

DE LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA Y LOS DERECHOS HUMANOS

MÓNICA ANDREA TANGARIFE-PEDRAZA*

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto revisar cuál es la situación actual de las empresas en el ámbito internacional, a la luz de los derechos humanos. En este sentido, aborda algunas iniciativas políticas y económicas importantes, como es el caso del Pacto Global y la responsabilidad social empresarial, dirigidas al involucramiento del sector privado en el quehacer público frente a la sociedad, y en especial frente a los derechos humanos, para posteriormente abordar el plano jurídico, enfocándose en una revisión del régimen de responsabilidad internacional por violaciones a los derechos humanos. Tras llevar a cabo la revisión, el principal hallazgo se refiere a la inexistencia de mecanismos claros que le permitan a las empresas ajustar sus actividades con estándares de respeto a los derechos humanos; igualmente, a la ausencia de recursos efectivos e idóneos que protejan a las víctimas de los abusos cometidos por las empresas o con su complicidad;

*Fecha de recepción: 14 de agosto de 2008
Fecha de aceptación: 31 de septiembre de 2008*

* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Master in Management of Development de la Universidad de Turín, Italia. Cursando actualmente la Maestría de Derechos Humanos y Democracia con la Flacso de México. Asesora del Proyecto de Lucha contra la Impunidad del Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario - República de Colombia. Profesora de la cátedra de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana. Contacto: monicatangarife@presidencia.gov.co

y finalmente, sin que existan instancias competentes en el plano internacional, para conocer de este tipo de violaciones en las que las empresas están directamente involucradas y, por ende, son responsables de tales actos.

Palabras clave: responsabilidad; empresa; derechos humanos; Pacto Global; esfera de influencia; *Drittwirkung*.

PRIVATE SECTOR RESPONSIBILITY IN HUMAN RIGHTS ISSUES

ABSTRACT

The main objective of this article is to revise the present situation of the enterprises in the light of the human rights issues at the international arena. According to this, it takes into account some political and economical initiatives, like Global Compact and corporate social responsibility, addressed to involve the private sector in public affairs related to society, especially with human rights. Subsequently it focuses on legal aspects, mainly in those that establish the principal aspects of the international responsibility in cases of human rights violations. After the examination of those initiatives and some legal aspects concerned with the international responsibility regime, the main findings were three. The first one referred to the absence of mechanisms that allows the corporations to fit their activities with human rights standards; the second one related to the lack of effective and appropriate resources established to protect the victims against the abuses and violations of human rights, committed by the private sector; and finally, concerned to the non-existence of an international structure that can assume cases which involve the private sector as direct responsible of that kind of acts.

Key words: *responsibility; corporation; human rights; Global Compact; sphere of influence; Drittwirkung.*

Sumario: Introducción.- I. Sobre la relación derechos humanos-sector privado.- II. El rol del sector privado en el ámbito del derecho internacional.- A. La subjetividad jurídica de las empresas en el ámbito del derecho internacional.- B. El sector privado a la luz del régimen de responsabilidad en el ámbito internacional.- 1. La responsabilidad internacional de los Estados.- 2. De la responsabilidad estatal a la luz del DIDH.- 3. Parámetros sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito internacional.- III. El sector privado ante el SIDH.- A. Casos en sede de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.- 1. Comunidad San Mateo de Huanchor vs. Perú.- 2. Trabajadores de la empresa Fertilizantes de Centroamérica (FERTICA) vs. Costa Rica.- B. Casos ante la CorteIDH.- 1. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.- 2. Caso de Claude Reyes vs. Chile.- 3. Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname.- 4. Opinión Consultiva de la CorteIDH OC-18 de 2003, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”.- Conclusiones.- Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Dado que la construcción del discurso sobre la responsabilidad social empresarial ha tomado más de cincuenta años y estamos a punto de cumplir una década desde que el ex Secretario de las Naciones Unidas, Koffi Annan, propuso la conformación del Pacto Global entre la comunidad internacional y las empresas, hacia el logro de ciertos objetivos en materia de derechos humanos, medio ambiente y estándares laborales, se torna interesante analizar cuáles han sido los avances en este campo.

Así mismo, resulta pertinente en la medida en que las empresas y en general el sector privado se ven cada vez más involucrados en la esfera de lo público cuando se trata de los temas en mención, de tal suerte que la sociedad sea más exigente con aquel, en un contexto

donde indiscutiblemente no pueden llevar a cabo sus operaciones de forma aislada.

Por su transversalidad y particularidades nos centraremos en la revisión de los logros alcanzados en materia de derechos humanos, en especial en cuanto hace a los caminos ideados para llegar a que las empresas respondan por sus acciones, cuando estas acarrear violaciones a los derechos humanos o incluso, en algunos contextos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

I. SOBRE LA RELACIÓN DERECHOS HUMANOS-SECTOR PRIVADO

Si bien el origen y la definición de los derechos humanos han sido puntos de constante discusión, debido a los matices filosóficos, morales, políticos y jurídicos que su concepción ha tenido, no lo ha sido su existencia de mucho tiempo atrás, al reconocerse en los individuos la dignidad humana y su capacidad para ser titulares de derechos frente al poder del Estado.

Tratar de reconstruir su historia obliga a remitirse a la Edad Antigua, pasando por el discurso de los derechos del hombre del siglo XVIII, hasta llegar a la época de la redacción y aprobación de normas de carácter internacional en la materia, que posteriormente serían adoptadas por las legislaciones internas de los Estados.

Pero en dicho contexto, ¿dónde aparece la empresa y bajo qué connotación? A la par que el concepto de los derechos humanos avanza, lo hace también el fenómeno de la globalización, y con ello la necesidad de contar con el sector privado y exigir más de este. Uno de los más notables reconocimientos de esta circunstancia ha sido la propuesta lanzada por Koffi Annan, ex Secretario General de las Naciones Unidas, en el Foro Económico Mundial en Davos en 1999.

En dicho escenario, el entonces Secretario General resaltó la importancia que había tenido el apoyo mutuo entre el sector privado y las Naciones Unidas en la consecución de los objetivos de ambas partes. Tras los logros alcanzados¹, el Secretario General lanzó una

1 En efecto, el sector privado apoya varios de los objetivos de las Naciones Unidas,

propuesta a los líderes allí presentes para que en aras de fortalecer la relación existente conformaran un “pacto global” de valores y principios compartidos, que le diera un rostro humano al mercado global. En este sentido invitó a los líderes asistentes a que trabajaran en la adopción, apoyo y representación de una serie de valores en los ámbitos laboral, ambiental y de los derechos humanos.

Al explicar las razones por las cuales había propuesto estas tres áreas, el Secretario General señaló las siguientes: i) En estas tres áreas, hombres y mujeres de negocios pueden hacer realmente la diferencia; ii) Estas son áreas en las cuales ya se han definido valores universales a través de pactos internacionales, y iii) En estas tres áreas, si no se actúa, las mismas pueden convertirse en una amenaza para el mercado global, en especial para el comercio multilateral.

Dicha propuesta se materializó en el Pacto Global de las Naciones Unidas, el cual se define como un marco de acción para las empresas que están comprometidas con alinear sus operaciones y estrategias con diez principios universalmente aceptados en las áreas de los derechos humanos, lo laboral, el medio ambiente y la anticorrupción. El Pacto Global, como iniciativa voluntaria, tiene dos objetivos principales: i) Integrar los diez principios en las actividades de las empresas alrededor de todo el mundo, y ii) Catalizar acciones que soporten las metas de las Naciones Unidas, como lo son los Objetivos de Desarrollo del Milenio².

Dentro de los diez principios que comporta el Pacto Global, dos se refieren específicamente a temas de derechos humanos; el primero de ellos reza lo siguiente: “*Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente*”, y el segundo señala que aquellas “*deben asegurarse de no actuar como cómplices de abusos a los derechos humanos*”³.

entre ellos las acciones de defensa de la propiedad intelectual y la provisión de asistencia para los países en vía de desarrollo.

2 Tomado de: <http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/principle5.html> Visitada el 15 de agosto de 2008.

3 *Ibíd.*

Ambos principios han tenido ya un desarrollo en términos de las razones por las cuales los derechos humanos son importantes para los negocios y sobre algunos puntos de partida para avanzar en el desarrollo de políticas y cultura empresarial en este frente. En igual sentido y a pesar de estar clasificados en otra área, los restantes ocho principios que componen el Pacto Global concurren con asuntos de derechos humanos, especialmente los relacionados con los mínimos laborales y el medio ambiente.

Sobre los desarrollos de los principios 1 y 2, el Pacto Global señala que existe un estrecho vínculo entre el imperativo moral para actuar responsablemente y el hecho de que un buen balance en temas de derechos humanos permita mejorar los resultados de las empresas. Entre las razones para involucrarse en temas de derechos humanos se habla de la promoción de la *Rule of Law* (Estado de Derecho), el incremento en la productividad y la construcción de relaciones con la comunidad, entre otros⁴.

Siendo este el marco político-temporal en el cual se hace evidente la importante relación que existe entre los derechos humanos y las empresas, se hace necesario reconocer que los fundamentos de esta datan de tiempo atrás cuando en la teoría y en la práctica las empresas ya venían involucrándose en asuntos de filantropía empresarial, hasta llegar a lo que hoy conocemos como la responsabilidad social empresarial, un concepto dinámico y, en consecuencia, inacabado⁵.

4 Ibid.

5 A. Crane, D. Marten y L. Spence, *Corporate Social Responsibility. Readings and Cases in a Global Context*, 107-109 (Routledge, London, 2008). Los autores señalan diferentes formas como la RSE ha sido descrita y definida en el mundo, entre quienes lo han hecho mencionan al Gobierno del Reino Unido, la Comisión Europea, el Ministerio de Comercio Chino, la Confederación de la Industria Británica, Gap Inc., y Christian Aid, todas con distintas versiones sobre lo que consideran ella debe ser. En un intento por agrupar estas definiciones, el autor señala como características centrales de la RSE la voluntariedad, la internalización o administración de las externalidades, la orientación hacia múltiples grupos de interés, la alineación de responsabilidades sociales y económicas, cierto tipo de prácticas y valores empresariales y la intención de que sea algo más allá de la filantropía.

Dentro de los desarrollos de la llamada “responsabilidad social empresarial” (RSE), a través de las diversas teorías⁶ que la fundamentan, se destaca la forma como se ha dado contenido al concepto “social”. Más allá del escenario abstracto de la “sociedad”, la operativización de este ha obligado a llevarlo a niveles manejables para las empresas. Es así como, habiéndose entendido la importancia de involucrar a otros dentro de las actividades de la empresa y en algunos casos dentro de los procesos de toma de decisiones, aparecen los denominados “grupos de interés” o “*stakeholders*”.

En su definición más sencilla, un *stakeholder* es cualquier grupo o individuo que pueda afectar o ser afectado por el logro de un propósito de la empresa⁷. Esta descripción tan amplia ha llevado a la formulación de diversos criterios para establecer quién es y quién no es catalogado como tal. En principio, estos criterios podrían resumirse, de un lado, en la determinación sobre la existencia de algún tipo de *interés* por parte de un grupo o individuo y, del otro, en el *poder* que puedan tener.

Se entiende así que los intereses pueden variar, bien si se trata de un interés de carácter económico, como puede ser el caso de los proveedores o competidores, o de otro tipo de interés particular, como por ejemplo el de los defensores de los consumidores. Al igual que en el caso de los intereses, en cuanto al poder, este puede clasificarse dependiendo de su capacidad de influencia. Se plantea así el poder de voto, el poder económico y el poder político⁸.

6 Ibid. Dentro de los desarrollos teóricos de la RSE se pueden encontrar diversos tipos de teorías, como es el caso de aquellas que son instrumentales y ven las actividades sociales como un medio para alcanzar los objetivos económicos de la empresa, aquellas políticas, enfocadas en el uso responsable del poder de las empresas en el escenario político, las teorías integracionistas, concentradas en la integración de las demandas sociales; y las teorías éticas enfocadas en lo correcto hacia el logro de una buena sociedad.

7 R. Freeman, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, en *Corporate Social Responsibility. Readings and Cases in a Global Context*, 111-122 (A. Crane, D. Matten & L. Spenc., Routledge, London, 2008).

8 Ibid.

Aun cuando estos son dos criterios básicos, la definición del mapa de *stakeholders* no se agota allí sino que por el contrario se torna complejo en tanto que miembros de un grupo de interés pueden serlo también de muchos otros y, por las dinámicas actuales de los mercados, quienes tienen poder político pueden tener a su vez un interés no solo de este tipo sino también económico, y así en múltiples escenarios.

Conceptos como los anteriores fueron tomados por el Pacto Global para la construcción de conceptos como los de “esfera de influencia”, “debida diligencia” y “complicidad”, relacionados con la responsabilidad de la empresa respecto de la observancia de los derechos humanos, los mínimos laborales y las buenas prácticas ambientales, de tal suerte que le dan alcance a las actuaciones de las empresas e intentan definir sus marcos de responsabilidad en el ámbito local, nacional e internacional.

II. EL ROL DEL SECTOR PRIVADO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Antes de referirnos a la responsabilidad de las empresas por la inobservancia de normas concernientes a los derechos humanos, es importante hacer alusión al escenario jurídico dentro del cual dicha responsabilidad tiene lugar, dadas las especiales características del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

Si bien varios aspectos pueden ser abarcados para referirnos a las características del DIDH –como lo son, según señala Villán Durán⁹, el que se trata de un derecho ideológico, derivado de los derechos nacionales, mínimo pero susceptible de ampliación, progresivo y complementario del derecho interno y universal–, dos son los aspectos que nos interesan a efectos de nuestro posterior análisis. El primero de ellos se refiere a la aparición de nuevos sujetos de derecho, dado el carácter *erga omnes* de las obligaciones que de dicho ordenamiento se derivan, y el segundo, al amplio desarrollo

9 C. Villán Durán, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, 102-113 (Edit. Trotta, Madrid, 2002).

que se ha dado al concepto de la “responsabilidad” por la violación de una norma de *ius cogens* o convencional, cuya consecuencia obligada es la reparación integral.

La razón por la cual estos dos aspectos resultan de gran importancia en nuestro estudio se refiere al hecho de que hoy por hoy los Estados han tenido que asumir ante instancias internacionales la responsabilidad respecto de acciones cometidas por terceros como las empresas, a quienes en el ámbito internacional, si bien no se les ha reconocido como sujetos de derecho internacional, se les reconoce como “participantes” con capacidad para asumir ciertos derechos y deberes bajo tal ordenamiento¹⁰.

En este sentido, abordaremos tales cuestiones de la siguiente manera: en primer lugar, nos referiremos a la forma como las empresas son percibidas en el plano internacional frente a las obligaciones que como particulares pueden tener en dicho ámbito; y en segundo lugar, revisaremos el régimen de responsabilidad de los Estados y las empresas a nivel internacional, para luego llevarlo al ámbito del DIDH a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

A. LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA DE LAS EMPRESAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Mientras que en el ámbito del derecho internacional público existe claridad sobre los sujetos de derecho, en el ámbito del DIDH no ocurre lo mismo dada su especial naturaleza. A la vez que el Estado es reconocido como pleno sujeto de derechos, en el caso del individuo no ocurre lo mismo. Se presentan allí diversas discusiones de carácter jurídico-político que cuestionan los alcances de la subjetividad de este.

En primer lugar, es importante tener en cuenta que dentro de la categoría de “individuo” puede contemplarse tanto la persona natural como la persona jurídica. En el caso de la persona natural

10 John Gerard Ruggie, “Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts”, UN Document A/HRC/4/035, 9 February 2007, párr. 20.

dependerá de si se trata de un sujeto activo o pasivo del DIDH. En el primero de los casos, Villán Durán¹¹ habla de una subjetividad internacional activa, pero de carácter limitado y funcional, dada en razón de los derechos que le reconocen los tratados internacionales de derechos humanos y la posibilidad que estos le dan a los sujetos de reclamar en contra de los Estados, a través de mecanismos convencionales y extraconvencionales¹². En el segundo de los casos se refiere a situaciones en las que se trata de exigir responsabilidad a quienes han violado normas de carácter internacional, especialmente aquellas relacionadas con el respeto a los derechos humanos¹³.

Al igual que ocurre con la persona natural, en el caso de la persona jurídica se pueden evidenciar dos roles dependiendo de la posición que asuma esta con respecto a determinada situación. Desde el punto de vista activo, las empresas adquieren derechos únicamente dentro del ámbito contractual-convencional, cuando manifiestan su voluntad, y solo dentro de este marco pueden exigir sus derechos.

Como sujeto pasivo, el reconocimiento de la persona jurídica como actor en la esfera internacional también ha avanzado hacia su reconocimiento como sujeto de deberes, bien sea a través de instrumentos internacionales, como es el caso de los relacionados con el tema de la polución y el medio ambiente, o a nivel jurisprudencial cuando se establece para los particulares la obligación de respetar los derechos en sus relaciones *vis-à-vis*, dejando de ser así simples “participantes” de la esfera internacional.

11 Villán Durán, ob. cit., supra nota 9, 120.

12 Dentro del Sistema Europeo de Derechos Humanos, a través de su Protocolo No. 11, en el marco de la Convención Europea y con las modificaciones introducidas al Reglamento de la Corte Interamericana, se ha ampliado la subjetividad jurídica de los individuos al menos en términos de capacidad procesal, en el avance hacia el reconocimiento del *locus standi in iudicio*, ante instancias judiciales internacionales.

13 Los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Rwanda son ejemplos claros de instancias internacionales *ad hoc*, creadas para el juzgamiento y sanción de individuos acusados de cometer cierto tipo de crímenes, entre ellos de lesa humanidad. En tales estrados, son los individuos quienes acuden como sujetos pasivos del DI.

A pesar de lo anterior y aun cuando se ha reconocido el papel preponderante que tienen las empresas dentro de la sociedad, su capacidad de influir como actores sociales y el rápido crecimiento del número de denuncias por graves vulneraciones de los derechos humanos, a los mínimos laborales y a la protección del medio ambiente¹⁴, aún no se ha llegado a un estado de cosas en el que existan mecanismos idóneos y eficaces que permitan a las víctimas acudir ante una instancia competente que declare la responsabilidad directa de las empresas por sus actos y las obligue a reparar de manera integral.

B. EL SECTOR PRIVADO A LA LUZ DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

1. DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS

Previo a la revisión del marco conceptual y normativo de la responsabilidad de las empresas por sus acciones, resulta importante contextualizarla dentro del régimen de responsabilidad internacional de los Estados en el plano del derecho internacional y del DIDH.

Teniendo en cuenta que ya existen avances sobre dicho régimen, nos concentraremos en la revisión de los aspectos generales, a través del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional¹⁵ (en adelante “el Proyecto” o “el Proyecto de la CDI”).

14 John Gerard Ruggie, “Informe provisional del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales”. UN Document E/CN.4/2006/97, 22 February 2006. El Representante Especial señala que la rápida evolución de la relación entre las empresas y los derechos humanos se enmarca dentro de un contexto dado por tres factores: las características institucionales de la mundialización, los cuadros generales de los presuntos abusos de las empresas y aspectos conexos y los puntos fuertes y débiles característicos de las respuestas que se han venido generando para abordar los problemas de derechos humanos.

15 Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53 periodo de sesiones (A/56/10) y anexado por la Asamblea General en su Resolución 56/83, 12 de diciembre de 2001.

El Proyecto de la CDI desarrolla las condiciones generales bajo las cuales un Estado puede ser considerado responsable a la luz del derecho internacional, por sus actos u omisiones, y las consecuencias legales que surgen de tales circunstancias. En este sentido, parte de la premisa de que todo acto internacionalmente ilícito genera la responsabilidad de los Estados, señalando a continuación que dicho acto puede consistir en una acción u omisión atribuible a un Estado bajo el derecho internacional –elemento subjetivo–, que constituya una transgresión a una obligación internacional en cabeza de aquel –elemento objetivo–.

Frente al elemento subjetivo, el Proyecto contempla varias circunstancias “atribuibles” al Estado, dentro de las cuales se mencionan: i) La conducta de un órgano del Estado, bien sea de la rama ejecutiva, legislativa o judicial, o que ejerza cualquier otro tipo de función; ii) La conducta de una persona o entidad que no sea órgano del Estado, pero que esté facultada por el derecho interno para ejercer atribuciones del poder público y actúe conformemente con esa capacidad; iii) La conducta de una persona o de un grupo de personas, cuando actúen por instrucciones o bajo la dirección o el control del Estado; iv) Las conductas de los grupos insurreccionales o de otra índole, cuando estos se conviertan en el nuevo gobierno, y v) Los comportamientos que no siendo atribuibles al Estado, son reconocidos y adoptados por este como propios¹⁶.

En lo que corresponde al elemento objetivo, el Proyecto señala que existe una transgresión a una obligación internacional por parte de un Estado, cuando un acto u omisión por parte de este no esté conforme a lo que está obligado, independientemente del origen o carácter de tal obligación.

Dichas obligaciones internacionales son las que determinan el comportamiento de un Estado y sus límites, y se constituyen en normas primarias cuyo contenido da alcance a lo contemplado en el Proyecto de la CDI. Estas normas son aquellas establecidas en el ordenamiento jurídico internacional, tales como las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales

16 Ibid., artículos 4, 5 y 6.

de derecho, la jurisprudencia y la doctrina, consideradas fuentes de derecho a la luz del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

En la medida en que el Proyecto no limita el origen de la obligación, la responsabilidad de los Estados puede generarse bien de obligaciones que surgen de las relaciones entre ellos, como de aquellas que cada Estado tiene respecto de la comunidad internacional. En este último caso es que se presenta la responsabilidad del Estado por violaciones al régimen internacional de los derechos humanos, compuesto por normas de interés público internacional.

A la vez que el Proyecto de la CDI regula las condiciones bajo las cuales se genera responsabilidad internacional para los Estados, establece también las consecuencias legales derivadas de esta, definiendo cuál es su contenido. En primer lugar, señala la obligación de cesar la comisión del acto, si este aún continúa, y de ofrecer las garantías y seguridades de no repetición. En segundo lugar y más importante, establece la obligación de reparar de la siguiente manera:

Artículo 31.- Reparación

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.
2. *El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado”.*

Además, sujeta a que esta se haga a través de tres modalidades: la restitución, la indemnización y la satisfacción¹⁷, todo lo cual no riñe con lo ya dicho en otros ámbitos acerca del derecho a obtener reparación y garantías de no repetición de las violaciones¹⁸.

De manera especial, el Proyecto trata de recoger situaciones en las cuales se esté ante graves violaciones al derecho internacional,

17 *Ibíd.*, arts. 34 a 39.

18 Diane Orentlicher, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. UN Document. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

bajo el entendido de que esto ocurrirá cuando el Estado de manera flagrante y sistemática viole una obligación emanada de una norma imperativa establecida en dicho ordenamiento. Al respecto es importante señalar que en la medida en que el Proyecto es una norma secundaria, la categoría de “norma imperativa de derecho internacional general” se nutrirá de lo que las normas primarias le indiquen. En el caso del DIDH, dado su especial carácter, este aplicará en buena parte a dicha categoría.

2. DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL A LA LUZ DEL DIDH

Ya se ha dicho que dentro de las normas primarias existen aquellas que solamente interesan a las partes, como es el caso de la protección diplomática y otras en las que se ve involucrado el interés de la comunidad internacional, como es el caso de la protección contra el genocidio y contra actos de discriminación.

Igualmente se ha señalado que atendiendo a ello, el Proyecto de la CDI reconoce la existencia de violaciones graves a obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional, a pesar de lo cual no establece agravantes a la responsabilidad de los Estados que las infringen, ni consecuencias legales adicionales a las ya comentadas.

A lo anterior debe agregarse que siendo este Proyecto un desarrollo reciente en materia de responsabilidad del Estado, reconoce el hecho de que otros instrumentos puedan ser aplicados de manera preferencial, *“en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional”*¹⁹.

De allí que resulte pertinente entrar a revisar si en efecto, a la luz del DIDH y dentro del SIDH, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es *lex specialis* para determinar la

19 Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, art. 55.

responsabilidad internacional de los Estados, por la violación a las normas consagradas en esta última.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), organismo judicial del SIDH, ha dicho:

*“Si bien la misma Convención Americana hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación, las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma. De tal manera, dicho instrumento constituye en efecto *lex specialis* en materia de responsabilidad estatal, en razón de su especial naturaleza de tratado internacional de derechos humanos vis-à-vis el Derecho Internacional general. Por lo tanto, la atribución de responsabilidad internacional al Estado, así como los alcances y efectos del reconocimiento realizado en el presente caso, deben ser efectuados a la luz de la propia Convención”²⁰.*

Lo anterior nos lleva a concluir sin mayores esfuerzos que efectivamente en los casos en los en que se trate de la responsabilidad de los Estados por la violación a alguno de los derechos consagrados en la Convención, ésta será el instrumento jurídico a través del cual se determine la existencia de responsabilidad o no de un Estado, dado su carácter de *lex specialis*. Revisemos entonces lo señalado por el SIDH en cuanto a la responsabilidad de los Estados a la luz de su ordenamiento jurídico.

La Convención Americana, entrada en vigor en 1978, es dentro del SIDH una pieza jurídica fundamental en la determinación de la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a los derechos humanos. Ello deviene de dos aspectos relevantes, el primero de ellos, la definición de obligaciones específicas de respeto y garantía para los Estados, y el segundo, el establecimiento de un órgano judicial con competencia para declarar responsables a los Estados por actos u omisiones que vayan en contravía de

20 CorteIDH, Caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 107.

las obligaciones consagradas en tal instrumento, como lo es la CorteIDH²¹.

En cuanto hace a la responsabilidad de los Estados, la CorteIDH, además de reconocer en dicho instrumento el carácter de *lex specialis*, ha señalado que son los artículos 1.1 y 2 de la CADH los que le permiten definir si una violación a los derechos humanos puede ser atribuible o no a un Estado y por ende si este puede ser declarado responsable. Textualmente señala:

“[e]l artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.

Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.

Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del Derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones

21 Con respecto a esto último es importante aclarar que el Sistema Interamericano, en ejercicio de su función de protección de los derechos humanos, cuenta no solo con la CorteIDH, sino también con la CIDH, ambas encargadas de conocer de casos de violaciones a los derechos humanos.

A pesar de que su principal diferencia radica en que mientras que la CIDH es un órgano cuasijudicial, sin competencia para determinar la responsabilidad de un Estado a través de sentencia y que la CorteIDH es un órgano judicial que sí tiene esta facultad, no debe olvidarse que tal como está contemplado el procedimiento para conocer de casos de violaciones a los derechos humanos, ambas instancias actúan como un todo, en el que la CIDH tiene la facultad de que habiendo conocido sobre un caso y generado recomendaciones sobre este, posteriormente decida someter el caso a la Corte, para su conocimiento y decisión.

*de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del Derecho interno*²².

En el mismo sentido, refiriéndose al artículo 2, la CorteIDH ha señalado:

*“La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención*”²³.

“[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”²⁴.

Si bien ya ha sido clara la CorteIDH en señalar que el Estado será responsable por los actos u omisiones que cometan sus agentes, esta también señala que la responsabilidad no solo tiene cabida respecto de acciones cometidas por el Estado frente a los individuos –en una relación vertical– sino también frente a las violaciones cometidas por particulares –en una relación horizontal–. Veamos.

“Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esas

22 CorteIDH. Caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 108.

23 CorteIDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 77.

24 *Ibid.*, párr. 78.

obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones ‘erga omnes’ contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”²⁵. (Resaltado fuera de texto).

No siendo suficiente esto, la CorteIDH, haciendo uso de la teoría de la *Drittwirkung*, va aún más allá para decir:

“se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del ‘Drittwirkung’, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”²⁶. (Resaltado fuera de texto).

Al respecto es importante anotar que dentro de la teoría de la *Drittwirkung* se encuentran dos posiciones, una que apoya la *Drittwirkung* directa o inmediata y la otra que apoya la indirecta o mediata. Su principal diferencia radica en la necesidad o no de incorporar al tráfico jurídico privado normas que regulan derechos fundamentales, para hacer posible la exigencia de estos a los particulares²⁷.

Dada la competencia *ratione materiae* de la CorteIDH y sus pronunciamientos respecto de la responsabilidad por actos de terceros, es claro que esta se inclina por la *Drittwirkung* directa, bajo el entendido de que no se requeriría de una incorporación de

25 Corte IDH. Caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Excepciones preliminares. Sentencia 7 de marzo 2005. Serie C No. 122, párr. 111.

26 CorteIDH. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, párrs. 77, 140.

27 A. Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, 138-164 (reimpr. actualizada, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001).

las normas de derechos humanos al tráfico jurídico privado, es decir a los ordenamientos especiales que regulan relaciones entre los particulares, para que ciertas normas fueran observadas no solo por los Estados sino también por los particulares en sus relaciones.

Ocurre así que, a la luz de los pronunciamientos de la CorteIDH, los particulares deben respetar los derechos humanos a pesar de que sea el Estado quien en determinadas circunstancias deba responder ante instancias internacionales por su omisión frente a los actos de las empresas.

Dependerá así de los Estados contar con instituciones judiciales fortalecidas que sean capaces de proteger los derechos conculcados y en todo caso, en situaciones en las que estos sean débiles frente a las grandes empresas, deberá contarse con instancias de presión y judiciales que logren la efectividad de los derechos.

3. PARÁMETROS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Es importante reconocer que en el ámbito internacional se han dado algunos logros hacia la definición de la responsabilidad de las empresas por violaciones a los derechos humanos. Al respecto, dos son las referencias obligadas, a saber, la construcción conceptual que se ha hecho de los términos “esfera de influencia” y “complicidad”, y el “Proyecto de Normas sobre la responsabilidad de las corporaciones transnacionales y de otras empresas respecto de los derechos humanos”²⁸ (en adelante “el Proyecto de Normas”).

28 En Resolución 2001/3, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos solicitó al “Grupo de Trabajo sobre métodos de trabajo y actividades de empresas transnacionales” contribuir en la elaboración de un primer borrador sobre normas relevantes concernientes a derechos humanos y empresas transnacionales y otras unidades económicas cuyas actividades tienen impacto en los derechos humanos. En respuesta a este requerimiento el Grupo de Trabajo preparó el Proyecto de normas de responsabilidades de corporaciones transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. Draft Commentary on the Norms of Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/XX, E/CN.4/Sub.2/2003/WG.2/WP.1 (for comments until January 15, 2003, and for discussion in July/August 2003).

Revisaremos primero el que se refiere a los términos antes mencionados para posteriormente abordar el Proyecto de Normas.

En el escenario del Pacto Global, el concepto “esfera de influencia” fue desarrollado con el ánimo de ayudar a las compañías a apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados internacionalmente, dentro de los lugares de trabajo y fuera de ellos, fijando el alcance de la RSE en este ámbito, con base en la influencia que tienen los negocios particulares²⁹.

Sus iniciales desarrollos se reflejaron en un diagrama de esferas concéntricas en el que se ubicaba en cada una de ellas cierto grupo de interés. Se consideraba, en su orden, a los empleados, los proveedores, el mercado, la comunidad y el gobierno, presumiendo que en la medida en que los *stakeholders* se alejaban del centro, que es la empresa, la responsabilidad de esta disminuía.

Considerando que la construcción de mapas de *stakeholders* es un ejercicio mucho más complejo que como se plantea la esfera de influencia inicial, su primera versión ha sido criticada por ser inapropiada y ambigua con respecto de la delimitación de la responsabilidad empresarial y la diligencia debida, en la medida en que las empresas requieren que de manera más precisa se establezca qué acciones suponen las responsabilidades sociales y a quién se deben responsabilidades específicas³⁰.

Al adoptarse la idea de la esfera de influencia por parte de las empresas, surgieron dudas sobre cómo entender el término “influencia”³¹. De una parte, podía entenderse como “impacto”, visto como la realización de actividades por parte de la empresa o de relaciones con las que efectivamente se estuviera causando un daño; y de otra, como la “influencia” que tuviera la compañía sobre actores que pudieran causar o prevenir un daño.

Considerando la imprecisión del término “influencia”, el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para el asunto de los derechos humanos y las corporaciones

29 John Gerard Ruggie, “Clarifying the Concepts of ‘Sphere of Influence’ and ‘Complicity’”. UN Document A/HRC/8/16. 15 may 2008, párr. 7.

30 *Ibid.*, párrs. 7-9.

31 *Ibid.*, párrs. 10-18.

transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, parece inclinarse por el concepto de “impacto”, bajo el entendido de que la esfera de influencia no se define por la proximidad con la empresa sino por un tema de *control o causación*³².

Otros dos conceptos que resultan de gran importancia en la determinación de responsabilidad de las empresas son el de *diligencia debida* y el de *complicidad*. Respecto de la diligencia debida debe señalarse que si bien se considera que su alcance estará dado por diversos aspectos fácticos, existen algunos factores que pueden ser tomados como guía por las empresas. Estos son: i) El contexto del país donde se realizan actividades; ii) Los impactos que van a tener las actividades de la empresa en términos de derechos humanos, y iii) Si las empresas pueden contribuir en casos de abuso a los derechos a través de las relaciones vinculadas con su actividad³³.

Frente a estos parámetros resulta evidente que la esfera de influencia no es suficiente tal y como está planteada por el Pacto Global y, por el contrario, que para su construcción se debe considerar la dinámica del contexto en torno a las actividades y relaciones conexas con aquellas.

En cuanto hace a la complicidad, aun cuando se afirma que su concepto varía incluso en términos legales, ésta en esencia se refiere a la circunstancia en que una compañía, de manera conciente, contribuye a la comisión de abusos a los derechos humanos, por parte de otros (bien sea agentes gubernamentales o no gubernamentales). Es considerada un involucramiento indirecto dado que la compañía por sí misma no realiza ningún acto³⁴.

En la medida en que la mera presencia de la compañía en un contexto de violaciones a los derechos humanos no es suficiente para que se configure un supuesto de responsabilidad, se ha tenido que generar criterios para la definición de dicha eventualidad. En el caso de las empresas, las normas aplicables en instancias judiciales

32 Ibid.

33 Ibid., párrs. 29-32.

34 Ibid., párr. 30.

penales y civiles han servido de guía en la resolución de casos por violaciones a los derechos humanos, en los que estas han estado involucradas, aplicando de una u otra manera estándares de cortes criminales internacionales³⁵.

Igualmente, en conformidad con el principio 2 del Pacto Global, se establece que la complicidad en casos de abuso a los derechos humanos puede darse de tres maneras: i) complicidad directa: cuando una compañía, de manera consciente, asiste a un Estado en la violación de derechos humanos; ii) complicidad beneficiosa: en la que una compañía se beneficia directamente de abusos cometidos por alguien más, y iii) complicidad silenciosa: referida a situaciones en las que las compañías no actúan o aceptan situaciones en las que se violan de manera continua y sistemática los derechos humanos, sin acudir a las autoridades correspondientes³⁶.

Además de los elementos jurisprudenciales y los desarrollos del principio 2 del Pacto Global, han servido para reforzar el compromiso de las empresas de no verse involucradas en casos de violaciones a los derechos humanos los principios de la OECD para las empresas multinacionales y la presión que los inversionistas y las organizaciones no gubernamentales, dedicadas a la defensa de los derechos humanos, han hecho en las arenas económica y política.

En cuanto hace al Proyecto de Normas, este se refiere en primer lugar al tipo de responsabilidad que corresponde al Estado y a la empresa en términos de derechos humanos. Señala así que los Estados tienen la obligación primaria de respetar y garantizar los derechos humanos, prevenir su violación y promoverlos. Igualmente establece el deber de garantizar que las compañías transnacionales, al igual que otras empresas comerciales, respeten los derechos

35 El Alien Tort Claim Act (ATCA), por ejemplo, permite que terceros no ciudadanos estadounidenses acudan ante las Cortes Federales para que coloquen en conocimiento de estas violaciones a los derechos humanos en las que se han visto involucradas las empresas. Con la misma idea de hacer responsable a las empresas, algunas jurisdicciones nacionales permiten que las personas jurídicas sean responsables al menos por ciertos crímenes internacionales.

36 *Ibid.*, <http://www.unglobalcompact.org>

humanos en su respectiva esfera de influencia, dentro de la cual tienen las mismas obligaciones del Estado³⁷.

En este sentido, desarrolla varias obligaciones de las empresas, para que estas actúen dentro de su esfera de influencia, tales como la de asegurar el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el respeto del derecho a la seguridad de las personas y de los derechos de los trabajadores conforme a estándares de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el respeto por la soberanía nacional y los derechos humanos (particularmente los derechos económicos, sociales y culturales) y la protección al consumidor y al medio ambiente³⁸.

El Proyecto va más allá señalando la manera como estas normas pueden ser implementadas por las empresas. En este caso contempla tres acciones: la adopción, difusión e implementación de reglas internas de operación que estén en conformidad con las obligaciones allí consagradas, extendiendo dicha responsabilidad a las relaciones que mantengan con los distintos *stakeholders*.

A pesar de que este Proyecto es un avance dentro de la implementación del Pacto Global, es importante señalar aquí que no es lo suficientemente contundente respecto de los derechos a respetar y las obligaciones que surgirían como consecuencia necesaria de la causación de un daño, como lo es la de reparación integral a las víctimas.

III. EL SECTOR PRIVADO ANTE EL SIDH

Una vez revisados algunos aspectos sobre la responsabilidad por violaciones a los derechos humanos en el ámbito internacional, vale la pena ver cómo los organismos internacionales encargados de la protección de los derechos humanos se han pronunciado sobre casos

37 Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003). Approved August 13, 2003, by U.N. Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights Resolution 2003/16, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/L.11 at 52 (2003).

38 *Ibíd.*

de violaciones en las que el sector privado se ha visto involucrado. Para tales efectos nos restringiremos al SIDH.

A. CASOS EN SEDE DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS

1. COMUNIDAD SAN MATEO DE HUANCHOR VS. PERÚ³⁹

Desde el año de 1999 la comunidad San Mateo de Huanchor, en su mayoría indígena, se ha visto afectada por la contaminación generada por la cancha de relaves de residuos tóxicos denominada “Mayoc”, perteneciente a la empresa minera “Lizandro Proaño S.A”.

Alegan los peticionarios que la concesión minera se efectuó transgrediendo disposiciones legales del sector minero al haberse otorgado en una zona de expansión urbana, no cumplir con la presentación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) sobre los efectos de la explotación minera y no contar con la autorización de la alcaldía municipal respectiva.

En agosto de 2007 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) otorgó medidas cautelares a la comunidad en los siguientes términos: i) Iniciar un programa de asistencia y atención en salubridad; ii) Llevar a cabo el EIA; iii) Iniciar los trabajos necesarios para el tratamiento y traslado del relave a un sitio seguro que no genere contaminación; iv) Elaborar un cronograma de actividades a través del cual monitorear el cumplimiento de la medida, y v) Tener en cuenta, en la realización de las medidas anteriores, a la comunidad.

En informe de admisibilidad la CIDH, al referirse a la excepción de no agotamiento de los recursos internos, señaló que existiendo dos procedimientos en curso, uno de carácter administrativo y otro judicial, con ninguno de los dos se había logrado remover el relave que generaba la contaminación a la comunidad, decidiendo

39 Informe No. 69/04. Petición 504/03. Admisibilidad. Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros. Perú. 15 de octubre de 2004.

por ello no admitir la excepción y emitir informe de admisibilidad sobre el caso.

Debe resaltarse en este caso el argumento por el cual la CIDH admite la petición, puesto que a pesar de no haber entrado al estudio del fondo, puede deducirse que los recursos alegados por el Estado no han sido ni adecuados ni eficaces para proteger contra la vulneración causada por la empresa, caso en el cual el Estado sería responsable por la violación a lo consagrado en los artículos 8 y 25 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

2. TRABAJADORES DE LA EMPRESA FERTILIZANTES DE CENTROAMÉRICA (FERTICA) VS. COSTA RICA⁴⁰

La empresa Fertilizantes de Centroamérica, antiguamente pública, despidió a la totalidad de los trabajadores, de los cuales 265 estaban sindicalizados, y realizó una serie de acciones contra el sindicato Asociación de Trabajadores de Fertilizantes. Dichos actos fueron denunciados por medio de recursos administrativos y judiciales que a la fecha no habían producido algún resultado, desde 1996⁴¹.

El Estado adujo que la empresa que había supuestamente cometido las acciones contra el sindicato era de naturaleza privada, argumentando además que no se podían establecer acciones directas del Estado en contra de los derechos de los trabajadores miembros del sindicato⁴².

El caso fue declarado admisible por la CIDH bajo el entendido de que, en caso de resultar probados los hechos alegados, estos podrían caracterizarse como violaciones a los derechos a las garantías judiciales, a la libertad de asociación y a la protección judicial garantizados en los artículos 8, 16 y 25, en relación con el artículo 1.1, CADH.

Es importante señalar que este caso resulta de interés en la medida en que, tal como lo señala Costa Rica, los actos fueron

40 Informe 21/06. Petición 2893-02. Admisibilidad. Trabajadores de la empresa Fertilizantes de Centroamérica (FERTICA) vs. Costa Rica. 2 de marzo de 2006.

41 *Ibíd.*, párr. 2.

42 *Ibíd.*

presuntamente cometidos por terceros y la CIDH conocería del caso por la falta de garantías ofrecidas por parte del Estado para evitar precisamente los abusos cometidos por terceros, como es el caso de la empresa Fertica, directa responsable de las acciones violatorias de los derechos humanos.

B. CASOS ANTE LA CORTEIDH

1. CASO DE LA COMUNIDAD MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI VS. NICARAGUA⁴³

La Comunidad Mayagna, ubicada en la Región Autónoma Atlántico Norte de Nicaragua (RAAN), cuenta con una organización política interna y está integrada por aproximadamente 600 familias, las cuales subsisten de la agricultura, la caza y la pesca, actividades que realizan dentro de un espacio territorial de acuerdo con su esquema de organización colectiva tradicional. Al momento de los hechos, el territorio de la comunidad no había sido demarcado respecto al de otras comunidades y la misma no contaba con títulos de propiedad sobre este.

En 1996, el Estado otorgó una concesión por 30 años a la empresa Solcarsa para el manejo y aprovechamiento forestal en un área de aproximadamente 62.000 hectáreas ubicadas en la RAAN. La empresa fue sancionada por el Marena en 1997, por haber realizado cortes ilegales de árboles “en el sitio de la comunidad de Kukalaya” y por haber ejecutado obras sin el permiso ambiental.

Tras agotar infructuosamente los recursos internos, la comunidad acudió a la CIDH para que conociera del caso. Posteriormente éste pasó a la CorteIDH, sede en la cual se decidió sobre los derechos consagrados en los artículos 25, 21, 1.1 y 2 CADH, referentes a protección judicial, propiedad privada y obligaciones generales de respeto y garantía.

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

Con respecto al derecho a la propiedad, la Corte señaló que conforme a la CADH y el derecho consuetudinario, dada la falta de delimitación del territorio de la comunidad y la incertidumbre que esto le genera, la comunidad tiene derecho a que el Estado

“1. delimite, demarque y titule el territorio de propiedad de la Comunidad; y 2. se abstenga de realizar, hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad”⁴⁴. (Resaltado fuera de texto).

Acto seguido, al referirse a la responsabilidad del Estado, señaló:

“a la luz del artículo 21 de la Convención, el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes”⁴⁵. (Resaltado fuera de texto).

El caso resulta importante toda vez que la CorteIDH concluye que el Estado es responsable por el hecho de otorgar concesiones a terceros para que realicen actividades que eventualmente pueden causar afectaciones a sus derechos.

2. CASO DE CLAUDE REYES VS. CHILE⁴⁶

El presente caso se refiere a la negativa del Comité de Inversiones Extranjeras de Chile a otorgar información sobre un contrato de inversión extranjera celebrado entre el Estado y dos empresas extranjeras y una empresa chilena receptora, con el fin de

44 CortelDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 153.

45 *Ibíd.*, párr. 153.

46 CortelDH. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

desarrollar un proyecto de industrialización forestal, el cual generó gran discusión pública por el impacto ambiental que podía causar.

Bajo el principio de máxima divulgación que opera para el Estado, la CorteIDH señaló que en casos de interés público, como es el de las inversiones extranjeras de este tipo, que involucran la explotación de recursos naturales, la información debe ser pública, y que solamente se han de aplicar restricciones cuando se cumpla con dos requisitos: que estén establecidas por ley y que las restricciones cumplan con alguno de los objetivos de la CADH⁴⁷.

La importancia de lo anterior reside en que la CorteIDH da lineamientos útiles sobre el alcance de la responsabilidad social de las empresas y respecto de frente a quiénes las mismas tienen obligaciones cuando se realizan actividades de interés público, como ocurre en el caso de la explotación de los recursos naturales.

3. CASO DEL PUEBLO SARAMAKA VS. SURINAME⁴⁸

En el periodo comprendido entre 1997 y 2004, Suriname otorgó varias licencias forestales y de minería, cuyas actividades se realizaban en territorios que la comunidad Saramaka considera que ancestralmente le corresponden. Estas concesiones se dieron sin que se terminara la realización de los estudios de impacto correspondientes y sin que se implementaran mecanismos de consulta a dichos pueblos.

Dentro de los aspectos de controversia se encontraba el de la propiedad del territorio ocupado por la comunidad, puesto que ésta no era reconocida como pueblo tribal y solamente tenía sobre el mismo derecho al uso y goce, mas no a la disposición. Mientras la comunidad señalaba que el territorio le pertenecía ancestralmente, el Estado alegaba que este era de su propiedad.

47 *Ibid.*, párrs. 89-90.

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

En el presente caso la CorteIDH estudió ocho aspectos frente a la situación de la comunidad Saramaka⁴⁹, de los cuales nos referiremos concretamente a: si y en qué medida el Estado puede otorgar concesiones para la exploración y la extracción de los recursos naturales que se encuentran dentro y sobre el presunto territorio Saramaka, y si las concesiones que el Estado ya otorgó cumplen con las garantías establecidas conforme al derecho internacional.

Al respecto la Corte, al reconocer que las explotaciones de recursos naturales pueden perturbar el uso y goce de otros recursos naturales necesarios para la supervivencia de quienes habitan el territorio donde se lleva a cabo la explotación, señala que el derecho a la propiedad puede ser restringido bajo las siguientes condiciones: a) que las restricciones hayan sido previamente establecidas por ley; b) que sean necesarias; c) que sean proporcionales, y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática⁵⁰.

Respecto del artículo 1.1 CADH, la Corte establece que en los casos de concesiones de explotación de recursos naturales, con el ánimo de que se proteja su subsistencia, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías:

49 Ibid., párr. 77: “*primero, si los miembros del pueblo Saramaka conforman una unidad tribal sujeta a medidas especiales que garanticen el ejercicio de sus derechos; segundo, si el artículo 21 de la Convención Americana protege el derecho de los integrantes de los pueblos tribales al uso y goce de la propiedad comunal; tercero, si el Estado ha reconocido el derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka que deriva de su sistema comunal de propiedad; cuarto, si, y en qué medida, los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho de usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran sobre y dentro del territorio que supuestamente tradicionalmente les pertenece; quinto, si, y en qué medida, el Estado puede otorgar concesiones para la exploración y la extracción de los recursos naturales que se encuentran dentro y sobre el presunto territorio Saramaka; sexto, si las concesiones que el Estado ya otorgó cumplen con las garantías establecidas conforme al derecho internacional; séptimo, si la falta de reconocimiento del pueblo Saramaka como persona jurídica los convierte en inelegibles conforme al derecho interno para poder recibir un título comunal de propiedad sobre sus tierras en calidad de comunidad tribal y tener acceso igualitario a la protección judicial de su derecho de propiedad, y finalmente, si existen recursos legales efectivos y adecuados disponibles en Surinam para proteger a los miembros del pueblo Saramaka contra los actos que violan su alegado derecho al uso y goce de la propiedad comuna*”.

50 Ibid., párr. 127.

“Primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante ‘plan de desarrollo o inversión’) que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental”⁵¹.

Frente a las concesiones que ya habían sido otorgadas la CorteIDH en su estudio analiza lo siguiente: i) Si los recursos naturales (oro y madera) son de uso tradicional del pueblo; ii) Si el Estado garantizó la participación efectiva del pueblo Saramaka, a través de sus métodos tradicionales de toma de decisión respecto de las concesiones; iii) Si compartió los beneficios con los miembros de dicho pueblo, y iv) Si se realizaron los estudios de impacto ambiental y social y se le dio la debida compensación por los daños causados.

Tras el análisis de los anteriores aspectos, la Corte establece que estos mínimos no fueron cumplidos y por ende el derecho a la propiedad, consagrado en el artículo 21 CADH, fue violado, en conexión con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

Este fallo resulta importante en la medida en que en punto de las “consultas previas” ya se ha dicho que estas deben llevarse a cabo para los pueblos indígenas y tribales en casos de explotación de recursos naturales. Si bien en principio es obligación de los Estados su implementación, conforme el Convenio 169 de la OIT, ello no es óbice para que, de acuerdo con el criterio de debida diligencia, las empresas coadyuven en su implementación⁵².

51 Ibid., párr. 129.

52 CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axe vs. Paraguay. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 127, 128 y 165.

4. OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTEIDH OC-18 DE 2003, “CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS”

A pesar de no corresponder a un caso concreto de violación a los derechos humanos, por su importancia, nos referiremos a esta opinión consultiva como precedente en torno a la obligación de respeto que los particulares tienen frente a los derechos de sus pares.

Con fundamento en el artículo 64.1 CADH, México sometió a la CorteIDH 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.

Ante tal solicitud, la Corte realiza un análisis sobre el principio de igualdad y no discriminación, refiriéndose a su carácter fundamental y sus efectos. Señala así: “*La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos*”⁵³. Estableciendo que se entenderá por discriminación “*toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos*”⁵⁴.

Señala además:

“El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. *Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares*”⁵⁵. (Resaltado fuera de texto).

53 Ibid., párr. 83.

54 Ibid., párr. 84.

55 Ibid., párr. 100

La CorteIDH enfatiza así:

“Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del jus cogens’, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones ‘erga omnes’ de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares”⁵⁶. (Resaltado fuera de texto).

Y frente al derecho de los migrantes indocumentados precisa:

“En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del Drittwirkung, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”⁵⁷.

“De esta manera, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales”⁵⁸. (Resaltado fuera de texto).

“La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos”⁵⁹.

Vistos los precedentes jurisprudenciales de la CorteIDH, no queda duda sobre los grandes avances que a este nivel se han dado en los estrados internacionales hacia la protección de los derechos humanos en casos en los que no es el Estado directamente quien comete las violaciones sino terceros particulares.

56 Ibid., párr. 110.

57 Ibid., párr. 140.

58 Ibid., párr. 146.

59 Ibid., párr. 147.

A pesar de tales avances, es necesario reconocer que no basta la afirmación de la Corte en el sentido de que las empresas como terceros tienen la obligación de respetar, si dada su competencia, no les es posible ir más allá de la declaración de responsabilidad del Estado. Se observan así dos niveles que no necesariamente concurren en el plano del DIDH, las obligaciones de respeto y garantía y la responsabilidad cuya consecuencia es la reparación.

CONCLUSIONES

A lo largo del artículo se han mencionado algunos elementos útiles para analizar en qué estado se encuentra hoy por hoy el sector privado respecto del ámbito de los derechos humanos, particularmente en torno al cumplimiento de sus obligaciones a la luz de la normativa internacional. Revisados estos elementos, pueden mencionarse las siguientes conclusiones:

1. A pesar de los logros alcanzados a través del Pacto Global, el Proyecto de Normas y la jurisprudencia de órganos encargados de la protección de los derechos humanos, no existen aún lineamientos claros que permitan a los Estados actuar bajo la convicción de que con sus acciones cumplen a cabalidad con las obligaciones de respeto y garantía frente a las acciones que realizan las empresas.
2. En el caso de las empresas, los dispositivos propuestos (es decir, esfera de influencia, grupo de interés), a pesar de ser útiles al momento de ubicar a las empresas en un espacio y un tiempo determinados, no facilitan la operación de estos conforme a los estándares del DIDH.
3. No obstante la existencia de teorías de corte ético e integracionista que plantean un compromiso muy serio de las empresas con lo social, la RSE sigue siendo vista como un fenómeno voluntario de las empresas, situación que se revierte en contra de estas cuando por desconocimiento de causa o por falta de previsión se ven abocadas a grandes escándalos, procesos judiciales a nivel interno e internacional y grandes pérdidas de dinero. Esto es consecuencia del hecho

de que muchas empresas aún, en especial las pequeñas y medianas, no se reconocen como sujetos obligados a respetar los derechos consagrados en instrumentos internacionales, que por demás tienen efectos *erga omnes*. Para estas el discurso de los derechos humanos se mantiene todavía en la esfera de lo público.

4. Dada la inexistencia de lineamientos claros para los Estados y las empresas respecto de los derechos humanos, se hace necesario que se trabaje en dos frentes. De una parte, el Estado debe procurar que su normativa se adapte a las exigencias actuales, de tal suerte que esta sea clara y se establezcan mecanismos de protección efectivos e idóneos, a través de los cuales se logre la reparación de las víctimas. Y de otra, es preciso abordar procesos de construcción de política pública en los que se incluya al sector privado con ciertas obligaciones, para el logro de una responsabilidad compartida, como lo sugiere el Representante Especial, John Ruggie.
5. En la medida en que el número de denuncias por violaciones a los derechos humanos aumenta, se hace necesario repensar los mecanismos de protección actuales hacia unos que respondan a una arquitectura institucional competente para conocer de tales casos y reparar de manera integral a las víctimas, de conformidad con los estándares del DIDH.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Crane, A.; D. Matten. y L. Spence, *Corporate Social Responsibility. Readings and Cases in a Global Context* (Routledge, London, 2008).
- Estrada, A. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares* (reimpr. actualizada, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001).
- Faúndez Ledesma, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos procesales e institucionales* (3^a.

- ed., revisada y puesta al día, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2004).
- Freeman, R., *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, en *Corporate Social Responsibility. Readings and Cases in a Global Context* (A. Crane, D. Matten y L. Spence, Routledge, London, 2008).
- Rodríguez, D., en *La dimensión internacional de los derechos humanos. Guía para la aplicación de normas internacionales en el derecho interno* (D. Rodríguez, C. Martín y T. Ojea, Banco Interamericano de Desarrollo - American University, Washington D.C., 1999).
- Villán Durán, C. Curso de derecho internacional de los derechos humanos (Edit. Trotta, Madrid, 2002).

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

- CIDH. Informe N.º 69/04. Petición 504/03. Admisibilidad. *Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros vs. Perú*. 15 de octubre de 2004.
- CIDH. Informe N.º 21/06. Petición 2893-02. Admisibilidad. *Trabajadores de la empresa Fertilizantes de Centroamérica (FERTICA) vs. Costa Rica*. 2 de marzo de 2006.
- CorteIDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C N.º 79.
- CorteIDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003*. Serie A N.º 18.
- CorteIDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C N.º 125.
- CorteIDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Excepciones preliminares. Sentencia del 7 de marzo 2005. Serie C N.º 122.
- CorteIDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C No.º 134.
- CorteIDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Serie C N.º 151.
- CorteIDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172.

DOCUMENTOS INTERNACIONALES

Anicama, Cecilia, *State Responsibilities to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the Inter - American Human Rights System. Report on the American Convention on Human Rights.* April, 2008.

Orentlicher, Diane, *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.* UN Document. E/CN.4/2005/102/Add.1., 8 de febrero de 2005.

Ruggie, John Gerard, “Informe provisional del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales”. UN Document E/CN.4/2006/97, 22 February 2006.

Ruggie, John Gerard, “Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts”. UN Document A/HRC/4/035, 9 February 2007.

Ruggie, John Gerard, “State responsibilities to regulate and adjudicate corporate activities under the United Nations’core human rights treaties: an overview of treaty body commentaries. Un Document A/HRC/4/35/Add. 1, 13 February 2007.

Ruggie, John Gerard. “Clarifying the concepts of ‘Sphere of Influence’ and “Complicity”. UN Document A/HRC/8/16, 15 May 2008.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada por la Conferencia Interamericana especializada en derechos humanos el 22 de noviembre de 1969; entró en vigor el 18 de julio de 1978.

ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA.

Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, U.N. Doc. E/

CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003). Approved August 13, 2003, by U.N. Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights Resolution 2003/16, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/L.11 at 52 (2003).

Draft Commentary on the Norms of Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/XX, E/CN.4/Sub.2/2003/WG.2/WP.1

Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CD en su 53 periodo de sesiones (A/56/10) y anexado por la Asamblea General en su Resolución 56/83, 12 de diciembre de 2001.

PÁGINAS WEB

<http://www.unglobalcompact.org>

www.corteidh.or.cr/

www.cidh.oas.org

OTROS DOCUMENTOS

Secretary-General Proposes Global Compact On Human Rights, Labour, Environment, In Address To World Economic Forum In Davos. Press Release SG/SM/6881. 1 February 1999.

