

PARTE I

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES POR VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS EN TIEMPO DE PAZ, EN MEDIO DEL CONFLICTO Y EN ETAPAS DE POSCONFLICTO*

1

Tania Giovanna Vivas Barrera**

Efrén Chávez Hernández***

Resumen

Este capítulo realiza un análisis comparado de instituciones nacionales e internacionales, para lo cual aborda el concepto de empresa transnacional y su diferencia

.....

* Capítulo de libro que expone resultados de investigación del proyecto titulado *Desafíos contemporáneos para la protección de derechos humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios*, que forma parte de la línea de investigación Fundamentación e Implementación de los Derechos Humanos, del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, reconocido y categorizado como tipo A1 por Colciencias y registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. El presente capítulo fue escrito en colaboración con el Dr. Efrén Chávez Hernández, profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México, gracias a su aceptación de la invitación a compartir la pluma en esta materia tan relevante para América Latina.

** Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia; integrante del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, registrado con el código COL0120899 en Colciencias, vinculado al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CISJUC) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia; abogada y especialista en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional de Colombia; magíster en Derecho Público por la Universidad de Lyon 3, Francia; magíster en Derechos Humanos por la Universidad de Grenoble II, Francia. Actualmente desarrolla estudios de Doctorado en Derecho Público en la Universidad de Pau, Aquitania, Francia. Correo electrónico: tgivivas@ucatolica.edu.co

*** Académico de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); doctor en Derecho y profesor de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de esta misma institución. Correo electrónico: efren.chavez@unam.mx

con empresa multinacional; además, analiza la situación actual de las empresas transnacionales a través de su poder económico, mediante la comparación de su nivel de ingreso con el de algunos países, así como la enunciación del capital con el que cuentan las cien mayores empresas del mundo. Posteriormente, se analiza el problema de la definición de las empresas transnacionales como sujetos de derecho internacional y el desafío que implica la extraterritorialidad de las empresas multinacionales. Asimismo, se analiza la responsabilidad internacional del Estado por actos de las empresas transnacionales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, mediante algunos casos presentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente, se considera el papel de las empresas en la promoción de los derechos humanos, a través de lo señalado por organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Introducción

El derecho internacional de los derechos humanos ha seguido a los grandes cambios de las relaciones humanas. La globalización de las relaciones industriales y mercantiles, la expansión de zonas de libre comercio, la evolución de las comunicaciones y la libre movilidad de personas han requerido una adaptación de la construcción del control, la prevención y la búsqueda de responsabilidad internacional, hoy dispersa en empresas multinacionales. La construcción de un sujeto responsable de violaciones de derechos humanos, no en cabeza del Estado —sujeto tradicional de responsabilidad internacional—, sino de las empresas multinacionales —sujeto de derecho en el derecho internacional contemporáneo—, se encuentra en el centro de la construcción del objetivo de la investigación.

El sistema mundial contemporáneo se caracteriza por la competencia permanente sobre el control de los mercados y el desarrollo mantenido de las inversiones, además de la carrera por el acceso a recursos naturales que se encuentran en zonas de conflicto o de débil gobernabilidad. Las empresas multinacionales del sector energético operan continuamente en zonas de conflicto, por lo cual, en muchas ocasiones, están supeditadas a contratar fuerzas de seguridad públicas o privadas para proteger sus instalaciones y personal. De este hecho se plantea la

cuestión de la pertinencia del derecho internacional humanitario en las actividades de las empresas multinacionales.

El surgimiento de las empresas multinacionales como nuevas potencias a escala mundial, sus múltiples filiales en el extranjero, su visión propia de los derechos humanos y los negocios, la competencia entre actores económicos para generar un provecho, los principios del derecho de comercio sobre la separación jurídica entre las sociedades madres y sus filiales y la responsabilidad limitada a sus acciones son elementos que testifican la gran complejidad del tema.¹

Ante ello se cuestiona cuál debe ser el papel del Estado y su responsabilidad ante posibles violaciones a derechos humanos cometidos por empresas transnacionales. ¿El Estado debe controlar y sancionar a dichos entes? ¿Cuál Estado es el competente: el del lugar donde se realizó la vulneración o el de la nacionalidad de la empresa? ¿Un Estado está en posibilidad de sancionar a una empresa transnacional considerando que muchas de ellas cuentan con un capital semejante o mayor al del propio Estado? ¿Qué mecanismos se han implementado para combatir estas prácticas? ¿Cuál es el papel de los organismos internacionales para evitar las violaciones a los derechos humanos por parte de las empresas transnacionales? ¿Qué intervención han tenido los tribunales internacionales y los regionales para proteger a los afectados por dichas conductas?

Este estudio pretende dar respuesta a todos estos interrogantes a partir del análisis comparado de instituciones nacionales e internacionales. De acuerdo con lo anterior, en primer lugar se abordará el concepto de *empresa transnacional* y su diferencia con el de *empresa multinacional*. Además, se analizará la situación actual de las empresas transnacionales a través del poder económico que tienen, mediante la comparación de su nivel de ingreso con el de algunos países, así como la enunciación del capital con el que cuentan las cien mayores empresas del mundo. Asimismo, se hará referencia a casos concretos de violaciones a los derechos humanos por parte de dichas empresas en diversas partes del mundo.

Se continuará con el análisis de la forma en que se ha buscado sancionar dichas violaciones a los derechos humanos por los diferentes estamentos dentro del sistema universal e interamericano, dirigidos a concebir de manera prioritaria

.....
1 Marcela Ivonne Mantilla Martínez, "La responsabilité des entreprises transnationales en droit international des droits de l'homme et en droit international humanitaire: le cas du secteur énergétique" (tesis doctoral, Université Paris Sud, 2015), 8.

“la integralidad de la reparación de los daños sufridos por las víctimas de hechos atroces ocurridos por la violación a los derechos humanos, en tanto derecho humano exigible por ellas”.² Luego se procede al estudio del establecimiento como responsables de esas violaciones a empresas multinacionales a través del *Alien Tort Claims Act* y la persecución penal internacional a crímenes de empresas multinacionales. Se analizarán casos presentados en tribunales penales internacionales, así como en instancias contenidas en tratados de inversiones y arbitraje internacional.

Posteriormente se analizará la responsabilidad internacional del Estado por actos de las empresas transnacionales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, mediante algunos casos presentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También se abordarán otros casos de responsabilidad por violaciones a derechos humanos en sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finalmente, se considerará el papel de las empresas en la promoción de los derechos humanos, a través de lo señalado por organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Empresas multinacionales y derechos humanos

La tarea de la construcción de los lazos que obligan las empresas multinacionales al respeto de los derechos humanos debe iniciar en la compleja definición de lo que se entiende por *empresa multinacional*. El derecho internacional público toma a la empresa bajo su forma transnacional, es decir, en el entendido de la dispersión transnacional de su patrimonio y de sus intereses. Kaplan define a las empresas transnacionales de este modo:

Empresas de grandes dimensiones; por lo general de naturaleza corporativa, con origen o registro y sede en países de alto desarrollo (predominantemente los Estados Unidos de Norteamérica); pero con intereses en actividades situadas en diversas par-

.....
² Tania Giovanna Vivas Barrera, “Eficacia de las órdenes de la Corte Interamericana sobre la reparación de la violación de derechos humanos: análisis comparado”. En *Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 12.

•Responsabilidad internacional de las empresas multinacionales por violaciones de derechos.

tes del planeta, que desarrollan y controlan unidades de producción, comercialización, financiamiento y servicio con localización en numerosos países.³

Las distingue de las empresas multinacionales, a las cuales define como “entes jurídicos y organizativos que nacen como resultado de la asociación contractual entre centros públicos o privados de decisión y acción correspondientes a distintos países y sistemas”.⁴ Las actividades de las empresas transnacionales trascienden las fronteras de un Estado o nación, ya que se desarrollan en varios Estados, pero cuentan con su registro y sede en un país altamente desarrollado, que a menudo les proporciona apoyo en las gestiones internacionales. Asimismo, dichas empresas suelen ser muy poderosas en el ámbito económico, a tal grado que sus decisiones pueden llegar a desestabilizar a un país entero, máxime si se trata de una nación en vías de desarrollo. El poder económico con el que cuentan las empresas transnacionales puede superar incluso al de países o ciudades. Se calcula que, de las cien mayores economías del mundo en 2016, 31 corresponden a países y 69 a empresas transnacionales, como se puede ver en la tabla 1.⁵

Tabla 1. Los cien países y empresas con mayores ingresos

País/corporación		Ingresos (US\$, bns)	País/corporación		Ingresos (US\$, bns)	País/corporación		Revenue (US\$, bns)
1	Estados Unidos	3251	35	Austria	189	69	Ping An Insurance	110
2	China	2426	36	Samsung Electronics	177	70	Emiratos Árabes Unidos	110
3	Alemania	1515	37	Turquía	175	71	Kroger	110
4	Japón	1439	38	Glencore	170	72	Société Générale	108
5	Francia	1253	39	Industrial & Comercial Bank of China	167	73	Amazon.com	107
6	Reino Unido	1101	40	Daimler	166	74	China Mobile Communications	107
7	Italia	876	41	Dinamarca	162	75	SAIC Motor	107
8	Brasil	631	42	United Health Group	157	76	Walgreens Boots Alliance	103
9	Canadá	585	43	CVS Health	153	77	HP	103

3 Marcos Kaplan, “Empresas transnacionales y empresas multinacionales”. En *Diccionario de derecho internacional* (Ciudad de México: Porrúa, 2001), 146-47.

4 *Ibid.*

5 Duncan Green, “The world’s top 100 economies: 31 countries; 69 corporations”, The World Bank Group, 20 de septiembre de 2016, <https://blogs.worldbank.org/publicsphere/world-s-top-100-economies-31-countries-69-corporations>.

País/corporación		Ingresos (US\$, bns)	País/corporación		Ingresos (US\$, bns)	País/corporación		Revenue (US\$, bns)
10	Walmart	482	44	Exor Group	153	78	Assicurazion Generali	103
11	España	474	45	General Motors	152	79	Cardinal Health	103
12	Australia	426	46	Ford Motor	150	80	BMW	102
13	Países Bajos	337	47	China Construction Bank	148	81	Express Scripts Holding	102
14	StateGrid	330	48	AT&T	147	82	Nissan Motors	102
15	China National Petroleum	299	49	Total	143	83	China Life Insurance	101
16	Sinopec Group	294	50	Argentina	143	84	J.P. Morgan Chase	101
17	Corea del Sur	291	51	Hon Hai Precision Industry	141	85	Gazprom	99
18	Royal Dutch Shell	272	52	General Electric	140	86	China Railway Engineering	99
19	México	260	53	China State Construction Engineering	140	87	Petrobras	97
20	Suecia	251	54	Amerisource Bergen	136	88	Trafigura Group	97
21	Exxon Mobil	246	55	Agricultural Bank of China	133	89	Nippon Telegraph & Telephone	96
22	Volkswagen	237	56	Verizon	132	90	Boeing	96
23	Toyota Motor	237	57	Finlandia	131	91	China Railway Construction	96
24	India	236	58	Chevron	131	92	Microsoft	94
25	Apple	234	59	E.ON	129	93	Bank of America Corp.	93
26	Bélgica	227	60	AXA	129	94	ENI	93
27	BP	226	61	Indonesia	123	95	Nestlé	92
28	Suiza	222	62	Allianz	123	96	Wells Fargo	90
29	Noruega	220	63	Bank of China	122	97	Portugal	90
30	Rusia	216	64	Honda Motor	122	98	HSBC Holdings	89
31	Berkshire Hathaway	211	65	Japan Post Holdings	119	99	Home Depot	89
32	Venezuela	203	66	Costco	116	100	Citigroup	88
33	Arabia Saudita	193	67	BNP Paris	112			
34	Mckesson	192	68	Fannie Mae	110			

Fuente: Duncan Green, "The world's top 100 economies", *op. cit.*

Como se puede observar por el ingreso calculado en billones de dólares (US\$, bns), la tabla anterior evidencia cómo la empresa Walmart, por sí misma, tiene mayores ingresos que España o Australia, o cómo Apple supera en ingresos a Suiza. Otro dato importante que permite visualizar la magnitud de la influencia de las empresas transnacionales es el capital con el que cuentan. La compañía británica de consultoría PricewaterhouseCooper (PwC) indica las cien empresas mundiales con mayor capital en 2017 (tabla 2).⁶

Tabla 2. Las cien empresas mundiales con mayor capital en 2017

N.º	Nombre de la compañía	Nacionalidad	Industria	Capitalización de mercado (billones de dólares)
1	Apple Inc.	Estados Unidos de América	Tecnología	754
2	Alphabet Inc.	Estados Unidos de América	Tecnología	579
3	Microsoft Corp.	Estados Unidos de América	Tecnología	509
4	Amazon.Com Inc.	Estados Unidos de América	Servicios al consumidor	423
5	Berkshire Hathaway Inc.	Estados Unidos de América	Financieros	411
6	Facebook Inc-A	Estados Unidos de América	Tecnología	411
7	Exxon Mobil Corp.	Estados Unidos de América	Petróleo y gas (energéticos)	340
8	Johnson & Johnson	Estados Unidos de América	Cuidado de la salud	338
9	Jpmorgan Chase & Co.	Estados Unidos de América	Financieros	314
10	Wells Fargo & Co.	Estados Unidos de América	Financieros	279
11	Tencent Holdings Ltd.	China	Tecnología	272
12	Alibaba Group Holding-Sp Adr.	China	Servicios al consumidor	269
13	General Electric Co.	Estados Unidos de América	Industriales	260
14	Samsung Electronics Co. Ltd.	Corea del Sur	Bienes de consumo	259
15	At&T Inc.	Estados Unidos de América	Telecomunicaciones	256

.....
6 PwC Global, "Global Top 100 Companies by market capitalization", 31 de marzo de 2017, <http://www.pwc.com/gx/en/audit-services/assets/pdf/global-top-100-companies-2017-final.pdf>.

N.º	Nombre de la compañía	Nacionalidad	Industria	Capitalización de mercado (billones de dólares)
16	Ind & Comm Bk Of China-A	China	Financieros	246
17	Nestlé	Suiza	Bienes de consumo	239
18	Bank of America Corp.	Estados Unidos de América	Financieros	236
19	Procter & Gamble	Estados Unidos de América	Bienes de consumo	230
20	China Mobile Ltd.	Hong Kong	Telecomunicaciones	224
21	Anheuser-Busch Inbev S.A.	Bélgica	Bienes de consumo	222
22	Roche Holding	Suiza	Cuidado de la salud	220
23	Royal Dutch Shell	Reino Unido	Petróleo y gas (energéticos)	220
24	Wal-Mart Stores Inc.	Estados Unidos de América	Servicios al consumidor	219
25	Visa Inc-Class A Shares	Estados Unidos de América	Financieros	206
26	Pfizer Inc.	Estados Unidos de América	Cuidado de la salud	204
27	Chevron Corp.	Estados Unidos de América	Petróleo y gas (energéticos)	203
28	China Construction Bank	China	Financieros	202
29	Petrochina Co. Ltd.	China	Petróleo y gas (energéticos)	201
30	Verizon Communications Inc.	Estados Unidos de América	Telecomunicaciones	199
31	Novartis	Suiza	Cuidado de la salud	195
32	Oracle Corp.	Estados Unidos de América	Tecnología	184
33	Coca-Cola Co.	Estados Unidos de América	Bienes de consumo	182
34	Walt Disney Co.	Estados Unidos de América	Servicios al consumidor	179
35	Comcast Corp.	Estados Unidos de América	Servicios al consumidor	178
36	Toyota Motor Corp.	Japón	Bienes de consumo	177
37	Home Depot Inc.	Estados Unidos de América	Servicios al consumidor	177
38	Philip Morris International	Estados Unidos de América	Bienes de consumo	175
39	Merck & Co. Inc.	Estados Unidos de América	Cuidado de la salud	174
40	Intel Corp.	Estados Unidos de América	Tecnología	171

•Responsabilidad internacional de las empresas multinacionales por violaciones de derechos.

N.º	Nombre de la compañía	Nacionalidad	Industria	Capitalización de mercado (billones de dólares)
41	Cisco Systems Inc.	Estados Unidos de América	Tecnología	169
42	Citigroup Inc.	Estados Unidos de América	Financieros	165
43	IBM Corp.	Estados Unidos de América	Tecnología	164
44	HSBC Holdings Plc.	Reino Unido	Financieros	162
45	TSMC	Taiwán	Tecnología	161
46	Pepsico Inc.	Estados Unidos de América	Bienes de consumo	160
47	Unitedhealth Group Inc.	Estados Unidos de América	Cuidado de la salud	158
48	Agricultural Bank of China	China	Financieros	157
49	Bank of China	China	Financieros	155
50	Unilever	Países Bajos	Bienes de consumo	149
51	Altria Group Inc.	Estados Unidos de América	Bienes de consumo	139
52	Total S.A.	Francia	Petróleo y gas (energéticos)	124
53	British American Tobacco Plc.	Reino Unido	Bienes de consumo	124
54	Mastercard Inc.	Estados Unidos de América	Financieros	121
55	Amgen Inc.	Estados Unidos de América	Cuidado de la salud	121
56	Sap	Alemania	Tecnología	121
57	Sanofi	Francia	Cuidado de la salud	117
58	Siemens	Alemania	Industriales	117
59	3M Co.	Estados Unidos de América	Industriales	114
60	Commonwealth Bank of Australia	Australia	Financieros	113
61	Bp Plc.	Reino Unido	Petróleo y gas (energéticos)	113
62	LVMH S.A.	Francia	Bienes de consumo	112
63	Kraft Heinz	Estados Unidos de América	Bienes de consumo	111
64	Medtronic Plc.	Irlanda	Cuidado de la salud	110
65	Inditex S.A.	España	Servicios al consumidor	110
66	Schlumberger Ltd.	Estados Unidos de América	Petróleo y gas (energéticos)	109
67	L'Oreal	Francia	Bienes de consumo	108
68	Boeing Co/The	Estados Unidos de América	Industriales	108

N.º	Nombre de la compañía	Nacionalidad	Industria	Capitalización de mercado (billones de dólares)
69	Royal Bank of Canada	Canadá	Financieros	107
70	Mcdonald'S Corp.	Estados Unidos de América	Servicios al consumidor	106
71	Abbvie Inc.	Estados Unidos de América	Cuidado de la salud	104
72	Glaxosmithkline Plc.	Reino Unido	Cuidado de la salud	102
73	Charter Communications	Estados Unidos de América	Servicios al consumidor	101
74	China Petroleum & Chemical	China	Petróleo y gas (energéticos)	100
75	Ping An Insurance Group	China	Financieros	100
76	China Life Insurance	China	Financieros	99
77	Celgene Corp.	Estados Unidos de América	Cuidado de la salud	97
78	Goldman Sachs Group Inc.	Estados Unidos de América	Financieros	96
79	Bayer	Alemania	Materiales básicos	95
80	Honeywell International Inc.	Estados Unidos de América	Industriales	95
81	United Parcel Service	Estados Unidos de América	Industriales	93
82	Toronto-Dominion Bank	Canadá	Financieros	93
83	Eli Lilly & Co.	Estados Unidos de América	Cuidado de la salud	93
84	Nike	Estados Unidos de América	Bienes de consumo	92
85	BHP Billiton	Australia	Materiales básicos	92
86	Ambev	Brasil	Bienes de consumo	92
87	BASF	Alemania	Materiales básicos	91
88	Ntt Docomo Inc.	Japón	Telecomunicaciones	91
89	Westpac Banking Corp.	Australia	Financieros	90
90	United Technologies Corp.	Estados Unidos de América	Industriales	90
91	Reynolds American Inc.	Estados Unidos de América	Bienes de consumo	90
92	Walgreens Boots Alliance Inc.	Estados Unidos de América	Servicios al consumidor	90
93	Banco Santander	España	Financieros	90
94	Bristol-Myers Squibb Co.	Estados Unidos de América	Cuidado de la salud	90
95	Nippon Telegraph & Telephone	Japón	Telecomunicaciones	89
96	Mitsubishi Ufj Financial Gro	Japón	Financieros	89

N.º	Nombre de la compañía	Nacionalidad	Industria	Capitalización de mercado (billones de dólares)
97	Gilead Sciences Inc.	Estados Unidos de América	Cuidado de la salud	89
98	Broadcom Ltd.	Estados Unidos de América	Tecnología	88
99	Novo Nordisk	Dinamarca	Cuidado de la salud	88
100	Priceline Group Inc.	Estados Unidos de América	Servicios al consumidor	88

Fuente: PwC Global, "Global Top 100 Companies by market capitalization", *op. cit.*

Como se puede observar, dichas empresas (y otras más no enlistadas aquí) están presentes en muchos países y su campo de acción afecta a miles o millones de personas; por ello, su actuación cotidiana tiene relación con los derechos humanos. La vinculación de las empresas transnacionales con los derechos humanos puede darse de varias maneras; por ejemplo, violentándolos directamente, tolerando su violación sin hacer nada, respetándolos e incluso promoviéndolos. Gatto menciona que las empresas transnacionales pueden vulnerar los derechos humanos de manera directa mediante el uso del trabajo forzado; también pueden violar los derechos humanos de manera indirecta, por ejemplo, apoyando a un régimen político que los violenta. Sin embargo, también pueden tener una influencia positiva, promoviendo el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales.⁷

En efecto, en el primer caso se refiere al impacto que pueden tener en el ejercicio o no de los derechos económicos, sociales y culturales. En muchas ocasiones, dichas empresas han vulnerado el derecho al trabajo, sus condiciones generales adecuadas, la libertad sindical, la no discriminación, el derecho a un medioambiente adecuado, el derecho a la salud, la autodeterminación de los pueblos e incluso el derecho a la vida, como ocurrió con el accidente trágico de la subsidiaria de la empresa norteamericana Union Carbide, en Bhopal, India, 1984, ocasionado por la falta de medidas de seguridad, que produjo la muerte de 8000 personas y más de 500.000 personas lesionadas.⁸ Galván refiere casos de violaciones a los derechos humanos como el trabajo infantil, el trabajo forzoso, los daños a

.....
7 Alexandra Gatto, *Multinational enterprises and human rights: Obligations under EU law and international law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2011), 8-9.

8 *Ibid.*, 9.

la salud, las restricciones a la libertad de asociación, la intimidación, la tortura y el asesinato de trabajadores sindicalistas por agentes de empresas transnacionales como Coca-Cola en Colombia, Philips en Guatemala, entre otros.⁹

Asimismo, Teitelbaum recopila algunos casos en los que se vincula a empresas transnacionales con la violación de los derechos sindicales y la represión contra los trabajadores. Señala que la compañía British Petroleum fue acusada en el Parlamento Europeo de violar los derechos humanos de campesinos, indígenas y sindicalistas en Colombia en 1999, o el caso de Nestlé, acusada de promover la violencia contra sus trabajadores en Filipinas, ya que en 2002 los trabajadores en huelga fueron brutalmente golpeados por la policía.¹⁰

Ferrer menciona los “derechos de los accionistas”, que son distintos de los de la empresa misma, ya que, de acuerdo con la legislación de los Estados, los accionistas tienen determinados derechos directos, como recibir los dividendos acordados, asistir y votar en las juntas generales y recibir parte de los activos de la compañía en el momento de su liquidación.¹¹ Así, los derechos de los accionistas también pueden ser vulnerados por las empresas transnacionales.

Respecto a la complicidad de las empresas transnacionales con regímenes políticos que violenten los derechos humanos, aquellas pueden ser responsables por participar indirectamente o apoyar abusos cometidos por otros, especialmente por gobiernos autoritarios y grupos armados; por proveer productos o servicios al régimen político que incrementen su capacidad represiva; por otorgar credibilidad internacional a un régimen desacreditado; o por los abusos cometidos por el régimen para beneficiar comercialmente a las empresas. Un ejemplo de ello fue la empresa Unocal Inc (Union Oil Company of California), que se benefició del trabajo forzado empleado para construir la infraestructura del Oleoducto Yadana en Myanmar (Burma).¹²

9 Sofía Galván Puente, “Responsabilidad internacional de los Estados por actos cometidos por empresas, desde el enfoque del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En *Derechos humanos: actualidad y desafíos*, t. II (Ciudad de México: Fontamara, 2012), 209.

10 Alejandro Teitelbaum, *Al margen de la ley: sociedades transnacionales y derechos humanos* (Bogotá: ILSA, 2007), 74-75.

11 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional* (Madrid: Marcial Pons, 2013), 949.

12 Alexandra Gatto, *Multinational enterprises and human, op. cit.*, 10-11.

Actualmente, existen empresas transnacionales que son señaladas como responsables de cometer abortos y tráfico de órganos de los niños asesinados; es el caso concreto de Planned Parenthood America. Otras empresas transnacionales como Nike, Starbucks, Dockers y Pepsi han sido señaladas como corresponsables al otorgar financiamiento a la referida empresa o a sus filiales nacionales.¹³ Las redes de comercio sexual, de la mano de las grandes empresas, tienen una gran incidencia directa en los conflictos armados. Encubiertas de legalidad, y en algunos países bajo la cobertura de oferta turística, forman parte de la lucha internacional contra el crimen organizado. Al utilizar empresas fachada para la comercialización de *esclavas sexuales*, la empresa criminal ha extendido sus redes de comercio sexual a conflictos armados latentes que cuentan con grandes contingentes de soldados extranjeros dentro del territorio; es el caso de operaciones de mantenimiento de la paz, o en conflictos que han alcanzado procesos de *desarme, desmovilización y reintegración* y se encuentran en etapas de posconflicto, como es el caso colombiano. La denuncia de estas redes de comercio sexual ha sido objeto de tratamiento por la Organización de Naciones Unidas, como también de constante seguimiento por parte de organizaciones no gubernamentales y la academia. Son casos lamentables de violación de derechos humanos por parte de empresas transnacionales y, por ello mismo, son situaciones que precisan la intervención del derecho.

Un problema de definición del sujeto internacional contemporáneo

Considerar a las empresas multinacionales como sujeto de derecho internacional contemporáneo implica enfrentar, primero, el reto de la definición y la transformación de estas empresas a empresas multinacionales.¹⁴ El término *multinacional* “aporta un valor agregado que consiste en la relación del [...] ejercicio de la

13 Religión en Libertad, “La directora médica de Planned Parenthood, cazada en un video vendiendo órganos de niños abortados”, 15 de julio de 2015, <http://www.religionenlibertad.com/la-directora-medica-de-planned-parenthood-cazada-en-un-video-vendiendo-43772.htm>. Véase también: Religión en Libertad, “Nike, Starbucks, Dockers y PepsiCo, entre las empresas que financian la multinacional del aborto”, 13 de octubre de 2016, <http://www.religionenlibertad.com/nike-starbucks-dockers-pepsico-entre-las-empresas-que-financian--52481.htm>.

14 Olenka Woolcott Oyague, Tania Giovanna Vivas Barrera y Tary Cuyana Garzón Landínez, “VIH/Sida y el conflicto armado en Colombia”. En *El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH: realidad y respuestas del derecho para la protección del paciente* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017), 69-96, <http://publicaciones.ucatolica.edu.co/pdf/transfusion-y-transmision.pdf>. Elizabeth Salmón, *La progresiva incorporación de las empresas multinacionales en la lógica de los derechos humanos* (Quito: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012), 15, http://www.kas.de/wf/doc/kas_33376-1522-4-30.pdf?130128215249.

actividad y la sujeción jurídica a distintos ordenamientos”.¹⁵ Según las directrices de la OCDE, las empresas multinacionales pueden ser definidas de esta manera:

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.¹⁶

En la Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y la Política Social, de la Organización Internacional de Trabajo, se concibe a la multinacional de este modo:

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, el tamaño, el carácter y la localización de las operaciones de las empresas.¹⁷

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”,¹⁸ instrumento que acertadamente se dirige a todas las empresas en general.¹⁹

.....
15 Martín Ortega, 2008, citado en Elizabeth Salmón, *La progresiva incorporación de las empresas multinacionales...*, *op. cit.*

16 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales. Revisión 2011*, <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>.

17 Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social* (Ginebra: OIT, 2001), <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/normativeinstrument/kd00121es.pdf>.

18 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OANUDH), “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar”, 2011, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf.

19 Elizabeth Salmón, *La progresiva incorporación de las empresas...*, *op. cit.*, 19.

Desafío de los derechos humanos sobre la extraterritorialidad de las empresas multinacionales

La extraterritorialidad de las empresas representa para los derechos humanos uno de los más grandes desafíos en exigencia de protección y sanción. Efectivamente, las empresas multinacionales, en términos de actividad económica, reúnen por los menos tres elementos que hacen aún mayor el desafío del control de sus actividades y las exigencias a un código de conducta internacional: a) su personalidad jurídica depende del orden jurídico de los Estados donde han sido constituidas y tienen sede; b) tienen una finalidad lucrativa y de mayor rendimiento económico; c) las actividades están predispuestas en una cadena productiva y de distribución que involucra varios Estados.²⁰

La internacionalización del proceso productivo hace al blanco de protección, en términos de sistemas de protección nacional, regional y universal, aún más disperso; es un sujeto de derechos sin territorio y sin Estado. En términos precisos, los únicos responsables a escala internacional hoy son los Estados, lo cual deriva en que la actividad esté limitada a modelos de conducta del Estado frente a las multinacionales que lleguen a su territorio; ese es precisamente el foco de trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).²¹

Estas empresas rechazan ser reguladas por una preocupación de legitimidad o por escapar a la competencia; optan por someterse a normas que escapan a legislaciones nacionales o que tienen un carácter obligatorio en el derecho internacional; apelan a una regulación más ética que de derecho.²² Incluso si el derecho internacional no confiere expresamente la cualidad de sujeto de derecho a las empresas internacionales, es enormemente entendida la importancia creciente de estas entidades, considerándolas como objetos del orden internacional.²³

20 Martín Ortega, 2008, citado por Elizabeth Salmón, *La progresiva incorporación de las empresas multinacionales en la lógica de los derechos humanos*, op. cit., 20.

21 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo", 2015, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>.

22 Marcela Ivonne Mantilla Martínez, *La responsabilité des entreprises...*, op. cit., 9.

23 *Ibid.*, 10.

Antecedentes histórico-judiciales sobre la responsabilidad de las empresas multinacionales por violación de los derechos humanos

La inclusión en la agenda internacional del tema de las empresas multinacionales y su responsabilidad en materia de derechos humanos no es reciente, teniendo en cuenta su importancia y su rango de prioridad. En efecto, desde los sesenta, las empresas multinacionales han estado suplantando e incluso complementando los programas de ayuda multilateral y gubernamental a través de acciones filantrópicas. De igual manera, ellas están implicadas en la elaboración de normas internacionales y participan voluntariamente en la autorregulación y el establecimiento de acuerdos de certificación privados en materia social, ambiental y de derechos humanos.²⁴ Igualmente, han desempeñado un rol dinámico en la formulación de políticas internacionales en procesos gubernamentales.²⁵

Desde los setenta explotaron escándalos en materia de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario alrededor de las actividades petroleras y de extracción de gas natural llevadas a cabo por empresas transnacionales del sector energético. Las acciones judiciales realizadas por las víctimas en muchas ocasiones terminaron solo en condenas morales de la sociedad civil contra los Estados que acogieron a las empresas.²⁶

Responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración a los derechos humanos

En este apartado se destacarán los puntos más importantes acerca de la responsabilidad de las empresas multinacionales que vulneran los derechos humanos, para lo cual se expondrán casos, diferentes instrumentos y cortes que se involucran en dicha vulneración.

24 Jean Paul Rodrigue, *L'espace économique mondial: les économies avancées et la mondialisation* (Québec: Presses de l'Université de Québec, 2000), 15.

25 Denis Rondinelli, Transnational corporations: International citizens or new sovereigns?, *Business Strategy Review* 14, n.º. 4 (2003): 13-21.

26 Marcela Ivonne Mantilla Martínez, *La responsabilité des entreprises...*, op. cit., 10.

El Alien Tort Claims Act (ATCA)

El Alien Tort Claims Act (en adelante ATCA) es una ley americana adoptada en el contexto de Judiciary Act de 1789, aprobada por el Congreso, que dota a Estados Unidos de un sistema jurisdiccional cuya vocación inicial es acordar a las Cortes Federales la competencia de recibir acciones de responsabilidad civil presentadas por todo extranjero que alega haber sufrido un daño, teniendo como fuente una violación de derecho de gentes o de un tratado en el cual los Estados Unidos forman parte.²⁷

Los requisitos para ejercer la jurisdicción en virtud del ATCA son: a) que el demandante sea extranjero; b) que se alegue haber sido víctima de un agravio; c) que dicho agravio consista en una violación del derecho internacional consuetudinario (Law of Nations) o de un tratado vinculante para los Estados Unidos; d) que el tribunal tenga jurisdicción personal sobre la parte demandada.²⁸

El caso *Filártiga contra Peña-Irala* (1980) es uno de los primeros que evidencia la aplicabilidad del ATCA, debido a que se encontró la posibilidad de que las víctimas extranjeras llevaran a cabo una solicitud de reparación frente a Cortes Federales en Estados Unidos de América; a raíz de violaciones cometidas al derecho internacional por extranjeros en territorio de un tercer Estado. La familia *Filártiga*, de origen paraguayo, sufrió la tortura y la muerte de uno de los hijos, cometida por el inspector de policía Américo Norberto Peña Irala, como represalia por la actividad política de su padre; años más tarde, la familia conoce que el actor de la tortura y muerte de su hijo se encuentra en Nueva York, por lo que buscan, a través del Center for Constitutional Rights, una acción judicial, tomando como base el ATCA. La corte de apelación admitió la demanda indicando: “Está claro que los tribunales deben interpretar el derecho internacional no como fue redactado en 1789, sino como este ha evolucionado y como existe entre las naciones del mundo hoy” [traducción propia].²⁹

.....
27 *Ibid.*, 33.

28 Antoni Pigrau Solé, “La responsabilidad civil de las empresas transnacionales a través de la Alien Tort Claims Act por su participación en violaciones de derechos humanos”, *Revista Española de Desarrollo y Cooperación* 25 (2010): 118-20.

29 United States Court of Appeals, Second Circuit, *Dolly M.E. Filártiga and Joel Filártiga, Plaintiffs-Appellants, v. Américo Norberto Peña-Irala, Defendant-Appellee*, 630F. 2d. 876, 30 junio de 1980.

En este sentido, la Corte consideró que la tortura cometida por un extranjero contra un ciudadano era contraria al derecho internacional y, en consecuencia, podía dar lugar a una acción de reparación delante de los tribunales federales en ejercicio del ATCA. Desde este caso, el ATCA es aplicado a hipótesis que evidencian violaciones a los derechos humanos cometidas por personas físicas que ejecutan sus acciones bajo la protección de una autoridad real, aparente o bajo la autoridad de la ley en un Estado extranjero.

Luego del caso *Filártiga*, el ATCA ha sido aplicado no solamente frente a actos de tortura, sino también en detenciones arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, crímenes de genocidio y crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, y trabajo forzado.

A partir del caso *Kadic* contra *Karadzic* se plantea el comienzo de una jurisprudencia de cortes federales en Estados Unidos que, en virtud del ATCA, condenan a personas jurídicas privadas por encontrarlas responsables de complicidad de facto de la persona privada para que un gobierno sea establecido. Conviene señalar que los casos de responsabilidad internacional de personas jurídicas privadas se enmarcan en la voluntad de sancionar ciertos comportamientos juzgados como inadmisibles para el derecho internacional. Sin embargo, la expansión de la aplicación del ATCA realizada por las cortes federales en los noventa a actores no estatales, a particulares que actúan a título personal y a empresas no se encuentra considerada en la redacción de la ley;³⁰ se encuentra allí una problemática en cuanto a la legitimación positiva de dicha expansión, debido a que su fundamento se encuentra únicamente en la práctica.

Para 2013, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos desestimó la demanda de los recurrentes en el caso *Kiobel*, restringiendo sustancialmente —no impidiendo en absoluto— la aplicación del ATCA respecto de los supuestos acaecidos fuera de los Estados Unidos. Para ello, ha utilizado en este caso la doctrina *Morrison*, la presunción contra la extraterritorialidad de las leyes y una lectura historicista del ATCA, fosilizándola en el momento en que se promulgó.³¹

30 Marcela Ivonne Mantilla Martínez, *La responsabilité des entreprises...*, op. cit., 36.

31 Francisco Javier Zamora Cabot, "Kiobel y la cuestión de la extraterritorialidad". En Francisco Zamora, Jesús García y Lorena Sales (Eds.), *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos Humanos* (Alcalá: Universidad de Alcalá, 2013), 147.

Persecución penal internacional a crímenes de empresas multinacionales

¿Cómo afrontar la criminalidad organizada de una empresa multinacional que es *per se* un manajo 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?³² Estas parecen ser las cuestiones esenciales en la búsqueda de responsabilidad penal internacional.

Salmón presenta igualmente las posibles respuestas a los grandes interrogantes planteados. Frente a la primera cuestión, sostiene: “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”.³³ En relación con la motivación, señala:

Evidentemente, ninguna decisión corporativa y sus resultados es adjudicable a un único individuo. Lo cierto es que la estructura empresarial se revela como un mecanismo que puede facilitar la perpetración de crímenes de semejante naturaleza, así como eximir de responsabilidad a los individuos. En cuanto a las motivaciones, estas pueden ser ciertamente diversas. 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.³⁴

Casos de condena en tribunales penales internacionales a organizaciones empresariales

Son renombrados los casos de la industria I. G. Farben y de la sociedad Krupp, conocidos como los primeros *industrial cases* en derecho penal internacional en el Tribunal de Núremberg tras la Segunda Guerra Mundial. En el caso I. G. Farben, dirigentes de esta empresa fueron reconocidos culpables de pillaje y saqueo en la compra de la fábrica Mulhausen por el Reich alemán y por la compra de fábricas

.....
32 Elizabeth Salmón, *La progresiva incorporación de las empresas...*, op. cit., 113.

33 *Ibid.*

34 *Ibid.*

de oxígeno y acetileno, llamadas Strasbourg-Schiltigheim. En el Tribunal de Nuremberg se condenó, igualmente, el pillaje, al considerar:

Los individuos privados y las personas jurídicas que, aprovechando la ocupación militar para adquirir propiedad privada contra la voluntad y el consentimiento del antiguo propietario, tal acción, no estando justificada por ninguna disposición aplicable del Reglamento de la Haya, es una violación del derecho internacional [traducción propia].³⁵

De igual manera, miembros de la sociedad Krupp han sido reconocidos culpables de pillaje por la compra de máquinas a un administrador alemán que se había apoderado de una propiedad judía.³⁶ En el caso del Tribunal Penal Internacional de Ruanda (TPIR) existen dos casos emblemáticos. En primer lugar, se tiene el caso Musema:³⁷

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. 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. 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 empleados de la fábrica en su capacidad oficial como director de la fábrica de té”.³⁸

35 The United Nations War Crimes Commission. *Trials of War Crimes*, vol. X (The I.G. Farben and Krupp Trials. Londres, 1949), 42.

36 James G. Stewart, *Crimes de guerre des sociétés, Condamner le pillage des ressources naturelles* (Nueva York: Open Society Foundations, 2011), 85.

37 Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), “El Fiscal contra Musema”, Sentencia ICTR96131, 27 de enero de 2000, párrafo 13.

38 Elizabeth Salmón, *La progresiva incorporación de las empresas...*, *op. cit.*, 119-120.

Por otro lado, se encuentra el caso Nahimana.³⁹

Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza y Hassan Ngzese 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, del cual era editor jefe. 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. Promovieron el odio a la población tutsi a la que denominaban *inyenzi inkotanyi* —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, exterminio y persecución como crímenes de lesa humanidad.⁴⁰

Igualmente, en el Tribunal Especial para Sierra Leona se encuentra uno de los más importantes casos de empresas multinacionales como involucradas directamente en el conflicto armado interno:

El caso de Charles Taylor, expresidente de Liberia que suministró armas y dinero al Frente Revolucionario Unido (FRU) en el conflicto armado interno en Sierra Leona, a cambio de la ocupación de zonas diamantíferas y la consecuente extracción y entrega de diamantes sangrientos (*blood diamonds*). 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, así como de la propia ciudadanía, por medio de la esclavitud en los distritos de Kenema y Kono—. ⁴¹

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

39 Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), "El Fiscal contra Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza y Hassan Ngzese", sentencia ICTR9952A, 3 de diciembre de 2003.

40 Elizabeth Salmón, *La progresiva incorporación de las empresas...*, op. cit., 120.

41 *Ibid.*, 120-121.

de los recursos forestales constituyeron las principales fuentes de ingresos para el avivamiento y sostenimiento del conflicto.⁴²

Tratados de inversión, arbitraje internacional y derechos humanos

El interés despertado por las consecuencias de los procesos sometidos a un tribunal de arbitraje internacional en los que se ven envueltas empresas multinacionales inversoras en Estados, generalmente en proceso de desarrollo, responde a las controversias suscitadas por la afectación de poblaciones vulnerables del país anfitrión. En efecto, la decisión de un tribunal de arbitraje como mecanismo para solucionar controversias previamente definido en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), firmados por los países originarios de las empresas y los países anfitriones, puede llegar a afectar la política pública de un Estado para las poblaciones vulnerables o definir políticas económicas y agrarias que afectan a toda la población de Estado. No obstante, tratándose primordialmente de litigios de naturaleza económica, las controversias sometidas a los tribunales de arbitramento, los casos en no pocas oportunidades conllevan el estudio del respeto y la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Para expertos en el derecho internacional económico es significativo cómo desde la mitad del siglo XX el marco jurídico de protección de los derechos humanos ha tenido igual o mayor crecimiento que aquel que protege la inversión extranjera:

El sistema de derechos humanos puede parecer más familiar, y consiste en ciertos principios internacionales de derecho que son vinculantes para todos los Estados y en una gama de acuerdos regionales y de las Naciones Unidas. Sin embargo, la inversión extranjera goza también de una vasta red de tratados de inversión y tratados de libre comercio, que han tenido una importancia clave en los últimos años. El régimen dedicado a la protección de la inversión extranjera protege a los inversores extranjeros (tanto a sociedades como a personas) del tratamiento arbitrario en manos de los Gobiernos anfitriones, lo que incluye casos de expropiación o nacionalización de inversiones.⁴³

42 *Ibíd.*

43 Luke Eric Peterson, *Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión: panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados* (Montreal: Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático, 2009), 7.

Pese al intento de mantener alejado el cuestionamiento de ignorar el derecho internacional de los derechos humanos, el impacto de las decisiones de los tribunales de arbitramento sobre el goce y disfrute de los derechos humanos de las poblaciones del país sobre el que recae la inversión ha venido siendo estudiado incluso por organizaciones económicas mundiales como la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal); puntualmente, luego de la controversia suscitada en Argentina por el conflicto entre el derecho humano de acceso a agua potable, ante la decisión de nacionalizar el servicio de saneamiento de agua potable⁴⁴. En ese mismo estudio, la Cepal remarcó:

Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y los laudos que los interpretan pueden afectar negativamente los derechos fundamentales de las poblaciones de la región, especialmente cuando se trata de controversias relativas a inversiones en los sectores de los servicios públicos y los recursos naturales.⁴⁵

Los sistemas normativos que se entrecruzan en cuestión, si bien pertenecen al marco del derecho internacional y comparten desde su creación el mismo principio que es limitar la soberanía del Estado,⁴⁶ no pertenecen al mismo sistema de fuentes de derecho ni persiguen un mismo interés, pues los tratados de inversión y su derecho aplicable pretenden la protección a la inversión extranjera y supeditan la solución de sus conflictos a sistemas no jurisdiccionales como los tribunales de arbitramento:

[La] Convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) aprobada en 1965 —que enmarca el régimen de la mayoría de los TBI— establece en su artículo 54 que los Estados contratantes deben reconocer el laudo que dirime una controversia relativa a una inversión y ejecutarlo dentro de su territorio como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal doméstico.⁴⁷

44 International Centre for Settlement of Investment Disputes, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. contra Argentina Caso CIADI n.º ARB/03/19, Laudo arbitral del 30 de julio de 2010, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4365.pdf>.

45 Juan Pablo Bohoslavsky y Juan Bautista Justo, *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión* (Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2011), 5.

46 Luke Eric Peterson, *Derechos humanos y tratados bilaterales...*, *op. cit.*, 20.

47 Juan Pablo Bohoslavsky y Juan Bautista Justo, *Protección del derecho...*, *op. cit.*, 15.

Una comparación de las características esenciales a los dos sistemas puede ayudar a comprender mejor la dificultad que supone hacer cruzar intereses y jurisdicciones (tabla 3).

Tabla 3. Comparación de las características clave de los tribunales de derechos humanos y el arbitraje de los tratados de inversión

Preguntas clave	Tribunales de derechos humanos regionales (Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Corte Interamericana de Derechos Humanos)	Arbitraje de Tratados de Inversión
¿Mediante qué proceso pueden los particulares presentar demandas por violación de derechos humanos?	Se deben agotar los mecanismos legales internos.	Es raro que haya un requisito de agotar mecanismos locales; puede haber un corto periodo de espera prescrito por el tratado (por ejemplo, de 3 a 6 meses) antes de que los demandantes puedan invocar un arbitraje internacional, pero los árbitros no lo aplican a menudo.
¿Quién arbitra?	Jueces a tiempo completo que ejercen la función por un periodo establecido.	Árbitros designados para oír un solo caso; a menudo elegidos entre los miembros de firmas de abogados, universidades o jueces retirados.
¿Deben dar a conocerse públicamente las demandas?	Sí.	No. Si bien las demandas presentadas ante el CIADI son públicas, los procedimientos en virtud de otras reglas no necesitan serlo.
¿Son públicas las audiencias?	Sí, a menos que circunstancias específicas requieran privacidad.	No. Solo en raros casos las audiencias son públicas (por ejemplo, si ambas partes están de acuerdo en que lo sean).

Fuente: Luke Eric Peterson, *Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión...*, op. cit.

La situación en ciernes no es fácil de dirimir, pues ¿en qué casos un Estado, actuando conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, rompiendo con el tratado de inversión con ocasión de proteger a su población, debe ser declarado no responsable por un tribunal de arbitramento?

Varios son los casos en los que un tribunal de arbitramento, apoyando la posición estatal, ha decidido no atender a los pedidos del inversor extranjero cobijado por un tratado de inversión, considerando que haciéndolo rompería con el deber

de protección de sus ciudadanos y, en consecuencia, poniéndolos en una situación de desventaja mayor si respetaran las exigencias del inversor extranjero.

Uno de los casos más emblemáticos y comentados en el mundo del arbitraje es el de Piero Foresti, Laura de Carli y otros contra República de Sudáfrica,⁴⁸ que trata sobre la solicitud de unos inversores de Italia y Luxemburgo:

[En este caso,] propietarios de varias compañías mineras en Sudáfrica poseen varios derechos de explotación minera, que estaban sujetos a un proceso obligatorio de “conversión” por el cual los recursos minerales sudafricanos regresan al control del Estado y se vuelven a otorgar en licencia a las compañías mineras por periodos de tiempo preestablecidos. Como parte de este proceso de conversión, se evalúa a las compañías por el progreso que realizaron en el ámbito social, laboral y en cuanto a los objetivos de desarrollo, que comprende la contratación de gerentes africanos históricamente desfavorecidos y el establecimiento de programas especiales y beneficios para los trabajadores africanos históricamente desfavorecidos. Desde el punto de vista de los inversores, estas políticas inspiradas en la promoción de la autonomía económica de los negros imponían costos significativos a las operaciones de las compañías y significaban una “expropiación” de los derechos preexistentes de explotación minera, así como un trato “injusto” y “desigual”, contrario a los términos de los tratados de protección de inversiones de Sudáfrica. [...] Los inversores alegan que podrían sufrir daños de más de 350 millones de dólares estadounidenses, dependiendo de los efectos finales de los mandatos de la política de promoción de la autonomía económica de los negros, implementada por el Gobierno de Sudáfrica.⁴⁹

El fallo del tribunal, otorgado en Londres el 4 de agosto de 2010, desestimó la reclamación hecha por los inversores, entendiendo que no se había demostrado un trato injusto o desigual del Estado en su contra y condenándolos al pago total de las costas del proceso. Aunque el tribunal no se apoyó en la protección de los derechos humanos, sí entendió que la política estatal de desinversión extrajera en favor de los nacionales como política pública en contra del *Apartheid*, al exigir la incorporación de trabajadores, no releva un proceso de expropiación condenable por el tratado de inversión.

48 International Centre for Settlement of Investment Disputes, Piero Foresti, Laura de Carli y otros contra la República de Sudáfrica, Caso n.º ARB(AF)/07/01, Laudo arbitral del 4 de agosto de 2010, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0337.pdf>.

49 Luke Eric Peterson, *Derechos humanos y tratados bilaterales...*, op. cit., 40.

Otro de los casos fallados por un tribunal de arbitramento de notable interés en materia de derechos humanos ha sido el caso enmarcado por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), entre la compañía minera canadiense Glamis Gold Ltd. y el Gobierno de Estados Unidos:⁵⁰

El caso de Glamis involucra una demanda de la compañía canadiense, que alega que los reglamentos del Estado de California sobre minería violan las protecciones incluidas en el TLCAN. En particular, Glamis se opone a las exigencias de rellenar y aplanar las áreas de las minas a cielo abierto que se encuentran cerca de sitios sagrados para los pueblos indígenas de Estados Unidos.⁵¹

El caso es trascendente desde todo punto de vista en materia de derechos humanos; también lo es por ser una de las primeras veces en que el grupo de nativos americanos Quechan (o Yuma) piden ser escuchados por el tribunal arbitral apelando a la figura del *amicus curiae*, por cuanto eran directamente afectados. El uso de una institución como estas, tradicionalmente empleada por los tribunales regionales de derechos humanos, para algunos teóricos demuestra una apertura del sistema arbitral al modelo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁵² Manteniendo la rigidez del sistema arbitral, el tribunal accedió a escucharlos bajo el entendido de no considerarlos parte dentro del proceso y con el deber de guardar la confidencialidad del caso.

Seis años después de que se presentara la demanda, el atendido laudo arbitral fue dado en mayo de 2009 y advirtió que el demandante no estableció que los actos denunciados incumplieran el derecho internacional consuetudinario. Así, los actos denunciados no representan una denegación grosera de la justicia, ni de manifiesta arbitrariedad, descarada injusticia, completa falta de debido proceso, discriminación evidente o falta manifiesta de razones y no hubo corrupción exhibida en ningún nivel de gobierno. El tribunal advirtió que el proyecto del Estado de California, aunque ciertamente se destacó como un evento desencadenante

50 United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules, *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, 14 de mayo de 2009, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0378.pdf>

51 Luke Eric Peterson, *Derechos humanos y tratados bilaterales...*, *op. cit.*, 35.

52 Otros casos sobre la participación de grupos organizados de la población han intervenido en tribunales arbitrales en procesos llevados ante el CIADI. Para un estudio sobre el avance en la materia, ver: Francisco José Pascual Vives, "La institución del *amicus curiae* y el arbitraje de inversiones", *Anuario Español de Derecho Internacional* 27 (2011): 353-396.

para algunas de las medidas, no tenía un enfoque discriminatorio contra la empresa canadiense.⁵³ Aunque finalmente la decisión protegió indirectamente la población nativa, la referencia a la protección de los derechos humanos del grupo de indígenas nativos se hizo esperar, pese a que el impacto del conflicto del TLCAN sobrepasara la afectación económica de los inversores extranjeros.

Excluir la discusión de una posible afectación a los derechos humanos ha sido una idea construida desde la misma concepción de los tratados bilaterales de inversión;⁵⁴ la tarea de los árbitros es mantener el modelo y la lógica de exclusión de toda referencia a los derechos humanos, apoyándose en una diferenciación de materias jurídicas e intereses protegidos: “Asumiendo que el derecho de protección de las inversiones y el de los derechos humanos son dos campos aislados entre sí (Jacob, 2010), han ignorado la incidencia de aquellos en las controversias entre el Estado receptor y el inversor”.⁵⁵ El mensaje hacia los Estados es igualmente claro: la decisión de variar lo dispuesto en los TBI para evitar la afectación a una población e impedir una vulneración a sus derechos humanos será susceptible de controvertirse en una cuantiosa demanda ante unos sistemas de arbitraje anclados en su autorreferencia normativa de protección al inversor.

Sin embargo, el uso de argumentos de derechos humanos por parte de los Estados demandados ante los tribunales arbitrales es cada vez más constante como mecanismo para defender la expropiación de un inversor extranjero y refutar los cargos de violación de un TIB. Se hará referencia a dos casos a manera de ejemplo. El primero, el caso de Biwater Gauff contra Tanzania,⁵⁶ puede resumirse de esta manera:

53 United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules, *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, 14 de mayo de 2009, párrs. 826-829, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0378.pdf>.

54 Tal como surge, por ejemplo, de los modelos de TBI de Alemania (2008), Francia (2006), China (2003), India (2003), Reino Unido (2005) y Estados Unidos (2004). Las excepciones son el Common Market for Eastern and Southern Africa, adoptado en 2007, el Partnership and Cooperation Agreement entre la Unión Europea y Rusia, y algunos preámbulos de TBI (como el modelo finlandés) que efectúan una mención a los derechos humanos.

55 Juan Pablo Bohoslavsky y Juan Bautista Justo, *Protección del derecho...*, *op. cit.*, 15.

56 International Centre for Settlement of Investment Disputes, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited contra la República Unida de Tanzania*, Caso CIADI n.º ARB/05/22, Laudo arbitral del 24 de julio de 2008, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf>.

Luego de la privatización de los servicios de suministro de agua potable y saneamiento de Dar es Salaam, Tanzania, la empresa comenzó a facturar más e invertir menos que su predecesora estatal, y fue claro que la tarifa con la cual había obtenido el contrato era demasiado baja. El inversor solicitó una revisión del contrato y aumento de tarifa para poder realizar las inversiones necesarias y prestar el servicio de manera adecuada, lo que le fue denegado por la autoridad. Las inversiones no se realizaron y el servicio continuó deteriorándose notablemente. Finalmente, el Estado rescindió la concesión y asumió la prestación del servicio. El inversor, [una compañía de suministro de agua del Reino Unido], demanda Tanzania en el marco del CIADI, y el laudo estableció que había existido expropiación ilegal de la inversión extranjera.⁵⁷

El laudo arbitral explica que “la rescisión y asunción del servicio de provisión de agua por parte del Estado como consecuencia de un flagrante fracaso del operador privado había implicado una medida expropiatoria violatoria de los estándares internacionales de protección de los inversores extranjeros”.⁵⁸ Al excluir las consideraciones del Estado ante la protección a la población, al evitar el consumo de agua no potable y retomar la prestación del servicio, el tribunal de arbitraje elimina toda consideración de la obligación de intervención del Estado, que, en “caso de crisis, tiene la obligación moral y quizás legal de hacerlo”.⁵⁹ Para la Cepal,⁶⁰ tales consideraciones visualizan a los TBI como inmunes a las reglas convencionales de derechos humanos. El caso *Biwater Gauff* contra Tanzania es un claro ejemplo de esta situación.

El segundo caso, disputa bastante discutida en el mundo latinoamericano, se trata del caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal* contra Argentina.⁶¹ La disputa particular en cuestión surge de una inversión realizada por un consorcio de inversores: Suez, Vivendi, Anglian Water Group y Aguas de Barcelona, integradas en una compañía denominada Aguas Argentina S.A. con la municipalidad de Buenos Aires:

57 Juan Pablo Bohoslavsky y Juan Bautista Justo, *Protección del derecho...*, *op. cit.*, 16.

58 *Ibid.*

59 *Ibid.*, 31.

60 *Ibid.*, 33.

61 International Centre for Settlement of Investment Disputes. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. contra Argentina* Caso CIADI No. ARB/03/19. Laudo arbitral del 30 de julio de 2010. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4365.pdf>

[Esta municipalidad] firmó un contrato de 30 años para gestionar la concesión del servicio de agua potable y saneamiento. En el transcurso del contrato, los inversores se disputaron con las autoridades locales sobre una gran cantidad de cuestiones. Más tarde, a medida que la crisis financiera de Argentina se profundizaba, los inversores se enfrentaron con el Gobierno por el congelamiento de la tarifa de los precios de agua que se cobraban a los consumidores.⁶²

Los árbitros decidieron en contra de Argentina, enfocándose en el rompimiento de compromisos de protección a la inversión pactada, incluido el régimen tarifario, y evadieron la discusión sobre los argumentos del Estado y de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos que participaron como *amicus curiae* basados en el deber de garantía estatal de acceso al derecho humano al agua potable.

Responsabilidad internacional del Estado por actos de las empresas transnacionales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Como lo señala Galván, los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional por violaciones a derechos humanos cometidos por entes privados en sus territorios, ya que se obligan a respetar los derechos y las libertades y garantizar su libre ejercicio a toda persona. Además, de acuerdo con los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se derivan los deberes de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos humanos.⁶³

Por ello, Galván cita algunos casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso Mayagna (Sumo) Awas Tigni Community contra Nicaragua⁶⁴ se determinó la responsabilidad internacional del Estado por no prevenir que la empresa internacional Sol de Caribe S.A. (Solcarsa), a la que otorgó una concesión para la explotación de maderas en las tierras ancestrales de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni sin el consentimiento de la comunidad ni una consulta previa, explotara y destruyera dichas tierras.

En efecto, el caso de Awas Tigni no resulta ser un caso aislado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana; por el contrario, los casos de protección

62 Luke Eric Peterson, *Derechos Humanos y tratados bilaterales...*, op. cit., 27.

63 Sofía Galván Puente, "Responsabilidad internacional de los Estados...", op. cit., 206-207.

64 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mayagna (Sumo) Awas Tigni Community contra Nicaragua, Sentencia del 31 de agosto de 2001.

de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas (artículo 21 de la CADH) son abundantes. En la mayoría de los casos donde se encontró la violación del derecho de los pueblos indígenas existía una empresa nacional o multinacional de explotación de recursos naturales, sea de explotación de carbón, oro, forestal o energética involucrada. Esto conllevaba la ejecución débil de las sentencias de demarcar, delimitar y titular la tierra ancestral de los pueblos indígenas, pues los Estados, habiendo dado licencias de exploración y explotación, titulado las tierras ancestrales de los pueblos indígenas a favor de particulares o firmado contratos de inversión extranjera por largo término, temen la posibilidad de verse demandados ante instancias de arbitraje internacional.

Existen tres casos importantes referentes al despojo de los territorios de las comunidades indígenas relacionados con empresas multinacionales: casos Yakye Axa, Sawhoyomaxa y Xákmok Kásek contra Paraguay; caso Saramaka contra Surinam; caso de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano contra Panamá. Se puede precisar que la CIDH debió adaptar las medidas de restitución para lograr una reparación integral, entendiendo que los territorios en su gran mayoría están en manos de personas privadas y multinacionales. La mayoría de estos casos se presentan por razón de contratos de inversión firmados con ocasión de un TBI susceptible de demanda ante un tribunal de arbitraje internacional con altísimos costos para el Estado.

En el asunto Ximenes López contra Brasil,⁶⁵ relativo a la atención médica de una persona con discapacidad mental en una institución psiquiátrica privada, el Estado fue señalado como responsable por incumplir su obligación de inspección, monitoreo y supervisión de servicios de salud, a pesar de ser un ente privado el prestador de servicios. Y en el caso Albán Cornejo y otros contra Ecuador,⁶⁶ en el que una menor murió por la mala praxis en una institución médica privada, también estableció responsabilidad al Estado por incumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo. La CIDH participa de la misma orientación y ha tenido oportunidad de plasmarla

65 Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Ximenes López contra Brasil", Sentencia del 4 de julio de 2006.

66 Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Albán Cornejo y otros contra Ecuador", Sentencia de 22 de noviembre de 2007.

expresamente frente a la invocación estatal de TBI en el marco de causas contenciosas por responsabilidad del Estado. Así, establece claramente:

La aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados.⁶⁷

De este modo, una empresa transnacional puede ocasionar violaciones a diversos derechos humanos, como derechos de las mujeres y de la infancia, actos contra los derechos sociales como el derecho al trabajo, daños y degradación al ambiente, infracciones a los derechos civiles y políticos y efectos negativos en el bienestar de los pueblos indígenas.⁶⁸ Por tal motivo, el Estado debe ser garante del respeto a los derechos humanos, no solo por sus agentes, sino también por los entes privados, como las empresas transnacionales.

Otros casos de responsabilidad por violaciones a derechos humanos

Además de lo señalado, se pueden encontrar casos de responsabilidad a empresas transnacionales por violaciones a derechos humanos de personas en el ámbito de ciertos y específicos derechos, dada la creciente influencia de los derechos humanos en otros ámbitos, no solo el derecho público, especialmente en las relaciones de derecho privado.⁶⁹ Los derechos fundamentales (cuya fuente son las constituciones de los Estados, la legislación o las decisiones de tribunales) y los derechos humanos de fuente internacional y regional tienen un “efecto vertical” consistente en la protección del individuo en una relación Estado-ciudadano; sin embargo, también tienen un “efecto horizontal” (directo o indirecto) que se da en las relaciones entre entes privados (individuos con otros individuos, de estos con empresas, u otros entes de derecho privado).

67 Juan Pablo Bohoslavsky y Juan Bautista Justo, *Protección del derecho...*, *op. cit.*, 23.

68 Sofía Galván Puente, “Responsabilidad internacional de los Estados...”, *op. cit.*, 213-16.

69 Al respecto, véase: Efrén Chávez Hernández, “Reseña del XIX Congreso Internacional de Derecho Comparado (Viena 2014)”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 142 (2015): 443-49. Véase también: Verica Trstenjak y Petra Weingerl, *The influence of Human Rights and basic rights in private law* (Ginebra: Springer, 2016).

Este “efecto horizontal” de los derechos humanos se manifiesta en materias del derecho privado como contratos, derecho de daños, responsabilidad civil, propiedad, familia, herencia y otros. Los derechos fundamentales también tienen influencia en los principios generales de los contratos; por ejemplo, limitando la autonomía de la voluntad de las partes, dando protección especial a las partes más débiles (consumidores, empleados, asegurados, arrendatarios, etc.), o haciendo prevalecer derechos dentro de los contratos (por ejemplo, libertad de expresión, derecho a la intimidad, libertad religiosa, protección de datos, garantía de igualdad, derecho a la propiedad, etc.).⁷⁰ Dichos derechos han sido establecidos en el derecho privado también a través de las decisiones de los tribunales.

Como ejemplo de resoluciones contra empresas multinacionales, se puede mencionar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el caso de Google España, en el cual se concluyó que, debido al derecho a la privacidad y a la protección de datos personales, un individuo puede demandar, bajo ciertas condiciones, que sea removida la referencia a sus datos de los buscadores de internet.⁷¹ En efecto, dicho asunto, cuya sentencia fue emitida el 13 de mayo de 2014, analiza el caso del señor Mario Costeja González, de nacionalidad española, quien el 5 de marzo de 2010 presentó ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) una reclamación contra el periódico *La Vanguardia* y contra Google España y Google Inc., debido a que cuando se introducía el nombre del señor Costeja González en el motor de búsqueda de Google, obtenía como resultado vínculos hacia dos páginas del periódico *La Vanguardia* en las que figuraba un anuncio de una subasta de inmuebles relacionada con un embargo por deudas a la Seguridad Social; asunto que ya había sido solucionado desde hace tiempo y que carecía de importancia en ese momento.

Costeja González solicitaba que se exigiese a *La Vanguardia* eliminar o modificar la publicación para que no apareciesen sus datos personales, y a Google España o a Google Inc., que eliminaran u ocultaran sus datos personales para que dejaran de incluirse en sus resultados de búsqueda y de estar ligados a los enlaces de *La Vanguardia*.

70 Efrén Chávez Hernández, “Reseña del XIX Congreso Internacional de Derecho...”, *op. cit.*

71 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso Google Spain, S.L. y Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González, Asunto C-131/12, 22 de septiembre de 2017, <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CJ0131&lang1=es&type=TEXT&ancre=>

Mediante Resolución de 30 de julio de 2010, la AEPD consideró que quienes gestionan motores de búsqueda están sometidos a la normativa en materia de protección de datos; por tanto, dicha agencia estaba facultada para ordenar la retirada e imposibilitar el acceso a determinados datos por parte de los gestores de motores de búsqueda cuando considerara que su localización y difusión pudiera lesionar el derecho fundamental a la protección de datos y a la dignidad de la persona, lo que incluye la voluntad del particular afectado cuando quiere que tales datos no sean conocidos por terceros.

Google España y Google Inc. interpusieron recursos contra dicha resolución ante la Audiencia Nacional Española, que por tratarse de interpretación del derecho de Unión Europea acudió al TJUE, el cual resolvió que la actividad de un motor de búsqueda es “tratamiento de datos personales” y, por tanto, el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse “responsable” de dicho tratamiento. Además, el interesado puede solicitar que la información ya no se ponga a disposición del público en general, mediante su inclusión en tal lista de resultados, ya que sus derechos prevalecen no solo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés del público en acceder a la información en mención. Ello, para protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.⁷²

Otro caso interesante es la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Ewida y otros contra Reino Unido* (demandas 48420/10, 36516/10, 51671/10 y 59842/10) del 15 de enero de 2013, referente al derecho de libertad religiosa vulnerado a una empleada de la compañía aérea British Airways.⁷³ El asunto comprende cuatro casos, de los cuales el primero se refiere a la señora Nadia Eweida, ciudadana británica que vivió en Egipto los primeros diecisiete años de su vida, practicante del cristianismo copto, trabajadora de la empresa privada British Airways, a quien la empresa no le permitía portar una cruz pues no iba de acuerdo con la política del uniforme de la compañía.

El 20 de septiembre de 2006, la señora Eweida fue sancionada por la compañía debido a su negativa a ocultar su cruz, y aunque un mes más tarde le ofrecieron

72 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso Google Spain, S.L. y Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González, *op. cit.*

73 Marcos González Sánchez, *Jurisprudencia sobre el derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral* (Madrid: Comares, 2017), 24.

un puesto administrativo que no requería llevar uniforme, ella decidió no aceptar esta oferta y en su lugar permaneció en casa sin sueldo hasta el 3 de febrero de 2007, fecha en que British Airways modificó sus reglas respecto al uniforme y le permitió mostrar la cruz. La señora Eweida demandó que la legislación interna no protegía adecuadamente su derecho a manifestar su religión, incumpliendo el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

El Tribunal, mediante sentencia del 15 de enero de 2013, consideró que la insistencia de la señora Eweida en llevar una cruz a la vista en el trabajo estaba motivada por su deseo de dar testimonio de su fe cristiana, y su comportamiento fue una manifestación de su creencia religiosa, en la forma de culto, práctica y observancia, protegida por el artículo 9 del Convenio. Asimismo, consideró que la negativa de British Airways entre septiembre de 2006 y febrero de 2007 a permitir que la demandante permaneciera en su puesto mientras llevara una cruz a la vista constituía una injerencia en su derecho de manifestar su religión.

Así, aunque no condenó al Estado demandado a compensar a la señora Eweida por el lucro cesante, sí otorgó 2000 euros en concepto de daño moral, debido a que la violación de su derecho a manifestar su creencia religiosa debe haber causado una angustia, frustración y ansiedad considerable. Asimismo, concedió la suma de 30.000 euros por costas y gastos en los procedimientos ante el Tribunal.⁷⁴

Las empresas transnacionales y su papel en la promoción de los derechos humanos

Las empresas transnacionales pueden tener una influencia positiva respecto a los derechos humanos, por ejemplo, promoviendo el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales. Esto se puede realizar mediante acciones concretas para proteger los derechos de las personas involucradas en la empresa, como los trabajadores, o bien, promoviendo el respeto a los derechos humanos a través de apoyo a entidades encargadas de hacerlo o invirtiendo en la investigación para el desarrollo de estos,⁷⁵ la cual debe ser una tarea por potencializar.

74 Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Eweida y otros vs. Reino Unido, Demandas núm. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, 15 de enero de 2013, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139370>.

75 Alexandra Gatto, *Multinational enterprises and human...*, op. cit., 12-13.

En efecto, como refiere Olga Martín-Ortega, la *Declaración sobre el derecho y deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos y libertades fundamentales universalmente reconocidos*, emitida por la Asamblea Nacional de las Naciones Unidas el 8 de marzo de 1999 (Resolución 53/144), reitera la responsabilidad primordial del Estado en materia de derechos humanos. Afirma también que los particulares, las organizaciones no gubernamentales y las instituciones u órganos de la sociedad tienen una misión y una responsabilidad en la protección de la democracia, la promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y en el progreso de las sociedades.⁷⁶

De igual modo, la Organización de las Naciones Unidas emitió en 2011 los “Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos” a instancias de John Ruggie, que en 2005 fue nombrado representante especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales.

Cantú señala que los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos se basan en tres pilares: a) el deber del Estado de proteger contra violaciones de derechos humanos, incluyendo aquellos cometidos por empresas; b) la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos reconocidos en el ámbito internacional, a través de la adopción de medidas como debida diligencia en materia de derechos humanos y evaluaciones de impacto mediante sus operaciones; c) la necesidad de que exista un mayor acceso a recursos jurídicos y no jurídicos que permitan remediar adecuadamente y de forma integral los daños sufridos por las víctimas de tales violaciones.⁷⁷ En efecto, el principio rector 15 señala:

Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber: a) un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos; b) un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos; c) unos procesos que permitan reparar

76 Olga Martín-Ortega, *Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional* (Barcelona: Bosch, 2008), 123.

77 Humberto Cantú Rivera, “La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 15 (2015): 629.

todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar.⁷⁸

En estos principios se reitera la responsabilidad de las empresas de asumir un compromiso de actuar con diligencia para respetar los derechos humanos y reparar las afectaciones que hayan causado a estos. De igual forma, las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, de 1976, revisadas por última vez en 2011, proponen a las empresas acciones concretas para promover los derechos humanos. La línea directriz IV, relativa a derechos humanos, señala:

Los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos. Dentro del marco de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por los países en los que las empresas ejercen su actividad, así como en el marco de las leyes y regulaciones nacionales pertinentes, las empresas deberán:

1. Respetar los derechos humanos, lo cual significa que han de velar por no vulnerar los derechos de los demás y hacer frente a los impactos negativos sobre los derechos humanos en los que se vean implicadas.
2. En el marco de sus actividades propias, evitar causar impactos negativos sobre los derechos humanos o contribuir a que se generen y resolver dichos impactos si los hubiera.
3. Esforzarse por prevenir y atenuar los impactos negativos sobre los derechos humanos directamente vinculados con sus actividades, bienes o servicios en virtud de una relación comercial con otra entidad, incluso si las empresas no contribuyen a generar dichos impactos.
4. Elaborar una política que formule su compromiso con el respeto de los derechos humanos.
5. Ejercer la debida diligencia 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 impactos negativos sobre dichos derechos.
6. Establecer mecanismos legítimos o cooperar mediante estos mecanismos para poner remedio a los impactos negativos sobre los derechos humanos cuando se descubra que han causado dichos impactos o que han contribuido a generarlos.⁷⁹

78 Organización de las Naciones Unidas (ONU), "La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos; Guía para la interpretación", 2012, 27, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf.

79 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), "Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Revisión 2011", 2013, 35, <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>.

De acuerdo con dichas directrices, los países integrantes de la OCDE deberán establecer los denominados “Puntos Nacionales de Contacto”, que se encargarán de vigilar su cumplimiento. Se integrarán como lo determine cada Estado, pero deberán mantener vínculos con representantes del sector empresarial, organizaciones sindicales, organizaciones no gubernamentales y otras partes interesadas.

Conclusiones

La actividad empresarial desde la Revolución Industrial ha debido ser limitada y restringida en el uso de algunas prácticas que violaban derechos humanos de quienes participaban directamente en la industria. Antes se reclamaba por la concepción de los niños como sujetos de derechos laborales, pues trabajaban sin descanso y sin pago; hace solo décadas se impulsaba la lucha de los trabajadores de las grandes industrias por un horario diario de trabajo y una remuneración justa en dinero, o se lideraban campañas en pro del descanso obligatorio para mujeres trabajadoras luego del parto. En tiempos de guerra, también algunos empresarios y empresas, abusando de su posición dominante sobre quienes se consideraba habían perdido sus derechos por la instauración de un régimen dictatorial, fueron objeto de sanción por tribunales internacionales.

Hoy la actividad industrial de cara a los derechos humanos presenta otros desafíos: se evidencia cómo empresas multinacionales invitadas por Estados menos desarrollados confían el ejercicio de actividades con alta complejidad industrial, como el tratamiento de agua potable, la exploración y explotación de recursos naturales, la construcción de infraestructura vial o cualquiera que sea la empresa ven burlados los derechos de sus ciudadanos ante una maquinaria que supera al Estado y que no tiene en cuenta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La sociedad global plantea muchos retos para el respeto y la protección de los derechos humanos; actualmente se cometen violaciones a dichos derechos no solo por agentes del Estado, sino también por particulares y empresas, especialmente las transnacionales. Por ello, los Estados tienen el deber irrenunciable de vigilar a las empresas transnacionales para garantizar que respeten los derechos humanos de todos los individuos y, en su caso, iniciar los procedimientos de responsabilidad. Si bien esto no es una tarea sencilla para ellos, por lo que implica

enfrentarse a los agentes económicos predominantes en el mundo, es su papel y responsabilidad como garante de los derechos humanos. En esta tarea, los países desarrollados tienen la responsabilidad adicional de controlar a las empresas transnacionales de la misma nacionalidad, mediante diversos instrumentos como el ATCA.

Además de los Estados, los organismos internacionales desempeñan un papel fundamental para combatir las violaciones a los derechos humanos por parte de las empresas transnacionales, mediante instrumentos como los analizados en este estudio. De igual forma, los tribunales, tanto nacionales como regionales e internacionales, tienen una participación fundamental en garantizar el respeto a los derechos humanos y sancionar las prácticas que los vulneren.

Se aboga, además, por una apertura del sistema de arbitraje internacional y de los árbitros internacionales hacia la inclusión de los tratados de derechos humanos como fuente de derecho, al respeto de las decisiones de las instancias de Naciones Unidas y de las cortes regionales de derechos humanos. No puede un sistema de orden internacional ignorar precedentes jurisprudenciales que imponen límites y ámbitos de protección a las poblaciones y grupos humanos donde las empresas multinacionales desarrollan sus inversiones.

Estas empresas deben ser también promotoras del respeto a los derechos humanos y velar por su cumplimiento, especialmente en las relaciones en las que ellas están implicadas. Este debe ser un compromiso que asuman voluntariamente y que se les exija en los países donde desarrollan sus actividades.

Finalmente, los propios ciudadanos también pueden contribuir para que las empresas transnacionales que cometan violaciones a los derechos humanos sean responsables; esto puede realizarse mediante la crítica y denuncia en instancias nacionales e internacionales a dichas prácticas violatorias. Asimismo, pueden ejercer influencia como consumidores que son de los productos o servicios de dichas empresas. En efecto, una sanción para las empresas transnacionales que vulneren derechos humanos puede ser el *boicot* económico, que consiste en la difusión masiva de las noticias de sus hechos a través de medios como las redes sociales, promoviendo que no compren o usen dichos productos hasta que la empresa deje de violentar los derechos humanos. Ello, sin duda, obligará a las empresas a reconsiderar su conducta. El respeto de los derechos humanos y la vigilancia para su eficaz cumplimiento constituyen una tarea que nos implica a todos.