Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 28 de enero de 2000.

Estatuto de la Corte Penal Internacional – Estatuto de Roma, entrado en vigor el 1 de julio de 2002.

Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights, Commission on Human Rights, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 de agosto de 2003.

Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo, en la nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Corte Permanente Internacional de Justicia, Caso Lotus, Septiembre 7 de 1927

Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, ICJ Reports, 1949

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988.

_____. Caso “La Última Tentación de Cristo” Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

_____. Caso Cantos vs. Argentina, Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97

_____. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79

_____. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004.

_____. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Sentencia de 01 de marzo de 2005.

_____. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134

_____. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149

_____. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172

_____. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192

_____. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205

_____. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207

INFORMES COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CIDH, Yanomami contra Brasil, Caso 7615, 5 de marzo de 1985.

_____, Banco de Lima contra Perú, Caso 10.169, 22 de febrero de 1991.

_____, Tabacalera Boquerón contra Paraguay, Informe 47/97, Inadmisibilidad, 16 de octubre de 1997.

_____, Comunidades Indígenas Maya contra Belice, Caso 12.053, 5 de octubre de 2000.

_____, José Pereira contra Brasil, Informe No. 95/03, Petición 11.289, Solución Amistosa, 24 de Octubre de 2003.

_____, Trabajadores de la empresa fertilizantes de Centroamérica (FERTICA) contra Costa Rica, Informe No. 21/06, Petición 2893-02, Admisibilidad, 2 de marzo de 2006.

_____, Clínica pediátrica de la región de Los Lagos contra Brasil, Informe N. 70/08, Petición 12.242, Admisibilidad, 16 de octubre de 2008.

OPINIONES CONSULTIVAS

Corte IDH. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11

_____. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No.18

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Tercer Juzgado de Letras de Arica, sentencia del 6 de agosto de 2004, contra PROMEL LTDA Y CIA CPA.

Corte de Apelaciones de Arica, sentencia de 16 de mayo de 2005, Rol No. 464-2004, contra PROMEL LTDA Y CIA CPA y el Servicio de Salud de Arica.

Corte Suprema de Justicia de Chile, sentencia de 30 de mayo de 2007, Rol No. 3174-2005 contra PROMEL LTDA Y CIA CPA y el Servicio de Salud de Arica.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia 1723/00 del 12 de diciembre de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

_____, Sentencia SU 1723/00 del 12 de diciembre de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

_____, Sentencia T 880 de 2006 del 26 de octubre de 2006. M.P. Alvaro Tafur Galvis

Tribunal Superior do Trabalho do Brasil. Processo No. TST – RR 178000 – 13. 2003.5.08.0117 Recurso de Revista.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución No. 2000 – 9040.

NORMATIVIDAD NACIONAL

Constitución Política de Chile de 1980

Constitución Política de Colombia de 1991

Constitución Política del Brasil de 1988

Constitución Política de Costa Rica de 1949

Ley 19.300 Bases Generales del Medio Ambiente Promulgada el 1° de marzo de 1994, por el Presidente de la República Patricio Aylwin Azocar y publicada en el Diario Oficial el día 9 de marzo de 1994 (Chile)

Decreto 2591 de 1991 del 19 de noviembre de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. (Colombia)

Decreto Ley 5.452 del 1 de mayo de 1943 (Brasil)

INFORMES INTERNACIONALES Y OBSEVACIONES

Primer Informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, Comisión de Derecho Internacional 55° período de sesiones, por el Relator Especial Giorgio Gaja, Ginebra 2003 (A/CN.4/532)

Segundo Informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, Comisión de Derecho Internacional 55° período de sesiones, por el Relator Especial Giorgio Gaja, Ginebra 2004. (A/CN.4/541)

Tercer Informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, Comisión de Derecho Internacional 57° período de sesiones, por el Relator Especial Giorgio Gaja, Ginebra 2005 (A/CN.4/553)

Quinto Informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, Comisión de Derecho Internacional 59° período de sesiones, por el Relator Especial Giorgio Gaja, Ginebra 2007. (A/CN.4/583)

Séptimo Informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, Comisión de Derecho Internacional 61° período de sesiones, por el Relator Especial Giorgio Gaja, Ginebra 2009. (A/CN.4/610)

Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas

comerciales en la esfera de los derechos humanos. E/CN.4/2005/91 de 15 de febrero de 2005.

Adición al Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, acerca del reconocimiento de los derechos humanos por las empresas: tendencias mundiales, variaciones regionales y sectoriales (A/HRC/4/35/Add.4, 8 de febrero de 2007)

Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises, John Ruggie: “Clarifying the concepts of “Sphere of Influence” and “Complicity”. UN Document A/HRC/8/16. 15 may 2008.

Note on the United Nations Global Compact and Business and Human Rights, Enero 13 de 2009

Emanuelli, María, Jonsén, Jennie; Monsalve, Sofía (2009) *Azúcar Roja Desiertos Verdes* en <http://www.hic-al.org/publicaciones.cfm?pag=publicderviv> consultada en agosto de 2010.

Informe de la Misión de Verificación sobre los impactos de los monocultivos de piña (2009) San José de Costa Rica en http://colsiba.org/Sector_pina_informe.pdf consultada el septiembre de 2010

Informe de La OIT Brasil “Combatendo o trabalho escravo contemporaneo: o exemplo do Brasil” (2010), en <http://www.oit.org.br/info/downloadfile.php?fileId=447> consultada en agosto de 2010.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 12: “El derecho a una alimentación adecuada”.

PAGINAS WEB

<http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/humanRights.html>, consultada en mayo de 2010.

<http://www.fima.cl/2009/10/08/defensa-de-los-deerechos-humanos-caso-contaminacion-en-arica> consultada en agosto de 2010.

http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20080912/pags/20080912190714.html consultada en agosto de 2010.

<http://www.cidh.org>

<http://www.corteidh.or.cr>

<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2003/spanish/chp4.pdf> consultada en agosto de 2010

<http://www.tst.gov.br/> consultada en agosto de 2010.

<http://www.cesdepu.com/nbdp/copol2.htm> consultada en agosto de 2010

<http://www.limaaraujo.com.br/index.php> consultada en septiembre de 2010

<http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/> consultada en septiembre de 2010

http://www.mag.go.cr/oficinas/prog-nac-pina.html#HERMES_TABS_1 consultada en septiembre de 2010

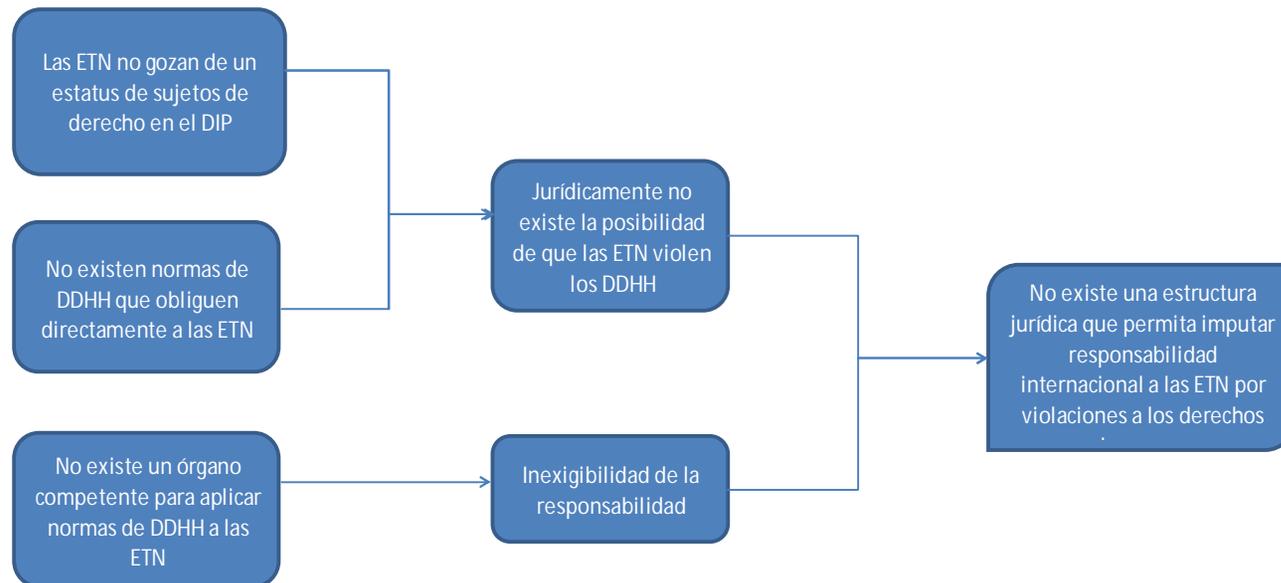
http://www.dane.gov.co/revista_ib/html_r1/articulo8_r1.htm consultada en octubre de 2010.



FLACSO
MEXICO

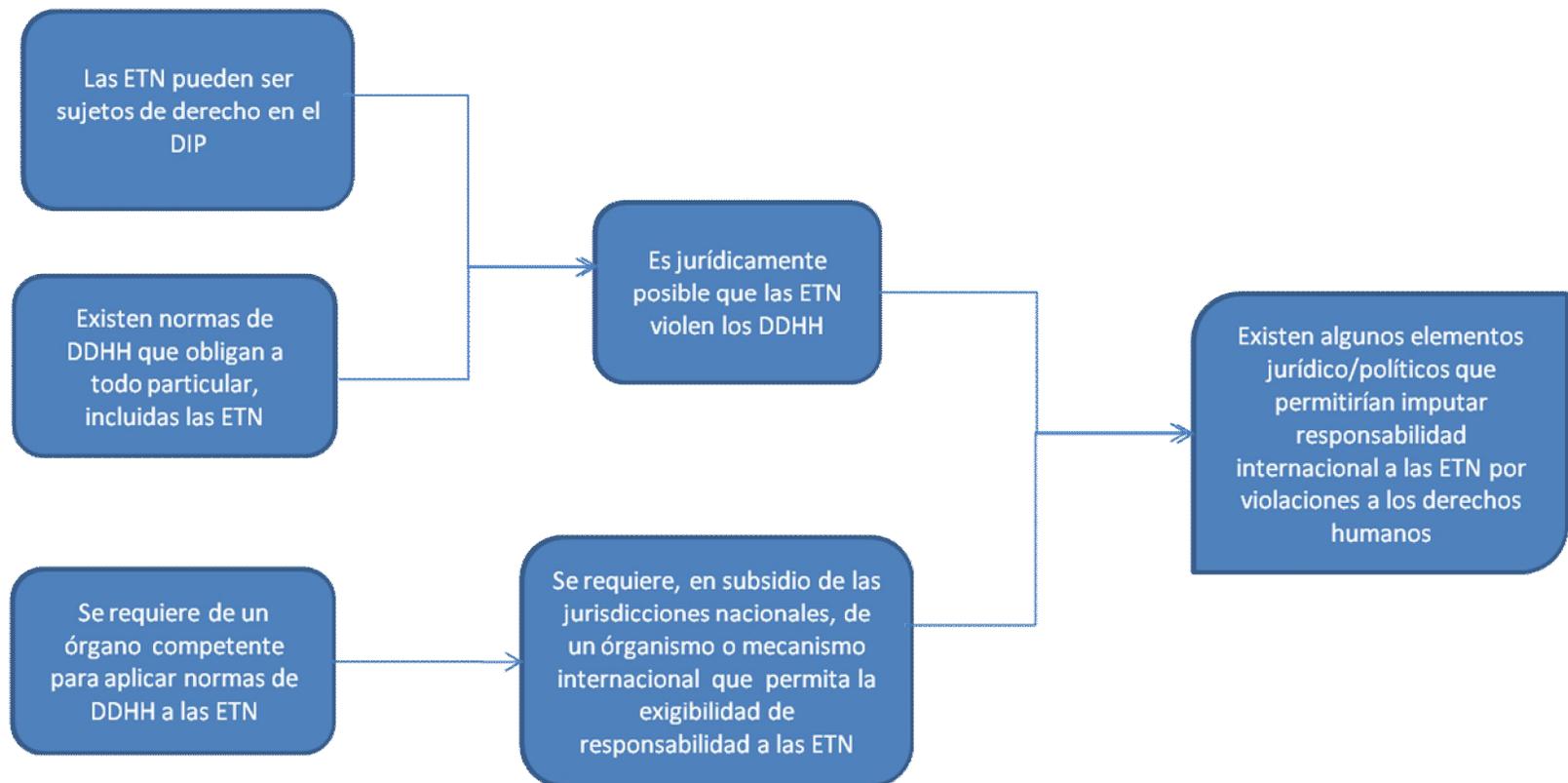
ANEXO I

FLUJOGRAMA DEL PROBLEMA DE TESIS



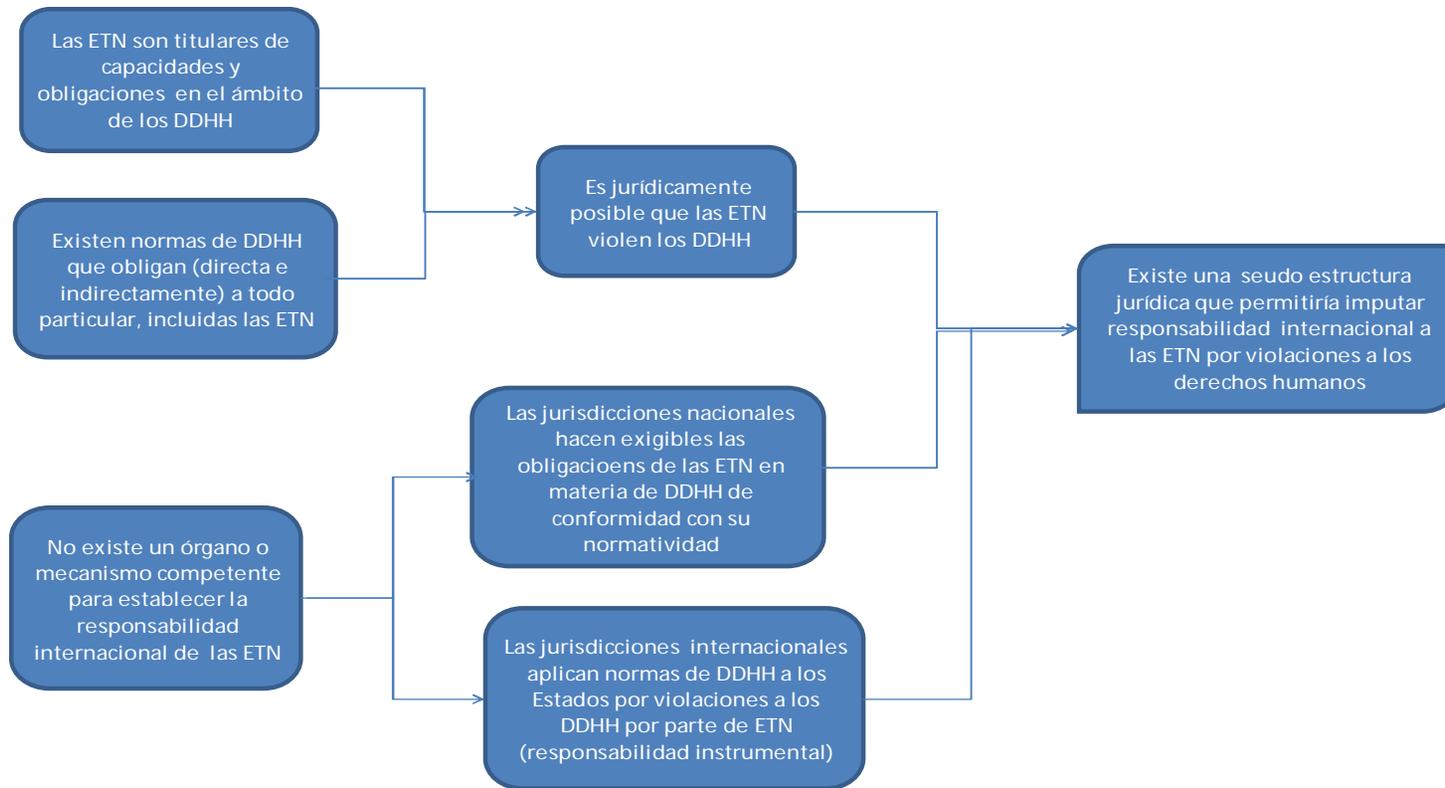
ANEXO II

FLUJOGRAMA DE LA HIPÓTESIS DE TESIS



ANEXO III

FLUJOGRAMA DE TESIS





ANEXO IV

OBLIGACIONES DE LOS PARTICULARES FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS (APROXIMACIONES TEÓRICAS)		
Enfoque	Contribuciones	Limitaciones
Los Estados como principales sujetos del sistema internacional	<ul style="list-style-type: none"> • Algunos actores internacionales distintos de los Estados pueden ser sujetos de Derecho Internacional. • 	<ul style="list-style-type: none"> • Considerar que al otorgarse personalidad a otros sujetos se mina la subjetividad de los Estados en el ámbito internacional • La naturaleza de la responsabilidad internacional se considera colectiva, por ende es una relación jurídica entre Estados y Organizaciones Internacionales. • En el caso particular de las empresas transnacionales, el Estado sigue siendo el responsable de las violaciones a los DDHH. • Las normas de derechos humanos no son vinculantes para las empresas privadas.
Los Estados son cada vez más irrelevantes y menos poderosos gracias a la globalización	<ul style="list-style-type: none"> • Los Estados se irán desintegrando y surgirán nuevos actores no estatales en la esfera internacional • El Derecho Internacional General será producto de las diversas interacciones entre múltiples actores internacionales, los cuales tendrán incluso la capacidad de producir normas. • los espacios normativos no emanan directamente de los órganos del Estado, sino de otras instancias que también resultan obligatorias para los individuos sujetos a ellas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Esta es una visión más política que jurídica del asunto, donde se hace referencia a los actores de las relaciones internacionales.
Algunas de las obligaciones que se encuentran en el	<ul style="list-style-type: none"> • Si bien los actores no estatales no gozan de los 	<ul style="list-style-type: none"> • La naturaleza (no) jurídica de las

<p>Derecho Internacional Público, tradicionalmente aplicadas a los Estados, también aplican a los actores no estatales</p>	<p>privilegios, competencias y derechos que los Estados tienen, dicha situación se presenta también con los Estados, que no cuentan con los mismos derechos que tienen los individuos.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Los derechos y deberes internacionales dependen de la capacidad del individuo o entidad para ser titular de tales, y no de la subjetividad de los actores 	<p>obligaciones a las que están sujetas las empresas transnacionales es vista como una limitante</p> <ul style="list-style-type: none"> • No existe en la actualidad un organismo internacional con competencia para hacer efectiva la norma
--	--	---

ANEXO V

ANÁLISIS DE LAS DECISIONES DE CORTES NACIONALES CONTRA EMPRESAS TRANSNACIONALES O COMERCIALES EN CASOS DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

Criterios de análisis:

- *Contexto jurídico político:* Para cada uno de los casos elegidos, resulta relevante establecer el contexto en el cual tiene lugar el fallo, pues así se puede dilucidar su trascendencia a la luz de las problemáticas que cada Estado enfrenta en relación con las empresas y los derechos humanos. En dicha contextualización, también es importante el marco jurídico que permite la protección de los derechos humanos en sus diferentes jurisdicciones, en cuanto que reconoce una serie de derechos y garantías, además de los mecanismos para su protección. En cierta forma, ello permite dilucidar si las jurisdicciones nacionales llegan a ser más garantistas que las internacionales en materia de derechos humanos.
- *Jurisdicción competente:* Los casos que han sido seleccionados corresponden a hechos ocurridos en Latinoamérica, teniendo en cuenta que los países allí ubicados, responden a una misma tradición jurídica, cuya estructura ha llevado a que los avances normativos sean relativamente similares. A su vez, este criterio pretende dar cuenta del hecho de que en la actualidad, sean pocos los casos que se litigan ante las jurisdicciones internas, mientras existen múltiples casos en los cuales se encuentran involucradas empresas transnacionales en situaciones de violación a los derechos humanos, cuyos procesos se llevan por lo general, ante las jurisdicciones donde las empresas tienen su domicilio principal o ante instancias de arbitraje internacional. Por ejemplo: las demandas contra Chiquita, Drummond, Occidental, Dyn Corp y Texaco que hoy se encuentran ante cortes

estadounidenses y no ante instancias judiciales con jurisdicción en los lugares donde se presentaron los abusos alegados. Como consecuencia de lo anterior, dentro del estudio de casos, se analizarán algunos que sin tener como contraparte a una empresa transnacional, sí reflejan la violación a los derechos humanos en los cuales puede incurrir una empresa comercial y la forma como los jueces han enfrentado los hechos de su conocimiento.

- *Tipo de violación a los derechos humanos:* Con el ánimo de mostrar las múltiples formas en las cuales una empresa puede verse involucrada en violaciones a los derechos humanos, los casos seleccionados se refieren a distintos tipos de derechos vulnerados por parte de aquéllas, entre ellos, civiles, económicos, sociales y ambientales. Este mismo criterio tendrá en cuenta, si en la resolución de los casos, tales vulneraciones fueron tratadas a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es decir, como “violaciones a los derechos humanos” o si se analizaron desde una perspectiva de derecho interno, bien sea como violación a derechos fundamentales o como violación al régimen contractual, civil o laboral existente.
- *Tipo de responsabilidad:* Vistos los diferentes regímenes de responsabilidad internacional, este criterio pretende determinar el tipo de responsabilidad bajo el cual se condena a las empresas transnacionales o comerciales en casos de violaciones a los derechos humanos, es decir, si ésta es una responsabilidad objetiva o subjetiva, penal, civil o contencioso administrativa, contractual o extracontractual, entre otras posibilidades. Dentro de la tesis, la importancia de este criterio radica en que a partir de allí, puede extraerse una serie de factores o elementos comunes, con los cuales se pueda establecer una estructura mínima de la responsabilidad de las empresas.
- *Tipo de reparación:* Teniendo en cuenta que la reparación es en primer término, una de las consecuencias más importantes en relación con la responsabilidad y que ésta se constituye en un derecho autónomo de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, resulta pertinente establecer, si éste ha tenido lugar en los casos en estudio, de acuerdo con los estándares internacionales en la materia, en

el sentido de procurar ser integral. Al respecto, es importante llamar la atención sobre el hecho de que en la actualidad, existen múltiples casos en los cuales sin existir sentencia judicial, se han dado medidas de carácter reparador, negociadas entre los afectados, como es el caso de comunidades indígenas y las empresas transnacionales, a las cuales no se hará referencia en este estudio.

Decisiones judiciales:

CASO ARICA (Chile)

Antecedentes

En el año de 1984, el Gobierno chileno de turno autorizó a la empresa PROMEL Ltda., el ingreso de 21.000 toneladas de desechos tóxicos que provenían de la empresa Boliden Metal AB – Suecia, a su domicilio en Arica. Estos desechos que en principio fueron catalogados como barros minerales inofensivos, resultaron contener grandes cantidades de arsénico, zinc y plomo, sin que al respecto se contara con un tratamiento especial.

Durante los años 1992 a 1996, alrededor del lugar donde se depositaron los desechos (terreno fiscal), se asentaron las poblaciones de Cerro Chuño y Los Industriales, cuyos pobladores se vieron afectados por la contaminación, la cual les causó graves daños a su salud física y mental.

Los daños ambientales y a la salud se hicieron evidentes en 1998, cuando se produjo una crisis sanitaria en Arica, a raíz de la cual se tomaron las medidas sanitarias para determinar el nivel de los daños y, ante el incumplimiento de PROMEL Ltda., por remover los desechos, su remoción fue asumida por el Servicio de Salud, hacia el lugar denominado quebrada Encantada, situado a 2.300 metros del sitio original de acopio.

En 1998, habitantes de las zonas afectadas acudieron a la organización no gubernamental Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA), para que se interpusiera ante la justicia chilena una demanda civil por los daños causados por la contaminación, contra el Estado chileno y la empresa PROMEL Ltda.

En principio, las peticiones de dicha demanda no fueron acogidas íntegramente por parte de la justicia chilena, en relación con las consideraciones respecto de la legitimidad pasiva del Servicio de Salud de Arica y la pretensión indemnizatoria para los afectados. Este fallo fue recurrido ante la Corte de Apelaciones de Arica, instancia que falló a favor de los demandantes que con posterioridad, recurrieron ante la Corte Suprema de Chile para mejorar esta última decisión en términos indemnizatorios.

Fallo de Primera Instancia

De conformidad con la sentencia del 6 de agosto de 2004, los señores Lombardo Molina Manzo y Silvia Encina Aravena, en representación de los habitantes de Cerro Chuño y Los Industriales, interpusieron demanda contra PROMEL Ltda., y Cía., sus administradores y contra el Servicio de Salud de Arica, con el objeto de que

- a. Se declare que las personas demandadas han cometido un hecho ilícito que tiene las características de cuasi delito civil;
- b. Como consecuencia de lo anterior, se efectúen las acciones de reparación, previa evaluación del impacto ambiental, consistentes en el saneamiento del sitio original de acopio de los desechos y la eliminación completa de las 20.901 toneladas que existen en la quebrada Encantada, se obligue a los demandados, a reimportar los residuos de acuerdo con el Convenio de Basilea o se obligue a los demandados a efectuar la disposición final de los residuos bajo las más estrictas normas ambientales y de seguridad.

- c. El servicio de salud de Arica indemnice todo daño material y moral producido a los demandantes.

De conformidad con las consideraciones hechas dentro de la demanda, el juez de primera instancia establece que se entiende por daño ambiental “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes” (fallo del 6 de agosto de 2004).

Y que de acuerdo con los hechos del caso, el acopio de barros con contenido metálico en Chapiquiña, desde 1984 hasta 1998, ha producido una contaminación de dicho terreno que ha llevado a un menoscabo al medio ambiente y en las personas de las poblaciones vecinas.

En consecuencia, el juez considera que el daño ocasionado es responsabilidad de PROMEL Ltda., y Cía., CPA, y de sus representantes, “quienes conociendo de la naturaleza de dichos barros, debieron arbitrar medidas para evitar dicho daño y atenuarlo, lo que les obliga a responder del mismo [...] debiendo concurrir al saneamiento integral del sitio F o Chapiquiña 3066 así como a la disposición final de dichos residuos peligrosos” (fallo del 6 de agosto de 2004).

En relación con la pretensión de condena al Servicio de Salud de Arica, por la falta de adopción de medidas para evitar que se depositaran y abandonaran los residuos tóxicos en las zonas aludidas, el juez determina que de los elementos probatorios se infiere que el Servicio ha adoptado medidas tendientes a solucionar el problema ambiental, pero las mismas no han sido del todo eficientes y oportunas, de donde se desprende que no es efectivo que no hayan actuado, razón por la cual no es responsable de la omisión que se le imputa.

De conformidad con tales razonamientos, el juez de primera instancia decide que se acoge la demanda en lo principal, en relación con lo cual exponen los demandantes

contra PROMEL Ltda., y Cía. CPA y que rechaza la acción deducida por los demandantes en lo principal del escrito, en contra del Servicio de Salud de Arica.

Ante la Corte de Apelaciones de Arica

La parte demandante recurrió el fallo de primera instancia ante la Corte de Apelaciones de Arica, instancia que profirió sentencia sobre el particular el día 16 de mayo de 2005. El recurso de casación de forma, interpuesto contra la sentencia definitiva tenía por objeto i.) Que se declarara su nulidad, con fundamento en los siguientes aspectos: Que se ha incurrido en las causales de nulidad del artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 170 N° 4 del mismo Código, vicios que se fundan en carecer la sentencia de fundamentos de hecho y de derecho, contener considerandos contradictorios, ausencia de consideraciones respecto de la legitimidad pasiva del Servicio de Salud de Arica y del rechazo de la demanda indemnizatoria. Y ii.) Que se dictara la respectiva sentencia de reemplazo, por medio de la cual se acogiera la demanda de indemnización de perjuicios dirigida en contra del Servicio de Salud de Arica en todas sus partes, manteniéndose la condena a reparar al medio ambiente dañado, establecida contra PROMEL Ltda., y Cía., CPA, Blas Martino y David Fux, con costas de recurso.

Conforme con las pretensiones, la Corte de Apelaciones señaló que en relación con la supuesta contradicción de algunos de los argumentos expuestos por el juez de primera instancia, estos tenían un valor expositivo que no lleva a conclusiones dentro del fallo, razón por la cual esta instancia no podía establecer una contradicción argumentativa.

A su vez, en relación con la falta de fundamentación acerca de que el Servicio de Salud no había actuado, señala la segunda instancia que el fallador de primera instancia, sí lo hizo y que la revisión de sus fundamentos no es objeto de la casación interpuesta, sino una cuestión de fondo.

De donde establece que “el sentido del fallo es claro en cuanto se rechaza la demanda contra el Servicio de Salud de Arica y acoge la demanda contra PROMELY Cía. S.A., en la forma en que se expone en lo decisorio” razón por la cual decide que de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, se declara que NO HACE LUGAR el recurso de casación de forma.

Ahora bien, en relación con los recursos de apelación presentados, la Corte entre sus consideraciones, confirma que de acuerdo con los hechos expuestos,

“se encuentra debidamente comprobado que la existencia del acopio de barros con contenido metálico en el sitio F de la zona industrial, ha provocado contaminación en el terreno de dicho sector, produciendo un daño ambiental en la forma que se describe en la Ley 19.300, el que, a su vez, ha afectado la salud y calidad de vida de las personas de las poblaciones vecinas - señaladas en el fallo - por lo que resulta procedente la demanda que se ha interpuesto por este concepto contra la sociedad **PROMEL Ltda. y Cía. C.P.A., y David Fux Glickman y Blas Martino Muñoz, sus representantes, toda vez que resultan responsables del daño ambiental producido, ya que en conocimiento de la naturaleza peligrosa y tóxica de dichos barros, nada hicieron para evitar las consecuencias perniciosas de ese acopio de residuos minerales, importados con un fin que nunca cumplieron, llegando incluso a tratar de deshacerse de ellos abandonándolos a beneficio fiscal, lo que no le fue aceptado por la autoridad aduanera, por lo que se concluye que son plenamente responsables de su acción dolosa conforme lo señala el artículo 51 de la Ley N° 19.300**” (Negrillas fuera de texto)

Afirmación a la cual la Corte agrega que en relación con la responsabilidad del Servicio de Salud de Arica, debía tenerse en cuenta algunas consideraciones, entre ellas que:

- i.) La Ley Orgánica Constitucional N° 18.575 de 1986, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, prescribe que **el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado, y que, los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio;** (Negrillas fuera de texto)
- ii.) Al Servicio de Salud de Arica le corresponde ejecutar coordinadamente acciones integradas de fomento o promoción y protección relativos a las personas y al ambiente y recuperación de la salud y de rehabilitación de las personas enfermas; y por medio de su Departamento de Programas sobre el Ambiente, proteger a la población de los riesgos producidos en el ambiente, debiendo diagnosticar y calificar con criterios epidemiológicos y de prioridades, los problemas relativos al ambiente y ejecutar acciones de fiscalización, control y otras de carácter técnico o administrativo.
- iii.) Las acciones de los órganos del Estado corresponden a una de las formas que se tienen de prestar la atención de las necesidades públicas, es decir, de otorgar el debido servicio a la persona humana.

De donde deduce la Corte que

“La atención de las necesidades públicas de salud a través del debido servicio, consiste en proteger a la población de los problemas producidos en el ambiente mediante acciones integradas de fomento, protección y recuperación de la salud y rehabilitación de las personas enfermas en esta zona del territorio nacional, debido servicio que debe ser continuo y permanente, a la vez que eficaz y eficiente. Si el servicio prestado no reúne estas condiciones, ese servicio no es el que debe recibir la persona humana beneficiaria de él y, por lo tanto, existe, consecuentemente, una falta de servicio, la cual acarrea la responsabilidad del órgano del Estado (...)”.

Y que,

“La falta de servicio que es lo que se reclama al Servicio de Salud de Arica consiste - según la jurisprudencia - en una acción, omisión o abstención, en una actuación voluntaria, como una imprudencia, equivocación o torpeza, en otros términos, hay falta de servicio cada vez que el Servicio Público ha funcionado mal, ha funcionado prematura o tardíamente; por lo tanto, **para que la responsabilidad del Estado o del organismo estatal tenga lugar, ya no resulta imprescindible la evolución subjetiva de la conducta del agente público, para que la víctima tenga derecho a ser indemnizada, es suficiente que esté relacionada con el servicio u órgano y que exista un vínculo directo de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido**⁶³ - coligiéndose de ello que **la responsabilidad de los órganos del Estado - Servicio de Salud Arica - y del Estado mismo, es objetiva** y no requiere, por tanto, la concurrencia de dolo o culpa, ya que ésta cabe dentro de la esfera del Derecho Público y no del Derecho Privado”. (Negrillas fuera de texto)

Vistos los hechos en los cuales se involucra al Servicio de Salud de Arica en relación con el manejo de los desechos tóxicos, el juez de segunda instancia señala que es evidente “una absoluta despreocupación e inercia en el cumplimiento de la función de vigilancia sanitaria que le imponía el Código Sanitario, desde la internación de los residuos peligrosos hasta el año 1997, en que se hizo evidente la crisis ambiental y sanitaria de la población, lo que se traduce en una efectiva **falta de servicio, y por ello es plenamente responsable del daño causado a las personas en su salud**”. De donde se desprende que la obligación de indemnizar por daño material y moral es procedente. (Negrillas fuera de texto)

Como prueba del daño, el juez de segunda instancia tiene en cuenta los informes producidos por el mismo Servicio de Salud de Arica, el Servicio Municipal de Arica y

⁶³ La Corte de Apelaciones utiliza como soporte de su argumento, la Sentencia del juzgado de Viña del Mar, dictada en causa rol 1312-97, confirmada por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso y Excelentísima Corte Suprema.

algunos testimonios, en los cuales encuentra pruebas de que los demandantes enlistados hayan sufrido los efectos tóxicos que emanaban de ese acopio de residuos peligrosos.

De esta manera, la Corte de Apelaciones resuelve rechazar el recurso de casación en la forma, revocar la sentencia apelada del 6 de agosto de 2004 y en su lugar, acoger la demanda civil de indemnización de daño moral interpuesta por los demandantes en contra del Servicio de Salud de Arica, al declarar que la entidad deberá pagar a cada demandante indicado, la cantidad de \$8.000.000, a título de indemnización del daño moral; y confirmar en lo demás, la sentencia de primera instancia aludida.

Ante la Corte Suprema

Contra la sentencia de segunda instancia antes citada, el Servicio de Salud de Arica interpuso recurso de casación en el fondo y los demandantes interpusieron recurso de casación en la forma y en el fondo.

Dentro de los argumentos expuestos por el Servicio de Salud de Arica, el primero de ellos hace referencia a que la demanda fue interpuesta por Lombardo Molina Manzo y por Silvia Encina Aravena, en representación de un conjunto de personas, en virtud de la personería contenida en diversas escrituras públicas, sin que con ello se atuviera a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil y el Código Civil, acerca de la representación para comparecer en juicio a nombre de otro. Allí se dispone que debe hacerla un abogado, un egresado de derecho o un estudiante de esta carrera, requisitos que no son atendidos por los representantes. De donde argumenta que los mandatos son nulos y por ende, las personas mencionadas en la sentencia carecen de representación.

En segundo lugar, el Servicio de Salud de Arica alegó que: i) dado que la causa por la cual se le condena al pago de la indemnización es la falta de servicio y no el daño ambiental, el tiempo de prescripción que debe tomarse en cuenta debe ser el de la

responsabilidad extracontractual del Estado y no el de la acción ambiental; y ii) que se incurrió en un grave error de derecho en la medida en que se afirmó que la responsabilidad del Estado es objetiva, cuando para comprometer la responsabilidad del Estado por falta de servicio del órgano estatal se requiere además del daño y de la relación de causalidad entre él y la actuación del primero, lo que en doctrina se denomina la “*culpa de la administración*”.

En relación con los argumentos que sustentan el recurso de casación en forma de los demandantes, estos exponen que la sentencia fue dictada con omisión de los requisitos establecidos en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil en la medida en que sólo se pronunció acerca de la procedencia de la indemnización por el daño moral demandado, pero faltó decidir respecto del daño material que también fue materia de la acción interpuesta.

En cuanto al daño moral, señalan los recurrentes que el juez de segunda instancia reconoció la indemnización de aquél, sólo respecto de algunos de los actores, en cuanto dichos demandantes aparecen incluidos en diversos listados de personas que arrojaron resultados positivos ante la presencia de plomo en su sangre. Dicen los demandantes que en el segundo otrosí escrito, aparecen otras 179 personas a quienes también se les halló plomo y arsénico en la sangre, y a los que, sin embargo, no se les concedió la indemnización por daño moral, sin que en el fallo se exprese motivo o razonamiento alguno que explique tal discriminación, situación que no resulta ajustada a la equidad.

Frente al rechazo a la pretensión de condenar por el daño material, los recurrentes mencionan que, “aun cuando en el fallo impugnado se ha reconocido la falta de servicio del organismo de Salud demandado y la existencia del daño material sufrido por los actores, se ha omitido completamente la mención de las razones por las cuales se rechaza la demanda en esta parte”.

Ahora bien, en cuanto hace al recurso de casación en fondo, los demandantes señalaron que de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, la prueba confesional debe ser entendida como plena prueba, de donde arguye el demandante que en la medida en que el Servicio de Salud de Arica confesó que los hechos de que se trata causaron daños al medio ambiente y a la salud de los demandantes, los sentenciadores debieron tener en consideración dicha prueba como plena y conceder la indemnización por daño moral y material respecto de todos y no en forma parcial.

A su vez, que en lo relacionado con la valoración de la prueba instrumental, los documentos privados que contienen los listados que sirvieron de fundamento al juez para acoger parcialmente la indemnización por daño moral, hacen plena fe de la verdad de las declaraciones en ellas contenidas, valor probatorio que fue desconocido en lo relativo a los demandantes a quienes no se otorgó indemnización.

Vistas las solicitudes de los recurrentes, la Corte Suprema señala que en efecto, ha advertido que la sentencia impugnada adolece de un vicio de aquellos que dan lugar a la casación en la forma, puesto que no se consigna en dicha decisión, las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento para negar la indemnización de perjuicios por daño moral respecto de las personas mencionadas en el segundo otrosí de la demanda, por lo cual decide acoger el recurso de casación en la forma y declarar nula la sentencia de segunda instancia, para reemplazarla por aquella que contiene las siguientes consideraciones:

Que así como las personas individualizadas en el fallo de segunda instancia anulado han sufrido los perjuicios que allí se mencionan y, por tal han de ser indemnizadas por el Servicio de Salud de Arica, los mismos medios probatorios que sustentan tal decisión permiten a la Corte Suprema concluir que además de tales individuos, los que se singularizarán en el fallo que reemplaza el de segunda instancia, también han sufrido los efectos tóxicos emanados del acopio de residuos peligrosos, como plomo, zinc, arsénico, cadmio, mercurio y cobre, elementos que ingresaron en sus organismos por ingestión y respiración, debido a la acción de los vientos y del contacto directo o

indirecto con el depósito peligroso, produciéndoles en la salud, entre otros síntomas, caída del cabello, desmayos, vómitos, diarreas, mareos, dolor de cabeza, erupciones en la piel, problemas mentales, situación que les ha producido un menoscabo moral que debe ser compensado mediante la indemnización que se estimó en \$8.000.000 para cada uno.

Que se rechaza la excepción de prescripción extintiva intentada por la defensa del demandado Servicio de Salud de Arica y se acoge la pretensión de los demandantes para que las personas enlistadas sean indemnizadas con la suma de \$8.000.000 que deberán ser reajustados con el IPC al día anterior de su entero pago.

Análisis del caso:

Hasta este punto, se han expuesto los principales argumentos que tuvieron en cuenta las distintas instancias judiciales que han conocido el caso PROMEL Ltda. Sin embargo, entre ellos no se encuentra un desarrollo de profundidad sobre la responsabilidad de la empresa en relación con los daños causados al medio ambiente, contrario a lo que ocurre con el Servicio de Salud de Arica en relación con los daños materiales y morales por los cuales se ha condenado al Estado chileno.

Al respecto, a la luz de los criterios fijados inicialmente, hay que tener en cuenta en primer lugar, que la sentencia resulta importante en tanto que se condena a una empresa nacional por cuestiones violatorias a los derechos humanos y en segundo lugar, porque el fallo fija un precedente en la jurisprudencia chilena, al condenar no sólo a la empresa sino también al Estado, en la medida que además de reconocer el daño ambiental causado, reconoce el daño en la integridad física y moral de las personas afectadas (Hervé y Pizarro, 2009: 269).

Con base en lo anterior, resulta necesario definir ahora el contexto jurídico político en el cual tiene lugar el fallo en mención. De acuerdo con su Constitución Política (1980), la República de Chile es democrática y unitaria, con una división política por regiones y con una administración funcional y territorial descentralizada. El Estado se concibe al servicio de la persona humana y su fin es el bien común, basado en el respeto a los derechos y garantías establecidos dentro de la Constitución.

A partir de la Constitución, se protegen derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la igualdad ante la ley e igual protección jurídica, el debido proceso, la libertad de conciencia, la libertad y seguridad personal, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el derecho a la educación, el derecho a la salud, la libertad de expresión, el derecho de reunión y asociación y el derecho a la propiedad, entre otros (art. 19).

Respecto de algunos de estos derechos, la Carta dispone que ante algún acto u omisión arbitraria o ilegal, se pueda concurrir por sí o por interpuesta persona ante la Corte de Apelaciones para que disponga su protección. Entre estos derechos, figura el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 20).

De allí se deriva que a partir de la Carta Constitucional chilena, se reconocen y protegen los derechos a la vida, la integridad y al medio ambiente sano, directamente reconocidos como vulnerados en el caso en cuestión, sin que con ello quiera decirse que fueron estos los exclusivamente afectados, pues podría sostenerse que el derecho a la protección de la salud también lo fue, de acuerdo con los hechos acaecidos, aun cuando los jueces no lo reconocieron expresamente.

Ahora bien, a pesar de que los derechos mencionados tienen un rango constitucional, lo cierto es que dentro de los razonamientos de las sentencias, ello no se hizo explícito, pues el análisis de las demandas presentadas se llevó a cabo bajo lo establecido en la

Ley 19.300 y el Código Civil chileno, en los cuales se contemplan las acciones por daño ambiental y las acciones indemnizatorias.

Al respecto, la doctrina señala que de acuerdo con el ordenamiento jurídico del mencionado país, es posible distinguir distintos tipos de responsabilidad por un hecho que causa un daño ambiental. En primer lugar, la responsabilidad ambiental establecida mediante la Ley 19.300, cuyo fin es la reparación del medio ambiente dañado; en segundo lugar, la responsabilidad civil derivada del daño ambiental que pretende indemnizar el daño patrimonial y moral causado; y en tercer término, cuando el daño se comete por el Estado, la responsabilidad por falta de servicio (Hervé y Pizarro, 2009: 273).

De acuerdo con esta clasificación, la empresa solamente fue condenada en sede judicial por el daño ambiental, y el resto de la responsabilidad en términos de daño patrimonial y moral fue asumida por el Estado, mediante el Servicio de Salud de Arica, frente a la cual resulta relevante estudiar lo concerniente a la Ley 19.300.

La Ley 19.300 que fundamenta la demanda ambiental, fue expedida con el ánimo de proteger el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental.

En su artículo 3, esta Ley señala que “[s]in perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley”.

En tanto que el artículo 2 define como daño ambiental “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes” y como reparación “la acción de reponer el medio ambiente o uno o más

de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas”.

De acuerdo con los hechos del caso, PROMEL Ltda., ingresó 20.901 toneladas de residuos tóxicos en el territorio chileno, sin que adoptara las medidas preventivas del caso para evitar que tales desechos generaran la contaminación que se produjo por su descuido y los efectos nocivos que trajo para las comunidades vecinas. Es decir, su omisión en el tratamiento adecuado de los residuos, a sabiendas de que eran tóxicos, generó una serie de daños no sólo para el medio ambiente sino también para las personas vecinas, lo cual dio lugar a la reparación correspondiente.

Lo anterior permite afirmar que en el caso de la responsabilidad ambiental, se mantiene la estructura básica, una acción u omisión, un daño y un nexo de causalidad entre los dos primeros. Estructura a la cual debe agregarse el elemento subjetivo, establecido por la norma, la culpa o el dolo.

Partiendo del hecho de que la estructura básica de la responsabilidad se mantiene, es importante señalar que dicha estructura se caracteriza por ser de carácter civil (Hervé y Pizarro, 2009:269 y Valdivia, 2009: 279), aunque autores como Jorge Bermúdez, consideran que “las normas de responsabilidad por daño ambiental de la Ley de Bases del Medio Ambiente presentan una naturaleza jurídica propia, no necesariamente privatista o civil y que son aplicables sin importar la naturaleza jurídica del sujeto causante” (Ibíd., 275).

A su vez, en el caso *sub examine*, como consecuencia del proceso que se adelantó por daño ambiental, se desprende una acción indemnizatoria accesoria a dicho daño que por desprenderse de la primera, comparte su misma naturaleza civil (Ibíd.).

En consonancia con la naturaleza de la responsabilidad, las reparaciones a las cuales hay lugar, responden al objeto para el cual se han establecido cada una de las acciones. En relación con la acción por daño ambiental, esta procura el restablecimiento del medio ambiente, mientras que la demanda indemnizatoria accesoria pretende el reconocimiento de otros perjuicios originados en el daño ambiental, como es el caso de los daños materiales y morales.

Al respecto, llama la atención dos situaciones: la primera, que no se condene a la empresa PROMEL Ltda., por los daños materiales y morales causados, sino al Servicio de Salud de Arica, y segundo, el tipo de reparación por el cual se condena.

En relación con el primer aspecto, dado que se reconoció desde la primera instancia que PROMEL había causado un daño ambiental cuyas consecuencias en los vecinos del lugar eran evidentes, dentro de la demanda no se solicita en algún momento que se condene a la empresa por tales perjuicios, sino directamente al Servicio de Salud de Arica. Ello ciertamente libera de responsabilidad a la empresa, pues si bien se dio una falla en el servicio por parte del Estado, no debe olvidarse que los daños se generaron no sólo por su omisión, sino por una acción, si no dolosa al menos culposa, de la empresa a cargo de la cual estaban los residuos tóxicos. Situación conforme con la cual, la acción indemnizatoria también habría tenido lugar contra la empresa PROMEL.

Ahora bien, en la medida en que es un hecho en que se dio por probada la falta de servicio del Servicio de Salud de Arica y que se le condenó al Estado a reparar a las víctimas, conforme lo establece el Código de Bello bajo el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, allí se presenta la cuestión de las reparaciones.

Tal como ya se comentó, la empresa fue condenada por daño ambiental, de donde se supone que la reparación se ajustaría a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 19.300, en el sentido que debía reponer el medio ambiente, lo cual en principio implica un restablecimiento al estado previo a que se cometiera el daño o el restablecimiento de

algunos de los componentes del medio ambiente, si lo primero no fuere posible. Situación que no se dio, gracias a la falta de condena a la empresa.

En segundo lugar, en la condena al Servicio de Salud de Arica, llama la atención varios aspectos: el primero de ellos, que tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema sólo hayan reconocido la indemnización por daño moral aun cuando en su oportunidad, los demandantes denunciaron la falta de pronunciamiento sobre los daños materiales; en segundo lugar, que se dispuso como monto para esta reparación la cifra de \$8.000.000 para cada persona, sin establecer la manera como se llegó a su estimación; y tercero, que no se reconoció el daño moral de las víctimas por rebote, a pesar de existir prueba del daño moral de los padres o hijos de las víctimas directas.

Con base en tales aspectos, puede afirmarse que si bien la sentencia es un precedente judicial importante en términos de la responsabilidad que le cabe al Estado por la falta del servicio, es cierto que en términos de la reparación por el tipo de daños ocasionados y las consecuencias que estos tendrán en el futuro, una indemnización por daño moral no resulta suficiente, así como tampoco lo sería, si se hubiese reconocido el daño material, pues existen otras esferas tanto del ser humano como de la comunidad que no quedaron resarcidas, en la medida en que a diferencia de la reparación en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la reparación en el ámbito civil nunca será integral, en el sentido de procurar que todo vuelva al estado como se encontraba antes de ocurrido el daño, en cuanto fuera posible.

CASO DEL PUEBLO U´WA (Colombia)

Antecedentes

El pueblo U´wa, cuya población oscila entre unas 7.231 personas que pertenecen a la familia lingüística chibcha, se encuentra ubicado al norte de la Cordillera Oriental colombiana, en resguardos localizados en los departamentos de Boyacá, Casanare y

Arauca, lugares caracterizados por su riqueza petrolera. Dicha situación ha llevado a que la comunidad haya perdido paulatinamente acceso a territorios con los cuales tienen una relación espiritual (Arango y Sánchez, 2004: 399).

En el año de 1992, la Sociedad Occidental de Colombia, Inc., con base en un contrato de asociación celebrado con ECOPETROL, para la explotación de hidrocarburos en el país, inició ante el INDERENA los trámites necesarios destinados a obtener la correspondiente licencia ambiental que se requería para poder adelantar exploraciones sísmicas, en desarrollo del proyecto conocido como EXPLOTACIÓN SÍSMICA BLOQUE SAMORÉ, que le permitiera constatar la existencia de pozos o yacimientos petroleros, en una zona que comprende los municipios de Saravena, Tame y Fortul en el departamento de Arauca, Cubará en el departamento de Boyacá, y Toledo en el departamento de Norte de Santander, con una extensión aproximada de 208.934 hectáreas, dentro de la cual se encuentran resguardos indígenas y parques naturales.

El Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente (INDERENA), efectuó diferentes estudios que sirvieron de fundamento a los conceptos técnicos con los cuales se estimó viable la ejecución del aludido proyecto. El Ministerio del Medio Ambiente emitió el concepto técnico 090 del 19 de julio de 1994, el cual acogió en su totalidad los conceptos del INDERENA y consideró viable la ejecución del proyecto, sujeto al cumplimiento de medidas de orden técnico y ambiental.

Para los efectos de la expedición de la licencia ambiental, el Ministerio del Medio Ambiente entendió como consulta previa, la reunión que sostuvieron algunos miembros de la comunidad U'wa los días 10 y 11 de enero de 1995 en la ciudad de Arauca, con representantes de los Ministerios de Minas y Energía y del Medio Ambiente, ECOPETROL y la Occidental de Colombia Inc., y, en tal virtud, procedió a expedir la resolución 110 del 3 de febrero de 1995, mediante la cual se otorgó dicha licencia.

Con base en dicha licencia ambiental, la Compañía Petrolera Oxy de Colombia adelantó actividades de exploración que afectaron a la comunidad U'wa. Ante tal situación, la comunidad indígena acudió ante la Corte Constitucional Colombiana y a instancias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en donde se procuró una solución amistosa, aún en discusión.

Fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial

El Defensor del Pueblo, presentó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, acción de tutela contra el Ministerio del Medio Ambiente y la Sociedad Occidental de Colombia, Inc., en representación de 19 ciudadanos miembros del grupo étnico indígena U'wa, localizado en los departamentos de Boyacá, Norte de Santander, Santander, Arauca y Casanare, con una población superior a 5.000 personas, "a nombre de quienes se actúa en calidad de ciudadanos individualmente considerados y como integrantes del grupo étnico, para el que se reclama su reconocimiento como sujeto colectivo de derechos fundamentales, distribuido en 28 comunidades", con fundamento en los hechos citados como antecedentes.

De acuerdo con la parte demandante, no era procedente la expedición de la licencia ambiental, porque dicha reunión no podía considerarse como válida para efectos de la participación de la comunidad, de conformidad con las normas constitucionales, ambientales e indígenas establecidas para este tema. De acuerdo con lo cual, el Defensor del Pueblo estimó que al otorgar la licencia sin cumplir con el lleno de los requisitos, se afectaron los derechos fundamentales de la comunidad.

En consecuencia, el Defensor del Pueblo solicitó que:

“a) Se ordene la inaplicación de la resolución No. 110, del 3 de febrero de 1995, "por la cual se otorga una licencia ambiental", expedida por el Ministerio del Medio Ambiente”.

“b) Se ordene a la parte demandada, Ministerio del Medio Ambiente y Sociedad Occidental de Colombia, Inc., iniciar, desarrollar y ejecutar todas las diligencias, actividades y procedimientos necesarios para llevar a cabo el proceso de consulta previa con la comunidad U'WA”.

“c) Se ordenen las medidas pertinentes para la efectiva protección de los derechos fundamentales”.

“d) Si la tutela prospera, se ordene la creación de un Comité Interinstitucional, con representación de las partes, los entes gubernamentales competentes, la sociedad civil y los órganos de control del Estado, para asegurar el cumplimiento del fallo de tutela, sin perjuicio de la competencia del juez de tutela”.

El 12 de septiembre de 1995, el Tribunal accedió a la tutela solicitada, en forma transitoria, en el sentido de que "es inaplicable tanto en lo jurídico como en lo práctico la mencionada resolución 110 en cuanto atañe a los territorios ocupados por el pueblo U'wa", mientras no se cumpla el proceso de consulta a dicha comunidad en debida y legal forma.

Los fundamentos del Tribunal Superior fueron los siguientes:

"El proyecto de exploración, y eventual futura explotación, de hidrocarburos en zona geográfica nacional que comprende territorios reservados para el hábitat de comunidades indígenas natural y previsiblemente ha de tener importantes y profundas consecuencias en la ecología, la cultura, la economía y el ordenamiento social de aquéllas pues no resulta difícil vaticinar que los trabajos que se realicen no sólo afectarán la estructura geológica de esos territorios y la fauna y flora que allí se dan sino que

causarán impacto en las costumbres, la lengua, las tradiciones, la cosmovisión y las instituciones familiares y tribales porque no en vano se produce el encuentro de una cultura y una civilización con otras".

"... en el caso en estudio la decisión adoptada por el Ministerio del Medio Ambiente, en la aludida Resolución No. 110 del 3 de febrero de 1995, ha atentado contra ese derecho a la vida del pueblo U'wa porque no toma en cuenta la voluntad del mismo que se ha mostrado hasta ahora contraria a cualquier intrusión del Estado, directamente o por intermedio de alguna empresa concesionaria, mediante la exploración sísmica para localizar hidrocarburos.

Y es que esa exigencia de consulta se halla modulada además por la estipulación que trae el artículo 6o. de la Ley 21 de 1991, que por ser aprobatoria de un convenio internacional que trata sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales goza en el terreno legislativo de la prevalencia que determina el artículo 93 de la Constitución Nacional.

(...)

Por lo tanto resulta que la supuesta 'consulta' realizada en la reunión de los días 10 y 11 de enero en Arauca con los representantes del pueblo U'wa no se ajustó a la finalidad que se prevé en la norma legal que se acaba de transcribir y puede decirse, por lo mismo, que la exigencia contenida en el artículo 76 de la ley 99 de 1993 no se ha cumplido a cabalidad, de lo cual surgen una omisión -la inobservancia de un mandato legal- y una acción -la expedición de la Resolución No. 110 del 3 de febrero de 1995- que conculcan los derechos del mencionado pueblo indígena y amenazan, en definitiva, el derecho fundamental a la vida de los integrantes del mismo pueblo".

Fallo de segunda instancia

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia del 19 de octubre de 1995, revocó la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial, argumentando que dado que la discrepancia versaba sobre la forma como se cumplió el requisito de la consulta y que éste se puede resumir en la irregularidad que se atribuye al Ministerio del Medio Ambiente, al haber proferido un acto administrativo sin el previo requisito de la consulta, hecho que eventualmente constituiría un atentado al derecho al debido proceso, su amparo resultaría procedente mediante la acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En la medida que la acción de nulidad ya estaba siendo adelantada ante la jurisdicción contencioso administrativa, la Corte Suprema consideró que no era de su competencia pronunciarse sobre la nulidad del acto, el cual protege el derecho que en sentir de dicha Corporación se vulneró, el debido proceso.

Demanda de nulidad ante el Consejo de Estado

El 29 de agosto de 1995, el Defensor del Pueblo demandó la nulidad total de la resolución 110 del 3 de febrero de 1995, mediante la cual se otorgó la licencia ambiental a la Occidental Inc., alegando que fue expedida irregularmente y con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, con fundamento en el inciso 2 del art. 84 del Código Contencioso Administrativo.

Al respecto, el Consejo de Estado reiteró su jurisprudencia, al señalar que “la suspensión provisional sólo puede decretarse cuando el acto acusado se oponga flagrantemente a la norma superior que se señala como infringida”. Y que en el caso concreto, al confrontar directamente la resolución acusada con las normas constitucionales aducidas por el actor y los documentos probatorios, este no encontró que se presentara la violación manifiesta que se alega,

“pues ni del texto de la resolución ni de los citados documentos resulta abiertamente que el Estado no esté protegiendo las riquezas culturales y naturales de la Nación, ni que esté autorizando la explotación en desmedro de la integridad cultural, social y económica de la comunidad indígena, ni que se haya omitido la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

Teniendo en cuenta además, que en relación con la protección de la riqueza cultural, la cual está ligada con la participación de la comunidad por medio de la consulta que se produjo, debe traducirse necesariamente en la expresión de conformidad o asentimiento a la expedición de la licencia.

"La Sala, por lo menos para efectos de la suspensión provisional, no considera que [cuando] el artículo 6o. del 'Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes' (...) deba interpretarse en término absolutos, no sólo porque de la misma disposición puede inferirse, en principio, que se trata simplemente de una finalidad, objetivo o logro que debe buscarse en las consultas, y no necesariamente que ellas entrañen un acuerdo o consentimiento de las comunidades, sino porque el entendimiento de esas expresiones en términos absolutos iría en contra de uno de los principios básicos del Estado democrático, como es el de que las autoridades legítimas están facultadas para adoptar por sí misma las decisiones que emanan de sus competencias, como es en el presente caso la atribuida al Ministerio del Medio Ambiente en el numeral 1 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993, para otorgar 'de manera privativa' la licencia ambiental..."

Fallo de la Corte Constitucional

En virtud del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, el fallo de la Corte Suprema fue impugnado y debió ser conocido por la Corte Constitucional. Dentro del caso en examen, dicho Tribunal tuvo en cuenta los argumentos expuestos por la parte demandante en el sentido de que la Resolución 110 del 3 de febrero de 1995, expedida por el Ministerio del Medio Ambiente, por la cual se otorgaba una licencia ambiental a la Occidental Inc., violaba el derecho a las minorías étnicas (art. 7 CP), el derecho al territorio (art. 286, 329, y 357 CP), el derecho a la autodeterminación (art. 330 CP), el derecho a la lengua (art. 10 CP), el derecho a la cultura étnica (art. 70, 95-8 y 72 CP), el derecho a seguir viviendo, y el derecho a la participación social y comunitaria (art. 40 y 75 CP), de la minoría étnica indígena, en la medida en que, en concepto de los demandantes, la consulta previa a la expedición de la licencia ambiental no se realizó, pues no se puede considerar como tal las reuniones que se realizaron en el municipio de Arauca los días 10 y 11 de enero de 1995.

De igual forma, atendió lo argumentado por la Occidental Inc., como demandada, en el sentido que

"Occidental de Colombia no solamente siguió los criterios y el espíritu de concertación y consulta para el propósito de adelantar un estudio sísmico, sino que incorporó el objetivo del bienestar indígena concomitante a la sana relación que debe existir entre la empresa y la comunidad. Fue así como, sin tener en cuenta las dos reuniones de Arauca, convocadas por la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, se llevaron a cabo 33 reuniones con indígenas, entidades públicas y otras comunidades indígenas para conocer experiencias exitosas que pudieran ser útiles para la comunidad U'wa; así como, con organizaciones no gubernamentales y los departamentos técnicos de Occidental de Colombia.

En las reuniones mencionadas han participado 68 indígenas, incluidos aquéllos que han llevado la representación de la comunidad, verificada por la Dirección de Asuntos Indígenas, con lo cual se demuestra que el proceso de

consulta verificado con la comunidad U'wa no obedeció al cumplimiento de un simple requisito de forma. Es evidente que la opinión de la comunidad, la exposición de motivos del proyecto, la solicitud de participación de los U'wa en los trabajos a desarrollarse, la metodología de trabajo y los mecanismos de solución de conflictos entre otros, fueron aspectos que se tuvieron en cuenta durante dicho proceso. Adicionalmente se han vinculado varios miembros de la comunidad U'wa como trabajadores del proyecto de prospección sísmica en territorio no indígena; por lo tanto mal se puede señalar que una actividad como la prospección sísmica pone en peligro los valores y fundamentos de una cultura si sus propios miembros manifiestan, con el aval de la entidad tutora de sus derechos su voluntad de vincularse para trabajar en esa actividad”.

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional entró a establecer los aspectos que debía tener en cuenta para fallar. Al respecto, identificó los tres siguientes:

1. La resolución del conflicto que suscita la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas y la protección especial que el Estado debe dispensar a las comunidades indígenas a efecto de que conserven su identidad e integridad étnica, cultural, social y económica.
2. La procedencia de la acción de tutela frente a la existencia de la acción contenciosa administrativa, como mecanismo alternativo de defensa judicial, y la compatibilidad entre la tutela y la suspensión provisional del acto administrativo, cuando esta ha sido solicitada y negada.
3. La procedencia de la tutela en el caso concreto.

En relación con el primer punto, la Corte señala que en la medida en que la Constitución Política reconoce al Estado colombiano como pluralista, puesto que reconoce y protege "la diversidad étnica y cultural de su población" y las "riquezas culturales y naturales de la nación”, ello implica para las comunidades indígenas que se apliquen y logren

efectivamente los derechos fundamentales de los cuales son titulares los integrantes de esas comunidades, no en el sentido de que cada uno de sus miembros sea considerado individualmente sino además, como sujeto colectivo autónomo, con personería sustantiva que le permita gozar de la protección otorgada por la Constitución.

Al respecto, uno de los derechos de los cuales son titulares las comunidades indígenas es el derecho a la subsistencia, derivado del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Carta, el cual puede verse amenazado, cancelado o suprimido si “su medio ambiente sufre un deterioro severo-, induce a la desestabilización y a su eventual extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (art. 12 CP), también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social”.

A partir de tales consideraciones, la Corte menciona que en relación con la explotación de recursos naturales deben ponderarse dos situaciones, la primera de ellas relativa a “la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 CP)” y la segunda, “la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios”, es decir, “debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación de dicha integridad que es condición para la subsistencia del grupo humano indígena”.

En consecuencia, debe hacerse compatibles ambas situaciones, considerando que el derecho a la integridad social, cultural y económica se configura en un derecho fundamental para la comunidad, razón por la cual existe el mecanismo de participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De donde se colige que el derecho a la integridad se garantiza y efectiviza con el derecho a la participación, también reconocido como fundamental dentro de la Carta.

En opinión de la Corte, dicho derecho a la participación se materializa con el mecanismo de la consulta “pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”.

De allí que basados en el Convenio 169 de la OIT, el cual es parte del Bloque de Constitucionalidad de acuerdo con los artículos 93 y 94 constitucionales, la consulta implica la adopción de relaciones basadas en el mutuo respeto y la buena fe entre las comunidades y las autoridades públicas, tendientes a que la comunidad tenga conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; a que la comunidad sea enterada sobre la manera como la ejecución puede conllevar una afectación o menoscabo en su comunidad; y a que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas, pueda mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, y pronunciarse sobre la viabilidad del mismo.

En todo caso, cuando el resultado de la consulta no sea el acuerdo acerca del proyecto, la decisión de la autoridad no debe ser arbitraria, sino objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena, previendo en todo caso, los mecanismos que sean necesarios para corregir los efectos que las decisiones adoptadas produzcan. De donde concluye la Corte que

“No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices

antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta manifieste a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica”.

En relación con la segunda cuestión, sobre la compatibilidad entre la acción de tutela y las acciones contencioso administrativas y la suspensión provisional del acto administrativo, la Corte define una serie de criterios para establecer cuándo procede la tutela y cuándo no.

En particular y respecto de la suspensión provisional, la Corte anota que a diferencia de la acción de tutela que persigue la efectiva protección de los derechos constitucionales, la suspensión provisional pretende impedir que actos administrativos abiertamente contrarios al ordenamiento jurídico sean ejecutados, de tal suerte que su protección es de rango legal.

En ese sentido, en principio no puede entenderse que la suspensión provisional sea un mecanismo efectivo de protección de dichos derechos, pues en el caso de la suspensión el juez confronta *prima facie* el acto con las normas, mientras que en el caso de la acción de tutela, el juez analiza la violación, interpreta y la determina a la luz del ordenamiento constitucional.

Como conclusión de lo anterior, la Corte considera que ambas acciones no son excluyentes y que es posible instaurar simultáneamente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, sin que interese que se haya solicitado o no la suspensión provisional del acto administrativo. En el caso concreto, la acción no queda suspendida por el hecho de haberse negado la suspensión provisional.

Por último, frente a la cuestión en concreto que se analiza, la Corte menciona que de acuerdo con la demanda, la controversia se originó en el otorgamiento de la licencia ambiental a la sociedad Occidental de Colombia Inc., para la realización de las actividades de prospección sísmica del bloque Samoré, sin haberse agotado el procedimiento de consulta a la comunidad indígena U'wa, con arreglo a la Constitución, al Convenio 169 de la OIT y a la ley.

Al estudiar los documentos presentados, la Corte encontró que el auto que ordenó llevar a cabo la consulta con la comunidad indígena U'wa no hacía referencia a los puntos que debían ser objeto de la misma y que luego de examinar el documento de fecha enero 10 y 11 de 1995, suscrito en Arauca, denominado "Reunión de información y consulta con el pueblo U'wa para la realización del proyecto de adquisición (sic) sísmica en el contrato de asociación Samoré celebrado entre la Empresa Colombiana de Petróleos -Ecopetrol y Occidental de Colombia, Inc.", se encontró que la licencia ambiental se expidió el 3 de febrero de 1995, no obstante que para esa época estaba prevista "la segunda reunión de interlocución" y que aún se encontraban pendientes de realizar otros acuerdos. Dicha segunda reunión se llevó a cabo en fecha posterior, cuando la comunidad manifestó su inconformidad con el hecho de haberse expedido la licencia sin dar por finalizada la consulta.

Visto por la Corte que la voluntad de la comunidad U'wa ha sido desde un principio, la de oponerse a la ejecución del proyecto de prospección debido al riesgo que entraña para su supervivencia; que la reunión de los días 10 y 11 de enero de 1995 no se configuran en una consulta y que los hechos posteriores al acto que otorga la licencia ambiental carecen de valor y significación; que las múltiples reuniones que la Occidental Inc., ha realizado carecen de valor por ser las autoridades las competentes para ello; y que existe una contradicción entre los representantes del Ministerio de Interior y los del Medio Ambiente sobre si se realizó o no la consulta, estima que

“el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental se cumplió en forma irregular y con desconocimiento del derecho fundamental de la

comunidad U'wa, en relación con la consulta que formal y sustancialmente ha debido hacerse. Consecuencialmente, resultan vulnerados no sólo los derechos de participación, según el Art. 40-2, y a la integridad de la comunidad U'wa, sino el derecho al debido proceso”.

A propósito, el alto Tribunal considera que la tutela sí es procedente como mecanismo transitorio que pretende evitar un perjuicio irremediable, el cual en sentir de la Corte, consiste en que si se ejecuta la licencia ambiental, se violaría de forma permanente el derecho fundamental a la participación de la comunidad, a punto tal que de resultar positiva la labor exploratoria, la fase de explotación se desarrollaría con desconocimiento de los derechos fundamentales aludidos y afectando la integridad de la comunidad U'wa.

Con base en lo anterior, la Corte decidió revocar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia; confirmar la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá -Sala Especial, con la modificación de que se tutelan, los derechos a la participación, a la integridad étnica, cultural, social y económica y al debido proceso de la comunidad U'wa; ordenando que, con el fin de hacer efectivo el derecho fundamental de participación de la comunidad U'wa, se proceda en el término de 30 días hábiles, a partir de la notificación de esta sentencia a efectuar la consulta a la comunidad U'wa.

Análisis del caso:

El fallo anteriormente expuesto, nos permite realizar, a la luz de los criterios antes anotados, un análisis acerca de la posición que la jurisdicción colombiana asumió en relación con el caso de la petrolera Occidental de Colombia, en la cual se ven involucrados hechos violatorios de los derechos humanos.

Para ello resulta importante tener en cuenta en primer término, que la sentencia citada corresponde a una jurisprudencia que unifica la posición de la Corte Constitucional acerca de la procedencia de la tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, cuando éste se compara con la jurisdicción contencioso administrativa; a su vez, que trata casi que por primera vez, el concepto de la Consulta Previa, y se convierte en precedente para casos posteriores en los cuales se trata el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

Partiendo de dicha aclaración, resulta pertinente establecer el marco jurídico y político en el cual tiene asidero el fallo *sub examine*.

Según la Constitución Política de 1991, Colombia es un Estado Social de derecho organizado como república unitaria y descentralizada, democrática, participativa y pluralista; en donde se reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona y se establece una serie de derechos, garantías y deberes para todo aquel que se encuentre dentro de su jurisdicción.

Entre los derechos y garantías fundamentales que reconoce la Carta, se encuentran aquellos de carácter civil y político, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la igualdad, la libertad de conciencia, de cultos y de expresión, al debido proceso y a la libre asociación; los económicos, sociales y culturales, tales como la salud, la seguridad social, la educación, el trabajo y la vivienda; y los colectivos y del ambiente.

Para su protección, el artículo 86 de la Constitución establece la acción de tutela como mecanismo para que toda persona busque por medio de los jueces, el amparo inmediato de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten amenazados y vulnerados, y no exista otro medio judicial para protegerlos de manera efectiva.

Al respecto, el Decreto 2591 de 1991 establece la posibilidad de que dicha acción se interponga cuando por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, se lesione o amenace vulnerar alguno de los derechos fundamentales establecidos en la Carta.

A su vez, la Constitución reconoce que Colombia es un Estado pluralista que reconoce la diversidad cultural que existe dentro de su territorio, la cual se ve reflejada entre otras cosas, en la existencia de 81 familias lingüísticas, distribuidas en más de 30 millones de hectáreas en el país (Montero, 2006), en zonas que han sido reconocidas como su territorio y se ha establecido una serie de regulaciones específicas en materia de tierras y recursos naturales.

En relación con el manejo de los recursos naturales, el artículo 330 constitucional dispone que los consejos administrativos de las entidades territoriales indígenas tengan entre otras funciones, velar por la preservación de los recursos naturales y que “[l]a explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”. Disposición a la cual debe agregarse la Ley 99 de 1993 que ratifica lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

En cuanto hace a la propiedad de estos recursos, el Estado reconoció a las comunidades y pueblos indígenas, la condición de plenos propietarios de los territorios que ocupan, con lo cual les otorgó pleno dominio de los suelos y flora existentes en los territorios de su propiedad (Arango y Sánchez, 2004: 127). Territorios que de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT son inembargables, imprescriptibles e inalienables.

No obstante lo anterior, en relación con los recursos del subsuelo, surge allí una tensión en tanto que de acuerdo con la normativa nacional, la propiedad del subsuelo es de la Nación, mientras que para los indígenas, no cabe disociar el suelo, sus recursos y el subsuelo (Ibíd., 139).

Dicha tensión se ha hecho evidente en diversas situaciones que como en el caso U'wa, han llevado a las comunidades y pueblos indígenas a acudir a las instancias judiciales en procura de la protección de sus derechos fundamentales por medio de la acción de tutela bien contra autoridades del Estado o incluso, contra particulares involucrados en la situación, debido a los intereses que tienen en la explotación de cierto tipo de recursos naturales renovables y no renovables⁶⁴.

De conformidad con lo anterior, en el caso concreto, el Defensor del Pueblo de la época, instauró una acción de tutela contra del Ministerio el Medio Ambiente y la empresa Occidental de Colombia Inc., en consideración a que con sus acciones y omisiones estaban vulnerando los derechos del pueblo U'wa a la vida, al territorio, a la autodeterminación, a la defensa de la cultura étnica, a los recursos naturales y a los beneficios de su explotación, a vivir y a trabajar por el país y a su organización propia, el derecho fundamental a la participación social y comunitaria, especialmente en las decisiones que pueda afectarlos como comunidad.

Dichas peticiones, como se vio, se encontraron fundadas por parte del juez de primera instancia que concedió la petición y en consecuencia, ordenó inaplicar la resolución en cuestión, hasta cuando se surtiese debidamente la consulta al pueblo

⁶⁴ Mediante sentencia de tutela T 880 de 2006, la Corte Constitucional Colombiana resolvió el caso de la Comunidad Indígena Motilon Bari, la cual vió vulnerados sus derechos a la integridad étnica y cultural, a la participación en las decisiones que los afectan, y a la vida y a la integridad del pueblo indígena, toda vez que el Ministerio del Interior expidió una certificación negando la presencia de este en la región del Catatumbo – sin llevar a cabo consulta previa - y con base en ella, el Ministerio del Medio Ambiente expidió una licencia ambiental para que la empresa ECOPETROL iniciara trabajos exploratorios en el Bloque Alamo I. La Corte Constitucional decidió en este caso, entre varios puntos: “- ORDENAR a la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL S.A. suspender las actividades exploratorias que adelanta en la vereda El Progreso, corregimiento de La Gabarra, jurisdicción del municipio de Tibú, departamento de Norte de Santander y adoptar las medidas necesarias para que la medida se cumpla efectivamente”; y “ORDENAR a los Ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial y a ECOPETROL S.A. inaplicar, en los procesos de consulta que habrán de adelantar con el Pueblo Indígena Motilón Bari, por manifiesta incompatibilidad con la Carta Política, el Decreto 1320 de 1998; en su lugar, consultar a las autoridades indígenas los procedimientos y límites de espacio y tiempo que serán utilizados para adelantar las consultas definitivas, de buena fe, utilizando para el efecto métodos apropiados y con el fin de llegar a un acuerdo.” (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T 880 de 2006, M.P. Alvaro Tafur Galvis)

indígena U'wa. Posición que fue ratificada por la Corte Constitucional en el sentido de que, modificando algunos de los fundamentos de derecho, ordenó hacer efectivo el derecho fundamental a la participación del pueblo indígena, mediante la realización de la consulta.

Al respecto, es de especial relevancia el hecho de que la Corte se refiriera no sólo a los derechos fundamentales establecidos dentro de la Constitución sino que además, los enmarcara dentro de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado en relación con los derechos humanos, particularmente con el Convenio 169 de la OIT, el cual le permite al órgano jurisdiccional interpretar de mejor manera los derechos de la comunidad que se encontraban en juego.

Lo anterior, gracias a que mediante el artículo 93 de la Constitución Política colombiana,

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Si bien en tal sentido, puede afirmarse que la Corte protegió los derechos de la comunidad indígena, en la medida en que el Ministerio del Medio Ambiente los había desconocido al expedir la licencia, debe resaltarse que en relación con la empresa Occidental Inc., también demandada, no hubo pronunciamiento alguno; situación que obedeció a la consideración que hace la Corte en cuanto que la obligación de la consulta sólo corresponde a las autoridades, tal como se la endilga el Convenio 169 de la OIT a los Estados parte.

Si bien ello es cierto, debe afirmarse que la Corte pasó por alto el deber que tienen las empresas de no desconocer los derechos humanos de quienes resultan directamente involucrados o afectados por sus acciones, pues la Occidental no debió haber omitido su deber de exigir la realización de una consulta previa en debida forma y efectiva, a sabiendas de las implicaciones que su no cumplimiento acarrearía.

Situación en la cual además, resulta manifiesta la posición de indefensión de la Comunidad U'wa en relación con la Occidental Inc., y que al respecto, la Corte Constitucional lo señaló,

“Es importante resaltar entonces que la indefensión se predica respecto del particular contra quien se interpone la acción. Este particular es quien con su conducta activa u omisiva pone en peligro o vulnera un derecho fundamental concreto del indefenso. La indefensión no se predica en abstracto, sino que es una situación relacional intersubjetiva, en la que el demandante es uno de los extremos y el demandado es el otro. El primero ha sido ofendido o amenazado por la acción del segundo. Adicionalmente, el demandado no tiene posibilidades ni de hecho ni de derecho para defenderse de esa agresión injusta” (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia SU 1723 de 2000).

De esta manera, teniendo en cuenta que la Occidental Inc., con su conducta omisiva de no exigir y participar en la realización de una consulta efectiva, puso en peligro no sólo el derecho a la participación de la comunidad mediante la consulta previa, sino también el derecho a la integridad étnica, cultural, social y económica, y por qué no, al debido proceso, se puede concluir que en el caso concreto, la Corte Constitucional desconoció toda responsabilidad de la empresa en el caso *sub examine*.

De donde se desprende que en el caso concreto, la Corte no propone alguna estructura de responsabilidad, diferente a la del Estado, como obligado a llevar a cabo la consulta previa, lo cual lleva a que por una parte, no haya lugar a reparación para la comunidad, salvo aquella medida que obliga al Ministerio del Medio Ambiente a llevar a cabo la consulta.

CONSTRUCTORA LIMA ARAUJO (Brasil)

Antecedentes

El tercer caso que a continuación se presenta, ha resultado de gran importancia tanto en el ámbito laboral como en el de los derechos humanos, en la medida en que se convirtió en una decisión ejemplarizante no sólo para la empresa sino también para las demás que eventualmente incurran en prácticas similares en Brasil.

El caso puede resumirse brevemente, mencionando que el Tribunal Superior del Trabajo de Brasil, rechazó el recurso de revista interpuesto por la empresa constructora Lima Araujo contra la decisión adoptada por el Tribunal Regional del Trabajo de la 8ª región, en la cual se le condenaba a pagar una indemnización por valor de R\$5.000.000, por concepto del daño moral causado a las personas que se encontraban trabajando en condiciones de esclavitud en sus propiedades.

Fallo del Tribunal Superior del Trabajo

El 8vo Tribunal Regional del Trabajo tuvo que resolver los dos recursos ordinarios interpuestos por parte del Ministerio Público del Trabajo y los demandados, en relación con la sentencia que se dictó en primera instancia. En su decisión, este establece que el recurso ordinario del Ministerio Público era oportuno, que la alegación de cercenar la defensa se encontraba precluida, que no había una pérdida de objeto de la acción, tal

como alegaban los demandados y que el valor del daño moral colectivo debía ser mejorado.

En cuanto hace a la alegación, respecto de que el objeto de la acción se pierda, el Tribunal verificó el incumplimiento de las normas laborales, y consideró que el valor del daño colectivo debía elevarse, considerando la gravedad de la lesión y la reincidencia de las empresas demandadas.

Para soportar dichas decisiones, el Tribunal Superior del Trabajo se sustentó en los diversos autos en los cuales constan las infracciones a la ley laboral que fueron encontradas en instalaciones de propiedad de la empresa, desde las primeras fiscalizaciones que se hicieron en 1998 hasta las últimas que se hicieron en 2003.

En la primera fiscalización que se llevó a cabo en febrero de 1998, se encontraron las siguientes infracciones: dejar de abastecer agua a los trabajadores; dejar de cumplir y hacer cumplir las Normas Regulatoras relativas a la seguridad e higiene en el trabajo, pues los trabajadores estaban en condiciones precarias de alojamiento y sin instalaciones sanitarias; no dotar a los trabajadores de equipos de protección individual adecuados al riesgo y en perfecto estado de conservación; y no proveer elementos de primeros auxilios, puesto que se encontraron personas cortadas, con heridas sin cicatrizar y con infecciones secundarias, entre otras.

Luego de la primera fiscalización, en junio del mismo año, se realizó la segunda fiscalización de la cual emanó una acción civil pública que fue homologada por acuerdo en el cual la empresa Lima Araujo Agropecuaria se comprometió a cumplir diversas obligaciones so pena de ser objeto de multa.

Posteriormente, la empresa fue fiscalizada de nuevo en octubre de 2001, debido a una denuncia de un empleado, diligencia en la cual se encontraron las siguientes

infracciones: trabajadores sin registro; discriminación salarial entre los trabajadores casados y los solteros, con menor remuneración para los segundos; alojamientos inadecuados con vigilancia armada, sin agua potable y sin instalaciones sanitarias; limitaciones a la libre disposición del salario, pues la empresa contaba con un almacén para abastecimiento de alimentos y vestuario, en donde les permitían endeudarse en sumas mayores a las de sus salarios, lo cual posteriormente los mantenía endeudados y sin posibilidad de renunciar.

Como consecuencia de los hallazgos de la fiscalización, resultó una acción civil pública que condenó al cumplimiento de acciones de hacer, no hacer y al pago de una indemnización de treinta mil reales (R\$30.000).

En noviembre de 2002, en una nueva fiscalización, se encontraron las siguientes infracciones: limitación de la libertad de los empleados para disponer de su salario; mantener edificaciones destinadas al almacenamiento de productos químicos sin señalización; mantener a un trabajador con síntomas de intoxicación en sus actividades rutinarias; dejar envases vacíos de productos tóxicos abandonados y permitir su reutilización por los empleados en los campamentos; no conceder a los empleados un descanso semanal de 24 horas consecutivas; venta de equipos de protección en vez de su dotación gratuita, mantener en el servicio doméstico a menores de 14 años.

La última fiscalización se llevó a cabo en el mes de febrero de 2003, con base en la cual el Tribunal señala que el informe evidencia las prácticas reincidentes de la empresa por mantener a sus trabajadores en situaciones análogas a las de esclavos, sin cumplir con los acuerdos que se firmaron y sin observar las condiciones y obligaciones de hacer. Al respecto, declara que es evidente cómo dentro de las haciendas de propiedad de la empresa, existían dos tipos de empleados, los regulares y los de servicios independientes, siendo estos últimos los que vivían en situaciones irregulares.

Con base en lo anterior, el Tribunal consideró que además de mantener las obligaciones de hacer y no hacer a las que había sido condenada la empresa, so pena de ser multada a pagar R\$10.000 por empleado irregular, no era una decisión excesiva dadas las reiteradas fiscalizaciones y la reticencia a observar las condiciones mínimas de higiene, salud y seguridad en el trabajo.

En relación con la condena por daño moral, el Tribunal antes de revisar el *quantum*, hace alusión al hecho de que la existencia de trabajo en condiciones análogas a las de la esclavitud, casi como campeonos en la práctica, hace que todos los brasileros se avergüencen y sufran un daño moral que debe ser reparado con el principal objetivo de inhibir que se repitan conductas similares.

Bajo tal perspectiva, a diferencia de lo que los recurrentes alegaban, en cuanto a que la indemnización debía ser reducida a menor valor porque habían cumplido con sus obligaciones de hacer, y además resultaba desproporcionada, el Tribunal consideró que la multa no debía ser sólo de carácter indemnizatorio sino también inhibitorio.

Lo anterior bajo las siguientes consideraciones: i) el carácter de las innumerables infracciones que fueron cometidas por los demandados; ii) la reincidencia en estas prácticas de mantener a los trabajadores como esclavos, pues la empresa demandada ya forma parte de otras acciones colectivas en las cuales fue condenada al pago de una indemnización moral por R\$30.000; iii) que según la Convención sobre Esclavitud de 1926, su práctica es un estado o condición de un individuo sobre el cual se ejerce total o parcialmente los atributos del derecho a la propiedad, estando el esclavo en esta situación; que la reducción de una persona a condiciones análogas a la esclavitud fue reconocida por la ley penal al señalar que se entiende por ésta a una persona física sometida a trabajos forzados a jornadas de trabajo exhaustivo, a condiciones de trabajo degradantes o a su locomoción reducida, debido a las deudas contraídas con el empleador; y que v) el trabajo esclavo acarrea una ofensa frontal a la dignidad humana y reflexivamente a todo el sistema protectorio laboralista y a los valores sociales del trabajo, protegidos por el artículo 1 de la Constitución Federal.

De donde el Tribunal afirma que la indemnización moral colectiva debe ser definida en un valor justo y razonable en consideración de los daños causados a los empleados, a sus condiciones personales y económicas, y a la gravedad de la lesión cometida en sus derechos fundamentales, y a su honra e integridad psicológica. Así como también, se debe observar los principios de la razonabilidad, la equidad y la proporcionalidad, de tal suerte que el acto no quede impune y sirva de escarmiento al ofensor.

De acuerdo con lo cual, el Tribunal colegiado fijó la indemnización en R\$ 5.000.000 por el daño moral constatado, y se negó a conceder el recurso de revista interpuesto por la empresa recurrente.

Análisis del caso:

Vistos los hechos y consideraciones del Tribunal dentro del caso contra Lima Araujo, puede establecerse una serie de reflexiones acerca de la responsabilidad de la empresa frente a los derechos humanos que resultan vulnerados con ocasión de las acciones y omisiones de la empresa. En tal sentido, se harán las referencias con base en los criterios que se han venido trabajando.

Una primera consideración que debe hacerse, tiene relación con el hecho de que esta sentencia sienta un precedente jurisprudencial en Brasil, frente a una situación que viene afrontando el país desde hace varios años, la esclavitud contemporánea, en la cual se encuentran involucradas grandes empresas que se benefician de esta práctica para producir bienes que se comercializan a gran escala en el mercado nacional y en los mercados internacionales. Hechos por los cuales aún no han sido condenados los responsables dentro del país, aun cuando ya existen casos ante la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos, en donde Brasil ha tenido que aceptar su responsabilidad en los hechos⁶⁵.

Para analizar la postura del Tribunal Superior del Trabajo, resulta pertinente considerar el contexto jurídico político en el cual se da el fallo citado. Al respecto, debe señalarse que la Constitución Política del Brasil reconoce que el país es un Estado federal, conformado por estados, municipios y por el Estado Federal que se funda en la soberanía, la ciudadanía, la dignidad de la persona humana, los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa, y en el pluralismo político.

Bajo tal perspectiva, define una serie de derechos y garantías fundamentales, entre los cuales resultan relevantes en el análisis del caso, los siguientes: el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad, el derecho a no ser sometido a tortura o trato cruel o degradante, el derecho a indemnización por daño material o moral, y el derecho al libre ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión, cumpliendo las cualificaciones profesionales que la ley establezca.

A su vez, dentro de los derechos sociales que la Carta establece, se encuentra reconocido el derecho al trabajo, frente al cual se establece una serie de garantías para los trabajadores urbanos y rurales, entre las cuales se destacan las siguientes:

El contrato de trabajo protegido contra el despido arbitrario o sin justa causa; el seguro de desempleo, en caso de desempleo involuntario; el salario mínimo, fijado en ley y unificado para toda la nación, capaz de atender sus necesidades vitales básicas y las de su familia como vivienda, alimentación, educación, salud, descanso, vestido, higiene, transporte y seguridad social, quedando prohibida su afectación a cualquier fin; la protección del salario en la forma de la ley, constituyendo delito su retención dolosa; la duración del trabajo normal no superior a ocho horas diarias y a cuarenta y cuatro

⁶⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 95/03, Petición 11.289. Solución Amistosa, José Pereira contra Brasil, 24 de Octubre de 2003.

semanales; el descanso semanal remunerado, preferentemente en domingo; el disfrute de vacaciones anuales remuneradas; la reducción de riesgos inherentes al trabajo, por medio de normas de salud, higiene y seguridad; la remuneración adicional para las actividades penosas, insalubres o peligrosas, en la forma de la ley; la prohibición de diferencias salariales, de ejercicio de funciones y de criterios de admisión por motivos de sexo, edad, color o estado civil; y la prohibición del trabajo nocturno, peligroso o insalubre a los menores de 18 años y de cualquier trabajo a las menores de 14, salvo en condición de aprendiz.

Como se observa, de lo anteriormente descrito y de la lectura de la Constitución Política de Brasil, es claro que esta última se elaboró bajo una fuerte influencia de lo social, especialmente en lo relacionado con el derecho al trabajo, el cual es ampliamente desarrollado en el texto de la misma, tanto como valor y como derecho, lo cual eleva no sólo su importancia jurídica, sino que por supuesto revela el valor político del mismo, en cuanto que al haberlo consagrado en la Carta, impide que su contenido sea modificado con facilidad y que por el contrario, se requiera de un gran consenso para su cambio.

En términos legales, la legislación laboral brasilera dispone de una serie de obligaciones y derechos para los empleadores y para los trabajadores, entre los cuales se destacan aquellas obligaciones que fueron incumplidas por la empresa Lima Araujo, a saber: contar con el registro de los trabajadores, en el cual se describan todas las condiciones que interesan a la protección del trabajador, el número mínimo de horas de descanso, el derecho a un salario, a vacaciones y a equipamiento, las normas relacionadas con la seguridad e higiene necesarias dentro del trabajo, y la protección de los menores en el trabajo.

Tales normas disponen que ante el incumplimiento de estas obligaciones, se impondrán multas tasadas bien sea con base en el valor del salario mínimo o en otra tarifa legal, y que en el caso de reincidencia o desacato, estas aumentarán de acuerdo con el tipo de infracción cometida, su gravedad y a la situación social y económica del infractor.

Dado que en el caso concreto, era el Tribunal Superior del Trabajo el juez competente⁶⁶, pudo haber ocurrido que este se limitara a confirmar la sentencia del Tribunal Regional, en el sentido de que de conformidad con los hechos, se encontraban probadas una serie de infracciones a la legislación laboral, para las cuales se han definido unas multas; sin embargo, lo cierto es que el Tribunal Superior fue más allá, atendiendo a lo que dispone la Constitución Política de Brasil.

En tal sentido, es de resaltar que dentro de sus consideraciones de derecho, afirmara que los hechos eran contrarios no sólo a lo dispuesto por la legislación laboral, sino que además confrontaban directamente la dignidad de la persona humana y la honra objetiva y subjetiva de los empleados sujetos a tales condiciones degradantes de trabajo, así como, reflexivamente, afectaba a todo el sistema laboral protectorio y los valores sociales y morales del trabajo, protegidos por el artículo 1 de la Constitución Federal.

Lo cual por supuesto, refleja la intención del Tribunal Superior de reconocer en tal situación, una afrenta a los derechos fundamentales reconocidos dentro de la Constitución y a los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales que han sido ratificados por Brasil. En particular, considerando el tipo de vulneración y el contexto en el cual ocurre.

El Tribunal Superior hace una pequeña alusión al respecto, en cuanto que es vergonzoso para los brasileros que sea Brasil uno de los países donde la práctica del trabajo esclavo sea más común, en especial en el estado de Pará, donde los hacendados, en su mayoría provenientes de otros estados de la Federación, llevan a cabo estas prácticas, reclutando trabajadores de estados vecinos, lo cual convierte el asunto en un problema nacional que debe seguir siendo combatido con todo rigor.

⁶⁶ De acuerdo con el artículo 63 del Decreto Ley 5.452 del 1º de mayo de 1943, que regula el régimen laboral, toda diferencia surgida de la relación entre empleadores y empleados, en actividades reguladas por la legislación social, serán dirimidas por la justicia del trabajo. Razón por la cual este caso de trabajo esclavo fue conocido por la jurisdicción laboral, bajo el entendido que la empresa, como empleador, era objeto de las fiscalizaciones adelantadas por el Ministerio del Trabajo, al tener personas subordinadas con quienes aparentemente tenía una relación laboral. También es importante anotar además que el Código Penal, mediante su artículo 149, también penaliza este tipo de acciones de trabajo forzado o esclavo, a lo cual debe agregarse el Convenio 29 de la OIT que otorga el amparo legal necesario a las acciones de combate al trabajo esclavo.

Dicha afirmación lleva a tener en cuenta los esfuerzos que la Organización Internacional del Trabajo reconoció en su informe “*Combatendo o trabalho escravo contemporaneo: o exemplo do Brasil*” de 2010, al señalar que desde hace 15 años, con la creación de la Comisión Interministerial para coordinar acciones de combate al trabajo esclavo⁶⁷, Brasil ha venido desarrollando acciones creativas, únicas y contundentes para lidiar con esta severa violación de los derechos humanos, entre las cuales una de ellas es la creación del Grupo especial móvil de fiscalización del Ministerio Público de Trabajo y Empleo, el cual fiscalizó en varias oportunidades a la empresa Lima Araujo, y el Pacto Nacional para la erradicación del trabajo esclavo, por medio del cual grandes empresas se comprometen a prevenir y erradicar el trabajo esclavo en sus cadenas productivas, mediante su propio monitoreo.

Acciones como estas, pretenden dar respuesta al problema del trabajo esclavo⁶⁸, desde la perspectiva de sus causas, entre las cuales se reconocen las siguientes: i) la situación de pobreza que afecta a gran parte de la población brasilera, especialmente en la zona rural de la región del noreste, en donde estas personas no cuentan con renta ni servicios públicos -causa económica- (OIT, 2010: 113); ii) el hecho de que en el siglo XIX, todas las actividades económicas en el Brasil reposaban en la esclavitud colonial, y que con su prohibición, se liberó gran cantidad de mano de obra que trabajaba en las haciendas, y la dejó s sin terrenos para trabajar, situación que se reforzó con la ley de tierras que en su momento impulsó el Gobierno, y llevó a miles de personas a que su única opción de seguir trabajando para aquellos que sí eran propietarios, los hacendados –causa histórica- (Ibíd., 116); iii) como efecto de la colonización, se generó un modelo de producción fundamentado en un patrón cultural de relaciones jerárquicas que deshumanizan al otro, el cual está mediado por el código de ética de los trabajadores esclavizados que les impide dejar el trabajo antes de pagar la deuda que tienen con sus empleadores –causa cultural- (Ibíd., 117); y finalmente, iv) la impunidad en la cual permanecen las personas que practican la esclavitud y el desconocimiento de los

⁶⁷ La creación de esta comisión fue uno de los puntos de acuerdo de la solución amistosa en el caso de José Pereira, una persona sometida a trabajo esclavo, el cual fue llevado ante la Comisión Interamericana de derechos Humanos, instancia en la cual el Estado brasilero reconoció públicamente la existencia de este flagelo en su país.

⁶⁸ El trabajo esclavo contemporáneo en Brasil, se caracteriza porque es de corta duración, la persona es tratada como un bien mercantil, se ejerce un poder total sobre la víctima aunque temporalmente, y la gran mayoría de las personas explotadas vienen de lugares distintos de donde están ubicadas las haciendas (OIT, 2010: 40).

trabajadores de las leyes y sus derechos. Situación que se agudiza en la medida en que en la actualidad, son pocas las demandas que existen por este delito en el país y la levedad de las penas no evita que los crímenes se repitan. Las acciones de indemnización por daño moral y material son medidas de emergencia que procuran sacar de la extrema pobreza a los trabajadores, sin que por ahora se haya logrado el impacto querido por las vías jurídicas –causas jurídicas- (Ibíd., 121).

Visto el contexto y los determinantes del trabajo esclavo en Brasil, no resulta difícil entender el fallo del Tribunal Superior en el sentido de imponer una pena ejemplarizante. Cuestión que en todo caso, como lo anota la OIT, de alguna manera no se ajusta a los parámetros de lucha contra la impunidad, en la cual quien comete el delito no es castigado.

En todo caso, debe destacarse de allí, que se reconoce a la empresa/empleador una responsabilidad civil por los daños causados a las personas que tenía en situación de esclavitud, derivada de la acción civil pública que se ejerce por parte del Ministerio Público. En donde efectivamente se presentan situaciones contrarias a lo establecido en las normas, en este caso laborales y constitucionales, las cuales generan un daño en quienes están sometidos a trabajo esclavo, como consecuencia de su inobservancia. Situación que apareja el deber del causante del daño por reparar.

En relación con el tipo de reparación, debe mencionarse que tal como se observó con anterioridad en el caso *sub examine*, debido a la naturaleza de la responsabilidad endilgada (civil), la reparación se limitó a la indemnización de daños morales y materiales causados, sin incluir alguna otra medida de reparación distinta a la de carácter dinerario. Frente a lo cual, hay que destacar que si bien la medida no toma en cuenta otras formas de reparar integralmente a las víctimas, sí es cierto que de acuerdo con el contexto de impunidad que se vive frente a este flagelo sobre los derechos humanos, el hecho de que la condena sea ejemplarizante o inhibitoria tiene un contenido político y moral importante, con miras a persuadir a otros de que lo sigan cometiendo.

CASO HACIENDA OJO DE AGUA (Costa Rica)

Este último caso, remite a uno de los múltiples conflictos que hoy en día se vienen presentando, con ocasión de la tendencia actual de la producción de cultivos de carácter industrial en forma de monocultivos⁶⁹ (modelo de producción agroindustrial), y los efectos que han venido causando en diversos grupos de poblaciones que se han visto afectados bien sea de manera directa o indirecta con esta práctica.

De acuerdo con diversas denuncias provenientes de la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales, este sistema agrícola ha venido mostrando sus efectos negativos tales como:

“concentración del acceso y control de la tierra, el agua y los recursos naturales, con consecuente desalojo de campesinos/as y pueblos originarios de sus lugares; degradación alarmante de los suelos y las fuentes de agua y destrucción de los ecosistemas naturales; deforestación y producción significativa de gases de efecto invernadero que contribuyen al cambio climático; destrucción de las economías y culturas rurales y consecuente éxodo forzado a las ciudades; condiciones de trabajo precarias en las plantaciones y uso intensivo de pesticidas que afectan la salud de los/as trabajadores/as y las comunidades adyacentes; así como producción de alimentos de dudosa calidad nutritiva, escándalos sanitarios y proliferación de enfermedades causadas por este tipo de alimentación” (Cuadrado y Castro, 2009:13).

Frente a lo cual, debe advertirse el fuerte impulso que no sólo los Estados, sino también la inversión privada le han venido dando a este modelo de producción que ha llevado a que en la actualidad, existan múltiples denuncias en todo nivel y demandas ante

⁶⁹ “Según la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), los monocultivos son la práctica agrícola de cultivar un único tipo de planta en toda una finca o área determinada. El sistema agrícola convencional/productivista, también conocido como modelo agrícola industrial, se caracteriza por preferir los monocultivos y la producción a gran escala, utilizar prácticas de producción intensivas recurriendo fuertemente al uso de capital, tecnología e insumos petroquímicos externos, y orientarse al mercado nacional y cada vez más al global, gracias a la liberalización del comercio agrícola y las políticas de seguridad alimentaria basadas en el comercio internacional” (Emanuelli, et al., 2009: 13).

estrados judiciales nacionales e internacionales, en los cuales se señala como responsables de violaciones a los derechos humanos no sólo a los Estados sino también, a empresas transnacionales y nacionales que han ingresado en el negocio, como se verá en el fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, contra la empresa Hacienda Ojo de Agua.

Fallo de la Sala Constitucional

Mediante la Resolución 2000 – 9040, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica resolvió el recurso de amparo interpuesto por los miembros de las comunidades de El Cairo, La Francia y Luisiana del Cantón de Siquirres contra la Empresa Hacienda Ojo de Agua S.A., la Municipalidad de Siquirres, el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA), el Ministerio de Salud, el Ministerio del Ambiente y Energía, la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA), y el Ministerio de Agricultura y Ganadería, en relación con los hechos que en adelante se enuncian:

- El Ministerio de Salud, la Municipalidad de Siquirres y el Ministerio del Medio Ambiente otorgaron permiso sanitario y de funcionamiento a la empresa Hacienda Ojo de Agua, ubicada en el Distrito de El Cairo, para que iniciara operaciones en el año 2000, con una plantación de piña de aproximadamente 20 hectáreas que se ha expandido, presuntamente sin permiso ni estudios de impacto ambiental, en cerca de 300 hectáreas, que se extienden sobre el manto acuífero que da origen a la naciente que nutre el acueducto de El Cairo y Luisiana.
- De acuerdo con los recurrentes, la referida empresa ha contaminado con agrotóxicos los acueductos de El Cairo y Luisiana. Dichos residuos tóxicos, una vez se filtran, contaminan el agua que consumen las comunidades circundantes a la empresa, situación que se ve agravada por el hecho de que la tecnología utilizada en el cultivo de la piña es de gran concentración y frecuencia en su uso.

- Durante 7 años, las comunidades han venido afrontando este problema, con el agravante de que la sustancia contaminante, Bromacil, es relativamente móvil y puede causar una contaminación más generalizada de las aguas subterráneas y de los pozos de la zona.
- De acuerdo con diversos estudios que se han realizado, la sustancia que es considerada como agente cancerígeno para los humanos y los animales, prevalece en el agua en concentraciones determinadas pero persistentes y afecta la salud humana.
- Las comunidades presentan con frecuencia enfermedades tales como pérdida de la visión, mareos y vómitos ocasionales, caída del pelo, diarreas, muertes extrañas sin diagnóstico claro, tumores, cáncer, alta frecuencia de abortos con fuerte incidencia de malformaciones mutagénicas, aumento de mortalidad perinatal y otros males, como constantes problemas respiratorios.
- A pesar de las evidencias que existen acerca de la contaminación de agua, encontradas en estudios realizados en 2004, 2006 y 2007, no se han tomado las medidas legales correspondientes para estos casos.
- De igual forma, en materia de salud y agricultura, las autoridades tampoco han adoptado las medidas correspondientes para el caso.
- En sesión del concejo municipal de Siquirres, celebrada el 19 de julio, ante toda la comunidad, se adoptó un acuerdo a favor de la vida de las familias de estas comunidades, el cual no se ha hecho efectivo porque la empresa Hacienda Ojo de Agua, continúa realizando operaciones en desacato a lo establecido por el gobierno local, específicamente en lo relacionado con el numeral 1 del acuerdo, que declara “la moratoria inmediata y permanente de los procesos productivos que se realizan sobre el manto acuífero y zona de recarga que sirve de base para las captaciones de los acueductos de El Cairo y Luisiana”
- Con base en lo anterior, “la empresa Ojo de Agua es la responsable de esta contaminación del agua, ya que está operando en forma ilegal sobre el manto acuífero que nutre los acueductos de El Cairo y Luisiana y esto es lo que está causando el daño a la salud de las personas, al ambiente y los recursos naturales”.

- Además, debido a su negligencia, las instituciones del Estado son corresponsables de los efectos nocivos que se están presentando en la salud de las personas que han estado expuestas a la contaminación con estos tóxicos.

Con base en las alegaciones de los recurrentes, se pronunciaron la Ministra de Salud, el Gerente General del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, el Ministro del Ambiente y Energía, la Secretaria General de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, el Ministro de Agricultura y Ganadería, la empresa Hacienda Ojo de Agua y el Alcalde Municipal de Siquirres, quienes solicitaron que se desestimara el recurso de amparo por no haber lugar para él.

Después, por solicitud de la Sala, se formularon preguntas aclaratorias a los demandados y se solicitó a otras entidades para que rindieran su versión sobre algunos aspectos particulares del caso.

Una vez finalizado este trámite, la Sala Constitucional fijó los hechos que encontró como probados y concluyó que

“a. Existe peligro para las comunidades amparadas por la presencia de agroquímicos en el agua para consumo humano. En este sentido, hay evidencia de que los productos que se han venido indicando (Bromacil, Diuron, Triadimefon), pueden tener efecto cancerígeno.

b. La plantación de piña de la empresa accionada está asentada sobre el manto acuífero correspondiente a las nacientes que abastecen de agua a los acueductos de las comunidades amparadas.

c. En esa plantación de piña se ha utilizado el agroquímico Bromacil.

d. Los Ministerios accionados, sean, el de Salud, el de Ambiente, el de Agricultura, así como el Instituto de Acueductos y Alcantarillados, conocían de la contaminación del agua en esas nacientes desde, al menos, el año 2003.

e. Los niveles de contaminación por agroquímicos en el agua de esas nacientes prácticamente se han mantenido similares, desde el año 2003”.

A lo cual debe agregarse que la Sala Constitucional, teniendo en cuenta las declaraciones presentadas por parte del Ministerio de Salud y el Laboratorio Nacional de Aguas del Instituto de Acueductos y Alcantarillados, en el sentido de que al no existir regulación alguna sobre los niveles de Bromacil y de Diuron en el agua, lo ideal sería fijar como parámetro el europeo, en la medida que éste procura el menor riesgo posible, dicha Corporación señaló que dado que los niveles de plaguicidas presentes en el agua de consumo de las comunidades afectadas, son superiores a la norma de protección europea y existe evidencia de que esos productos pueden causar cáncer, resulta imposible no conceder el amparo que solicitan los recurrentes.

Al respecto, la Sala llama la atención en el sentido que si bien este podría ser un estándar alto para un país agrícola como lo es Costa Rica, lo cierto es que no por ello debe desprotegerse los derechos de la comunidad, razón por la cual considera que primero debe estar la seguridad de que la población no sufrirá algún daño y que, teniendo en cuenta que no existe legislación que regule la materia, lo importante en este caso es tener claridad respecto de los derechos fundamentales que están en juego, tales como el derecho a la salud, el derecho a un ambiente sano y equilibrado, y el derecho al agua.

En relación con la procedencia del amparo interpuesto contra la empresa, como sujeto privado, anota la Sala que si bien no procede la acción, en tanto que no se dan los presupuestos para que ello sea así, ello “*no significa una exoneración de las eventuales responsabilidades legales en que pudiera haber incurrido, al estar claro (por lo menos*

de manera preliminar), que su concreta operación ha tenido que ver con las sustancias contaminantes encontradas en el agua de los referidos acueductos”.

Con base en tales consideraciones, la Sala concluye que *“el amparo es procedente como medio para proteger a las comunidades afectadas en sus derechos fundamentales a la salud y a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”.*

Y en consecuencia, ordena a la Ministra de Salud, al Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones y al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados que en forma inmediata, se inicie el proceso de saneamiento y eliminación de residuos de plaguicidas, de las fuentes de agua que abastecen a las comunidades amparadas de El Cairo, Luisiana y La Francia, para lo cual deben definir un plan único.

Advirtiendo que

“(…) en razón del objetivo aquí dispuesto, podrán ordenar todas las actuaciones que sean técnica y científicamente conducentes a la completa limpieza y purificación del agua de esas fuentes, lo que implica **ordenarle a la empresa Hacienda Ojo de Agua S. A., los retiros que legalmente correspondan, e inclusive, de ser necesario, prohibirle absolutamente el uso de agroquímicos contaminantes en su plantación y hasta ordenar el cierre inmediato de ésta,** si esa empresa incumpliere de cualquier forma las órdenes e instrucciones que se le dieran. Lo anterior, bajo apercibimiento de que, de no acatar esta orden, incurrirán en el delito de desobediencia y, que de conformidad con el artículo 71 de la Ley de esta Jurisdicción, se le impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo y no la cumpliere o no la hiciere cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado”(negrillas fuera de texto).

Condena además al Estado y al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, al pago de las costas, los daños y perjuicios causados con ocasión de los hechos que sirvieron de base a la Sala para resolver la cuestión.

Análisis del caso:

Al igual que con los tres casos anteriores, el caso *sub examine* será analizado a la luz de los criterios establecidos al comienzo. Para tal fin, se hará referencia a ciertos aspectos relacionados con la situación actual de monocultivos en Costa Rica, especialmente con el monocultivo de la piña, para después analizar los aspectos jurídicos en los cuales se enmarca el fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

De manera particular, debe anotarse que si bien ya existen múltiples denuncias e incluso demandas, contra empresas dedicadas a la agroindustria, por casos de violaciones a los derechos humanos en Costa Rica, el fallo tratado es uno de los pocos que ha resultado favorable a las comunidades, puesto que reconoce la violación a sus derechos humanos. Esta es una decisión de gran trascendencia, si se considera que el fenómeno de los monocultivos es cada vez más una realidad en toda Latinoamérica⁷⁰.

En el caso costarricense, corresponde referirnos al monocultivo de la piña, en relación con el cual existen hoy por hoy, múltiples demandas nacionales e incluso demandas y solicitud de medidas cautelares ante instancias internacionales, por situaciones que involucran la violación de derechos humanos, derivadas de la actividad de estos cultivos.

De acuerdo con el informe sobre la situación del sector de la piña en 2009, presentado por el Ministerio de Agricultura y Ganadería de Costa Rica, la actividad piñera ha tenido un crecimiento sostenido desde el año 2000 a un ritmo anual entre el 15 y 20%.

⁷⁰ A lo largo de toda Latinoamérica, puede resaltarse diversos monocultivos, entre ellos, por ejemplo: el cultivo de caña de azúcar en Brasil, la siembra de Palma Africana en Colombia, Ecuador, México y Guatemala para la producción de agro combustibles, y el cultivo de soya en Argentina (Emanuelli, et al., 2009: 111 – 228).

En 2009, se estimaba que había sembradas unas 50.000 hectáreas, mientras que en 2000 había tan sólo unas 9.900 hectáreas, lo cual representa un crecimiento del 500%, durante los últimos nueve años (Ministerio de Agricultura y Ganadería de Costa Rica, 2009).

Paralelo a dicho crecimiento del sector, la demanda de los países consumidores se ha hecho cada vez más exigente, al solicitar que en la producción debe existir un mejor control de la inocuidad y fitosanitario de la actividad, lo cual ha llevado a los productores a adaptarse a los mercados internacionales y sus requisitos fitosanitarios (Ibíd.)

A 2009, el Gobierno carecía aún de una política pública para la actividad piñera, lo mismo que del Manual y la Guía de Buenas Prácticas Agrícolas en Piña, herramientas con las cuales la cartera de Agricultura y Ganadería espera consolidar la agrocadena de la piña (Ibíd).

Por otra parte, las organizaciones sociales afirman en sus informes que

“La producción de piña a gran escala comienza a finales de los años ochenta en la zona sur del país, cuando la empresa Pindeco S.A., subsidiaria de Del Monte, se instala e inicia la utilización de un paquete tecnológico enfocado a producir la mayor cantidad de piña posible por hectárea. A través de éste se desarrolla un sistema productivo dependiente de los insumos químicos, que contempla el uso de herbicidas, fungicidas, nematocidas, insecticidas, fertilizantes, abonos y compuestos químicos que inducen la floración de la planta y regulan la cosecha. También se instalan complejos industriales para la recolección y empaque del producto, que cambiaron drásticamente el paisaje” (Quesada y Castro, 2009: 169).

El aumento en la producción de piña se ha extendido a lo largo de Centroamérica, y en Costa Rica principalmente en las regiones norte, sur y caribe, donde sus impactos negativos son similares aun cuando las variaciones se presentan en relación con las poblaciones, la topografía del suelo y las condiciones climatológicas, entre otras. Dicha situación ha llevado a que para 2009, existieran 26 empresas piñeras investigadas por daños ambientales, algunas de las cuales ya contaban incluso, con medidas cautelares, pues el aumento en la producción de la piña había traído consigo “fenómenos crecientes de violaciones a los derechos laborales y sindicales, impactos ambientales en las comunidades y el desplazamiento de la agricultura de subsistencia” (Colsiba, 2009: 3), así como los derechos a la salud y la alimentación (Quesada y Castro, 2009: 172).

Situación frente a la cual, desde la perspectiva de las organizaciones sociales, el Estado no ha dado respuestas efectivas, lo cual ha llevado a que las comunidades se hayan organizado en el Frente Nacional de Sectores Afectados por la Producción Piñera (FRENASAPP), que pretende fortalecer la organización comunitaria para enfrentar los efectos nocivos de la producción Piñera (Quesada y Castro, 2009: 170).

Dicha organización fue una de las que acompañó el caso en estudio y que resultó favorable para las comunidades afectadas, atendiendo a los derechos que protege la Constitución Política de Costa Rica y los mecanismos definidos para tal fin.

De acuerdo con su Constitución Política (1949), Costa Rica es una república democrática, libre e independiente. Su texto consigna una serie de derechos y garantías individuales lo mismo que sociales, entre los cuales vale destacar en el caso concreto, las siguientes: derecho a la vida, derecho a la circulación, derecho al trabajo, libertad de petición ante cualquier autoridad, prohibición de los monopolios y derecho a la salud, ambiente y seguridad para los consumidores y usuarios, y derecho a un ambiente sano y económicamente equilibrado, frente a los cuales toda persona tiene derecho a denunciar su vulneración y solicitar reparación por el daño causado.

Para su protección, la Constitución ha previsto el recurso de amparo, con el cual se pretende mantener o restablecer los derechos reconocidos en la Constitución y aquellos establecidos por medio de tratados internacionales.

Dentro del análisis del caso, se evidencia que los recurrentes pretenden que la Sala Constitucional proteja los derechos fundamentales que están siendo vulnerados como consecuencia de la acción de la empresa Hacienda Ojo de Agua y de la omisión de las entidades responsables. Conforme con lo cual, puede apreciarse que la Sala contrasta la actuación de los demandados con lo que establece el texto constitucional, en relación con los derechos fundamentales que se encuentran en juego. En consecuencia, los hechos que la Corte encuentra probados, se refieren a identificar la amenaza o el daño que se causó y por parte de quién.

Dicha estructura lleva a concluir que en este caso, la Sala Constitucional sigue una estructura básica de responsabilidad objetiva en la cual, habiendo un hecho, un daño y un nexo causal entre los dos primeros, determina que hay lugar a la responsabilidad de los demandados, sin que necesariamente medie elemento subjetivo alguno.

En este caso, bastaría resaltar que a diferencia del fallo de la Corte Constitucional en el caso U'wa contra la Occidental Inc., y el Ministerio del Medio Ambiente en Colombia, la Sala Constitucional costarricense, a pesar de no tener competencia para decidir sobre la responsabilidad de la empresa, sí reconoció al menos en forma preliminar, la existencia de su responsabilidad en los hechos en discusión, y ordenó a las autoridades condenadas, la adopción de las medidas que fuesen necesarias para que se cumpliera a cabalidad con lo ordenado por el fallo, en cuanto que se debía sanear y limpiar de residuos el agua contaminada.

Por último, en cuanto a las medidas ordenadas, debe mencionarse dos aspectos en relación con las reparaciones a las que hubo lugar: En primer término, como ya se mencionó en relación con el texto constitucional, las personas tienen derecho a

denunciar el daño ambiental y a que se les repare por el mismo. Disposición que se hizo efectiva con la orden de saneamiento y limpieza de residuos de las aguas afectadas.

Aspecto que se complementa con la condena de la Sala al pago de los daños y perjuicios causados con ocasión de los hechos que fundamentaron la sentencia, lo cual le da cabida a los demandantes para que ante la jurisdicción contencioso administrativa reclamen reparación por los demás daños distintos del ambiental, tal como es el caso del daño en la salud y en la calidad de vida de las personas que habitan la zona afectada.

Aspecto frente al cual debe considerarse que en la medida en que la demanda sea surtida ante la jurisdicción contencioso administrativa, sólo repercutirá en las entidades estatales y no en la empresa, directa responsable de causar los daños ambientales y en la salud de los habitantes de la zona, al utilizar agroquímicos en cantidades nocivas.

Aspectos recurrentes en los fallos

Se ha hecho un sucinto análisis de los fallos que han resultado relevantes en cada uno de los países donde se han presentado violaciones a los derechos humanos en las cuales han existido empresas involucradas, y se han sentado precedentes en relación con su responsabilidad en los hechos denunciados.

Corresponde ahora determinar cuáles son aquellos elementos fundamentales que permitirían caracterizar la responsabilidad internacional de las empresas en casos de violaciones a los derechos humanos. Para ello resulta esencial establecer los factores predominantes para cada uno de los criterios a la luz de los cuales se analizaron los referidos casos, tarea en la cual resulta de utilidad la siguiente tabla, en donde se condensan dichos elementos constantes.

CRITERIOS	CASO ARICA	CASO U'WA	CASO LIMA ARAUJO	CASO HACIENDA OJO DE AGUA
Contexto jurídico político	<p>Ordenamiento legal que reconoce los derechos fundamentales y dispone de mecanismos para protegerlos.</p> <p>De acuerdo con denuncias hechas por parte de las organizaciones sociales y de la comunidad, el caso de Arica puede asimilarse al de Chernobyl, por los gravosos efectos que ha traído sobre la población afectada.</p>	<p>Ordenamiento legal que reconoce los derechos fundamentales y dispone de mecanismos para protegerlos. Con un reconocimiento expreso al respeto a la pluralidad dentro del Estado.</p> <p>Establece la acción de tutela contra particulares.</p> <p>La Constitución regula (art. 330), la forma como debe hacerse la explotación de los recursos naturales – con obligatoria participación de los afectados.</p> <p>La implementación de la Consulta Previa es necesaria en todo el país, puesto que el mapa de explotación petrolera coincide con el mapa de ubicación de las comunidades indígenas nacionales.</p>	<p>Ordenamiento legal que reconoce los derechos fundamentales y dispone de mecanismos para protegerlos. Con abierta inclinación a proteger los derechos sociales en especial, el derecho al trabajo, ampliamente desarrollado dentro de la Constitución.</p> <p>Desde hace cerca de 15 años, Brasil viene enfrentando el fenómeno de la esclavitud contemporánea que se presenta particularmente en la zona norte del país. Ha sido el primer país en reconocer que en su territorio se da este fenómeno y ha adoptado medidas específicas para combatirlo.</p>	<p>Ordenamiento legal que reconoce los derechos fundamentales y dispone de mecanismos para protegerlos.</p> <p>Establece el recurso de amparo contra particulares.</p> <p>En la actualidad, Costa Rica y a mayoría de países centroamericanos han experimentado un rápido y exponencial crecimiento en el sector de la agroindustria, lo cual ha traído como consecuencia una serie de violaciones a los derechos humanos por parte de las empresas del sector.</p>
Jurisdicción competente	Jurisdicción Civil / Corte Suprema de Justicia Chilena	Jurisdicción Constitucional / Corte Constitucional Colombiana	Jurisdicción Laboral/ Tribunal Superior del Trabajo	Jurisdicción Constitucional /Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
Tipo de derecho vulnerado	<p>Derecho a la vida, a la integridad y al medio ambiente sano</p> <p>*Reconocidos en la Constitución Política.</p>	<p>Derecho a la participación, derecho a la identidad social, cultural y económica y derecho al debido proceso.</p> <p>*Reconocidos en la Constitución Política.</p>	<p>Derecho al trabajo</p> <p>*Reconocido en la Constitución Política.</p>	<p>Derecho a la salud, derecho al ambiente sano y equilibrado y derecho al agua.</p> <p>*Reconocidos en la Constitución Política.</p>
Tipo y estructura de la responsabilidad	Responsabilidad ambiental (responsabilidad	Responsabilidad extracontractual del Estado (responsabilidad	Responsabilidad civil (responsabilidad	Responsabilidad extracontractual del Estado (responsabilidad

	subjetiva) Responsabilidad civil derivada del daño ambiental (responsabilidad subjetiva) Responsabilidad extracontractual del Estado por falta del servicio (responsabilidad objetiva) Estructura: Hecho, daño, nexo causal y elemento subjetivo.	objetiva) Estructura: Hecho, daño, nexo causal	subjetiva) Estructura: Hecho, daño, nexo causal y elemento subjetivo	objetiva) Responsabilidad objetiva de la empresa Estructura: Hecho, daño, nexo causal
Tipo de reparación	Reparación del medio ambiente Indemnización por los daños morales causados	Realizar la consulta previa de manera efectiva	Indemnización inhibitoria por daño moral Obligaciones de hacer y de no hacer	Reparación del medio ambiente Indemnización por daños y perjuicios

Cuadro No. 3

Pueden extraerse de esta tabla las siguientes reflexiones:

La primera de ellas, relacionada con el contexto jurídico político y con el tipo de derecho vulnerado. De acuerdo con el análisis, se observa que todos los ordenamientos jurídicos internos reconocen en el ámbito constitucional, los derechos que han sido vulnerados, bajo la categoría de derechos fundamentales, frente a los cuales tienen mecanismos de protección constitucionales definidos. Lo anterior, independiente de si existen o no, desarrollos legales en relación con los derechos vulnerados.

En segundo lugar, y también relacionada con el primer criterio, que todas las situaciones analizadas son de una especial sensibilidad de orden nacional, bien por la gravedad de los hechos, bien por involucrar poblaciones vulnerables protegidas por el ordenamiento interno.

En tercer lugar, que aparece como constante la estructura básica de la responsabilidad - hecho, daño y nexo causal -, que en términos de la responsabilidad por el hecho ilícito internacional, viene a ser la misma, es decir, tiene que presentarse una violación a una norma, bien por acción u omisión, en segundo lugar ocurre un daño y en tercer término, existe una relación o nexo causal entre el daño y la violación a la norma u obligación.

En algunos casos, a esa estructura básica se suma el elemento subjetivo de la responsabilidad, puesto que debía haber culpa o dolo en la realización de la acción que causaba el daño. Sin embargo, en relación con esta situación, debe anotarse que el elemento subjetivo no se predica directamente de la empresa – como podría ocurrir con algunos modelos de autorresponsabilidad penal de la empresa -, sino de quienes dirijan o dirigen la empresa, entendidas como personas naturales. De donde debe concluirse que la responsabilidad de la empresa no es indiscutiblemente subjetiva, sino que más bien se acerca a una responsabilidad objetiva.

Por último, que el quinto elemento constante lo constituyen las medidas de reparación que surgen como consecuencia de la declaración de la responsabilidad, en tanto que esas medidas se limitan a la indemnización de los daños y perjuicios que se causan, independientes del tipo de daño, y al cumplimiento de obligaciones en los casos en los cuales ha habido omisión o negligencia en su observancia. Situación que no se asimila a una reparación integral desde el punto de vista internacional, en cuanto que la reparación pretende volver las cosas al estado como se encontraban o en los casos en que no pudiera darse, procura resarcir los daños con diversas medidas pecuniarias y no pecuniarias.