

ALGUNAS CUESTIONES A TENER EN CUENTA PARA UN PROYECTO DE TRATADO DE CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO PARA LAS SOCIEDADES TRANSNACIONALES.

Alejandro Teitelbaum

INTRODUCCIÓN

Desde que comenzaron a estudiarse con detenimiento a las sociedades transnacionales hace más de cuarenta años hasta la actualidad, se han perfilado básicamente dos enfoques sobre el papel que dichas sociedades desempeñan en el mundo contemporáneo: uno apologético y otro crítico.

Robert Reich, Secretario del Trabajo en la administración Clinton, hacía una descripción objetiva en el Capítulo XIV de su libro *El trabajo de las naciones. Hacia el capitalismo del siglo XXI*, (1991) :

“En la nueva economía internacional, pocas compañías e industrias nacionales compiten con sus pares extranjeras, si con el término "nacionales" nos referimos al lugar donde se hace el trabajo y se agrega el valor. La red mundial se está convirtiendo en algo corriente. Por lo general, tienen sus sedes centrales en un determinado país (muchas en los Estados Unidos), y reciben gran parte de su capital financiero del mismo, pero sus laboratorios de investigación y diseño, sus plantas de producción están diseminadas en Japón, Europa y América del Norte, con fábricas suplementarias en el Sudeste Asiático y en Latinoamérica; centro de marketing y distribución en cada continente; e inversores y prestamistas en Taiwán, Japón y Alemania Occidental, así como en los Estados Unidos. Estas organizaciones universales compiten con otras compañías análogas con sedes centrales en otras naciones. Los frentes de batalla ya no coinciden con las fronteras nacionales”.

Y después se refería a tres categorías de trabajo estratificadas, que llama respectivamente servicios rutinarios de producción, servicios en persona y servicios simbólico-analíticos.

Un cuarto de siglo más tarde es indiscutible el efecto nefasto de la expresión concentrada y dominante del capitalismo contemporáneo que representan las grandes sociedades transnacionales sobre todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales y sobre los Estados nacionales.

A lo que cabe agregar los vínculos de dichas sociedades con la criminalidad financiera y la criminalidad transnacional organizada¹.

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES TRANSNACIONALES.

¹ Véase: Eva Joly, *Notre affaire à tous*, Ed. Les Arènes, Paris, junio 2000; Nicolas Queloz, *A-t-on encore des raisons de distinguer criminalités économique et organisée?* en *Noir, gris, blanc, Les cahiers de la sécurité intérieure* N° 36, Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure, La Documentation Française, Paris, Deuxième trimestre 1999 ; Bernard Bertossa, Procurador general de Ginebra, Benoit Dejemepe, Procurador de Bruselas y los jueces franceses Eva Joly, Jean de Maillard y Renaud Van Ruymbeke, *Les « boîtes noires » de la mondialisation financière*, en el diario *Le Monde*, 10 de mayo de 2001; Denis Robert y Ernest Backes, *Revelation*, Editorial Les Arènes, febrero 2001; Richard Labévière, *Les dollars de la terreur. Les Etats-Unis et les islamistes*; ediciones Grasset, 1999. Reimpresión setiembre 2001; Alejandro Teitelbaum, *Prevención, represión y criminalización de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y del derecho al desarrollo: el problema de su impunidad*, octubre 2001 (mimeo), etc.

Se ha definido a la sociedad transnacional como «una compañía que intenta conducir sus actividades en una escala internacional, como quien cree que no existen fronteras nacionales, sobre la base de una estrategia común dirigida por el centro corporativo»². Otra descripción que se ha hecho de las sociedades transnacionales es la siguiente: «Las afiliadas son articuladas en un proceso integrado y sus políticas son determinadas por el centro corporativo en términos de las decisiones relacionadas con la producción, la localización de plantas, las formas de los productos, la comercialización y el financiamiento»³.

Generalmente, como ha dicho la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas en 1986 (caso 270/83), una sociedad transnacional está constituida por una sociedad matriz creada de conformidad con la legislación de un país determinado, que se implanta en otros países mediante inversiones directas, sin crear sociedades locales o mediante filiales que se constituyen como sociedades locales, de conformidad con la legislación del país huésped⁴.

La Corte Suprema Argentina dijo en 1973⁵ que cuando el *status* jurídico de la filial hace aparecer a ésta como una entidad independiente es preciso «levantar el velo» de la ficción jurídica y establecer la realidad económica, **de modo que la sociedad matriz no pueda eludir sus responsabilidades** (nuestro el subrayado). La filial argentina de Parke Davis pretendía deducir como gastos, a los efectos del pago de impuestos, las regalías abonadas a la casa matriz, con sede en Detroit. Es un método habitual empleado por las sociedades transnacionales: hacer aparecer como gastos las regalías pagadas por la sociedad filial a la sociedad matriz y de esa manera disimular parte de las ganancias. **También en 1973, la misma Corte Suprema, en el caso Swift-Deltec, dijo que cuando la sociedad matriz deja insolvente a la filial y esta quiebra burlando los derechos de sus acreedores, entre ellos sus asalariados, corresponde extender los efectos de la quiebra a la sociedad matriz a fin de que esta se haga responsable ante los acreedores de la filial** (nuestro el subrayado)⁶.

En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha establecido que las multas por infracción a las reglas de la competencia aplicadas a una sociedad subordinada con la nacionalidad de un Estado miembro, **deben extenderse a la sociedad dominante que tiene la nacionalidad de un Estado tercero** (nuestro el subrayado)⁷.

Es decir que la sociedad transnacional, aunque tenga la apariencia jurídica de una pluralidad de sociedades constituye, en lo esencial, una unidad económica con un centro único con poder de decisión Y ES SOLIDARIAMENTE RESPONSABLE CON SUS FILIALES DE HECHO O DE DERECHO. Con otros fundamentos jurídicos igualmente sólidos, como se verá más adelante, las sociedades transnacionales son solidariamente responsables con sus proveedores, subcontratistas y licenciarios⁸.

² Raymond Vernon, *Sovereignty at Bay, The Multinational Spread of U.S. Enterprises*, Basic Books, New York, 1971.

³ United States Department of Commerce, Bureau of International Commerce, Office of International Investment, Staff Study, *The Multinational Corporation: Studies on U.S. Foreign Investment*, vol. 1, March 1972.

⁴ François Rigaux, *Les sociétés transnationales*, en: *Droit International, bilan et perspectives*, Mohammed Bedjaoui, Rédacteur général, Edit. Pedone-UNESCO, 1991, T. I, págs. 129 y ss.

⁵ Corte Suprema Argentina, sentencia del 31/7/73 en el caso "Parke Davis".

⁶ François Rigaux, *op. cit.*, nota 5 de su trabajo. El profesor Rigaux cita en la nota 17 de su trabajo una situación similar producida con una empresa estadounidense implantada en Bélgica en la que intervino la OCDE (caso *Badger*).

⁷ Sentencia del 21 de febrero de 1973, citada por François Rigaux, *op. cit.*, nota 6.

⁸ Véase hacia el final de este texto: **Una cuestión jurídica esencial: la responsabilidad solidaria de las**

Se suele sostener que hay que reconocer a las sociedades transnacionales una personalidad jurídica internacional, fundándose en el carácter transnacional de sus actividades y también en el hecho de que a veces contratan directamente con los Estados, en que hay tratados y convenios que les confieren personalidad para litigar contra los Estados ante tribunales arbitrales internacionales, etc.

Algunos defensores de esta tesis no hacen la diferencia entre sujeto de derecho y persona de derecho y tampoco entre persona de derecho privado y persona de derecho público.

Es sujeto de derecho todo ente vinculado por relaciones jurídicas. El ser humano es por esencia sujeto de derecho y ciertos entes abstractos como las personas jurídicas son también sujetos de derecho.

Ciertas entidades pueden adquirir el estatuto de personas jurídicas de derecho privado cuando reúnen los requisitos establecidos por la ley y el Estado les confiere dicha personalidad. Si dichas personas privadas de existencia ideal o personas morales dejan de reunir los requisitos necesarios, pueden ser legalmente despojadas de su personalidad jurídica. En cambio, en un Estado de derecho, los seres humanos no pueden jamás ser despojados de su personalidad jurídica.

Las personas jurídicas de derecho público como el Estado nacional, las provincias y municipalidades y las organizaciones interestatales supranacionales, son cualitativamente distintas de las personas jurídicas de derecho privado.

Las personas jurídicas de derecho público están fuera y por encima del derecho privado, porque, como ya decían los antiguos romanos, son el “pacto común de la república”. Las personas jurídicas públicas son el resultado, por lo menos en teoría, del “contrato social” russonian, fundado en la soberanía popular, expresión de la voluntad general.

Mantener nítidamente la diferencia entre personas jurídicas públicas, expresión de la voluntad general, y personas jurídicas privadas, que expresan intereses particulares de individuos o de grupos, es fundamental para la existencia de una sociedad democrática. Borrar las fronteras entre ambas conduce al predominio de las políticas de las corporaciones o entes dominantes minoritarios, en detrimento del interés general, teóricamente representado por las personas jurídicas públicas, políticas, judiciales y administrativas, y a minar los fundamentos de la democracia.

Las sociedades transnacionales son, entonces, personas privadas con personalidad jurídica nacional.

Y, como las personas físicas, las personas jurídicas están sujetas a las leyes nacionales y a las normas del derecho internacional, tal como lo establece el artículo 29 de la declaración universal de derechos humanos cuando dice: “Toda persona...”.

Pero en la práctica ello no ocurre así y las sociedades transnacionales gozan de una casi total impunidad y de una serie de privilegios establecidos en tratados bilaterales y regionales y ante tribunales arbitrales, que vulneran los derechos de los pueblos y la soberanía de los Estados nacionales.

II. CARACTERÍSTICAS SOCIOECONÓMICAS DE LAS SOCIEDADES TRANSNACIONALES

Las sociedades transnacionales pueden actuar simultánea o sucesivamente en la economía real y en la especulación financiera, en la producción, en el comercio y en los servicios.

STN con sus filiales de hecho o de derecho y con sus proveedores, subcontratistas y licenciatarios

También, por distintas razones, las grandes sociedades transnacionales suelen cambiar de localización territorial y de nombre.

Con el surgimiento del capitalismo monopolista, que se consolida en la segunda mitad del siglo XX, las sociedades transnacionales pasan a ser las estructuras básicas del sistema económico-financiero mundial y sustituyen al mercado como método de organización del comercio internacional⁹. Sin que por ello deje de existir la competencia entre los grandes oligopolios, que suele ser encarnizada y sin cuartel, pese a la existencia de la Organización Mundial del Comercio, que se supone debe arbitrar los conflictos.

Las relaciones entre las grandes sociedades transnacionales son una combinación de una guerra implacable por el control de mercados o zonas de influencia, de absorciones o adquisiciones forzadas o consentidas, de fusiones o ententes y del intento permanente pero nunca logrado de establecer reglas privadas y voluntarias de juego limpio entre ellas. Porque la verdadera ley suprema de las relaciones entre las sociedades transnacionales es "devorar o ser devorados".

De modo que cuando actualmente se oye hablar del mercado y de que "el funcionamiento de la economía debe quedar librado a las fuerzas del mercado" debe entenderse que el funcionamiento de la economía (y de la sociedad en general) debe quedar sometido a la estrategia decidida por las grandes sociedades transnacionales cuyo objetivo básico es maximizar sus beneficios, apropiándose por cualquier medio del fruto del trabajo, de los ahorros y de los conocimientos tradicionales y científicos de la sociedad humana.

Es así como por encima de los Estados nacionales se ha erigido e impuesto un poder mundial transnacional que nadie ha elegido y que se basa fundamentalmente en que detenta la propiedad concentrada en gran escala del capital en sus diversas formas y tiene a las élites políticas y a buena parte de la llamada "sociedad civil" a su servicio.

El enorme poderío de las sociedades transnacionales y su presencia dominante en todas las esferas de la actividad humana les ha permitido, entre otras cosas, subordinar a sus propias estrategias las políticas de los Estados y de las instituciones internacionales intergubernamentales.

Eso explica por qué han fracasado, en los últimos decenios, sucesivos intentos de establecer un control social, así sea mínimo, sobre las actividades de las sociedades transnacionales, desde un intento de proyecto de código de Conducta en los años 70, hasta los Principios Directores aprobados en 2011 por el Consejo de Derechos Humanos, pasando por el rechazo de la propuesta del Gobierno francés de incluir a las personas jurídicas en el Estatuto de Roma de 1998 apoyada por una sola ONG, la Fundación Lelio Basso, del millar que estaban presentes en Roma(no había que irritar a los Estados Unidos a fin de que aceptara el Estatuto) y el entierro en 2003, por la Comisión de Derechos Humanos del Proyecto de Normas aprobado por la Subcomisión ¹⁰.

⁹ Palloix, op. cit. págs. 106 y 107, quien cita a Stephen Hymer (*The efficiency (contradictions) of multinational corporations* en *The American Economic Review*, mayo 1970, nº2, pág. 441).

¹⁰ Véase: Alejandro Teitelbaum, *Nueva iniciativa para terminar con la impunidad de las sociedades transnacionales*, en Argenpress.info 1/5/14; IADE.org.ar, 9/5/14; CEPRID, 175/14; Rebelión 27/5/14; Prisma21, ATTAC, Madrid, <http://www.attacmadrid.org/?p=11369>, 3/6/14.

En inglés: New initiative to end multinational companies impunity, en Business&Human Rights Resource Centre, http://www.business-humanrights.org/Documents/Legally_Binding_Instrument_Business_Human_Rights; <http://www.business-humanrights.org/Links/Repository/1027728>

De modo que –como lo indica la experiencia negativa de los últimos 40 años– el camino para llegar a aprobar un Tratado vinculante para las sociedades transnacionales está sembrado de obstáculos como son el enorme peso político-social del poder económico, la subordinación a dicho poder de las elites dirigentes nacionales e internacionales y la complicidad, abierta o encubierta, deliberada o involuntaria, por razones ideológicas y/o económicas, de una parte de la llamada “sociedad civil” (medios de comunicación, académicos, “expertos”, partidos políticos, organizaciones, etc.).

Si se reconoce como paradigma del derecho el que rige, o debería regir, en una sociedad democrática y desde ese punto de vista se constata que el creciente papel y peso de las empresas transnacionales sobre la sociedad en general ha generado un derecho corporativo o neofeudal (*lex mercatoria*), se impone concluir que dicho paradigma está en crisis y, si se es coherente, se requiere tratar de que el poder económico se adapte al paradigma de una sociedad democrática y no a la inversa.

Es decir que hay que esforzarse para que el interés privado de los grandes conglomerados económicos se someta al interés público expresado a través de los instrumentos institucionales de una auténtica democracia. Y con esa perspectiva examinar las posibilidades que ofrecen las normas existentes, la jurisprudencia y la doctrina jurídica más avanzada y proponer nuevas normas que contengan los requisitos necesarios para que un Tratado o una Convención sea realmente vinculante y eficaz.

El arsenal jurídico actualmente disponible –trabado o esterilizado por numerosos obstáculos– aunque puede resultar útil se ha revelado insuficiente y se hace necesario completar y perfeccionar las normas existentes y crear nuevas normas imperativas e instituciones nacionales e internacionales que garanticen su estricta aplicación.

Las experiencias precedentes indican que este objetivo es de muy largo aliento y de resultado incierto.

Es indispensable entonces que las masas populares y sus organizaciones tengan el protagonismo a fin de actuar en todos los terrenos y en todas las circunstancias para enfrentar la actividad nefasta del poder económico transnacional, combatiendo todas y cada una de sus manifestaciones, rescatando el principio de servicio público, especialmente en materia de salud, alimentación (incluida el agua potable), educación, vivienda, de democratización de la comunicación y la información en todas sus formas y soportes contra los monopolios mediáticos y reivindicando los derechos a la identidad cultural, a vivir en un medio ambiente sano y a tener un trabajo decente, estable, seguro y dignamente remunerado.

En este momento está al orden del día con carácter de urgente la denuncia y la lucha contra el Tratado Transatlántico o Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión, que negocian secretamente la Unión Europea y los Estados Unidos y contra el Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica entre 12 países de Asia, Oceanía y América. Si las elites dirigentes logran su objetivo, las consecuencias serán extremadamente graves para las condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones afectadas e implicarán una aun mayor subordinación de las instituciones

políticas y jurídicas nacionales a las estrategias devastadoras del poder económico transnacional ¹¹.

III RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DE LAS SOCIEDADES TRANSNACIONALES. NORMAS APLICABLES Y JURISDICCIONES COMPETENTES

Cuando la actividad de las sociedades transnacionales, como la de cualquier persona física o jurídica, produce daños o implica violaciones a los derechos humanos deben responder civilmente, reparando el daño causado, restableciendo, si es posible, el *statu quo ante* (situación anterior al daño) y ajustando su conducta a las normas vigentes. Y si los daños o violaciones constituyen delitos o crímenes deben responder también penalmente y sufrir las sanciones correspondientes, tanto la empresa como los dirigentes responsables.

1 ¿Qué son los derechos humanos?

Antes de seguir adelante conviene dilucidar una cuestión recurrente en el derecho internacional de los derechos humanos. Se suele sostener que los derechos humanos constituyen una categoría especial de derechos que sólo pueden ser violados por los Estados y sus funcionarios y no por los particulares. Y que los delitos cometidos por éstos últimos pueden constituir violaciones de los derechos humanos sólo cuando el Estado aparece como copartícipe por acción o por omisión. Es decir que hay violación a los derechos humanos sólo cuando surge, de una manera u otra, la responsabilidad del Estado.

De manera que la misma acción que engendra la responsabilidad directa o subsidiaria del Estado a título de violación de los derechos humanos, cometida por un particular también engendrará su responsabilidad pero a título de crimen o delito según el respectivo derecho nacional y no a título de violación de los derechos humanos.

Este enfoque restrictivo de la noción de derechos humanos tiene una explicación histórica y

¹¹ Véase: El derecho estadounidense se impone en territorio europeo, Jean-Claude Paye
<http://www.rebellion.org/noticia.php?id=185527>;

Le Grand Traité Transatlantique (TAFTA) expliqué aux nuls29-May-2014
<file:///C:/Users/Utilisateur/Documents/STN%20DOCUMENTOS/bilaterals.org%20%20Le%20Grand%20Trait%C3%A9%20Transatlantique%20%28%20TAFTA%29%20expliqu%C3%A9%20aux%20nuls.htm>

Traité de libre-échange UE-USA : pourquoi villes et régions se rebellent posted 20-March-2014 -
C:\Users\Utilisateur\Documents\STN DOCUMENTOS\bilaterals_org Traité de libre-échange UE-USA
pourquoi villes et régions se rebellent.mht

Sécurité alimentaire, droit social, écologie...Le traité transatlantique, un typhon qui menace les Européens
C:\Users\Utilisateur\Documents\STN DOCUMENTOS\Le traité transatlantique, un typhon qui menace les Européens, par Lori M_ Wallach (Le Monde diplomatique).mht

Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP) - Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Estados Unidos, Malasia, México, Nueva Zelandia, Perú, Singapur y Viet Nam
<file:///C:/Users/Utilisateur/Documents/STN%20DOCUMENTOS/SICE%20Novedades%20en%20materia%20de%20pol%C3%ADtica%20comercial%20Acuerdo%20de%20Asociaci%C3%B3n%20Transpac%C3%ADfico%20%28TPP%29.htm>

TPP = Tratado TransPacífico, Todos Podemos Padecerlo <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=169914>

otra pragmática.

Durante mucho tiempo predominó la idea de que los derechos humanos son esencialmente derechos individuales frente al poder del Estado. La lucha por estos derechos y contra la omnipotencia del poder del Estado se tradujo en la obtención de cartas de garantías y derechos para los "hombres libres" (Carta Magna de 1215, Bill of Rights de 1689).

Pero esta noción ha evolucionado al compás de nuevas realidades sociales y ahora se reconoce que los derechos humanos pueden ser violados, no sólo por el Estado, sino por personas privadas.

El reconocimiento de las obligaciones de las personas privadas en materia de derechos humanos y de su responsabilidad en el caso de incurrir en violaciones a los mismos quedó consagrado en el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y se fue afianzando en la doctrina, en la legislación nacional, en numerosos convenios internacionales, especialmente en materia de protección del medio ambiente y en la jurisprudencia. Desde el punto de vista del derecho positivo puede decirse que los derechos humanos son aquéllos que han sido admitidos como tales en las normas internacionales y en la gran mayoría de los Estados nacionales, muchos de los cuales han incorporado aquéllas a su derecho interno, particularmente en la llamada "parte dogmática" de sus Constituciones. Son los derechos inherentes a la dignidad intrínseca de la persona humana, cuyo titular es el ser humano y cuya naturaleza no cambia quienquiera sea el que los vulnere, sea el Estado o los particulares. Su violación debe ser sancionada en todos los casos y genera a favor de la víctima el derecho a la reparación¹².

Pero el enfoque limitativo o restrictivo en la definición de qué son los derechos humanos, que consideramos anacrónico y jurídicamente insostenible¹³, tiene efectos prácticos.

Si se excluye a las personas privadas, entre ellas a las sociedades transnacionales, del marco jurídico que garantiza la protección de los derechos humanos, éstas quedan sometidas sólo al derecho interno común, que es manifiestamente insuficiente para llegar a responsabilizarlas y eventualmente, sancionarlas.

Ello es así porque en los países centrales las sociedades transnacionales cuentan con una legislación favorable y sobre todo con el respaldo incondicional de los Gobiernos. Y en los

¹² Por cierto que este es un tema abierto, inclusive en lo que se refiere a su denominación, pues hay estudiosos que los llaman "derechos fundamentales" y se discute también si son o no principios que están por encima del derecho escrito, qué derechos abarca, por ejemplo si abarca el derecho de propiedad en general o algunos aspectos de éste, como en el caso del derecho de propiedad intelectual, donde algunos sostienen que comprende el derecho de autor pero no la propiedad de los brevets. El Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emitió una declaración en la que se decía: « *Mientras que los derechos de propiedad intelectual se pueden atribuir y son de alcance y duración limitados y susceptibles de transacción, enmienda e incluso renuncia, los derechos humanos son eternos y constituyen la expresión de una reivindicación fundamental de la persona humana. Mientras que los derechos humanos tiene por objeto garantizar un grado satisfactorio de bienestar humano y social, los regímenes de propiedad intelectual -aunque tradicionalmente brindan protección a los autores y creadores individuales - se centran cada vez más en proteger los intereses e inversiones comerciales y empresariales*». (Los derechos humanos y las cuestiones relativas a la propiedad intelectual. Declaración del Comité. Naciones Unidas (E/C.12/2001/15) 14/12/2001, párr. 6).

Por cierto que las diferentes respuestas en el campo doctrinario y también en el derecho positivo tienen una impregnación ideológica en función de la jerarquía que se le atribuye a los derechos sociales.

¹³ Con el antecedente de Nüremberg y sobre todo con el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en vigor desde el 1º de julio de 2002, ya no se puede sostener que las personas no pueden ser autoras de violaciones a los derechos humanos en cualquiera de las formas de participación criminal: autoras, coautoras, instigadoras y cómplices. Y no sólo cómplices, como pretenden algunas personas y organizaciones.

países llamados periféricos pueden violar las normas internas o hacerlas reformar en su propio interés y, por cierto, pueden también violar los derechos humanos con la complicidad de las élites dirigentes de muchos de esos países y así asegurar su impunidad.

Es sabido que hay empresas transnacionales que son más poderosas económicamente que muchos países pobres¹⁴ y que además cuentan con un arsenal jurídico a su servicio (los tratados bilaterales y regionales de libre comercio y de promoción y protección de inversiones, entre otros) y jurisdiccional (los tribunales arbitrales del Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relacionadas con las Inversiones (CIADI), el Órgano de Solución de Controversias de la Organización Mundial del Comercio, etc.).

Esto, unido a la extrema fluidez de movimientos transfronterizos de las STN, sobre todo de su capital financiero pero también de su capital fijo, que les permiten eludir el cumplimiento de las leyes y reglamentos nacionales, hacen manifiestamente insuficientes las legislaciones internas y exige imperativamente la aplicación de los procedimientos y mecanismos internacionales de derecho público existentes y la creación de otros más eficaces que obliguen a las STN a respetar los derechos humanos y las sujeten a la sanción correspondiente en caso incurrir en su violación.

Eso es precisamente lo que dichas empresas, sus asesores y mentores no quieren.

2. Las normas aplicables¹⁵

Las normas aplicables, además de las que existen en el ámbito nacional, son una serie de instrumentos internacionales y regionales vinculantes para los Estados y aplicables, tanto en el ámbito internacional, regional como nacional, a las personas físicas y jurídicas, incluidas las sociedades transnacionales y sus dirigentes.

Hay amplio consenso en el sentido de que la no incorporación al derecho interno de las normas internacionales vigentes genera la responsabilidad internacional del Estado que ha omitido hacerlo.

Es necesario no hacer la confusión entre la obligación de respetarlos, que es universal y el deber de garantizarlos, de sancionar su violación y de asegurar la reparación a las víctimas que es función del Estado y de los organismos internacionales de derecho público internacional pertinentes.

Conviene aclarar que la mayoría de los instrumentos en materia de derechos humanos no contienen disposición expresa alguna relativa a la responsabilidad subsidiaria del Estado por las violaciones de los derechos humanos cometidas por particulares y no mencionan a las empresas ni, en general, a las personas jurídicas privadas, salvo algunas excepciones:

-La Convención sobre la discriminación contra la mujer, cuyo artículo 2, inc. e) dice:
“...tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas” ;

¹⁴ El volumen de negocios de las más grandes sociedades transnacionales es equivalente o superior al PIB de muchos países y el de media docena de ellas es mayor que el PIB de los 100 países más pobres reunidos (Utting, Business Responsibility for Sustainable Development, UNRISD, Ginebra, enero 2000). Según las fuentes, entre un tercio y la mitad de las entidades económicamente más poderosas del planeta son sociedades transnacionales y el resto son Estados.

¹⁵ Véase: La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI Felipe Gómez Isa y José Manuel Pureza. Universidad de Deusto. Bilbao, 2004.

-El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, cuyo artículo 3 inciso 4 dice: “Con sujeción a los preceptos de su legislación, los Estados Partes adoptarán, cuando proceda, disposiciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo. Con sujeción a los principios jurídicos aplicables en el Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa” y

-La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en 2006, que en su artículo 4, párrafo 1 apartado e) dice: Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discriminen por motivos de discapacidad;

En algunos otros instrumentos internacionales se perfila la responsabilidad por omisión del Estado en las violaciones de derechos humanos cometidas por particulares, por ejemplo, la *aquiescencia* del funcionario en la comisión de torturas (art. 2 de la respectiva Convención), la *tolerancia* del Estado en las desapariciones forzadas” (arts. 2 y 5 de la Declaración de la Asamblea General de la ONU sobre desapariciones forzadas y art. 2 de la Convención Internacional sobre desapariciones forzadas aprobada por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 2006) y está reconocida en la Observación general N° 31 del Comité de Derechos Humanos, de 29 de marzo de 2004 ¹⁶.

Esa responsabilidad subsidiaria del Estado no se limita a las violaciones cometidas por particulares en su territorio sino que puede ser extraterritorial y resultar así una responsabilidad internacional cuando el particular infractor es una empresa basada o que tiene su sede principal en dicho Estado.

a) Instrumentos internacionales de derechos humanos en general y de derechos económicos y sociales en particular

Son aplicables al objetivo de establecer un marco jurídico de cumplimiento obligatorio para las sociedades transnacionales ¹⁷ la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos y las Convenciones sobre la discriminación racial, sobre la discriminación contra la mujer, sobre los derechos del niño, contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; la Convención contra el genocidio (art II, párr.

¹⁶ En el párrafo 8 de la Observación General N° 31 se dice: *No cabe considerar que el Pacto es supletorio del derecho penal o civil interno. Sin embargo, sólo se podrán cumplir plenamente las obligaciones positivas de los Estados Partes de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto si el Estado protege a las personas, no sólo contra las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto que cometan sus agentes, sino también contra los actos que cometan particulares o entidades y menoscaben el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto, en la medida en que puedan aplicarse entre particulares o entidades privadas. Puede haber circunstancias en las que, por no haberse garantizado los derechos reconocidos en el Pacto como se dispone en el artículo 2, los Estados Partes infrinjan estos derechos permitiendo que particulares o entidades cometan tales actos o no adoptando las medidas apropiadas o no ejerciendo el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado.*

¹⁷ Cuando comenzaron los trabajos del Grupo de la Subcomisión que elaboró las Normas de 2003, el miembro estadounidense se apresuró a agregar a Sociedades transnacionales ...”Y OTRAS EMPRESAS”, diluyendo así el objetivo del proyecto que debió dedicarse específicamente a las sociedades transnacionales y no incluir a cualquier tipo de empresas, sin mayor trascendencia económico-social. Así ha quedado en las Principios Directores aprobados en 2011 por el Consejo de Derechos Humanos.

c); la Convención contra el Apartheid¹⁸; la Proclamación de Teherán de 1968; la Declaración referente a la instauración de un nuevo orden económico internacional (AG 3201-S-VI); el Programa de Acción para la instauración de un Nuevo Orden Económico Internacional (AG 3202 S-VI); la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en el Dominio Social (AG 2542-XXIV); los Principios de Derecho Internacional sobre las Relaciones de Amistad y la Cooperación entre los Estados conforme a la Carta de las Naciones Unidas (AG 2625-XXV); la Carta de los Deberes y Derechos Económicos de los Estados (AG 3281-XXIX); la Declaración sobre el Desarrollo y la Cooperación Económica Internacional (AG 3362-S-VII); la Declaración de Principios Tripartita sobre las Sociedades multinacionales y la política social, aprobada por el Consejo de Administración de la OIT en 1977 y modificada en noviembre del 2000; la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986 (AG 41/128), etc. Cabe mencionar también la Declaración y el Programa de Acción de Viena, la Declaración de El Cairo de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, la Declaración de Copenhague de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, etc.

b) Instrumentos regionales: la Carta Social Europea, la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (arts. 20, 21 y 22); La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Capítulo III, Derechos económicos, sociales y culturales); el Protocolo de reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Protocolo de Cartagena de Indias, diciembre de 1985) y el Protocolo adicional a la Carta de la OEA en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador, 1988, vigente desde fines de 1999), etc.

c) En base a la noción de interdependencia, indivisibilidad y “permeabilidad” de las normas aplicables en materia de derechos humanos, son también aplicables, además de las normas específicas relativas a los derechos económicos, sociales y culturales, las diferentes normas internacionales y nacionales relativas a los derechos fundamentales de la persona humana.

Así lo entendió la Asamblea General de la ONU, cuando se pensaba elaborar un sólo Pacto Internacional que abarcara los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, y que adoptó en su quinto período de sesiones en 1950 una resolución donde se decía: « el goce de las libertades civiles y políticas, así como el de los derechos económicos, sociales y culturales son interdependientes » porque « en el caso de que el ser humano se encuentre privado de los derechos económicos, sociales y culturales no representa la persona humana que la Declaración Universal considera como el ideal del hombre libre ». (Doc. A.2929, punto 21, cap. I). La Declaración Universal de Derechos Humanos, por otra parte, abarca ambas categorías de derechos.

Este enfoque fue incorporado más tarde a la Proclamación de Teherán de 1968 (art.13) y a sucesivos instrumentos y declaraciones.

La violación de ciertos derechos económicos, sociales y culturales puede significar la violación del derecho fundamental e inalienable a la dignidad inherente a la persona humana, del derecho a la vida o la violación del derecho a no sufrir tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, entre otros.

¹⁸ Sobre la aplicabilidad a los derechos económicos de las Convenciones sobre la discriminación racial, sobre la discriminación contra la mujer, contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, contra el genocidio y contra el apartheid, véase el Informe del Relator Especial sobre el derecho a una alimentación adecuada, Sr. Ziegler, en particular el párrafo 46, presentado en 2001 a la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/2001/53). Véase también los informes del Sr. Ziegler de 2002 (E/CN.4/2002/58), de 2005 (E/CN.4/2005/47) y de 2008 (A/HRC/7/5).

El derecho a la dignidad inherente a la persona humana está reconocido en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, consagrado explícitamente en los preámbulos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos y en varios otros instrumentos internacionales y en el ordenamiento constitucional de muchos Estados ¹⁹.

La violación de esos derechos económicos, sociales y culturales fundamentales también pueden constituir tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. El artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes" y el mismo enunciado figura en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Los tratos inhumanos o degradantes no están definidos en la Declaración ni en el Pacto ni en la Convención contra la Tortura. Pero puede ser una referencia la definición de tortura del artículo 1º de esta última, según la cual ésta consiste en infligir intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de:

- 1) obtener de ella o de un tercero información o una confesión;
- 2) castigarla por un acto que haya cometido;
- 3) intimidarla o coaccionarla;
- 4) **o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación.**

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho que son tratamientos degradantes los destinados a crear en quien los sufre sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad con el fin de humillarlo, envilecerlo y eventualmente a quebrar su resistencia física o moral (Irlanda c/Reino Unido, 18 de enero de 1978).

La reducción a la pobreza y más aún a la extrema pobreza puede constituir entonces un tratamiento inhumano y degradante basado en la discriminación social, afectándose así la dignidad personal de quien lo sufre, provocándole sentimientos de temor, angustia e inferioridad.

Por otra parte, la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han desarrollado progresivamente una jurisprudencia en la que se han puesto de relieve los aspectos económicos, sociales y culturales de los derechos civiles y políticos. Esta cuestión ha sido estudiada por el profesor Frédéric Sudre²⁰.

Cabe destacar el caso « Airey c. Irlanda » (9/10/79, Serie A nº 32) donde el Tribunal Europeo dijo: « El Tribunal no ignora que el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales depende mucho de la situación de los Estados y especialmente de sus finanzas. Por otro lado, la Convención debe leerse a la luz de las condiciones de vida actuales ». Y más adelante dice el Tribunal: « Lo mismo que la Comisión, el Tribunal no considera que deba dejar de lado una u otra interpretación por el simple motivo que al adoptarla se correría el riesgo de invadir la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales; ninguna

¹⁹ Véase, por ejemplo, Miguel A. Alegre Martínez, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, España, 1996.

²⁰ Sudre, Frédéric, *La « perméabilité » de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux en Pouvoir et liberté*. Etudes offertes à Jacques Mourgeon, Bruselas, edic. Bruylant, 1998. Véase también de F. Sudre: *Misère et Convention Européenne des droits de l'homme*, en Cahiers de l'Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme (IDEDH), Nº 3, 1994, págs. 113-124, Facultad de Derecho de la Universidad de Montpellier y *La notion de "peines et traitements inhumains ou dégradants" dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme*, en *Revue Générale de Droit Internationale Public*, Octobre-Décembre 1984, Nº 4, Ed. Pedone, Paris. Existe en separata.

mampara impermeable separa esa esfera de derechos del campo de la Convención ».

d) Derecho laboral

Aunque sea obvio, cabe señalar que son también aplicables a las sociedades transnacionales la Declaración de Filadelfia de 1944, incorporada a la Constitución de la OIT; los Convenios internacionales del trabajo, entre ellos el N° 87 (libertad sindical y protección del derecho de sindicación), el N° 98, (derecho de sindicación y de negociación colectiva), el N° 100, (igualdad de remuneración), el N° 105, (abolición del trabajo forzoso), el N° 111 (discriminación), N° 131 (salario mínimo), N°s. 45, 89 y 103 (trabajo de mujeres), números 1, 30, 43, 47 de 1935 sobre 40 horas (jornada máxima de trabajo), números 49, 153 y Recomendación 116 (reducción de la duración del trabajo), sobre seguridad e higiene en el trabajo (Convenios con disposiciones generales números 31, 97, 155, y 161 y varios Convenios y Recomendaciones sobre riesgos específicos o ramas de actividad), tiempo libre (Recomendación 21 de 1924 sobre la utilización del tiempo libre de los trabajadores, que en 1987 el Consejo de Administración de la OIT incluyó en su clasificación de los instrumentos que convenía promover con carácter prioritario), seguridad social (Convenios con normas generales Nos. 102, 118 y 157 y numerosos Convenios con normas específicas), los Convenios y Recomendaciones relativos al derecho al trabajo: Convenios 122 de 1964 sobre política del empleo y 158 de 1982 sobre terminación de la relación de trabajo y Recomendaciones 122 sobre política de empleo y 169 de 1984 con disposiciones complementarias sobre el mismo tema, etc.

e) Derecho ambiental.

La responsabilidad internacional del Estado y de actores privados por los efectos dañosos transfronterizos de actividades realizadas por particulares dentro de su jurisdicción o bajo su control está establecida en la jurisprudencia, en diversas convenciones internacionales, entre ellas la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación²¹, ha sido objeto de trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en los temas “Responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos internacionales”, y “Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional”²².

En la jurisprudencia internacional es conocido el fallo arbitral de 1941 *Fundición de Trail* (Estados Unidos c/Canadá), donde se dijo que de acuerdo con los principios del derecho internacional...ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio en forma que el territorio de otro Estado o las personas o bienes que allí se encuentren sufran daños... El fallo estableció la responsabilidad del Estado (Canadá) donde operaba la empresa que causaba el daño y la responsabilidad de la misma empresa ²³.

La Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva del 8 de julio de 1996 relativa a la *Legitimidad de la amenaza o del empleo de armas nucleares* dijo: "La obligación general que tienen los Estados de velar para que las actividades ejercidas en los límites de su jurisdicción o bajo su control respeten el medio ambiente en otros Estados forma ahora parte de las reglas

²¹ Convención aprobada el 21 de mayo de 1997.

²² Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 52 periodo de sesiones (julio-agosto 2000), Asamblea General, Suplemento N° 10 (A/55/10) e informes anteriores. En 2001 la CDI finalizó el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos internacionales y lo remitió a la Asamblea General de la ONU, que el mismo año aprobó la resolución 56/83 *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, en cuyo anexo se recoge el Proyecto de artículos aprobado por la CDI. El texto del mismo consultarse en el sitio de la Comisión de Derecho Internacional : www.un.org/law/ilc/index.htm

²³Naciones Unidas: *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, pág. 1905 y ss.

del derecho internacional del medio ambiente". La Corte se pronunció de manera similar en su fallo del 25 de setiembre de 1997 en el caso *Gabcikovo-Nagymaros*, párr. 53.

Hay instrumentos internacionales obligatorios, que se refieren en su mayor parte a la protección del medio ambiente, que establecen la responsabilidad de quien provocó el daño y, en general, la responsabilidad subsidiaria del Estado si no adoptó las medidas preventivas a fin de evitar los efectos perjudiciales de tales actividades. Entre ellos el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972, reafirmado por las resoluciones de la Asamblea General 2955 (XXVII), 3129 (XXVIII), 3281 (XXIX) (Carta de los deberes y derechos económicos de los Estados), la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, a la que se atribuye valor de *jus cogens*²⁴, la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar (Montego Bay, 1982), el Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (Helsinki, marzo de 1992), los Convenios de Basilea de 1989 en vigor desde mayo 1992 (162 Estados partes en diciembre de 2006) de Bamako de 1991, sobre desperdicios peligrosos y su transporte transfronterizo y eliminación, de Helsinki de 1992 sobre el efecto transfronterizo de los accidentes industriales, de Lugano de 1993 sobre la responsabilidad civil resultante de actividades peligrosas para el medio ambiente, la Convención de Rotterdam de 1998 sobre pesticidas y otros productos químicos peligrosos, en vigor desde febrero 2004 (110 ratificaciones en octubre 2006) etc., En diciembre de 1999 los Estados partes en el Convenio de Basilea de 1989 aprobaron un protocolo sobre la responsabilidad y la indemnización de los daños resultantes del transporte y eliminación de desperdicios peligrosos (www.basel.int). El art. 16 del Protocolo dice: "El Protocolo no afectará los derechos y obligaciones de las Partes Contratantes en virtud de las normas del derecho internacional general en lo que respecta a la responsabilidad de los Estados"²⁵. Cabe agregar el Convenio de Estocolmo sobre los contaminantes orgánicos persistentes (COP) que entró en vigor en mayo 2004.

Las normas penales que incriminan los daños al medio ambiente están básicamente destinadas a proteger el equilibrio ecológico, es decir los elementos de la naturaleza que se relacionan directamente con la sobrevivencia y bienestar del ser humano y a preservar el ecosistema para las generaciones futuras, aunque el bien jurídico protegido puede ser en algunos casos la naturaleza en sí misma, por ejemplo la protección de especies en vías de desaparición. Pero, en general, el bien jurídico protegido en los delitos ecológicos es la sobrevivencia y el bienestar del ser humano, como en el caso de las actividades económicas violatorias de los derechos económicos, sociales y culturales.

Los sujetos activos en este tipo de delitos pueden ser individuos, personas jurídicas o los Estados.

La finalidad de la pena en los delitos contra el medio ambiente es disuadir conductas particularmente dañosas para la sociedad. La Convención Internacional para la prevención de la contaminación proveniente de navíos, vigente desde 1983, establece que las penas que

²⁴ Véase nota 24.

El Principio 2 de la Declaración de Río dice: « De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la *responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional* » (énfasis añadido). El Principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972 contiene una disposición similar.

²⁵ Véase el Informe de la Relatora Especial sobre los desechos tóxicos Sra. Fatma-Zohra Ouhachi-Vesely (E/CN.4/2001/55) del 19 de enero de 2001, quien considera el traslado y vertimiento ilícitos de desechos tóxicos como violatorio no sólo de las normas específicas sino de los instrumentos básicos en materia de derechos humanos y señala la responsabilidad particular de las empresas transnacionales en ese terreno.

establezcan los Estados partes deberán ser suficientemente severas como para desalentar las violaciones a la Convención. La severidad de las penas tiende, por ejemplo, a evitar que a las empresas les resulte menos gravoso pagar una multa que hacer los gastos necesarios para evitar efectos contaminantes. Estas penas pueden incluir la prisión para los infractores individuales y para los representantes de las empresas infractoras²⁶.

En 1977, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la Resolución (77) 28 sobre la contribución de la legislación penal a la protección del medio ambiente. Entre sus recomendaciones a los Estados miembros es interesante destacar: a) reexamen de los principios de responsabilidad penal con miras, en particular, a la posible introducción en ciertos casos de la responsabilidad de las personas jurídicas, públicas o privadas; b) examen de la oportunidad de incriminar actos y omisiones que por culpa o negligencia exponen la vida o la salud de los seres humanos o bienes de un valor substancial, a un peligro potencial; c) formas de conferir a las personas o grupos el derecho de participar en procedimientos penales en defensa de los intereses de la comunidad; d) excluir la amnistía en los casos de delitos graves contra el medio ambiente.

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas había incluido en 1989 los atentados contra el medio humano en el artículo 14 de su Proyecto de Código de crímenes contra la humanidad y, en el artículo 19 *d* de su proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, aprobado en primera lectura en 1996, la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares²⁷.

f) Convenios internacionales y regionales contra la corrupción.

Son de pública notoriedad los numerosos casos de corrupción donde están implicadas grandes sociedades transnacionales. De ahí la necesidad de acudir a las normas existentes en la materia para contener este flagelo: la Convención Interamericana de 1996, la Convención de la OCDE de 1997, vigente desde 1999, la Convención Penal Europea sobre la corrupción, aprobada por el Consejo de Europa el 27 de enero de 1999, abierta a la firma de los Estados en la misma fecha y en vigor desde el 1º de julio de 2002 (esta última en: *Serie de tratados europeos N° 173 – www.coe.int*) y la Convención civil europea contra la corrupción, en vigor desde el 1 de noviembre de 2003.

La Convención Penal Europea sobre la corrupción de 1999 es, de los cuatro instrumentos citados, el más completo, pues describe con cierta minuciosidad los diferentes casos de corrupción :

- a) corrupción activa y pasiva de funcionarios públicos nacionales;
- b) corrupción de miembros de asambleas públicas nacionales,
- c) corrupción de funcionarios públicos extranjeros y de miembros de asambleas públicas extranjeras;

²⁶ Stephen McCaffrey, *Crimes Against the Environment*, en *International Criminal Law*, Cheriff Bassiouni, editor, vol. I, págs. 541 a 561.

²⁷ Sobre el artículo 14 del Proyecto de Código de Crímenes véase: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 41º período de sesiones. Documentos oficiales de la Asamblea General, Suplemento N° 10 (A/44/10), 1989*, págs. 169 y 170 y sobre el artículo 19 *d* de la Responsabilidad de los Estados véase el *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones. Documentos oficiales de la Asamblea General, Suplemento N° 10 (A/51/10), 1996*, págs. 140 y 141. En 2001, en su 53º período de sesiones, la Comisión de Derecho Internacional aprobó definitivamente el proyecto sobre responsabilidad de los Estados y lo envió a la Asamblea General.

- d) corrupción activa y pasiva en el sector privado;
- e) corrupción de funcionarios internacionales y de miembros de asambleas parlamentarias internacionales,
- f) corrupción de jueces y funcionarios de cortes internacionales;
- g) tráfico de influencia y
- h) blanqueo del producto de los delitos de corrupción.

Otro aspecto muy importante de la Convención Penal Europea sobre la corrupción es que en su artículo 18 establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Dicha responsabilidad no figura en la Convención Interamericana, en tanto que la Convención de la OCDE deja a la decisión de los Estados la posibilidad de optar entre la responsabilidad penal, civil o administrativa. El mismo artículo 18 establece la responsabilidad penal de las personas físicas que tienen la representación de las personas jurídicas y la de los instigadores y cómplices.

La Convención europea puede ser una fuente de inspiración para iniciativas y acciones, en los planos nacional y regional e internacional.

La Convención de la OCDE no es directamente aplicable en los Estados signatarios y requiere una legislación interna de aplicación. No incluye a las filiales instaladas en países no miembros de empresas que tienen su sede principal en los Estados miembros, es decir se acepta la ficción jurídica de la autonomía de la filial, sin «levantar el velo» de la realidad económica de que dichas filiales forman un todo con la sociedad matriz. Eso permite continuar empleando prácticas de corrupción a través de las filiales instaladas en países no miembros. Este sistema lo usan habitualmente las sociedades transnacionales estadounidenses para eludir la legislación de Estados Unidos contra la corrupción y, por cierto, lo utilizan también las sociedades transnacionales basadas en otros países.

La corrupción es muchas veces un factor determinante de las privatizaciones y "desregulaciones" y de las condiciones en que éstas se realizan.

Como se puede apreciar, existe un vasto repertorio de normas e instrumentos internacionales vigentes que son aplicables también a las sociedades transnacionales. Buena parte de ellas son lo que se denomina “jus cogens”, es decir normas que se refieren a la dignidad inherente a la persona humana y por lo tanto obligatorias e inderogables²⁸

g) Los debates y las Observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales constituyen una referencia de primera importancia en cuanto a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el respectivo Pacto Internacional. Se pueden citar la número 9 (aplicación interna del Pacto, 1998); 10 (función de las instituciones nacionales, 1998); 11 (derecho a una vivienda adecuada); 12 (derecho a una alimentación suficiente, 1999); 13 (derecho a la educación, 1999), 14 (el disfrute del más alto nivel posible de salud, 2000), 15 (el derecho al agua, 26 de noviembre de 2002, en la que el Comité dice que “el derecho al agua es indispensable para una vida digna. Es una condición necesaria para lograr la efectividad de todos los demás

²⁸ Se entiende por *Jus cogens* una norma imperativa de derecho internacional general. Es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter (art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

derechos”); la N° 16 de 2005 sobre la igualdad del hombre y de la mujer en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales la N° 17, también de 2005 sobre los derechos de autor; la N° 18 (2006) sobre el derecho al trabajo; la N° 19 (2007) sobre el derecho a la seguridad social; la N° 20 (2009) sobre la no discriminación en los derechos económicos, sociales y culturales. Esta última Observación general comienza diciendo:

1. *La discriminación dificulta el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de una parte considerable de la población mundial. El crecimiento económico no ha conducido por sí mismo a un desarrollo sostenible y hay personas y grupos de personas que siguen enfrentando desigualdades socioeconómicas, a menudo como consecuencia de arraigados patrones históricos y de formas contemporáneas de discriminación.*

2. *La no discriminación y la igualdad son componentes fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos y son esenciales a los efectos del goce y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Según el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el "Pacto"), los Estados partes deben "garantizar el ejercicio de los derechos [que en él se enuncian] sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".*

En 1989 el Comité comenzó a debatir acerca de los derechos contenidos en el art. 11 del Pacto, ocupándose en esa oportunidad del derecho a una alimentación adecuada²⁹. Entre otras cosas, algunos miembros dijeron que los individuos, como sujetos de derecho internacional, estaban facultados para exigir la observancia de las obligaciones del Pacto (párr. 319 del Informe del Comité), que la denegación de la necesidad humana de alimentos constituía una violación de un derecho humano y que tenía que haber un derecho consuetudinario a interponer una acción contra el Estado cuando hubiese una privación sistemática del acceso a los alimentos (párr. 321), que el excedente de recursos mundiales de alimentos era patrimonio común de los hambrientos y los pobres y que sería una denegación de justicia rehusarles el acceso a esos recursos (párr. 322). El representante de la FAO (Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación) dijo que el derecho de toda persona a estar protegida contra el hambre era un derecho fundamental establecido en el párrafo 2 del art. 11 del Pacto, el que estaba claramente relacionado con el derecho a la vida³⁰. En la observación general N° 12 sobre el derecho a una alimentación adecuada, se dice: “el derecho a una alimentación adecuada es de importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos. Este derecho se aplica a todas las personas”³¹.

²⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Informe del tercer período de sesiones cap. IV, E/C.12/1989/5. El derecho a una alimentación suficiente fue objeto de la Observación General n° 12 del Comité del Pacto, aprobada en 1999 (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Informe del 211 y 221 períodos de sesiones, Anexo V, E/C.12/1999/11).

³⁰ En noviembre de 2004 el Consejo de la FAO aprobó las “directrices voluntarias” para poner en práctica el derecho a una alimentación adecuada. Giuliano Pucci, un asesor jurídico de la FAO, ha comentado demagógicamente estas directrices diciendo que es un instrumento práctico que “permitirá a los pobres y los hambrientos reclamar sus derechos”, lo cual es inexacto. En efecto, si se reconoce que la alimentación es un derecho, las normas que lo consagran **tienen que ser de cumplimiento obligatorio y no voluntarias**. Con directrices voluntarias se queda en el terreno de los buenos deseos, de principios morales, no de obligaciones, que son el elemento distintivo de las normas jurídicas. www.fao.org/newsroom/en/news/2004/51653. Véanse las *directrices voluntarias* en E/CN.4/2005/131 de 28 de febrero de 2005.

³¹ Véase también el informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos Sr. Jean Ziegler sobre el derecho a la alimentación (E/CN.4/2001/53) de 7 de febrero de 2001, quien establece la relación entre los instrumentos internacionales de derechos humanos y el derecho a una alimentación adecuada. En su informe de 2005 (E/CN.4/2005/47) se detuvo sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados con relación del

En la Observación general N° 3 (1990), el Comité se pronunció acerca de la naturaleza de las obligaciones de los Estados partes que derivan del art. 2, párrafo 1 del Pacto³². Entre otras cosas se dijo que la adopción de medidas legislativas no agota de manera alguna las obligaciones de los Estados partes (párr. 4), pues hay que dar a la expresión « por todos los medios apropiados », todo el sentido que ella tiene; que entre las medidas apropiadas deberían preverse recursos judiciales para hacer valer derechos consagrados en el Pacto que son de aplicación inmediata (arts. 3, 7.a.i, 8, 10.3, 13.2.a, 13.3, 13.4 y 15.3) (párr. 5). Se dijo también que el hecho de que los Estados tengan una obligación de resultado («adoptar medidas... para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos») no quiere decir que los Estados no tengan obligaciones inmediatas en el sentido de actuar con rapidez y eficacia para alcanzar los objetivos enunciados en el Pacto y que toda medida deliberadamente regresiva debe ser examinada con el mayor cuidado.

Para que un Estado pueda invocar la falta de recursos cuando no cumple las obligaciones fundamentales mínimas, debe demostrar que no se ha omitido esfuerzo alguno para utilizar todos los recursos que están a su disposición con miras a cumplir, como primera prioridad, esas obligaciones mínimas (párrafos 4, 5, 9, 10 y 11 de la Observación General N° 3).

En la Observación General N° 9 (1998), el Comité se pronunció acerca de la aplicación del Pacto en el ámbito nacional³³ precisando los alcances de la Observación N° 3 y dijo, entre otras cosas, que a los derechos económicos sociales y culturales es aplicable el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (recurso efectivo) y que si bien el Pacto no contiene ninguna disposición similar al párrafo 3 b) del artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (recurso jurisdiccional) los “medios apropiados” de que habla el artículo 2 del Pacto de Derechos Económicos, *pueden resultar inoperantes si no están completados por recursos jurisdiccionales* (énfasis añadido, párrafo 3 de la Observación General N° 9).

h) Los trabajos y documentos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, algunos de los cuales se citan en este texto³⁴, contienen aportes importantes para el avance y la consolidación de la vigencia de los derechos humanos fundamentales, frente a la actividad depredadora de las sociedades transnacionales.

derecho a la alimentación: de respetar, de proteger y de promover y recomendó que los gobiernos deberían abstenerse de aplicar políticas o programas que puedan tener efectos negativos sobre el derecho a la alimentación de personas que viven fuera de su territorio. Volvió sobre esta cuestión en su informe de 2008 (A/HRC/7/5).

³² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Informe del quinto período de sesiones, Anexo III, E/C.12/1990/8.

³³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Informe del 181 y 191 períodos de sesiones, Anexo IV, E/C.12/1998/26.

³⁴ Véanse notas 21, 26, 49, 50 y 54.

3. Responsabilidad penal de las sociedades transnacionales y de sus dirigentes ³⁵

La violación de los derechos humanos puede generar sólo la responsabilidad civil de quien la comete y la obligación de reparar el daño o también, pero si ha habido culpa o dolo, generar la responsabilidad penal y la consiguiente sanción.

Cheriff Bassiouni³⁶ dice que hay cinco etapas sucesivas en la evolución de los derechos humanos: 1) enunciativa (la emergencia de ciertos valores comunes percibidos internacionalmente); 2) declarativa (la declaración en un documento o instrumento internacional de ciertos intereses o derechos humanos identificados como tales); 3) prescriptiva (la articulación de dichos derechos en instrumentos internacionales (generales o específicos) o en convenciones vinculantes; 4) de aplicación (búsqueda o desarrollo de formas de aplicación) y 5) de criminalización (desarrollo de prescripciones penales internacionales destinadas a la protección de dichos derechos contra su eventual violación).

En el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, las normas existentes se han revelado insuficientes para garantizar el goce de dichos derechos. Hay pues que seguir avanzando en la etapa de aplicación y entrar en la etapa de la criminalización.

La teoría penal deberá determinar en qué casos las diferentes conductas prohibidas en la esfera que nos ocupa constituyen delitos de lesión o delitos de peligro, cuándo hay culpa y cuándo hay dolo. Como su nombre lo indica, los delitos de lesión requieren que se produzca un daño en el bien jurídico protegido. En cambio, en los delitos de peligro basta el riesgo de lesión. « Por peligro debe entenderse un anormal estado antijurídico en el que, para un juicio conforme a la experiencia, la producción del daño aparece como probable, según las concretas circunstancias existentes y la posibilidad del mismo resulta obvia »³⁷. Por ejemplo, la experiencia reiterada indica que las políticas de ajuste impuestas por el Fondo Monetario Internacional provocan el empeoramiento de las condiciones de vida de amplios sectores de la población, es decir la violación de sus derechos económicos, sociales y culturales, que son bienes jurídicos protegidos por normas nacionales e internacionales.

Existen también en este ámbito los llamados delitos de peligro abstracto «cuyo merecimiento de pena viene dado ya por la peligrosidad general de una acción para determinados bienes jurídicos »³⁸ . Podría ser la instalación de una industria (o el depósito de substancias

³⁵ Sobre este tema puede consultarse Binda P. Sahni, *Transnational Corporate Liability: Liability for Human Injury*, ed. Cameron May, International Law Publishers, London, 2006. Se trata de un enfoque jurídico muy completo, donde se analiza la legislación y la jurisprudencia en distintos países y temas tales como la responsabilidad civil y penal de las sociedades transnacionales, su responsabilidad ante las jurisdicciones nacionales, los códigos de conducta internacionales, la responsabilidad criminal transnacional, el « forum non conveniens », la « personalidad corporativa », la aplicación del derecho internacional público a los conflictos privados, la aplicación del derecho constitucional a la vida a las violaciones de los derechos humanos, la responsabilidad de las STN por las violaciones a los derechos humanos en el marco de la *Alien Tort Claims Act*, etc. La autora dice que la esfera de influencia de las STN está en constante expansión, ocupando un amplio terreno desde el comercio hasta los campos de batalla y marchando sobre la delgada línea que separa el interés corporativo del interés público. Las STN y sus subsidiarias ocasionan daños a los seres humanos y al medio ambiente, pero a pesar de su poderío no deben estar por encima de la ley.

³⁶ Cheriff Bassiouni, *International Criminal Law and Human Rights*, Transnational Publishers, New York, vol. I, págs. 16 y 17.

³⁷ Hans-Heinrich Jeschek, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, 4a. edición (Traducción de José Luis Manzanares Samaniego), pág. 238, Editorial Comares, Granada, España, 1993.

³⁸ Jeschek, *op. cit.*, pág. 238.

contaminantes) sin que se adopten las medidas apropiadas para evitar efectos contaminantes en la naturaleza y en la población circundante. El delito quedaría configurado por el sólo hecho de no adoptar las medidas apropiadas, sin que sea necesario que se produzca efectivamente el daño. En todo caso, tales conductas implicarán siempre, por lo menos, la «producción de un estado de cosas capaz de desencadenar otro curso causal de hechos considerados directamente dañinos»³⁹ y quienes produzcan ese «estado de cosas», aunque no deseen el resultado dañoso y esperen infundadamente que no se producirá, han podido prever dicho resultado, incurriendo así en culpa penal. O lo que es más probable, habrá prevalecido en la conducta de los autores la motivación egoísta, resultándoles indiferente el resultado dañoso previsible, ingresando así en el ámbito del dolo penal.

El derecho internacional vigente considera ilícitas e incrimina en tratados y convenios diversas actividades realizadas por entidades o personas privadas (por ejemplo tráfico de drogas) y no hay razón objetiva alguna para excluir de tales incriminaciones las violaciones graves y masivas a los derechos económicos, sociales y culturales.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas está ampliamente admitida en el derecho moderno e incorporada a la legislación penal de muchos países⁴⁰. Esta responsabilidad penal escapa al enfoque tradicional del derecho penal, fundado en la idea de la culpa, que sostiene que solo los seres humanos, dotados de inteligencia y voluntad, pueden delinquir y que «societas delinquere non potest».

Los especialistas de derecho penal debaten el encuadramiento teórico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ante la existencia de lo que ya hace años se denomina el «corporate crime», que es la fuente de un ingente daño macrosocial⁴¹. Pues como dice Jeschek «el conocimiento del efecto limitado de la política criminal en relación con el potencial total de las fuerzas sociales que generan la criminalidad no desvincula a la ciencia de reflexionar sobre el mejoramiento de la cuestión criminal»⁴².

Se debe, entonces, por un lado, establecer un nexo indisoluble entre el desconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales y la violación de los derechos fundamentales civiles y políticos (la tantas veces invocada «indivisibilidad») y, por el otro, ampliar la esfera de la criminalidad económica, según la conciben, con diferentes enfoques, los especialistas en derecho penal económico⁴³.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dijo, entre otras cosas, ante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena 1993): «*La triste realidad, en la que es preciso situar ese reto, es que los gobiernos y la comunidad internacional entera siguen tolerando con excesiva frecuencia grados de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales que, si se aplicaran a los derechos civiles y políticos, provocarían expresiones de*

³⁹ David Baigún, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1967, pág. 20.

⁴⁰ Holanda, Portugal, Francia, Reino Unido, Dinamarca, entre otros. En el proyecto redactado por el Prof. M. Cherif Bassiouni en 1993, en representación de la Asociación Internacional de Derecho Penal se preveía la responsabilidad penal de «individuos, organizaciones y Estados».

⁴¹ David Baigún, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Edit. Depalma, Buenos Aires, junio 2000.

⁴² Hans Heinrich Jeschek, *La crisis de la política criminal*, en revista *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1980, pág. 51.

⁴³ Véase Alejandro Teitelbaum, *Prevención y sanción de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y al derecho al desarrollo: el problema de la impunidad (documento de trabajo)*, Cap. 2, en *Prevención y sanción de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y al derecho al desarrollo: el problema de la impunidad*. Actas de los seminarios organizados en Ginebra en la sede de las Naciones Unidas en noviembre de 1996 y en Madrid, en la Universidad Carlos III, en abril de 1997. Publicación de la Asociación Americana de Juristas y del Centre Europe-Tiers Monde, Ginebra 1998.

*horror y ultraje y harían que se hicieran llamamientos concertados para que se tomaran inmediatamente medidas correctivas. En efecto, pese a toda la retórica, las violaciones de los derechos civiles y políticos se siguen tratando como si fueran mucho más graves y evidentemente más intolerables que las denegaciones masivas y directas de los derechos económicos y sociales*⁴⁴.

Cabría agregar que la discriminación en desventaja de los derechos económicos, sociales y culturales es el resultado de una escisión artificial entre ambas categorías de derechos, que no sólo son interdependientes, como se suele decir, sino inescindibles.

Hay que comenzar, entonces, por despertar la «alarma social» frente a la criminalidad consistente en la violación de los derechos económicos, sociales y culturales, dado que buena parte de la opinión pública está condicionada de manera tal que reacciona contra el que roba, comete una agresión o un homicidio, pero considera que está en el «orden normal de las cosas» o que «corresponde a las leyes del mercado», el saqueo sistemático de naciones enteras y la condena de millones de seres humanos al hambre, a la enfermedad y a la muerte.

Las sanciones penales contra las personas jurídicas pueden ser la multa, la difusión pública de la decisión condenatoria, la confiscación del instrumento del delito o de su producto y la disolución (véase, por ejemplo, el Código Penal francés reformado en 1992, artículos 131-37 y 131-39). La condena puede incluir (debe incluir) la obligación de reparar el daño causado.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas integrantes del órgano competente que, con su voto afirmativo o por omisión, contribuyeron a la adopción de la decisión o de las decisiones incriminadas. En el documento de trabajo del Sexto Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Caracas, 1980) dedicado al tema *Delito y abuso de poder* se decía que las reuniones preparatorias habían recomendado el establecimiento del principio de la responsabilidad penal de la empresa, sin que ello excluyera la responsabilidad particular de sus funcionarios. Y en el 7º Congreso (Milán, 1985), en los *Principios rectores en materia de prevención del delito y justicia penal en el contexto del desarrollo de un nuevo orden económico internacional*, se exhortaba a los Estados a tener debidamente en cuenta la necesidad de que respondan penalmente no sólo quienes actúan en nombre de una institución, sociedad anónima o empresa o quienes desempeñan funciones directivas o ejecutivas, sino también la institución, sociedad anónima o empresa. La ley brasileña 9605 del 12 de febrero de 1998 sobre medio ambiente dice: “La responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, autoras, coautoras o partícipes del mismo hecho”. Merecen un comentario particular las legislaciones nacionales que reprimen los trusts o monopolios, por su estrecha vinculación con el tema que nos ocupa.

Además, hay actividades que realizan grandes sociedades transnacionales en el dominio privado que son formalmente legales, pero que se pueden desarrollar en una zona gris donde es difícil distinguir si se trata de la utilización legítima de una estrategia en el mercado o del abuso del poder económico para controlar los precios, monopolizar el acceso a las materias primas, establecer precios abusivos de monopolio u oligopolio de ciertos productos, como hacen las transnacionales farmacéuticas con las patentes sobre los medicamentos, etc.⁴⁵.

⁴⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Informe sobre el Séptimo período de sesiones, pág. 86, párr. 5 (E/C.12/1992/2).

⁴⁵ Véase, al respecto, Klaus Tiedemann, *Poder económico y delito*, Editorial Ariel, Barcelona, 1985, págs. 59 y 60.

Las actividades fronterizas entre la legalidad y la ilegalidad pueden tener resultados claramente violatorios de derechos humanos fundamentales y, en ese caso, deberían estar sujetas a sanción.

Generalmente, las que aparecen como opciones de política económica adoptadas libremente por ciertos gobiernos, además de corresponder al interés exclusivo de las élites económicas, son el fruto de la presión y de la corrupción utilizadas por entidades económicas y financieras internacionales y por sociedades transnacionales y suelen configurar conductas delictivas tipificadas en la legislación interna. Y que casi siempre resultan perjudiciales para la gran mayoría de la población constituyendo así violaciones caracterizadas a sus derechos económicos, sociales y culturales.

En efecto, se podrían dar múltiples ejemplos de casos en que las políticas económicas ultraliberales cuya puesta en práctica parece ser el fruto de profundas convicciones, no son otra cosa que el medio de obtener enormes ganancias de manera ilícita, recibiendo sobornos y/o participaciones en negocios, y de hacer beneficiar de dichas políticas a los grupos económicos que rodean al poder político, todo ello en perjuicio del país y contra los derechos fundamentales de la población⁴⁶. Las privatizaciones y «desregulaciones», muchas veces se llevan a cabo en tales condiciones.

Lo mismo ocurre con las operaciones que dieron origen a la actual desmesurada deuda externa de los países del Tercer Mundo. Muchas de dichas operaciones contienen cláusulas ilícitas, vicios del consentimiento, intereses usurarios, comisiones y otros costos desproporcionados.

Algunas operaciones fueron simplemente simuladas. En ellas aparecían como deudores empresas privadas o individuos de ciertos países del Tercer Mundo y como acreedores grandes Bancos de los países desarrollados, es decir que se asociaron para delinquir personas privadas del Tercer Mundo y grandes Bancos transnacionales. Más tarde esas deudas fueron «estatizadas» (en los países del Tercer Mundo se privatizan las empresas y recursos nacionales y se «estatizan» las deudas de los particulares) y ahora los pueblos están pagando deudas contraídas por particulares incluso, entre ellas, deudas simuladas⁴⁷.

La obligación del Estado de castigar a los autores de delitos económicos previstos en el derecho nacional pertenece a la jurisdicción interna. Pero cuando el perjuicio económico provocado por dichos delitos es de tal magnitud que tiene graves repercusiones sobre el nivel de vida de la población y, sobre todo si son las mismas autoridades del Estado las que con sus decisiones violan los derechos económicos, sociales y culturales de la población, deben entrar en juego las normas internacionales que protegen los derechos humanos fundamentales.

Dada esa situación y en caso de inexistencia o agotamiento de los recursos internos o de abandono por parte del Estado del ejercicio de sus facultades punitivas, debe abrirse la instancia internacional para examinar lo que pueden constituir violaciones a los derechos

⁴⁶ Eva Joly, *Notre affaire à tous*, Ed. Les Arènes, Paris, juin 2000.

⁴⁷ Eric Calcagno, *Los Bancos transnacionales y el endeudamiento externo en la Argentina*, Cuadernos de la CEPAL N° 56, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1987; Gonzalo Biggs, *La crisis de la deuda latinoamericana frente a los precedentes históricos*, Buenos Aires. Grupo Editor Latinoamericano, Colección Estudios Internacionales, 1987; Eric Toussaint, *La Finance contre les Peuples. La Bourse ou la Vie*, 3ª edición actualizada, noviembre 2002 (CADTM); Alejandro Teitelbaum, documento presentado al Seminario Internacional sobre la deuda y las instituciones financieras internacionales frente al derecho internacional, organizado por el Comité por la anulación de la deuda del Tercer Mundo (CADTM). Bruselas, 10 y 11 de diciembre de 2001; Alejandro Teitelbaum, *Responsabilidad de las organizaciones financieras internacionales*, ponencia presentada al V Seminario internacional sobre el derecho y la deuda, organizado por el CADTM, Bruselas, octubre 2005.

humanos consagradas en los instrumentos internacionales, es decir un crimen internacional o crimen de derecho internacional. Y con más razón cuando el resultado dañoso se produce en un Estado como resultado de decisiones adoptadas en el territorio de otro Estado, como ocurre en muchas ocasiones en el caso de las sociedades transnacionales.

Estamos, pues, frente a una serie de conductas, algunas definidas como delitos y otras no, que convergen a un resultado (deseado o no por los autores, pero previsible), de lesión o violación de los derechos económicos, sociales y culturales, reconocidos por normas internacionales obligatorias, pero que se han revelado impotentes para prevenir e impedir tales violaciones.

Es menester encarar entonces la sanción penal de las violaciones que pueden constituir delitos, para asegurar la protección de esos derechos humanos fundamentales.

Hay que comenzar pues, por definir o tipificar como delitos internacionales dichas conductas transgresoras. Si bien en el derecho internacional las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales no están definidas como delitos, el derecho penal internacional tiene un desarrollo considerable en lo que se refiere a la violación de los derechos civiles y políticos. Cherif Bassiouni enumera 22 categorías de crímenes internacionales, definidos en el derecho internacional consuetudinario y en el derecho internacional convencional (322 instrumentos internacionales, en total, desde 1815 hasta 1984), algunos de ellos relacionados con actividades económicas que pueden dar por resultado la violación de derechos humanos⁴⁸.

Es particularmente interesante en materia de acciones penales donde se abarcan como una unidad las violaciones de los derechos civiles y políticos y las violaciones de los derechos económicos sociales y culturales, la querrela penal iniciada en Argentina en 1999 contra varios ex dictadores del Cono Sur de América Latina implicados en la coordinación represiva llamada “Plan Cóndor”. El 11 de abril del 2001, el Juez de la causa decidió tomar declaración indagatoria al ex dictador argentino Videla, al ex dictador paraguayo Stroessner y a Contreras, ex jefe de la DINA chilena, a cuyo fin pidió la detención preventiva y la extradición de los dos últimos. En su resolución el juez dijo:

“En tal sentido, fue expresado por la querrela que ese delito habría constituido y lo seguiría haciendo, el eje y el símbolo del complejo de ilícitos que fueran descriptos en la presentación mentada que encabeza estos obrados; como ser: la asociación ilícita entre los imputados de rango político o militar superior, para cometer los delitos de secuestro agravado, aplicación de tormentos, homicidio y desaparición forzada de personas en el territorio de los países involucrados y mediante el uso criminal del aparato del Estado respectivo; la presunta asociación ilícita sería la denominada Operación Cóndor...Y por último, se hizo mención en el escrito de querrela inicial, en este orden de ideas, a la existencia de una conspiración contra el derecho de autodeterminación de cada uno de los pueblos de los Estados parte, privando a éstos de sus riquezas naturales, desmantelando sus estructuras productivas y obligándolos a un endeudamiento que se paga con la exclusión social, nueva forma de desaparición del mundo del trabajo, la salud y la cultura” (énfasis añadido)⁴⁹.

El juez de la causa se declaró competente invocando el artículo IV de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, que permite al tribunal atribuirse competencia cuando la desaparición forzada o alguno de los hechos constitutivos se cometieron en el ámbito de su jurisdicción o cuando el imputado o la víctima sean nacionales del Estado del tribunal.

⁴⁸ Cheriff Bassiouni, *International Crimes, Introduction*, en *International Criminal Law*, op. cit. vol. I, pág. 135.

⁴⁹ Causa n° 13.445/1999, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7 de la ciudad de Buenos Aires.

La denuncia se basó en una ley argentina denominada de subversión económica.

Pero a mediados de 2002 los Estados Unidos y el Fondo Monetario Internacional exigieron y obtuvieron del Gobierno argentino la derogación de dicha ley como condición previa para otorgar ayuda financiera a dicho país, en situación de crisis profunda precisamente a raíz de las actividades de las élites económicas y políticas nacionales y las élites económicas transnacionales (amparadas primero por las dictaduras militares y luego por los sucesivos gobiernos civiles) denunciadas en el juicio citado y en otros iniciados posteriormente, sobre la base de la mencionada ley. Estados Unidos y el Fondo Monetario Internacional quisieron garantizar la impunidad de los grandes delincuentes económicos. La presión ejercida por la institución financiera internacional para que se derogara esa ley llevó a un grupo de abogados argentinos a denunciar ante los Tribunales al representante del FMI, Sr. Ajoop Singh, por extorsión agravada.

4 Las jurisdicciones competentes

a) Las jurisdicciones judiciales

Dada la ausencia de instancias internacionales que hagan directamente justiciables las actividades ilícitas de las personas jurídicas privadas, las violaciones cometidas por aquéllas sólo pueden ser objeto en el plano internacional de denuncias ante distintos tribunales internacionales indirectamente, a través de la responsabilidad subsidiaria de los Estados:

- 1) La Corte Interamericana de Derechos Humanos a la que tienen acceso como denunciantes sólo los Estados y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Las personas privadas pueden presentar denuncias ante la Comisión Interamericana, que las lleva, o no, ante la Corte;
- 2) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante el cual pueden presentarse las víctimas directas de la violación una vez que han agotado los recursos internos en el Estado denunciado, y
- 3) La Corte Internacional de Justicia, ante la cual sólo pueden actuar los Estados en litigios entre Estados,
- 4) En 1998, la Organización de la Unidad Africana aprobó un Protocolo de creación de una Corte africana de derechos humanos y de los pueblos, Protocolo que entró en vigor en 2003. Pero en julio 2004 la Asamblea de la Unión Africana decidió que la Corte Africana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Justicia se integren en un solo tribunal, lo que no parece ser apropiado, dada la especificidad de las funciones propias de un tribunal que se ocupa de derechos humanos.

Las personas privadas, físicas y jurídicas, no pueden ser directamente denunciadas ante dichos tribunales.

5) **La Corte Penal Internacional** creada en Roma en 1998. Ante dicho Tribunal **sólo pueden ser acusadas las personas físicas, y no las personas jurídicas**, por una serie limitada de crímenes enumerados en el Estatuto de la Corte pero entre los que no figuran los crímenes contra los derechos económicos sociales y culturales.

Los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas destinados a la elaboración de un Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, fueron totalmente ignorados cuando se aprobó en Roma el Estatuto para la Corte.

Por ejemplo el artículo 18 (texto de 1991) sobre la dominación colonial y otras formas de dominación extranjera del Proyecto de la CDI y los comentarios al mismo, formulados por

los miembros de la Comisión en el 41º período de sesiones (1989). El artículo 18 decía: « El que en calidad de dirigente o de organizador establezca o mantenga por la fuerza, u ordene que se establezca o mantenga por la fuerza, una dominación colonial o cualquier otra forma de dominación extranjera en violación del derecho a la libre determinación de los pueblos tal como está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...]. »⁵⁰.

En uno de los comentarios formulados durante las sesiones se señaló que la segunda parte del artículo, que se refiere a «cualquier otra forma de dominación extranjera» está inspirado directamente en el párrafo 1º de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960, que contiene la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales. El proyecto de artículo - continuaba el comentario- se refiere a toda ocupación o anexión extranjera y a cualquier privación del derecho de los pueblos a elegir libremente su sistema político, económico o social. El proyecto de artículo, se dijo en otro comentario, es más breve que el texto correspondiente de la Resolución 1514 de la Asamblea General, pero tiene la ventaja de abarcar todos los tipos de dominación extranjera. En sus comentarios, algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional estimaron que en la dominación extranjera quedaba incluido el neocolonialismo, la explotación de los recursos naturales y de la riqueza de los pueblos, en violación de la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, acerca de la «soberanía permanente sobre los recursos naturales»⁵¹.

Como puede apreciarse, el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional incluía entre los crímenes contra la paz y la seguridad internacionales, actividades y políticas económicas que son práctica corriente de las grandes sociedades transnacionales y del grupo de países más industrializados.

Esto último quizás explique por qué en el Tratado de Roma de 1998, que aprobó el Estatuto para el establecimiento de una Corte Penal Internacional, bajo la presión de las grandes potencias se ignoraron totalmente estos antecedentes excluyéndose del Estatuto las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, los crímenes ecológicos y también como sujetos imputables a las personas jurídicas.

Sin embargo, siguiendo el criterio de la indisociabilidad de ambas categorías de derechos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, no hay que excluir la posibilidad de invocar el artículo 7 (crímenes contra la humanidad) de dicho Estatuto, como sugiere Andrew Clapham, para intentar llevar ante la Corte Penal Internacional a las sociedades internacionales y a sus dirigentes ⁵². El profesor David Baigún analiza la cuestión y propone,

⁵⁰ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º período de sesiones. Documentos oficiales de la Asamblea General, Suplemento N° 10 (A/46/10) pág. 265.

⁵¹ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 41º período de sesiones. Documentos Oficiales de la Asamblea General, Suplemento N° 10 (A/44/10), págs. 188 y 189.

⁵² Andrew Clapham, en un documentado trabajo (*The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons : Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court*, en *Liability of Multinational Corporations Under International Law*, M. Kamminga y S. Zia-Zarifi, editores, Kluwer Law International, La Haya 2001), sostiene que se podría acusar a las sociedades transnacionales ante la Corte Penal Internacional, pese a que no prosperó en Roma la propuesta francesa apoyada por otros países **y por una sola ONG, la Fundación Lelio Basso**, de conferir jurisdicción a la Corte sobre las personas jurídicas. Clapham se basa en los antecedentes de la ley N°10 de diciembre de 1945 del Consejo Aliado de Control de Alemania, (que autorizaba a enjuiciar a las asociaciones que el mismo Tribunal declarase criminales) y en lo establecido en el artículo 25 (Responsabilidad penal individual, inciso 3, apartado *d* del Estatuto de la Corte Penal Internacional), que se refiere a quien “contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”. Dicho de manera muy sucinta, Clapham sostiene que las sociedades transnacionales podrían ser enjuiciadas ante la Corte Penal Internacional como asociaciones

a fin de poder incriminar a las personas jurídicas ante la Corte Penal Internacional, soluciones consistentes en incorporar reformas al Estatuto. “No se nos oculta –escribe Baigún- que nuestra propuesta deberá recorrer un camino pleno de obstáculos; en primer lugar, la renuencia de muchos Estados a ratificar la aprobación del Estatuto; en segundo término, los plazos excesivamente amplios para promover las enmiendas⁵³. Y agregamos: que dichas enmiendas sean aprobadas por un número significativo de Estados.

Pero aun siguiendo la propuesta de Clapham que no implica reformas al Estatuto, las posibilidades de actuación de los particulares ante la Corte Penal Internacional son prácticamente nulas. En efecto, los particulares sólo pueden poner los hechos delictivos en conocimiento del Fiscal, quien tendrá el exclusivo poder de decisión en cuanto a promover o no una acción (arts. 15; 54, inc. 3, apart. b) y 53, inc. 1, apart. c)⁵⁴ del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

b) Los recursos ante los tribunales judiciales.

En el ámbito nacional, la actividad jurisdiccional puede y debe ejercerse plenamente con relación a los particulares, incluidas las sociedades transnacionales, aplicando el derecho nacional y las normas internacionales vigentes en el derecho interno.

Los tribunales nacionales constituyen un recurso de primera importancia frente a las actividades ilícitas de las sociedades transnacionales.

Los tribunales nacionales competentes para este tipo de demandas pueden ser el del lugar donde se produjo el daño, o el de la sede principal de la sociedad que provocó el daño, sin

criminales. Pero cabe señalar que en Nuremberg jamás fueron declaradas asociaciones criminales las grandes empresas alemanas que cometieron crímenes de guerra, aunque sí fueron enjuiciados algunos de sus dirigentes. Ese fue el caso de I.G. Farben (US Military Tribunal; Nuremberg, 14 agosto 1947-29 de julio de 1949) como lo señala el mismo Clapham.

⁵³ David Baigún, El Estatuto de Roma y la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Arroyo Zapatero Luis y Berdugo Gomez de La Torre Ignacio (Dir.): Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001.

⁵⁴ El apartado 1 c) del artículo 53, es la disposición quizás más flagrante del Estatuto de la Corte Penal Internacional en cuanto al ejercicio arbitrario de la facultad del Fiscal de iniciar o no una investigación e implica una contradicción manifiesta entre los objetivos proclamados en el Estatuto y su contenido real. Dicho apartado dice: «...Al decidir si se ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si... c) Existen razones para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia». Y el apartado c) del párrafo 2 del mismo artículo dice: «El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen». De donde resulta que, según este inciso, un crimen puede ser grave y estar en juego los legítimos intereses de las víctimas y sin embargo su investigación no redundar en interés de la justicia. Si la justicia a que se refiere este inciso no es, como la definen algunos juristas y filósofos del derecho, la aplicación correcta de la norma, en este caso del Estatuto, que proclama en su preámbulo el objetivo de poner fin a la impunidad de los autores de crímenes graves ¿cuál es el sentido de la palabra justicia en este inciso, en cuyo interés el Fiscal está autorizado a suspender la aplicación del mismo Estatuto y a no cumplir con los fines proclamados en el mismo? Castigar al autor de un crimen y reconocer el derecho de la víctima a la reparación es coherente y compatible con la idea de justicia de los juristas y filósofos de todos los tiempos (no dañar a los demás, dar a cada uno lo suyo, actuar conforme a derecho, etc.) aunque dicha idea varíe y se preste a diferentes interpretaciones. De modo que el difuso «interés de la justicia», que en el inciso que comentamos autoriza a dejar impunes crímenes graves, se puede emparentar con el «espíritu del pueblo» del derecho penal nacionalsocialista alemán, es decir con la aplicación arbitraria de la ley penal según la voluntad de quienes detentan el poder: las grandes potencias. Ya la Fiscal del Tribunal para Yugoslavia estableció un precedente al decidir no abrir una investigación, como le fue solicitado en varias denuncias presentadas por grupos de juristas, sobre los crímenes cometidos por la OTAN en la guerra contra Yugoslavia.

excluirse otras posibilidades, por ejemplo el del domicilio de las víctimas, si es distinto del lugar donde se produjo el daño⁵⁵. Cuál es la jurisdicción o las jurisdicciones competentes es un tema complejo, con vertientes jurídicas, económicas y políticas.

Se han intentado juicios, con suerte variada, contra empresas transnacionales en distintos países.

Pero la jurisdicción estadounidense parece ser la preferida para este tipo de demandas. Esto se debe a distintas razones, entre ellas que las reglas son amplias en materia probatoria, que se pueden dictar sentencias en rebeldía y sobre todo, a que existen varias leyes que autorizan – mejor dicho autorizaban– a las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidos fuera de dicho país a iniciar procesos ante sus tribunales, la más utilizada de ellas ha sido la Alien Torts Claims Act (ATCA).

La *Alien Tort Claims Act* (ATCA) es una ley aprobada en Estados Unidos en 1789 cuya finalidad primera fue perseguir la piratería en alta mar. Ella permite a los extranjeros demandar a personas o compañías estadounidenses y no estadounidenses que estén en territorio de Estados Unidos, por abusos “cometidos en violación de la ley de las naciones o de un tratado” firmado por Washington, aunque dichos abusos hayan ocurrido fuera del país.

Durante muchos años no se la utilizó y el primer caso notorio fue *Filártiga v. Peña Irala*, en 1980, a raíz de una demanda presentada por el padre de un joven paraguayo secuestrado y asesinado en su país por un policía que después de los hechos fue a residir a los Estados Unidos. En ese juicio, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito decidió, con la opinión favorable del Procurador, que la ATCA era aplicable en los casos de violaciones graves de la ley internacional humanitaria, con el argumento de que «a los efectos de la responsabilidad civil, el torturador se ha convertido, como antes el pirata y el traficante de esclavos, en enemigo de toda la humanidad”.

Luego se invocó la ATCA para presentar demandas en Estados Unidos contra dictadores y militares acusados de violar los derechos humanos en distintos países.

En casi todos los casos se otorgaron indemnizaciones, que pocas veces se hicieron efectivas porque los condenados se fueron de Estados Unidos.

Las primeras demandas contra individuos, en los años 1980-90, fundadas en la ATCA no dieron lugar a mayores controversias, pero las posteriores acciones judiciales contra corporaciones dieron lugar a una fuerte contraofensiva del sector privado, apoyada por el gobierno de los Estados Unidos.

Como parte de la ofensiva contra la ATCA, el entonces fiscal general de EEUU John Ashcroft se presentó en mayo de 2003 como *amicus curie* ante la Corte federal de Apelaciones del Noveno Circuito en la causa contra UNOCAL, pidiendo que anulara la vigencia de dicha ley.

Ashcroft arguyó que la ATCA no podía ser aplicada para demandas civiles, y que la “ley de las naciones” a la que se refiere no incluye el derecho internacional humanitario ni ningún tratado firmado por Estados Unidos después de 1789. También destacó que el uso contemporáneo de la ATCA puede tener “graves consecuencias para nuestra actual guerra contra el terrorismo”, mediante demandas “contra nuestros aliados en esa guerra”, interfiriendo así con importantes intereses de la política exterior estadounidense.

⁵⁵ Véase *Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional*, en Naciones Unidas, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1994, Vol. II, 2a. parte, Cap. V, párr. 373, donde se hace mención a las diversas jurisdicciones que pueden ser competentes. www.un.org/law/ilc

Al mismo tiempo, las asociaciones de empresas transnacionales, como el Consejo Nacional de Comercio Exterior (NFTC) y la Cámara de Comercio Estadounidense, también presentaron sus informes ante los tribunales y lanzaron una campaña de relaciones públicas contra la ATCA.

Hasta la sentencia del 17 de abril de 2013 en *Kiobel* contra *Royal Dutch Petroleum*, la única sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en la que ésta se pronunció sobre los alcances de la ACTA es la de diciembre de 2004 en el caso *Sosa v. Álvarez Machain* y tuvo gran trascendencia, pues en el curso del proceso intervinieron y se pronunciaron empresas, varios gobiernos, organizaciones no gubernamentales y dio incluso lugar a una interpelación en el Consejo Federal Suizo⁵⁶.

En 1985 un agente de la *Drug Enforcement Agency* (DEA) fue asesinado en México por miembros de un cartel de la droga. La DEA llegó a la conclusión de que en el hecho había participado el médico mexicano Humberto Álvarez Machain. Entonces encargó a un grupo de mexicanos, entre ellos Sosa, que lo secuestraran y lo llevaron a Estados Unidos para someterlo a juicio. Sometido a juicio en Estados Unidos, la defensa de Álvarez Machain arguyó que el juicio era ilegal porque el acusado había sido llevado a Estados Unidos de manera ilícita. La cuestión llegó a la Corte Suprema de los EEUU, la que el 15 de junio de 1992 (caso *U.S.v. Álvarez Machain*), dictó sentencia en la que afirmó el derecho de los funcionarios estadounidenses a secuestrar personas en otros Estados soberanos para llevarlos a los EEUU a fin de someterlos a los tribunales de ese país. El juez Rehnquist de la Corte sostuvo la extraordinaria "doctrina" de que tales secuestros son legítimos porque el tratado de extradición entre México y los Estados Unidos no los prohíbe.

Vuelta la causa contra Álvarez Machain al Tribunal de distrito, ésta finalmente absolvió al médico mexicano por falta de pruebas.

Este inició entonces una causa contra sus secuestradores, entre ellos Sosa, y contra el Gobierno de los Estados Unidos, por el secuestro y los consiguientes daños sufridos, invocando las disposiciones de la ATCA, pues el delito contra él se había producido fuera de Estados Unidos pero, señaló, había sido planeado y decidido en Estados Unidos.

El Tribunal de Apelaciones del Noveno Distrito rechazó el alegato de los acusados, según el cual la ATCA sólo otorga autoridad jurisdiccional, y consideró que también confiere derechos jurídicos sustantivos (Tribunal de Apelaciones del Noveno Distrito, 107F.3d 696, 1996 US App). El Tribunal declaró responsable a la DEA por el secuestro en el extranjero y ordenó la prosecución de la causa contra José Francisco Sosa.

Los demandados, es decir los secuestradores de Álvarez Machain y el Gobierno de Estados Unidos apelaron ante la Corte Suprema, la que dictó sentencia en 2004.

En ese fallo la Corte Suprema **respondió mayoritariamente por la negativa** a las siguientes dos cuestiones :

⁵⁶ La interpelación fue depositada por la consejera nacional Pia Hollenstein en el Consejo Nacional el 18 de marzo de 2004 a causa de que la Dirección de Derecho Internacional Público del Departamento Federal de Asuntos Extranjeros de Suiza firmó, junto con autoridades de Gran Bretaña y Australia, un « amicus curie » dirigido a la Corte Suprema de Estados Unidos en el marco de la causa « Álvarez Machain », abogando por la aplicación restrictiva de la ATCA. Entre otras cosas, en la interpelación se decía que el « amicus curie » correspondía a las intenciones del Gobierno de Bush y a los intereses de grupos económicos de los Estados Unidos contrariamente a muchas organizaciones internacionales y juristas que se ocupan del tema de la responsabilidad de las empresas frente a la sociedad. Véase la interpelación en : http://search.parlament.ch/f/cv-geschaefte?gesch_id=20043145 .

1) ¿Pueden los particulares en el marco del ATS (*Alien Tort Statute*) [ATCA] entablar juicios contra ciudadanos extranjeros por crímenes cometidos en el extranjero en violación de la «ley de las naciones» o tratados suscritos por Estados Unidos ?

2) ¿Puede una persona promover juicio en el marco de la ACTA por un secuestro planificado en Estados Unidos pero llevado a cabo en el extranjero ?

Esta sentencia de 2004 de la Corte Suprema es coherente con la sentencia de 1992 que afirmó el derecho de los funcionarios estadounidenses a secuestrar personas en otros Estados soberanos para llevarlos a los EEUU. La primera consagró el derecho a secuestrar y la segunda la impunidad de los secuestradores, siguiendo así la línea de la administración estadounidense y los deseos de las grandes empresas, temerosas de que un fallo de la Corte validara la ATCA.

A pesar de ello, los representantes de algunas ONGs celebraron el fallo diciendo, uno de ellos, que la Corte Suprema de Estados Unidos había reafirmado que «las cortes de Estados Unidos permanecerán abiertas para quienes sufran tortura y otros terribles abusos que violan la ley internacional» y otro destacó que « la Corte había reconocido el derecho a presentar, al amparo de la ATCA , demandas por violaciones de normas internacionales que sean “específicas, universales y obligatorias” ».

Es cierto que la Corte no satisfizo el deseo de la Administración estadounidense y de las grandes empresas de enterrar definitivamente la ATCA pero, además de rechazar de manera arbitraria el recurso de Álvarez Machain, sólo dejó entreabierto una pequeña y muy restrictiva posibilidad para la aplicación de la ley.

Que se ocupó de cerrar la Corte Suprema con su fallo “Kiobel contra Royal Dutch Petroleum”, del 17 de abril de 2013.

El Presidente de la Corte John Roberts, precisó en su voto: ... "E incluso cuando las reclamaciones se refieren y afectan al territorio de los Estados Unidos, deben hacerlo con la fuerza suficiente para neutralizar la presunción contra la aplicación extraterritorial. Las empresas a menudo están presentes en muchos países, y sería una interpretación demasiado amplia decir que la mera presencia de las empresas [en los EE.UU.] es suficiente. "

Algunos casos judiciales

a) En los juicios por daños y perjuicios contra la **Unión Carbide** por la catástrofe de Bhopal, los tribunales estadounidenses (decisión de primera instancia del Juez Keenan del Distrito Sur de Nueva York de 12 de mayo de 1986, confirmada en apelación) optaron por aplicar el « forum non conveniens » (derecho del tribunal a rehusar su jurisdicción), criterio sostenido por la demandada y rechazado por los demandantes. Estos últimos alegaron, entre otras cosas, el riesgo del chantaje que podían ejercer las empresas sobre los países pobres deseosos de acoger las inversiones extranjeras y la necesidad de que se reconociera la responsabilidad de la sociedad matriz, con sede en Estados Unidos. El proceso iniciado en la India contra Union Carbide terminó en 1989 con una transacción en la cual la demandada se comprometió al pago de una indemnización global a las víctimas de 470 millones de dólares, considerada ínfima, teniendo en cuenta que los afectados fueron centenares de miles de personas.

Como señala Bindu P. Sahni en el capítulo 2 de su libro *Transnational Corporate Liability : Liability for Human Injury*, el «forum non conveniens», es un principio discrecional del *common law* que se utiliza frecuentemente para eludir o disminuir la responsabilidad de la casa matriz cuando ésta es objeto de una denuncia ante los tribunales de su domicilio principal a causa de actividades ilegítimas realizadas por una filial en el ámbito de otra jurisdicción nacional.

b) En marzo de 2007, el tribunal federal del Distrito de Columbia (Washington) condenó a la multinacional Chiquita Brands al pago de una multa de 25 millones de dólares, luego de que sus directivos reconocieran que entregaron dinero a los grupos paramilitares de Colombia, mientras la empresa estuvo en dicho país, entre 1997 y 2004. El fallo ratificó así el acuerdo alcanzado entre el Fiscal y la empresa multinacional.

c) En la causa iniciada en 1997, en el marco de *la Aliens Tort Claims Act* contra **UNOCAL y TOTAL** por violaciones a los derechos humanos durante la construcción del oleoducto de Yadana, en Myanmar, el juez Richard Páez dijo que las sociedades transnacionales y sus dirigentes pueden ser tenidos por responsables de violaciones al derecho internacional de los derechos humanos en países extranjeros y que los tribunales estadounidenses tienen competencia para juzgar dichas violaciones. La transnacional francesa TOTAL quedó excluida de la causa pero no la empresa estadounidense UNOCAL. La empresa TOTAL sostuvo la incompetencia de jurisdicción «*ratione personae*» de los tribunales estadounidenses y la Corte de Apelación del distrito de California aceptó dicha defensa, rechazando los argumentos de los denunciantes acerca de la presencia de subsidiarias de TOTAL en Estados Unidos y de los vínculos con la empresa estadounidense UNOCAL en sus actividades ilícitas en Myanmar.

En diciembre de 2004 se llegó a un acuerdo extrajudicial en esa causa por el cual UNOCAL se comprometió a compensar a los demandantes por los daños sufridos⁵⁷.

El anuncio de UNOCAL y ERI (Earth Rights International) sugiere que éste ha sido el segundo caso en el que se alcance un acuerdo extrajudicial, que además podría crear un precedente para demandas contra otras grandes firmas petroleras⁵⁸.

No es exacto que este arreglo establezca un precedente para ulteriores demandas. Olga Martín-Ortega, comentando este arreglo dice que: "... especialmente importante es la decisión del [tribunal del] Noveno Circuito, a la luz del acuerdo, de dictar una orden por la que las anteriores sentencias de este tribunal sobre el caso **no pueden ser utilizadas como precedente en el futuro. Es como si el caso hubiera desaparecido**"⁵⁹.

d) En razón de que la transnacional francesa TOTAL quedó excluida de la causa ante los tribunales estadounidenses porque prosperó su defensa de incompetencia de jurisdicción, en agosto de 2002 se inició en Francia una causa contra el entonces Presidente Director General de Total, Thierry Desmarest, por los mismos hechos ocurridos en Myanmar, bajo la acusación de haber sometido Total a trabajos forzados al personal empleado en la construcción del gasoducto. Como el trabajo forzado **no está incriminado en el Código Penal francés**, los demandantes intentaron encuadrar los hechos en el delito de secuestro. El Procurador de la República dictaminó que no había lugar a un procedimiento penal, fundándose en la

⁵⁷ Véase Ludovic Hennebel – CRIDHO Working Paper 2006/09, *L'affaire Total-UNOCAL en Birmanie jugé en Europe et aux Etats-Unis*- Université Catholique de Louvain. Faculté de droit. Centre de philosophie du droit. Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme.
<http://cridho.cpd.r.ucl.ac.be/Working%20papers/CRIDHO.WP.2006.09.pdf> Es un estudio de 32 páginas muy permenorizado de este caso y sus antecedentes, en el que también se hace mención a otros juicios contra empresas trasnacionales y a la aplicación de la ATCA en otros casos.

⁵⁸ Fuentes: Interpress Service 5/01/05 y Center for Constitutional Rights – julio 2003.

⁵⁹ Olga Martín-Ortega, *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, Bosch Editor, España, 2008, pág. 291.

inexistencia del delito de trabajo forzado y el Tribunal sostuvo que era aplicable la figura de secuestro.

En noviembre de 2005 se llegó a un acuerdo entre las partes, por el cual TOTAL se comprometió a indemnizar a los ocho demandantes con una suma de 10.000 euros a cada uno y éstos a cambio desistieron de la demanda. En el acuerdo constó que Total no reconocía su culpa ni su reponsabilidad.

Este acuerdo fue severamente criticado en un comunicado conjunto emitido el 30 de noviembre de 2005 por Info Birmania, la Liga Francesa por los Derechos del Hombre y la Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos,

Dijo Hennebel que este acuerdo permitió a Total darse una nueva imagen de empresa socialmente responsable.

La imagen de empresa “socialmente responsable” de Total está facilitada por el hecho de que forma parte del *Global Compact* (Pacto Mundial) anexo a la Secretaría General de las Naciones Unidas.

La causa penal siguió su curso y se terminó en junio de 2006 con un sobreseimiento, en el que la jueza dice que « la realidad de los hechos denunciados no puede ponerse en duda » pero, sigue diciendo, **el trabajo forzado, a pesar de los compromisos internacionales de Francia, no está incriminado en el derecho francés** y no puede ser asimilado al secuestro⁶⁰.

En febrero de 2009 TOTAL dio a conocer un beneficio de 14 mil millones de euros en 2008, 14 por ciento más que en 2007, el más elevado jamás realizado por un grupo francés. Casi al mismo tiempo la empresa anunció un plan de 550 despidos.

TOTAL acumula ingentes beneficios contaminando los mares (naufragio del Erika), aprovechando el trabajo esclavo y provocando por negligencia catástrofes⁶¹ como la explosión en la empresa química AZF de Toulouse, Francia en setiembre de 2001 (31 muertos, varios miles de heridos y miles de viviendas destruidas o dañadas). En la causa por esta catástrofe, a comienzos de 2009 el Tribunal de Toulouse decidió procesar a Thierry Demarest, ex Presidente Director General de TOTAL, que salió indemne en el juicio por trabajo esclavo en Myanmar. El 29 de junio de 2009 se cerró la causa y el fiscal requirió una pena de tres años de prisión en suspenso y 45000 euros de multa para el director de la empresa, Serge Biechlin, y una multa de 225.000 euros para la empresa local, subsidiaria de TOTAL. Demarest salió, una vez más, indemne.

El 19 de noviembre de 2009, el Tribunal correccional de Toulouse dictó sentencia sobreseyendo definitivamente- invocando el beneficio de la duda - a todos los inculpados, a nivel de la empresa local y excluyendo de la causa a la casa matriz TOTAL y a su ex PDG Demarest, pese a que los peritos comprobaron la negligencia culpable de la empresa y de sus dirigentes. El presidente del tribunal declaró que no se pudo comprobar una falta y su relación de causalidad con el daño. El tribunal parece haber ignorado la responsabilidad solidaria de la casa matriz, las pruebas aportadas de la negligencia culpable de la empresa y de sus dirigentes, constitutivas del delito de peligro y por consiguiente, por lo menos, su culpa penal en el daño causado. El Fiscal apeló la sentencia y el 24 septiembre 2012 La Corte de Apelaciones de Toulouse condenó por homicidio involuntario a la sociedad Grand Paroisse

⁶⁰ Véase Hennebel, op. cit.

⁶¹ A fines de julio de 2009 la Confederación Francesa Democrática del Trabajo (CFDT) emitió un comunicado señalando que en los últimos seis meses se habían producido cinco accidentes graves en distintas instalaciones de TOTAL, que provocaron cuatro muertos y una decena de heridos. Estos accidentes a repetición, dice la central obrera, ponen en evidencia la necesidad de que se realice una investigación sobre la gestión de la seguridad en la empresa.

(filial de Total) y a su director Serge Biechlin., Total y su ex-PDG, fueron absueltos. No se aplicó el principio de la responsabilidad solidaria de la casa matriz con la filial.

e) Ante los Tribunales de Nueva York se tramitaron juicios contra la **Royal Dutch/Shell** y contra **Brian Anderson**, ex gerente general de **Shell Nigeria**, subsidiaria de **Royal Dutch/Shell**. Se los acusó de complicidad en el asesinato de Ken Saro-Wiwa, John Kpuien, Saturday Doobee, Felix Nuate, Daniel Gbokoo, del doctor Barinem Kiobel y de otros tres dirigentes, por la detención arbitraria y tortura de Owens Wiwa y Michael Vizer y por los ataques en Karalolo Kogbara y Uebari N-nah, cuando se realizaban protestas pacíficas en contra de las actividades de Shell.

Los querellantes acusaron a la empresa transnacional de haber ayudado al régimen nigeriano de Sani Abacha a fabricar pruebas para un simulacro de juicio que llevó al patíbulo al líder ogoni y a sus compañeros.

Las demandas se basaron en la *Alien Tort Claims Act*, en la Ley para la Protección de Víctimas de Tortura (Torture Victim Protection Act) y en la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO).

La demanda original fue presentada en 1996 y reformada en abril de 1997.

Shell fue acusada de torturas, detenciones arbitrarias, extorsión, ejecuciones extrajudiciales, trato cruel, inhumano y degradante.

Los actores alegaron que el gobierno militar de Nigeria incurrió en varias violaciones a los derechos humanos, incluyendo tortura y ejecuciones sumarias de miembros del MOSOP y afirman que la Royal Dutch/ Shell estuvo involucrada en tales actos.

Shell, aseguraron los actores, compró municiones, helicópteros y botes para llevar a cabo la operación militar "Restaurar el Orden en la Tierra Ogoni" ("Operation Restore Order in Ogoniland")

Los demandados pidieron que se rechazara la acción sosteniendo que los tribunales estadounidenses eran incompetentes y que la jurisdicción competente era, en todo caso, la de los Países Bajos o de Gran Bretaña. Sostuvieron que la *Alien Tort Claims Act* no se aplicaba en el caso de ser una corporación la demandada.

El 25 de septiembre de 1998, la jueza Kimba Maureen Wood dictaminó que la jurisdicción de los tribunales estadounidenses de Nueva York era apropiada pero que más lo era la de los tribunales de Gran Bretaña, por lo que decidió aceptar la defensa de *forum non conveniens*. Pero el 15 de septiembre de 2000, la Corte de Apelaciones dictaminó que los tribunales de Nueva York eran competentes en el caso, pese a que los delitos imputados se cometieron en otra jurisdicción, los denunciantes no son residentes en los Estados Unidos y la empresa Shell tiene su sede principal en el Reino Unido. Esta es una aplicación amplia del principio de jurisdicción universal, basada en la ya mencionada *Alien Tort Claims Act*.

La demandada acudió a la Corte Suprema para que revisara la decisión de la Corte de Apelaciones, pero en marzo de 2001 la Corte Suprema denegó la petición, con lo que quedó firme la decisión de la Corte de Apelaciones favorable a la competencia de los tribunales estadounidenses.

El 28 de febrero de 2002, la jueza Wood denegó todas las peticiones de que se desecharan las demandas alegando que las actividades de Royal Dutch / Shell y de Brian Anderson constituían una real participación en los crímenes mencionados en la demanda. **La jueza dijo que los hechos, tal como fueron presentados por los querellantes, podían constituir crímenes contra la humanidad, según la definición que figura en el Tratado de Roma de 1998 que aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional.**

En septiembre del 2003, se modificaron las demandas para incluir nuevos actores y después las causas entraron en la etapa de los alegatos.

También se abrió la posibilidad de que Brian Anderson fuera querellado por violación de la *Torture Victim Protection Act* (Ley para la Protección de Víctimas de Tortura) la cual permitiría a las víctimas demandar a los imputados ante las cortes federales ⁶².

Uno de los juicios en trámite, Wiwa contra Shell tenía que proseguir el 26 de mayo de 2009, pero la jueza Wood aplazó la audiencia sin establecer una nueva fecha pero declaró que el 2 de junio de 2009 se celebraría una audiencia para realizar una primera elección de los jurados.

Pero a mediados de junio de 2009 (más de trece años después de iniciada la causa) las partes (el Center for Constitutional Rights y EarthRights International en representación de los actores) **anunciaron que habían concluido un arreglo amigable**, consistente en que **Shell, que no reconoce responsabilidad alguna en los hechos que se le imputan**, indemnizaría a los querellantes con 15 millones y medio de dólares, es decir aproximadamente 1/2000 de los beneficios realizados por Shell en 2008, unos 34 mil millones de dólares. Y una parte infinitesimal de los beneficios obtenidos por Shell del petróleo extraído en territorio Ogoni de Nigeria durante decenios.

El Center for Constitutional Rights y EarthRights International (ERI) calificaron este arreglo de “histórico”.

Por su parte, Shell publicó una declaración en Nueva York donde dice que llegó a un arreglo en el caso Wiwa con un “gesto humanitario” consistente en contribuir a un fondo fiduciario en beneficio del pueblo Ogoni. Sigue diciendo que los querellantes renunciaron a todas los reclamos y que el pago total de 15,5 millones de dólares incluye, además de la contribución al fondo fiduciario para obras sociales, un pago “compasivo” a los demandantes. Aclara que Shell no tuvo nada que ver con los hechos de violencia ocurridos en territorio Ogoni.

Uno de los abogados de los querellantes precisó que una parte del dinero lo percibirán los clientes, es decir los familiares de Saro Wiwa y sus compañeros, y otra se destinará al fondo fiduciario una vez que sean pagados los honorarios de los abogados (Diario *Le Soleil* de Senegal, 30/06/2009. www.lesoleil.sn).

Como se puede apreciar, el arreglo en el juicio Wiwa contra Shell está a años luz de la reparación **integral** de los daños causados a las víctimas y a sus familiares, al pueblo ogoni en general y al medio ambiente.

Y consagra la impunidad de la sociedad transnacional por su complicidad en los crímenes contra el pueblo ogoni ⁶³.

Este arreglo extrajudicial no afectó la continuación de otra causa similar, **Kiobel contra Royal Dutch Petroleum**, la que resolvió definitivamente la Corte Suprema de Estados Unidos el 17 de abril de 2013 declarando – en lo esencial – que la Alien Tort Claims Act no es aplicable extraterritorialmente a las corporaciones y sólo en casos muy particulares a los individuos ⁶⁴.

⁶² Fuentes : Center for Constitutional Rights, cuyo equipo legal patrocina a los actores, junto con EarthRights International. Véase también : www.derechos.org/nizkor/econ/shell28feb02 y www.earthrights.org/shell/appeal. UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs News on Nigeria: http://www.irinnews.org/frontpage.asp?SelectRegion=West_Africa&SelectCountry=Nigeria

⁶³ Véase, en el párrafo c) precedente, el comentario de Olga Martín-Ortega sobre un arreglo amigable similar en el caso ERI/UNOCAL.

⁶⁴ Véase *Liesbeth Enneking* Multinational corporations, human rights violations and a 1789 US statute: A brief exploration of the case of *Kiobel v. Shell*. Copia electrónica disponible en <http://ssrn.com/abstract=2204762>. Pueden leerse breves comentarios sobre el fallo de la Corte Suprema de abril

No hay que olvidar que existen otros tribunales de justicia en el mundo además de los estadounidenses, ante los que también se pueden intentar procesos contra las sociedades transnacionales y no son pocos los que están en curso, ya sea invocando la competencia del tribunal donde se produjo el daño, el de la nacionalidad de las víctimas y aún la jurisdicción universal, donde ésta se aplica⁶⁵.

Como se puede apreciar, existen recursos judiciales –con resultados diversos- contra las actividades violatorias de los derechos humanos realizadas por las sociedades transnacionales pero cabe interrogarse acerca de la utilidad de dichos juicios cuando terminan en “arreglos amigables” cuyo costo para las empresas es irrisorio, a cambio de eximir las totalmente de responsabilidad y de evitar sentencias condenatorias que por lo menos tendrían una finalidad pedagógica para la opinión pública. Esos “arreglos amigables” están acompañados por evaluaciones triunfalistas de los que han promovido la acción que no se corresponden con la realidad e inducen a confusión.

En estas demandas contra las empresas parecen oponerse dos concepciones: por un lado una actividad jurídica militante muy difícil de llevar a cabo por su elevado costo (procesos que las empresas y sus ejércitos de abogados hacen durar años) y por el otro la industria jurídica de las indemnizaciones, que practican algunos gabinetes de abogados.

Demás está decir que es una regla deontológica fundamental que cuando se emprenden acciones judiciales, en la medida de lo posible todas las víctimas deben estar informadas y las que han conferido representación deben participar en las decisiones importantes que se refieren al curso de la demanda.

c) La jurisdicción universal

De manera general, uno de los fundamentos de la derogación del principio de territorialidad de aplicación de la ley penal, en otros términos, la aceptación en algunos casos de la jurisdicción universal, así sea limitada, es el reconocimiento del concepto de delitos internacionales o delitos contra el derecho de gentes, entre ellos la violación de derechos humanos fundamentales.

Ya a mediados del siglo XIX se comenzaron a celebrar tratados y convenios internacionales para prevenir y sancionar los delitos internacionales, entre ellos contra la trata de esclavos, la trata de mujeres y niños, el tráfico de opio y otros estupefacientes, la piratería, etc. Después de la Segunda Guerra Mundial se extendió la noción de delitos internacionales a los crímenes de

de 2013 en el Foro electrónico del Journal Of International Law and Politics de la Universidad de Nueva York (<http://nyujilp.org/some-quick-thoughts-on-transnational-human-rights-litigation-in-american-courts-after-kiobel/>; <http://nyujilp.org/earlier-supreme-court-jurisprudence-shows-hope-not-lost-for-those-seeking-corporate-accountability-in-u-s-courts/> y <http://nyujilp.org/r-i-p-a-t-s-how-much-of-the-alien-tort-statute-survives-the-supreme-courts-kiobel-decision/>). Puede verse también de Gaby Weber, Impunidad para siempre: La Corte Suprema de los EEUU protege a las multinacionales de la responsabilidad civil por violaciones de los DDHH en Argenpress del 26 de abril de 2013.

⁶⁵ La red Oilwatch ha publicado en su Boletín Resistencia n° 57 una lista y un resumen de los juicios en curso con en diversas partes del mundo contra empresas petroleras. (Véase http://www.oilwatch.org/index.php?option=com_content&task=view&id=158&Itemid=43&lang=).

guerra, a los crímenes contra la paz y a los crímenes de lesa humanidad. Como resultado de ello varios instrumentos internacionales contienen lo que podríamos denominar gérmenes de jurisdicción universal: la Convención contra el Genocidio (art. VI); la Convención contra la Tortura (arts. 5, 6 y 7), la Convención contra el Apartheid (art. V) y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art.9). También las Convenciones Interamericanas para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 12) y la Convención Interamericana y sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo IV) contienen disposiciones semejantes.

Diversas formas de aplicación del principio de jurisdicción universal, figuran, con amplitud diversa, en numerosas legislaciones nacionales y surge de la interpretación de otras donde no está enunciado expresamente⁶⁶.

Bélgica era el país más avanzado en la materia, pues como parte de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y de los protocolos adicionales I y II de 1977, dictó en 1993 una ley de aplicación de dichos Convenios y Protocolos, atribuyendo jurisdicción a sus tribunales para juzgar las infracciones, con independencia del lugar donde fueren cometidas, de la nacionalidad de los autores y de las víctimas. Una ley de 1999 extendió dicha jurisdicción universal al genocidio y a los crímenes contra la humanidad.

Pero como resultado de la presión de los Estados Unidos, que amenazaba con boicotear el puerto de Amberes y hacer retirar la sede de la OTAN de territorio belga, el 23 de abril de 2003 el Gobierno de Bélgica reformó la ley de competencia universal de 1993-1999, reduciendo considerablemente sus alcances y el 2 de agosto de 2003 procedió a su derogación.

Son conocidos algunos casos de aplicación de la jurisdicción universal en España, en los juicios contra Pinochet y contra otros militares de dictaduras latinoamericanas, que durante cierto tiempo estuvieron limitados a casos donde las víctimas eran de nacionalidad española. Pero en octubre de 2005, en un recurso interpuesto por Rigoberta Menchú, el Tribunal Constitucional de España resolvió a favor de la competencia de los tribunales españoles para investigar los delitos de genocidio, torturas, asesinatos y detención ilegal cometidos en Guatemala entre los años 1978 y 1986 y anuló la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de no asumir la competencia para investigar estos hechos y la del Tribunal Supremo de limitar la investigación a los casos en que las víctimas fueran españolas. El Tribunal Constitucional hizo una interpretación de la norma procesal española que permitía atribuir a los tribunales de España una jurisdicción universal amplia en una serie de delitos especialmente graves.

En base a esta decisión del Tribunal Constitucional los jueces de la Audiencia Nacional abrieron causas que incluyeron la investigación de delitos de genocidio en Guatemala y el Tibet, los crímenes de guerra cometidos por Israel en Gaza, las torturas en el campo de concentración de Guantánamo, etc.

La confirmación, a principios de 2009, de la competencia de los tribunales españoles para juzgar los crímenes de guerra cometidos en 2002 por Israel en Gaza, suscitó una fuerte reacción y protestas de las autoridades israelíes.

⁶⁶ Una información amplia sobre la aplicación legislativa y jurisprudencial de la jurisdicción universal en varios países de Europa occidental puede encontrarse en: www.redress.org/annex.

Esta ha sido, sin duda, una de las razones por las que el 25 de junio de 2009, el Pleno del Congreso de los Diputados de España aprobó por una amplísima mayoría una reforma del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), **limitando** la intervención de los tribunales españoles en caso de genocidio y de crímenes de lesa humanidad "cuando existan víctimas de nacionalidad española, se constate algún vínculo de conexión relevante con España o los presuntos responsables se encuentren en territorio español".

Esta reforma marcó el comienzo del fin de la aplicación amplia en España del principio de jurisdicción universal.

Esta reforma marcó el comienzo del fin de la aplicación amplia en España del principio de jurisdicción universal. **Que se completó en febrero de 2014 con una nueva reforma, más restrictiva aún hasta su virtual desaparición, del principio de jurisdicción universal contenido en el artículo 23 de la LOPJ.**

El principio de jurisdicción universal se encuentra también esbozado en la legislación latinoamericana. Por ejemplo, el artículo 118 de la Constitución argentina se refiere a los delitos contra el derecho de gentes cometidos fuera de los límites de la Nación. Los artículos 9 y 10 del Código Penal uruguayo, el artículo 6 del Código Penal chileno, el artículo 5 del Código Penal de Brasil, el artículo 4 del Código Penal de Venezuela, el artículo 7 del Código Penal de Costa Rica, el artículo 35 de la Constitución de Colombia de 1991 y el artículo 546 del Código de procedimiento penal del mismo país, aprobado el 30 de noviembre de 1991, establecen diversas variantes de excepciones al principio de territorialidad de aplicación de la ley penal.

El artículo 1º del Código Penal de Perú, sancionado en 1991, dice: "La ley penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones contenidas en el derecho internacional".

Los artículos 2, 3 y 4 del Código Penal mexicano establecen varias excepciones al principio de la territorialidad, entre ellos la que se basa en la nacionalidad del autor o de la víctima.

Pero Estados Unidos encabeza la lucha contra la jurisdicción universal, ejerciendo presiones sobre los países que intentan aplicarla, como se ha señalado más arriba y ha firmado convenios bilaterales con más de 50 países para asegurar la inmunidad de sus ciudadanos ante otras jurisdicciones nacionales y ante la Corte Penal Internacional.

d) Las jurisdicciones internacionales no judiciales o “cuasijurisdiccionales”.

Las víctimas o sus representantes y/o las organizaciones no gubernamentales pueden formular denuncias ante los Comités de los Pactos y Convenciones internacionales de derechos humanos, a fin de que dichos Comités hagan recomendaciones a los Estados denunciados. Existen además procedimientos establecidos en protocolos facultativos o en disposiciones facultativas incluidas en los tratados internacionales de derechos humanos, que permiten denunciar a los Estados y pedir a los respectivos Comités resoluciones condenatorias. Pero este procedimiento sólo rige para los Estados que han aceptado someterse al mismo. A estos procedimientos se los llama “cuasijurisdiccionales” o “cuasicontenciosos”, pues carecen de la fuerza imperativa de una resolución judicial.

El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre 2008, entró en vigor en mayo de 2013 ha sido firmado por 45 Estados y ratificado por 13 Estados, entre ellos ninguna de las llamadas grandes potencias. Para la Convención sobre los Derechos del Niño (del que son parte casi todos los países del mundo

salvo Estados Unidos, Somalia y Sudán del Sur) el 13 de abril de 2014 entró en vigor con diez ratificaciones⁶⁷ un Protocolo que establece un procedimiento de denuncias ante el Comité respectivo.

Según el procedimiento previsto para la Carta Social Europea (protocolo adicional de 1995) también pueden formular denuncias las organizaciones no gubernamentales y sindicatos, pero las recomendaciones definitivas que formule el Comité Europeo de Derechos Sociales deben pasar por el filtro político del Comité de Ministros del Consejo de Europa⁶⁸.

Excede los límites de este trabajo examinar las formas en que se puede promover la actividad jurisdiccional o cuasijurisdiccional en cada una de las distintas instancias internacionales y regionales, frente a actividades violatorias de los derechos humanos⁶⁹.

Sólo agregaremos brevemente que en la Organización Internacional del Trabajo la aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la OIT es objeto de una verificación y control sistemáticos mediante diversos organismos. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, es un órgano técnico constituido por 20 juristas que examina el cumplimiento por parte de los Estados de los Convenios y Recomendaciones y formula observaciones y comentarios que transmite a los gobiernos y a la Conferencia Internacional del Trabajo, en un informe público. La Conferencia anual constituye una Comisión tripartita, la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones (formada por representantes de los Estados (50%) de los empleadores (25%) y de los sindicatos de trabajadores (25%) que examina los casos de incumplimiento y transmite sus observaciones y recomendaciones a los Gobiernos. Existen en la OIT otros mecanismos especializados de control, como el Comité de Libertad Sindical y el Comité de Discriminación. Por su parte, las organizaciones nacionales e internacionales de trabajadores y de empleadores pueden presentar denuncias (las organizaciones nacionales respecto a situaciones en su propio país), que pueden dar lugar a que el Consejo de Administración de la OIT decida la constitución de una comisión investigadora, cuyas conclusiones se dan a conocer en un informe público.

El Consejo Ejecutivo de la UNESCO ha elaborado procedimientos que permiten examinar comunicaciones de particulares, grupos y organizaciones no gubernamentales en las que se alegue la violación de derechos humanos en el campo de la educación, la ciencia, la cultura y los medios de comunicación (Decisión 104 EX/3.3 de 1978). Las comunicaciones deben dirigirse al Director General de la UNESCO y pueden consistir en "casos" individuales y específicos o en "asuntos" relativos a violaciones masivas, sistemáticas o flagrantes de los derechos humanos en el dominio de la UNESCO. El Comité de Convenciones y Recomendaciones del Consejo Ejecutivo se pronuncia sobre la admisibilidad de las comunicaciones. Existen diez condiciones de admisibilidad, que figuran en el artículo 14 a) de la Decisión 104. El autor de la comunicación debe demostrar que se han reunido las diez

⁶⁷ Aprobado por la Asamblea General de la ONU en 2011, había obtenido las diez ratificaciones necesarias para su entrada en vigor en enero de 2014 (Albania, Bolivia, Costa Rica, Gabón, Alemania, Montenegro, Portugal, República Eslovaca, España y Tailandia).

⁶⁸ El Consejo de Europa fue creado el 5 de mayo de 1949, con el objetivo de favorecer en Europa un espacio democrático y jurídico común, organizado alrededor del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de otros textos de referencia sobre la protección de los derechos humanos. Lo componen 47 Estados Miembros. Sus órganos son el Comité de Ministros, la Asamblea Parlamentaria, el Congreso de los Poderes Locales y Regionales y la Secretaría General, que no hay que confundir con los órganos de la Unión Europea: el Consejo de Ministros, el Parlamento Europeo y la Comisión Europea.

⁶⁹ Véase, sobre este tema: Carlos Villán Durán, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Trotta, Madrid, año 2002.

condiciones. Los "casos" son tratados en principio en reunión privada y los "asuntos" en reunión pública del Consejo Ejecutivo.

IV. UNA CUESTIÓN JURÍDICA ESENCIAL: LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS STN CON SUS FILIALES DE HECHO O DE DERECHO Y CON SUS PROVEEDORES, SUBCONTRATISTAS Y LICENCIATARIOS ⁷⁰.

Las sociedades transnacionales pueden escapar en buena medida a toda la batería de normas jurídicas existentes y a crear, si no se aplica de manera amplia el principio de **la responsabilidad solidaria de las STN con sus filiales de hecho o de derecho y con sus proveedores, subcontratistas y licenciarios.**

El principio de responsabilidad solidaria de las sociedades transnacionales es una cuestión esencial, teniendo en cuenta la práctica habitual –cada vez más extendida- de las STN de “externalizar los costos” y los riesgos y las consiguientes responsabilidades – responsabilidades que asumen exclusivamente o casi exclusivamente los proveedores (no sólo los proveedores de productos sino también los proveedores de mano de obra o “proveedores o prestadores de servicios”), los subcontratistas, los licenciarios y las filiales - al mismo tiempo que las primeras obtienen ganancias exorbitantes.

Lo que se llama púdicamente “externalización de los costos” consiste en que las sociedades transnacionales se benefician desproporcionadamente pagando precios ínfimos a sus proveedores y subcontratistas por sus productos o servicios pero no asumen responsabilidad alguna por los bajos salarios y las malas condiciones de trabajo del personal de esos proveedores y subcontratistas.

La externalización de los riesgos consiste, por ejemplo, en que cuando se derrama el petróleo de un buque tanque y se produce una catástrofe ecológica, las sociedades transnacionales propietarias del petróleo no asumen responsabilidad alguna y el único responsable visible es el armador que prestó el servicio de transporte. La catástrofe en las empresas textiles de Bangladesh es otro ejemplo.

En las actividades financieras la externalización ha adquirido enormes dimensiones, por razones de costos y para transferir la responsabilidad jurídica. Este último aspecto parece preocupar al *Banque des règlements internationaux* (BRI) y al Comité de Basilea, que coordinan los esfuerzos de reglamentación internacional de las actividades financieras, y han establecido un panel de discusión (*Outsourcing in Financial Services*, agosto 2004, BRI). Según un estudio realizado por la consultora Deloitte por encargo de la Reserva Federal de los Estados Unidos (FED), en cinco años podrían externalizarse (*offshore outsourcing*) 356 mil millones de dólares de la actividad de los servicios financieros (bancos, seguros e inversiones).

La externalización en esta esfera consiste en subcontratar funciones con operadores técnicos que no están sometidos a control alguno. El Comité de Basilea ha propuesto nueve puntos tendientes a impedir que los grupos financieros eludan sus responsabilidades ⁷¹.

El principio de responsabilidad solidaria se aplica específicamente al derecho del trabajo cuando existe una relación entre empresas, una como empresa matriz y la otra como filial o

⁷⁰ Véase en el párrafo I de este texto la jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas y de la Corte Suprema de Argentina .

⁷¹ Diario *Le Figaro économie*, 9/9/2004, pág. XI.

una como empresa contratante y la otra como proveedora, subcontratista o licenciataria. Véase por ejemplo el art. 30 de la ley de contrato de trabajo de Argentina, los artículos 42 y 43 del Estatuto de los trabajadores de España y los artículos 177 de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela y el artículo 21 de su Reglamento⁷².

La responsabilidad de las sociedades transnacionales deriva del principio de responsabilidad

⁷² **Artículo 30 de la ley argentina de contrato de trabajo** (texto reformado conforme ley 25013): “Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera que sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social. . .

...El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable **solidariamente** al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la Seguridad Social”...

Artículos 42 y 43 del Estatuto de los trabajadores de España.

Artículo 42. Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios.

1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.

2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo”....

Artículo 43. Cesión de trabajadores.

1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

2. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en el apartado anterior responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

3. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

El artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela dice: La determinación definitiva de los beneficios de una empresa se hará atendiendo al concepto de unidad económica de la misma, aun en los casos en que ésta aparezca dividida en diferentes explotaciones o con personerías jurídicas distintas u organizada en diferentes departamentos, agencias o sucursales, para los cuales se lleve contabilidad separada. Y el artículo 21 de su Reglamento: Grupos de empresas.- Los patronos que integren un grupo de empresas serán solidariamente responsables entre sí respecto de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores.

Parágrafo Primero: Se considerará que existe un grupo de empresas cuando

éstas se encontraren sometidas a una administración o control común y constituyan una unidad económica de carácter permanente, con independencia

de las diversas personas naturales o jurídicas que tuvieren a su cargo la

explotación de las mismas. Parágrafo Segundo: Se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de un

grupo de empresas cuando: a) Existiere relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o

cuando los accionistas con poder decisorio fueren comunes; b) Las juntas administradoras u órganos de dirección

involucrados estuvieren conformados, en proporción significativa, por las mismas personas; c) Utilizaren una

idéntica denominación, marca o emblema; o d) Desarrollen en conjunto actividades que evidencien su

integración.

colectiva o responsabilidad solidaria, incluso por omisión, de todos aquéllos que participan de una manera u otra en la provocación de un daño y hace nacer entre ellos una obligación solidaria. Su fundamento es que todo daño debe dar a la víctima derecho a la reparación que ésta puede reclamar a todos los responsables conjuntamente o a uno o algunos de ellos y, si estos son insolventes, al responsable solvente.

Esta responsabilidad no se funda en la culpa sino en una obligación objetiva de garantía⁷³.

En materia penal se aplica un principio similar de responsabilidad solidaria a las distintas formas de participación criminal (autores, coautores, cómplices, instigadores, etc.).

V RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR LAS ACTIVIDADES DE LAS SOCIEDADES TRANSNACIONALES⁷⁴

El derecho al desarrollo y al goce progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales comporta obligaciones de cada uno de los Estados respecto de sus propios pueblos y también obligaciones de cada Estado y del conjunto de la comunidad internacional respecto de los seres humanos en general. Estas obligaciones implican el deber de cada Estado de hacer el máximo de esfuerzos para promover el progreso económico, social y cultural de su pueblo y contribuir, en colaboración con la comunidad internacional, a dicho desarrollo a escala mundial (Resoluciones 2626 (XXV), 3201 (S-VI) y 3281 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas).

De modo que las obligaciones de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales no se limitan a sus propios pueblos sino que se extienden a la sociedad humana en general. Son los llamados «derechos de la solidaridad», consagrados en los artículos 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 3, inciso 3º de la Carta de las Naciones Unidas y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando se refieren a la cooperación internacional.

Hay en esta categoría de derechos, una obligación activa universal de los Estados de garantizarlos y una obligación pasiva universal de respetarlos. Los Estados pueden incurrir entonces en violación por omisión, al no garantizarlos, o en violación activa, al no respetarlos, por ejemplo, mediante políticas económicas y sociales regresivas respecto de sus propios pueblos o imponiendo tales políticas a terceros Estados.

En cualquiera de ambos casos los Estados son jurídicamente responsables de tales violaciones, cuando han sido cometidas por sus órganos y/o sus funcionarios.

Pero también los Estados son responsables por las violaciones cometidas por los particulares que están bajo su jurisdicción, cuando no han adoptado las precauciones necesarias para evitar dichas violaciones y para proteger a las víctimas.

⁷³ Véase Roberto Manuel López Cabana, *La responsabilidad colectiva en el derecho civil argentino y en el derecho latinoamericano*, en “Dalmacio Vélez Sársfield y el derecho latinoamericano”. Actas del Congreso Internacional celebrado en Roma, 17/19 de marzo de 1986. Publicación del Departamento di Storia e Teoria del Diritto della II Università di Roma. CEDAM, Padua, 1991. Del mismo autor y de N.L. Lloveras, *La responsabilidad colectiva*, en la Revista jurídica argentina *El Derecho*, t. 48, pág. 799.

⁷⁴ Sobre la responsabilidad de los Estados y otros temas conexos se pueden consultar interesantes trabajos en la publicación de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales: *La Responsabilidad Internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado*. XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1989. Carlos Jiménez Piernas, editor, Alicante 1990.

De la responsabilidad del Estado deriva su obligación de reparar el daño causado a las víctimas, de dar seguridades de que no se repetirá la violación y, tratándose de un crimen internacional (como son a nuestro juicio las violaciones graves y masivas a los derechos económicos, sociales y culturales) y la posibilidad de que el Estado sea objeto de sanciones por parte de la comunidad internacional hasta que cesen las violaciones y proceda a reparar el daño causado.

VI. PERFECCIONAR LAS NORMAS EXISTENTES Y ESTABLECER OTRAS NUEVAS

En los párrafos precedentes se han mencionado las normas vigentes, la jurisprudencia y la doctrina que deben utilizarse a fondo, con competencia, habilidad y eficacia para obligar a las empresas transnacionales a respetar los derechos humanos y a sancionarlas si no lo hacen.

Pero el arsenal jurídico disponible –trabado o esterilizado por numerosos obstáculos- se ha revelado en los hechos insuficiente y se hace necesario completar las normas existentes y crear nuevas normas imperativas e instituciones nacionales e internacionales que garanticen su estricta aplicación.

Las experiencias precedentes indican que este objetivo es de muy largo aliento y de resultado incierto.

Es indispensable entonces que las masas populares y sus organizaciones tengan el protagonismo a fin de actuar en todos los terrenos y en todas las circunstancias para poner coto en cada instante a la actividad nefasta del poder económico transnacional, combatiendo todas y cada una de sus manifestaciones, rescatando el principio de servicio público, especialmente en materia de salud, alimentación (incluida el agua potable), educación, vivienda, de democratización de la comunicación y la información en todas sus formas y soportes contra los monopolios mediáticos y reivindicando los derechos a la identidad cultural, a vivir en un medio ambiente sano y a tener un trabajo decente, estable, seguro y dignamente remunerado.

Ahora está al orden del día con carácter de urgente la denuncia y la lucha contra el Tratado Transatlántico o Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión, que negocian secretamente la Unión Europea y los Estados Unidos y contra el Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica entre 12 países de Asia, Oceanía y América. Si las elites dirigentes logran su objetivo, las consecuencias serán extremadamente graves para las condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones afectadas e implicarán una aun mayor subordinación de las instituciones políticas y jurídicas nacionales a las estrategias devastadoras del poder económico transnacional.

Lyon, junio 2014

INDICE

INTRODUCCIÓN

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES TRANSNACIONALES.

II. CARACTERÍSTICAS SOCIOECONÓMICAS DE LAS SOCIEDADES TRANSNACIONALES

III RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DE LAS SOCIEDADES TRANSNACIONALES. NORMAS APLICABLES Y JURISDICCIONES COMPETENTES

1 ¿Qué son los derechos humanos?

2. Las normas aplicables

- a) **Instrumentos internacionales de derechos humanos en general y de derechos económicos y sociales en particular**
- b) **Instrumentos regionales**
- c) **Interdependencia, indivisibilidad y “permeabilidad” de las normas aplicables en materia de derechos humanos.**
- d) **Derecho laboral**
- e) **Derecho ambiental.**
- f) **Convenios internacionales y regionales contra la corrupción.**
- g) **Los debates y las Observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**
- h) **Los trabajos y documentos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.**

3. Responsabilidad penal de las sociedades transnacionales y de sus dirigentes

4 Las jurisdicciones competentes

- a) **Las jurisdicciones judiciales**
- b) **Los recursos ante los tribunales judiciales.**
- c) **La jurisdicción universal**
- d) **Las jurisdicciones internacionales no judiciales o “cuasijurisdiccionales”.**

IV. UNA CUESTIÓN JURÍDICA ESENCIAL: LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS STN CON SUS FILIALES DE HECHO O DE DERECHO Y CON SUS PROVEEDORES, SUBCONTRATISTAS Y LICENCIATARIOS.

V RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR LAS ACTIVIDADES DE LAS SOCIEDADES TRANSNACIONALES

VI. PERFECCIONAR LAS NORMAS EXISTENTES Y ESTABLECER OTRAS NUEVAS