

LA PROGRESIVA INCORPORACIÓN DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES EN LA LÓGICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Elizabeth Salmón | coordinadora
Lorena Bazay
María Belén Gallardo

**LA PROGRESIVA
INCORPORACIÓN DE LAS
EMPRESAS MULTINACIONALES
EN LA LÓGICA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

LA PROGRESIVA INCORPORACIÓN DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES EN LA LÓGICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Elizabeth Salmón | coordinadora
Lorena Bazay
María Belén Gallardo



Konrad
Adenauer
Stiftung



idehpuep

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

La progresiva incorporación de las empresas multinacionales en la lógica de los derechos humanos

Elizabeth Salmón | Coordinadora de la investigación

Investigadoras: Lorena Bazay
María Belén Gallardo

Primera edición: diciembre de 2012

Tiraje: 500 ejemplares

© Instituto de Democracia y Derechos Humanos
de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2012
Tomás Ramsey 925, Lima 17 - Perú
Teléfono: (51 1) 261-5859
Fax: (51 1) 261-3433
ideh@pucp.edu.pe
www.pucp.edu.pe/idehpucp

© Fundación Konrad Adenauer (KAS), 2012
General Iglesias 630, Lima 18 - Perú
Teléfono: (51 1) 242-1794
Fax: (51 1) 242-1371
www.kas.de/peru

Derechos reservados. Prohibida la reproducción de este documento por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2012-14742

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO 1	
COORDENADAS BÁSICAS PARA ENTENDER A LAS EMPRESAS MULTINACIONALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO	15
1.1. Acerca de su denominación: de lo transnacional a lo multinacional	15
1.2. La complejidad de su estructura	22
1.3. El impacto de las empresas multinacionales en la economía y la sociedad	24
1.3.1. Impactos positivos	25
1.3.2. Impactos negativos	27
CAPÍTULO 2	
ACERCAMIENTO DEL MUNDO EMPRESARIAL A LOS DERECHOS HUMANOS: UN CAMINO DE IDA Y VUELTA	35
2.1. El mundo empresarial y su valoración de los derechos humanos	35
2.1.1. Responsabilidad social empresarial: iniciativas voluntarias	36
a) Los códigos de conducta	38
b) Pacto Global de Naciones Unidas	44

c) Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales	54
2.2. El derecho internacional de los derechos humanos y su irradiación normativa a las empresas multinacionales	64
2.2.1. El papel de los Principios de Ruggie	64
2.2.2. La opción de la responsabilidad estatal: la respuesta tradicional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	71
a) Comisión Interamericana de Derechos Humanos	73
b) Corte Interamericana de Derechos Humanos	78
2.2.3. La opción del Sistema Europeo de protección de los derechos humanos	89
a) El efecto horizontal derivado de las decisiones del Tribunal Europeo	90
b) Obligaciones de los Estados partes frente a la vulneración del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos: casos emblemáticos	92
c) Aplicación extraterritorial del Convenio Europeo	103
2.3. El rol de las empresas multinacionales en los conflictos armados y la responsabilidad penal internacional	105
2.3.1. Las obligaciones de las empresas en materia de derecho internacional humanitario	107
2.3.2. La particular situación de las empresas militares y de seguridad privadas	108
2.3.3. La responsabilidad penal internacional de las empresas multinacionales	111
a) Los juicios de Núremberg y la Control Council Law n.º 10	114

b) Los Tribunales <i>Ad Hoc</i> : TPIR y el TPIY	119
c) La Corte Penal Internacional y los Principios de Ruggie sobre responsabilidad penal internacional	123
CAPÍTULO 3	
LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES: UN CAMINO EN CONSTRUCCIÓN	129
3.1. Los derechos humanos en el marco de la Organización Mundial del Comercio	129
3.2. El Estado contraataca: la responsabilidad de las empresas en el marco del derecho interno	135
3.2.1. Estados Unidos de América y el Alien Tort Claims Act	136
3.2.2. La responsabilidad empresarial en la Unión Europea	145
BIBLIOGRAFÍA	151

INTRODUCCIÓN

La irrupción de los denominados «actores no estatales» en la escena internacional es una característica que marca las relaciones internacionales contemporáneas. En el caso de los derechos humanos, esta participación se cuenta, muchas veces, en número de víctimas de violaciones de derechos humanos. Pensemos, por ejemplo, en grupos como Al Qaeda, grupos alzados en armas o empresas con grandes patrimonios que desarrollan sus actividades en Estados subdesarrollados o con una débil estructura institucional.

En efecto, en los últimos años se ha podido comprobar que los actores no estatales participan activamente en la vida internacional e interna de los Estados de una manera tan importante que muchas políticas públicas se deciden como consecuencia de su accionar. Las empresas multinacionales desempeñan un papel muy importante en la vida económica y social de los Estados. En lo primero, porque los proyectos de inversión directa pueden marcar la diferencia entre contar o no con recursos que puedan garantizar la estabilidad del Gobierno y la definición de un régimen económico determinado; en lo segundo, porque sus actividades impactan en el ejercicio de derechos laborales, ambientales, civiles e incluso culturales, en el caso de los pueblos indígenas y la explotación de sus territorios ancestrales.

Ciertamente, se trata de aspectos sometidos a la jurisdicción estatal y debe, en primer lugar, ser el propio Estado el que regule y responda por las actividades empresariales que se llevan a cabo en su territorio. No obstante, esto no será suficiente garantía para el bienestar de todos si las empresas multinacionales, poderosas en

recursos e influencia política, no se comprometen directamente con los temas que involucran el ejercicio y respeto de los derechos humanos. De hecho, aquellas no han permanecido ajenas a esa exigencia por razones diversas que van desde la necesidad de contar con entornos sociales amigables para el mejor desarrollo de sus actividades y la aparición de problemas de presión de los movimientos de consumidores de los países desarrollados que demandan empresas comprometidas con el medio ambiente o los derechos de los niños, entre otros temas, hasta la existencia de situaciones límites derivadas de la actividad empresarial en contextos de conflictos armados y su involucramiento en la perpetuación o exacerbación de la violencia armada.

El resultado ha sido esperanzador porque las propias corporaciones han buscado la autorregulación a partir de una serie de iniciativas como las de los códigos de conducta o el Pacto Global impulsado por Naciones Unidas, entre otros, que las acercan al debate y compromiso con los derechos humanos de todos. Sin embargo, se ha venido desarrollando también otro movimiento particularmente interesante. Se trata de una corriente tanto extraconvencional — que incluye los Principios del relator Ruggie, representante especial para los derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales de las Naciones Unidas— como jurisprudencial —en el marco del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos o su par europeo— que irrumpe en la comprensión y efectos de asociar derechos humanos y empresas multinacionales. Por su parte, el derecho internacional humanitario también ha comenzado a regular la participación empresarial —pensemos, por ejemplo, en los Principios de Montreaux que tocan el caso de las empresas militares y de seguridad privadas— y se ha llegado al terreno de la eventual responsabilidad penal internacional en caso de contribuir o cometer crímenes internacionales.

Todos estos acercamientos son síntomas claros de una confluencia de voluntades, no siempre concordantes, que definen complejamente la actividad empresarial en el mundo contemporáneo. La actividad empresarial moderna no puede ser ajena o indiferente a los problemas generados por su propia actividad que impactan en el terreno, normativamente sólido, de los derechos humanos.

El libro que ahora presentamos aborda precisamente todos estos temas y pretende esclarecer el abanico de factores que influyen en el proceso de encuentro o desencuentro de dos lógicas diferenciadas como son los derechos humanos y la actividad empresarial. Nuestro objetivo es acercar este debate al mundo académico y a la sociedad civil en general. Creemos que sin un conocimiento claro de este y de los argumentos y posibilidades que se tejen alrededor de él difícilmente se podrá influir y proteger los derechos de los eventuales perjudicados por la actividad empresarial. En nuestro caso, además, este problema resulta particularmente relevante, pues afecta a las poblaciones vulnerables, especialmente a los pueblos indígenas, que —en muchos casos— padecen de manera directa el poder de las empresas extractivas y requieren un conocimiento adecuado de las normas que regulan sus actividades.

Esta publicación es complementaria de una anterior sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada en el Perú que también hicimos con el generoso aporte de la Fundación Konrad Adenauer (KAS).¹ En esta ocasión, Lorena Bazay y Belén Gallardo, investigadoras del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), me han acompañado en la realización del estudio. Deseo agradecerles por este apoyo que contribuye a conocer, implementar y precisar las múltiples aristas que conlleva plantearse el tema de los derechos humanos en un país como el nuestro, en el que la actividad empresarial suele asociarse a nociones de desarrollo y crecimiento económico; mientras que el tema de los derechos humanos parece estar siempre relacionado con el reclamo y las limitaciones. La sociedad democrática, tolerante por definición, debe desterrar prejuicios y tender puentes hacia una mejor comprensión y desarrollo para todos. Si en algo contribuye este texto a ese conocimiento, el trabajo habrá sido largamente recompensado.

ELIZABETH SALMÓN
Lima, octubre de 2012

¹ SALMÓN, Elizabeth (coord.). *La consulta previa, libre e informada en el Perú: la inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos*. Lima: IDEHPUCP y KAS, 2012.

CAPÍTULO 1

COORDENADAS BÁSICAS PARA ENTENDER A LAS EMPRESAS MULTINACIONALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Tres elementos dificultan el acercamiento al tema de las empresas multinacionales. El primero se refiere a su denominación y definición; el segundo, a la complejidad de su estructura; y, finalmente, el tercero, a evaluar adecuadamente su impacto en la comunidad internacional contemporánea. Sobre estos puntos versan las páginas que siguen. El objetivo es identificar analíticamente a las empresas multinacionales para luego evaluar su relación con los derechos humanos.

1.1. Acerca de su denominación: de lo transnacional a lo multinacional

El fenómeno de las empresas multinacionales no es de exclusivo estudio del derecho y la economía. Todo lo contrario, múltiples disciplinas analizan las implicancias de sus actividades en la escena global. En tal sentido, la definición de empresa multinacional es necesaria para una adecuada aproximación al desarrollo de sus actividades, incluso desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). De este modo, desde el punto de vista de los negocios, las empresas multinacionales son organizaciones de negocios que poseen y controlan activos en más de un Estado.¹ Por otra parte, desde una perspectiva económica, las empresas multinacionales son

¹ Cf. DUNNING, J. H. «The Distinctive Nature of the Multinational Enterprise». En J. H. Dunning (ed.). *Economic Analysis and the Multinational Enterprise*. Londres: Routledge, 1974, p. 57.

los principales agentes económicos globales de inversión directa extranjera. Finalmente, en términos legales, las empresas multinacionales se entienden como una serie de corporaciones relacionadas, incorporadas bajo los ordenamientos legales de varios Estados. No obstante, la empresa matriz establecida poseerá el patrimonio de las subsidiarias establecidas en otros Estados o ejercerá un control perceptible sobre estas.

Como puede observarse, existe una gran diferencia entre las tres perspectivas, pues mientras que las aproximaciones de los negocios y la económica abordan a las empresas multinacionales como un actor unificado; la aproximación legal las ve como corporaciones distintas —en tanto están sometidas a diversos ordenamientos jurídicos internos— y cuya responsabilidad no se transfiere necesariamente de manera automática entre aquellas.²

Ahora bien, existe una amplia discusión acerca de lo que se concibe como empresas multinacionales. De manera general, se entiende que aquellas engloban un variado grupo de actores económicos con actividades y formas jurídicas muy disímiles. En tal sentido, una definición primaria, aportada por Granell, describe a las empresas multinacionales como aquellas que están «[...] bajo una unidad mundial de gestión, tienen intereses y actúan en una pluralidad de países, acomodándose a las condiciones económicas, sociales y legales de cada uno de ellos con el fin de conseguir la maximización de sus beneficios y la mejor defensa de sus potencialidades de nivel mundial».³ Lejos de ser un problema, algunos autores consideran de gran utilidad una aproximación así de vasta.

En palabras de Muchlinski, esta concepción de las empresas multinacionales, suficientemente abierta y flexible, permite incluir en ellas las numerosas y diversas formas de asociaciones empresariales que operan a nivel internacional.⁴ Máxime cuando ninguna

² Cf. HANSEN, Robin. «Multinational Enterprise Pursuit of Minimized Liability: Law, International Business Theory and the Prestige Oil Spill». *Berkley Journal of International Law* (BJIL), vol. 26, n.º 2, 2008, p. 415.

³ CALDUCH, Rafael. *Relaciones internacionales*. Madrid: Ciencias Sociales, 1998, p. 8.

⁴ Cf. MUCHLINSKI, Peter. *Multinational Enterprises and the Law*. Londres: Blackwell, 1999, p. 167.

definición de empresas multinacionales permite una diferenciación exhaustiva de las distintas modalidades o formas que pueden presentar estas entidades. En ello radica la utilidad de conceptos generales en donde lo esencial es captar la naturaleza y funciones de las empresas multinacionales desde una óptica global, sin perjuicio de que en atención a otras exigencias científicas o académicas sea necesario introducir una tipología específica.⁵

En esta misma línea, se inserta la discusión acerca de qué terminología es más apropiada, si empresas multinacionales o empresas transnacionales. En este trabajo vamos a hacer uso del término «empresa multinacional», pues coincidimos con Martín-Ortega, y estimamos que el término «multinacional» aporta un valor agregado que consiste en la relación del «[...] ejercicio de la actividad y la sujeción jurídica a distintos ordenamientos».⁶ No obstante, debemos precisar que, a efectos de las implicancias jurídicas que conllevan las actividades que realizan estas corporaciones, no es importante analizar cuál es el mejor empleo de los adjetivos «transnacional» o «multinacional», pues ello no altera su naturaleza legal.⁷

En ese sentido, resulta relevante mencionar las definiciones manejadas por diversas entidades especializadas al momento de elaborar instrumentos normativos sobre la materia. De esta manera, el primer cuerpo normativo de carácter internacional que vinculó a las empresas con los derechos humanos fue el Borrador del Código de Conducta de las Naciones Unidas de 1982, el cual utilizó el término «empresa transnacional» y la definió como aquella:

[...] empresa compuesta de entidades que operan en uno o más países, independientemente de la forma jurídica o el sector de actividad de las mismas, y que actúan bajo un sistema común de adopción de decisiones, que les permiten tener políticas y estrategias comunes y

⁵ Cf. CALDUCH, Rafael. Ob. cit., p. 9.

⁶ MARTÍN-ORTEGA, Olga. *Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional*. Londres: Bosch Editor, 2008, pp. 55 y 56.

⁷ Cf. CLAPHAM, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Nueva York: Oxford Press, 2006, p. 201.

coherentes. Asimismo, la relación entre dichas entidades se establece a partir de la propiedad de una sobre la otra u otra clase de vínculo que permita ejercer una influencia sobre las actividades de las demás, así como compartir el conocimiento, los recursos y las responsabilidades con ellas.⁸

Por su parte, las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico para Empresas Multinacionales (Directrices de la OCDE) adoptan el término «empresa multinacional», y establecen que una definición precisa de la empresa multinacional no es necesaria para los fines de ese cuerpo normativo. Asimismo, determina que «[...] se trata de empresas establecidas en varios países y ligadas de tal manera que pueden coordinar sus actividades de distintas formas. De esta manera, una o varias entidades pueden estar en capacidad de ejercer una gran influencia sobre las actividades de las demás, pero su grado de autonomía en el seno de la empresa puede ser variable en uno y otro caso».⁹

Por otro lado, la Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional de Trabajo (Declaración de la OIT) pone de relieve — igual que las Directrices de la OCDE— la importancia del elemento de control que debe estar presente entre las distintas entidades de la empresa multinacional, definiéndola como:

[...] una empresa, ya sea de dominio público, mixto o privado, que es propietaria o controla la producción, la distribución, los servicios u otras facilidades fuera del país en el que tienen su sede. El grado de autonomía de las distintas entidades que componen la empresa multinacional en relación con las demás varía grandemente de una empresa multinacional a otra, según el carácter de los lazos existentes entre estas unidades y sus respectivos campos de actividad, y teniendo en cuenta la gran diversidad en la forma de propiedad,

⁸ UN Doc E/C.10/1982/6, 5 de junio de 1982.

⁹ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. Directrices para las empresas multinacionales de la OCDE, 25 de mayo de 2011. Disponible en: <<http://www.oecd.org/dataoecd/43/30/48004355.pdf>>.

el tamaño, el carácter y la localización de las operaciones de las empresas.¹⁰

Luego, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos en su informe «Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos» del 2003 define las empresas multinacionales como «[...] una entidad económica que realiza actividades en más de un país o un grupo de entidades económicas que realizan actividades en dos o más países, cualquiera que sea la forma jurídica que adopte, tanto en su propio país como en el país de la actividad, y ya sea que se le considere individual o colectivamente».¹¹ Esta última definición obvia mencionar el elemento de control, a diferencia de los anteriores cuerpos normativos.

Finalmente, en el informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, se establecieron los «Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”», instrumento que acertadamente se dirige a todas las empresas en su generalidad.

Por otra parte, sí consideramos fundamental el esclarecimiento de ciertas características que se repiten en una u otra corporación de esta magnitud, y que permiten ilustrar si nos encontramos o no ante una empresa multinacional. De este modo, Martín-Ortega identifica, en primer lugar, que las empresas multinacionales son sociedades mercantiles, antes con personalidad jurídica insertas en un determinado ordenamiento jurídico del Estado en el que se constituyen o tienen su sede. En segundo término, las empresas multina-

¹⁰ Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 204.ª reunión (Ginebra, noviembre de 1977) en la forma enmendada en sus 279.ª (noviembre de 2000) y 295.ª (marzo de 2006), párrafo 6. Disponible en: <<http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/dgreports/@dcomm/documents/normativeinstrument/kd00121es.pdf>>.

¹¹ E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. Disponible en: <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/a389702baa023990c1256d59004814a4?Opendocument>>.

cionales son entidades con ánimo de lucro, cuya función principal es obtener beneficios económicos que reviertan sobre sus accionistas. Para ello, la empresa multinacional buscará la maximización de sus beneficios y, en muchos casos, su supervivencia-expansión a costa de distintos factores y considerando la internacionalización productiva que puede desarrollar. En tercer lugar, las actividades de la empresa multinacional se llevan a cabo en más de un Estado por medio de entidades diferentes vinculadas a un núcleo central que las controla mediante la propiedad u otra forma de organización. De esta manera, desde una unidad estratégica se gestionan las actividades de las empresas de forma centralizada. La internacionalización del proceso productivo deriva de una búsqueda de las imperfecciones del sistema económico internacional, entre las que destaca la jurídica, pues la desigualdad de los sistemas jurídicos —e incluso políticos— influye al momento de elegir un Estado como receptor. Finalmente, llevan a cabo una estrategia mundial en función de la multiterritorialidad de sus actividades, las cuales tienen lugar en distintos Estados o están distribuidas entre distintas entidades, y la maximización de sus beneficios a costa de las condiciones locales.¹²

Ahora bien, estos rasgos no son definitorios, pues desde su inicio estas entidades han demostrado una excesiva creatividad al ir mutando y asumiendo nuevas funciones. Las empresas multinacionales surgen durante el último tercio del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX en un momento de notable aceleración científica y tecnológica, así como de desarrollo de los sistemas de producción y comercialización «estandarizados» que propician la aparición de nuevos productos y nuevas demandas o hábitos de consumo. Asimismo, surgen simultáneamente en diversos países europeos (Alemania, Reino Unido y Francia) y del continente americano (Estados Unidos).

De esta forma, surgen algunas de las primeras empresas multinacionales, como la constituida por Friedrich Bayer, una empresa química en Colonia que se internacionalizó en 1865 mediante la adquisición de una «filial» en Albany (Estados Unidos). Otras

¹² Cf. MARTÍN-ORTEGA, Olga. Ob. cit., p. 49.

surgen como resultado de un proceso de expansión empresarial estimulado por el descubrimiento, explotación y comercialización de materias primas con una creciente demanda, tales como la Standard Oil para el petróleo o la Alcoa para el aluminio. También, gracias a la aparición de nuevos productos, como la Ford Motor Company, en el sector de fabricación de automóviles o la Viscose, en la fabricación de fibras sintéticas (rayón). Por último, la expansión de ciertos servicios, principalmente financieros, de transporte y de comunicaciones, así como algunos de los principales bancos multinacionales como el Crédit Lyonnais (1863) en Francia o la British Lloyd (1889) en el Reino Unido¹³ contribuyeron a su aparición.

Los años que han transcurrido desde ese entonces no han hecho sino consolidar estas entidades por medio de una cierta mimetización que les ha permitido adaptarse y perpetuarse en el mercado global. Para ello, ha sido necesario abandonar la tradicional concepción acerca de la empresa multinacional, como aquella en la cual la empresa matriz controla las subsidiarias en virtud de una igual participación u otras formas de propiedad. Actualmente, este perfil jerárquico de empresa multinacional no refleja las prácticas organizativas de las empresas multinacionales, ya que en varios casos las unidades de negocio están integradas en la lógica de los suministros y cadenas de producción globales. En otras palabras, la dependencia o el control de las subsidiarias con relación a la matriz no tienen la misma intensidad que tenían décadas atrás. En este entendido, Calliess sostiene que la transnacional moderna se presenta como un híbrido entre ambos extremos —la empresa multinacional tradicional y la moderna— y emplea los mecanismos de gobernanza más favorables, pero siempre habrá una unidad que controle, sea desde la igualdad de participación o un simple contrato.¹⁴

¹³ Cf. CALDUCH, Rafael. Ob. cit., p. 1.

¹⁴ Cf. CALLIESS, Galf-Peter. «Transnational Corporations Revisited». *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 18, n.º 2, 2011, p. 605.

1.2. La complejidad de su estructura

La complejidad de la estructura de las empresas multinacionales obstaculiza, en muchos casos, un adecuado control del Estado sobre estas. Comúnmente, debido al tipo de organización interna de la empresa multinacional, la vinculación entre la empresa matriz y las subsidiarias no presenta una relación definida, pues, como ya se puso de manifiesto, el tipo de control que ejerce la matriz sobre las subsidiarias puede variar drásticamente caso por caso. En tal sentido, existen algunas empresas multinacionales cuya unidad central se vincula con una segunda unidad, la que a su vez se vincula con una tercera y así sucesivamente, siendo la primera la que domina a todas; mientras que otras empresas multinacionales se estructuran en «estrella», es decir, cada unidad se vincula directamente con la unidad central —es el caso de las filiales—. En el último caso, algunas veces no habrá una relación de dominación entre ellas, pero sí de coordinación, por estar sujetas a interferencias recíprocas de colaboración. De esta manera, las empresas multinacionales transitan generalmente entre estas dos tipologías, es decir, adoptan elementos de una y otra.

Asimismo, la relación de la empresa multinacional con las corporaciones en su interior puede situarse bajo distintos regímenes legales dependiendo de la estrategia de negocios que se desee adoptar. De esta manera, puede tratarse de agentes representantes, distribuidores, *joint ventures*, sucursales, subsidiarias, concesionarios, adquisiciones, entre otros.¹⁵ No obstante, el concepto de transnacionalidad se aplica al sistema corporativo autónomo, es decir, la empresa transnacional es una sola corporación aun si está compuesta de corporaciones de distintas identidades bajo los ordenamientos internos de los Estados donde estas operan.¹⁶ En estos contextos,

¹⁵ Cf. PINCUS, Laura B. y James A. BELOHLAV. «Legal Issues in Multinational Business Strategy: To Play the Game, You Have to Know the Rules». *The Academy of Management Executive*, vol. 10, n.º 3, 1996, p. 52. Disponible en: <http://works.bepress.com/james_belohlav/10/>.

¹⁶ Cf. RIGAUX, F. *Transnational Corporations*. En M. Bedjaoui (ed.). *International Law: Achievements and Prospects*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1991, pp. 121-132. Citado por CLAPHAM, Andrew. Ob. cit., p. 199.

las relaciones laborales han sufrido un importante detrimento, pues se han originado una serie de nuevas tendencias como fruto de la presión del mercado, entre ellas: la aparición del nuevo contrato de trabajo, basado en la continua adaptación individual; el desplazamiento del empleo de las actividades centrales a otras periféricas, lo que genera reajustes de plantillas paralelas a la externalización de funciones y subcontratación; la reducción de los niveles jerárquicos dentro de las empresas matrices; el trabajo precario y empleo a tiempo parcial; el fuerte aumento de la inestabilidad en el empleo y desempleo; los procesos de producción que hace dos o tres décadas se consideraban ilegales y que ahora forman parte de la economía regular; la polarización creciente de los ingresos; entre otras.¹⁷

Adicionalmente, uno de los principales factores de la complejidad de la estructura de las empresas multinacionales en la actualidad es la tendencia hacia una más profunda transnacionalización al interior de la empresa multinacional. Esta se manifiesta por medio de varios indicadores, los cuales oscilan entre la locación de los activos, la nacionalidad de los trabajadores, la nacionalidad de los accionistas, la diversidad de mercados y la localidad de las sedes.¹⁸ El riesgo es que todos estos elementos pueden facilitar la evasión de ciertas responsabilidades, la cual puede resultar en la violación de derechos humanos.¹⁹

De esta forma, en materia de la organización de la producción, uno de los problemas más frecuentes que afectan los derechos laborales es la deslocalización parcial o total de las actividades productivas²⁰ de las empresas multinacionales desde Estados industrializados a Estados en desarrollo, pues en estos existen niveles inferiores de ingresos *per capita*, lo que significa un considerable

¹⁷ Cf. BENERÍA, Lourdes. *Género, desarrollo y globalización*. Barcelona: Hacer Editorial, 2005, pp. 107-111.

¹⁸ Cf. CALLIESS, Galf-Peter. Ob. cit., pp. 607-610.

¹⁹ Cf. Özden, Malik. *Sociedades transnacionales y derechos humanos*. Berna: Centre Europe-Tiers Monde, 2005, p. 8.

²⁰ El fenómeno de la deslocalización ya no es exclusivo de las empresas industriales, pues con el desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), actualmente el sector de servicios en información también ha sido afectado.

ahorro de costos laborales. Este fenómeno ha producido, en numerosos casos, el debilitamiento de las normas laborales y con ello la vulneración de los derechos humanos laborales. En estos contextos, destaca el sector de la industria textil, donde la presión del mercado es especialmente dura, y las grandes marcas de ropa y sus conglomerados de empresas disocian los diseños de los procesos de producción subcontratando estos a proveedores y talleres de los países del sur donde la intensidad en el trabajo para servir los pedidos es altísima y donde los bajos costes se imponen al margen del respeto a las legislaciones laborales nacionales e internacionales.²¹ Sobre este último punto volveremos más adelante.

1.3. El impacto de las empresas multinacionales en la economía y la sociedad

La globalización es un fenómeno que ha producido cambios fundamentales en toda sociedad. Para el Estado, la globalización ha significado el replanteamiento del alcance de su soberanía, la cesión de ciertas competencias y la apertura de sus fronteras.

Pero ¿a qué nos referimos cuando hablamos de globalización? La globalización se define de muchos modos diferentes. Por un lado, se hace referencia a la abrumadora transformación de la economía mundial en los últimos veinte o veinticinco años²² y a la revolución social, financiera, jurídica y tecnológica: «[...] más que hechos al azar, se refiere a estos modelos que conectan al mundo, los cuales están firmemente sembrados y duran por mucho tiempo».²³ Por otro, se refiere a los múltiples movimientos como la difusión de las culturas, ideas e ideologías, etcétera. Según la OCDE, el término «globalización» se utiliza generalmente para describir una creciente internacionalización de los mercados de bienes y servicios, los

²¹ Cf. HERNÁNDEZ, Juan. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*. Bilbao: Hegoa, 2009, p. 265.

²² Cf. HERNÁNDEZ, Juan. Ob. cit., p. 47.

²³ GUPTA, Joyeeta. «Actores no gubernamentales en la gobernación y derecho internacional: un desafío o una bendición». *Journal of International and Competence Law*, vol. 11, 2004-2005, p. 665.

medios de producción, los sistemas financieros, la competencia, las empresas, la tecnología y las industrias. Lo que, entre otras cosas, da lugar a una mayor movilidad de capitales, a una propagación más rápida de las innovaciones tecnológicas y a una creciente interdependencia y uniformidad de los mercados nacionales.²⁴

La Comisión Consultiva Sindical de la OCDE ha identificado cuatro características clave de esta transformación: *a)* el crecimiento de la inversión extranjera directa en otros países; *b)* la expansión de los mercados financieros, que ha desplazado el poder de los Gobiernos a favor de las instituciones financieras; *c)* la proliferación de las políticas de desregulación; y *d)* la difusión de la tecnología. Todos estos elementos, como es posible imaginar, tienen implicancias para los derechos humanos.²⁵

Este fenómeno ha impulsado hacia el escenario internacional a una nueva y poderosa entidad no estatal: la empresa multinacional. Podríamos decir que estas son las principales beneficiarias de la globalización, pues gracias a ella participan en mercados liberalizados mayores y obtienen enormes beneficios, por medio de actividades que han abarcado múltiples ámbitos como la producción y el comercio de bienes y servicios diversos, así como la extracción de recursos naturales.²⁶

1.3.1. Impactos positivos

El mandato tradicional de estas empresas ha sido la búsqueda de nuevas oportunidades económicas y su crecimiento. En la actualidad, operan en casi todos los países del mundo, mediante la inversión extranjera directa, fusiones y adquisiciones de empresas

²⁴ Cf. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. «Glossary of Statistical Terms», 2003. Disponible en: <<http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=1121>>.

²⁵ Cf. ERH-SOON TAX, Alice. «The New Century, Globalisation and Human Rights». *Asia Pacific Law Review*, vol. 8, n.º 2, 2000, p. 141.

²⁶ Cf. PILLAY, Sukanya. «¿Y justicia para todos? Globalización, empresas multinacionales y la necesidad de protecciones legalmente ejecutables de los derechos humanos». *University of Detroit Mercy Law Review*, vol. 8, 2003-2004, p. 629.

locales, la expansión de subsidiarias con sede en el extranjero y los acuerdos de empresa junto con firmas locales.²⁷ La producción y la inversión han dejado de ser nacionales para convertirse en globales, como resultado de las actividades económicas realizadas por las multinacionales, por medio de sus sucursales o empresas en los diferentes países.

Poco a poco, pero firmemente, las multinacionales han establecido sus filiales sobre todo en países en vías de desarrollo, permitiendo el inicio de procesos de desarrollo, mediante la transferencia de capital y tecnología, pues para sentar una base adecuada en un país extranjero, invierten en mano de obra, materias primas, publicidad y *marketing*.²⁸ Incluso es posible sostener que estas empresas privadas han desplazado, en un corto período, a muchas de las organizaciones más tradicionales que contribuyen al desarrollo, incluidos los organismos de ayuda y la cooperación internacional estatal ya que los fondos y la ayuda tradicional de las agencias de desarrollo se han convertido rápidamente en una fuente relativamente menor de capital.²⁹

Esta presencia permite la generación de más empleo y también ayuda a transferir sofisticadas tecnologías a los Estados anfitriones. Las multinacionales suelen producir bienes de calidad superior, en todos los aspectos, a los que se elaboran en los países de acogida, lo que motiva a las industrias nacionales a prepararse para enfrentar a la competencia y les anima a desarrollar productos superiores. Es preciso destacar que, además de la transferencia de tecnología, estas empresas proporcionan servicios de comercialización para la exportación de productos elaborados por los países de acogida, lo que luego genera divisas que ayudan a que el país anfitrión alcance un mayor desarrollo en su economía.³⁰

Este modelo de negocio ha tenido bastante éxito en la India. En la era posliberalización, dado que el régimen de licencias fue más o menos abolido, las corporaciones multinacionales prosperaron rá-

²⁷ Cf. *ib.*, p. 638.

²⁸ Cf. ERH-SOON TAY, Alice. Ob. cit., p. 141.

²⁹ Cf. *ib.*, p. 145.

³⁰ Cf. *ib.*, p. 145.

pidamente. En la actualidad, se encuentran presentes en casi todos los sectores de su economía, especialmente en el mercado de consumo duradero y de automóviles. Empresas como General Motors, Ford, Toyota y Hyundai reportan buenas ganancias. Por su parte, las coreanas LG y Samsung se han convertido en líderes en el mercado de productos electrónicos, y Pepsi y Coca-Cola han monopolizado todo el mercado de refrescos.³¹

1.3.2. Impactos negativos

Los Estados anfitriones suelen abrir sus puertas a estas empresas debido a que, como hemos visto, su establecimiento significa el ingreso de grandes capitales, la creación o mejora de infraestructuras, de los niveles de vida e, incluso, la creación de nuevos puestos de trabajo.³² No obstante, no todo resulta ser tan favorable como parece, pues estas dinámicas —en el fondo— se encuentran repletas de desigualdades, especialmente en contextos de negociación entre el Estado anfitrión y las empresas multinacionales. Dado que en muchos casos el valor neto de la compañía suele ser mayor al producto bruto interno (PBI) de los Estados, aquellas cuentan con un poder de negociación mayor. Incluso, en muchos casos, los Estados anfitriones carecen de los recursos o la infraestructura jurídica necesaria para proteger los derechos que puedan verse vulnerados.³³ Debido a estas desigualdades, los Estados no logran imponer exigencias muy estrictas que resulten en el cumplimiento de la normativa nacional y de las obligaciones internacionales asumidas, como las de derechos humanos.

Tanto los sindicatos nacionales como internacionales han expresado su preocupación acerca de que las corporaciones multinacionales pueden evitar las negociaciones laborales en los países econó-

³¹ Cf. BROWN, William. «Impact of Multinational Corporations on Society and Economy». *Outlook*, 2008. Disponible en: <<http://voices.yahoo.com/multinational-corporations-mncs-their-impact-society-2702337.html?cat=3>>.

³² Cf. ELDRIDGE, Grant. *Encyclopedia of Business*. Disponible en: <<http://www.referenceforbusiness.com/management/Mar-No/Multinational-Corporations.html#b>>.

³³ Cf. PILLAY, Sukanya. Ob. cit., p. 641.

micamente desarrollados con el simple movimiento de sus puestos de trabajo a los países en desarrollo, donde los costos laborales son mucho menores. Las organizaciones laborales en los países en desarrollo se enfrentan al lado inverso del mismo problema, ya que suelen encontrarse obligadas a negociar con la filial de la empresa multinacional en su país, basándose en la normativa salarial nacional, donde el mínimo vital puede encontrarse muy por debajo de aquel del país donde se ubica la empresa matriz.³⁴

Otro gran problema que surge en este contexto es la subcontratación o externalización de la mano de obra.³⁵ Por ejemplo, las empresas estadounidenses subcontratan trabajadores en mercados extranjeros y luego venden los bienes producidos en el mercado americano, en lugar de hacerlo a los consumidores del país en el que fueron hechos. Debido a ello, en el 2004, los estados de Illinois y Tennessee aprobaron una legislación destinada a limitar la subcontratación; en el 2005, otros 16 estados consideraron proyectos de ley que limitaban las ayudas estatales y exenciones fiscales a las empresas que subcontrataban en el extranjero.³⁶

La empresa privada, tal vez sin darse cuenta, se ha vinculado inexorablemente al desarrollo social en regiones donde los Gobiernos han abandonado, poco a poco, su rol activo en la economía y en la prestación directa de servicios. Fue en esta convergencia entre el desarrollo económico y la responsabilidad social que las empresas fracasaron, los trabajadores se vieron perjudicados, surgió la inestabilidad y, en última instancia, algunos países se derrumbaron. En ninguna parte esto fue más evidente que en la región Asia-Pacífico, donde la primacía de los objetivos económicos por sobre la infraestructura social y los derechos humanos llevó a varias economías a desmoronarse. El Banco Mundial estimó que unos 400 millones de personas cayeron en crisis y fueron víctimas de la hambruna, el desempleo, la falta de vivienda y diversas enfermedades.³⁷

³⁴ Cf. ELDRIDGE, Grant. Ob. cit.

³⁵ Esta práctica está referida a la utilización de mano de obra barata para la fabricación de bienes o prestación de servicios para venderlos luego en el mercado interno.

³⁶ Cf. ELDRIDGE, Grant. Ob. cit.

³⁷ Cf. ERH-SOON TAY, Alice. Ob. cit., p. 145.

Tradicionalmente, las empresas multinacionales han sido responsables solo ante sus accionistas por el cumplimiento de sus estatutos empresariales. Por lo general, las estructuras de administración de aquellas no eran sometidas a escrutinio siempre y cuando los accionistas recibieran ganancias aceptables. Sin embargo, hoy en día, los efectos de las empresas multinacionales los sienten no solo los accionistas, sino también los habitantes y empleados locales, las economías estatales y la economía global. Por ejemplo, los grupos de la sociedad civil, grupos indígenas, las organizaciones no gubernamentales, algunas organizaciones internacionales y, sobre todo, las poblaciones locales se interesan en la actualidad en los riesgos que las empresas multinacionales pueden generar, debido a que se encuentran directa e indirectamente afectados por ellos.³⁸

Existe la percepción de que las empresas multinacionales no están sometidas al control de los Estados y esta idea no es del todo falsa. A pesar de que operan dentro de la jurisdicción soberana de aquellos, los Estados de acogida —en la mayoría de casos— no son capaces de formular políticas adecuadas para la actividad de las empresas multinacionales con respecto a temas de derechos humanos o de asegurar que los derechos de los interesados sean protegidos.³⁹ Pareciera también que estas empresas han ganado poder en relación con las federaciones internacionales de comercio, las organizaciones e instituciones locales, e incluso con las organizaciones internacionales del trabajo.⁴⁰

Esta dinámica entre el Estado y las multinacionales ha sido abordada por Hernández.⁴¹ Este autor sostiene que si bien la cesión de soberanía se produce en actos de ratificación formales, estos en el fondo ocurren debido a que existe una presión político-económica de los países ricos y las empresas multinacionales, quienes diseñan las reglas comerciales y financieras internacionales que imponen y reinterpretan continuamente. En este contexto, ha identificado la existencia o agudización de una jerarquización entre los Estados,

³⁸ Cf. PILLAY, Sukanya. Ob. cit., p. 640.

³⁹ Cf. *ib.*, p. 641.

⁴⁰ Cf. ELDRIDGE, Grant. Ob. cit.

⁴¹ Cf. HERNÁNDEZ, Juan. Ob. cit., p. 82.

como consecuencia del —cada vez mayor— empoderamiento de las multinacionales, que analizaremos a continuación.

Por un lado, están aquellos Estados que refuerzan su poder y establecen relaciones de dominación sobre otros actores políticos, sociales y económicos. Sus relaciones con las empresas multinacionales y grandes corporaciones económicas son de máxima integración. En estos casos, los Estados suelen proteger y tutelar a las multinacionales nacionales y estas participan, condicionan, constituyen y colaboran con sus élites gobernantes. Por otro lado, están los Estados centrales, algunos de ellos europeos, que ceden soberanía y pierden poder, se convierten en facilitadores de los intereses de las grandes multinacionales. La pérdida de competencias y de su regulación se desarrolla voluntariamente, cediendo las competencias económicas y financieras y desregulando las sociales y laborales. Por el contrario, los Estados periféricos o subordinados pierden competencias y capacidad soberana por las imposiciones normativas de los Estados dominantes, empresas multinacionales e instituciones económicas y financieras multilaterales, regionales y bilaterales.

Las repercusiones sobre las poblaciones de esos países alcanzan dimensiones muy importantes. Por ejemplo, Etiopía, país muy alejado de los núcleos de poder, sufrió la imposición *de facto* de ciertas condiciones que —incluso— se opusieron a la legislación de comercio internacional, cuando Starbucks decidió utilizar, de manera arbitraria, la denominación de origen de café de alta calidad que pertenecía a los agricultores etíopes. Al iniciar el Gobierno de Etiopía el registro de las patentes de sus especialidades de café, la multinacional aceptó un acuerdo, en el 2007, en el marco de la responsabilidad social empresarial y producto de la presión social.⁴²

Por último, encontramos los Estados fallidos, prácticamente desconectados de las relaciones económicas y políticas internacio-

⁴² Cf. OXFAM. «Oxfam celebra el resultado beneficioso tanto para los productores de café etíopes como para Starbucks». *Oxfam Internacional*, España, 21 de junio de 2007, <<http://www.oxfam.org/es/news/2007/oxfam-celebrates-win-outcome-for-ethiopian-coffee-farmers-and-starbucks.html>>. Citado por HERNÁNDEZ, Juan. Ob. cit., p. 84.

nales y desarticulados institucionalmente en su soberanía interna, que se encuentran —si disponen de riquezas naturales— sometidos a la dictadura de las empresas multinacionales y a regulaciones un tanto arbitrarias de los contratos de explotación de estas. Aquí se pone como ejemplo a la República Democrática del Congo, donde el cobalto, el cobre, el oro y los diamantes son recursos naturales que son objeto de deseo de numerosas empresas multinacionales con medios políticos, económicos y militares que les permiten imponer sus reglas a las instituciones y Gobiernos frágiles.

También los grupos alzados en armas son vulnerables a estas empresas. El rebelde congoleño Nkunda y el Gobierno de Ruanda se opusieron a que el Gobierno del Congo y China llegasen a acuerdos contrarios a las multinacionales. Las privatizaciones de estas enormes reservas minerales y petrolíferas implican imponer reglas y marcar líneas constituyentes de un Estado sometido a una larga y cruenta guerra. Los recursos naturales son destinados casi exclusivamente a los mercados industrializados, situación muy similar a las guerras de Liberia y Sierra Leona en relación con los diamantes y madera. Las víctimas de estas guerras son las mayorías sociales de estos países que se ven abocadas a sobrevivir en competencia con otros hombres y mujeres en territorios despojados, lo que puede generar la aparición de otros conflictos basados en etnias y religiones. Tal y como afirma Chesnais, la mundialización del capital conduce a que los países sean una simple yuxtaposición de territorios colocados en la dependencia de relaciones conducidas por la inversión de empresas multinacionales acompañadas de esas inmensas concentraciones de personas expulsadas de sus tierras o privadas de trabajo por las empresas, como son las grandes ciudades del cuarto mundo.⁴³

Todas estas preocupaciones son válidas, puesto que los abusos indudablemente ocurrieron; sin embargo, existen fuerzas que están trabajando para evitar que las multinacionales ejerzan un poder ilimitado sobre sus operaciones. Una mayor conciencia de los consumidores sobre las cuestiones ambientales y sociales y el impacto de la actividad comercial en el bienestar social y calidad ambiental

⁴³ Cf. *ib.*, p. 85.

han influido mucho en las acciones de todas las corporaciones en los últimos años, tendencia que muestra todos los signos de que va a continuar. Por otra parte, la sensibilidad del consumidor moderno ante la difícil situación de las personas en los países con Gobiernos represivos alienta la eliminación de las operaciones de empresas multinacionales en las zonas donde la protección legal de los trabajadores es mínima. Ejemplos claros de esta nueva tendencia son varios e incluyen protestas contra el uso de maquiladoras por Nike y el activismo contra las operaciones de la compañía petrolera Shell en Nigeria y PepsiCo en Myanmar.⁴⁴

Las empresas multinacionales también se ven limitadas por las actitudes de los consumidores en materia ambiental. Los desastres ambientales como los ocurridos en Bhopal, India (la explosión de una fábrica de productos químicos peligrosos operado por Union Carbide, que resultó en grandes pérdidas de vidas en las áreas circundantes) y Prince William Sound, Alaska (la ruptura de un camión cisterna de casco único, del Exxon Valdez que causó una catástrofe ambiental) constituyeron una mala publicidad para las empresas implicadas y continuarán sirviendo como un recordatorio del costo a largo plazo que implica ignorar las preocupaciones ambientales, laborales y de seguridad.⁴⁵

Del mismo modo, la conciencia del consumidor sobre los problemas mundiales disminuye el poder de las corporaciones multinacionales en sus relaciones con las agencias gubernamentales. Los instrumentos internacionales suscritos por los Gobiernos también son capaces de regular las actividades de las corporaciones multinacionales sin temor a represalias económicas como, por ejemplo, el Protocolo de Montreal de 1987 que limita la producción mundial y el uso de los clorofluorocarbonos y el Convenio de Basilea de 1989 que regula el tratamiento y el comercio de desechos químicos.⁴⁶

En resumen, el mundo de las empresas multinacionales es bastante complejo, no solo por su estructura, sino también por su funcionamiento. Hemos podido notar que su aparición en la es-

⁴⁴ Cf. ELDRIDGE, Grant. Ob. cit.

⁴⁵ Cf. ib.

⁴⁶ Cf. ib.

cena internacional no ha pasado desapercibida y ha generado un impacto en diferentes niveles. La posibilidad de que estas operen en diversos Estados y bajo diversos ordenamientos jurídicos les ha permitido obtener el máximo de ganancias a un costo relativamente bajo, dado que aprovechan los vacíos existentes o la debilidad del aparato gubernamental.

Mucho del impacto generado por sus actividades se relaciona directamente con la economía y otros con el bienestar de la población de los Estados en las que estas operan. Si bien se puede argumentar que el establecimiento de sus filiales ha permitido desarrollo y mejoras, no podemos afirmar que se ha dado en todos los aspectos. Estos efectos negativos, como veremos en los siguientes capítulos, tienen repercusiones no solo en la economía, sino que también afectan directamente a los derechos humanos.

CAPÍTULO 2

ACERCAMIENTO DEL MUNDO EMPRESARIAL A LOS DERECHOS HUMANOS: UN CAMINO DE IDA Y VUELTA

En este capítulo nos interesa destacar la influencia recíproca que mantienen las empresas y los derechos humanos. Para ello nos centramos en cuatro puntos fundamentales. En el primer punto, abordaremos las iniciativas que provienen del propio mundo empresarial por acercarse a modelos de funcionamiento más acordes, o no alejados, del ejercicio de derechos. En el segundo punto, ingresaremos en el aún escaso rubro de los pronunciamientos de órganos internacionales de protección de derechos humanos sobre la conducta empresarial. En el tercer punto, estudiaremos el difícil tema de la actividad empresarial en el contexto de los conflictos armados y la aplicación del derecho internacional humanitario (DIH). Finalmente, en el cuarto punto, abordaremos la violación grave de los derechos humanos por parte de las empresas multinacionales y su regulación en el marco del derecho penal internacional (DPI).

2.1. El mundo empresarial y su valoración de los derechos humanos

Diversos mecanismos determinan que las empresas puedan funcionar fuera de las fronteras del país de constitución («Estado de origen») relacionándose directamente con la población del Estado «receptor» o «de acogida». Esto ha planteado la cuestión de en qué medida las empresas tienen la responsabilidad de proteger, promover y contribuir a la realización de los derechos humanos de estos

grupos y en qué forma podrían ser responsables de las violaciones de estos en el marco de sus actividades.¹

En las últimas décadas, se ha venido acumulando un creciente número de evidencias que muestran el impacto de las actividades empresariales en las comunidades pobres de los países en desarrollo que puede dar lugar a violaciones de los derechos humanos; sin embargo, muchas de estas empresas no han respondido por sus acciones, no solo porque no existen normas pertinentes en el Estado receptor, sino también, porque en algunos casos, los agentes empresariales suelen detentar niveles de poder privilegiados. No obstante, en la actualidad, muchos Estados han afirmado que las empresas tienen responsabilidad directa por todas las consecuencias nocivas que puedan derivarse de su actividad empresarial y por la prevención de daños a los derechos humanos,² lo que constituye un tímido primer paso hacia una condena real por sus acciones.

2.1.1. Responsabilidad social empresarial: iniciativas voluntarias

Como resultado de la presión de los medios de comunicación, la ocurrencia de grandes desastres y el establecimiento de sistemas de regulación de algunos Estados, las empresas tomaron consciencia de que apoyar a regímenes opresivos, vinculados a violaciones de derechos humanos o a actividades contaminantes, por citar algunos ejemplos, eran prácticas que tenían que reconsiderarse si querían sobrevivir en la sociedad de finales del siglo XX. Actualmente, casi no hay industria, mercado o negocio que no haya experimentado la creciente demanda para legitimar sus prácticas frente a la sociedad en general. Por ejemplo, la banca, el comercio minorista, el turismo, la industria de alimentos y bebidas, entre otras, consideradas por mucho tiempo relativamente «limpias» y poco controversiales, enfrentan expectativas por instituir prácticas más responsables que

¹ Cf. ČERNIČ, Jernej Letnar. «Corporate Responsibility for Human Rights: A Critical Analysis of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises». *Hanse Law Review*, vol. 4, n.º 1, 2008, p. 74.

² Cf. *ib.*, p. 74.

—en conjunto— conforman la llamada «responsabilidad social empresarial» (RSE).³

Se podría decir que la RSE es una política de acción empresarial que tiene como base la asunción de responsabilidad por los efectos que su funcionamiento causa en sus miembros y la sociedad en general.⁴ El concepto de RSE se ha desarrollado a partir del interés de los empresarios en mantener una relación armoniosa con la comunidad, lo cual si bien tiene bases éticas también responde a una estrategia de permanencia y legitimidad de la empresa en el mediano y largo plazo.⁵ Este amplio espectro de prácticas voluntarias se encuentra destinado a incrementar la legitimidad de las actividades de las empresas y a asegurar las inversiones. Sin exigir que las empresas rindan cuentas, la RSE es un concepto que está transformando la ética empresarial.⁶

Inicialmente, la RSE se enfocaba en prácticas relacionadas con el medio ambiente —que incluían las llamadas «etiquetas verdes o sociales», los informes de sostenibilidad, entre otros—, con los derechos laborales y las relaciones laborales, que contemplaban actividades para mejorar el ambiente de trabajo. No obstante, en estos últimos años, se ha asumido correctamente que la RSE implica también respeto por los derechos humanos reconocidos internacionalmente.⁷ La mayoría de dichas iniciativas se fundamentan en una

³ Cf. CRANE, Andrew; DIRK MATTEN y LAURA J. SPENCE. «Corporate Social Responsibility: In Global Context». En Andrew Crane; Dirk Matten y Laura J. Spence (eds.). *Corporate Social Responsibility: Readings and Cases in Global Context*. Londres: Routledge, 2008. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1667081>.

⁴ Cf. GARAVITO, Cecilia. «Responsabilidad social empresarial y mercado de trabajo». Documento de Trabajo n.º 258. Lima: Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 3. Disponible en: <<http://departamento.pucp.edu.pe/economia/images/documentos/DDD258.pdf>>.

⁵ Cf. *ib.*, p. 3.

⁶ Cf. LEBUIS, Véronique. «Derechos humanos y empresas transnacionales: ¿podrán los tribunales canadienses juzgar a las empresas canadienses por los daños causados en el exterior?». *Revista de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF)*, n.º 15, año 4, 2011, p. 22.

⁷ Cf. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Empresas y violaciones a los derechos humanos: una guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas y ONG*. S. I.: FIDH, 2011, p. 3.

serie de principios a cuyo respeto se someten voluntariamente las empresas adherentes dentro del ámbito de sus actividades, como son los códigos de conducta o declaraciones unitarias de los empresarios, estándares internacionales, acuerdos marco globales, entre otros.⁸

La mayoría de las iniciativas proponen herramientas para integrar la preocupación por los derechos humanos en las actividades diarias de las empresas. No existe un modelo único que las recoja, por lo que sus estructuras varían enormemente. En efecto, algunas tuvieron su origen en las organizaciones internacionales, por ejemplo, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas; otras fueron lanzadas por los Gobiernos, como el proceso Kimberley; o presentadas conjuntamente por varias de las partes interesadas, denominadas «iniciativas multisectoriales», las cuales reunieron al sector empresarial, gubernamental, sindical y a la sociedad civil; o gestionadas directamente por las empresas, en tanto que otras son desarrolladas a nivel sectorial.⁹

A pesar de este nuevo enfoque de la RSE, no puede perderse de vista que el hecho de que las empresas transnacionales tomen estos lineamientos, esto evidentemente no asegura que dejen en forma automática de desarrollar prácticas ilegales.¹⁰ Incluso no es un secreto que muchas de las empresas no logran cumplir con los marcos antes mencionados.

a) Los códigos de conducta

La generación de los códigos de conducta se remonta a las campañas de denuncias en la década de los noventa contra las prácticas de diversas transnacionales en materias ambientales, sociales y de condiciones de trabajo. De este modo, el rubro más afectado por denuncias y boicots fue el sector de manufacturación y distribución

⁸ Cf. *ib.*, p. 551.

⁹ Cf. *ib.*, p. 551.

¹⁰ Cf. HERNÁNDEZ, Juan. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*. Bilbao: Hegoa, 2009, p. 551.

textil. Empresas como Levi's, Nike, Reebok y Gap fueron las primeras en adoptar una estrategia original al elaborar códigos de conducta¹¹ no solo para sus actividades, sino también para fomentar la responsabilidad social en la subcontratación exterior.¹²

Los códigos de conducta se vinculan estrechamente con la RSE, pues en muchos casos estos son el núcleo de las políticas internas de una empresa. Con este objetivo, los códigos de conducta deben ser de conocimiento público y estar dirigidos a todos los *stakeholders* que se vinculen con la empresa. Asimismo, suelen recoger «valores éticos y actividades responsables» que aplicarán en el desarrollo de sus actividades, por lo que están dirigidos a empleados y directivos de las empresas.

Por otro lado, estas normas deben aplicarse en todo el espacio de actuación de la empresa, es decir, a lo largo de todos los territorios en los que esta despliega su actividad económica y productiva, y se pretende que sean de aplicación homogénea en empresas filiales y en el resto de la cadena de producción. Por ello, en palabras de Baylos, «[...] se trata en definitiva de la asunción unilateral de un imperativo moral por parte de la empresa transnacional, el de mantener en todos y cada uno de los lugares en los que actúe un conjunto de estándares [...]».¹³

Su aplicación transnacional hace suponer que será distinto su impacto en las matrices que en las filiales, las que, en muchos casos, operan en Estados en vías de desarrollo. En ese sentido, en Es-

¹¹ Cf. BRAC, Marie. «Codes de bonne conduite: quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur...». En Glose.org. Colloque «Le droit mou, une concurrence faite à la loi?». Organizado por el Centre de Droit Civil des Affaires et du Contentieux Économique de l'Université de Paris X-Nanterre (CEDCACE), 2004. Disponible en: <<http://www.glose.org/CEDCACE3.pdf>>.

¹² Cf. DILLER, Janelle. «¿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, n.º 2, 1999, p. 116. Citado por MARTÍN-ORTEGA, Olga. *Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional*. Londres: Bosch Editor, 2008, p. 219.

¹³ BAYLOS, Antonio. «Códigos de conducta y acuerdos-marco de empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica». *Lan Harremanak. Revista de Estudios Laborales*, vol. 12, n.º I, 2005, p. 108. Disponible en: <http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/3422/3060>.

tados más débiles, los códigos de conducta pueden ampliar la protección en ciertas materias, constituyendo un *plus normativo* para paliar los efectos de legislaciones nacionales. Por otro lado, también pueden expresar una autorregulación individualizada cuya expresión más radical sea la pretensión de las grandes empresas de sustituir —en Estados con legislaciones precarias— la normatividad estatal por sus propias directrices y generar una suerte de feudalismo industrial.¹⁴

Ahora bien, como ya se mencionó, estos instrumentos no tienen origen legal, sino más bien se trata de principios éticos o propósitos voluntarios. Por lo tanto, no es posible afirmar que exista una eficacia jurídica que haga exigible su aplicación o una reparación por su incumplimiento. En ese sentido, las principales críticas a estas iniciativas parten de su carácter no vinculante y voluntario. No obstante, tales disposiciones pueden llegar a presentar efectos interesantes —propios de las normas de *softlaw*—, tales como prácticas reiterativas que devengan o generen normas obligatorias.

Finalmente, en cuanto a su naturaleza, existe una variedad de códigos de conducta, entre ellos tenemos: a) los códigos establecidos por las propias empresas; b) los códigos establecidos por organizaciones sindicales; y c) los códigos establecidos por organizaciones multisectoriales. Asimismo, cabe mencionar que si bien existen modelos de códigos de conducta, estos se concibieron como iniciativas unilaterales de las empresas. Por tanto, la incorporación de una u otra norma u obligación dependerá de las propias empresas; es decir, tanto de los sujetos creadores de los códigos como de los contenidos de estos, así como de los mecanismos de verificación.¹⁵

Contenido de los códigos de conducta

En lo que concierne a los contenidos de los códigos de conducta, estos suelen ser muy variados, pero abordan fundamentalmente las

¹⁴ Cf. ERMIDA, Óscar y otros. *RSE: perspectivas jurídicas para estrategias sindicales*. Montevideo: Friedrich-Ebert-Stiftung; 2009, p. 14. Disponible en: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/uruguay/06760.pdf>>.

¹⁵ Cf. HERNÁNDEZ, Juan. Ob. cit., p. 581.

normas laborales, las relaciones con los clientes, las relaciones con las comunidades, las relaciones con los proveedores, entre otras. En efecto, en su origen, los primeros códigos solo abordaban las condiciones de trabajo; con el tiempo, estos instrumentos han comenzado a incluir la protección de los accionistas o de los consumidores o del medio ambiente.¹⁶ De esta forma, la inclusión de un tema dependerá, a su vez, de diversos factores, como el rubro de la empresa, su situación económica y los cuestionamientos a los que se vean sometidos por parte de las organizaciones no gubernamentales (ONG) y los sindicatos.¹⁷

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) elaboró un estudio en 1998 sobre 215 códigos de conducta de empresas multinacionales, en donde destacó que los temas más recurrentes son los siguientes: seguridad y salud en el trabajo (75%), la discriminación en el acceso y en el empleo (66%), el trabajo infantil (45%) y las políticas salariales (40%). Asimismo, el trabajo forzoso se menciona en el 25% de los casos; y la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva, en menos del 15% del total. En tal sentido, por un lado, los códigos de conducta de empresas cuyas imágenes de marca sean más sensibles, como la del rubro textil y comercio al por menor, ponen especial énfasis en el trabajo infantil y trabajo forzoso. Por otro lado, en el rubro de las empresas químicas, petroquímicas y mineras, se enfatiza el medio ambiente y la salud y seguridad en el trabajo.¹⁸

En cuanto al contenido laboral de los códigos de conducta —los cuales son los más recurrentes—, estos varían dependiendo de si se está en los Estados de las matrices o en los Estados receptores. En los códigos de conducta de empresas matrices, se pone énfasis en la

¹⁶ Cf. BRAC, Marie. Ob. cit., p. 2.

¹⁷ Cf. DILLER, Janelle. «Responsabilité sociale et mondialisation: qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement?». *Revue Internationale du Travail*, vol. 138, n.º 2, 1999, pp. 111.

¹⁸ Cf. BOURQUE, Reynald. «Codes de conduite, accord cadres internationaux et responsabilité sociale des entreprises à l'ère de la mondialisation». *Revue Internationale sur le Travail et la Société*, vol. 5, n.º 3, 2007, p. 4. Disponible en: <http://www.uqtr.ca/revue_travail/Articles/2007Vol5Num3pp1-19Bourque.pdf>.

calidad del empleo y la adaptación de la gestión al cambio.¹⁹ En el caso de las filiales que operan en los Estados receptores, se apunta a los derechos laborales fundamentales, incluido el derecho a un salario digno, las medidas en torno a la cadena de responsabilidad en las filiales, proveedores, contratistas y subcontratistas y la subordinación a la soberanía nacional del país en el que se invierte en conexión con el derecho al desarrollo.²⁰

Consecuencias por el incumplimiento de los códigos de conducta

Al ser iniciativas netamente voluntarias, no existen mecanismos ni de control ni de sanción por incumplimiento. No obstante, han surgido de la mano de estas iniciativas numerosas propuestas de control, entre las cuales destacan los informes, auditorías y certificaciones,²¹ todas sometidas a numerosas críticas así como a una gran incertidumbre sobre su eficacia y transparencia.

De ahí que, por un lado, se atribuya a los mecanismos internos ausencia de transparencia e independencia con relación a las estructuras de control de las empresas. Por otro lado, los mecanismos de verificación externa también generan numerosas críticas, pues muchos autores consideran que el personal de verificación externo no posee los conocimientos requeridos para evaluar el cumplimiento de las normas de trabajo. Aún más, muchas firmas auditoras son igualmente responsables de la verificación contable, lo que afecta la independencia en materia de auditoría sobre responsabilidad so-

¹⁹ Cf. ARAGÓN, J.; F. ROCHA y J. CRUCES. «La dimensión laboral de la RSE en España. Un análisis de casos». En AA. VV. *La dimensión laboral de la responsabilidad social de las empresas. Cuadernos de Información Sindical de CCOO*, n.º 63, 2005, p. 39. Citado por HERNÁNDEZ, Juan. Ob. cit., p. 582.

²⁰ Cf. HERNÁNDEZ, Juan. Ob. cit., p. 581.

²¹ Cf. *ib.*, p. 585.

Ejemplos de Iniciativa de múltiples partes interesadas: ISO 4001, SA8000, Consejo de Administración de Buques, Consejo de Administración de Marina, Asociación de Justicia Laboral, Consorcio para los Derechos de los Trabajadores, Campaña Ropa Limpia, Alianza Global para Trabajadores y Comunidades, Programa Mundial de Responsabilidad en la Producción Indumentaria; Iniciativa de Información Global, Iniciativa para el Comercio Ético, serie de normas AAI000 y Acuerdos Marco Globales.

cial. En este aspecto, la Confederación Internacional de Sindicatos Libres (CISL) ha puesto en duda la competencia de las firmas de verificación externa en materia de control de las normas laborales y ha subrayado que las inspecciones puestas en el campo de la auditoría social no permiten verificar la aplicación de las medidas correctivas propuestas por los auditores.²²

Debe señalarse que si bien la voluntariedad y la unilateralidad permanecen como dos caracteres sólidos en la naturaleza de los códigos de conducta, no es menos cierto que, por medio de diversas estrategias, sea probable que los códigos puedan usarse en contra de las empresas que los transgredan flagrantemente. Muestra de ello es el caso *Dassault* en Francia, en el cual un sindicato cuestionó el estatus legal de un código interno, lo que dio lugar a un gran debate legal en cuanto al «código de conducta» al cual se adhirió la empresa. De este modo, la Corte de Casación francesa determinó que tales compromisos pueden proveer bases para invocar la responsabilidad empresarial, ya sea porque la empresa hizo caso omiso de las obligaciones a las que se comprometió o porque, so pretexto de un llamado código de «ética», violó los derechos fundamentales y libertades de sus empleados.²³

Asimismo, en materia de publicidad engañosa, es posible también sancionar a una empresa por el incumplimiento de su código de conducta, así como indemnizar a quienes sufrieron algún perjuicio por la inducción al error por medio de la falsedad de la publicidad; en este caso, por medio del código de conducta incumplido.²⁴ Finalmente, quedan por explorar las numerosas vías que se utilizarán para sancionar el incumplimiento de los códigos de conducta e indemnizar a aquellos que se vean perjudicados en alguno de sus derechos.

²² Cf. HERRNSTAD, O. «Voluntary Corporate Codes of Conduct: What's Missing?». *The Labor Lawyer*, vol. 16, 2002, p. 355. Citado por BOURQUE, Reynald. Ob. cit., p. 7.

²³ Cf. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit., Sección V: «Compromisos voluntarios usando las iniciativas para incrementar la responsabilidad de las empresas», p. 606.

²⁴ Cf. BRAC, Marie. Ob. cit., pp. 14 y 15.

b) Pacto Global de Naciones Unidas

En 1999, Kofi Annan, entonces secretario general de Naciones Unidas, impulsó la creación del Pacto Global o *Global Compact*, concebido como una iniciativa voluntaria cuyo objetivo sería alinear los negocios internacionales con diez principios en cuatro áreas temáticas: los derechos humanos, trabajo, medioambiente y anticorrupción.²⁵ En su discurso ante el Foro Económico Mundial en Davos el 31 de enero de 1999, el secretario general desafió a los líderes empresariales del mundo a «[...] adoptar y contribuir al logro del desarrollo sostenible e inclusivo del mercado, ideando un gobierno compacto que sea el soporte y dé un rostro humano a la nueva economía global».²⁶ De esta manera, se lanzó el Pacto Global oficialmente el 25 de julio de 2000 con la participación de 44 grandes multinacionales y representantes de la sociedad civil. A la fecha, ha logrado el involucramiento de 10 mil multinacionales en más de 135 países, de tal manera que se trata de la iniciativa de ciudadanía corporativa más grande del mundo.²⁷

El mecanismo para la adhesión al Pacto consiste en algo tan simple como enviar una carta, dirigida a la Oficina del Pacto, que testifique su voluntad de promover el respeto de los diez principios. En tal sentido, estas empresas deberán integrar los principios en su estrategia comercial y en sus actividades en general. El propósito es su incorporación total en la estrategia y políticas comerciales y no tratar el cumplimiento de los principios del Pacto como factores complementarios, por ejemplo, al solo crear programas *ad hoc* que no reflejen un real y auténtico compromiso.

²⁵ Cf. FEENEY, Patricia. «Business and Human Rights: The Struggle for Accountability in the UN and the Future Direction of the Advocacy Agenda». *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, n.º 11, 2009, p. 164.

²⁶ Secretario general Kofi Annan propone Pacto Mundial de Derechos Humanos, Trabajo, Ambiente en su Participación al Foro Económico Global en Davos. Comunicado de prensa de las Naciones Unidas, SG/SM/6881, 1 de febrero de 1999. Disponible en: <<http://www.un.org/News/Press/docs/1999/19990201.sgsm6881.html>>.

²⁷ Sitio oficial del Pacto Global. Home. About Us. Overview. Overview of the UN Global Compact, Disponible en: <<http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/index.html>>.

Debe mencionarse que, inicialmente, el Pacto Mundial contenía nueve principios, a los que se le agregó uno en el 2004 vinculado al tema de anticorrupción luego de la adopción de la Convención de la Naciones Unidas Contra la Corrupción. Los primeros dos principios hacen referencia directa a los derechos humanos:

1. Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados en el ámbito internacional, dentro de su esfera de influencia.
2. Las empresas deben asegurarse de no ser cómplices en abusos a los derechos humanos.²⁸

Sobre estos dos principios, el Pacto Global no esclarece qué se entiende por la «esfera de influencia» en la cual se aplicarán ambos principios, así como tampoco presenta una definición sobre «complicidad de las empresas». Sin embargo, existe un esfuerzo de precisión cuando se dice:

The concept of «sphere of influence» can help map the scope of a company's opportunities to support human rights and make the greatest positive impact. While these opportunities may be greatest with respect to a company's own operations and workers, the ability to act gradually declines as consideration moves outward to the supply chain, to local communities, and beyond. In some cases, companies may wish to increase their leverage or sphere of influence through collaboration with other actors. The assessment of the opportunities for action and leverage will depend on the particular circumstances, some specific to the company and some specific to the context in which it operates.²⁹

²⁸ Sitio oficial del Pacto Global. Disponible en: <http://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/Los_Diez_Principios.html>.

²⁹ UN Framework. Guiding Principles for the Implementation of the UN «Protect, Respect and Remedy» Framework; Baab, Mike y Margaret Jungk. «The Arc of Human Rights Priorities. A New Model for Managing Business Risk». The Danish Institute for Human Rights, Copenhagen, p. 5. Disponible en: <http://www.humanrightsbusiness.org/files/Publications/arc_of_human_rights_priorities_web_version_090311.pdf>.

Las empresas, en consecuencia, protegen y respetan los derechos humanos por medio de sus actividades, las cuales pueden realizarse en el lugar de trabajo o en la comunidad; por tanto, ambos se consideran ejemplos de la esfera de influencia en el asunto de los derechos humanos.³⁰

Por otro lado, en lo que se refiere a la complicidad de las empresas, cabe destacar que la articulación del concepto de «complicidad» se encuentra en proceso de construcción en el derecho internacional. No obstante, algunos autores han venido dando alcances sobre posibles definiciones, como es el caso de Clapham, quien considera que el concepto de «complicidad corporativa» cubre, más que los actos inmediatos de la empresa, aquellos actos atribuibles a ella que habilitan la comisión de actos ilegales de otros. En ese sentido, también se usa para describir la posición de la empresa con respecto a los abusos de terceras partes cuando los negocios se benefician por las violaciones de los derechos humanos cometidos por estos terceros.³¹

En el marco del Pacto Global, se ha elaborado una suerte de tipología de la complicidad, que presenta tres tipos:

- (i) complicidad directa, cuando una empresa provee bienes o servicios con conocimiento de que estos serán usados para llevar a cabo abusos;
- (ii) complicidad beneficiosa, cuando la compañía se beneficia de los abusos a los derechos humanos aun si esta no la asiste o la ocasiona fehacientemente; y
- (iii) complicidad silenciosa, cuando la empresa es silenciosa o inactiva frente a sistemáticas o continuas violaciones a los derechos humanos [es el tipo de complicidad más controversial y es la menos probable que conlleve a una responsabilidad legal].³²

³⁰ Cf. UN Framework. Guiding Principles.

³¹ Cf. CLAPHAM, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Nueva York: Oxford Press, 2006, p. 220.

³² UN Framework. Guiding Principles. Principle 2.

A pesar de ello, como ya se mencionó, no existe consenso sobre la definición de complicidad en general ni a nivel del Pacto Global, por lo que requerirá un mayor desarrollo en los años venideros.³³

Asimismo, el Pacto Global está destinado a proveer a las empresas de un marco común con el cual hacer frente y responder a las demandas sobre responsabilidad social. En esta labor, el Pacto se plantea dos objetivos complementarios: *a)* persuadir a las empresas de interiorizar los principios haciéndolos parte integral de la cultura empresarial, estrategia y operaciones; y *b)* facilitar la solución de problemas por medio de la cooperación.³⁴

En lo que concierne a la participación de las empresas en el Pacto, es conveniente anticipar que la iniciativa no tiene el mandato de monitorear o medir la participación de las empresas, lo cual se analizará posteriormente. No obstante, ofrece una serie de oportunidades de participación en el marco del Pacto, como ejemplo de ello tenemos alianzas para el desarrollo, redes nacionales, diálogos sobre política, aprendizaje y acciones colectivas. De este modo, la primera consiste en la participación de las empresas en la promoción de objetivos más amplios que los de Naciones Unidas, tales como, por ejemplo, los Objetivos de Desarrollo del Milenio. En segundo lugar, las redes nacionales son grupos que integran a los participantes del Pacto Global y trabajan para avanzar en la implementación del Pacto y sus principios en un determinado sector empresarial o contexto geográfico. En tercer lugar, los diálogos sobre política se plasman en reuniones y talleres en diferentes países, organizados por el Pacto Global —entre empresas, agencias del sistema de Naciones Unidas, sindicatos, ONG y otros grupos—, los cuales se centran en cuestiones específicas relacionadas con la globalización y la ciudadanía corporativa. En cuarto lugar, en cuanto al aprendizaje, el Pacto Global promueve que las empresas compartan sus experiencias sobre prácticas empresariales, por medio de las redes nacionales y en las reuniones y talleres con otros participantes. Finalmente, fo-

³³ Cf. CLAPHAM, Antony. Ob. cit., p. 221.

³⁴ Cf. OSHIONEBO, Evaristus. «The UN Global Compact and Accountability of Transnational Corporations: Separating Myth from Realities». *Florida Journal of International Law*, vol. 19, n.º 1, p. 14.

menta las acciones colectivas entre empresas, pues estas propician las condiciones para una competencia justa e incluyente en los mercados locales y, al mismo tiempo, fortalecen las capacidades de las empresas en lo individual.³⁵

De esta manera, se aprecia que esta iniciativa descansa en la idea de ofrecer una plataforma institucional para un aprendizaje, cultivo y difusión de las mejores prácticas de gobierno empresarial. En ese sentido, el Pacto recibe, destila, refina y distribuye la información sobre gobierno corporativo y responde a los estímulos de sus empresas participantes y otros *stakeholders*. Es así como se espera que el resultado sea que las buenas prácticas corporativas se extiendan hacia un amplio espectro de interesados y que las empresas hagan una «limpieza de casa», por medio de la mejor información obtenida sobre prácticas y gobierno corporativos. En esta línea de ideas, Oshionebo define esta iniciativa como «[...] essentially reflexive, interactive and self-referential in carácter».³⁶

Por todo ello, las empresas que desean adherirse al Pacto Global deben solamente expresar públicamente su compromiso con los diez principios. Adicionalmente, cada año deberán presentar un informe o una comunicación en progreso (CoP, por sus siglas en inglés) que describa concretamente ejemplos en los cuales se evidencien los progresos de la empresa o que hayan aprendido alguna lección en la implementación de los principios. De esta manera, se ha sostenido que el CoP promueve la responsabilidad y la transparencia entre los participantes. Aunque el Pacto no verifique el CoP, este se publica y se ofrece a la sociedad la oportunidad de controvertirlo.

En ese sentido, las empresas deberán ser acuciosas al momento de emitir su comunicación y garantizar la veracidad de la información vertida, lo cual limita, en cierta medida, el abuso del «lavado de rostro» de la empresa por medio de la asociación con el Pacto. No obstante, no en todos los casos funcionará la «estrategia de la

³⁵ Cf. Página del Pacto Global. Implementación y Compromiso. Disponible en: <http://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/Implementacion_y_Compromiso.html>.

³⁶ OSHIONEBO, Evaristus. Ob. cit., p. 16.

vergüenza», pues ello dependerá del producto que comercializa la empresa. Es el caso de los productos sobre los cuales los compradores no tienen una gran capacidad de elección o aquellos cuyo origen no puede ser inmediatamente determinado por el comprador porque este no ha sido etiquetado o ha sido mezclado con productos similares antes de su venta —tal es el caso de los «diamantes de conflictos» que son mezclados con diamantes legítimos, lo que imposibilita al público el reconocimiento de su origen—. ³⁷

En la misma línea, en vista de fortalecer los contenidos del CoP, el 25 de febrero de 2011, se introdujo la Política de Comunicación sobre el Progreso que prevé un nuevo nivel de clasificación entre los participantes.³⁸ De esta manera, en cuanto a la diferenciación, se establece que las empresas participantes que ingresen su CoP dentro del plazo serán clasificadas en Nivel GC Activo o Nivel GC Avanzado. La primera consiste en cumplir con los requerimientos formales que se establecen en el informe; mientras que la segunda radica en, además de cumplir con los requerimientos formales, describir la manera en la que alcanzaron o alcanzarán los 24 criterios avanzados sobre las siguientes áreas: *a)* estrategia, gobierno y diálogo; *b)* asuntos y objetivos de Naciones Unidas; *c)* implementación de los Principios del Pacto Global; *d)* implementación en la cadena de valor; y *e)* verificación y divulgación. Asimismo, se señala que el objetivo en esta clasificación no es elaborar una lista exhaustiva de las prácticas, por lo cual las empresas tienen cierta libertad para elegir las que pondrán en práctica. De igual forma, dichas prácticas deben ajustarse a su contexto operacional y, si la empresa considera que algún criterio no es relevante, deberá presentar las explicaciones al respecto en el CoP.

El establecimiento de estos criterios aporta, sin duda, una mejora a la iniciativa, en tanto que las empresas que deseen destacar en la lista de las empresas participantes tienen la posibilidad de

³⁷ Cf. *ib.*, p. 18.

³⁸ Cf. Política del Pacto Mundial para la Comunicación sobre el Progreso. (COP). Versión actualizada al 25 de febrero de 2011. Disponible en: <http://www.pactomundial.org.mx/home/wp-content/uploads/2011/03/COP_Policy_ES.pdf>.

ampliar el espectro de responsabilidades en cuanto a implementación se refiere y pueden incluir los criterios señalados, dentro de los cuales destacan el primer y segundo criterio por su vinculación más estrecha con los derechos humanos.

Por otra parte, como se ha señalado, en cuanto al aspecto operacional, no existe un monitoreo o mecanismos de implementación que sean provistos por esta iniciativa. No obstante, el 15 de junio de 2004, se estableció un mecanismo «sancionatorio» junto a un mecanismo de quejas ante la Oficina del Pacto y las normas sobre el uso del nombre y logotipo del Pacto Global.³⁹ Este mecanismo sancionatorio se refiere a la entrega de las comunicaciones de progreso, las cuales deben reflejar los esfuerzos que realiza la empresa en vista de la promoción del Pacto y la incorporación de sus principios. Estas comunicaciones deben entregarlas las empresas anualmente; la primera de ellas debe formularse como máximo dos años después de su incorporación. En caso de que no cumplan con la entrega, se sancionará a la empresa otorgándole la calificación de «no comunicante». En agosto de 2012, existen cerca de 1.347 empresas participantes que figuran como «no comunicantes» en la web del Pacto Global.

Asimismo, la empresa «no comunicante» deberá presentar su CoP, como máximo, un año después de haber sido nombrada «no comunicante»; de no hacerlo, será expulsada públicamente del Pacto Global. Hasta el 6 de agosto de 2012, 3.728 empresas han sido expulsadas.⁴⁰ No obstante, todas las empresas participantes expulsadas tienen la oportunidad de ingresar de nuevo.

Ahora bien, en lo que respecta al mecanismo de quejas establecido, de acuerdo con el anexo 1 «Note in Integrity Measures», el Pacto reafirma que no aspira a ser una iniciativa que contenga mecanismos de queja. No obstante, con el fin de salvaguardar la reputación, integridad y esfuerzos del Pacto y sus participantes, es necesario contar con medios transparentes de denuncia por la comisión de

³⁹ Cf. ib.

⁴⁰ Cf. Página del Pacto Global. Home. Progress & Disclosure. Analyzing Progress. Expelled Participants. Disponible en: <http://www.unglobalcompact.org/COP/analyzing_progress/expelled_participants.html>.

abusos graves o sistemáticos de los objetivos y principios del Pacto. Sin embargo, el Pacto reitera que estas comunicaciones de ningún modo tienen una naturaleza legal, así como tampoco sustituyen procesos regulares o legales en ninguna jurisdicción:

The purpose of these measures in the first instance always will be to promote continuous quality improvement and assist the participant in aligning its actions with the commitments it has undertaken with regard to the Global Compact principles. It should be noted that the Global Compact Office will not involve itself in any way in any claims of a legal nature that a party may have against a participating company. Similarly, the measures set out below are not intended to affect, pre-empt or substitute for other regulatory or legal procedures or proceedings in any jurisdiction.⁴¹

Asimismo, la Oficina del Pacto deberá proveer asistencia y guía a la empresa implicada para que esta tome acciones que remedien la situación objeto de la comunicación con el fin de alinear las acciones de la empresa con los principios del Pacto Global. Adicionalmente, el Pacto puede, bajo absoluta discreción, tomar una o varias de las siguientes medidas:

- (i) Usar sus buenos oficios para fomentar la resolución del asunto;
- (ii) Solicitar a la red nacional o regional del Pacto competente o a otras organizaciones participantes del Pacto de mediar en la resolución de la queja;
- (iii) Remitir la queja a una o más entidades de las Naciones Unidas, guardianes de los principios del Pacto, para asesorar, asistir o accionar;
- (iv) Compartir información con las partes sobre las instancias procesales específicas de la Guía de la OCDE para las empresas multinacionales, y, en el caso que estén implicados principios laborales, la interpretación procesal de la Declaración Tripartita

⁴¹ The Global Compact's Next Phase, 6 de septiembre de 2005, sección 4, p. 2. Anexo 1. Disponible en: <http://www.unglobalcompact.org/docs/about_the_gc/gc_gov_framework.pdf>.

de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT (Declaración EMN de la OIT);

- (v) Remitir la queja a la Junta del Pacto Mundial, contando con la experiencia y las recomendaciones de estos.

Luego de ello, si la empresa rechaza el diálogo en los tres meses siguientes a la primera comunicación de la Oficina, entonces será calificada como «no comunicante» hasta que inicie el diálogo, y la Oficina se reservará el derecho de expulsión. De igual modo, la empresa no podrá utilizar el nombre o logotipo del Pacto Global. En caso de que la empresa tome las medidas apropiadas para remediar la situación materia de la queja, y alinee sus acciones a los principios del Pacto, se le podrá restituir la condición de empresa «activa».

En la práctica, este mecanismo no ha sido muy bien difundido, principalmente porque los criterios de expulsión de la empresa que es acusada no son precisos. No obstante, en el 2008, fue utilizado por Inversionistas contra el Genocidio (ICG), quienes presentaron una queja formal a la Oficina del Pacto en contra de la empresa PetroChina.⁴² De este modo, más de ochenta ONG⁴³ alegaron que PetroChina habría contribuido por medio de sus inversiones a las graves violaciones de derechos humanos de la magnitud de genocidio, en Darfur, Sudán. Ante esta denuncia, el 12 de enero de 2009, el Pacto Mundial rehusó la admisibilidad y procedibilidad de la queja por «abusos graves y sistemáticos», pues consideró que «el asunto podría aplicarse a otras empresas que operen en Estados propensos a conflictos». Asimismo, se sostuvo que «la forma en que el Pacto Global aborda los negocios y la paz se concentra más en la inclusión que en la exclusión y en el poder de la acción colectiva más que enfocarse en una empresa

⁴² Cf. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit., p. 558.

⁴³ «Más de 80 ONG piden a Naciones Unidas que expulsen a PetroChina del Pacto Mundial por su papel en Sudán, 7 de enero de 2009». *El Economista*, Sección de responsabilidad social corporativa. Disponible en: <<http://ecodiario.economista.es/empresas-finanzas/noticias/956540/01/09/Rsc-mas-de-80-ong-piden-a-naciones-unidas-que-expulsen-a-petrochina-del-pacto-mundial-por-su-papel-en-sudan.html>>.

en particular». Por ello, «manejar este caso como un problema de integridad en relación con una empresa en particular, podría ser a la larga perjudicial para la meta del Pacto Mundial».⁴⁴

Seguidamente, los denunciantes enviaron cartas a los miembros de la junta del Pacto Mundial, con lo cual se consiguió una revisión del pronunciamiento del director. Por lo tanto, en el 2009, se volvió a discutir el asunto y la junta decidió mantener a PetroChina como participante adherente. De esta manera, concluyó «[...] que la empresa matriz de PetroChina, CNPC, ha apoyado activamente el desarrollo sostenible en Sudán y ha participado en la Red Local del Pacto Mundial en China aunque ella misma no sea signataria del Pacto Mundial». Además acordó que «[...] el hecho que una empresa opere en un ambiente represivo o débilmente gobernado no sería fundamento suficiente para retirarlas de la iniciativa y que el Pacto Mundial, como plataforma de aprendizaje, no puede exigirle a una empresa que haga trabajo de incidencia con un gobierno». Recientemente, en enero de 2012, el tercer fondo de pensiones más grande del mundo, ABP Investments, eliminó de su lista a PetroChina por no cumplir con los principios del Pacto. ABP concluyó que PetroChina / CNPC carecía de políticas sólidas para evitar su participación en violaciones de derechos humanos en Sudán.⁴⁵

En tal sentido, este mecanismo de queja más parece aproximarse a mecanismos conciliadores o mediadores cuyo propósito es lograr que la empresa progrese en la aplicación de los principios y no tiene como finalidad investigar los hechos, reparar los daños, escuchar a los denunciantes, etcétera. De esta manera, para Hernández, pareciera que el principal objetivo es salvar «la cara del Global Compact», dado que las fases del proceso, la concreción de la transparencia, la valoración de los abusos graves y sistemáticos son muestras del carácter «simbólico» de este mecanismo. No ha servido de vía para la expulsión de ninguna empresa participan-

⁴⁴ Sitio oficial del Pacto Global. «UN Global Compact Office Responds to NGO Letter», actualizado al 9 de febrero de 2009. Disponible en: <http://unglobalcompact.org/NewsAndEvents/news_archives/2009_01_12b.html>.

⁴⁵ Cf. Liberemos a la ONU de la Captación Empresarial. Disponible en: <<http://www.foei.org/es/resources/publicaciones/pdfs-por-ano/2012/liberemos-a-la-onu-de-la-cooptacion-empresarial>>, p. 29.

te, lo cual no impide que en el futuro, con posteriores ajustes, este mecanismo pueda ser una vía útil y adecuada de recepción de quejas contra empresas violadoras de los derechos humanos, así como que el mecanismo refleje un auténtico respeto por los principios del Pacto, entre ellos el respeto por los derechos humanos.

Por último, en lo que concierne al uso del logotipo de Naciones Unidas, se ha determinado que este no podrá hacerse con fines comerciales y sin previa autorización del secretario general. Por otra parte, el nombre y logotipo del Pacto Global solo podrán utilizar los usuarios autorizados y en un contexto de promoción del Pacto y sus principios. Del mismo modo, la Oficina del Pacto Global debe haber aprobado previamente las actividades, productos y/o servicios que se promuevan por medio del uso del logotipo. De lo contrario, cabe la posibilidad de expulsar a la empresa o emprender los procesos legales respectivos por su uso indebido.

c) Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales

Las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)⁴⁶ para Empresas Multinacionales constituye el único instrumento de responsabilidad corporativa adoptado formalmente por los Gobiernos. Se trata de recomendaciones que buscan, entre otros fines, garantizar que las actividades de las empresas se desarrollen en armonía con las políticas públicas; fortalecer la base de confianza mutua entre las empresas y las sociedades en las que desarrollan su actividad; y potenciar la contribución de las empresas multinacionales al desarrollo sostenible.⁴⁷ Asimismo, enuncian principios y lineamientos voluntarios para una conducta empresarial responsable compatible con las legisla-

⁴⁶ La misión de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es el promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo. Disponible en: <http://www.oecd.org/pages/0,3417,es_36288966_36288120_1_1_1_1_1,00.html>.

⁴⁷ Cf. OCDE. Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, 25 de mayo de 2011, p. 3. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>>.

ciones aplicables y las normas internacionalmente admitidas.⁴⁸ En tal sentido, y como sostuvo Costello,⁴⁹ «[...] las Directrices no son un sustituto por lo que no deberían ser consideradas para reemplazar la ley y las regulaciones locales existentes, representan los principios complementarios y reglas de conducta de carácter no jurídico, en particular relativos a las operaciones internacionales de estas empresas».⁵⁰

Estos lineamientos forman parte de un instrumento más amplio y equilibrado de derechos y obligaciones —la Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales— y continúa siendo el documento multilateral más importante en varios aspectos de la responsabilidad corporativa y el papel de la inversión internacional. Los 34 Estados miembros de la OCDE que suscribieron las Directrices, además de otros diez países —Argentina, Brasil, Colombia, Egipto, Letonia, Lituania, Marruecos, Perú, Rumania y Túnez—⁵¹ tienen la obligación de promover que las empresas cumplan con su contenido siguiendo las instrucciones claras establecidas por la propia OCDE.⁵² Las Directrices regulan las actividades de las empresas provenientes de los Estados que las han suscrito, ya sea que operen en o desde sus territorios, e incluyen las operaciones en países que no las hayan suscrito.⁵³ Adicionalmente, en la medida en que las empresas matrices, en los hechos, ejercen control sobre las actividades de sus filiales, tienen también responsabilidad en el cumplimiento de estas disposiciones por las filiales.⁵⁴ Cabe mencionar que las Directrices evitan hacer recomendaciones específicas en relación con la atribución de responsabilidades entre las sociedades matrices y sus filiales.

⁴⁸ Cf. *ib.*, p. 3.

⁴⁹ Costello fue presidente de la reunión del Consejo Ministerial de la OCDE en el 2000.

⁵⁰ OECD Guidelines, Commentary, DAF/IME/WPG(2000)15/FINAL, párrafo 2.

⁵¹ Estos Estados no son miembros de la OCDE y no cuentan con ningún estatus en particular. Son considerados adherentes a la Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales.

⁵² Cf. ČERNIČ, Jernej Letnar. *Ob. cit.*, p. 71.

⁵³ Cf. OCDE. Directrices, sección 3.

⁵⁴ Cf. *ib.*, sección 3.

Los Estados que han suscrito se encuentran obligados a establecer Puntos Nacionales de Contacto (PNC), responsables de velar por el seguimiento de las Directrices a nivel nacional, por medio de actividades promocionales, contestando a las consultas o participando en la solución de los problemas que plantea la puesta en práctica de las Directrices.⁵⁵ Los PNC pueden estar compuestos por representantes del Estado, expertos independientes o representantes de los círculos empresariales, de las organizaciones sindicales u otras ONG.⁵⁶ Sobre la actividad de los PNC volveremos más adelante.

El contenido de las Directrices en materia de derechos humanos

Las Directrices se encuentran divididas en 11 capítulos referidos a temas específicos como medio ambiente, empleo y relaciones laborales, ciencia y tecnología, impuestos, derechos humanos, entre otros. Inicialmente, las disposiciones específicas sobre las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos únicamente habían sido contempladas bajo el capítulo sobre «Políticas generales», donde se señala que las empresas deben «Respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos de las personas afectadas por sus actividades»;⁵⁷ posteriormente, en el 2010, se incluyó un capítulo específico sobre el tema.

El preámbulo y el primer párrafo reconocen que los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos, y que las empresas, independientemente de su tamaño, sector, contexto operativo, propiedades y estructura, deben respetar los derechos humanos dondequiera que operen:

Dentro del marco de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y de los compromisos internacionales con los derechos humanos suscritos por los países en los que las empresas ejercen su

⁵⁵ Cf. OCDE. Directrices, parte I de la Guía de Procedimiento.

⁵⁶ Cf. *ib.*, parte I.

⁵⁷ *Ib.*, Principios generales.

actividad, así como en el marco de las leyes y reglamentos nacionales pertinentes, las empresas deberían:

1. Respetar los derechos humanos, lo cual significa que han de velar por no vulnerar los derechos de los demás y paliar las incidencias negativas sobre los derechos humanos en las que se vean implicadas.
2. En el marco de sus actividades propias, evitar causar incidencias negativas sobre los derechos humanos o contribuir a que se generen y paliar dichas incidencias si las hubiera.
3. Esforzarse por prevenir y atenuar las incidencias negativas sobre los derechos humanos directamente vinculadas con sus actividades, bienes o servicios en razón de una relación de negocios con otra entidad, incluso si no contribuyen a generar dichas incidencias.
4. Elaborar una política que formule su compromiso con el respeto de los derechos humanos.
5. Emplear la diligencia debida en materia de derechos humanos en función de su tamaño, de la naturaleza y el contexto de sus actividades y de la gravedad de los riesgos de incidencias negativas sobre dichos derechos.
6. Establecer mecanismos legítimos o asociarse a ellos para poner remedio a las incidencias negativas sobre los derechos humanos cuando se descubra que han causado dichas incidencias o que han contribuido a generarlas.⁵⁸

El Comentario a las Directrices de la OCDE explica con detalle los elementos que deben tomarse en consideración para que puedan cumplirse con lo establecido en ellas. El capítulo inicia con un preámbulo que establece el marco para las recomendaciones específicas relativas al respeto de las empresas por los derechos humanos, basándose en el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar» y manteniéndose en consonancia con los Principios Rectores para su Implementación.⁵⁹ Posteriormente, se reafirma que el respeto a los derechos humanos es el estándar global

⁵⁸ OCDE. Directrices, parte IV. Derechos humanos.

⁵⁹ Cf. *ib.*, parte IV. Derechos humanos.

de comportamiento que se espera para las empresas, independientemente de las capacidades de los Estados y/o de la voluntad para cumplir con sus obligaciones de derechos humanos. En tal sentido, se señala que la falta de un Estado, ya sea para hacer cumplir las leyes nacionales pertinentes, o para implementar las obligaciones internacionales de derechos humanos, o el hecho de que pueda actuar en contra de dichas leyes u obligaciones internacionales, no reduce la expectativa de que las empresas respeten los derechos humanos. En los países donde las leyes nacionales y regulaciones se encuentran en conflicto con derechos humanos internacionalmente reconocidos, las empresas deben buscar la forma de honrarlos de manera que no violen el derecho interno.

Por otro lado, el hecho de que no todos los Estados que han suscrito las Directrices han ratificado todos los tratados de derechos humanos puede plantear algunos problemas. Al respecto, los comentarios oficiales han establecido que en todos los casos, e independientemente del país o el contexto específico de las operaciones empresariales, se debe hacer referencia, al menos, a los derechos humanos internacionalmente reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos, que consiste en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, por otro lado, a los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT de 1998.⁶⁰

Asimismo, dependiendo de las circunstancias, las empresas podrían tomar en cuenta normas adicionales. Por ejemplo, las empresas deben respetar los derechos humanos de personas pertenecientes a grupos o poblaciones específicas que requieren una atención especial, y cuyos derechos pueden verse afectados negativamente por sus actividades. En este sentido, pueden considerarse los instrumentos de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, mujeres, niños, personas con disca-

⁶⁰ Cf. *ib.*, parte IV. Derechos humanos.

pacidad y los trabajadores migrantes y sus familias. Por otra parte, las empresas deben respetar las normas del derecho internacional humanitario en situaciones de conflicto armado, lo que puede ayudarlas a evitar los riesgos de causar afectaciones a derechos o contribuir a la generación de impactos negativos cuando opera en estas difíciles situaciones.

En cuanto al término «vulneración» de los párrafos 1 y 2, este comprende los efectos adversos que una empresa puede tener sobre los derechos humanos, mientras que el término «actividades» incluye tanto las acciones como las omisiones. Por su parte, el párrafo 3 no tiene la intención de trasladar la responsabilidad de la entidad que causa el impacto adverso a los derechos humanos a la empresa con la que mantiene una relación de negocios. Para cumplir con lo establecido en ese apartado, la empresa, actuando sola o en cooperación con otras entidades, deberá utilizar su influencia sobre la entidad que causa el impacto adverso a los derechos humanos para prevenir o mitigar ese impacto. Adicionalmente, cabe mencionar que las «relaciones de negocios» abarcan no solo las relaciones con socios comerciales, sino también con entidades que forman parte de su cadena de suministro, y cualquier otra entidad no estatal o estatal directamente relacionada con sus operaciones de negocio, productos o servicios.⁶¹

Por otro lado, con respecto al párrafo cuarto, para considerar válida la política adoptada es preciso que esta haya sido aprobada en el nivel más alto de la empresa y dada a conocer por un experto interno o externo; estipule las expectativas humanas de la empresa en materia de derechos del personal, socios comerciales y los agentes directamente vinculados a sus operaciones, productos o servicios; se encuentre disponible al público y haya sido comunicada interna y externamente a todo el personal, socios comerciales y otras partes interesadas; y se refleje en las políticas operativas y procedimientos necesarios para integrar toda la empresa.

Por su parte, el párrafo 5 recomienda a las empresas emplear diligencia debida en materia de derechos humanos, lo que implica realizar una evaluación de los reales y potenciales impactos sobre

⁶¹ Cf. *ib.*, parte IV. Derechos humanos.

los derechos humanos; posteriormente, tomar medidas con respecto a los resultados, realizar un seguimiento de las respuestas adoptadas, así como comunicar cómo se abordan los efectos. La debida diligencia puede incluirse en los más amplios sistemas de gestión de riesgo empresarial, dado que va más allá de la simple identificación y gestión de riesgos significativos para la propia empresa para incluir los riesgos de los titulares de derechos. Se trata de un ejercicio que debe realizarse constantemente considerando que los riesgos de los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, a medida que las operaciones de la empresa, el funcionamiento y el contexto evolucionan.

Finalmente, las Directrices recomiendan que las empresas cuenten con procesos que permitan reparaciones. Algunas situaciones requieren de la cooperación de mecanismos judiciales o mecanismos estatales no judiciales. En otros casos, a nivel operativo, los mecanismos de reclamación para las personas potencialmente afectadas por las actividades de las empresas pueden ser un medio eficaz para atender estos procesos mientras cumplan con criterios básicos de legitimidad, accesibilidad, previsibilidad, equidad, coherencia con las Directrices y transparencia, y se basen en el diálogo y el compromiso con el fin de buscar soluciones concertadas.

El capítulo 5 de las Directrices hace referencia también a los derechos humanos, pero esta vez a los laborales. En él se estipula que las empresas deben contribuir a la abolición efectiva del trabajo infantil y a la eliminación de toda clase de trabajo forzado u obligatorio tomando medidas inmediatas y eficaces para garantizar de manera urgente esas prohibiciones.⁶² En el primer caso, la abolición debe entenderse en el sentido de la Declaración de la OIT de 1998 y del Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil. Por medio de sus prácticas de gestión de mano de obra, la creación de puestos de trabajo de alta calidad y bien remunerados y su contribución al crecimiento económico, las empresas multinacionales pueden desempeñar un papel positivo para ayudar a enfrentarse a las causas profundas de la pobreza en general y, específicamente, del trabajo infantil.

⁶² Cf. *ib.*, capítulo 5, párrafo 1, literales c y d.

En el segundo caso, la referencia a este derecho laboral se basa en los Convenios 29 y 105 de la OIT de 1903 y 1957, respectivamente. El Convenio 29 exige a los Estados «suprimir, lo más pronto posible, el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas», mientras que el Convenio 105 establece que los Estados que ratifican el tratado se obligan a «suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio» y «a tomar medidas eficaces para la abolición inmediata y completa del trabajo forzoso u obligatorio». Al mismo tiempo, en los Comentarios se deja claro que la OIT es el órgano competente para hacer frente a la difícil cuestión del trabajo penitenciario, en especial cuando se trata del suministro de mano de obra (o su puesta a disposición) a particulares, empresas o asociaciones.

Para Letnar, la mayoría de los comentaristas se ha centrado en su carácter no vinculante y en que, en consecuencia, los abogados y el público podrían ignorar las Directrices. En la misma línea, Muchilinski ha sugerido que, si bien estas no son vinculantes, representan un consenso sobre lo que constituye una buena conducta corporativa en una economía cada vez más global.⁶³ En este sentido, Clapham señala que el historial de las empresas en la aplicación de las Directrices puede ser pertinente para la toma de decisiones en materia de inversión por parte de los Estados en vías de desarrollo.⁶⁴ Parece, sin embargo, que los países de origen de las empresas multinacionales tienen, como mínimo, la obligación moral de asegurar que los estándares de la OCDE se observen en todo el mundo.⁶⁵

Adicionalmente, para OECD Watch, una red internacional de ONG que promueve la responsabilidad empresarial, las Directrices tienen varios aspectos que resultan valiosos: *a*) integran un amplio ámbito de temas, y no solo normas laborales o ambientales; *b*) son recomendaciones efectuadas por todos los Estados que integran la OCDE a sus empresas multinacionales, lo que las convierten en una

⁶³ Cf. MUCHILINSKI, Peter T. «Human Rights and Multinationals - Is There a Problem?». *International Affairs*, vol. 1, n.º 77, 2001, p. 31.

⁶⁴ Cf. CLAPHAM, Antony. *Ob. cit.*, p. 207.

⁶⁵ Cf. ČERNIČ, Jernej Letnar. *Ob. cit.*, p. 81.

herramienta potencialmente útil a la hora de presionar a favor de la responsabilidad empresarial; c) la presunción de incumplimiento de las Directrices puede tener como resultado publicidad negativa para las empresas y sus marcas; d) las Directrices y su procedimiento de quejas pueden ayudar a presionar a las empresas que no actúan de manera social o ambientalmente responsable para que mejoren su conducta; y e) la aplicabilidad de las Directrices es extra-territorial, ya que también se aplican en países no miembros de la OCDE, por lo que las Directrices pueden ser una opción para países donde el marco legal no funcione muy bien o donde las ONG no tengan fácil acceso al sistema legal.⁶⁶

Procedimientos de puesta en práctica de las Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales

Las Directrices contemplan también una serie de disposiciones para mejorar los procedimientos por medio de los cuales pueden efectuarse consultas sobre los asuntos que ellas abordan para promover su eficacia. En tal sentido, obliga a los Estados a establecer PNC que, además de lo mencionado anteriormente, tratan los reclamos presentados contra las empresas por posibles violaciones de las Directrices. En estos casos, y cuando las partes implicadas no llegan a un acuerdo, el PNC está obligado a emitir una declaración; sin embargo, no verifica efectivamente si las empresas cumplen con las Directrices o no.

OECD Watch realiza anualmente revisiones independientes del funcionamiento de los PNC y es posible notar que pocas veces el PNC ha contribuido a la solución de conflictos específicos. A lo largo de diez años, OECD Watch ha monitoreado la implementación y efectividad de las Directrices y ha realizado un análisis de los casos iniciados por ONG contra multinacionales, alegando violaciones de las Directrices, el que ha sido presentado en un informe titulado «10 años después».⁶⁷ En él se revela que la falta de voluntad política,

⁶⁶ Cf. OECD Watch. En: <<http://oecdwatch.org/sobre-ocde/guidelines>>.

⁶⁷ El informe completo se encuentra disponible en: <http://oecdwatch.org/publications-en/Publication_3550>.

de potestad sancionadora y de aplicación coherente ha disminuido considerablemente el valor potencial del instrumento.

En la última década, un total de 96 casos han sido presentados por ONG, un aproximado de diez casos por año. Los reclamos más frecuentes se refieren al incumplimiento de disposiciones sobre derechos humanos, desarrollo sostenible, cadena de suministro, medioambiente, derechos laborales y soborno y corrupción. Adicionalmente, de los reclamos presentados, 41 abordan problemas vinculados a las industrias minera, petrolera y gasífera. Otros diez casos incluyen el sector financiero, debido especialmente a la provisión de préstamos y servicios financieros al sector extractivo.⁶⁸

De esos casos presentados en todo el mundo, únicamente cinco se han traducido en mejoras reales en el comportamiento corporativo. Ricco ha identificado tres de esos casos que pueden reportarse como exitosos por promover un efectivo cambio en el comportamiento empresarial.⁶⁹ El primero corresponde a la empresa de productos electrónicos GSL (Australia). Como resultado de un acuerdo facilitado por el PNC de Australia, la empresa mejoró su desempeño en materia de derechos humanos con relación a los centros de detención para inmigrantes menores de edad en Australia. El segundo corresponde a la empresa Bayer (Alemania). Aquí la compañía aceptó su responsabilidad por incorporar trabajo infantil en su cadena de suministro de semilla de algodón y aceptó tomar las medidas para mejorar la situación. Y el tercero es el caso de la empresa de servicios turísticos Accor Services, en Argentina, que se comprometió a contribuir financieramente para ayudar a mejorar su desempeño con relación a la transparencia y a otros temas que puedan vincularse con el soborno y la corrupción.

De esta forma, estamos frente a mecanismos que pueden resultar —con intensidades diversas— útiles para el cumplimiento de

⁶⁸ Cf. OECD Watch. «10 años después: evaluando el aporte de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales a la Conducta Empresarial Responsable», 2010, p. 11.

⁶⁹ Cf. Ricco, Victor H. «Las Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales: ¿esperanza en la revisión?». *Aportes DPLF*, n.º 15, año 4, 2011, p. 31.

los derechos humanos. No reemplazan ciertamente la acción normativa y de vigilancia tanto estatal como internacional, pero constituyen una herramienta de la mayor importancia para movilizar presiones no jurídicas, como la opinión pública, la imagen empresarial, evitar boicots, entre otras, que —bien utilizadas y, por ende, suficientemente conocidas— pueden generar mecanismos de control social muy valiosos. A mayor conciencia de su existencia, creemos que existen mayores posibilidades de recurrir a ellos para el respeto efectivo de los derechos humanos por parte de las empresas multinacionales.

2.2. El derecho internacional de los derechos humanos y su irradiación normativa a las empresas multinacionales

Inicialmente, el derecho internacional de los derechos humanos, centrado en las relaciones de los particulares con el Estado, no se había ocupado de regular la relación entre empresas multinacionales y los derechos humanos. Esto ha variado en los últimos cuarenta años. En efecto, no solo en el plano normativo, en el que ciertamente queda todo un camino por recorrer, sino en los pronunciamientos de los órganos encargados de hacer respetar sus contenidos. Este debate, que excede la determinación de la naturaleza jurídica de las obligaciones empresariales en materia de derechos humanos, apunta a identificar los comportamientos y prácticas concretas incompatibles con una adecuada protección de los derechos humanos. Para evaluar adecuadamente este punto, comenzaremos abordando lo logrado por el sistema de Naciones Unidas para luego analizar los dos sistemas regionales más importantes, es decir, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y el Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH).

2.2.1. El papel de los Principios de Ruggie

Desde las décadas de 1970 y 1980, se ha intentado —sin éxito— regular las actividades empresariales en el marco del sistema de Naciones Unidas debido a la falta de consenso en la adopción de un código de conducta para las empresas multinacionales. El 13 de agosto de 2003,

la Subcomisión de las Naciones Unidas de Promoción y Protección de los Derechos Humanos aprobó las «Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la esfera de los Derechos Humanos», las que estaban acompañadas de una serie de comentarios que precisaban las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos. En ellas se incluyeron reglas y principios en materia de derecho penal internacional, derecho internacional humanitario, derechos civiles y políticos; derechos económicos, sociales y culturales, así como en materia de protección al consumidor y prácticas ambientales.⁷⁰ Estas Normas fueron descritas por su autor principal como una «[...] actualización y clarificación de las obligaciones existentes de las empresas en materia de derechos humanos»;⁷¹ sin embargo, atrajeron una gran cantidad de críticas por la aparente falta de certeza de las obligaciones de las empresas. Para John Ruggie, este código de conducta —que estaba destinado a ser jurídicamente vinculante— era un instrumento problemático en cuanto al fondo, pues entremezclaba las funciones respectivas de los Estados y las empresas de manera tal que hubiera sido imposible saber quién era responsable de qué.⁷²

Las Normas no fueron aprobadas por la entonces Comisión de Derechos Humanos que, por el contrario, solicitó al secretario general que designe a un representante especial sobre empresas y derechos humanos. En tal sentido, en julio de 2005, John Ruggie, profesor de la Universidad de Harvard, fue nombrado representante especial para los Derechos Humanos y Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales.⁷³ El mandato inicial —de dos años de duración— consistía simplemente en «identificar y clarificar» la

⁷⁰ Cf. ČERNIČ, Jernej Letnar. «Two Steps Forward, One Step Back: The 2010 Report by the UN Special Representative on Business and Human Rights». *German Law Journal*, vol. 11, n.º 11, 2010, p. 1266.

⁷¹ WEISSBRODT, David y Maria KRUGER. «Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights». *American Journal of International Law*, vol. 97, n.º 4, 2003, p. 902.

⁷² Cf. FLETCHER FORUM. «Business and Human Rights: Together at Last? A Conversation with John Ruggie». *The Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 35, n.º 2, 2011, p. 117.

⁷³ Cf. <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/TransnationalCorporations/Pages/SRSGTransCorpIndex.aspx>>.

naturaleza y alcance del problema, estándares existentes y buenas prácticas; no obstante, luego de culminado el período, el nuevo Consejo de Derechos Humanos extendió el mandato por un año más y, posteriormente, por tres. Al término de los cuatro años, había dos instrumentos: el marco «Proteger, Respetar y Remediar: un marco para las empresas y los derechos humanos» de 2008⁷⁴ y, en el 2011, los «Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”»⁷⁵ (Principios de Ruggie), ambos aceptados y respaldados por el Consejo. El primero señala que *a*) es deber del Estado proteger los derechos humanos contra los abusos de terceros, incluidas las empresas; *b*) existe una responsabilidad corporativa independiente de respetar los derechos humanos; y *c*) existe una necesidad de acceso a un recurso efectivo por parte de las víctimas de violaciones de derechos humanos. El segundo instrumento, que tiende a volver operativos los tres principios antes mencionados, contempla recomendaciones específicas sobre lo que los Estados y las corporaciones tienen que hacer en materia de derechos humanos y cómo deben ser los recursos judiciales y no judiciales para enfrentar con mayor efectividad los problemas de las empresas y los derechos humanos.⁷⁶

Con el trabajo realizado durante su mandato, Ruggie ha logrado abrir el debate en este ámbito por medio de consultas, investigaciones y análisis que los Gobiernos, los representantes de las empresas y, en un grado cada vez mayor, las organizaciones de la sociedad civil han recibido positivamente. Por medio de sus actividades y tres informes presentados al Consejo, ha sido en gran parte responsable de llevar lo que fue un debate estancado y dividido a una nueva

⁷⁴ Proteger, respetar y remediar: un marco para las empresas y los derechos humanos, Doc. A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008. Disponible en: <<http://daccess-ods.un.org/TMP/4503084.html>>.

⁷⁵ Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’. Doc. ONU A/HRC/17/31, marzo, 2011.

⁷⁶ Cf. FLETCHER FORUM. Ob. cit., p. 118.

fase de diálogo y actividad dentro y fuera del sistema de Naciones Unidas.⁷⁷

Los treinta y un Principios Rectores se organizan en tres secciones que se corresponden con los tres pilares establecidos en el marco «Proteger, Respetar y Remediar», a los que nos referimos líneas arriba.

Los primeros diez principios reafirman la obligación de los Estados de proteger a sus nacionales de cualquier violación de sus derechos, ya sea por parte del propio Estado o de terceros. Si bien dejan en claro que la obligación es una de medios y no de resultado, por lo que un Estado no será necesariamente responsable de violaciones de los derechos humanos cometidas por las empresas, aquellos tienen la obligación de «[...] adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos».⁷⁸ Los Principios Rectores dejan a los Estados un gran margen de discreción para decidir exactamente los pasos que deben seguir para cumplir con lo establecido, pero proporcionan orientación adicional. Por ejemplo, indican que para cumplir con la obligación de proteger, cada Estado debe adoptar leyes destinadas a requerir a las empresas respetar los derechos humanos; asegurarse de que las normas que rigen la creación y funcionamiento de las empresas, tales como el derecho corporativo, no limiten sino que permitan que las empresas respeten los derechos humanos; proporcionar orientación efectiva a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus operaciones, etcétera.⁷⁹

Los Principios delimitan la obligación estatal a su territorio y/o jurisdicción. En otras palabras, se niegan a caracterizar que los Estados puedan violar obligaciones en materia de derechos humanos, como generalmente sucede, fuera del territorio nacional. Esta limitación fue cuestionada por diversos defensores de derechos humanos, pues consideraron que los países desarrollados tienen el

⁷⁷ Cf. FERREY, Steven. «The Ruggie United Nations Principles Framing International Indigenous Human Rights». *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 33 n.º 3, 2010, p. 409.

⁷⁸ Principios Rectores, principio 1.

⁷⁹ Cf. *ib.*, principio 3.

deber de proteger frente a abusos cometidos en el extranjero por las empresas domiciliadas en sus territorios.⁸⁰ Sin embargo, el comentario a los Principios apunta a que los Estados pueden regular la conducta extraterritorial, siempre y cuando tengan una base legal reconocida en su jurisdicción.⁸¹ Ruggie ha instado a los Estados a que realicen mayores esfuerzos para garantizar que las empresas comprendidas en su jurisdicción no cometan o contribuyan a la comisión de violaciones de los derechos humanos en el extranjero.⁸²

Cabe destacar que se incluye también la obligación de los Estados de ayudar a las empresas que operan en zonas de conflicto a identificar, prevenir y mitigar los riesgos y retirar su apoyo a aquellas que no aborden los impactos adversos para los derechos humanos en dichas áreas.⁸³ Para lograrlo, se sugiere que los Estados de origen promuevan una mayor cooperación entre sus organismos de asistencia al desarrollo, los ministerios de Relaciones Exteriores y de Comercio y las instituciones de financiamiento de exportaciones en sus capitales y embajadas, así como entre estos organismos y los actores del Estado receptor. Asimismo, se sugiere que desarrollen indicadores de alerta temprana para advertir a los organismos gubernamentales y a las empresas sobre posibles problemas; y, finalmente, que establezcan consecuencias apropiadas ante cualquier incumplimiento de las empresas de cooperar en estos contextos como, por ejemplo, negar o retirar el apoyo público existente o, cuando ello no sea posible, negar una futura prestación.⁸⁴

La segunda sección aborda la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Esta responsabilidad no solo exige que las empresas eviten causar impactos adversos a los derechos humanos, sino también que prevengan o mitiguen los abusos que

⁸⁰ Cf. KNOX, John. «The Human Rights Council Endorses “Guiding Principles” for Corporations». *Insights, American Society of International Law*, vol. 15, n.º 21, 2011.

⁸¹ Cf. Principios Rectores, principio 2.

⁸² Cf. Special Representative of the Secretary-General, Business and Human Rights: Further Steps toward the Operationalization of the «Protect, Respect and Remedy» Framework, 47, U.N. Doc. A/HRC/14/27 (9 de abril de 2010).

⁸³ Cf. Principios Rectores, principio 7.

⁸⁴ Cf. *ib.*, comentarios al principio 7.

se encuentren directamente vinculados a sus operaciones, incluso si las empresas no han contribuido al problema.⁸⁵ Adicionalmente, se menciona que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas por igual, independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional y estructura. Sin embargo, la escala y complejidad de los medios con los que las empresas cumplen con esa responsabilidad puede variar de acuerdo con los factores antes mencionados y con la severidad de los perjuicios causados.⁸⁶ Esto es así porque las pequeñas y medianas empresas pueden tener menos capacidad y más procesos y estructuras de gestión informales que las empresas grandes, por lo que las políticas y procesos podrían tomar formas diferentes.⁸⁷

En este mismo capítulo, los Principios establecen que los derechos humanos cubiertos incluyen, como mínimo, los reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos y la Declaración de la OIT de 1998, al igual que los Principios de la OCDE.⁸⁸ Para poner en práctica su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben emplear «debida diligencia en materia de derechos humanos» que —al igual que en el caso de los Principios de la OCDE— incluye la realización de evaluaciones de impacto, la integración de los resultados de las evaluaciones, el seguimiento de la eficacia de sus respuestas a los impactos y la comunicación pública de las respuestas adoptadas.⁸⁹ Adicionalmente, las empresas deberán adoptar o cooperar en los esfuerzos para proporcionar remedios a los abusos de derechos humanos que hayan causado o en los que hayan participado.⁹⁰

El último conjunto de Principios Rectores se refiere al acceso a recursos efectivos. En efecto, se indica que los Estados están obligados, como parte de su deber de proteger, a tomar medidas para asegurarse de que los afectados por empresas multinacionales en

⁸⁵ Cf. *ib.*, principio 13.

⁸⁶ Cf. *ib.*, principio 14.

⁸⁷ Cf. *ib.*, comentarios al principio 14.

⁸⁸ Cf. *ib.*, principio 12.

⁸⁹ Cf. *ib.*, principios 17-21.

⁹⁰ Cf. *ib.*, principio 22.

su territorio y/o jurisdicción tengan acceso a recursos efectivos.⁹¹ Adicionalmente, los Estados deberán proporcionar mecanismos de reclamación tanto judiciales como no judiciales;⁹² estos últimos deben implementarlos también las empresas.⁹³ Además, los Principios establecen ciertos criterios que los mecanismos estatales y corporativos no judiciales deben cumplir: deben ser legítimos, accesibles, predecibles, equitativos y transparentes.⁹⁴

Luego de realizar un breve análisis del contenido de los Principios Rectores, saltan a la vista ciertos vacíos. El primero y —a nuestro juicio— uno de los más perjudiciales es el hecho de que no sean vinculantes para los Estados ni para las empresas, pues ello resultará en un incumplimiento, probablemente muy elevado, de las disposiciones contenidas en ellos. El segundo, que se encuentra estrechamente relacionado con lo anterior, se refiere al mecanismo sancionador. Si bien en los comentarios al principio 7 se recomienda que los Estados adopten medidas para hacer frente al incumplimiento por parte de las empresas, esa acción queda a discrecionalidad de los Estados, pues —nuevamente— no existe la obligación real de adoptarlas. El tercero se refiere a los mecanismos de seguimiento que aseguren su implementación y cumplimiento, lo que dificulta el conocimiento de la real efectividad de los Principios.

A estas ideas podemos agregar las preocupaciones de la sociedad civil, recogidas en un pronunciamiento de enero de 2011.⁹⁵ En algunas áreas, los Principios Rectores adoptan un enfoque regresivo con respecto a ciertas obligaciones de los Estados y a las responsabilidades de actores no estatales, en vez de utilizar interpretaciones autorizadas del derecho internacional de derechos humanos y sus prácticas actuales. De igual manera, algunas de las formulaciones parecen ser más débiles que los aspectos considerados en el marco «Proteger, Respetar y Remediar» y presentados en ante-

⁹¹ Cf. *ib.*, principio 25.

⁹² Cf. *ib.*, principio 27.

⁹³ Cf. *ib.*, principio 29.

⁹⁴ Cf. *ib.*, principio 31.

⁹⁵ Cf. Joint Civil Society Statement on the draft Guiding Principles on Business and Human Rights, enero de 2011. Disponible en: <http://www.fidh.org/IMG/pdf/Joint_CS0_Statement_on_GPs.pdf>.

riores informes del representante especial. En su forma actual, los Principios Rectores ponen en riesgo los esfuerzos para fortalecer la responsabilidad corporativa y la rendición de cuentas en materia de derechos humanos.

No obstante, es preciso mencionar que existen aspectos positivos que deben subrayarse. Si bien no son obligatorios, los Principios Rectores constituyen un paso importante para renovar los esfuerzos de las Naciones Unidas en el difícil camino hacia la construcción de un marco normativo que permita declarar la responsabilidad de las empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos y exigir la subsecuente reparación. Las empresas multinacionales se tendrán que enfrentar, cada vez con mayor intensidad, a la fuerte expectativa de adoptar programas de cumplimiento de los derechos humanos, de entablar un diálogo con las partes interesadas y de participar en programas significativos de reparaciones. Es probable que conduzca a una mayor reglamentación de los derechos humanos y a la construcción de un marco normativo que puede reflejarse en la labor de los relatores especiales de las Naciones Unidas, los tribunales internacionales y otras entidades que tengan la autoridad legal. De la misma manera, estos Principios darán forma a los debates regionales intergubernamentales, además de influir en la revisión estatal de las inversiones extranjeras. Los tribunales también pueden considerar los Principios en el contexto de la identificación de un «deber de diligencia» relevante en acciones por negligencia.⁹⁶

2.2.2. La opción de la responsabilidad estatal: la respuesta tradicional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Históricamente, los derechos humanos fueron creados para evitar la comisión de arbitrariedades por parte de los Estados en perjuicio de la población que se encuentra sometida a su jurisdicción.

⁹⁶ Cf. STEPTOE. «UN Guiding Principles for Business & Human Rights: Issuance of Ruggie Principles Portends Increasing Need for Multinational Businesses to Focus on Human Rights Compliance». Disponible en: <http://www.steptoec.com/publications-newsletter-pdf.html/pdf/?item_id=172>, 20 de abril de 2011.

Actualmente, esta protección se ha extendido y los Estados no solo deben abstenerse de violar derechos humanos, sino que también deben salvaguardar los derechos de su población frente a la acción de los privados, esto sobre la base de la obligación de garantía que soberanamente han contraído.⁹⁷ Por ejemplo, en el caso de la región americana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Corte) señaló, en el caso de la *Masacre de Mapiripán*, que la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) contiene artículos específicos que permiten analizar la responsabilidad internacional de los Estados, aun cuando los actos violatorios hayan sido cometidos por privados, y que ella se materializa por:

Las 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.⁹⁸

La presencia de las empresas multinacionales en el mundo actual, cuyo poder en muchas situaciones supera al de los propios Estados, ha ocasionado que el tema de la responsabilidad internacional de aquellas por violaciones de los derechos humanos vuelva a discutirse. Para Clapham,⁹⁹ es necesario encontrar nuevos caminos para responder a la globalización, dado que es posible sostener que los Estados son cada vez más irrelevantes y menos poderosos, por lo 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

⁹⁷ Cf. KINLEY, David y Junko TADAKI. «From Talk to Walk. The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law». *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, n.º 4, 2003-2004, p. 937.

⁹⁸ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C N.º 134, párrafo 111.

⁹⁹ Cf. CLAPHAM, Andrew. *Ob. cit.*, p. 28.

la explotación económica y las guerras civiles ya no se encuentra más en manos de los Gobiernos.¹⁰⁰

En América Latina, la mayoría de violaciones de derechos humanos por parte de empresas multinacionales se han cometido en territorios habitados por pueblos indígenas. Esto puede deberse a dos motivos; uno geográfico: estos territorios, generalmente, se encuentran en zonas alejadas que albergan una gran cantidad de recursos naturales; y otro social: son poblaciones en condición de vulnerabilidad por su situación de pobreza y marginación. A continuación, pasaremos a analizar cuál ha sido la respuesta del Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a las violaciones de derechos humanos por parte de las empresas. Si bien no en todos los casos se trata estrictamente de multinacionales sino de personas jurídicas privadas, las decisiones son igual de importantes, pues la lógica aplicada sería la misma en ambos supuestos.

a) Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión ha elaborado, en los últimos años, algunos informes relacionados con la actividad de las empresas multinacionales en los diversos Estados partes del Sistema Interamericano. Es preciso mencionar la importancia de estos informes, pues a partir ellos podemos observar que se analizan violaciones cometidas por particulares; en este caso, por empresas multinacionales, a pesar de que quien sería declarado responsable es el Estado en el que operan. Asimismo, establece que los Estados no solo tienen la obligación de garantizar los derechos de las personas que se encuentran en su territorio, sino que también deben garantizar el acceso a mecanismos de reparación. Finalmente, cabe resaltar que la Comisión puede revisar casos que la Corte no podría dado que no se requiere aceptación de competencia por parte de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA).

¹⁰⁰ Cf. TANGARIFE, Mónica. «La estructura jurídica de la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en casos de violaciones a los derechos humanos». Tesis de maestría. México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2010, p. 16.

*Caso Yanomami vs. Brasil*¹⁰¹

En el estado de Amazonas y en el territorio de Roraima, en la frontera con Venezuela, habitan entre 10.000 a 12.000 indios yanomami. La Constitución brasileña garantiza su derecho de propiedad, catalogándola como permanente e inalienable y les otorga el uso exclusivo de los recursos naturales de su territorio. Estos derechos se regulan en el Estatuto del Indio de 1973. Por otro lado, el Código Civil de aquella época —vigente desde 1917— establecía que los indios eran considerados «relativamente incapaces» y se encontraban bajo la «tutela» de la Fundación Nacional del Indio (FUNAI), institución del Estado creada para la defensa, protección y preservación de los intereses y patrimonio cultural de los indios.¹⁰²

En la década de 1960, el Gobierno brasileño aprobó un plan de explotación de 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 estos a abandonar su hábitat y buscar refugio en otras localidades. Durante la década del setenta, se descubrieron ricos depósitos minerales en los territorios de los yanomami, lo que atrajo a compañías mineras y a exploradores independientes agravando así el desplazamiento.¹⁰³ En marzo de 1982, el Gobierno del Brasil estableció la interdicción en el territorio federal de Roraima y estado de Amazonas de un área continua de 7.000.000 de hectáreas con la finalidad de proteger los derechos de los yanomami y frenar los desplazamientos. Sin embargo, estas medidas no fueron concretadas por las autoridades brasileñas.

La Comisión se refirió al artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que 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. Asimismo,

¹⁰¹ Cf. CIDH. *Caso 7615 vs. Brasil*, del 5 de marzo de 1985.

¹⁰² Cf. *ib.*, párrafo 2.

¹⁰³ Cf. *ib.*, párrafo 2.

señaló que 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. En tal sentido, los agravios antes descritos resultan tanto más reprobables por provenir de agentes del poder público y por tomar por víctimas a personas o grupos para los cuales es particularmente difícil el ejercicio eficaz de los medios de defensa establecidos. Por ello, declaró que el Estado brasileño era responsable por la omisión de haber adoptado oportuna y eficazmente medidas para proteger los derechos humanos de los yanomami.¹⁰⁴

*Caso de la Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros vs. Perú*¹⁰⁵

La comunidad de San Mateo de Huanchor se encuentra a 95 kilómetros de Lima, en la sierra de Perú, posee una población de 5.600 habitantes aproximadamente y tiene como principales actividades económicas la ganadería y la agricultura. La minera Lizandro Proaño S. A. realizó trabajos en el fundo de Mayoc, el cual se ubica a escasos metros de los centros poblados pertenecientes a la comunidad y donde está localizado el relave minero.

Los peticionarios alegaron que la concesión de la mina se había otorgado violando la legislación peruana y que no cumplía con los estándares medioambientales requeridos. Además, «[...] los efectos de los contaminantes ubicados en la cancha de relave Mayoc han provocado, de acuerdo a los peticionarios, una crisis en salud pública en la población de San Mateo de Huanchor, donde los más afectados son los niños de la población quienes cuentan con altos índices de plomo, arsénico y mercurio en el organismo».¹⁰⁶

A pesar de que existieron procesos administrativos y penales, el relave no fue reubicado. En el informe de admisibilidad elaborado por la CIDH se estableció como medida cautelar que se realice un

¹⁰⁴ Cf. *ib.*, párrafo 11.

¹⁰⁵ Cf. CIDH. Informe de admisibilidad 69/04. *Caso de la Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros*.

¹⁰⁶ *Ib.*, párrafo 26.

programa de asistencia y atención médica, así como el estudio de impacto ambiental y el traslado de los relaves. Ante el retraso en la resolución del conflicto, en julio de 2004 se reiteró el trámite de las medidas cautelares, pedido que fue resuelto favorablemente en agosto de 2004 dándole un plazo de seis meses al Estado peruano para el retiro de los relaves tóxicos fuera de Mayoc.

Sobre la base de esta decisión, el 24 de abril de 2005 se aprobó el Plan de Cierre Definitivo. El traslado de los relaves se inició el 9 de agosto de 2005 y concluyó el 15 de enero de 2006. Pasada esa fecha, no se continuó con la fiscalización, ni por parte de las autoridades ni de la sociedad civil, para lograr el confinamiento final de los relaves, la remediación de las zonas afectadas, la reparación de daños a los afectados y la recuperación del ecosistema.

Posteriormente, el proyecto de Tamboraque pasó a operarlo la Minera San Juan, la cual suspendió sus operaciones en el 2010 por haberse presentado una situación peligrosa en las relaveras que ponía en riesgo la cuenca del río Rímac y la propia ciudad de Lima. Para la población de San Mateo de Huanchor,¹⁰⁷ este sigue siendo uno de sus principales problemas ambientales, el cual hasta el momento no tiene solución definitiva.¹⁰⁸

*Caso de la comunidad de la Oroya vs. Perú*¹⁰⁹

La Oroya se encuentra ubicada en la sierra central peruana y se le considera una de las diez ciudades más contaminadas del mundo. La mina, que se encuentra cerca a ella, ha sido explotada desde

¹⁰⁷ Cf. CÁCEDA, Ruperto. Comentario del 10 de abril de 2010 «San Mateo de Huanchor en defensa de la vida». Consulta hecha el 20 de agosto de 2012. Disponible en: <<http://www.cheleloyborolas.com/index.php/notas-de-prensa/3279-san-mateo-de-huanchor-en>>.

¹⁰⁸ Cf. CABIESES, Hugo. «PAM, minería y agua tóxica en Lima: alerta máxima en San Mateo de Huanchor». Publicado el 1 de julio de 2012. Consulta hecha el 20 de agosto de 2012. Disponible en: <<http://www.connuestroperu.com/actualidad/miscelanea/22-miscelanea/29060-pam-mineria-y-agua-toxica-en-lima-alerta-maxima-en-san-mateo-de-huanchor>>.

¹⁰⁹ Cf. CIDH. Informe de admisibilidad 76/09. *Caso de la Comunidad de la Oroya*.

los años veinte y, en 1997, pasó a manos de la empresa estadounidense DoeRun.

En esta oportunidad, los peticionarios sostuvieron que en «La Oroya Antigua ningún niño menor de 6 años tiene menos de 20 µg/dL de plomo en la sangre, que el 72,73% tiene un nivel entre 20 y 44 µg/dL y que el 27,27% tiene un nivel entre 4 y 69 µg/dL. Sobre el resto de la ciudad, indicaron que tan solo el 4% de niños menores de 6 años tienen un nivel de plomo menor al 10 µg/dL, mientras que un 24% tiene un nivel entre 10 y 19 µg/dL y un 72% tiene un nivel entre 20 y 44 µg/dL». ¹¹⁰ Agregaron que el Estado peruano conocía de la grave situación desde, por lo menos, 1999, y que aun así no tomó las medidas correspondientes para que DoeRun previniera los daños. Igualmente, sostuvieron que el Estado debía exigir a la empresa la utilización de tecnologías que, aunque requirieran de una inversión mayor, se justifican porque contribuyen a proteger la vida y la salud de la población afectada.

Al respecto, la Comisión señaló que «[...] las supuestas muertes y/o afectaciones a la salud de las presuntas víctimas como consecuencia de acciones y omisiones estatales frente a la contaminación ambiental derivada del complejo metalúrgico que funciona en La Oroya, de ser probadas podrían caracterizar violación de los derechos consagrados [...] en la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. En el caso de los niños y niñas, la Comisión considera que los hechos podrían caracterizar, además, violación del artículo 19 de la Convención Americana». ¹¹¹

*Caso Clínica Pediátrica da Região dos Lagos Brasil*¹¹²

La petición fue presentada por la Organização de Direitos Humanos - Projeto Legal (luego reemplazada por la Associação de Mães de Cabo Frío). En ella se alegó la responsabilidad internacional de

¹¹⁰ Ib., párrafo 13.

¹¹¹ Ib., párrafo 74.

¹¹² Cf. CIDH. Informe n.º 70/08. Petición de admisibilidad 12.242 del 16 de octubre de 2008.

la República Federativa de Brasil por las muertes de diez niños recién nacidos como resultado de una presunta negligencia médica del personal de la Clínica Pediátrica da Região dos Lagos (CLIPPEL) en la ciudad de Cabo Frío. Asimismo, se alegó que, si bien se trata de una clínica privada, el Estado incumplió su deber de inspeccionar y evaluar de forma periódica la CLIPPEL así como su deber de supervisar el funcionamiento de esta.

Los peticionarios afirmaron que la contaminación de la Unidad de Terapia Intensiva (UTI) neonatal de la CLIPPEL fue denunciada ante las Secretarías de Salud Estadual y Municipal y el Ministerio de Salud. Sin embargo, señalan que luego de que se realizaran varias inspecciones 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. Los peticionarios indican que presentaron denuncias ante el Departamento de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y ante la Secretaria de Justicia y Derechos Humanos de Río de Janeiro.

En su informe de admisibilidad, la Comisión sostuvo que era «[...] 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 CLIPPEL, podrían caracterizar la violación del derecho a la vida previsto en la Convención».

b) Corte Interamericana de Derechos Humanos

En los casos que veremos a continuación, se pueden evidenciar algunos de los criterios que utiliza la Corte para la asignación de responsabilidades cuando las empresas multinacionales se han visto involucradas en violaciones de derechos humanos. En su mayoría, se trata de casos que implican actividades realizadas en territorios de pueblos indígenas. Nuevamente, se deben tener presentes los límites existentes, ya que se trata de un sistema en el cual las obligaciones recaen sobre los Estados, pero que, sin embargo, en determinados supuestos alcanzan intereses de las empresas.

*Opinión Consultiva OC-18 de 2003 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*¹¹³

El 10 de mayo de 2002, con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana, México sometió a la Corte 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.¹¹⁴

En tal sentido, estableció que aun cuando se tratase de 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 estatal positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Recordó que esta posición ha sido reiterada en diversas ocasiones, desde sus inicios con el caso *Velásquez Rodríguez*, en el que estableció que «[...] 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».¹¹⁵ Por tanto, el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores y no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.¹¹⁶

¹¹³ Cf. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A N.º 18.

¹¹⁴ Cf. *ib.*, párrafo 1.

¹¹⁵ *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C N.º 4, párrafo 172; y *cfr. Caso Godínez Cruz*. Sentencia del 20 de enero de 1989. Serie C N.º 5, párrafos 181, 182 y 187.

¹¹⁶ Cf. Corte IDH. *Ob. cit.*, párrafo 148.

Finalmente, sostuvo que «[...] las relaciones laborales que se dan entre los trabajadores migrantes y terceros empleadores pueden generar la responsabilidad internacional del Estado de diversas formas, por ejemplo, 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».¹¹⁷

*Caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador*¹¹⁸

El pueblo indígena Kichwa de Sarayaku se encuentra localizado en la provincia de Pastaza, en la zona oriental de Ecuador. En este país, la producción de petróleo es una de las principales fuentes de riqueza; por tanto, la búsqueda y explotación de este hidrocarburo en la selva amazónica se ha vuelto una de las actividades más comunes. En ese sentido, en 1996, el Estado ecuatoriano firmó un contrato con la empresa argentina Compañía General de Combustible (CGC) para la exploración y explotación petrolera. El 65% del espacio asignado para dicha concesión era territorio del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku. Desde la firma de este acuerdo se produjeron graves afectaciones a la integridad personal, libertad, vida y dignidad de los miembros de la comunidad, tanto por parte del Estado como de la empresa CGC. Todo esto llevó a que la Comisión emitiera medidas cautelares y solicitara medidas provisionales a la Corte.

Por otro lado, entre octubre de 2002 y febrero de 2003, la empresa CGC llevó a cabo actividades de exploración sísmica en la zona, para lo cual colocó 1.433 kilogramos de explosivos, que hasta la fecha de la demanda de la Comisión permanecían en el lugar donde fueron puestos. La existencia de estos explosivos no solo constituía un pe-

¹¹⁷ Ib., párrafo 153.

¹¹⁸ El caso fue admitido en la Comisión mediante el informe de admisibilidad del 13 de octubre de 2004. Fue presentado por la CIDH a la Corte IDH el 26 de abril de 2010. La sentencia de fondo y reparaciones fue emitida el 27 de junio de 2012.

ligro latente para la vida de los miembros del pueblo indígena, sino que además las actividades de exploración ocasionaron la destrucción de bosques, fuentes de agua, lugares sagrados y ahuyentaron a los animales esenciales para la sobrevivencia del pueblo Sarayaku. El caso fue sometido ante la Comisión el 19 de diciembre de 2003 y, posteriormente, presentado ante la Corte el 26 de abril de 2010.

En su informe de fondo, la Comisión señaló que «[...] las víctimas de delitos y del abuso de poder [...] tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido».¹¹⁹ De esta manera, dentro de las medidas de reparación solicitadas a la Corte existían algunas que afectarían de manera directa a la empresa CGC como, por ejemplo, el retiro de los explosivos, la paralización de las actividades que venían realizando en el territorio del pueblo Kichwa Sarayaku, y la exigencia de llevar a cabo una consulta previa ante cualquier otro intento de explotación.

Por su parte, durante el proceso llevado a cabo ante la Corte, el Estado ecuatoriano sostuvo que la compañía petrolera CGC buscó, con posterioridad a la firma del contrato, un «entendimiento» o forma de «socialización» con las comunidades para lograr la realización de sus actividades contractuales y que además se realizó un estudio de impacto ambiental, el cual fue actualizado y aprobado, luego de varias reformas legales y la entrada en vigor de la Constitución de 1998 y de acuerdo con el Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarbúricas. El Estado alegó que este estudio habría sido «debida y oportunamente socializado con las comunidades afectadas, aunque en la práctica nunca se ejecutó»; sin embargo, posteriormente, reconoció que no se había realizado debidamente un proceso de consulta previa.¹²⁰

Al respecto, la Corte sostuvo que «[...] es posible considerar, entonces, que la falta de consulta sería y responsable por parte del Estado, en momentos de alta tensión en las relaciones intercomunitarias y con autoridades estatales, favoreció por omisión un

¹¹⁹ CIDH. Demanda ante la Corte IDH en el *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus Miembros vs. Ecuador*, párrafo 243.

¹²⁰ Cf. *ib.*, párrafos 188 y 189.

clima de conflictividad, división y enfrentamiento entre las comunidades indígenas de la zona, en particular con el Pueblo Sarayaku». Asimismo, resaltó que «[...] el Estado no solo delegó en parte, inadecuadamente, en una empresa privada su obligación de consulta, en incumplimiento del referido principio de buena fe y de su obligación de garantizar el derecho del pueblo Sarayaku a la participación, sino que desfavoreció un clima de respeto entre las comunidades indígenas de la zona, al favorecer la ejecución de un contrato de exploración petrolera». En tal sentido, la Corte reiteró que la búsqueda de un «entendimiento» con el pueblo Sarayaku, llevado a cabo por la propia empresa CGC, no puede entenderse como una consulta de buena fe en la medida que no consistió en un diálogo genuino como parte de un proceso de participación con miras a alcanzar un acuerdo.¹²¹

Por otro lado, se refirió a las medidas provisionales otorgadas por ella, en las que ordenó al Estado que retirara dicho material explosivo y que el Estado cumplió de manera parcial. De hecho, llamó la atención que, al finalizar el contrato con la CGC, se dejara constancia de que no había pasivos ambientales a pesar de que la presencia de explosivos fue una evidente preocupación del pueblo Sarayaku. Temían por su seguridad física; además, la activación o detonación de esos explosivos era, según lo manifestado por los peritos, una posibilidad real y potencial. En tal sentido, la Corte declaró que el Estado era responsable de haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal de los miembros del pueblo Sarayaku, al haber permitido que la empresa petrolera realizara, con su aquiescencia y protección, el desbroce de senderos y sembrara cerca de 1.400 kilogramos de explosivo pentolita en el territorio Sarayaku.¹²²

Casos relacionados con pueblos indígenas en Paraguay

El primer caso es el del pueblo indígena de Yakye Axa, en el que la Corte señaló que «[...] la restricción que se haga al derecho a la pro-

¹²¹ Cf. ib., párrafos 198, 199 y 200.

¹²² Cf. ib., párrafos 247 y 248.

piedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención». ¹²³ Por tanto, una justa medida de reparación cuando las empresas se encuentran en posesión de las tierras de los pueblos indígenas sería la expropiación de aquellas ¹²⁴ para que se puedan devolver a estos. En todo caso, si por alguna razón concreta y justificada los Estados no pueden expropiar las tierras, estos deberán velar para que, al momento de determinar la justa compensación, se tenga en cuenta el significado que tiene la tierra para los pueblos indígenas. ¹²⁵

El segundo caso fue llevado por la comunidad indígena Sawhoyamaya, debido a que sus tierras ancestrales se encontraban en posesión de las empresas Kansol S. A. y Roswell Company S. A. Nuevamente, la Corte estimó que el Estado «[...] deberá valorar la posibilidad de compra o la legalidad, necesidad y proporcionalidad de expropiación de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática». ¹²⁶ Más aún, la Corte sostuvo que el hecho de que «[...] las tierras tradicionales de la Comunidad se encuentren en manos privadas, o el hecho de que tales tierras estén racionalmente explotadas, no son *per se* motivos “objetivos y fundamentados” que impidan su devolución». ¹²⁷

Por último, en la sentencia del caso *Comunidad Indígena de Xák-mok Kásekos. Paraguay*, la Corte elevó un poco más el estándar estableciendo que «[...] en ningún caso la decisión de las autoridades internas deberá basarse exclusivamente en que dichas tierras estén en manos privadas o que estén racionalmente explotadas». De esta manera, estimó que el camino que habrá que seguir es la expro-

¹²³ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C N.º 125, párrafo 66.

¹²⁴ Cf. *ib.*, párrafo 217.

¹²⁵ Cf. *ib.*, párrafo 67.

¹²⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C N.º 146, párrafo 212.

¹²⁷ *Ib.*, párrafo 214.

piación y que la sola compensación será la excepción. Además, en esta misma sentencia se hizo referencia a la existencia de un recurso efectivo para hacer frente a la violación de la que la comunidad fue objeto:

Limitar de esta forma la realización efectiva del derecho a la propiedad de los miembros de las comunidades indígenas no solo viola las obligaciones del Estado derivadas de las disposiciones de la Convención relativas al derecho a la propiedad, sino que *también compromete la responsabilidad del Estado en relación a la garantía de un recurso efectivo* y constituye un trato discriminatorio que produce exclusión social.¹²⁸ (Las cursivas son nuestras)

Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam

Saramaka es un pueblo tribal que habita en Surinam. El Estado había otorgado en concesión diferentes áreas del territorio ocupado por este pueblo para la realización de actividades de la industria maderera y minera. Adicionalmente, en el ordenamiento interno no existían los recursos necesarios para garantizar el derecho a la propiedad de manera colectiva. En tal sentido, uno de los puntos contemplados en la demanda buscaba que se instaure un recurso efectivo para casos de violaciones de derechos humanos por parte de las empresas extractivas.

La Corte consideró que las concesiones madereras otorgadas por el Estado sobre las tierras de la región superior del río Surinam dañaron el ambiente, y que el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del pueblo Saramaka utilizaron tradicionalmente. Además, sostuvo que el Estado no había llevado a cabo o supervisado estudios ambientales y sociales previos ni puso en práctica garantías o mecanismos a fin de asegurar que estas concesiones madereras no causaran un daño mayor al territorio y comunidades Saramaka. Asimismo, el Estado no permitió la participación efectiva del pueblo, de confor-

¹²⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C N.º 214, párrafo 149.

midad con sus tradiciones y costumbres, en el proceso de la toma de decisiones respecto de las concesiones madereras y, a su vez, los miembros del pueblo Saramaka no recibieron ningún beneficio de la extracción maderera en su territorio, lo que constituyó una violación del derecho de propiedad.¹²⁹

Respecto a la existencia de recursos efectivos, la Corte IDH señaló que «[...] el artículo 25.1 de la Convención establece, en términos generales, la obligación de los Estados de garantizar un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales».¹³⁰ Pero la Corte no solo se refirió a un recurso efectivo y cese frente a las violaciones de derechos humanos, sino que también hizo referencia a la garantía de la existencia de un recurso adecuado para exigir una reparación conforme al daño producido:

El Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial son «verdaderamente efectivos para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y *para proporcionar una reparación*».¹³¹ De este modo, la Corte ha declarado que «la inexistencia de un recurso efectivo contra la violación de los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la Convención por el Estado Parte en el cual ocurre esta situación».
(Las cursivas son nuestras)

Frente a este razonamiento, y conforme a lo señalado en las sentencias de los casos paraguayos, la Corte ha considerado como parte de las reparaciones la adopción de medidas legislativas o de otra índole que puedan ser necesarias para brindar protección judicial y hacer efectivos los derechos colectivos e individuales de los pueblos en relación con el territorio que tradicionalmente han ocupado y

¹²⁹ Cf. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172, párrafo 154.

¹³⁰ *Ib.*, párrafo 177.

¹³¹ *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A.N.º 9, párrafo 24.

utilizado.¹³² En tal sentido, se puede apreciar que las medidas de reparación otorgadas por la Corte influirían de manera directa en las empresas multinacionales y sus intereses puesto que se les impondrían límites, ya sea en relación con la forma en la que tendrán que realizar las futuras explotaciones e incluso frente a su derecho de propiedad.

Caso Ximenes López vs. Brasil

En el presente caso, la demanda fue planteada por Albertina Viana López, madre de la víctima, contra el Estado brasileño por la inacción de este frente a las graves imprudencias que se cometían en el centro para personas con discapacidad mental Casa de Reposo Guararapes. Dicha institución era un hospital de propiedad de Sérgio Antunes Ferreira Gomes, contratado por el Estado brasileño para prestar servicios de atención psiquiátrica. Operaba bajo la dirección del Sistema Único de Salud y actuaba como unidad pública de salud en nombre y por cuenta del Estado.

Tras la muerte del señor Ximenes López, su madre presentó una denuncia civil en contra de la Casa de Reposo Guararapes y exigió una reparación por los daños ocasionados en perjuicio de su hijo. Al respecto, la Corte expresó que «[...] las víctimas o sus familiares conservan el derecho que pudieran tener de reclamar, ante la jurisdicción interna, una indemnización de los particulares que pudieron ser responsables del daño».¹³³

A partir de este caso, la Corte estableció que si bien en los supuestos de responsabilidad internacional de los Estados nace una nueva relación entre las víctimas y el Estado, ello no significa desconocimiento del derecho que poseen las víctimas de reclamar una reparación por medio de un proceso civil interno y de la obligación que tienen los Estados de garantizar que los recursos para obtener una reparación sean efectivos y que los procesos se den de manera adecuada y en un plazo razonable. En ese sentido, la Corte dejó en

¹³² Cf. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párrafo 191.

¹³³ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C N.º 149, párrafo 231.

claro la existencia de la obligación de las empresas de reparar frente a violaciones de derechos humanos en un nivel interno.¹³⁴

Tras este panorama de los casos llevados ante el SIDH por violaciones de derechos humanos causadas por personas jurídicas privadas, es posible afirmar que, como sucede en el Sistema Universal, en el Sistema Interamericano no existe aún un mecanismo por el cual se pueda declarar la responsabilidad internacional directa de las empresas por violaciones de derechos humanos y, por tanto, exigir una reparación a favor de las víctimas, debido a que los instrumentos que les dan vida no lo permiten. No obstante, estas no quedan desprotegidas, dado que —a pesar de que las violaciones fueron cometidas por las empresas multinacionales— siguen siendo los Estados los obligados a garantizar que ellas respeten los derechos humanos en su territorio y, en consecuencia, son estos los responsables de reparar.

Vale la pena mencionar aquí el análisis que realiza Mijangos, quien sostiene que la Corte «[...] ha construido toda una teoría sobre la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares en el ámbito latinoamericano»,¹³⁵ es decir que, si bien no es posible que la Corte declare la responsabilidad de particulares, sí puede pronunciarse sobre las obligaciones que los particulares tienen en relación con los derechos humanos. Menciona que se pueden identificar tres etapas en la jurisprudencia de la Corte. La primera, «[...] 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 tal sentido, los derechos humanos se configuran como límites dirigidos únicamente al actuar de las autoridades y la atribución de responsabilidad se extiende, debido a que los particulares actuaron bajo la aquiescencia o tolerancia del Estado.

¹³⁴ Cf. *ib.*, párrafos 204-206.

¹³⁵ MIJANGOS Y GONZÁLES, 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*. México D. F.: Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 550.

«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. El juicio que realiza la Corte en esta segunda etapa de la jurisprudencia versa sobre la adecuación de las actuaciones de los particulares. Es en este momento cuando la Corte consagra la idea de que los derechos fundamentales previstos en la Convención resultan obligaciones *erga omnes*, que se imponen no solo en relación con el poder del Estado sino también respecto de actuaciones de terceros particulares». En este punto, resalta la opinión emitida por el juez Antônio Cançado Trindade, en el caso *Blake vs. Guatemala*,¹³⁶ que sería la base para consagrar la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. En ella, el juez Cançado sostuvo que es necesario desmitificar la presentación, frecuente e indebida, de ciertos postulados como verdades eternas e inmutables, una de ellas es la que representa a los tratados internacionales como normas que limitan únicamente la actuación de los poderes públicos. A su juicio, los derechos fundamentales previstos en la CADH, que se configuran como obligaciones *erga omnes* de protección, son el contenido mínimo de expresión de todas las relaciones jurídicas de los ordenamientos nacionales, incluidas las que se suceden entre actores no estatales.¹³⁷

Finalmente, la tercera etapa, representada por el caso más relevante en esta materia: la Opinión Consultiva 18/03, solicitada por México sobre la condición jurídica de los inmigrantes, marca una tendencia hasta nuestros días estableciendo definitivamente la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. En ella, la Corte Interamericana declara rotundamente y sin lugar a duda que «[...] los derechos fundamentales son límites directos al actuar de los particulares».

¹³⁶ *Caso Blake vs. Guatemala*. Voto razonado del juez Cançado a la sentencia sobre el fondo del 24 de enero de 1998, fundamentos 20-29.

¹³⁷ *Caso Personas haitianas y dominicanas de origen haitiano en la República Dominicana*. Voto razonado del juez Cançado a la solicitud de medidas provisionales del 7 de agosto de 2000, fundamento 25.

2.2.3. La opción del Sistema Europeo de protección de los derechos humanos

El Consejo de Europa fue creado en 1949 por medio del Tratado de Londres, el cual se basó en los principios de la democracia pluralista, los derechos humanos y la Ley de Paz. De esta manera, todo Estado que quiere ser partícipe de este órgano debe demostrar respeto por la Ley de Paz, así como por los derechos humanos. El Consejo de Europa tiene sede en Estrasburgo (Francia) y actualmente cuenta con 47 Estados miembros. Asimismo, está compuesto por seis órganos principales, entre los cuales destaca el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal Europeo o TEDH). El Tribunal Europeo es un tribunal regional creado en 1959, por medio del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos o CEDH), el cual fue el primer tratado del Consejo de Europa creado para proteger los derechos humanos, así como el primer tratado internacional de derechos humanos con mecanismos ejecutorios. Por otro lado, este órgano tiene competencia para conocer de litigios relativos a la vulneración de los derechos consagrados en el Convenio Europeo y únicamente contra los Estados partes que hubieran violado el Convenio Europeo. En ese sentido, las decisiones que emite son vinculantes para los Estados partes y de obligatorio cumplimiento.

En el marco de este sistema de protección de los derechos humanos, como ya se mencionó, las demandas son interpuestas por particulares, tanto individuos como personas morales, pues el artículo 1 del CEDH señala que «[...] las Altas Partes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título 1 del presente Convenio». De este modo, al parecer, los autores del Convenio tuvieron el propósito de abstenerse de utilizar el término «individuo» y optaron por «persona» sin el calificativo de «física», para así extender la protección del Convenio a las personas morales.¹³⁸ En la misma línea, la jurisprudencia del Tribunal ha con-

¹³⁸ Cf. HENNEBEL, Ludovic y Pierre-François DOCQUIR. «L'entreprise, titulaire et garante des droits de l'homme». En Th. BERNS. *Responsabilités des entreprises et réglementation*. Bruselas: Bruylant, 2007, p. 8.

firmado que las empresas son personas morales y que tienen derechos en virtud del Convenio.¹³⁹ Por tal motivo, hoy es posible hablar de los derechos humanos de las empresas en el ámbito del CEDH.¹⁴⁰

Ciertamente, esto no significa que los particulares puedan acudir directamente ante el Tribunal para que se reconozca la responsabilidad de las empresas, pues su demanda sería declarada inadmisibile. No obstante, y aquí radica su principal utilidad, cada vez más los tribunales internos recurren al Convenio para sancionar a las empresas que cometen violaciones de los derechos consagrados en este. Como ejemplo, resulta relevante el caso *Société Nikon France S. A. vs. M. Frédéric Onos*,¹⁴¹ en el cual un empleador despidió a su trabajador luego de leer los *e-mails* personales de este en la computadora de la empresa. Ante esta situación, la Corte de Casación francesa invocó la violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio para revocar esa decisión.

Identificamos tres elementos importantes en casos de violaciones del Convenio Europeo que involucran a las empresas.

a) *El efecto horizontal derivado de las decisiones del Tribunal Europeo*

De acuerdo con lo antes señalado, únicamente los Estados pueden ser denunciados ante el Tribunal Europeo por violación de los de-

¹³⁹ Cf. TEDH. *The Sunday Times vs. the United Kingdom* (n.º 1) (6538/74), 26 de abril de 1979, Serie A N.º 30. En este caso se evidencia la importancia de reconocer los derechos de las empresas, pues se vulnera el derecho a la libertad de expresión de un diario en el Reino Unido.

¹⁴⁰ Por un estudio completo relativo a las empresas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cf. EMBERLAND, Marius. *The Human Rights of Companies, Exploring the Structure of the ECHR Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

¹⁴¹ Corte de Casación francesa. Cámara Social. Caso 4164, decisión del 2 de octubre de 2001. En concreto, la Corte señaló lo siguiente: «Attendu que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimé de sa vie privée; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail, et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur».

rechos consagrados en el Convenio Europeo. Por lo tanto, toda denuncia en contra de una empresa sería declarada inadmisibile, de acuerdo con el artículo 35 inciso 3 del Convenio. En tal sentido, es posible afirmar que los derechos consagrados en el Convenio no tienen un efecto horizontal, en tanto el Convenio no reconoce el principio de efecto directo hacia terceros (*unmittelbare Drittwirkung*),¹⁴² según el cual los derechos humanos pueden considerarse oponibles no solo al Estado sino, de manera directa, a otras personas físicas y morales.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 35 inciso 1 del Convenio, el Tribunal solo puede conocer una demanda cuando el demandante ha agotado los recursos internos del Estado. Por ello, la mayor parte de las demandas se realizan contra las decisiones de los tribunales nacionales, las cuales han examinado ciertos principios de los derechos humanos en procesos civiles entre particulares (*mittelbare Drittwirkung* o efecto indirecto hacia terceros). De este modo, al determinar que los tribunales nacionales han violado derechos humanos en procesos internos entre particulares, el Tribunal puede abordar implícitamente ciertas obligaciones de empresas privadas en materia de derechos humanos.¹⁴³ En la misma línea, la FIDH ha señalado que la Corte aborda la responsabilidad del Estado y no la responsabilidad de un agente privado, pero puede juzgar a un Estado parte si falta a su obligación de proteger a las personas bajo su jurisdicción por violaciones cometidas por terceras personas.¹⁴⁴

¹⁴² Cf. TEDH. *X e Y vs. Holanda*. Sentencia del 26 de marzo de 1985. Serie A N.º 91. En este caso, el Tribunal Europeo señaló que los derechos consagrados en el Convenio crean obligaciones para los Estados que involucra la adopción de medidas destinadas a garantizar el respeto de la vida privada, incluso en el ámbito de la relación de los individuos entre sí mismos.

¹⁴³ Cf. COMITÉ DIRECTEUR POUR LES DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL DE L'EUROPE. *Projet d'Étude Préliminaire sur la Responsabilité Sociale des Entreprises dans le Domaine des Droits de l'Homme: Normes Existantes et Questions Ouvertes*. Rapport de la 85e réunion du Bureau du CDDH (Paris, 7-8 de junio de 2012) CDDH-BU(2012)R85, p. 12. Disponible en: <http://www.coe.int/t/dghl/standard-setting/cddh/CDDH-DOCUMENTS/CDDH_2012_012_fr.pdf>.

¹⁴⁴ Cf. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit., p. 105.

b) Obligaciones de los Estados partes frente a la vulneración del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos: casos emblemáticos

El Tribunal Europeo ha señalado que los Estados partes no solo deben respetar los derechos humanos de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, sino que además tienen una obligación positiva de adoptar medidas razonables para proteger a las personas contra toda violación de sus derechos consagrados en el Convenio Europeo. En ese sentido, el Convenio obliga a los Estados a impedir que actores no estatales, incluidos los particulares, no vulnere los derechos de un individuo que se encuentre bajo su jurisdicción.¹⁴⁵ Por ejemplo, en cuanto al respeto que deben los particulares al Convenio Europeo, el Tribunal confirmó su posición en el caso *Siliadin vs. Francia*, en el cual una residente togolesa denunció ser víctima de trata al ser llevada a Francia para trabajar gratuitamente como empleada del hogar para una familia francesa. En el caso, los tribunales franceses no ofrecieron un recurso efectivo a la demandante, pues el sistema penal francés no era capaz de impedir que actores no estatales implicados en cometer actos de trata y esclavitud pudieran ser perseguidos y sancionados. Por lo tanto, el Tribunal señaló que Francia había faltado a su obligación positiva de establecer un sistema penal adecuado que permita garantizar el derecho a no ser sometido a esclavitud o trabajo forzoso, consagrado en el artículo 4 del Convenio.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Cf. HAIBACH, Holger. Rapport Droits de l'Homme et Entreprises. Commission des Questions Juridiques et des Droits de l'Homme. Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe. Renvoi en commission: Doc. 11673, Renvoi 3480 du 29 septembre 2009, párrafo 86. Disponible en: <<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc10/FDOC12361.htm>>.

¹⁴⁶ Cf. TEDH. *Siliadin vs. Francia*, n.º 73316/01 (Sección 2), ECHR 2005-VII, Sentencia del 26 de julio de 2005. «148. Dans ces conditions, la Cour est d'avis que les dispositions pénales en vigueur à l'époque n'ont pas assuré à la requérante, qui était mineure, une protection concrète et effective contre les actes dont elle a été victime. Elle note que des changements sont intervenus dans la législation, mais que ces modifications, postérieures, n'étaient pas applicables à la situation de la requérante. 149. La Cour conclut en conséquence qu'il y a eu, en l'espèce, violation des obligations positives qui incombent à l'Etat défendeur en vertu

Ahora bien, en cuanto al carácter de las obligaciones de los Estados de proteger los derechos consagrados en el CEDH frente a las violaciones de las empresas, cabe mencionar que este órgano ha destacado dos tipos de obligaciones. Por un lado, una obligación positiva, la cual estriba en que el Estado deberá adoptar las medidas razonables para proteger a los individuos del abuso empresarial. Por otro lado, una obligación negativa, la cual se sostiene en la idea de que los actos de las corporaciones sean atribuidos al Estado en tanto que estas actúan como sus agentes.

En tal sentido, el Tribunal destacó esta dualidad de las obligaciones de los Estados partes del Convenio en el caso *Fadeyeva vs. Rusia* diferenciando el contenido de las obligaciones positivas y negativas. En este caso, la señora Fadeyeva presentó una demanda ante el Tribunal Europeo contra el Estado ruso por las actividades de explotación de una fábrica de acero realizadas por Severstal PLC cerca de su domicilio, que afectaba su salud y bienestar. El Tribunal aprovechó para referir a los dos tipos de obligaciones que tienen los Estados partes frente a las violaciones del Convenio. Así, señaló que debido a que el Estado no poseía, ni controlaba, ni explotaba la fábrica, no es posible afirmar que el daño haya sido cometido por este; por lo cual, el caso debe evaluarse bajo el «ángulo de la obligación positiva» del Estado de adoptar las medidas adecuadas y razonables para proteger los derechos del CEDH:

The Court notes that, at the material time, the Severstal steel plant was not owned, controlled, or operated by the State. Consequently, the Court considers that the Russian Federation cannot be said to have directly interfered with the applicant's private life or home. At the same time, the Court points out that the State's responsibility in environmental cases may arise from a failure to regulate private industry [...] Accordingly, the applicant's complaints fall to be analyzed in terms of a positive duty on the State to take reasonable and appropriate measures to secure the applicant's rights under Article 8 § 1 of the Convention [...] In these circumstances, the Court's first

de l'article 4 de la Convention». Disponible en: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/docs/echr/SILIADIN_c_FR.pdf>.

task is to assess whether the State could reasonably be expected to act so as to prevent or put an end to the alleged infringement of the applicant's rights.¹⁴⁷

Responsabilidad de los Estados por el incumplimiento de su deber de protección a los individuos bajo su jurisdicción de los efectos de los actos de las empresas (obligación positiva)

En un primer momento, el Tribunal reconoció esta obligación, en el caso *Guerra y otros vs. Italia*, en el cual los demandantes vivían cerca de una fábrica privada que producía fertilizantes. Dicha fábrica fue calificada de alto riesgo debido al peligro que constituía la posibilidad de una explosión química. De este modo, los demandantes denunciaron al Estado por la omisión de informar los riesgos que comportaba dicha fábrica al estar situada cerca de sus domicilios. Es así que el Tribunal estimó que:

[...] no puede afirmarse que Italia haya interferido en la vida privada o en la familia de los demandantes, ya que los demandantes no se quejaron por un acto del Estado, sino por su falta de acción. Sin embargo, aunque el objeto del artículo 8 es esencialmente el de la protección del individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, no se limita a obligar al Estado a abstenerse de toda injerencia, pues además de este compromiso principalmente negativo, puede haber obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar.¹⁴⁸ (La traducción es nuestra)

Del mismo modo, el caso *López Ostra vs. España* resulta de gran relevancia en esta cuestión. En 1988, en Lorca, comenzó a funcionar una planta de tratamiento de residuos sólidos y líquidos de propiedad de la sociedad anónima Sacursa, a 2 metros de la casa de la señora Gregoria López Ostra, y gracias a una subvención otorgada

¹⁴⁷ TEDH. *Fadeyeva vs. Rusia*, n.º 55723/00, Sección 1, ECHR 2005-IV, Sentencia del 9 de junio de 2005, párrafo 89.

¹⁴⁸ TEDH. *Guerra y otros vs. Italia*. Reporte 1998-I, fascículo 64, Sentencia del 19 de febrero de 1998, párrafo 58.

por el Estado español. Es así que, debido a un defectuoso funcionamiento, la planta comenzó a despedir gases, humos y malos olores, ocasionando problemas de salud a la demandante y a su familia.

Por tal motivo, la señora López Ostra agotó todas las instancias internas sin éxito alguno demandando a la empresa Sacursa, para luego, ante la pasividad de las autoridades españolas, demandar al Estado español ante el Tribunal Europeo por la violación de los artículos 8 y 3 del CEDH que consagran, respectivamente, los derechos de respeto de la vida privada familiar y el derecho a la integridad personal. De esta manera, luego de analizar los hechos, el Tribunal consideró que la demandante padeció de injerencias en su vida privada y familiar durante más de tres años debido a las molestias causadas por las emisiones de la planta de tratamiento de residuos. La familia cambió de domicilio solo cuando cayeron en cuenta de que la situación podría prolongarse indefinidamente, y bajo la prescripción de la pediatra de la hija de la señora López Ostra. En esas condiciones, el Tribunal Europeo consideró el ofrecimiento de la municipalidad —asumir los gastos de alojamiento del nuevo domicilio de la señora López Ostra—; no podía remediar completamente las molestias e inconvenientes a los que se les sometió.¹⁴⁹

Por todo ello, el Tribunal estimó que el Estado no era el responsable directo de la contaminación cometida por un particular (en el caso, una empresa subsidiada por el Estado):

[...] Admittedly, the Spanish authorities, and in particular the Lorca municipality, were theoretically not directly responsible for the emissions in question. However, as the Commission pointed out, the town allowed the plant to be built on its land and the State subsidized the plant's construction.¹⁵⁰

El Tribunal determinó que el Estado no tuvo éxito en conseguir un equilibrio adecuado entre el interés del bienestar económico de la ciudad —el de tener una planta de tratamiento de residuos— y

¹⁴⁹ Cf. TEDH. *López Ostra vs. España*. 16798/90 [1994] ECHR 46, Sentencia del 9 de diciembre de 1994, párrafo 56.

¹⁵⁰ *Ib.*, párrafo 52.

el disfrute efectivo de la recurrente de su derecho al respeto a su domicilio y a su vida privada y familiar.¹⁵¹ Por lo tanto, si bien no se pronunció sobre la responsabilidad directa de la empresa, dejó establecida la responsabilidad del Estado por la violación del artículo 8 que consagra el derecho al respeto al domicilio y a la vida privada y familiar de la demandante.

Ahora bien, en el caso *Fadeyeva vs. Rusia*, mencionado anteriormente, el Tribunal indicó que los Estados tienen obligaciones positivas, las cuales consisten en adoptar las medidas razonables y apropiadas para garantizar los derechos consagrados en el artículo 8 del Convenio. En el caso, en diciembre de 1999, la señora Fadeyeva alegó ante la Corte que la explotación de una fábrica de acero (Severstal PLC) ponía en peligro su salud y bienestar, pues esta se encontraba cerca de su domicilio. De esta manera, el Tribunal evaluó las pruebas aportadas y determinó que la salud de la demandante se vio deteriorada debido a la exposición de las emisiones industriales de la fábrica. Del mismo modo, el Tribunal señaló que si bien Rusia no interfirió directamente en la vida privada o el disfrute del domicilio de la demandante, el caso debía evaluarse desde la perspectiva de la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas adecuadas y razonables para proteger los derechos del CEDH.

Finalmente, concluyó que afirmar que el Estado o la empresa tuvieran la obligación de proveer a la demandante una vivienda gratuita sería ir demasiado lejos, pues no es competencia del Tribunal dictar las medidas precisas que los Estados deben adoptar para cumplir sus obligaciones positivas vinculadas al artículo 8 del Convenio. No obstante, pese a que la presencia de la planta cerca de la vivienda de la demandante debió acarrear una atención especial por parte del Estado, este no le ofreció ninguna solución efectiva para ayudarla a mudarse de esa peligrosa área.¹⁵²

Además de ello, aunque la fábrica violó las normas ambientales nacionales, el Tribunal determinó que no existen indicios de que el Estado haya designado o aplicado medidas efectivas que tomen en

¹⁵¹ Cf. *ib.*, párrafo 58.

¹⁵² Cf. TEDH. *Fadeyeva vs. Rusia*, n.º 55723/00, Sección 1, ECHR 2005-IV, Sentencia del 9 de junio de 2005, párrafo 68 y ss.

cuenta los intereses de la localidad y que sean capaces de reducir los niveles de contaminación aceptables. Por todo ello, el Tribunal concluyó que, a pesar del margen de apreciación del Estado, este falló al no encontrar un balance justo entre los intereses de la comunidad y el goce efectivo del derecho de la demandante a su vida privada y a la vivienda.¹⁵³ Por todo ello, este caso resulta emblemático en cuanto a obligaciones positivas se trata, pues el Tribunal manifiesta claramente que aun cuando esta Corte no puede exigir al Estado que este o la empresa hayan brindado una vivienda gratuita a la demandante, sí puede exigir que el Estado brinde medidas adecuadas y razonables para garantizar los derechos de la demandante reconocidos en el artículo 8 del Convenio.

Por otra parte, en el caso *Taskin y otros vs. Turquía* del 2004, los demandantes denunciaron al Estado de Turquía por la autorización de la explotación de una mina de oro que se encontraba próxima a las viviendas de los denunciantes.¹⁵⁴ De este modo, alegaban que el proceso de explotación en el cual se utilizaba cianuro producía una contaminación considerable en la comunidad. El vínculo ya establecido entre la preservación del medioambiente y la protección efectiva del derecho al respeto a la vida privada y familiar por medio de la jurisprudencia del Tribunal permitió que este declare la violación del artículo 8. Asimismo, el Tribunal declaró la violación del derecho a un proceso equitativo contenido en el artículo 6 del Convenio, dado que las autoridades públicas no ejecutaron las sentencias que los demandantes tenían a su favor.

En opinión de Aungenstein, destacan los siguientes tres principios vinculados a las obligaciones positivas en la jurisprudencia del Tribunal: *a)* los Estados deben asegurar el estatus legal de la persona, los derechos y privilegios de la jurisdicción interna necesarios para el goce efectivo de los derechos del Convenio; *b)* los Estados deben garantizar una protección efectiva de los derechos del Convenio en el ámbito de las relaciones entre particulares; y *c)* la aquiescencia de las autoridades del Estado en actos de particulares

¹⁵³ Cf. *ib.*, párrafos 131-134.

¹⁵⁴ Cf. TEDH. *Taşkın y otros vs. Turquía*, n.º 46117/99, ECHR 2004-X, párrafos 115-125.

que violan los derechos del Convenio pueden comprometer la responsabilidad del Estado en virtud del Convenio.¹⁵⁵

En el primer grupo, se puede mencionar el caso *Wilson, National Union of Journalists y otros vs. Reino Unido*, en el cual los demandantes alegaron la violación de los artículos 10 y 11 del Convenio, ya que la empresa empleadora les ofreció incentivos económicos para que renuncien a su derecho a la negociación colectiva. De esta forma, debido a que los tribunales internos desestimaron la demanda, el Tribunal sostuvo que la responsabilidad de Reino Unido radica en no haber garantizado por medio de los tribunales internos el respeto de los derechos contenidos en el artículo 11 del Convenio. Así lo manifestó el TEDH:

The Court observes at the outset that although the essential object of Article 11 is to protect the individual against arbitrary interference by public authorities with the exercise of the rights protected, there may in addition be positive obligations to secure the effective enjoyment of these rights. In the present case, the matters about which the applicants complain [...] did not involve direct intervention by the State. The responsibility of the United Kingdom would, however, be engaged if these matters resulted from a failure on its part to secure to the applicants under domestic law the rights set forth in Article 11 of the Convention.[...] Under United Kingdom law at the relevant time it was, therefore, possible for an employer effectively to undermine or frustrate a trade union's ability to strive for the protection of its members' interests. [The Court] considers that, by permitting employers to use financial incentives to induce employees to surrender important union rights, the respondent State has failed

¹⁵⁵ Cf. AUGENSTEIN, Daniel. «State Responsibilities to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the European Convention on Human Rights». Submission to the Special Representative of the United Nations Secretary-General (SRSG) on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, abril de 2011, p. 12. Disponible en: <http://tilburguniversity.academia.edu/DanielAugenstein/Papers/1409891/State_Responsibilities_to_Regulate_and_Adjudicate_Corporate_Activities_under_the_European_Convention_on_Human_Rights>.

in its positive obligation to secure the enjoyment of the rights under Article 11 of the Convention.¹⁵⁶

En segundo lugar, en relación con la protección del Estado en el ámbito de las relaciones entre los particulares,¹⁵⁷ el Tribunal ha reconocido este principio en el caso *Ouranio Toxo y otros vs. Grecia*. En este caso, el Estado de Grecia no aseguró el ejercicio mínimo de las libertades políticas del grupo político Ouranio Toxo, el cual se dedica a la defensa de los derechos de la minoría macedonia en Grecia. La sede del partido fue atacada por una multitud que incluía al alcalde y a los concejales; sin embargo, las autoridades policiales no adoptaron medidas de seguridad para proteger a dicho partido. En tal sentido, el Tribunal señaló:

The Court has often reiterated that the Convention is intended to guarantee rights that are not theoretical or illusory, but practical and effective. It follows from that finding that a genuine and effective respect for freedom of association cannot be reduced to a mere duty on the part of the State not to interfere; a purely negative conception would not be compatible with the purpose of Article 11 nor with that of the Convention in general. There may thus be positive obligations to secure the effective enjoyment of the right to freedom of association even in the sphere of relations between individuals.¹⁵⁸

¹⁵⁶ TEDH. *Wilson, National Union of Journalists y otros vs. Reino Unido*, n.º 30668/96, 30671/96 y 30678/96, Sección 2, ECHR 2002-V, 2 de julio de 2002, párrafos 41-48. Cf. TEDH. *Airey vs. Ireland*, 6289/73, Sentencia del 9 de octubre de 1979; *Marckx vs. Bélgica*. Series A N.º 31, Sentencia del 13 de junio de 1979; *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, n.º 28957/95, ECHR 2002-VI, Sentencia del 11 de julio de 2002.

¹⁵⁷ Cf. TEDH. *X e Y vs. The Netherlands*, Sentencia del 27 de febrero de 1985, párrafo 23; *Verliere vs. Suiza*. Decisión de admisibilidad del 25 de noviembre de 1994; *Stubbings y otros vs. Reino Unido*. Sentencia del 22 de octubre de 1996, párrafo 62; *Von Hannover vs. Alemania*. Sentencia del 24 de junio de 2004, párrafo 57; *Khurshid Mustafa & Tarzibachi vs. Suecia*, Sentencia del 16 de diciembre de 2008, párrafo 32; *Plattform 'Aerzte fuer das Leben' vs. Austria*, Sentencia del 21 de junio de 1986, párrafo 23; *Partido Democrático Cristiano del Pueblo vs. Moldavia* (n.º 2), Sentencia del 2 de febrero de 2010, párrafo 25.

¹⁵⁸ TEDH. *Ouranio Toxo y otros vs. Grecia*. N.º 74989/01. Sección 1, ECHR 2005-X, Sentencia del 20 de octubre de 2005, párrafo 37.

Por último, en lo que respecta a la aquiescencia de las autoridades del Estado en actos de particulares que violan los derechos del Convenio, el Tribunal se ha pronunciado sobre este asunto en el caso *Chipre vs. Turquía*. En este caso, el Gobierno de la República de Chipre alegaba que colonos turcos habrían violado ciertos derechos de griegos chipriotas que vivían en el norte de Chipre —en particular el derecho a la libertad de expresión y de información— con la aquiescencia y conocimiento de las autoridades de la República Turca del Norte de Chipre (RTNC) de cuyos actos Turquía se consideraba responsable. Ante ello, el Tribunal señaló que:

The acquiescence or connivance of the authorities of a Contracting State in acts of private individuals which violate the Convention rights of other individuals within its jurisdiction may engage the State's responsibility under the Convention. Any different conclusion would be at variance with the obligation contained in Article 1 of the Convention.¹⁵⁹

Por el momento no resulta posible que el Tribunal pueda manifestarse sobre la violación de los derechos consagrados en el Convenio por parte de las empresas; sin embargo, la jurisprudencia sobre las obligaciones positivas de los Estados bien puede aplicarse en los casos en los que el Estado no asume su deber de protección y garantía frente a las violaciones de derechos humanos que aquellas puedan cometer.

Responsabilidad de los Estados por las acciones cometidas por empresas que actúan como agentes del Estado (obligación negativa)

La responsabilidad de los Estados por acciones cometidas por empresas que brindan servicios públicos y actúan como agentes del Estado ocupa un espacio en la mesa de debate en el Consejo de Europa. De este modo, se ha puesto de manifiesto en el «Informe sobre los derechos del hombre y las empresas» de la Comisión de

¹⁵⁹ TEDH. *Chipre vs. Turquía*. Gran Sala, N.º 25781/94, ECHR 2001-IV, Sentencia del 10 de mayo de 2001, párrafo 81.

Cuestiones Jurídicas y Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa,¹⁶⁰ que «[...] desde hace algunos años estamos asistiendo a una privatización en aumento de las funciones tradicionales del Estado, en diversos ámbitos, como el orden y la seguridad, la salud, la educación y las telecomunicaciones».¹⁶¹

En esa línea, es posible destacar la situación del Reino Unido, donde los centros de detención y las prisiones se confían cada vez más a la gestión de las sociedades de seguridad privadas, así como los centros de retención para extranjeros en donde se ofrecen los servicios de escolta para alejar y expulsar a los inmigrantes. En este sentido, surge la necesidad de saber cuáles son los límites de las funciones de los Estados y dónde se detiene la obligación de proteger los derechos humanos. Este cuestionamiento ha cobrado gran importancia en todos los Estados miembros del Consejo de Europa donde las empresas privadas brindan servicios que anteriormente eran de competencia exclusiva del Estado.¹⁶²

Ahora bien, en el ámbito del Sistema Europeo de Derechos Humanos, cuando las empresas privadas ejercen funciones del Estado, el Tribunal declara la responsabilidad de los Estados partes de sus acciones. Para ello, el Tribunal evalúa caso por caso y establece la responsabilidad de acuerdo con ciertos criterios. Augenstein destaca entre ellos los siguientes:

- The corporation's legal status (under public law / separate legal entity under private law).
- The rights conferred upon the corporation by virtue of its legal status (e.g. conferral of rights normally reserved to public authorities).
- Institutional independence (including state ownership).
- Operational independence (including de lege or de facto state supervision and control).

¹⁶⁰ Cf. HAIBACH, Holger. Ob. cit., párrafos 2 y 24.

¹⁶¹ Ib., párrafo 25 y ss.

¹⁶² Cf. ib., párrafos 25-28.

- The nature of the corporate activity ('public function' or 'ordinary business', including the delegation of core state functions to private entities).
- The context in which the corporate activity is carried out (e.g. relevance of the activity for the public sector, privatized state industries with monopoly position in the market).¹⁶³

En el caso *Costello-Roberts vs. Reino Unido*, en el que se determinó, por ejemplo, la responsabilidad del Estado por castigos corporales infringidos en una escuela privada, el carácter privado del establecimiento no libró al Estado de su obligación de crear un sistema que salvaguarde la integridad física y psíquica de los menores. De esta forma, el Tribunal sostuvo que:

The State has an obligation to secure to children their right to education under Article 2 of Protocol No. 1. [...] Secondly, in the United Kingdom, independent schools co-exist with a system of public education. The fundamental right of everyone to education is a right guaranteed equally to pupils in State and independent schools, no distinction being made between the two. Thirdly, the Court agrees with the applicant that the State cannot absolve itself from responsibility by delegating its obligations to private bodies or individuals.¹⁶⁴

En el mismo sentido, en el caso *Was vs. Poland*, el Estado de Polonia había delegado a una fundación de derecho privado la administración de un sistema de reparaciones para las víctimas de trabajo forzado durante la ocupación nazi en Polonia. Dicha fundación se creó en virtud de un acuerdo con Alemania. El demandante alegó que existían ciertas inequidades procesales relativas a la administración del sistema. Ante ello, el Estado manifestó que la fundación tenía un carácter privado y que no ejercía un control sobre sus operaciones. Por lo cual alegó no ser responsable de sus acciones. El

¹⁶³ AUGENSTEIN, Daniel. Ob. cit., pp. 8 y 9.

¹⁶⁴ CEDH. *Costello-Roberts vs. UK*. 13134/87. Decisión del 25 de marzo de 1993, párrafos 27-28.

Tribunal señaló que el hecho de que un Estado opte por una u otra forma de delegación no es decisivo para la cuestión de la responsabilidad del Estado, así como dicha responsabilidad permanecerá aun después de la transferencia. Señaló:

The fact that a State chooses a form of delegation in which some of its powers are exercised by another body cannot be decisive for the question of State responsibility *ratione personae*. In the Court's view, the exercise of State powers which affects Convention rights and freedoms raises an issue of State responsibility regardless of the form in which these powers happen to be exercised, be it for instance by a body whose activities are regulated by private law. [...] The responsibility of the respondent State thus continues even after such a transfer.¹⁶⁵

c) Aplicación extraterritorial del Convenio Europeo

Un gran número de demandas en contra de empresas europeas se dan en el contexto de sus actividades fuera de Europa. En líneas generales, las presuntas víctimas residen fuera del territorio de los Estados miembros y, por ello, no se encuentran dentro de su jurisdicción. En tal sentido, la jurisprudencia del Tribunal ha identificado las situaciones en las cuales una competencia extraterritorial es admisible. De este modo, el Tribunal ha determinado que el Convenio también puede aplicarse cuando un Estado ejerce un control global efectivo sobre un territorio —ya sea legal o ilegalmente— por intermediación de sus agentes que operan fuera de su territorio.¹⁶⁶

De esta manera, en el caso *Chipre vs. Turquía*, la administración greco-chipriota presentó dos demandas contra Turquía por violaciones de los derechos de propiedad. En aquel entonces, la Comisión Europea sostuvo que los Estados partes deben garantizar los derechos y libertades consagrados en el Convenio a todas las per-

¹⁶⁵ TEDH. *Woś vs. Poland*. 22860/02, ECHR 2005-IV. Decisión de admisibilidad del 1 de marzo de 2005, párrafo 72.

¹⁶⁶ Cf. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit., p. 105.

sonas situadas en zonas que se encuentren bajo su control global efectivo y responsabilidad.¹⁶⁷

Por otra parte, en el caso *Bankovic vs. Bélgica*, se recordó que la aplicación extraterritorial debía ser excepcional. En el caso, seis nacionales yugoslavos presentaron una demanda contra 17 Estados de la OTAN por el bombardeo en Belgrado de una emisora de Radio Serbia. El Tribunal señaló que «el reconocimiento del ejercicio de una competencia extraterritorial por un Estado contratante es excepcional», así como que «el Convenio no está destinado a ser aplicado en cualquier parte del mundo, incluso con respecto al comportamiento de los Estados miembros». Finalmente, declaró la demanda inadmisibile, dado que la República Federal de Yugoslavia no formaba parte del Convenio y, por tanto, los demandantes no estaban bajo la jurisdicción de los Estados demandados.

Por otro lado, recientemente, en el caso *Al-Skeini y otros vs. Reino Unido*, las familias de seis civiles iraquíes que murieron en un atentado que implicaba a soldados británicos en Basra —donde el Reino Unido era un Estado ocupante— denunciaron ante el Tribunal la violación de los artículos 1 y 2 del Convenio. Además, los familiares denunciaron que el Reino Unido se negó a abrir una investigación independiente sobre los hechos. Finalmente, el Tribunal señaló que el Reino Unido ejercía efectivamente los poderes de función pública y que existía un lazo jurisdiccional efectivo entre el Reino Unido y las víctimas.¹⁶⁸

De lo señalado, al parecer existe una jurisprudencia en construcción en relación con la aplicación extraterritorial del Convenio. Inicialmente, el Tribunal pretendió que esta se aplique de manera excepcional. No obstante, urge la necesidad de esclarecer cuáles serán los criterios para su aplicación en casos en los que empresas multinacionales estén implicadas en violaciones de los derechos consagrados en el Convenio.

¹⁶⁷ En la misma línea, existen otros casos similares sobre la aplicación extraterritorial del Convenio Europeo. Cf. TEDH. *Al-Skeini y otros vs. Reino Unido*. (n.º 55721/07), Sentencia del 7 de julio de 2011; *Medvedyev y otros vs. Francia*. (n.º 3394/03), Sentencia del 29 de marzo de 2010; *Al Saadoon et Mufdhi vs. Reino Unido* (n.º 61498/08), Sentencia del 30 de junio de 2009.

¹⁶⁸ Cf. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit., p. 109.

Creemos que se verifica una tendencia cada vez mayor a aceptar que para que los derechos humanos sean realmente efectivos resulta necesario que estos puedan también oponerse a los particulares. En esta labor, y ante la imposibilidad de demandar a las empresas por la violación de derechos humanos en los sistemas internacionales, tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana como la de su par europeo establecen estándares de protección positivos de acuerdo con los que corresponde a los Estados vigilar y eventualmente responder frente a las violaciones de derechos humanos cometidas por particulares como las empresas. Esto eleva en alguna medida el estándar de protección e impone mayores obligaciones al Estado que no puede excusarse de manera general. Parece lógico que esta sea la respuesta del derecho internacional de derechos humanos, todavía centrado en la responsabilidad del Estado. Vamos a ver en las páginas que siguen las reacciones de dos ramas del derecho internacional —derecho internacional humanitario y derecho penal internacional— que trascienden la figura del Estado para abarcar a los grupos alzados en armas en el marco de un conflicto armado y el derecho penal internacional, que levanta el velo estatal y pretende alcanzar directamente a la persona que cometió u ordenó cometer una grave violación de los derechos humanos. Las empresas se encuentran en la mira y, en este último caso, figuras como la complicidad empresarial generan múltiples retos para afirmar una verdadera responsabilidad penal.

2.3. El rol de las empresas multinacionales en los conflictos armados y la responsabilidad penal internacional

El derecho internacional humanitario es una rama del derecho internacional conformado por un conjunto de normas, de origen convencional o consuetudinario, cuya finalidad específica es solucionar los problemas de índole humanitaria directamente derivados de los conflictos armados y que, por razones humanitarias, restringe la utilización de ciertos métodos o medios de combate.¹⁶⁹

¹⁶⁹ Cf. SALMÓN, Elizabeth. *Introducción al derecho internacional humanitario*. 3.ª ed. Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), 2012, p. 27.

Bajo esta premisa, en este apartado, estudiaremos la situación de las empresas que operan en zonas de conflicto armado, es decir, en un contexto de aplicación de las normas de derecho internacional humanitario.

Ciertamente, la presencia de empresas multinacionales en zonas de conflicto no es más una situación aislada en el mundo corporativo. Cada vez son más las empresas que se aventuran a instalarse en zonas conflictivas, en medio de Gobiernos frágiles, en donde operan junto a grupos rebeldes, miembros de las fuerzas armadas, entre otros actores que participan en las hostilidades. De este modo, el conflicto en Irak, donde las compañías extranjeras que ofrecen servicios de seguridad y otros servicios de apoyo aparecieron en escena casi al mismo tiempo que el Ejército de Estados Unidos, es un ejemplo extremo del papel que las entidades privadas pueden cumplir durante las hostilidades.¹⁷⁰

Debido a que el derecho internacional humanitario es de aplicación en estos escenarios, ciertos actos conducidos en el marco de las actividades de las empresas durante un conflicto armado pueden eventualmente contrariar el derecho internacional humanitario y constituir crímenes de guerra.¹⁷¹ Sin embargo, el derecho internacional humanitario parece haber sido concebido para vincular a los Estados y a los grupos alzados en armas y exhortarlos a respetar estas normas, mas no para sujetar a actores privados como las empresas. Por tal motivo, su aplicación por las empresas se torna compleja, aun cuando existen grandes indicios de ser los causantes de algunas atrocidades cometidas en los conflictos armados o de las razones para su prolongación.

¹⁷⁰ Cf. MONGELARD, Éric. «Responsabilidad civil de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario». *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n.º 863, 2006, p. 2.

¹⁷¹ Cf. CREYER, Robert; Hakan FRIMAN; Darryl ROBINSON y Elizabeth WILMSHURST. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 453. Citado por BISMUTH, Régis. «Mapping a Responsibility of Corporations for Violations of International Humanitarian Law Sailing between International and Domestic Legal Orders». *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 38, n.º 2, 2010, p. 204.

2.3.1. Las obligaciones de las empresas en materia de derecho internacional humanitario

Las normas que emanan de los Convenios de Ginebra derivan, en cierta medida, de la tendencia estatocéntrica por la cual el derecho internacional solo se aplicaba a los Estados. Luego de la Segunda Guerra Mundial, se confirmó que el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional también deben aplicarse a actores no estatales. De este modo, los tribunales penales internacionales y la Corte Penal Internacional (CPI) son un claro ejemplo de que los individuos son sujetos de derecho internacional limitados y poseen obligaciones internacionales.

Asimismo, en el contexto de los conflictos armados no internacionales, el derecho internacional humanitario impone obligaciones no solo a los individuos, sino también a otros actores no estatales, en particular a los grupos armados. El artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y las disposiciones del Protocolo Adicional II se aplican directa y automáticamente a todas las partes en un conflicto no internacional, siempre que se cumplan las condiciones para su aplicación.¹⁷²

Por otro lado, también se sostiene que, debido a que los Convenios no definen el significado del término «persona», sería posible que no solo se aplicara a los individuos sino también a las personas jurídicas. Del mismo modo, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha señalado que las empresas que realizan actividades cercanamente vinculadas al conflicto armado también deben respetar las normas del derecho internacional humanitario.¹⁷³

Ahora bien, en el marco de esta rama del derecho internacional no se han implementado mecanismos de vigilancia en caso de violaciones de estas obligaciones. Por ello, aunque en la práctica ninguno de los instrumentos antes mencionados establece un

¹⁷² Cf. MONGELARD, Éric. Ob. cit., p. 7.

¹⁷³ Cf. ICRC. *Business and International Humanitarian Law - An introduction to the Rights and Obligations of Business Enterprises under International Humanitarian Law*. ICRC, 2006. Disponible en: <<http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/html/business-ihl-150806>>.

mecanismo para exigir algún tipo de responsabilidad, ni estipula ninguna obligación de reparación a cargo de las empresas, estos dejan a los Estados partes la tarea de cómo aplicar las normas en los tratados.¹⁷⁴ De este modo, la intervención del Estado es fundamental para poder hacer efectivas las sanciones —penales o civiles— a aquellas empresas que no respeten las normas del derecho internacional humanitario.

En materia de reparaciones, de acuerdo con los Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones,¹⁷⁵ los Estados están obligados a velar por que las víctimas de violaciones manifiestas del derecho internacional de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario tengan «acceso efectivo a la justicia», independientemente de quién resulte responsable de la infracción,¹⁷⁶ así como de ejecutar las sentencias de sus tribunales que impongan reparaciones a las personas o entidades responsables de los daños sufridos. De ahí se concluye que esas entidades pueden ser empresas.

2.3.2. La particular situación de las empresas militares y de seguridad privadas

Alrededor de los últimos años, el número de empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) ha ido en ascenso. Aunque la participación de estos actores cobró mayor notoriedad a raíz del conflicto en Irak¹⁷⁷ en el 2003, estos ya habían hecho su aparición desde inicios de 1990. Diversos factores influyeron en su expansión, como la reducción del tamaño de las fuerzas armadas nacionales a raíz de

¹⁷⁴ Cf. MONGELARD, Éric. Ob. cit., p. 8.

¹⁷⁵ Cf. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, A/RES/60/147.

¹⁷⁶ Cf. ib., artículo 3 inciso c.

¹⁷⁷ Los siguientes casos han sido los más mediáticos: el asesinato de Falludjah en marzo de 2004 por cuatro soldados empleados de la empresa Blackwater y la muerte de una decena de civiles iraquíes por miembros de Blackwater.

la Guerra Fría en el extranjero, así como la preponderancia de los modelos de libre mercado de los Estados que promovieron la privatización de las funciones gubernamentales tradicionales, incluidos aquellos en el campo militar.¹⁷⁸

Las EMSP son entidades comerciales privadas que prestan servicios militares y/o de seguridad independientemente de cómo se describan a sí mismas. Los servicios militares y de seguridad privados incluyen, en particular, la provisión de guardias armados y la protección de personas y bienes, como convoyes, edificios y otras instalaciones; mantenimiento y funcionamiento de sistemas de armas; detención de prisioneros; y asesoramiento y capacitación para las fuerzas locales y el personal de seguridad.¹⁷⁹ Asimismo, los Estados no son los únicos que contratan sus servicios, estas empresas proveen servicios a otros actores, como empresas privadas u ONG internacionales o regionales, instaladas en contextos de conflicto armado.¹⁸⁰

Resulta entendible, por el contexto temporal de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, que estos no hagan referencia a las actividades de las EMSP en el marco de un conflicto armado. Asimismo, en cuanto a su vinculación con la definición de mercenarios, en el marco del derecho internacional humanitario, de acuerdo con el artículo 47 del Protocolo I, estos deberían poseer las siguientes características acumulativas:

1. Los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra.
2. Se entiende por mercenario toda persona:
 - a) que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado;
 - b) que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades;

¹⁷⁸ Cf. GUILLARD, Emanuela-Chiara. «Business Goes to War: Private Military/Security Companies and International Humanitarian Law». *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n.º 863, 2006, p. 526.

¹⁷⁹ Cf. CICR. El derecho internacional humanitario y las empresas militares y de seguridad privadas. Disponible en: <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/faq/pmsc-faq-150908.htm>>.

¹⁸⁰ Cf. GUILLARD, Emanuela-Chiara. Ob. cit., p. 526.

- c) que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas de esa Parte;
- d) que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto;
- e) que no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y
- f) que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es Parte en conflicto.

Como puede observarse, esta definición resulta restrictiva si tomamos en cuenta la variedad de EMSP que operan en zonas de conflicto armado y de las labores que pueden realizar. Por ello, a nivel doctrinario, la tendencia es no incluir a los miembros de las EMSP en la definición. Posteriormente, en 1989 se adoptó la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios.¹⁸¹ Esta Convención retomó los criterios del Protocolo I y es de aplicación en el marco de los conflictos armados no internacionales. No obstante, su uso es limitado por no encuadrar con las características de las EMSP.

Recientemente, en julio de 2009, el Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios presentó un proyecto de convención internacional, sobre la reglamentación, vigilancia y control de las EMSP.¹⁸² Este propone restringir la participación de estos actores en el marco de los conflictos armados, señalando que los Estados no podrán delegar sus «funciones fundamentales». Entre estas funciones se señalan las siguientes: llevar a cabo operaciones de guerra y/o de combate,

¹⁸¹ Cf. Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios. A/RES/53/135, 1 de marzo de 1999.

¹⁸² Cf. Draft International Convention on the Regulation, Oversight and Monitoring of Private Military and Security Companies, 13 de julio de 2009. Disponible en: <<http://www.mgimo.ru/files/121626/draft.pdf>>.

tomar prisioneros, elaborar leyes, poderes de espionaje, de inteligencia y de policía, facultades de arresto o detención, incluidas las de interrogatorios a detenidos.¹⁸³

Ante esta indefinición normativa, Estados Unidos, Reino Unido, China, Afganistán, Irak, Sudáfrica y Francia optaron por elaborar el Documento de Montreaux sobre las EMSP. En este documento, se plasman una serie de buenas prácticas que ayudarán a los Estados para la regulación de las EMSP presentes en zonas de conflicto armado.¹⁸⁴

En cualquier caso, no resulta clara la determinación de los miembros de las EMSP en los conflictos armados, pues en principio poseerán la calidad de civiles siempre y cuando no participen en las hostilidades. De este modo, la determinación sobre si participan o no en las hostilidades será clave para identificar las obligaciones y eventual estatus de protección de los miembros de las EMSP.

2.3.3. La responsabilidad penal internacional de las empresas multinacionales

Se trata ahora de determinar el comportamiento de las empresas multinacionales y de sus agentes desde el punto de vista del derecho penal internacional y sus manifestaciones en la escasa jurisprudencia internacional en la materia. Para cumplir con este propósito, comenzaremos con la definición del derecho penal internacional y el recuento de los tribunales penales internacionales más importantes para luego estudiar las contribuciones jurisprudenciales más significativas sobre el punto que abordaremos.

El derecho penal internacional es la rama del derecho internacional que proscribe ciertas categorías de conducta (crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio, entre otros) y que atribuye responsabilidad a los individuos por su comisión.¹⁸⁵ Tales

¹⁸³ Cf. *ib.*, artículo 2 inciso k.

¹⁸⁴ Cf. Le Document de Montreaux sur les entreprises militaires et de sécurité privées. Disponible en: <<http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/topics/intla/humlaw/pse/psechi.html>>.

¹⁸⁵ Cf. CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 2.^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 3.

conductas son catalogadas como crímenes internacionales por el profundo impacto que tienen sobre la conciencia jurídica internacional al atacar contra bienes jurídicos entendidos como fundamentales o estructurales al orden internacional.

La aparición de los Tribunales de Núremberg y Tokio, pasando por los Tribunales *Ad Hoc* de la ex-Yugoslavia¹⁸⁶ (TPIY) y Ruanda¹⁸⁷ (TPIR) hasta llegar a la instauración de la CPI, y la jurisprudencia que nace de estos tribunales, constituyen el tramo evolutivo del derecho penal internacional, desde mediados del siglo XX hasta la fecha, donde podemos encontrar una casuística relativa a la actividad empresarial delictiva en el ámbito penal internacional.¹⁸⁸

Podemos identificar, de esta manera, tres etapas fundamentales del derecho penal internacional. La primera corresponde a la época inmediata posterior a la culminación de la Segunda Guerra Mundial y que tiene el mérito de introducir el fenómeno de la internacionalización de la responsabilidad penal de los individuos, aunque como parte de la victoria de los aliados sobre Alemania; la segunda, al final de la Guerra Fría y comienzos de la década de los noventa con las masacres en Ruanda y la ex-Yugoslavia y la consiguiente aparición de tribunales internacionales de competencia y atribuciones limitadas pero cuya labor consolidó la visión del individuo como centro de imputación de responsabilidad penal en la esfera del derecho internacional; y, en tercer lugar, la instaurada por medio del Estatuto de Roma que desde su entrada en vigor tiende a la universalización del castigo de los delitos internacionales.

El sistema teórico penal internacional dedicado a castigar la actuación antijurídica del individuo a su vez nace del convencimiento

¹⁸⁶ Tribunal creado por el Consejo de Seguridad mediante la resolución 827 (1993) para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas a partir de 1991 en el territorio de la ex-Yugoslavia.

¹⁸⁷ Este tribunal también fue creado por el Consejo de Seguridad por medio de la resolución 955 (1994) para juzgar, según el artículo primero de su Estatuto, las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en territorio ruandés, así como a los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.

¹⁸⁸ La Corte Penal Internacional se inicia con el Estatuto de Roma que entra en vigor el 1 de julio de 2002.

cada vez mayor de la subjetividad internacional de la persona humana, idea que es fruto de la tendencia hacia la heterogeneidad de los sujetos que conviven en el seno de la comunidad internacional. La premisa de la que parte el derecho penal internacional es la misma de la que parte la propia dogmática penal, la cual se centra en la responsabilidad individual *strictu sensu*,¹⁸⁹ descartando la de la persona jurídica y, específicamente, la de la empresa multinacional (*societas delinquere non potest*). No obstante, existe un sector de la doctrina que cuestiona tal afirmación.¹⁹⁰

Ahora bien, ¿cómo afrontar la criminalidad organizada de una empresa multinacional que es *per se* un manojito de relaciones institucionales económicas desbordante, mediante premisas basadas en la responsabilidad del individuo? Asimismo, ¿cuáles son los motivos por los que una empresa internacional se involucraría con la comisión de uno o varios crímenes internacionales?

En relación con la primera pregunta, estamos ante un problema de suma complejidad, lo que se revela en el hecho de los límites en la labor de investigación y la dificultad en el castigo de los individuos en tales casos.¹⁹¹ La estructura empresarial reta los principios en los que se encuentra sustentado el derecho penal internacional. Los actores individuales pueden comúnmente contribuir al *decision-making process* de la empresa, sin que por ello tengan el conocimiento completo de su ejecución. En segundo lugar, evidentemente, ninguna decisión corporativa y sus resultados es adjudicable a un único individuo.¹⁹² Lo cierto es que la estructura empresarial se revela como un mecanismo que puede facilitar la perpetración de

¹⁸⁹ Los crímenes internacionales pueden ser cometidos tanto por agentes estatales como por miembros de la sociedad civil.

¹⁹⁰ En contra: ZÚÑIGA, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica*. 2.ª ed. Navarra: Thomson, 2003.

¹⁹¹ Cf. JESSBERGER, Florian y Julia GENEUSS. «Introduction (to Special Issue Transnational Business and International Criminal Law)». *Journal of International Criminal Justice* (JICJ), vol. 8, n.º 3, 2010, p. 695.

¹⁹² Cf. KYRIAKAKIS, Joanna. «Australian Prosecution of Corporations for International Crimes. The Potential of the Commonwealth Criminal Code». *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n.º 4, 2007, p. 824.

crímenes de semejante naturaleza, así como eximir de responsabilidad a los individuos.

En cuanto a las motivaciones, estas pueden ser ciertamente diversas.¹⁹³ Las principales son de índole comercial o financiera bajo la lógica de una maximización de beneficios. Ahora bien, no se descarta la existencia de otros motivos como la afiliación a un partido político de los agentes que conforman el directorio o gerencia de la empresa multinacional o, incluso, de sus propios empleados.

a) Los juicios de Núremberg y la Control Council Law n.º 10

Luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial, y producto del deseo de los aliados de investigar, procesar y castigar a los criminales de guerra nazis, se redactaron los Estatutos del Tribunal Militar Internacional para el procesamiento y el castigo de los mayores criminales de guerra del Eje europeo (Tribunal de Núremberg) y anexos a los Acuerdos de Londres del 8 de octubre de 1945.¹⁹⁴ En la misma sede se celebraron otros doce juicios¹⁹⁵ por autoridades de Estados Unidos bajo la Control Council Law n.º 10.¹⁹⁶ Bajo la

¹⁹³ Cf. HUISMAN, Wim y Eliesvan SLIEDREGT. «Dutch Businessmen, International Crimes and Corporate Complicity». *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, n.º 3, 2010, pp. 818-819.

¹⁹⁴ Cf. GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. «La relación entre el derecho internacional humanitario y los tribunales penales internacionales». *International Review of the Red Cross*, n.º 861, 2006, p. 2.

¹⁹⁵ Tribunales Militares de Núremberg. Juicios de criminales de guerra bajo la Control Council Law n.º 10. Prefacio Común. Los casos fueron los siguientes: 1. Von Weizsaecker, 2. Field Marshals von Leeb, 3. List, 4. Von Kuechler, 5. Ohlendorf, 6. Pohl, 7. Hildebrandt, 8. Flick, 9. Alfried Krupp, 10. Farben, 11. Gerhard Rose, 12. Schlegelberger.

¹⁹⁶ Además del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, los Aliados también realizaron sus propios juicios de «segundo nivel» en sus respectivas zonas de ocupación. Esto fue posible gracias a la creación de la Control Council Law n.º 10, que fue aprobada poco después de la apertura del Tribunal de Núremberg, el 20 de diciembre de 1945, por el Consejo de Control Aliado, autoridad de la ocupación militar en Alemania. Fue pensado para facultar a cualquiera de las potencias ocupantes a juzgar a los criminales de guerra en sus propias zonas, lo que engendró los resultantes doce juicios estadounidenses, que han pasado a ser conocidos como los posteriores juicios de Nú-

sombra de ella fueron juzgados diplomáticos y políticos, líderes militares, líderes de las SS, destacados profesionales y empresarios.¹⁹⁷

Los *industrial cases* relativos al régimen nazi juegan un rol decisivo en el análisis jurídico sobre la adjudicación de responsabilidad a la participación de los agentes pertenecientes al universo empresarial en crímenes internacionales.¹⁹⁸ El Tribunal no tiene competencia para atribuir responsabilidad a las empresas (*corporate liability*), sino que su jurisdicción descansa exclusivamente sobre los individuos (*individual liability*).¹⁹⁹ A pesar de que tales empresas hayan solamente contribuido y no ejecutado directamente los crímenes internacionales, esto no significa que sus agentes estuviesen libres de responsabilidad:

Aquellos que ejecutan el plan no eluden su responsabilidad demostrando que actuaron bajo la dirección de la persona que lo concibió [...] Esa persona tuvo que contar con la colaboración de políticos, líderes militares, diplomáticos y empresarios. Cuando estos, con el conocimiento de sus propósitos, le dieron su cooperación a esta persona, ellos mismos se hicieron parte en el plan que aquel había iniciado. No se ha de considerar inocente [...] si sabían qué es lo que estaban haciendo.²⁰⁰
(Las cursivas y la traducción son nuestras)

Es a partir de los juicios de Núremberg que se desarrolla la teoría de la *complicity corporative* que se expresa en dos afirmaciones del párrafo citado. La primera, que el empresario cuente con el conocimiento de los objetivos de quienes quieren cometer los crímenes internacionales y; la segunda, que exista cooperación en al-

remberg. Página oficial de The Wiener Library for the Study of the Holocaust and Genocide. Disponible en: <<http://www.wienerlibrary.co.uk/wls/stories/postwartrials/subsequentnurembergtrials.aspx>>.

¹⁹⁷ Cf. *ib.*

¹⁹⁸ Cf. JESSBERGER, Florian y Julia Geneuss. *Ob. cit.*, p. 695.

¹⁹⁹ Cf. SLAWOTSKY, Joel. «Corporate Liability in Alien Tort Litigation». *Virginia Journal of International Law*, vol. 1, 2011, p. 31.

²⁰⁰ Tribunales Militares de Núremberg. Juicios de criminales de guerra, 6 Federal Rules Decisions (F.R.D.), caso *Goering*, 1 de octubre de 1946, p. 58. Disponible en: <<http://werle.rewi.hu-berlin.de/IMTJudgment.pdf>>.

gún grado en la comisión del ilícito. Los casos que presentaremos a continuación —*Alfried Krupp, IG Farben, Flick y Zyklon B*— muestran la aplicación de la teoría de la *complicity corporative*, los cuales influirán en el desarrollo posterior del tratamiento de la actividad empresarial multinacional ante el derecho penal internacional.

Caso Alfried Krupp

Alfried Krupp (1907-1967) fue un personaje que perteneció a una familia de empresarios alemanes que se avocaron al desarrollo de la industria del acero.²⁰¹ Krupp, junto con otros colaboradores, contribuyó a la explotación del material bélico y de los recursos humanos de aquellos países que iban siendo ocupados por el Tercer Reich.²⁰² Fue juzgado, entre otros cargos, por crímenes de lesa humanidad, los cuales se cometieron por órdenes del *Vorstand* y el *Direktorium* de su empresa Fried. Krupp, Essen. El siguiente párrafo describe lo dicho:

Las penas, tortura y abuso, incluidas palizas crueles, fueron infligidos a menudo por personas bajo la supervisión y control de los acusados, y, a veces, por medio de un equipo especial de tortura, ordenado y fabricado por Krupp para ese propósito; Krupp autorizó a su policía de planta a imponer castigos. Diversos delitos de violencia, cometidos por empleados de Krupp en contra de las personas de los trabajadores extranjeros, prisioneros de guerra y los reclusos de campos de concentración,

²⁰¹ Cf. Tribunales Militares de Núremberg. Juicios de criminales de guerra bajo la Control Council Law n.º 10, *Caso Krupp*, vol. IX (The Green Series), 31 de julio de 1948, p. 20. Como indica el Tribunal, el negocio familiar de los Krupp comienza en 1812 con el nombre *Fried. Krupp* en la cuenca del río Ruhr. En 1903, la empresa es transformada en la corporación *Fried. Krupp A.G., Essen*; y, en 1943, en virtud de un decreto expedido por Hitler, perdió la calidad corporativa denominándose desde ese momento *Fried. Krupp, Essen*. Alfried tomó las riendas de la empresa a partir de 1942.

²⁰² Cf. *ib.*, p. 100. Se señala lo siguiente: «The close connection between Krupp and Hitler was utilized to secure the exploitation of the material resources and labor of the occupied countries in the manufacture of munitions with a view to the ultimate aggrandizement of Krupp».

tuvieron lugar en Essen, incluidos asesinatos, tiroteos y golpizas brutales.²⁰³ (Las cursivas y la traducción son nuestras)

En ese sentido, quienes ejercen el control de la empresa lo hacen por medio de una estructura empresarial compleja que puede albergar, incluso en su interior, órganos destinados específicamente a la creación de equipos especiales para la tortura o para infligir violencia, lo que determina delitos que pueden fácilmente recibir la calificación de internacionales.

Caso IG. Farben

A la industria del acero de Krupp, se le suma la industria químico-farmacéutica IG. Farben, denominada en el caso *Kiobel*²⁰⁴ la más «nefasta empresa corporativa en el mundo civilizado».²⁰⁵ El fiscal la caracterizó como «un Estado dentro de un Estado»,²⁰⁶ al contar con 400 participaciones en firmas alemanas y 500 en firmas extranjeras, y con un número de *stockholders* cercanos al medio millón.²⁰⁷ Evidentemente, una firma de semejante magnitud requería necesariamente un intrincado y exhaustivo plan de gestión empresarial (*corporate management*).²⁰⁸ La vastedad del imperio Farben y su expansión sirvieron de base para que los acusados del caso participaran en la planificación, preparación, iniciación y ejecución de crímenes en violación del derecho internacional.²⁰⁹ Como señala la propia sentencia:

Todos los acusados, *actuando a través de la instrumentalidad de Farben [...] participaron como líderes, organizadores, instigadores y cómplices en la formulación y ejecución de un plan común [...]* que implicaba la co-

²⁰³ Ib., p. 32.

²⁰⁴ Cf. SLAWOTSKY, JOEL. Ob. cit., p. 28.

²⁰⁵ Ib., p. 31.

²⁰⁶ Tribunales Militares de Núremberg. Juicios de criminales de guerra bajo la Control Council Law n.º 10, caso *IG Farben*, vol. VIII (The Green Series), 30 de julio de 1948, p. 1086.

²⁰⁷ Cf. ib., p. 1086.

²⁰⁸ Cf. ib., p. 1086.

²⁰⁹ Cf. Ib., p. 1086.

misión de crímenes contra la paz, [incluidos los actos que constituyen crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, cometidos como parte integral de estos crímenes contra la paz] como se define en la Control Council Law N.º 10, y son *individualmente responsables por sus propios actos* y por todos los actos cometidos por cualquier persona en la ejecución de dicho plan común o conspiración.²¹⁰ (Las cursivas y la traducción son nuestras).

Dado que la competencia jurisdiccional se limita a evaluar la responsabilidad de los individuos, el párrafo citado remarca el carácter instrumental de la empresa Farben, por lo que nuevamente se insiste en descartar su imputabilidad como agente de responsabilidad penal. En esa tónica, las diversas imputaciones apuntan a señalar que mientras mayor sea el tamaño de una empresa multinacional, más lejana es la posibilidad de que el crimen pueda ejecutarlo una única persona.

Caso Friedrich Flick y Zyklon B

Otros casos que se pueden considerar, al respecto, son los de *Friedrich Flick*²¹¹ y el de *Zyklon B*.²¹² El primero, miembro del partido nazi y propietario de un impresionante conglomerado de industrias del carbón y del acero, fue condenado —junto con otros acusados— por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra al colaborar con el plan nacionalsocialista sobre la esclavitud, por medio del traslado y sometimiento, en condiciones infrahumanas y en dimensiones gigantescas, de la población de los países que se encontraban bajo la ocupación alemana.²¹³

²¹⁰ *Ib.*, p. 1087.

²¹¹ Cf. Tribunales Militares de Núremberg. Juicios de criminales de guerra bajo la Control Council Law n.º 10. *Caso Flick*, vol. VI (The Green Series), 22 de diciembre de 1947, p. 11.

²¹² Cf. Tribunales Militares de Núremberg (Corte Militar Británica). *Caso Zyklon B*, n.º 9, 1-8 de marzo de 1946. Disponible en: <http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1946.03.08_United_Kingdom_v_Tesch.pdf>.

²¹³ Cf. *ib.*, p. 13.

Al igual que el caso *Krupp*, las industrias Flick fueron una pieza fundamental para la comisión de crímenes internacionales dentro de los campos de concentración nazi, herramienta tristemente célebre de exterminio. El otro caso importante es el de *Zyklon B* que trata sobre Bruno Tesch, único propietario de la firma Tesch and Stabenow, a quien se le condenó por haber contribuido comercialmente a proveer, con conocimiento de causa, el gas letal Zyklon B que se usó en el campo de concentración en Auschwitz.

b) Los Tribunales Ad Hoc: TPIR y el TPIY

*El Tribunal Penal Internacional de Ruanda:
los casos Musema y Nahimana*

Como parte de los encendidos conflictos interétnicos entre hutus y tutsis en el territorio de Ruanda, las industrias o empresas fueron utilizadas como «armas» destinadas a la comisión de crímenes de lesa humanidad y genocidio, como lo demuestran, en primer lugar, los casos *Musema* y *Nahimana* ante el TPIR.

Alfred Musema fue director de la fábrica de té de Gisovu localizada en la prefectura de Kibuye, la cual tuvo una estrecha relación comercial con el mercado de té londinense.²¹⁴ La importancia de la fábrica fue ampliándose por la pobreza de la región, haciendo posible que la influencia de Musema no se limitara únicamente a sus empleados, sino que se extendiera también sobre las autoridades de la comunidad.²¹⁵ La condena por genocidio y crímenes de lesa humanidad ante el TPIR, el 27 de enero de 2000, no estuvo directamente relacionada con el objeto social de la empresa, sino con los actos cometidos por sus empleados, quienes mediante el uso de camiones de la fábrica realizaron bloqueos de carretera y atentaron contra la población tutsi. En este sentido, la sentencia de primera instancia señaló que «Musema ejercía autoridad *de jure* y *de facto* sobre los

²¹⁴ Cf. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *El Fiscal vs. Musema*, sentencia ICTR9613I, del 27 de enero de 2000, párrafo 13.

²¹⁵ Cf. *ib.*, párrafo 873.

empleados de la fábrica en su capacidad oficial como director de la fábrica de té».²¹⁶

El segundo caso, también ante el TPIR, es el de Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza y Hassan Ngzese²¹⁷ del 3 de diciembre de 2003. El primero y el segundo fueron fundadores de Radio Televisión Libre Milles Collines (RTL) e integraron su comité de iniciativa —lo que vendría a ser su consejo directivo—; el tercero fundó *Kangura*, diario conocido tanto nacional como internacionalmente,²¹⁸ del cual era editor jefe.²¹⁹ Aquí estamos ante dos empresas del rubro de la comunicación que jugaron un papel fundamental, pero lamentable, en la realización de uno de los mayores genocidios del siglo XX. Las transmisiones de la RTL jugaron un importante rol en la vida cotidiana de los ruandeses.²²⁰ Promovieron el odio a la población tutsi a la que denominaban *inyenzi inkotanyi*²²¹ —entre otros calificativos— haciendo un llamado, directo o indirecto, a su exterminio. De la misma manera, el diario *Kangura* por medio de sus editoriales, artículos y portadas invocaba a tomar las medidas necesarias para frenar a los tutsis. Los acusados fueron declarados culpables de genocidio, incitación directa y pública a cometer genocidio, conspiración para cometer genocidio y exterminio y persecución como crímenes de lesa humanidad.²²²

Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia: la construcción de la teoría de la empresa criminal conjunta

Respecto a la ex-Yugoslavia, la sentencia contra Blagojević y Jokić referida al «traslado forzoso de mujeres y niños de Srebrenica al

²¹⁶ Ib., párrafo 878.

²¹⁷ Cf. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *El Fiscal vs. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza y Hassan Ngzese*, sentencia ICTR9952A, 3 de diciembre de 2003.

²¹⁸ Cf. ib., párrafo 122.

²¹⁹ Cf. ib., párrafo 123.

²²⁰ Cf. ib., párrafo 342.

²²¹ Cf. ib., párrafo 358.

²²² Cf. ib., párrafo 1096.

enclave de Kladanj del 12 y 13 de julio de 1995, así como su captura, detención y ejecución sumaria»²²³ nos permite profundizar en la teoría de la empresa criminal conjunta (ECC) —ya planteada desde el caso *Tadić*—.

En la primera, todos los autores actúan conforme a un propósito común y poseen la misma intención criminal, aunque pueden desempeñar papeles distintos para la realización del crimen.²²⁴ La segunda, aplicada en la jurisprudencia al caso de los campos de concentración, es semejante a la anterior aunque con un mayor nivel de organización, y el agente cuenta con el conocimiento del carácter «sistémico» de la ECC (*mens rea*), así como un rol más activo en su funcionamiento (*actus reus*). El hecho de que un individuo ocupe el más alto rango dentro de la ECC —por ejemplo, el *Direktorium* de la industria Krupp— indica con mayor contundencia la conciencia de la finalidad común y la intención de participar en esta.²²⁵ La tercera permite la condena de los agentes por los delitos cometidos por otros participantes, incluso si su comisión no era parte del plan de la ECC siempre que, en las circunstancias del caso, sea previsible que se pudiera cometer el delito por uno o más miembros del grupo y el acusado haya asumido voluntariamente el riesgo.

La teoría de la ECC puede ser trasladable en sus tres hipótesis al contexto específico de una compañía o empresa multinacional, cualquiera sea su objeto social. Finalmente, nos parece que no altera el sistema de responsabilidad individual del derecho penal internacional.²²⁶

El Tribunal Especial para Sierra Leona: Charles Taylor

En relación con los tribunales mixtos, destaca el caso de Charles Taylor, expresidente de Liberia que suministró armas y dinero al Frente Revolucionario Unido (FRU) en el conflicto armado interno

²²³ Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. *El Fiscal vs. Vidoch Blagojević y Dragan Jokić*, sentencia IT-02-60-T, 17 de enero de 2005, párrafo 2.

²²⁴ Cf. Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. *El Fiscal vs. Tadić*, sentencia de apelación IT-94-1-A-AR77, 27 de febrero de 2001, párrafo 196.

²²⁵ Cf. *ib.*, párrafo 202-203.

²²⁶ Cf. *ib.*, párrafo 220, 226.

en Sierra Leona, a cambio de la ocupación de zonas diamantíferas y la consecuente extracción y entrega de diamantes sangrientos (*blood diamonds*).²²⁷ Tal actividad se llevó a cabo por los propios miembros de la milicia —aunque es de destacar la participación de ASA DIAM Diamond Company en esta labor, representada por Nassour Azziz,²²⁸ así como de la propia ciudadanía, por medio de la esclavitud en los distritos de Kenema y Kono—.

Ahora bien, también es importante enfatizar la presencia de la Oriental Timber Company (OTC) dedicada al comercio y exportación de la madera y que estuvo implicada con el transporte de armas al FRU en Sierra Leona. Ante tales hechos, podemos señalar que la venta de los recursos minerales (oro, diamantes y hierro) como de los recursos forestales constituyeron las principales fuentes de ingresos para el avivamiento y sostenimiento del conflicto.²²⁹

Todos los casos hasta aquí vistos refuerzan la afirmación que son los propios individuos quienes al interior o por medio de una estructura empresarial pueden cometer crímenes internacionales. En el plano jurisprudencial, a diferencia de los casos *Flick* y *Krupp*, los casos *Musema*, *Nahimana* y *Taylor* demuestran que incluso empresas no vinculadas directamente con la industria bélica —por ejemplo, las compañías de comunicación, las industrias dedicadas a la extracción de los recursos forestales, entre otras— pueden igualmente emplearse para propósitos criminales. De ahí la importancia de la implementación del derecho penal internacional en el derecho interno de cada uno de los Estados como un modo efectivo de evitar la comisión de tales delitos, como es ejemplo el caso australiano.

²²⁷ Cf. Tribunal Especial para Sierra Leona. *El Fiscal vs. Charles Ghankay Taylor*, sentencia SCSL-03-01-T, 18 de mayo de 2012, párrafo 4060.

²²⁸ Cf. *ib.*, párrafo 6079.

²²⁹ Por ejemplo, destaca el caso de 157 corporaciones en la República Democrática del Congo envueltas en la extracción ilegal de recursos naturales, actividad que permitió sostener a los grupos rebeldes en el abastecimiento de armas y en la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad. Cf. HUISMAN, Wim y Elies van SLIEDREGT. *Ob. cit.*, p. 803.

c) *La Corte Penal Internacional y los Principios de Ruggie sobre responsabilidad penal internacional*

Cabe ahora explorar el desarrollo del derecho penal internacional, con el enfoque puesto en empresas multinacionales, a partir de los principios de Ruggie, la jurisprudencia de la CPI y las aproximaciones de comisiones de la verdad y reconciliación en Sudáfrica y Timor-Leste.

En relación con lo primero, el «Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas» indica, en el primer principio fundacional, que los Estados, como parte de su deber de proteger a su población ante las violaciones de derechos humanos, deben investigar, castigar y reparar los abusos realizados por terceros, como pueden ser las empresas.²³⁰ El Estado tiene, entonces, el deber de sancionar penalmente todo tipo de actividad ilícita, incluso, aquella que provenga de una organización empresarial. Por otra parte, atendiendo a que las empresas deben respetar los derechos humanos también en las zonas afectadas por conflictos, el Estado tiene, a su vez, el deber de actuar por medio de una serie de disposiciones que impliquen responsabilidad civil, administrativa o penal de las empresas domiciliadas u operativas en su territorio y/o jurisdicción.²³¹ En ese sentido, la obligación planteada en el primer principio fundacional se mantiene en el caso de conflictos armados.

Respecto al caso *Lubanga*²³² ante la CPI, es importante destacar que la violencia generada en el conflicto interétnico Hema-Lendu fue inicialmente motivada por razones económicas.²³³ Al respecto, el entonces fiscal de la CPI, Moreno Ocampo, había señalado que «[...] various reports have pointed to links between the activities of some African, European and Middle Eastern companies and the

²³⁰ Cf. Principios Rectores. Ob. cit., principio 1.

²³¹ Cf. ib., principio 7.

²³² El único caso al respecto que tenemos con sentencia es el relativo a la situación de la República Democrática del Congo en *El Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyigo*. ICC- 01/04-01/06, 14 de marzo de 2012.

²³³ Cf. ib., párrafo 72.

atrocities taking place in the Democratic Republic of Congo».²³⁴ Aunque la Corte no se pronunció sobre una posible responsabilidad penal de las empresas, ello no fue obstáculo para que explorara la situación de la zona de Ituri, fértil en recursos naturales, sometida a explotación por empresas multinacionales que se beneficiaron de la extracción de coltán, oro, diamantes, entre otros.²³⁵ En este sentido, la continuación del conflicto se explicó sobre la base de la disponibilidad de recursos financieros por el Ejército Patriótico Ruandés y el surgimiento de redes ilegales dirigidas, ya sea por los altos mandos militares u hombres de negocios.²³⁶

Hasta el momento, aún no tenemos un caso juzgado²³⁷ ante la CPI que esté directamente vinculado con la actividad empresarial multinacional. Aunque ello no es obstáculo para profundizar en relación con la temática de la responsabilidad individual dentro del contexto de una empresa multinacional. En primer lugar, en los comentarios de la «Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la esfera de los Derechos Humanos» se afirma que las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, así como las personas que las integran —ejecutivos, contratistas, trabajadores, subcontratistas, entre otros—, deberán observar el Estatuto de Roma. En esta línea, el

²³⁴ Citado por STEWART, James. «Lubanga Decision Roundtable: Lubanga in Context». Consulta hecha el 11 de octubre de 2012. Disponible en: <<http://opiniojuris.org/2012/03/18/lubanga-decision-roundtable-lubanga-in-context/>>.

²³⁵ Cabe destacar los anexos del *Report of the Panel of Experts on the Illegal Exploitation of Natural Resources and Other Forms of Wealth of the Democratic Republic of the Congo*, informe que envía Koffi Annan al presidente del Consejo de Seguridad el 12 de abril de 2001, y que menciona a las empresas que importan minerales por intermedio de Ruanda. Disponible en: <<http://www.un.org/News/dh/latest/drcongo.htm>>.

²³⁶ Cf. ib., párrafo 7. Otro estudio que muestra en profundidad la actividad de las empresas y el conflicto en la República Democrática del Congo es el siguiente: *The Work of the UN Panel of Experts on the Illegal Exploitation of Natural Resources and Other Forms of Wealth of the Democratic Republic of Congo and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Unanswered questions. Companies, conflict and the Democratic Republic of Congo*, mayo 2004. Disponible en: <http://raid-uk.org/docs/UN_Panel_DRC/Unanswered_Questions_Full.pdf>.

²³⁷ Cf. Corte Penal Internacional. *El Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyigo*. ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012.

Estatuto consagra cuatro delitos en su artículo 5 —los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y el crimen de agresión—²³⁸ que califican de internacionales, dada su gravedad y trascendencia para la comunidad internacional. Solo podría, por tanto, ser responsable el individuo por tales delitos.

Ahora bien, la CPI no adjudica responsabilidad penal a las empresas multinacionales,²³⁹ de ser así iría en contra de los principios del derecho penal internacional que postulan la atribución de responsabilidad al individuo como se deriva del artículo 25 del Estatuto de Roma. Ante ello, es preciso saber que la contribución de las empresas multinacionales no es propiamente en la ejecución del crimen internacional (artículo 25.3.b). En cambio, sí son más numerosos los casos de complicidad²⁴⁰ al constituir una fuente de financiamiento o sostenimiento (como se ha visto en los casos *Musema* y *Taylor*) de crímenes internacionales, siendo aplicables los artículos 25.3.c y 25.3.d del Estatuto de Roma. En esta línea, en el «Informe Ruggie»,²⁴¹ se

²³⁸ Entre el 31 de mayo y el 11 de junio de 2010, se realizó la primera conferencia de Revisión del Estatuto de la CPI, en Kampala (Uganda). Uno de los principales temas que se abordó en aquella reunión fue la adopción de la definición del crimen de agresión y las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción de la CPI. Para que la Corte pueda ejercer su competencia respecto del crimen de agresión será necesario que los Estados miembros, por la misma mayoría de Estados partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto, decidan (afirmativamente) tal supuesto después del 1 de enero de 2017. Cf. SALMÓN, Elizabeth. *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los estados y lucha contra la impunidad*. Lima: IDEHPUCP, 2011, pp. 30 -33.

²³⁹ Cf. CLAPHAM, Andrew. «Extending International Criminal Law beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups». *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n.º 4, 2008, pp. 905-906. Se apuesta por una responsabilidad civil de las empresas multinacionales como sucede, en Estados Unidos, con el caso de la Alien Tort Claims Act (ACTA), el cual confiere a las cortes de los distritos federales jurisdicción sobre las acciones civiles de personas extranjeras por los daños cometidos en violación de la «ley de las naciones». Para demostrar que una corporación o una empresa multinacional ha cometido una violación del derecho internacional será necesario demostrar que hubo un cierto grado de acción del Estado o que la empresa actuó bajo el color de la «ley».

²⁴⁰ Cf. HUISMAN, Wim y Eliesvan SLIEDREGT. Ob. cit., p. 816.

²⁴¹ Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar'. Doc. ONU A/HRC/17/31, marzo de 2011.

hace referencia a la complicidad desde el punto de vista del derecho penal internacional como «[...] la asistencia práctica prestada a sabiendas en la comisión de un delito o la incitación con efectos relevantes sobre la comisión del mismo».²⁴² Debemos mencionar que estos artículos no estipulan específicamente que la asistencia deba ser «sustancial» para que constituya complicidad. Por otra parte, se indica que la contribución debe ser intencional, lo que hace que el estándar sea más estricto que el del TPIR que se inclina por el conocimiento. En segundo lugar, los artículos permiten el enjuiciamiento de un individuo sobre la base de haber actuado por medio de una entidad corporativa para cometer un crimen internacional.²⁴³

Estas dos características amplían el horizonte de la responsabilidad penal individual y, por lo tanto, la capacidad de estos principios para hacer frente a los crímenes internacionales en complicidad de agentes pertenecientes a una empresa multinacional. Sin embargo, subsiste la crítica de que la responsabilidad individual sola no es suficiente para abordar el problema del comportamiento empresarial en los crímenes internacionales. Y ello sobre la base del hecho de que el crimen corporativo no siempre puede ser reducido a un solo actor.²⁴⁴

No obstante lo dicho, es necesario distinguir la complicidad —que constituye una forma de involucramiento que acarrea responsabilidad penal— del supuesto en el que la empresa recibe beneficios a raíz de la comisión de un crimen internacional o de aquella otra hipótesis en la que la empresa simplemente no muestra sino un silencio aprobatorio cuando se ejecutan tales delitos —como en el caso de IBM o Ford frente al *apartheid* en Sudáfrica—. ²⁴⁵ Respecto al *involvement beneficial* —como la represión policial violenta de protestas dirigidas contra la actividad de las empresas multinacionales, que podría conducir a la materialización de un crimen como el de lesa humanidad—, es importante considerar que el hecho de que una empresa se beneficie del crimen no necesariamente impli-

²⁴² Ib., pp. 12-13.

²⁴³ Cf. KYRIAKAKIS, Joanna. Ob. cit., p. 824.

²⁴⁴ Ib.

²⁴⁵ Cf. HUISMAN, Wim y Elies van SLIEDREGT. Op. cit., p. 817.

ca una participación empresarial directa en la comisión del hecho delictuoso.²⁴⁶ Sin embargo, es preciso mencionar que los informes finales de las Comisiones de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica y Timor-Leste demuestran que la actividad empresarial puede, con el objetivo de beneficiarse económicamente, prolongar la situación en la que se suscita la comisión de crímenes internacionales.²⁴⁷ Las empresas que contribuyeron a tales escenarios deberían, en opinión de ambas comisiones, contribuir a la reparación de las víctimas.²⁴⁸ La jurisprudencia penal internacional, desde Núremberg hasta la fecha, se cimenta en el principio de la responsabilidad individual, aun en el caso de empresas multinacionales involucradas en la comisión de crímenes internacionales. No obstante, existe una tendencia a no desconocer que las empresas pueden participar en la realización de tales ilícitos. Lo que ciertamente se comprueba es que existe una gran dificultad al momento de determinar la respon-

²⁴⁶ Cf. *ib.*, p. 817.

²⁴⁷ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN DE SUDÁFRICA. *Informe Final*, vol. VI: «Reparaciones y el sector empresarial», sección II, cap. 5, p. 140, párrafo 3. Disponible en: <<http://www.info.gov.za/otherdocs/2003/trc/rep.pdf>>. El informe menciona una serie de beneficios que obtenían varias empresas, producto del *apartheid* y que alimentaban la prolongación de la situación: «a) White owned large-scale agricultural, farming and agri-business enterprises benefited from the colonial-era restrictions on black land ownership that were maintained during apartheid, and the extremely low wages such enterprises were able to pay to the landless, b) Those enterprises involved in extracting and exploiting the mineral wealth of the country benefited from the provision of a relatively cheap migratory labor force [...], e) The arms industry benefited substantially from the military requirements of the apartheid regime, which resulted from its internal repression and external destabilization».

²⁴⁸ Cf. *ib.*, párrafo 14. La Comisión señaló que: «[...] reiterates its finding that business benefited substantially during the apartheid era either through commission or omission and has, at the very least, a moral obligation to assist in the reconstruction and development of post-apartheid South Africa through active reparative measures». También cabe citar las recomendaciones del *Informe Final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en Timor-Leste que en su recomendación 1.8 indica que: «Business corporations which profited from the sale of weapons to Indonesia during the occupation of Timor-Leste and particularly those whose material was used in Timor-Leste contribute to the reparations programme for victims of human rights violations». Disponible en: <<http://www.etan.org/etanpdf/2006/CAVR/11-Recommendations.pdf>>.

sabilidad penal en el seno de una empresa multinacional al superar las fronteras estatales y poseer estructuras corporativas de suma complejidad. El Estatuto de Roma se basa en el principio de responsabilidad penal individual y es a partir de él que se debe afrontar la criminalidad internacional mediante o con la colaboración de empresas multinacionales, lo cual va a suponer un reto a futuro de aplicación para la CPI.

Adicionalmente, de modo independiente a su objeto social, la jurisprudencia demuestra que las empresas multinacionales pueden llegar a constituir instrumentos de suma utilidad, bien para la comisión de delitos internacionales, o bien para la prolongación de situaciones conflictivas que dan origen a tales ilícitos, dado que pueden resultar altamente beneficiosas, en términos económicos, para las empresas. En este contexto, las empresas deberían comprometerse en la reparación de las víctimas de los crímenes dado que si bien su participación no involucra la comisión directa de los delitos, sin su presencia no sería posible su comisión.

CAPÍTULO 3

LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES: UN CAMINO EN CONSTRUCCIÓN

La debilidad normativa que verificamos en materia de derechos humanos y empresas viene aparejada por una debilidad también institucional que se refleja en la escasez de mecanismos de control. En este capítulo presentamos, por un lado, la incipiente inserción de los derechos humanos en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y, por otro, los esfuerzos de las jurisdicciones nacionales por abarcar el tema en su función tuitiva. Ciertamente, asistimos al inicio de un camino que tendrá que fortalecerse en los años venideros. Esto, sin embargo, no será posible si no se conoce y recurre a ellos para ejercer una suerte de vigilancia ciudadana.

3.1. Los derechos humanos en el marco de la Organización Mundial del Comercio

En este apartado abordaremos ciertos aspectos vinculados a la OMC y a su relación con los derechos humanos. En primera instancia, la OMC, sucesora de la General Agreement on Tariffs and Trade (GATT, por sus siglas en inglés), fue establecida en 1995 durante las rondas de negociaciones llevadas a cabo en Uruguay con la finalidad de sustituir y ampliar los acuerdos entonces en vigor sobre diversos temas de comercio internacional. En tal sentido, conforme con lo estipulado en el Acuerdo por el cual se establece la OMC, el objetivo principal de esta organización es:

[...] desarrollar un sistema multilateral de comercio integrado, más viable y duradero que abarque el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, los resultados de anteriores esfuerzos de liberalización del comercio y los resultados integrales de las Negociaciones Comerciales Multilaterales de la Ronda Uruguay.¹

Ahora bien, la OMC tiene a su cargo una serie de acuerdos internacionales que pueden dividirse en las siguientes tres categorías: comercio de bienes, comercio de servicios y propiedad intelectual.

Asimismo, todos estos acuerdos están inspirados en principios fundamentales que son la base del sistema multilateral del comercio. El primero de ellos es «el trato a la nación más favorecida», en virtud del cual los Estados no pueden establecer discriminaciones entre sus interlocutores comerciales y, si se conceden ventajas especiales a unos, estas deberán aplicarse a todos los miembros de la OMC. El segundo es «el trato nacional», por el cual se da a los demás Estados miembros el mismo trato que a los nacionales, es decir, las mercancías importadas y las producidas en el Estado deben recibir el mismo trato —al menos— después de que las mercancías extranjeras hayan entrado en el mercado. El tercer principio está vinculado con la reducción de los obstáculos y la liberalización gradual como medio para alentar el comercio. El cuarto principio se encuentra relacionado con la «transparencia, previsibilidad y estabilidad» que los Estados deben fomentar en el entorno comercial. Finalmente, la promoción de una competencia desleal es un principio que se manifiesta en la imposición de derechos *antidumping* y compensatorios con respecto a dos formas de competencia desleal: el *dumping* y las subvenciones, respectivamente.²

¹ Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, adoptado el 15 de abril de 1994, entrada en vigor el 1 de enero de 1995. Disponible en: <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/04-wto.pdf>.

² Cf. «Entender la OMC: información básica sobre los principios del sistema de comercio». Disponible en: <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm#top>.

En este contexto, se ha creado un sistema de solución de diferencias³ a cargo del Órgano de Solución de Diferencias (OSD), al cual los Estados acuden cuando observan infracciones de las normas de la OMC. En primera instancia, las partes procurarán arreglar las diferencias por medio de negociaciones; si estas fallan, se establecerá un grupo especial para que brinde ayuda al OSD dictando resoluciones o haciendo recomendaciones.⁴ Luego, cualquiera de las dos partes puede apelar la decisión basándose en cuestiones de derecho.⁵ El Órgano de Apelaciones podrá confirmar, modificar o revocar la decisión del grupo especial. Posteriormente, el Estado demandado perdedor deberá adecuar su política de conformidad con la resolución o recomendación; de no hacerlo, el Estado demandante tendrá el derecho de imponer sanciones comerciales contra el Estado demandado.⁶

El sistema de solución de diferencias ofrecido por la OMC es considerado uno de los mecanismos más atractivos a nivel internacional y constituye, en opinión de numerosos juristas, uno de los mecanismos interestatales más activos en el plano internacional,⁷ debido a la facilidad para activar el sistema y a la celeridad con la cual el juez de la OMC se pronuncia.⁸ Asimismo, la posibilidad de accionar contramedidas o represalias en contra del Estado transgresor ofrece mayores ventajas para los Estados que las reglas generales que ofrece el derecho internacional.⁹

A diferencia del OSD, los mecanismos internacionales en materia de derechos humanos existentes se caracterizan más bien por

³ Cf. Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, 15 de abril de 1994, 33 I.L.M. 1226, artículo 3.

⁴ Cf. *ib.*, artículo 8.

⁵ Cf. *ib.*, artículo 17.

⁶ Cf. *ib.*, artículo 22.

⁷ Cf. CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique y Danièle LOCHAK. *Libertés économiques et droits de l'homme*. Nanterre: Presses Universitaires de Paris-Ouest, 2011, p. 104.

⁸ El plazo de duración de un procedimiento no puede exceder de un año. En caso de que se solicite una apelación, esta no deberá dirimirse en más de noventa días. Por lo tanto, todo el procedimiento no podrá superar un año y tres meses. Cf. <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/disp1_s.htm>.

⁹ Cf. MARCEAU, Gabrielle. «WTO Dispute Settlement and Human Rights». *European Journal of International Law*, vol. 13, n.º 4, 2002, p. 20.

su diversidad, ya que existen los jurisdiccionales o no jurisdiccionales, que recaen en un sistema de quejas o informes.¹⁰ Además, la celeridad de sus pronunciamientos continúa cuestionándose, principalmente en los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos. En este último caso, el procedimiento ante la Corte puede durar aproximadamente 17,4 meses;¹¹ sin embargo, para que el caso se envíe a la Corte, deberá seguirse un procedimiento ante la Comisión de al menos cinco años en total.¹²

Por estos motivos, existe cierta expectativa por que el OSD se pronuncie sobre cuestiones relacionadas con la protección de los derechos humanos. Sin embargo, es importante resaltar que el «derecho aplicable» del juez de la OMC solo podrá ser el que verse sobre los «acuerdos abarcados». Así lo expresa el artículo 3 inciso 2 del «Entendimiento relativo a las normas y procedimientos» por los que se rige la solución de diferencias:

Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los *acuerdos abarcados* y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público.¹³ (Las cursivas son nuestras)

En este sentido, se sostiene que el derecho de la OMC constituye un «subsistema específico del derecho internacional» con sus propias reglas, sus propios órganos y su propio mecanismo de solución de diferencias.¹⁴ De tal manera que el OSD no podría aplicar

¹⁰ Cf. CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique y Danièle LOCHAK. Ob. cit., p. 104.

¹¹ Cf. «El qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana». Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/colombia/faq.pdf>>, p. 8.

¹² Cf. «El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Un manual para periodistas». Disponible en: <<http://www.abraji.org.br/midia/arquivos/file1270840519.pdf>>, p. 34.

¹³ Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Artículo 3.2. Disponible en: <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/28-dsu.pdf>.

¹⁴ Cf. MARCEAU, Gabrielle. «WTO Dispute Settlement and Human rights». *European Journal of International Law*, vol. 13, n.º 4, 2002, p. 766. Citado por CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique y Danièle LOCHAK. Ob. cit., p. 106.

ningún instrumento internacional en materia de derechos humanos. Asimismo, tampoco se hace explícita la protección de ningún derecho humano en los acuerdos abarcados, por lo cual, al menos, sobre la base de estos no se podría alegar su vulneración.

No obstante, existen situaciones prácticas en las que las normas del comercio internacional podrían impactar algunos derechos humanos. Ejemplo de ello es el principio de «trato nacional», el cual puede verse enfrentado al derecho a la salud, cuando un Estado desea garantizar el acceso a ciertas medicinas. Ello, debido a que la protección de la propiedad intelectual que ofrece el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (APDIC)¹⁵ puede tener consecuencias adversas para las posibilidades de los Estados de garantizar el derecho a la salud.¹⁶

Asimismo, el principio de trato nacional o de no discriminación aplicado en la OMC es contrario al que conciben los sistemas de protección de los derechos humanos. Mientras que, en materia de derechos humanos, la igualdad debe ser sustantiva; en el derecho de la OMC, la prohibición de la discriminación tiene el propósito de eliminar el proteccionismo con respecto a los bienes y servicios que se comercian. De esta manera, bajo el derecho de la OMC no podrían promoverse medidas que favorezcan la subsistencia de agricultores por sobre las conglomeraciones de *agrobusiness*, o de las organizaciones educativas benéficas sin fines de lucro por encima de los proveedores de educación comercial.¹⁷

Ahora bien, los Estados miembros de la OMC no dejan de tener obligaciones en materia de derechos humanos por su pertenencia a la OMC. Todo lo contrario, estas obligaciones preexisten y pueden estar en conflicto con las obligaciones que emanan de los acuerdos previstos. En tal contexto, surge la interrogante de saber cuál de las dos normas prevalecerá en caso de incompatibilidad. En otras

¹⁵ Acuerdo sobre los ADPIC, entró en vigor el 1 de enero de 1995.

¹⁶ Cf. JAGERS, Nicola. *Corporate Human Rights Obligations: in Search of Accountability*. Antwerpen: Intersentia, 2001, p. 234.

¹⁷ Cf. JOSEPH, Sarah. *Blame it on the WTO: A Human Rights Critique*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 39.

palabras, cabe preguntarse cuál es la relación entre las normas de la OMC y las obligaciones en materia de derechos humanos.

Esta disyuntiva no puede esclarecerse con las herramientas del derecho internacional, pues no se puede asumir que existe una jerarquía entre normas de distintos ámbitos del derecho. No obstante, el artículo 53 del Convenio de Viena sobre el Derechos de los Tratados establece que las normas de *ius cogens* prevalecen sobre cualquier otra norma en el derecho internacional.¹⁸ Por lo tanto, solo en el caso de normas *ius cogens*, el panorama parece favorecer la primacía de las normas relativas a derechos humanos sobre las de la OMC.

Asimismo, los Estados parecen más dispuestos a optar por el respeto del derecho de la OMC antes que de los derechos humanos. De este modo, en palabras de Joseph:

[...] se estaría desarrollando una jerarquía de facto a través de la cual los Estados hacen prevalecer las normas de la OMC debido a que posee una aplicación más estricta del sistema que la de los derechos humanos. Como alternativa, los Estados perciben mayor interés personal en el sistema de comercio, y, por tanto, una predisposición al cumplimiento de ese régimen en comparación con el régimen de derechos humanos, que, con frecuencia, puede ser percibido por los Estados como una restricción no deseada de su soberanía.¹⁹

No obstante, ya desde el artículo XX del GATT, existen preocupaciones no comerciales que prevén ciertas excepciones generales a las reglas del comercio libre. Entre estas excepciones, es posible detectar algunas que bien podrían aplicarse en el campo de los derechos humanos: *a*) medidas para proteger la moral pública; *b*) medidas necesarias para la protección de la salud y la vida de las personas o animales o la preservación de los vegetales; *c*) medidas sobre los artículos fabricados en las prisiones; y *d*) medidas sobre la conservación de los recursos naturales agotables. Asimismo, la medida debe ser «necesaria» para la realización de objetivos legítimos: *a*) no debe constituir un

¹⁸ Cf. *ib.*, 41.

¹⁹ *Ib.*, p. 50.

medio de discriminación arbitrario o injustificable, y b) la medida no debe ser una restricción encubierta del comercio.

En la práctica, son pocos los casos en los que se ha aplicado esta excepción. El único caso que puede vincularse a derechos medioambientales es el caso *Crevettes*, en el cual Estados Unidos imponía una restricción a la importación de camarones y productos basados en estos que provinieran de diversos países de Asia. El Órgano de Apelaciones interpretó los acuerdos de la OMC por medio de tratados externos al sistema. De este modo, analizó tratados medioambientales para realizar una interpretación dinámica del artículo XX inciso g del GATT, aun cuando no todas las partes del litigio eran Estados partes de dicho tratado medioambiental.²⁰ Por ello, consideró que la medida nacional perseguía un «objetivo medioambiental reconocido como legítimo». Este caso ha sido quizá el más osado en el derecho de la OMC. Sin embargo, finalmente, el Órgano de Apelaciones estimó que dicha medida había sido aplicada por Estados Unidos de manera arbitrariamente discriminatoria e injustificable entre los miembros de la OMC.²¹

La jurisprudencia de la OMC relativa a las excepciones generales del artículo XX del GATT demuestra una ausencia de voluntad por parte del juez de la OMC por admitir restricciones a los principios del libre comercio. Asimismo, esta situación puede reflejarse en la debilidad del mecanismo de excepciones en materia de preocupaciones medioambientales.²²

3.2. El Estado contraataca: la responsabilidad de las empresas en el marco del derecho interno

Como hemos podido revisar a lo largo de esta investigación, la posibilidad de que las víctimas de violaciones de derechos humanos causadas por las empresas multinacionales reclamen por los daños

²⁰ Cf. *ib.*, p. 52.

²¹ Cf. Estados Unidos - Prohibiciones a la importación de algunos camarones y algunos productos hechos a base de camarones. Informe del Grupo Especial-WT/DS/58/R-15, mayo de 1998.

²² Cf. CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique y Danièle LOCHAK. *Ob. cit.*, p. 108.

ocasionados es bastante limitada. Los sistemas regionales de protección de derechos humanos, como el Interamericano, únicamente permiten casos contra Estados que hayan aceptado su jurisdicción y solo pueden declarar la violación de normas internacionales contenidas en los respectivos instrumentos regionales. En consecuencia, el único ámbito en el que las víctimas pueden buscar justicia es en el ordenamiento interno de los Estados, ya sea en los tribunales del Estado anfitrión o del Estado de origen.

A este nivel, por lo general, es posible obtener una reparación civil por daños ocasionados a los derechos humanos, de manera indirecta, ya sea alegando negligencia o la comisión de un delito. Sin embargo, son pocos los casos en los cuales puede demandarse a las empresas directamente por la violación de los derechos humanos. En tal sentido, en este apartado, revisaremos las iniciativas adoptadas por los Estados con la finalidad de sancionar a las empresas multinacionales por dichos actos.

3.2.1. Estados Unidos de América y el Alien Tort Claims Act²³

El Alien Tort Claims Act o Ley de Reclamación por Agravios contra Extranjeros (ATCA) es una norma que fue promulgada por el Primer Congreso estadounidense,²⁴ en 1789 y que, actualmente, se encuentra incorporada en el Código de Leyes de los Estados Unidos de América.²⁵ La mencionada ley señala que:

Los tribunales de distrito tendrán jurisdicción únicamente sobre una acción civil²⁶ incoada por un extranjero por un acto ilícito cometido en violación del derecho de gentes o de un tratado del que los Estados Unidos es parte. (La traducción es nuestra)

²³ Traducción sugerida: Ley de Reclamación por Agravios contra Extranjeros.

²⁴ El Primer Congreso de Estados Unidos se reunió entre el 4 de marzo de 1789 y el 3 de marzo de 1791, durante los dos primeros años de la presidencia de George Washington.

²⁵ Este instrumento compila y codifica las leyes federales generales y permanentes de los Estados Unidos de América.

²⁶ Se refiere únicamente a la responsabilidad civil y se descarta cualquier posibilidad de atender casos penales.

Esta disposición otorga jurisdicción a los tribunales estadounidenses para conocer sobre actos ilícitos llevados a cabo en la violación del «derecho de gentes» (conocido actualmente como derecho internacional público) y prevé la posibilidad de otorgar una reparación civil a favor de las víctimas de abusos contra los derechos humanos. Dado que no se dispone de fuentes importantes para interpretar la intención legislativa del Primer Congreso al redactar la norma, aún se debate sobre su significado original.²⁷ Debido a esto, los tribunales federales han tenido problemas con la aplicación de la ATCA. Si bien se han esgrimido diversas teorías sobre la intención de los redactores, en la historia generalmente aceptada de la ATCA se ha establecido que esta cubre, principalmente, los siguientes tres delitos en virtud del derecho de gentes: violaciones del salvoconducto, infracciones a los derechos de los embajadores y piratería en alta mar.

La ATCA ha sido comúnmente empleada por los defensores de derechos humanos para llevar ante la justicia a violadores de derechos humanos de países extranjeros. Podemos observar un gran desarrollo jurisprudencial a partir de 1980, casi doscientos años después de su redacción, lo que ha precisado el contenido y aplicación de la mencionada norma. Podemos identificar tres sentencias clave que han marcado la progresiva aplicación de esta norma. El primero de ellos es el caso *Filártiga vs. Peña-Irala* de 1980, en el cual se reclamó por violaciones cometidas por un agente estatal contra una persona natural, Joelito Filártiga, un joven paraguayo de 17 años, que fue secuestrado y torturado, luego de lo cual falleció, por Américo Peña-Irala, inspector general de Policía en Asunción en ese entonces. La familia Filártiga intentó llevar el caso ante los tribunales paraguayos, pero no tuvo éxito. Posteriormente, en 1978, cuando la familia se mudó a Nueva York, conoció de la presencia de Peña-Irala en suelo estadounidense, por lo que presentó una demanda ante la Corte del Distrito Este del mismo Estado. Inicialmen-

²⁷ Cf. DIMITRIEVA, Natalia. «The Accountability of Multinational Corporations for Human Rights Violations: A Comparative Analysis of Legal Redress under the US Alien Tort Claims Act». Tesis de maestría. Gotemburgo: LL.M Programme, University of Gothenburg, 2009, p. 34.

te, el caso fue desechado por el juzgado distrital alegando falta de jurisdicción,²⁸ pues para esta Corte de primera instancia, si bien la prohibición de la tortura se había convertido en «una norma consuetudinaria», la Corte debía aplicar los precedentes que limitaban la función del derecho internacional únicamente a las relaciones entre Estados.

La familia apeló la sentencia ante la Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito, que revirtió la decisión argumentando que los ciudadanos extranjeros que son víctimas de violaciones de derechos humanos pueden demandar a sus victimarios ante las cortes federales para obtener una reparación civil, incluso cuando los actos hayan sido realizados en el extranjero, siempre que el Tribunal tenga jurisdicción personal sobre el demandado. Adicionalmente, el Tribunal dictaminó que la prohibición de la tortura estaba garantizada por el derecho internacional consuetudinario y se fundamentaba en diversos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta de Naciones Unidas y otros tratados que no habían sido ratificados por los Estados Unidos.²⁹

La decisión de la Corte de Apelaciones constituyó un precedente importante por diversas razones. Primero, porque permitió que individuos presentaran un reclamo por una violación del derecho internacional consuetudinario; segundo, porque reafirmó que los individuos son sujetos del derecho internacional y no meros objetos; y, tercero, porque estableció que las reclamaciones presentadas sobre la base de la ATCA no se limitaban exclusivamente a violaciones de normas consuetudinarias reconocidas por la comunidad internacional en 1789, sino que también se podrían invocar los principios universales de los derechos humanos, consolidados con posterioridad a esa fecha,³⁰ como la tortura, que podía considerar-

²⁸ *Caso Filártiga vs. Pena-Irala*, 630 F.2d 880 (2.º Cir. 1980).

²⁹ Cf. <<http://www.ccrjustice.org/ourcases/past-cases/fil%C3%A1rtiga-v.-pe%C3%B1-irala>>.

³⁰ «[...] the content of the law of nations must interpret international law not as it was in 1789, but as it has evolved and exists among the nations of the world today». SUFFOLK UNIVERSITY. «Corporate Liability Claims not Actionable under the Alien Tort Statute». *Suffolk University Law School Journal*, vol. 34, n.º 1, 2011, p. 266.

se también norma del derecho de gentes. Asimismo, estableció los requisitos para que una causa pueda ser procesada bajo la ATCA. El demandante debía; por un lado, presentar una reclamación por violación dolosa del derecho internacional contemporáneo y; por otro, demostrar que existe jurisdicción personal sobre el demandado, es decir, que es posible atribuir responsabilidad al demandado.

Un segundo caso importante es el *Kadic vs. Karadzic*, de 1995, en el que se admite que los particulares pueden ser responsables por violación del derecho de gentes, siempre y cuando la conducta viole una norma de derecho internacional que reconoce a los particulares como actores.³¹ En este caso, Radovan Karadzic, líder de la autoproclamada «República de Sprska», no reconocida por los Estados Unidos y ubicada en el territorio de Bosnia-Herzegovina, fue demandado por actos perpetrados por fuerzas bajo su mando, como parte de un patrón de violaciones sistemáticas de derechos humanos; entre ellas, genocidio, violación sexual, prostitución y embarazos forzados, tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes y asesinato. El juzgado de primera instancia determinó que Karadzic no era un agente estatal y, por tanto, no podía ser procesado bajo el amparo del ATCA, dado que los actos cometidos por actores no estatales no violan el derecho internacional, porque no actúan bajo «el color de un Estado».³²

Esta decisión también fue apelada y, basándose en diversos acuerdos internacionales, la Corte de Apelaciones consideró que, en virtud del derecho internacional contemporáneo, el genocidio y los crímenes de guerra son actos condenados universalmente, independientemente de si el autor es un agente estatal o un particular, por lo que su prohibición constituye una norma de *ius cogens*. Sin embargo, el Tribunal se negó a ampliar su participación más allá de estas dos categorías argumentando que no existe consenso similar con respecto a violaciones más comunes, como la tortura y las ejecuciones sumarias, pues, en el Estado actual del derecho internacional, únicamente los agentes estatales pueden cometer dichos actos,

³¹ *Caso Kadic vs. Karadzic*, 70 F.3d 232, 239 (2.º Cir. 1995).

³² *Caso Doe I vs. Karadzic*, 866 F. Supp 734 (1994).

a menos que hayan sido perpetrados con la finalidad de cometer genocidio o crímenes de guerra.³³

Esta segunda decisión, complementa la sentencia anterior, puesto que establece que la aplicación y el alcance del derecho de gentes no se encuentran limitados a la acción estatal, es decir, los privados pueden, en ciertos casos, ser hallados responsables por violaciones del derecho internacional público, lo que abre la puerta al juzgamiento de personas jurídicas por la violación de las mismas normas. Adicionalmente, señaló que existen ciertas conductas que violan el derecho internacional, independientemente de quién las haya ejecutado.

El tercer caso es el de *Doe vs. Unocal* del 2002, en el que —por primera vez— una empresa multinacional fue hallada responsable por violaciones de derechos humanos bajo el amparo de la ATCA. La empresa estadounidense Unocal (Union Oil Company of California) se encontraba ejecutando un proyecto en Myanmar, por el que —junto con una filial de una empresa estatal— estaba instalando un gaseoducto para la extracción de gas natural. El proyecto no fue bien recibido por la población local, por lo que requirieron implementar medidas de seguridad. Unocal permitió que cuatro batallones de 600 militares de Myanmar fueran contratados para brindarles el servicio, a pesar de que tenía conocimiento de las prácticas de trabajo forzoso llevadas a cabo por estos. Los militares colaboraron con el proyecto mediante la desocupación y construcción de carreteras a lo largo de la ruta propuesta para el gaseoducto. Los demandantes alegaron que los militares los obligaron a trabajar y servir como porteadores, sometiéndolos a actos de tortura, violación, algunos incluso fueron asesinados, como forma de coerción. Las pruebas presentadas ante el Tribunal incluyeron documentos que evidenciaban que la empresa fue notificada y que tenía pleno conocimiento de las atrocidades cometidas por los militares; sin embargo, continuó contratado sus servicios.

³³ Cf. POSNER, Theodore. «Kadic vs. Karadzic. 70 F.3d 232». *The American Journal of International Law*, vol. 90, n.º 4, 1996, p. 658. Sentencia *Kadic vs. Karadzic*. 70 F.3d 232, párrafo 50.

El caso fue presentado ante la Corte del Distrito de California, pero esta desestimó las alegaciones contra los militares y la empresa de Myanmar con la que Unocal estaba colaborando, debido a que se encontraban protegidos por la Ley de Inmунidades Soberanas Extranjeras de 1976. Si bien las partes llegaron a un acuerdo con respecto a la indemnización, la Corte de Apelaciones del Noveno Distrito revisó el asunto, revirtiendo —en parte— la decisión adoptada por el juzgado de primera instancia. Cabe mencionar que Unocal era una empresa con base en los Estados Unidos.

Antes de determinar la responsabilidad de Unocal, la Corte de Apelaciones examinó si se habían cumplido los requisitos para que el caso pudiese ser procesado bajo la ATCA. En tal sentido, analizó si, por un lado, el daño alegado constituía una violación del derecho de gentes y; por otro, si el daño alegado exigía que la parte privada participe en la acción del Estado y, en caso afirmativo, si la empresa efectivamente participó en ella. Sobre el primer aspecto, la Corte recordó lo que ya había reconocido en casos anteriores: que la tortura, el asesinato y la esclavitud constituyen violaciones de las normas de *ius cogens* y, por tanto, violaciones del derecho de gentes. Asimismo, agregó que el trabajo forzoso es tan ampliamente condenado en la actualidad que ha alcanzado también el estatus de una violación del *ius cogens*; se le considera, incluso, una forma moderna de esclavitud al que el derecho de gentes atribuye responsabilidad individual. En consecuencia, todos los agravios alegados constituyeron una violación del derecho de gentes.³⁴ Sobre el segundo aspecto, la Corte reafirmó lo establecido en *Kadic*, con respecto a la ausencia de necesidad de una acción del Estado para la comisión de delitos como violación, tortura, y ejecuciones sumarias, cuando se ejecutan con la finalidad de cometer otros delitos como la trata de esclavos, genocidio o crímenes de guerra.

Finalmente, la Corte determinó que Unocal era responsable por complicidad, dado que las evidencias mostraron que la empresa no solo conocía de los actos perpetrados por los militares, sino que también les brindó asistencia práctica; no obstante, descartó la res-

³⁴ Sentencia *Kadic vs. Karadzic*. 70 F.3d 232, párrafo 42.

ponsabilidad por tortura. En su análisis, la Corte recurrió al caso *Prosecutor vs. Furundzija* para explicar el concepto de complicidad.

Esta decisión resulta de vital importancia en la jurisprudencia estadounidense y en el ámbito de los derechos humanos porque, por primera vez, se declaró que una norma internacional sobre la responsabilidad individual puede extender su alcance a las empresas multinacionales. Desde que se adoptó este fallo, varias empresas han sido procesadas bajo el amparo de la ATCA. Las decisiones adoptadas en los casos *Unocal* y *Kadic* han permitido declarar a las multinacionales responsables de violaciones del derecho internacional sobre la base de dos estándares: las normas de *ius cogens* y la acción del Estado.³⁵

Ahora bien, los casos a los que nos hemos referido en los párrafos precedentes corresponden a fallos de las Cortes de Apelaciones del Segundo y Noveno Circuito. No obstante, existe una decisión adoptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos que limita las normas del derecho internacional que posibilitarían demandar por daños bajo el amparo de la ATCA; nos referimos al caso *Sosa vs. Álvarez-Machain* del 2004. La Drug Enforcement Administration (DEA) autorizó al peticionario Sosa y a otros ciudadanos mexicanos a secuestrar, en México, a su compatriota Álvarez-Machain y a conducirlo a los Estados Unidos para que fuera juzgado por la tortura y homicidio de uno de sus agentes. Después de ser absuelto, Álvarez-Machain demandó a los Estados Unidos por los daños y perjuicios sufridos por su arresto ilegal.

La Corte Suprema, en primer lugar, consideró que la ATCA otorga la posibilidad a un individuo de interponer una demanda por un número reducido de violaciones del derecho internacional que, en 1789, generaban responsabilidad personal.³⁶ Seguidamente, la Corte Suprema propuso una definición más precisa del derecho de gentes contenido en la ATCA, resolvió que podrían presentarse

³⁵ Cf. DIMITRIEVA, Natalia. Ob. cit., p. 39.

³⁶ Cf. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Empresas y violaciones a los derechos humanos: una guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas y ONG*. s. l.: FIDH, 2011, p. 197. Suprema Corte de los Estados Unidos. *Caso Sosa vs. Álvarez-Machain et al.*

demandas basadas en normas de carácter internacional aceptadas por las naciones civilizadas, y definidas con una especificidad comparable a los paradigmas del siglo XVIII, a saber, delitos contra embajadores, violación de salvoconductos y piratería.³⁷ Sin embargo, la corte mantuvo una vaga posición en torno al contenido y especificidades de dichas normas. Precisó que las violaciones de derechos humanos podrían ser invocadas bajo la ATCA a condición de que se tratara de una violación de una norma internacional universal, obligatoria, específica y definida, tal como la prohibición de la tortura o del genocidio. En el caso concreto, la Corte consideró que la detención arbitraria no constituye una violación de una norma bien establecida en el derecho internacional consuetudinario y, por tanto, desechó la demanda. Adicionalmente, estableció que la ATCA requiere que los jueces federales determinen con extrema prudencia las violaciones susceptibles de reunir estos criterios, considerando el impacto de la admisibilidad de una demanda en las relaciones exteriores. Cabe resaltar que, en su voto razonado, el ministro Breyer se pronunció a favor de la aplicación de la ATCA a las empresas multinacionales.³⁸

Actualmente, la Corte Suprema se encuentra pendiente de resolver un caso que podría cerrar las puertas a futuras demandas contra empresas multinacionales amparadas por la ATCA. Se trata del caso *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co.*,³⁹ presentado en septiembre de 2002 ante la Corte Distrital de Nueva York, por Esther Kiobel (esposa de una de las víctimas) y miembros del Movimiento por la Supervivencia del Pueblo Ogoni (MOSOP) en contra de la Compañía de Desarrollo Petrolero de Shell en Nigeria, Ltd. (SPDC). Los demandantes alegaron que la empresa fue cómplice del Gobierno nigeriano en la comisión de violaciones del derecho de gentes, al intentar reprimir una protesta indígena que reclamaba por los efectos ambientales que la exploración de petróleo estaba causando.

En primera instancia, la Corte Distrital desestimó la demanda, en el 2008, ya que consideró que no podía ejercer su competencia

³⁷ Cf. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit., p. 197.

³⁸ Cf. *ib.*, pp. 197 y 198.

³⁹ *Caso Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co.* 621 F.3d 111 (2.º Cir. 2010).

sobre el sujeto demandado. Posteriormente, en el 2009, la propia Corte reconsideró el asunto y requirió a los peticionarios que demostraran la existencia de una relación directa de negocios entre los Estados Unidos y SPDC para que pudiera ejercer su jurisdicción; sin embargo, al no poderse probar, la Corte rechazó el pedido, en el 2010. Los peticionarios apelaron la decisión ante la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito, que también rechazó la demanda por falta de jurisdicción y sostuvo que la responsabilidad civil corporativa no era una norma «específica, universal y obligatoria» del derecho internacional consuetudinario; por lo tanto, la ATCA no podía utilizarse para demandar a corporaciones por violaciones del derecho internacional. Es decir, a diferencia de otros casos, resulta necesario enfatizar que la Corte se enfocó en la identidad corporativa del demandado como un factor sustantivo para determinar si se produjeron o no los daños alegados. Adicionalmente, la Corte de Apelaciones también desechó la demanda dado que los peticionarios no alegaron que los demandados actuaron intencionalmente, que es el estándar que adoptó esa misma Corte en el caso *Presbyterian Church de Sudan vs. Talisman Energy*.⁴⁰ Los peticionarios apelaron este fallo ante la Corte Suprema, en el 2011, y hasta la fecha no existe una sentencia.⁴¹

Una decisión que confirme lo dicho por las instancias inferiores podría resultar en un gran obstáculo para lograr que se pueda demandar a empresas y que puedan asumir los daños por las violaciones de derechos humanos ocasionadas por sus actividades, porque ninguna corporación podría ser demandada bajo la ATCA en el Segundo Circuito o en cualquier otro circuito que adopte el

⁴⁰ Cf. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit., p. 196. En el caso *Talisman*, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito declaró que una corporación demandada no podía ser declarada responsable por actos de colaboración y complicidad bajo el ATCA a menos que esta hubiese actuado intencionalmente. No obstante, cabe señalar que, a diferencia del caso *Kiobel*, en el caso *Talismán*, la corte no declaró que una corporación no podía ser sujeta a juicios bajo el ATCA por su condición de persona jurídica.

⁴¹ El 1 de octubre se llevó a cabo una segunda audiencia para la exposición de los argumentos orales de las partes en cuanto al tema de si las cortes de los Estados Unidos podrían o no juzgar hechos que ocurrieron fuera del territorio.

razonamiento del caso *Kiobel* (recordemos que lo establecido por la Corte Suprema se convierte en precedente de observancia obligatoria en los Estados Unidos). Este caso es tan trascendental que, hasta septiembre de 2012, había logrado que se presenten 78 *amicus curiaes* cuyos autores van desde Gobiernos, como el de la República Argentina y el Reino Unido, a académicos como los de Nuremberg Scholars, la Asociación de Abogados de Estados Unidos y China o reconocidos personajes como Joseph Stiglitz.⁴²

Según un estudio realizado por la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), hasta diciembre de 2011, tanto la Corte de Apelaciones para el Distrito de Columbia de los Estados Unidos como la Corte de Apelaciones para el Séptimo Circuito habían rechazado el razonamiento de *Kiobel*, en los casos *Doe vs. Exxon Mobil Corp.* y *Flomo vs. Firestone Natural Rubber Co.*, respectivamente.⁴³ Lo que nos hace pensar que no existe un consenso sobre la utilización de esa norma.

3.2.2. La responsabilidad empresarial en la Unión Europea

Al igual que en los Estados Unidos, la Unión Europea (UE) también cuenta con una normativa que permite a sus Estados atender reclamaciones por violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de la UE. Se trata del Reglamento n.º 44/2001,⁴⁴ mediante el cual se reconoce la jurisdicción de los Estados miembros para conocer de las demandas por responsabilidad civil resultantes de las actividades de las empresas multinacionales en el extranjero.

Los Estados miembros pueden atender los reclamos de víctimas, independientemente de su nacionalidad, cuando el daño lo causan

⁴² Cf. BLANCHARD, Sadie. «Assorted Viewpoints in *Kiobel*». *Int Law Grrls*, 20 de septiembre de 2012. Consulta hecha el 5 de octubre de 2012. Disponible en: <<http://www.intlawgrrls.com/2012/09/assorted-viewpoints-in-kiobel.html>>.

⁴³ Cf. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit., p. 197.

⁴⁴ Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, del 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Este documento reemplaza al Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

las actividades de una multinacional o cualquiera de sus filiales domiciliadas en un Estado miembro, incluso si el daño se produce fuera del territorio de cualquiera de ellos. Según el artículo 5 inciso 3 del Reglamento, la demanda por responsabilidad civil podrá ser presentada ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el daño. Esta disposición ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el que ha establecido que cuando el lugar en el que ocurre el evento que puede generar una responsabilidad delictual o cuasi delictual y el lugar en el que se produjeron los daños no son idénticos, de la expresión «lugar donde se hubiere producido el daño» debe entenderse que tiene la intención de cubrir tanto el lugar donde se produjo el daño como el lugar donde sucedió el hecho que ocasionó el daño, de modo que el demandado puede ser emplazado, a elección del demandante, ante un tribunal en cualquiera de esos lugares.⁴⁵ En tal sentido, cuando una decisión se adopta, por ejemplo, por el directorio de una empresa, en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que la empresa está domiciliada, y aquella ocasiona el daño por el que se reclama una indemnización, el peticionario se encuentra habilitado para demandar en el Estado miembro en el que la decisión fue adoptada.⁴⁶ Por ejemplo, si la empresa en cuestión se encuentra domiciliada en Francia, pero su directorio sesiona en Bélgica, y la decisión que adopta genera un daño, el afectado podrá presentar la demanda ante los tribunales de cualquiera de los dos Estados.

Adicionalmente, y conforme al inciso 5 del artículo 5, las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro cuando se trate de una disputa surgida por las operaciones de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante los tribunales del lugar donde se encuentren situadas. Esto significa que una empresa domiciliada en un Estado miembro puede ser demandada en el Estado miembro donde ha establecido

⁴⁵ Caso C-51-97, *Réunion Européenne SA and others*, [1998] ECR I-6511, párrafo 28. Citado por DE SHUTTER, Olivier. «The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law». En Center For Human Rights and Global Justice. New York University School of Law. Working Paper, n.º 1, 2004, p. 32.

⁴⁶ Cf. DE SHUTTER, Olivier. Ob. cit., p. 32.

una sucursal, una agencia o un establecimiento, en los casos en que, por ejemplo, las operaciones de dicha filial o sucursal han causado el daño por el que se está reclamando.⁴⁷

Según el artículo 60, numeral 1 del mencionado instrumento, se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica se encuentra domiciliada en un lugar donde se encuentra su sede estatutaria; ejerce su administración central; o donde se encuentra su centro de actividad principal. De acuerdo con ello, si los abusos son cometidos por filiales de empresas matrices europeas en terceros Estados, es posible que las víctimas demanden a la empresa matriz en el Estado miembro donde esta se encuentra domiciliada.⁴⁸

Esta disposición no regula, sin embargo, la jurisdicción de los tribunales de los Estados miembros de la UE sobre filiales en terceros países a menos que estas también tengan su domicilio en un Estado miembro de la UE. Por el contrario, y de conformidad con el artículo 4 numeral 1, la jurisdicción sobre las reclamaciones civiles contra las subsidiarias en el extranjero se determina por el derecho interno de los Estados miembros («competencia residual»)⁴⁹. Como regla general, las normas internas de la mayoría de los Estados miembros contienen disposiciones sobre jurisdicción similares a las del Reglamento n.º 44/2001, con la restricción de que a las víctimas de abusos contra los derechos humanos, a menudo, no se les permitirá obtener reparación de la filial de una matriz europea en un tercer país. No obstante, algunos de los Estados miembros establecen alternativas para que sus cortes puedan tener jurisdicción en determinados casos, lo que en ciertas circunstancias ayudaría a víctimas de abusos cometidos por empresas no domiciliadas en algún Estado miembro.⁵⁰

La mayoría de los Estados miembros prevén la jurisdicción de sus tribunales sobre las filiales de las corporaciones europeas domiciliadas fuera de la UE si aquellas cuentan con activos o estableci-

⁴⁷ Cf. *ib.*, p. 32.

⁴⁸ Cf. AUGENSTEIN, Daniel. «Study of the Legal Framework on Human Rights and the Environment Applicable to European Enterprises Operating Outside the European Union». University of Edinburgh, 2009, párrafo 209.

⁴⁹ Cf. *ib.*, párrafo 210.

⁵⁰ Cf. *ib.*, párrafo 210.

mientos secundarios en un Estado miembro. Muchos de estos Estados también contemplan normas especiales de jurisdicción para demandas por responsabilidad civil que activarían la jurisdicción, tanto del lugar donde ocurrió el hecho causal como del lugar donde se produjo el daño. En estos Estados, las víctimas pueden entablar una acción contra filiales en terceros países si se puede demostrar que el hecho causante del daño se produjo dentro de un Estado miembro de la UE.⁵¹ Por ejemplo, en Austria la competencia en materia de responsabilidad civil se establece «donde ocurrió la conducta que dio lugar a la indemnización», y en la República Checa en el lugar «donde ocurrió el incidente que causó el daño».⁵²

Diez Estados miembros, como Bélgica y los Países Bajos, contemplan la jurisdicción civil sobre terceros (no europeos) demandados en casos en los que no exista otro foro disponible en el extranjero (*foro necessitatis*). Tanto en Bélgica como en los Países Bajos, el *foro necessitatis* fue introducido hace relativamente poco, entre otros, con miras a dar efecto a la garantía de un juicio justo del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Las condiciones para que se aplique este principio variarán de Estado en Estado, aunque siempre constituye una excepción. Por ejemplo, el código civil holandés prevé la competencia bajo el principio *forum necessitates* si el acceso a un tribunal extranjero no es posible en la práctica debido a los desastres naturales o la guerra,⁵³ o si el debido proceso no puede ser garantizado en el tercer Estado.⁵⁴ En este último caso, una conexión suficiente con el foro, tal como la presencia de una corporación matriz holandesa, es requisito.⁵⁵ En la mayoría de casos, el peticionario tendrá que demostrar que «no es razonable» o es

⁵¹ Cf. *ib.*, párrafo 211.

⁵² NUYTS, Arnaud y otros. 'Study on Residual Jurisdiction', European Commission Study LS/C4/2005/07-30-CE/0040309/00-37, 3 de septiembre de 2007. Citado por AUGENSTEIN, Daniel. *Ob. cit.*, p. 68.

⁵³ Cf. Código de Procedimiento Civil, artículo 9, inciso b.

⁵⁴ Cf. Código de Procedimiento Civil, artículo 9, inciso c.

⁵⁵ Cf. CASTERMANS, Alex Geert y Jeroen VAN DER WEIDE. «The Legal Liability of Dutch Parent Companies for Subsidiaries' Involvement in Violations of Fundamental, Internationally Recognized Rights», 15 de diciembre de 2009. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1626225>. Citado por AUGENSTEIN, Daniel. *Ob. cit.*, p. 69.

«inaceptable» iniciar un procedimiento en el extranjero, dado que existen obstáculos legales o de hecho, como que se vería privado de tutela judicial efectiva en el tercer país.⁵⁶

Por último, una filial domiciliada en un tercer país podrá ser demandada junto con la empresa matriz europea si puede considerarse una parte necesaria en la demanda. Nuevamente, es preciso referirnos al ordenamiento jurídico holandés, donde lo anterior puede producirse si existe una conexión entre las reclamaciones presentadas contra la matriz y la filial para justificar un tratamiento conjunto de los casos por razones de eficiencia. Por ejemplo, en el caso *Millieudefensie Friends of the Earth, Plaintiff 1 & Plaintiff 2 vs. Royal Dutch Shell PLC (RDS) & Shell Petroleum Development Company of Nigeria Limited (SPDC)*,⁵⁷ sobre tres casos de fugas de petróleo en las aldeas nigerianas de Oruma, Goi y Ikot Ada Udo, los peticionarios demandaron a SPDC por ser la operadora de las tuberías y a RDS por ser la empresa matriz. Esta última fue incluida en la demanda pues, para los demandantes, RDS debió haber ejercido su influencia y control sobre la política medioambiental de SPDC para evitar que ocasionase daños; en tal sentido, RDS había incumplido su deber de diligencia. La Corte de La Haya de Derecho Civil aceptó el razonamiento de los peticionarios y declaró que sí tenía jurisdicción sobre el caso en cuestión,⁵⁸ aunque la emisión de la decisión final aún sigue pendiente.

Una disposición bastante similar se encuentra contenida en el artículo 6 del Reglamento, aunque en la actualidad solo se aplica a los coacusados, es decir, las filiales de las empresas europeas, que están domiciliadas en un Estado miembro de la UE.⁵⁹

⁵⁶ Cf. AUGENSTEIN, Daniel. Ob. cit., párrafo 212.

⁵⁷ Cf. Court of the Hague Civil Law Section 330891/HA ZA 09-579, 30 de diciembre de 2009. Disponible en: <<http://www1.milieudefensie.nl/english/publications/Judgment%20courtcase%20Shell%20in%20jurisdiction%20motion%20Oruma.pdf>>. Citado por AUGENSTEIN, Daniel. Ob. cit., p. 69.

⁵⁸ Cf. ODUJINRIN, Teni. Third Country Report Nigeria. Estudio de caso 2. Disponible en: <http://www.law.ed.ac.uk/euenterpriseslf/documents/files/TC_REPORT_NIGERIA.pdf>.

⁵⁹ Cf. AUGENSTEIN, Daniel. Ob. cit., párrafo 213.

En los Estados cuya tradición jurídica se basa en el derecho común o *common law*, entre los que se encuentran el Reino Unido e Irlanda, los tribunales —generalmente— pueden declararse incompetentes y suspender los procedimientos si se considera que la controversia tiene vínculos más estrechos con otro Estado, por lo que debe ser objeto de litigio en ese otro Estado (*forum non conveniens*). La doctrina del *forum non conveniens* podría aplicarse para suspender el procedimiento en los casos de abusos contra los derechos humanos cometidos por filiales de empresas matrices europeas en terceros Estados. Los tribunales podrían retener la jurisdicción, incluso si otro Estado constituye un foro más apropiado, cuando existe una alta probabilidad de que los peticionarios no puedan obtener justicia en el tercer Estado.⁶⁰ Al respecto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estableció en *Owuso vs. Jackson* que con respecto a la regulación de Bruselas, actualmente en Reglamento n.º 44/2001, los tribunales nacionales no podían rechazar la jurisdicción sobre la base de la doctrina del *forum non conveniens*. Para este tribunal, «[...] la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens* [...] puede afectar a la previsibilidad de las reglas de competencia establecidas por el Convenio de Bruselas».⁶¹

Vemos, entonces, que a nivel nacional existen iniciativas interesantes para lograr que las empresas asuman su responsabilidad por la afectación de los derechos humanos. No parece descabellado pensar que, en un futuro no tan lejano, pueda habilitarse una vía internacional que permita a los individuos reclamar por los daños a sus derechos ocasionados por las empresas multinacionales. Creemos que una adecuada utilización de estos mecanismos solo podrá hacerse por medio de un fino conocimiento de su diversidad y también debilidad en el actual contexto jurídico. Hay razones para creer que este camino continuará, pero eso solo se dará si se explota lo ya existente en su máxima dimensión.

⁶⁰ Cf. *ib.*, párrafo 214.

⁶¹ European Court of Justice, *Owuso vs. Jackson* C-281/02, 2005. Citado por AUGENSTEIN, Daniel. *Ob. cit.*, p. 70.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARTÍCULOS Y LIBROS

AUGENSTEIN, Daniel. «Study of the Legal Framework on Human Rights and the Environment Applicable to European Enterprises Operating Outside the European Union». University of Edinburgh, 2009.

- «State Responsibilities to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the European Convention on Human Rights». Submission to the Special Representative of the United Nations Secretary-General (SRSG) on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, abril, 2011. Disponible en: <http://tilburguniversity.academia.edu/DanielAugenstein/Papers/1409891/State_Responsibilities_to_Regulate_and_Adjudicate_Corporate_Activities_under_the_European_Convention_on_Human_Rights>.

BAAAB, Mike y Margaret JUNGK. *The Arc of Human Rights Priorities. A New Model for Managing Business Risk*. The Danish Institute for Human Rights, s/f. Disponible en: <http://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/human_rights/Human_Rights_Working_Group/Arc_of_Human_Rights_Priorities.pdf>.

BAYLOS, Antonio. «Códigos de conducta y acuerdos-marco de empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica». *Lan Harremanak. Revista de Estudios Laborales*, vol. 12, n.º I, 2005, pp. 103-138. Disponible en: <http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/3422/3060>.

- BENERÍA, Lourdes. *Género, desarrollo y globalización*. Barcelona: Hacer Editorial, 2005.
- BISMUTH, Régis. «Mapping a Responsibility of Corporations for Violations of International Humanitarian Law Sailing between International and Domestic Legal Orders». *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 38, n.º 2, 2010, pp. 203-226.
- BOURQUE, Reynald. «Codes de conduite, accord cadres internationaux et responsabilité sociale des entreprises à l'ère de la mondialisation». *Revue Internationale sur le Travail et la Société*, vol. 5, n.º 3, 2007, pp. 1-19. Disponible en: <http://www.uqtr.ca/revue_travail/Articles/2007Vol5Num3pp1-19Bourque.pdf>.
- BRAC, Marie. «Codes de bonne conduite: quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur...». En Glose.org. Colloque «Le droit mou, une concurrence faite à la loi?». Organizado por el Centre de Droit civil des Affaires et du Contentieux Économique de l'Université de Paris X-Nanterre (CEDCACE), 2004. Disponible en: <<http://www.glose.org/CEDCACE3.pdf>>.
- BROWN, William. «Impact of Multinational Corporations on Society and Economy». *Outlook*, 2008. Disponible en: <<http://voices.yahoo.com/multinational-corporations-mncs-their-impact-society-2702337.html?cat=3>>.
- CALDUCH, Rafael. *Relaciones internacionales*. Madrid: Ciencias Sociales, 1998.
- CALLIESS, Graft-Peter. «Transnational Corporations Revisited». *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 18, n.º 2, 2011, pp. 601-616.
- CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 2.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- CASTERMANS, Alex Geert y Jeroen VAN DER WEIDE. «The Legal Liability of Dutch Parent Companies for Subsidiaries' Involvement in Violations of Fundamental, Internationally Recognized Rights», 15 de diciembre 2009. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1626225>.
- ČERNIČ, Jernej Letnar. «Corporate Responsibility for Human Rights: A Critical Analysis of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises». *Hanse Law Review*, vol. 4, n.º 1, 2008, pp. 71-100.

- «Two Steps Forward, One Step Back: The 2010 Report by the UN Special Representative on Business and Human Rights». *German Law Journal*, n.º 1263, 2010, pp. 1264-1280.
- CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique y Danièle LOCHAK. *Libertés économiques et droits de l'homme*. Nanterre: Presses Universitaires de Paris-Ouest, 2011.
- CLAPHAM, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Nueva York: Oxford Press, 2006.
- «Extending International Criminal Law beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups». *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n.º 4, 2008, pp. 899-926.
- CRANE, Andrew; Dirk MATTEN y Laura J. SPENCE. «Corporate Social Responsibility: In Global Context». En Andrew Crane; Dirk Matten y Laura J. Spence (eds.). *Corporate Social Responsibility: Readings and Cases in Global Context*. Londres: Routledge, 2008, pp. 3-20. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1667081>.
- CREYER Robert; Hakan FRIMAN; Darryl ROBINSON y Elizabeth WILMHURST. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- DE SHUTTER, Olivier. «The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law». En Center For Human Rights and Global Justice. New York University School of Law. Working Paper, n.º 1, 2004.
- DILLER, Janelle. «Responsabilité sociale et mondialisation: qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement?». *Revue Internationale du Travail*, vol. 138, n.º 2, 1999, pp. 107-139.
- «¿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. 138, n.º 2, 1999, pp. 111-145.
- DIMITRIEVA, Natalia. «The Accountability of Multinational Corporations for Human Rights Violations: A Comparative Analysis of Legal Redress under the US Alien Tort Claims Act». Tesis de maestría. Gotemburgo: LL.M Programme, University of Gothenburg, 2009.

- DUNNING, J. H. «The Distinctive Nature of the Multinational Enterprise». En J. H. Dunning (ed.). *Economic Analysis and the Multinational Enterprise*. Londres: Routledge, 1974, pp. 13-30.
- EMBERLAND, Marius. *The Human Rights of Companies, Exploring the Structure of the ECHR Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- ERH-SOON TAY, Alice. «The New Century, Globalisation and Human Rights». *Asia Pacific Law Review*, vol. 8, n.º 2, 2000, pp. 139-152.
- ERMIDA, Óscar y otros. *Responsabilidad social empresarial: perspectivas jurídicas para estrategias sindicales*. Montevideo: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2009. Disponible en: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/uruguay/06760.pdf>>.
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Empresas y violaciones a los derechos humanos: una guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas y ONG*. s. l.: FIDH, 2011.
- FEENEY, Patricia. «Business and Human Rights: The Struggle for Accountability in the UN and the Future Direction of the Advocacy Agenda». *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, n.º 11, 2009, pp. 161-176.
- FERREY, Steven. «The Ruggie United Nations Principles Framing International Indigenous Human Rights». *Suffolk Transnational Law Review*, n.º 409, 2010, pp. 409-412.
- FLETCHER FORUM. «Business and Human Rights: Together at Last? A Conversation with John Ruggie». *The Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 35, n.º 2, s/f, pp. 117-122.
- GARAVITO, Cecilia. «Responsabilidad social empresarial y mercado de trabajo». Documento de Trabajo n.º 258. Lima: Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007. Disponible en: <<http://departamento.pucp.edu.pe/economia/imagenes/documentos/DDD258.pdf>>.
- GUILLARD, Emanuela-Chiara. «Business Goes to War: Private Military/Security Companies and International Humanitarian Law». *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n.º 863, 2006, pp. 525-572.
- GUPTA, Joyeeta. «Actores no gubernamentales en la gobernación y derecho internacional: un desafío o una bendición». *Journal of International and Compentence Law*, vol. 11, 2004-2005, pp. 665-690.

- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. «La relación entre el derecho internacional humanitario y los tribunales penales internacionales». *International Review of the Red Cross*, n.º 861, 2006, pp. 1-24.
- HAI BACH, Holger. Rapport Droits de l'Homme et Entreprises. Commission des Questions Juridiques et des Droits de l'Homme. Assemblée Parlementaire du Conseil de L'Europe. Renvoi en commission: Doc. 11673, Renvoi 3480 du 29 septembre 2009. Disponible en: <<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc10/FDOC12361.htm>>.
- HANSEN, Robin. «Multinational Enterprise Pursuit of Minimized Liability: Law, International Business Theory and the Prestige Oil Spill». *Berkley Journal of International Law* (BJIL), vol. 26, n.º 2, 2008, pp. 410-451.
- HENNEBEL, Ludovic y Pierre-François DOCQUIR. «L'entreprise, titulaire et garante des droits de l'homme». En Th. Berns. *Responsabilités des entreprises et Corégulation*. Bruselas: Bruylant, 2007, pp. 80-145.
- HERNÁNDEZ, Juan. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*. Bilbao: Hegoa, 2009.
- HUISMAN, Wim y Elies VAN SLIEDREGT. «Dutch Businessmen, International Crimes and Corporate Complicity». *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, n.º 3, 2010, pp. 803-828.
- JAGERS, Nicola. *Corporate Human Rights Obligations: in Search of Accountability*. Antwerpen: Intersentia, 2001.
- JESSBERGER, Florian y Julia GENEUSS. «Introduction (to Special Issue Transnational Business and International Criminal Law)». *Journal of International Criminal Justice* (JICJ), vol. 8, n.º 3, 2010, pp. 695-697.
- JOSEPH, Sarah. *Blame it on the WTO: A Human Rights Critique*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- KNOX, John. «The Human Rights Council Endorses "Guiding Principles" for Corporations». *Insights. American Society of International Law*, vol. 15, n.º 21, 2011.
- KINLEY, David y Junko TADAKI. «From Talk to Walk. The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at Inter-

- national Law». *Virgina Journal of International Law*, vol. 44, n.º 4, 2003-2004, pp. 931-1023.
- KYRIAKAKIS, Joanna. «Australian Prosecution of Corporations for International Crimes. The Potential of the Commonwealth Criminal Code». *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n.º 4, 2007, pp. 809-826.
- LEBUISSON, Véronique. «Derechos humanos y empresas transnacionales: ¿podrán los tribunales canadienses juzgar a las empresas canadienses por los daños causados en el exterior?». *Revista de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF)*, n.º 15, año 4, 2011, pp. 19-23.
- MARCEAU, Gabrielle. «WTO Dispute Settlement and Human Rights». *European Journal of International Law*, vol. 13, n.º 4, 2002, pp. 753-814.
- MARTÍN-ORTEGA, Olga. *Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional*. Londres: Bosch Editor, 2008.
- MIJANGOS Y GONZALES, 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. México D. F.: Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 547-577.
- MONGELARD, Éric. «Responsabilidad civil de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario». *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n.º 863, 2006, pp. 1-30.
- MUCHLINSKI, Peter T. *Multinational Enterprises and the Law*. Londres: Blackwell, 1999.
- «Human Rights and Multinationals - Is There a Problem?». *International Affairs*, vol. 1, n.º 77, 2001, pp. 31-47.
- ODUJINRIN, Teni. «Third Country Report Nigeria». Estudio de caso 2, s/f. Disponible en: <http://www.law.ed.ac.uk/euenterpriseslf/documents/files/TC_REPORT_NIGERIA.pdf>.
- OECD WATCH. «10 años después: evaluando el aporte de las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales a la conducta empresarial responsable», 2010.
- OSHIONEBO, Evaristus. «The UN Global Compact and Accountability of Transnational Corporations: Separating Myth from

- Realities». *Florida Journal of International Law*, vol. 19, n.º 1, s/f, pp. 1-38.
- ÖZDEN, Malik. *Sociedades transnacionales y derechos humanos*. Berna: Centre Europe - Tiers Monde (CETIM), 2005.
- PILLAY, Sukanya. «¿Y justicia para todos? Globalización, empresas multinacionales y la necesidad de protecciones legalmente ejecutables de los derechos humanos». *University of Detroit Mercy Law Review*, vol. 8, 2003-2004, pp. 629-668.
- PINCUS, Laura B. y James A. BELOHLAV. «Legal Issues in Multinational Business Strategy: To Play the Game, You Have to Know the Rules». *The Academy of Management Executive*, vol. 10, n.º 3, 1996, pp. 52-61. Disponible en: <http://works.bepress.com/james_belohlav/10/>.
- POSNER, Theodore. «Kadic vs. Karadzic. 70 F.3d 232». *The American Journal of International Law*, vol. 90, n.º 4, 1996, pp. 658-663.
- RICCO, Victor H. «Las directrices de la OCDE para las empresas multinacionales: ¿esperanza en la revisión?». *Aportes DPLF*, n.º 15, 2011, año 4, pp. 31-33.
- RIGAUX, F. «Transnational Corporations». En M. Bedjaoui (ed.). *International Law: Achievements and Prospects*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1991.
- SALMÓN, Elizabeth. *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los Estados y lucha contra la impunidad*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2011.
- *Introducción al derecho internacional humanitario*. 3.ª ed. Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), 2012.
- SCHABAS, William. «Enforcing International Humanitarian Law: Catching the Accomplices». *International Review of the Red Cross*, n.º 842, 2001, pp. 439-459.
- SLAWOTSKY, Joel. «Corporate Liability in Alien Tort Litigation». *Virginia Journal of International Law*, vol. 1, 2011, pp. 27-42.
- STEWART, James. «Lubanga Decision Roundtable: Lubanga in Context», 2012. Disponible en: <<http://opiniojuris.org/2012/03/18/lubanga-decision-roundtable-lubanga-in-context/>>.

- SUFFOLK UNIVERSITY. «Corporate Liability Claims not Actionable under the Alien Tort Statute». *Suffolk University Law School Journal*, vol. 34, n.º 1, 2011, pp. 263-272.
- TANGARIFE, Mónica. «La estructura jurídica de la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en casos de violaciones a los derechos humanos». Tesis de maestría. México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2010.
- WEISSBRODT, David y Maria KRUGER. «Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights». *American Journal of International Law*, vol. 97, n.º 4, 2003, pp. 901-922.
- ZÚÑIGA, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica*. 2.ª ed. Navarra: Thomson, 2003.

2. JURISPRUDENCIA

- *Caso Blake vs. Guatemala*. Voto razonado del juez Cañado a la sentencia sobre el fondo del 24 de enero de 1998.
- *Caso Personas haitianas y dominicanas de origen haitiano en la República Dominicana*. Voto razonado del juez Cañado a la solicitud de medidas provisionales del 7 de agosto de 2000.
- CIDH. *Caso 7615 vs. Brasil*. 5 de marzo de 1985.
- CIDH. Informe de admisibilidad 69/04. *Caso de la Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros*.
- CIDH. Informe de admisibilidad 76/09. *Caso de la Comunidad de la Oroya*.
- CIDH. Informe 70/08. Petición de admisibilidad 12.242 del 16 de octubre de 2008.
- Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A N.º 18.
- Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C N.º 4.
- Corte IDH. *Caso Godínez Cruz*. Sentencia del 20 de enero de 1989. Serie C N.º 5.

- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C N.º 125.
- Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C N.º 134.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C N.º 146.
- Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C N.º 149.
- Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C N.º 214.
- Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 27 de junio de 2012.
- Corte Penal Internacional. *El fiscal vs. Thomas Lubanga Dyigo*. ICC-01/04-01/06. 14 de marzo de 2012.
- Court of The Hague Civil Law Section 330891/HA ZA 09-579, 30 de diciembre de 2009.
- European Court of Justice. C-51-97, *Réunion Européenne SA and Others*. ECR I-6511, 1998.
- European Court of Justice. C-281/02, *Owusu vs. N. B. Jackson and Others*. ECR I-1383, 2005.
- Supreme Court of the United States. *Sosa vs. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 2004.
- TEDH. *The Sunday Times vs. the United Kingdom*. N.º 6538/74, ECHR. 26 de abril de 1979.
- TEDH. *X e Y vs. Holanda*. Serie A N.º 91, ECHR. Sentencia del 26 de marzo de 1985.
- TEDH. *Wilson, National Union of Journalists y otros vs. Reino Unido*, n.ºs 30668/96, 30671/96 y 30678/96, Sección 2, ECHR 2002-V, 2 de julio de 2002.

- TEDH. *Siliadin vs. Francia*. N.º 73316/0. ECHR 2005-VII. Sentencia del 26 de julio de 2005.
- TEDH. *Fadeyeva vs. Rusia*. N.º 55723/00. ECHR 2005-IV. Sentencia del 9 de junio de 2005.
- TEDH. *Guerra y otros vs. Italia*. N.º 116/1996/735/932 ECHR. Sentencia del 19 de febrero de 1998.
- TEDH. *López Ostra vs. España*. N.º 16798/90 [1994] ECHR 46. Sentencia del 9 de diciembre de 1994.
- TEDH. *Taşkın y otros vs. Turquía*. N.º 46117/99, ECHR 2004-X. Sentencia del 10 de noviembre de 2004.
- TEDH. *Christine Goodwin vs. Reino Unido*. N.º 28957/95, ECHR 2002-VI. Sentencia del 11 de julio de 2002.
- TEDH. *Stubbings y otros vs. Reino Unido*. N.º 22083/93, 22095/93 [1996] ECHR 44. Sentencia del 22 de octubre de 1996.
- TEDH. *Ouranio Toxo y otros vs. Grecia*. N.º 74989/01. Sección 1, ECHR 2005-X. Sentencia del 20 de octubre de 2005.
- TEDH. *Chipre vs. Turquía*. Gran Sala. N.º 25781/94, ECHR 2001-IV. Sentencia del 10 de mayo de 2001.
- Tribunal Especial para Sierra Leona. *El Fiscal vs. Charles Ghankay Taylor*, sentencia SCSL-03-01-T, 18 de mayo de 2012.
- Tribunales Militares de Núremberg (Corte Militar Británica). *Caso Zyklon B*, n.º 9, 1-8 de marzo de 1946.
- Tribunales Militares de Núremberg. Juicios de criminales de guerra, 6 Federal Rules Decisions (F.R.D), *Caso Goering*, 1 de octubre de 1946.
- Tribunales Militares de Núremberg. Juicios de criminales de guerra bajo la Control Council Law n.º 10, *Caso Flick*, vol. VI. (The Green Series), 22 de diciembre de 1947.
- Tribunales Militares de Núremberg. Juicios de criminales de guerra bajo la Control Council Law n.º 10, caso *IG Farben*, vol. VIII (The Green Series), 30 de julio de 1948.
- Tribunales Militares de Núremberg. Juicios de criminales de guerra bajo la Control Council Law n.º 10, *Caso Krupp*, vol. IX (The Green Series), 31 de julio de 1948.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *El Fiscal vs. Musema*, sentencia ICTR9613I, 27 de enero de 2000.

- Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *El Fiscal vs. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza y Hassan Ngzese*, sentencia ICTR9952A, 3 de diciembre de 2003.
- Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. *El Fiscal vs. Vidoch Blagojevic y Dragan Jokic*, sentencia IT-02-60-T, 17 de enero de 2005.
- Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. *El Fiscal vs. Tadic*, sentencia de apelación IT-94-1-A-AR77, 27 de febrero de 2001.
- United States District Court. Southern District of New York. *Doe I vs. Karadzic*, 866 F. Supp 734 (1994).
- United States Court of Appeals for the Second Circuit. *Filártiga vs. Pena-Irala*, 630 F. 2d 880 (2.º Cir.1980).
- United States Court of Appeals for the Second Circuit. *Kadic vs. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2.º Cir. 1995).
- United States Court of Appeals for the Second Circuit. *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co., Shell Transport and Trading Company PLC; Shell Petroleum Development Company of Nigeria*, 621 F.3d 111 (2.º Cir. 2010).

3. BLOGS Y SITIOS WEB

- AMIGOS DE LA TIERRA INTERNACIONAL. Liberemos a la ONU de la Captación Empresarial. Disponible en: <<http://www.foei.org/es/resources/publicaciones/pdfs-por-ano/2012/liberemos-a-la-onu-de-la-cooptacion-empresarial>>.
- BLANCHARD, Sadie. «Assorted Viewpoints in Kiobel». *Int Law Grrls*, 20 de septiembre de 2012. Disponible en: <<http://www.intlawgrrls.com/2012/09/assorted-viewpoints-in-kiobel.html>>.
- ELDRIDGE, Grant. *Encyclopedia of Business*. Disponible en: <<http://www.referenceforbusiness.com/management/Mar-No/Multinational-Corporations.html#b>>.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. «Glossary of Statistical Terms», 2003. Disponible en: <<http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=1121>>.

PACTO GLOBAL. Página web. Disponible en: <http://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/Implementacion_y_Compromiso.html>

OFICINA DEL PACTO GLOBAL EN ARGENTINA. Guía del pacto global: una forma práctica para implementar los nueve principios en la gestión empresarial. Buenos Aires: Sistema de Naciones Unidas en Argentina, 2004. Disponible en: <http://www.unglobalcompact.org/docs/languages/spanish/sp_guiadelpg.pdf>

Política del Pacto Mundial para la Comunicación sobre el Progreso (CoP). Versión actualizada al 25 de febrero de 2011. Disponible en: <http://www.pactomundial.org.mx/home/wp-content/uploads/2011/03/COP_Policy_ES.pdf>.

THE WIENER LIBRARY FOR THE STUDY OF THE HOLOCAUST AND GENOCIDE. Página web oficial. Disponible en: <<http://www.wienerlibrary.co.uk/wls/stories/postwartrials/subsequentnurembertrials.aspx>>, consultado el 3 de septiembre de 2012.

4. DOCUMENTOS

- Código de Procedimiento Civil de los Países Bajos (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*), 2011.
- COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN DE SUDÁFRICA. *Informe Final*, vol. VI. Disponible en: <<http://www.info.gov.za/otherdocs/2003/trc/rep.pdf>>.
- COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN DE TIMOR-LESTE. *Informe Final*, recomendaciones, parte 11. Disponible en: <<http://www.etan.org/etanpdf/2006/CAVR/11-Recommendations.pdf>>.
- COMITÉ DIRECTEUR POUR LES DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL DE L'EUROPE. *Projet d'étude préliminaire sur la responsabilité sociale des entreprises dans le domaine des droits de l'homme: normes existantes et questions ouvertes*. Rapport de la 85e réunion du Bureau du CDDH (París, 7-8 de junio de 2012) CDDH-BU (2012) R85. Disponible en:

- <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/CDDH-DOCUMENTS/CDDH_2012_012_fr.pdf>.
- Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 204.^a reunión (Ginebra, noviembre de 1977) en la forma enmendada en sus 279.^a (noviembre de 2000) y 295.^a reuniones (marzo de 2006). Disponible en: <<http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/normativeinstrument/kd00121es.pdf>>.
 - JOINT CIVIL SOCIETY STATEMENT on the draft Guiding Principles on Business and Human Rights, enero de 2011. Disponible en: <http://www.fidh.org/IMG/pdf/Joint_CS0_Statement_on_GPs.pdf>.
 - NUYS, Arnaud y otros. «Study on Residual Jurisdiction». European Commission Study LS/C4/2005/07-30-CE) 0040309/00-37, 2007.
 - ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. Directrices para las empresas multinacionales de la OCDE, 25 de mayo de 2011. Disponible en: <<http://www.oecd.org/dataoecd/43/30/48004355.pdf>>.
 - Proteger, respetar y remediar: un marco para las empresas y los derechos humanos, Doc. A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008.
 - Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar'. Doc. ONU A/HRC/17/31, marzo de 2011.
 - Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
 - Secretario General Kofi Annan propone Pacto Mundial de Derechos Humanos, Trabajo, Ambiente en su Participación al Foro Económico Global en Davos. Comunicado de prensa de las Naciones Unidas, SG/SM/6881, 1 de febrero de 1999.
 - Secretario General Kofi Annan. Carta enviada al presidente del Consejo de Seguridad que contiene el *Report of the Panel*

of Experts on the Illegal Exploitation of Natural Resources and Other Forms of Wealth of the Democratic Republic of the Congo, 12 de abril de 2001. Disponible en: <<http://www.un.org/News/dh/latest/drcongo.htm>>.

- Special Representative of the Secretary-General, Business and Human Rights: Further Steps toward the Operationalization of the «Protect, Respect and Remedy». Framework, 47. U.N. Doc. A/HRC/14/27, 9 de abril de 2010.
- United Nations Commission on Transnational Corporations: Draft U.N. Code of Conduct on Transnational Corporations. UN Doc. E/C.10/1982/6, 5 de junio de 1982.
- The UN Panel of Experts on the Illegal Exploitation of Natural Resources and Other Forms of Wealth of the Democratic Republic of Congo and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. *Unanswered questions. Companies, conflict and the Democratic Republic of Congo*, mayo de 2004. Disponible en: <http://raid-uk.org/docs/UN_Panel_DRC/Unanswered_Questions_Full.pdf>.
- Working Party on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. *Biac Comments to 10th January 2000 Draft Text for Revised OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. DAF/IME/WPG/RD(2000)6.

**La progresiva incorporación
de las empresas multinacionales
en la lógica de los derechos humanos**

se terminó de imprimir en los talleres de

Gráfica Delvi S.R.L.

Av. Petit Thouars 2017, Lince

teléfonos: 471-7741 / 265-5430

e-mail: graficadelvi@gmail.com

www.grficadelvi.com

