

---

**RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL  
PÚBLICA DE LAS EMPRESAS  
TRANSNACIONALES POR LA VIOLACIÓN DE  
LOS DERECHOS HUMANOS**

**PUBLIC INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF  
TRANSNATIONAL ENTERPRISES FOR THE  
VIOLATION OF HUMAN RIGHTS**

**LA RESPONSABILITÉ PUBLIQUE  
INTERNATIONALE DES SOCIÉTÉS  
TRANSNATIONALES POUR LES VIOLATIONS  
DES DROITS DE L'HOMME**

**RESPONSABILIDADE PÚBLICA  
INTERNACIONAL DAS EMPRESAS  
TRANSNACIONAIS PELAS VIOLAÇÕES DOS  
DIREITOS HUMANOS**

---

Fecha de Recibido 9 de julio de 2019  
Fecha de Aceptado 22 de noviembre de 2019

**Cristian Anderson Rodríguez Basallo<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Joven investigador de la Universidad Santo Tomás de Villavicencio. Abogado Cum Laude de la misma institución académica, correo electrónico: cristok@hotmail.es, Investigador de Colciencias – alianza Sena convocatoria número 770, del año 2016-2017.

## Resumen

Son frecuentes los casos de violación de derechos humanos, en los que los protagonistas son empresas transnacionales, por intermedio de sus empresas filiales presentes en Estados con débiles sistemas jurídicos, principalmente en países de Latinoamérica, Asia y África, los cuales, no cuentan con mecanismos de reclamación efectivos para garantizar los derechos humanos de las víctimas. Casos como la muerte de líderes sindicales de las filiales de Coca-Cola Company Co., en Colombia, a manos de grupos paramilitares, presuntamente auspiciados por directivos de esa misma compañía, y en la que las víctimas no han obtenido la reparación de sus perjuicios, aumenta los niveles de impunidad en materia de derechos humanos. Lo anterior, demuestra la necesidad de que se promulgue un instrumento vinculante de derechos humanos en la órbita del derecho internacional público, que permita determinar la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales y de paso la reparación de perjuicios de las víctimas, ya que, los instrumentos actuales, como los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, son disposiciones de *soft law*, que si bien es cierto, han impulsado la Responsabilidad Social Corporativa, no constituyen instrumentos de carácter vinculante para las corporaciones transnacionales.

67

## Palabras clave

Empresas transnacionales, derecho internacional, *soft law*, impunidad, principios rectores, responsabilidad social corporativa.

## Abstract

There are frequent cases of human rights violations, in which the protagonists are transnational companies, through their subsidiaries present in states with weak legal systems, mainly in Latin American, Asian and African countries, which do not have effective grievance mechanisms to guarantee the human rights of victims. Cases such as the death of union leaders of the subsidiaries of Coca-Cola Company Co., in Colombia, at the hands of paramilitary groups, allegedly sponsored by executives of that Company, and in which the victims have not obtained the reparation of their damages, increases the levels of impunity in the field of human rights. The foregoing, demonstrates the need for a binding human rights instrument to be enacted in the orbit of public international law, which allows for the determination of the international responsibility of transnational

Corporations and the reparation of victims' damages, since the instruments currently, such as the Guiding Principles on Business and Human Rights, of the United Nations Human Rights Council, are soft law provisions, which, although it is true, have promoted Corporate Social Responsibility, they are not binding instruments for Corporations Transnationals

### **Keywords**

Transnational companies, international law, soft law, impunity, guiding principles, corporate social responsibility.

### **Résumé**

Les cas de violations des droits de l'homme sont fréquents, dans lesquels les protagonistes sont des sociétés transnationales, par le biais de leurs filiales présentes dans des États aux systèmes juridiques faibles, principalement dans les pays d'Amérique latine, d'Asie et d'Afrique, qui ne disposent pas de mécanismes de plainte efficaces pour garantir les droits de l'homme des victimes. Des cas tels que la mort de dirigeants syndicaux de filiales de la compagnie Coca-Cola en Colombie, aux mains de groupes paramilitaires, prétendument parrainés par des directeurs de la même compagnie, et dans lesquels les victimes n'ont pas obtenu réparation de leurs dommages, augmentent les niveaux d'impunité dans le domaine des droits de l'homme. Ce qui précède montre la nécessité d'un instrument contraignant en matière de droits de l'homme dans l'orbite du droit international public, qui permettrait de déterminer la responsabilité internationale des sociétés transnationales et, au passage, de réparer les dommages causés aux victimes, puisque les instruments actuels, tels que les Principes directeurs sur les entreprises et les droits de l'homme du Conseil des droits de l'homme des Nations unies, sont des dispositions de droit souple qui, s'il est vrai qu'elles ont favorisé la responsabilité sociale des entreprises, ne sont pas des instruments contraignants pour les sociétés transnationales.

### **Mots-clés**

Sociétés transnationales, droit international, soft law, impunité, principes directeurs, responsabilité sociale des entreprises

## Resumo

São frequentes os casos de violação dos direitos humanos, em que os protagonistas são empresas transnacionais, através das suas filiais presentes em Estados com sistemas jurídicos débeis, principalmente em países da América Latina, da Ásia e de África, que não dispõem de mecanismos de queixa eficazes para garantir os direitos humanos das vítimas. Casos como a morte de dirigentes sindicais de filiais da Coca-Cola Company Co. na Colômbia, pelas mãos de grupos paramilitares, alegadamente patrocinados por directores da mesma empresa, e em que as vítimas não obtiveram reparação pelos seus danos, aumentam os níveis de impunidade na área dos direitos humanos. O acima exposto mostra a necessidade de um instrumento vinculativo de direitos humanos na órbita do direito internacional público, que permita determinar a responsabilidade internacional das empresas transnacionais e, de passagem, a reparação dos danos às vítimas, uma vez que os instrumentos actuais, como os Princípios Orientadores das Empresas e dos Direitos Humanos do Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas, são disposições de soft law, que, embora seja verdade, promoveram a Responsabilidade Social das Empresas, não são instrumentos vinculativos para as empresas transnacionais.

## Palavras-chave

Empresas transnacionais, direito internacional, soft law, impunidade, princípios orientadores, responsabilidade social das empresas.

## INTRODUCCIÓN

La aparición en el ámbito económico internacional de las nuevas formas asociativas de las corporaciones industriales y comerciales, y la especialización cada vez mayor de las cadenas de mando y jerarquías organizativas de dichas empresas, aun fuera de los límites de las jurisdicciones nacionales, ha devenido en el surgimiento de las Empresas Transnacionales, en adelante ETN, que no son sino una de las consecuencias de la máxima expresión de la globalización de los mercados, con componentes del proceso de globalización del derecho.

Es así, que el desarrollo del poderío económico de las ETN y el aumento de las actividades de producción e industrialización de dichas corporaciones ha

contrastado con los innumerables casos de violación de los derechos humanos, colectivos y del medio ambiente en la que las protagonistas principales son las ETN. Casos que han tomado lugar desde la última década del siglo XX, como el de *Sinaltrainal V. Coca-Cola Company*, o el de *Kiobel V. Royal Dutch Petroleum*, en los cuales, las víctimas no han obtenido la reparación de sus perjuicios, por la falta de tutela efectiva dentro del contexto de débiles sistemas judiciales nacionales, por la dificultad probatoria que existe en vincular acontecimientos ocurridos con violaciones de los derechos humanos y las actividades de las ETN, que funcionan, a través de filiales y subsidiarias, ha dado lugar a que en la práctica se dé lugar a una especie de “impunidad” frente a los derechos de las víctimas.

Como resultado de lo anterior, dentro de la doctrina del derecho internacional y la comunidad internacional se ha discutido la necesidad de establecer una regulación legal internacional que estableciera en cabeza de las ETN, obligaciones directas de respeto de los derechos humanos, colectivos y del medio ambiente. La anterior propuesta se ha planteado en el interior de la Organización de las Naciones Unidas ONU, a través del grupo intergubernamental de composición abierta, para la creación de un tratado vinculante, en virtud de la Resolución n° 26/9 del 14 de Julio del 2014, del Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

Dentro del presente artículo, se indagará tanto dentro de las distintas ramas del derecho internacional público, como, dentro de los principales instrumentos de protección de los derechos humanos, si las ETN, son sujetos de responsabilidad en el derecho internacional público, o pertenecen a una nueva categoría de derecho internacional producto de la globalización del derecho. Así mismo, se describirá los principales casos de violación de derechos humanos por parte de ETN, estableciendo las respectivas competencias de los tribunales internacionales en estos casos. Finalmente se determinará la efectividad de las Normas Internacionales del Trabajo de la OIT frente a los casos de violación de los derechos humanos laborales.

## ANÁLISIS DEL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho internacional, según expone Monroy Cabra, (2018), deriva de la expresión *international law*, que fue introducida por el autor londinense Jeremy Bentham a fines del siglo XVIII, en ocasiones también denominado derecho de gentes, o *law of nations*, equivalente al antiguo derecho de gentes romano. Su carácter internacional ha sido consecuencia de procesos normativos que se han

derivado principalmente de la costumbre internacional, la *lex mercatoria*, o la expresión de los principios del derecho internacional contenidos en tratados internacionales entre Estados, o de convenciones de organizaciones internacionales o supranacionales.

El desarrollo, del derecho internacional en la época contemporánea ha tenido lugar por la necesidad de establecer límites o regular los comportamientos de los sujetos del derecho internacional, frente a temas como la protección de los derechos humanos, el cuidado y conservación de los recursos ambientales, la lucha contra el terrorismo, la protección de los civiles en los conflictos armados, el desarrollo de una economía industrial globalizada, o la solución de conflictos entre Estados, o entre estos y sociedades transnacionales.

Junto al actual derecho internacional o también denominado derecho internacional público, se ha desarrollado una clasificación de los mecanismos de protección de los derechos humanos, constituidas en diversas áreas alternas al derecho internacional público, dentro de las que se encuentran: el derecho internacional penal, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional del trabajo, y el derecho internacional privado.

## DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

El derecho internacional público es definido por Monroy Cabra (2018) como “la rama del derecho público que estudia las relaciones entre Estados y entre estos y los demás sujetos de derecho internacional, así como su organización y su funcionamiento”.

Adicionalmente a los Estados, otros sujetos de derecho internacional público que gozan de reconocimiento por la doctrina internacional y por la jurisprudencia de cortes internacionales, según expresa Monroy Cabra (2018), son “la Santa Sede, la Orden de Malta, el individuo, las organizaciones internacionales, la Cruz Roja y los rebeldes cuando han sido reconocidos como beligerantes”. Esta clasificación, refleja la dinámica contemporánea del derecho internacional, ya que, desde la perspectiva clásica del derecho internacional, son únicamente los Estados los destinatarios de obligaciones y derechos y por tanto, únicos actores. Esta concepción restringida de los sujetos de derecho internacional, según Kaleck & Saage-Maaß, (2008), se encuentra en que al momento en que los Estados por el principio de soberanía, firman un tratado de derecho internacional, únicamente son los Estados como sujetos los que se comprometen. Por tal

motivo, tales obligaciones en principio no recaen en actores privados, sean estos ciudadanos o personas jurídicas como las empresas.

Ahora bien, con respecto a las obligaciones internacionales de las cuales son destinatarios los sujetos de derecho internacional público, estas tienen lugar o derivan de las fuentes del derecho internacional que la doctrina y la comunidad internacional han aceptado. Así, aunque en un principio, la principal fuente de derecho internacional público emanaba de lo preceptuado en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de 1945, la adopción de la Convención de Viena para el derecho de los tratados de 1969 ha generado en la práctica la modificación del orden de las fuentes de derecho, ya que en su artículo 53 se ha establecido la primacía de las normas de *ius cogens*. Por su parte, el artículo 38 del estatuto menciona, que las fuentes de derecho son a) convenciones; b) costumbre internacional; c) principios generales del derecho internacional, y d) decisiones judiciales y doctrina.

Debe indicarse, como lo expone Monroy Cabra (2018), que las normas de *ius cogens*, que constituyen normas imperativas de derecho internacional generalmente aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto, son normas que tratan de:

La protección de los derechos humanos, la prohibición de la esclavitud y de otras tratas humanas, prohibición del genocidio, y de la discriminación racial, actos contrarios a la igualdad soberana y a la no intervención, tratados relativos al uso de la fuerza con violación de los principios de la carta de la ONU, tratados relativos a la ejecución de cualquier acto delictivo en derecho internacional, etc. (Monroy Cabra, 2018, p. 26)

El carácter principal de esta fuente se encuentra en el artículo 53 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que indica que si un tratado es contrario a una norma de *ius cogens*, este es nulo, como se observa a continuación:

53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración. Esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, 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. (Convención de Viena, 1969, p. 17)

Ahora bien, otra fuente importante y relevante dentro del derecho internacional público lo constituye el artículo 103 de la carta de la ONU (1945), la cual indica que en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.

Con respecto a la posición de la costumbre internacional, dentro del derecho internacional público, Monroy Cabra (2018), nos indica lo siguiente:

Hoy goza de favor en la doctrina y jurisprudencia internacionales la prevalencia de las reglas de derecho internacional general (tratados y costumbre internacional) sobre el derecho interno por razones de seguridad jurídica, y porque el cumplimiento de los tratados internacionales es norma aceptada por las comunidad jurídica internacional en su conjunto (p. 99)

Ahora bien, como se pudo corroborar la protección de los derechos humanos dentro de las fuentes del derecho internacional público goza de una especial primacía, en orden a su importancia, tanto así que incluso, existe un sistema universal de protección de los derechos humanos y sistemas regionales de protección de los derechos humanos como el Sistema Europeo de Derechos Humanos, que se desarrolla en virtud de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), o el Sistema Interamericano de Derechos Humanos o (SIDH), en la que los Estados miembros que por acción u omisión cometa violaciones a los derechos humanos, se les atribuye responsabilidad internacional. Sin embargo, en este punto debemos cuestionarnos acerca de ¿Cómo es la imputación de responsabilidad internacional por vulneración de los derechos humanos de una persona jurídica verbigracia una ETN, la cual, como examinamos anteriormente no se considera un sujeto de derecho internacional público? Para resolver esta importante pregunta, profundizaremos más adelante, cuando estudiemos la responsabilidad de las ETN y los Estados en el numeral III de este artículo.

### **DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL:**

Para, Jean Niboyet (1928), citado por Ostau de la Font (2015), el derecho internacional privado es:

La rama del derecho público que tiene por objeto fijar la nacionalidad de los individuos, determinar los derechos de que gozan los extranjeros, resolver los conflictos de las leyes

referentes al nacimiento, a la extinción de los derechos y asegurar por último el respeto de estos derechos. (p. 43).

Dentro del derecho internacional privado se encuentra el derecho comercial internacional, el cual regula todos los aspectos y vicisitudes mercantiles en el contexto internacional, así como la regulación y discusión de los contratos entre las distintas sociedades en el ámbito transnacional, cuya actividad es regulada bajo los parámetros de la *lex Mercatoria*, contenida en los principios UNIDROIT.

Es en este contexto, en el que las empresas y entre ellas las ETN, son consideradas sujetos de derechos y obligaciones, sin embargo, estas derivan de la voluntad de las partes dentro del contexto de un contrato internacional, y no por mandato legal o convencional, como en el derecho internacional público. De igual manera, frente a la resolución de conflictos o determinación de la responsabilidad por incumplimientos contractuales entre las personas jurídicas o ETN, se discuten en el marco de los sistemas de procedimiento y la jurisprudencia arbitral de las cortes internacionales de arbitraje, como la de la Cámara de Comercio Internacional, ubicada en París-Francia.

Ahora bien, contrario sensu de la dificultad que existe en el derecho internacional de los derechos humanos, de perseguir la responsabilidad de los derechos humanos por parte de los sujetos de derecho privado como las ETN, ocurre que dentro del marco del derecho comercial internacional, debido a los innovadores desarrollos alcanzados, se ha puesto en cabeza de las ETN, una multiplicidad de prerrogativas, como aquellas que surgen de los tratados de inversión suscritos por estas y los Estados anfitriones, y que ponen a las ETN, en una posición como sujetos de derechos y obligaciones y que permiten llevar a los Cortes de arbitraje internacionales a los Estados, en eventuales litigios internacionales, producto de las cláusulas Inversor-Estado, suscritas en los tratados de inversión, o en los tratados de Libre Comercio. Al respecto, Saguier (2010) indica:

Un ejemplo de esto es la incorporación de las cláusulas Inversor-Estado en los mecanismos de solución de controversias de los Tratados internacionales de inversión y los Tratados de libre comercio (TLC). Bajo estos acuerdos, las empresas pasan a ser sujeto de Derecho, pudiendo demandar directamente a los Estados en tribunales arbitrales (que no están bajo la jurisdicción de ningún país) cuando consideran que la adopción de políticas públicas y cambios en el marco regulatorio de un país hayan afectado las expectativas de rentabilidad de sus inversiones (p. 124)

## DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Por su parte, el derecho penal internacional, es una rama del derecho internacional público, que abarca disposiciones para el enjuiciamiento de los responsables de violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. A continuación, la CICR, expone con mayor claridad:

El derecho penal internacional es la rama del derecho por la cual se prohíben ciertas categorías de conducta consideradas delitos graves; se regulan procedimientos para la investigación, el enjuiciamiento y el castigo por esas categorías de conducta, y se considera que una persona que perpetre uno de esos delitos será responsable personalmente. (2014, p. 1)

Si bien es cierto, los orígenes del derecho penal internacional se remontan, por una parte, al proyecto de Gustave Moynier de 1872, en el que se estableció diez artículos, que señalaron todo lo relativo a un órgano judicial internacional para la prevención y represión de las violaciones del Convenio de Ginebra (Morales Alzate, 2008). Y por otra parte, a la suscripción del Tratado de Versalles de 1919, en Versalles – Francia, acuerdo que puso fin a la primera guerra mundial, y estableció la creación de un tribunal especial internacional para el juzgamiento del Káiser Guillermo II, por violación de los tratados internacionales y de la moral, así como también, impuso a Alemania, la obligación de entregar a quienes eran buscados por los Aliados para ser Juzgados por tribunales militares, de los países que resultaron vencedores de la guerra (Morales Alzate, 2008). Fue sólo hasta la suscripción del Tratado de Londres, el 8 de agosto de 1945, en el que se crearon los tribunales militares de Núremberg y Tokio, que se establecieron principios y reglas de procedimiento penales definidos, que posteriormente serían acogidos, para la creación de los tribunales militares ad hoc para la ex Yugoslavia, y Ruanda, constituidos por la ONU, en 1993, y 1997, respectivamente.

La importancia de los principios acogidos para la creación de los tribunales militares de Núremberg y Tokio, consiste en que en virtud de los procesos contra militares, individuos e incluso compañías, que se usaron como fachada para perpetrar indirectamente crímenes de guerra, durante la segunda guerra mundial, se llegó a establecer la responsabilidad penal por asociación ilícita, mediante el concepto de conspiración y la teoría del objetivo común o *common purpose theory*, (Casasola Gómez, 2018), que permitió el enjuiciamiento de personas jurídicas de derecho privado, en contraposición del concepto de responsabilidad

penal individual, que constituye uno de los pilares dentro del actual derecho penal internacional.

El estatuto para el Tribunal Militar Internacional de Núremberg se encargó de establecer 4 tipos de crímenes, entre ellos: los crímenes de guerra, contra la paz, contra la humanidad, y los crímenes de conspiración y complot. Así mismo, en los artículos 5º, 6º, y 9º del citado estatuto, se detallan los aspectos de la responsabilidad por asociación ilícita:

Artículo 5º. El Tribunal tendrá competencia para juzgar y castigar a los criminales de guerra del lejano Este que individualmente o como miembros de organizaciones sean acusados por delitos contra la Paz (...)

Artículo 6º. El Tribunal (...) estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que (...) cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones (...)

Artículo 9º. En el juicio de aquella persona o personas miembros de algún grupo u organización, el Tribunal podrá declarar (en relación con cualquier acto por el que dicha persona o personas puedan ser castigados) que el grupo u organización a la que pertenecía la citada persona o personas era una organización criminal. (Subrayado y cursiva fuera del texto original)

Con respecto a este tipo de responsabilidad, uno de los casos que tuvo lugar en virtud de los Juicios de Núremberg, fue el llevado a cabo por el Tribunal Militar Estadounidense, en la ciudad de Núremberg- Alemania, en contra del consorcio de empresas, de la transnacional I.G. Farben Industrie AG, una importante productora química y farmacéutica alemana. Veintitrés de sus trabajadores, entre ellos directivos de la organización fueron acusados de cometer crímenes contra la paz, crímenes de guerra y contra la humanidad y de haber participado en planes o conspiraciones para cometer estos crímenes, tal y como se definían en la Ley del Consejo de Control Aliado nº 10, en 1945. (Casasola Gómez, 2018).

Si bien es cierto, durante el enjuiciamiento, se logró establecer la responsabilidad de trece de los veintitrés acusados individualmente, en crímenes como esclavitud, trabajo forzado, tortura y ocupación ilegal de territorios, la conclusión que dejan las sentencias promulgadas, es que uno de los fundamentos para determinar responsabilidad individual, fue la filiación de los individuos con la organización que en consecuencia se consideró una organización criminal con objeto del artículo 9º del estatuto del Tribunal Militar Internacional de

Núremberg. Al respecto indica H.M. Stationery Office (1952), citado por (Casasola Gómez, 2018):

La sentencia del Tribunal Militar Estadounidense siguió en gran medida la línea argumental de la acusación, y por lo general analizó primero la participación de la empresa y tras encontrar que su conducta constituía crímenes de guerra y contra la humanidad condenó a sus directivos por su participación en los mismos y su relación con la entidad, basándose fundamentalmente en la instrumentalización de la empresa para la comisión de los crímenes. (p. 56)

Así mismo, durante el desarrollo del Tribunal Militar Internacional de Núremberg se adelantó, el enjuiciamiento de la firma *Krupp*, y el de la empresa japonesa *Nippon Mining Company* por sus acciones en la mina Kinkaseki de Formosa durante la II Guerra Mundial, pero este último ante Tribunal Militar Británico. “Respecto a estos casos, se establecieron aspectos sobre la responsabilidad penal de asociaciones constituidas en personas jurídicas para la comisión de crímenes de guerra, contra la humanidad, y violación de los derechos humanos”. (Casasola Gómez, 2018, p. 57)

Posterior a los Tribunales Militares de ex Yugoslavia y de Ruanda, el 17 de Julio de 1998, en la ciudad de Roma – Italia, tuvo lugar la conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, en la cual se adoptó el Estatuto de Roma. Este instrumento internacional, constituye actualmente el pilar más importante del actual sistema de derecho penal internacional.

Conviene subrayar que previó a la expedición del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se discutió el tema de la adopción de la responsabilidad penal internacional de las personas jurídicas, en paralelo con los casos juzgados posteriormente a la durante la II Guerra Mundial en los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y de Tokio. Sin embargo, dicha propuesta no fue respaldada por los Estados en la medida, que si éstos, como primeros obligados en la persecución de los crímenes y la defensa de los derechos humanos, no contaban con legislación interna que regulara este tipo de responsabilidad penal, tendrían que modificar sus legislaciones internas para poder adoptar el Estatuto de la Corte. En resumen, el Estatuto de la Corte acogió la figura de “la responsabilidad internacional individual, por los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y agresión”. (Monroy Cabra, 2018, p. 575)

Lo anterior, no obsta para que si los miembros de personas jurídicas de derecho privado, o de las ETN, de los que se pruebe su participación en la comisión de crímenes de lesa humanidad, no se les aplique lo preceptuado en el Estatuto de la Corte, y, por lo tanto, se les atribuya las obligaciones propias del respeto del derecho internacional humanitario. A continuación, lo expresan Kaleck & Saage-Maaß (2008), así:

Estas obligaciones valen también para las empresas en tanto que sus empleados tienen la obligación de actuar conforme al derecho penal internacional. Tal es así que a los ejecutivos y empleados de empresas que hayan participado o apoyado crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra pueden ser perseguidos judicialmente ante la CPI o ante tribunales nacionales que hayan incorporado estos crímenes en el orden público. (p. 19)

En conclusión, a pesar de que en el actual sistema de derecho penal internacional, se configure la posibilidad de perseguir a personas individualmente consideradas por las violaciones del Estatuto de Roma, y del Derecho Internacional Humanitario, sin excluir a los miembros de las ETN, o miembros de empresas de los que se pruebe su participación en la comisión de estos crímenes, es aún insuficiente la regulación que se desea para la protección de los derechos humanos, debido a que los actos que constituyen esta clase de responsabilidad penal internacional individual son actos que se consideran más relevantes, frente a actos como la destrucción del medio ambiente, la violación de los derechos sindicales, o explotación en las jornadas laborales, que son la clase de actos que normalmente ocurren dentro de lo que se conoce como violación de los derechos humanos.

## **DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

El derecho internacional del trabajo es la rama del derecho internacional, que integra todas las normas internacionales dictadas por organizaciones internacionales, como la OIT, y que desarrollan todos los aspectos relacionados con el derecho al trabajo, como las condiciones mínimas del trabajador, la prohibición del trabajo infantil, la garantía del goce efectivo de las libertades individuales y colectivas, entre otros. En este aspecto ha sido primordial, el desarrollo jurídico de la OIT, a través de convenios y recomendaciones, las cuales gozan de una especial relevancia jurídica, dentro del sistema universal de los derechos humanos.

Respecto a los convenios, estos gozan de vinculatoriedad, cuando son ratificados por los Estados, contrario sensu de las recomendaciones, las cuales no gozan de

obligatoriedad, y se conciben como directrices que facilitan la aplicación de los convenios de la OIT. Dentro de los convenios de la OIT, más importantes en la protección de los derechos humanos se encuentra el convenio 87° sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948, éste, estatuye el derecho que tienen las organizaciones de trabajadores y de empleadores de constituir agremiaciones en busca de la protección de sus derechos (artículo 1°), así como la obligación del Estado de proteger el derecho de sindicación (artículo 11°).

De la misma forma, se encuentra el convenio 29°, sobre el trabajo forzoso de 1930, que define el concepto de trabajo forzado, como aquel exigido a un individuo bajo la amenaza de cualquier pena (artículo 2°), exceptuando claro está, el que se presta por objeto del servicio militar, el que se cumple en virtud de una condena judicial, y el impuesto por obligaciones cívicas. Así mismo, se encuentra el convenio 105°, sobre la abolición del trabajo forzado de 1957; el Convenio 138°, relativo a la edad mínima de 1973, a través del cual se impone, la obligación de la abolición del trabajo en niños (artículo 1°), y el convenio 182° de 1999, que establece en el artículo 3°, que la vinculación o reclutamiento de menores de 18 años (artículo 2°), con fines de esclavitud (literal a), de comercio sexual, o pornográfico (literal b), o reclutados para la venta y tráfico de estupefacientes (literal c), así como, los vinculados para trabajos que atenten contra la moralidad y salud de los niños (literal d), constituyen las peores formas de trabajo infantil, que deben evitarse.

Estos convenios aunque en la práctica, no contienen obligaciones de derecho internacional para las empresas transnacionales o nacionales, cuando son desarrollados por los Estados en virtud de políticas estatales y mediante legislación interna, son frecuentemente transgredidos, verbigracia, cuando las ETN, a través de sus filiales limitan el desarrollo de la libertad sindical de los trabajadores por medio de la intimidación o persecución, cuando se hace uso de menores de 18 años para la extracción de carbón, esmeraldas, o de oro en minas de concesión de ETN, o cuando en virtud de la extracción de petróleo se producen afectaciones a los ecosistemas de los territorios de asentamiento indígenas y pueblos tribales.

## **NORMAS DE *SOFT LAW***

Las normas de Soft Law o (derecho blando), constituyen determinaciones de organismos internacionales, principalmente derivadas de sesiones de trabajo de organismos de la ONU, que se caracterizan por no establecer obligaciones jurídicas vinculantes para los Estados y los demás sujetos de derechos humanos, pero que en los últimos años han sido un impulso desde la órbita de la protección de los derechos ambientales. Monroy Cabra (2018), expone con más claridad, los fundamentos de estas disposiciones de derecho:

El llamado Soft Law o Green Law (derecho suave o derecho verde) está formado por las resoluciones de organismos internacionales que establecen un acuerdo para un programa de acción conjunta, en relación con un asunto determinado, programa que es aprobado unánimemente por los Estados que participan en las conferencias especializadas de organismos internacionales. (p. 13)

Existen actualmente diversas disposiciones de Soft Law, en las que se encuentran:

- Los 10 principios del Pacto Mundial, de la ONU de 1999.
- Las directrices de la OCDE, para empresas multinacionales de 2011.
- La declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales de la OIT, 5ta edición, 2017.
- Los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos del Alto comisionado para los derechos humanos del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, de 2011

Estas disposiciones de Soft Law, en su mayoría, promulgadas en forma de principios, constituyen normas de contenido orientativo y directivo, para los Estados, las ETN, y otras empresas. Su importancia radica en que al ser aceptadas por las ETN, y otras empresas en sus actividades económicas, impulsa la responsabilidad social corporativa, considerada esta como la responsabilidad de las empresas de respetar normas derechos humanos en ámbitos como la protección del medio ambiente, la garantía de los derechos laborales, y el desarrollo de la economía sostenible.

## **LAS ETN Y LOS ESTADOS EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN**

### **FUNCIONAMIENTO DE LAS ETN**

Las ETN, se caracterizan por establecer su actividad económica en diversos Estados, en los que, a través de las sociedades controladas, denominadas filiales o empresas subsidiarias, desempeñan su actividad económica. A continuación, Galgano (2005), expresa cómo operan dichas Empresas:

Las multinacionales, o mejor transnacionales como se ha precisado en el primer capítulo, presentan esta estructura. Estas dan lugar a una proliferación en tantas sociedades controladas por la sociedad nacional como en mercados extranjeros se opere. Así se obtiene la ventaja de separar los riesgos del mercado extranjero de los del mercado nacional y de separar por otra parte, entre las sociedades, los riesgos relativos a cada mercado extranjero. (p. 184)

Es claro que los términos “multinacional” y empresa “transnacional” (EMN, Y ETN respectivamente), se pueden entender como sinónimos. Sin embargo, estos términos presentan algunas diferencias lingüísticas que debemos observar. En esta medida se debe afirmar que aun cuando en el léxico común las expresiones EMN y ETN, expresan un significado unívoco, son expresiones que se diferencian tanto en su génesis, como en su contexto de aplicación, y finalmente en su semántica.

En cuanto a su génesis, la expresión EMN, según Galgano (2005), es de origen periodístico, y su uso primigenio se remonta a los primeros años de la década de los sesenta, en tanto que la expresión ETN, se utilizó inicialmente por la ONU, en algunos documentos oficiales de la UNCTAD, y recientemente acogida por la literatura económica, y sociológica.

Frente al uso correcto de las anteriores expresiones, en el contexto de la globalización, Galgano (2005), indica:

Se habla en cambio de ETN, y resulta una expresión más correcta porque transmite la idea de una empresa que aún sigue siendo siempre nacional, conservando la nacionalidad de su Holding, pero que sin embargo actúa como sociedad controlada fuera de los límites nacionales. (p. 33)

Igualmente, la expresión EMN es sugestiva, ya que advierte que una empresa o sociedad mercantil asume la nacionalidad de aquellas naciones en las cuales

funciona, como lo expresa Galgano (2005). Sin embargo, cuando nos referimos a ETN, como se expuso en el párrafo previo, debe entenderse que sigue conservando su nacionalidad aun cuando su actividad económica se extiende a otras naciones.

Un aspecto para aclarar de las ETN, es que a pesar de que ejercen sus operaciones económicas en sociedades controladas en otros países, a través de su Holding, no debe afirmarse que exista una independencia económica, y desde el ámbito del derecho entre ellas, ya que es aquí, donde se encuentra la especialidad de estas empresas, que aun cuando funcionan como una empresa unitaria, en la cual su Holding, o cabeza desempeña su actividad económica de forma directa e inmediata a través de la dirección y coordinación económica y estratégica de las sociedades operantes, sean estas filiales o subsidiarias, también desempeña un objeto social de carácter mediato e indirecto a través de aquellas, como se expresa a continuación:

En conclusión, el carácter de empresa del holding no deriva del hecho de que desenvuelve la actividad de participación y de coordinación técnico- financiera en sí misma considerada, sino que deriva de las específicas actividades de producción y de intercambio que forman el objeto de la sociedad operante y cuyo ejercicio en forma indirecta a través de la dirección y la coordinación y por medio de la participación de control, es atribuible a la cabeza del grupo. La cabeza de grupo es, entonces, empresaria por el hecho de ejercer actividad empresarial en su totalidad, en una fase en vía directa, en otra fase en modo mediato e indirecto. (Galgano, 2005, p. 188)

El papel del holding, respecto a las sociedades filiales o subsidiarias con las que se integra, se realiza a través de la participación social de capital, en acciones, por lo que aun cuando son sujetos de derecho distintos, aquel respecto a estas sociedades asume generalmente, una responsabilidad limitada, frente a sus terceros acreedores. En esto consiste la diversificación de los riesgos, que es una de las expresiones de la globalización de los mercados post-industriales, a continuación, Galgano (2005), lo expresa así:

Ya no implica la responsabilidad limitada del socio inversor, sino la responsabilidad limitada de una sociedad por las deudas de otra sociedad de la cual tiene control. De esta forma se pueden separar entre ellas los riesgos conexos de los diversos sectores o de los distintos mercados de la empresa, que la sociedad controlante asume sólo en los límites del capital directamente invertido en la controlada o indirectamente invertido en las subcontratadas (p. 173)

Otra de las formas en la que se expresa el ejercicio interno de las ETN, es a través de la dirección de las sociedades controladas de la empresa, del poder votar en las asambleas y el de dirigir los managers, o administradores de las mismas,

retirarlos y en general, las que se derivan del derecho de propiedad, como se indica a continuación:

Si la controlante imparte directivas a los administradores de las controladas acerca de la conducción de los asuntos sociales, está en condiciones de hacerlo en base a aquel poder inherente al derecho real sobre las acciones, que la habilita a nombrar y a confirmar, o a revocar a los administradores, o bien a decidir acerca de las operaciones sobre el capital. (Galgano, 2005, P. 171)

## **RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS COMETIDAS POR ETN:**

En el análisis del segundo numeral del presente artículo, este autor planteó la siguiente pregunta: ¿Cómo es la imputación de responsabilidad internacional por vulneración de los derechos humanos de una persona jurídica verbigracia una ETN, la cual, como examinamos anteriormente no se considera un sujeto de derecho internacional público?, pues bien, ¡sea este el espacio para resolverla!,

83

Frente a tan complejo tema, se debe anticipar, que actualmente es nula la posibilidad de imputar responsabilidad internacional a las ETN, por violaciones de derechos humanos, en la medida que dichas corporaciones transnacionales, no están incluidas dentro de lo que el derecho internacional público, denomina sujetos de derecho internacional, por tanto, en casos de esta índole, todo hecho ilícito, producto de la transgresión de los derechos humanos de las personas o comunidades de un Estado, bien sea, como consecuencia de la acción de una persona jurídica de derecho privado o de una ETN, es regulada por el derecho internacional público, como: responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos cometidos por terceros sujetos a su jurisdicción.

Este tipo de responsabilidad no es imputable al Estado en razón a la violación de una norma de protección de los derechos humanos, como pueda ser aquellas que prohíben la explotación de trabajo infantil, o aquellas que prohíben realizar actos tendientes a impedir el desarrollo de los derechos sindicales, sino que surge, en razón al incumplimiento del Estado, bien sea por acción u omisión, de una obligación contenida en un tratado o convención de derechos humanos. Al respecto, existe una triple obligación que se consagra en común dentro de los

instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Estas tres obligaciones o deberes generales en cabeza de los Estados son:

1. **Obligación de respetar los derechos humanos**, contenida en el artículo 2° numeral 1° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); en el preámbulo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, sociales y Culturales (PIDESC); y, en el artículo 1° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
2. **Obligación de garantizar o asegurar los derechos humanos**, contenida igualmente en el artículo 2° numeral 1° del (PIDCP); en el artículo 3° del (PIDESC), y en artículo 1° de la (CIDH).
3. **Obligación de adecuación de los instrumentos internacionales en el orden interno**, contenida en el artículo 2° numerales 2° y 3° del (PIDCP); igualmente, en el artículo 2° del (PIDESC); y en el artículo 2° de la (CIDH).

Esta triple obligación de respeto, garantía y adecuación en el orden interno se impone tanto a los estados de origen de las ETN, como en aquellos Estados donde las ETN funcionan a través de sus filiales o subsidiarias, también conocidos como Estados huéspedes. Sin embargo, frente al deber de salvaguardar los derechos humanos por parte de los Estados de origen, existe una divergencia en tanto que éstos tengan que asumir obligaciones extraterritoriales, lo que a primera vista colisiona, con el principio universal de soberanía de los Estados frente a la aplicación del derecho. No obstante, esta concepción es errónea, ya que el deber de asumir obligaciones extraterritoriales de protección de los derechos humanos frente a las acciones de las ETN, se enmarca por una parte, en el principio de universalidad de los derechos humanos, y por otra, en los principio de cooperación y asistencia recíproca entre los Estados, como se expone respecto a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales o (DESC), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Artículo 2° numeral 1°. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (...) (ONU, 1966, párr. 5)

Para finalizar debemos precisar como argumento que las obligaciones extraterritoriales de los Estados en la protección de los derechos humanos en cuanto se refieren a ETN, tiene fundamento cuando estas, están sujetas a la jurisdicción del Estado, aun cuando su actuación se realiza fuera de los límites

nacionales, o extraterritorialmente, ya que como analizamos las ETN, están presentes en otros territorios sin desligarse totalmente tanto jurídica, como económica de su Holding.

## **RESPONSABILIDAD DE LAS ETN EN LAS DISPOSICIONES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS**

### *Principios rectores sobre los derechos humanos y las empresas*

Los principios rectores sobre empresas y derechos humanos no constituyen obligaciones de derechos internacionales, sin embargo, constituyen el documento más importante de *Soft Law*, dictado por un organismo internacional. Los Principios rectores se redactaron en forma de recomendaciones concretas y prácticas para su implementación, y fueron desarrollados en virtud del mandato especial dado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, al representante especial, del secretario general para la cuestión de los derechos humanos, las empresas transnacionales y otras empresas John Ruggie. Su elaboración tuvo lugar dentro del mandato oficial otorgado por la ONU en el año 2005 a Ruggie, y concluyó en el mes de Julio del año 2011, fecha en la cual, los principios rectores fueron acogidos por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, mediante la Resolución n° 17/4, del 6 de Julio del 2011.

85

Dos aspectos importantes por mencionar antes de analizar el contenido de la disposición son, en primer lugar, que los Principios Rectores sobre los Derechos Humanos y las Empresas, son promovidos en virtud En segundo lugar, que los principios son resultado de discusiones, con gobiernos, empresas, organizaciones de trabajadores y la sociedad civil. Por ello, como indica (Consejo de Derechos Humanos, 2011):

Para enero del 2011 se habían celebrado 47 consultas internacionales en todos los continentes, y el Representante Especial y su equipo habían realizado visitas sobre el terreno a operaciones de las empresas y sus representantes locales en más de 20 países. (p. 5)

En efecto los principios rectores se dirigieron tanto a las empresas, sin importar su dimensión o estructura organizacional, a los Estados, y a una acción conjunta de ambos. Así en primer lugar, del principio 1° al 10° desarrollan el deber de las empresas de proteger los derechos humanos (principio 1°). Este deber de

protección incluye, la prevención, investigación, castigo y reparación de los abusos de los derechos humanos por parte de las empresas.

Así mismo, dentro del deber de protección se desarrollan del principio 3° al 6° medidas de conducta que los Estados deben adoptar en procura de proteger los derechos humanos, como, el deber de verificar que las normas del derecho mercantil, no restrinjan, sino propicien el respeto por los derechos humanos (principio 3° literal b); así mismo, el cometido que tienen los Estados de solicitar a las empresas bajo su cargo, o a las cuales garanticen líneas de crédito, la diligencia debida en materia de derechos humanos (principio 4°); promoviendo además, el respeto de los derechos humanos de las empresas con las que realizan transacciones comerciales, verbigracia, a través del establecimiento de términos en los contratos que suscriban (principio 6°)

Por su parte, el principio 7°, establece que, en procura de prevenir la vulneración de los derechos humanos en zonas donde hay un mayor riesgo de afectación de los derechos humanos, como aquellas zonas afectadas por los conflictos, los Estados deben colaborar con las empresas en la fase más temprana de su ejercicio para prevenir y mitigar los riesgos de violación de derechos humanos (literal a), o adoptar medidas más extremas como, denegar el acceso al apoyo de servicios públicos a las empresas que estén inmiscuidas en graves violaciones de derechos y se nieguen a cooperar con el Estado.

Por otra parte, del principio 11° al 24° se establece el deber general para las empresas de respetar los derechos humanos (principio 11°). Junto a esté, se establece otro recurso de alta relevancia, como es el deber de las empresas, de realizar una declaración política, que establezca que es lo que espera la empresa y las partes directamente relacionadas con sus operaciones en relación con los derechos humanos (literal c). La declaración política debe en todo caso, ser adoptada por el más alto nivel de la respectiva empresa. En iguales términos el principio 17°, establece el concepto de debida diligencia, consistente en que la empresa debe realizar una evaluación del impacto real y potencial de sus actividades, y la integración de sus actuaciones al respecto. Adicionalmente, para el cumplimiento de estos deberes, tendrá que acudir al asesoramiento permanente de expertos en derechos humanos (principio 18°, literal a); y a consultas en los grupos potencialmente afectados (literal b). Finalmente, con el objeto de verificar la eficacia de sus respuestas a los grupos afectados, debe basarse en indicadores cualitativos y cuantitativos (principio 20 literal a).

En cuanto al deber de reparación, se establecen los principios 24° al 31°, conjunto entre los Estados y las empresas, a través de mecanismos de reparación legítimos, y eficaces. Con el propósito de garantizar el acceso a la reparación de las víctimas, el Estado, debe concretar la eficacia de los mecanismos judiciales, verbigracia, no denegando el acceso a la justicia en el estado de acogida, o no dando igual nivel de protección a los derechos de algunos grupos poblacionales como en razón a pertenecer a grupos étnicos, o población migrante.

La acogida de los principios por parte del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, fue respaldada adicionalmente, en la Resolución n° 17/4, del 6 de Julio del 2011, con la creación de un grupo de trabajo para dar seguimiento a la difusión e implementación de los principios rectores (Cantú Rivera, 2016) y la creación de un foro, bajo la dirección del grupo de trabajo, que integra a los Estados, organizaciones de derechos humanos, ETN, y otras empresas, sindicatos, representantes de pueblos de grupos indígenas y organizaciones no gubernamentales, para la discusión de los principios rectores y la promoción de la cooperación en materia de derechos humanos y empresas.

***La Resolución n° 26/9 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, y la discusión de un instrumento jurídicamente vinculante para las ETN***

87

La Resolución n° 26/9 del 14 de Julio del 2014 por parte del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, que estableció, la directriz de creación de un grupo intergubernamental de composición abierta para la creación de un tratado vinculante de derechos humanos para ETN. Esta determinación que fue acogida durante la vigésima sexta sesión del consejo de Derechos Humanos de la ONU abre nuevamente la posibilidad de discutir la responsabilidad internacional de las ETN y otras empresas.

En esta coyuntura, uno de los primeros elementos sobre el cual deberá establecerse un consenso para lograr un acuerdo definitivo, será el relacionado con la definición de la competencia jurisdiccional en casos donde la vulneración de derechos humanos por parte de ETN, ocurra en los países huéspedes, ya que se presenta la problemática de que, al ser países receptores de inversión extranjera, no cuentan con la voluntad política para dirimir estos casos. Siendo así, autores como (Cantú Rivera 2016), expresan que tendría que establecerse una competencia subsidiaria por parte de los estados de origen, en los que el vínculo generador de la competencia sería la nacionalidad de la empresa, es decir, el Estado donde se encuentre la sede principal de operaciones de la

empresa. Cabe resaltar que esta competencia, como se resaltó en el aparte III de este artículo, ya existe en el sistema interamericano de derechos humanos, pero en la que los sujetos demandados son directamente los Estados de origen de las ETN.

Por ello, en opinión de este autor, en casos donde el Estado huésped del lugar donde ocurren los actos de vulneración de derechos humanos, bien sea por falta de voluntad política, o por no gozar de un sistema judicial sólido, no asuma la competencia para investigar a las ETN en un primer momento, no sería apropiado acudir directamente al Estado de origen de la empresa, ya que en la práctica se ha demostrado que son muy pocas las ocasiones en que se logra obtener una vinculación entre las actuaciones de las filiales, o subsidiarias y las matrices o holdings presentes en los Estados de origen. Por tanto, es viable que, debido a estos casos, se propicie la creación de un organismo internacional como una corte internacional de carácter permanente, o un comité adjunto a las cortes regionales de derechos humanos, como podría serlo un comité con capacidad jurisdiccional, que asuma la competencia pertinente, posterior a haber agotado en su primera oportunidad el respectivo orden interno del Estado.

Otro aspecto que presenta vital importancia jurídica para la creación del tratado vinculante es el que se relaciona con qué tipo de derechos humanos debería regular el tratado, ya que parte de la doctrina, cree que el tratado debería enfocarse en las violaciones más graves a los derechos humanos, como, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales o desapariciones forzadas, y no de violaciones de derechos como las que se derivan de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), como la limitación del derecho de libertad sindical, el trabajo forzado, o de derechos ambientales, como, la contaminación de las cuencas hidrográficas y la destrucción de los ecosistemas por extracción de crudo, etc. Al respecto, (Cantú Rivera, 2016) aclara que, el peligro de admitir esta postura es que el posible instrumento internacional, sugerirá una jerarquización de las normas de los derechos humanos, situación que, de suyo, sería incompatible con el carácter interrelacionado, interdependiente e indivisible que guardan los derechos humanos.

Un último aspecto (dentro de tanto otros), que tendrá que discutir el grupo de trabajo intergubernamental es el que se deriva de reconocer obligaciones jurídicas internacionales a las ETN y otras empresas, a través de un instrumento jurídicamente vinculante de derechos humanos, ya que la consecuencia próxima sería el reconocimiento intrínseco de la personalidad jurídica internacional pública de las ETN, desde la perspectiva del presente autor.

En conclusión, son muchos los aspectos a discutir por el grupo de trabajo intergubernamental, que posterior a la cuarta sesión de reuniones, el 16 de Julio de 2018, desarrolladas en la sede del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, con sede en Ginebra- Suiza, aún no contaba con un consenso mayoritario para promulgar el tratado definitivo.

## **LAS ETN, COMO PROTAGONISTAS EN LOS CASOS DE VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS:**

Uno de los mecanismos jurídicos, que ha propiciado la discusión de la responsabilidad internacional de las ETN, por violación de los derechos humanos, ha sido sin duda, la Ley Federal Alien Tort Claims Act (ATCA), o Alien Tort Statute (ATS) de 1789. Por medio de esta ley, los tribunales estadounidenses son competentes para conocer cualquier demanda, “por responsabilidad extracontractual (torts), y su respectiva reparación de los daños, dirigida contra algún extranjero (alien), cuya conducta violatoria del derecho de las naciones (the law of nations)”. (Correa Camarena, 2013, p. 390). “Cabe resaltar que los extranjeros que pretendan demandar deben estar sujetos a la jurisdicción de EEUU”. (Correa Camarena, 2013, p. 394).

89

A continuación, se expondrán dos de los casos más importantes, respecto a la aplicación de la ley ATCA, y que aun cuando fueron adversos para las víctimas, reflejan por una parte, como en casos de vulneración de derechos humanos en Estados sin sistemas judiciales sólidos, se estructura la jerarquía organizacional de las ETN, a través de filiales, que produce que en los Estados de acogida sea casi nula la posibilidad de vincular a las matrices o holdings de las ETN, teniendo las víctimas que acudir a realizar reclamaciones en los Estados de origen de las ETN, que en su mayoría son países de Europa o Norteamérica. Y, por otra parte, reflejan la necesidad de que, en el derecho internacional, exista algún instrumento, o desarrollo por parte de las organizaciones internacionales de derechos humanos frente a la responsabilidad de las ETN, lo que puede fortalecer importantes disposiciones internas como el ATCA.

### **CASO *SINALTRAINAL V. COCA- COLA COMPANY*, 578 F. 3D 1252 (CORTE DE APELACIONES PARA EL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO DE ESTADOS UNIDOS 11 DE AGOSTO DE 2009):**

En este caso, la Corte de Apelaciones, para el Décimo Primer Circuito de Estados Unidos con sede en Atlanta - Georgia, resuelve sobre los recursos de apelación presentados contra las decisiones del Tribunal del Distrito de Florida, por los demandantes quienes pertenecían a Sinaltrainal o sindicato nacional de la industria de alimentos. Las demandas y los recursos se incoaron contra Coca – Cola Company, Coca-Cola Colombia S.A, Panamerican Beverages Company LLC, Panamco LLC, Panamco industria de gaseosas S.A, Panamco Colombia S.A, y el sr. Richard I. kirby, entre otros.

Los reclamantes indican que las empresas a través de sus representantes son responsables de haber contribuido con grupos paramilitares, en diferentes municipios de Colombia, para asesinar, secuestrar, torturar e intimidar a líderes sindicales de Sinaltrainal.

Los casos se relacionan así:

- Asesinato y tortura del líder sindical Isidro Gil, y tortura e intimidación de Luis Adolfo Cardona, a manos de grupos paramilitares, en las instalaciones de embotellado de la empresa Bebida y alimentos Urabá S.A.
- Presunta conspiración entre la administración local de la empresa, los grupos paramilitares para eliminar las sedes del sindicato Sinaltrainal en Panamco Colombia en Barrancabermeja, a través de amenazas de muerte e intimidación hacia Juan Carlos Galvis.
- Secuestro y tortura de José Humberto Leal de la Empresa Panamco Colombia, de la ciudad de Cúcuta, para que abandonen la organización sindical *Sinaltrainal*.
- Conspiración entre el jefe de seguridad de la empresa Panamco en Bucaramanga, y la policía local, para arresto, detención ilegal y encarcelamiento de Luis Eduardo García y otros trabajadores.
- El sr. Richard I. kirby, funge como gerente y propietario de la embotelladora Bebidas, de la misma forma, la empresa Bebidas y Sr. kirby son agentes de Coca-Cola Colombia, que a su vez es una subsidiaria de Coca – Cola USA, debido a que está bajo su administración.
- Panamco Colombia y sus dueños, son Panamerican Beverages Company, LLC y Panamco, LLC

La Corte del Distrito de Florida, en una primera oportunidad en el año 2003, indicó que existía un acuerdo entre Coca-Cola USA, para hacer cumplir las normas necesarias para proteger el producto Coca-Cola en el mercado, sin que

por ello tuviera el control para determinar sobre las actividades reclamadas por los demandantes. De igual manera, indicó que los accionantes no argumentaron suficientemente el hecho de que los demandados hayan violado el derecho de las naciones. Sin embargo, sólo hasta un nuevo pronunciamiento del 2006, en el que Corte del Distrito de Florida examinó las cuatro quejas presentadas, determinó que ninguna de ellas llegaba a presentar situaciones fácticas para relacionar los casos bajo la jurisdicción de la (ATCA), o ley Alien Tort Claims Act.

Por su parte, los jueces de la corte de apelaciones para el Décimo Primer Circuito de Estados Unidos reafirmaron la desestimación de las acciones incoadas mediante la ATCA, por falta de jurisdicción en el tema. De esta forma determinaron inicialmente, que existe jurisdicción en materia federal, por una reclamación de la ATCA, cuando se reúnen tres elementos: 1) el reclamante es un extranjero; 2) demanda por un agravio; 3) el agravio debe haber sido cometido en violación de la ley de las naciones.

Posteriormente indicaron que para que las reclamaciones pudieran ser viables, los demandantes debían argumentar suficientemente que: 1) los paramilitares, fueran actores estatales o estaban lo suficientemente conectados con el gobierno colombiano o que actuaran bajo el ejercicio de la mera apariencia de la ley; 2) que los demandados o sus agentes, conspiraron con los actores estatales, o aquellos que actuaron bajo la mera apariencia de la ley. Una falla en alegar cualquiera de estas dos relaciones es fatal para las reclamaciones ATCA de los demandantes, como ocurrió en el caso *sub-lite*.

Concluyó finalmente la Corte de Apelaciones para el Décimo Primer Circuito que, a pesar que los eventos descritos en las demandas, son parte de la narrativa de una cadena de hechos desafortunados, acontecidos en un Estado donde se experimenta un conflicto civil, y no se goza de un sistema legal fuerte, los demandantes de los casos *Gil, Galvis y Leal*, no pueden establecer argumentos sólidos, para establecer un nexo entre los hechos ocurridos, producto de actos ilícitos llevados a cabo por fuerzas paramilitares, presuntamente bajo el auspicio del gobierno colombiano o de las ETN. Así mismo, se estableció que en el caso *García*, que las situaciones fácticas descritas, no permiten determinar a los demandados de Panamco, con la conducta procesable de tortura. Por lo tanto, se reafirma la desestimación de los reclamos por ATCA, por falta de jurisdicción sobre el tema. (Sinaltrainal V. Coca- Cola Company., 2009).

**CASO *KIOBEL V. ROYAL DUTCH PETROLEUM, CO.*, 621 F.3D 111 (CORTE DE APELACIONES PARA EL SEGUNDO CIRCUITO DE ESTADOS UNIDOS, 5 DE OCTUBRE DE 2010):**

En este caso, la Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito del estado de Nueva York- NY, 5 de octubre de 2010, resuelve sobre los recursos de apelación interpuestos contra la decisión del tribunal de distrito del Sur de Nueva York, por los demandantes Esther Kiobel y otros, en contra de Royal Dutch Petroleum Co., Shell Transport and Trading Company PLC, y su empresa filial en Nigeria, Shell Petroleum Development Company of Nigeria, LTD (SPDC),

Los demandantes indican que la filial nigeriana de la transnacional Royal Dutch Shell Petroleum, es decir, Shell Petroleum Development Company of Nigeria, LTD o (SPDC), con la complicidad de su casa matriz Royal Dutch Shell, beneficiada por sus actividades económicas, financió a las fuerzas armadas nigerianas, en una campaña de terror e intimidación, contra los pobladores asentados en el Delta del Río Níger, en Nigeria, pertenecientes en su mayoría a los pueblos indígenas Ogoni de Nigeria, presuntamente por medio del uso de ejecuciones extrajudiciales, tortura, arresto y detenciones arbitrarias, asaltos militares a civiles, tratos crueles, inhumanos y degradantes, crímenes de lesa humanidad, exilio forzado, restricciones a la reunión y la confiscación y destrucción de propiedad privada y comunal, en una clara intención por proteger la propiedad de Shell, y beneficiar a la SPDC, para extraer petróleo de las áreas de residencia de los demandantes. (*Kiobel V. Royal Dutch Petroleum Co.*, 2010)

El principal argumento usado en la sentencia para, desestimar la demanda, consistió en la determinación del tribunal, de que las corporaciones no eran aptas para ser demandadas bajo la ATCA, ya que ese tipo de responsabilidad aún es prematura, y no ha sido desarrollado en el derecho internacional (Correa Camarena, 2013). Esto quiere decir, que las personas jurídicas de derecho privado no pueden ser consideradas sujetos de responsabilidad internacional pasiva, en eventos de inobservancia del *ius cogens*, o de normas de derechos humanos. Así mismo, el tribunal de apelaciones para el segundo circuito indicó que la presente demanda instaurada bajo la ATCA carecía de fundamento alguno, ya que, esta disposición sólo puede ser incoada cuando se trate de violaciones probadas de la ley de las naciones (Céspedes Báez, 2011).

En conclusión, la esfera de la responsabilidad internacional de las ETN, por vulneración de derechos humanos está puesta sobre la mesa en el panorama internacional, tanto así, que los tribunales de Estados Unidos aceptan la

competencia que tienen de dar trámite a este tipo de reclamaciones, lo cual, es una expresión de la aplicación extraterritorial del derecho. No obstante, la falta de desarrollo jurídico vinculante dentro de los tratados de derechos humanos, o de organismos multilaterales en este ámbito, en la práctica produce fallos adversos para las víctimas. Esperemos que, en los próximos años, se conozcan fallos contra ETN, que garanticen la reparación de las víctimas y las comunidades afectadas por la actividad económica de las ETN.

## CONCLUSIONES

La primera conclusión a la que se obtiene, después de hacer un análisis de las diferentes ramas del derecho internacional, es que las ETN no son sujetos de derecho internacional público, en la medida de que, actualmente no existe ningún instrumento internacional de derechos humanos, tratado o convención vigente, de *Hard Law*, que establezca obligaciones o deberes en cabeza de estas compañías. Sin embargo, como se analizó en el numeral tres y cuatro del presente documento, existe un mandato específico para la creación de un instrumento internacional jurídicamente vinculante que regule la responsabilidad internacional de las ETN y otras empresas en la violación de los derechos humanos, y el cual se deriva de la Resolución n° 26/9 el 14 de Julio del 2014 por parte del Consejo de Derechos Humanos de la ONU a un grupo intergubernamental de composición abierta liderado por el Estado de Ecuador.

La segunda conclusión indica que han sido numerosos los casos de violación de los derechos humanos, en los que han participado ETN. Así, por ejemplo, posterior a la segunda guerra mundial, en virtud del derecho penal internacional, se sometió a juicio a empresas de carácter transnacional, en casos como el de la empresa productora de químicos Alemana *I.G. Farben Industrie AG*, el caso de la *Firma Krupp*, y el caso de la empresa Japonesa minera *Nippon Mining Company*. Así mismo, en la actualidad, existen disposiciones de aplicación extraterritorial del derecho, como la ley Alien Tort Claims Act o ATCA de contenido civil, bajo la cual se ha llevado ante Cortes de los Distritos de Estados Unidos, casos como el de *Sinaltrainal V. Coca-Cola Company Co.* o el caso de *Kiobel V. Royal Dutch Petroleum* por hechos relacionados con ejecuciones extrajudiciales, tortura, secuestro, e intimidación por parte de grupos paramilitares o de las fuerzas armadas del Estado, financiadas por las ETN.

En tercera medida, se dirá que los actuales mecanismos de derechos humanos relacionados con el deber de las ETN y otras empresas de respetar los derechos

humanos, está consignado en disposiciones de *Soft Law*, como los principios rectores para empresas y derechos humanos, del Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Estas disposiciones de derecho blando, si bien constituyen mecanismos voluntarios que promueven el respeto de los derechos humanos tanto en los Estados como en las empresas, y de las cuales incluso se realizan foros de discusión anuales en las que participan Estados, representantes de ONG, sindicatos y comisiones de empresas, son poco eficaces en la práctica, ya que no son vinculantes, ni establecen mecanismos jurisdiccionales para la determinación de una eventual responsabilidad.

En cuarto lugar se debe mencionar que los tribunales internacionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o la Corte Penal Internacional (CPI), no asumen competencias frente a personas jurídicas de derecho privado como las ETN u otras empresas, en actos de violación de derechos humanos, sino que, en relación a la primera de ellas, se establece la competencia, para conocer de las demandas incoadas en contra de los Estados, bien sea de origen de las ETN, o de los Estados huésped, no en virtud de la acción de las compañías, sino en virtud del incumplimiento sea por acción o por omisión de las obligaciones generales de los Estados, de respetar, proteger o garantizar y adecuar en el orden interno, las medidas de protección de los derechos humanos, contenidos en instrumentos internacionales. Por su parte, respecto a la CPI, la competencia es sobre individuos, sean estos oficiales, o particulares, sin que, en todo caso, pueda llegar a demostrarse que en virtud de la comisión de crímenes de lesa humanidad se haya participado siendo director, empleado o socio de alguna ETN.

Finalmente se concluye el presente documento, indicando que los convenios y las recomendaciones adoptados por la OIT, desarrollan temas importantes como la protección de los derechos sindicales, la abolición del trabajo infantil, la protección de los territorios indígenas y pueblos tribales frente a las acciones de las ETN, los cuales, propician marcos de regulación de derechos social favorables para los Estados. No obstante, estas normas en la medida que son dirigidas a aquellos, para ser incorporadas a sus derechos internos, no desarrollan mandatos obligatorios para las ETN, y sólo causan, respecto a éstas, el efecto coercitivo, propio de las disposiciones normativas desarrolladas a través de la legislación interna de los Estados.

## REFERENCIAS

- 1) ÁNGEL CABO, N. (2008). *La discusión en torno a las soluciones de Soft Law en materia de responsabilidad social empresarial*. Obtenido de Anuario de Derecho privado Universidad de los Andes: [https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com\\_content&view=summary&id=117%3AAla-discusion-en-torno-a-las-soluciones-de-Soft-Law-en-materia-de-responsabilidad-social-empresarial&catid=10%3A40&Itemid=43&lang=es](https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=summary&id=117%3AAla-discusion-en-torno-a-las-soluciones-de-Soft-Law-en-materia-de-responsabilidad-social-empresarial&catid=10%3A40&Itemid=43&lang=es)
- 2) CANTÚ RIVERA , H. (2016). ¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 425-460.
- 3) CASASOLA GÓMEZ, A. (2018). *Estudios sobre la Corte Penal Internacional*. Madrid: Dykinson S. L.
- 4) CÓDIGO DE LOS ESTADO UNIDOS. Título 28: Procedimiento Judicial. Parte IV: Jurisdicción y Lugar. Sección 1350: Alien Tort Claims Act. Año 1789.
- 5) COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1945). *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg*. Obtenido de [http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto\\_del\\_tribunal\\_de\\_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66](http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66)
- 6) COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA . (2014). *Principios generales del derecho penal internacional*. Obtenido de CICR.org: <https://www.icrc.org/es/download/file/3645/principios-generales-del-derecho-penal-internacional-ficha-tecnica.pdf>
- 7) CORREA CAMARENA, F. P. (2013). *El Alien Tort Statute: el imperialismo judicial de los valores occidentales*. Obtenido de Revista de la facultad de Derecho de México: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60710>
- 8) GALGANO, F. (2005). *La globalización en el espejo del Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- 9) KALECK, W., & Saage-Maaß, M. (2008). *Empresas Transnacionales ante los tribunales*. Obtenido de FUNDACIÓN HEINRICH BÖLL : [https://www.boell.de/sites/default/files/assets/boell.de/images/download\\_de\\_democracy/transnacionales-ante-los-tribunales-final.pdf](https://www.boell.de/sites/default/files/assets/boell.de/images/download_de_democracy/transnacionales-ante-los-tribunales-final.pdf)

10) KIOBEL V. ROYAL DUTCH PETROLEUM CO. , 621 F. 3d 111, Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito de Estados Unidos. ( Jueces: Dennis Jacobs, José A. Cabranes, Pierre N. Leval; 5 de Octubre de 2010).

11) MOLINA PORTILLA, D. M. (2016). Sistema interamericano, empresas transnacionales mineras y Estados de origen: improcedencia de la excepción de falta de jurisdicción entre Estados miembros. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 57-92.

12) MONROY CABRA, M. G. (2006). *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Bogotá: Temis S.A.

13) MONROY CABRA, M. G. (2018). *Derecho Internacional Público*. Bogotá: TEMIS.

14) MORALES ALZATE, J. J. (2008). *Corte Penal Internacional*. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia.

15) NACIONES UNIDAS. (1945). *Carta de las Naciones Unidas*. Obtenido de Naciones Unidas: <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-xvi/index.html>

16) NACIONES UNIDAS. (2011). *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie*. Obtenido de Consejo de derechos humanos de la ONU: [http://www2.ohchr.org/SPdocs/Business/A-HRC-17-31\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/SPdocs/Business/A-HRC-17-31_sp.doc)

17) NACIONES UNIDAS. (2011). *Principios Rectores Sobre las Empresas y los Derechos Humanos*. Obtenido de Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_sp.pdf)

18) OHCHR.ORG. (2017). *Elementos Para el Proyecto de Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionales y otras Empresas con Respecto a los Derechos Humanos*. Obtenido de OHCHR: [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs\\_OBEs\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs_SP.pdf)

19) NACIONES UNIDAS. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)*. Obtenido de Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OHCHR): <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

20) NACIONES UNIDAS. (1966). *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*. Obtenido de Oficina del Alto Comisionado Para los Derechos Humanos (OHCHR): <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

21) ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. (1969). *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. Obtenido de WWW. OAS.ORG: [https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference\\_docs/convencion\\_viena.pdf](https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf)

22) OSTAU DE LA FONT DE LEÓN, F. R. (2015). *El derecho Internacional Laboral*. Obtenido de Publicaciones de la Universidad Católica: [https://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/el-derecho-internacional-laboral/pubData/source/El-derecho-internacional-laboral\\_19042016.pdf](https://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/el-derecho-internacional-laboral/pubData/source/El-derecho-internacional-laboral_19042016.pdf)

23) RESOLUCIÓN N° 26/9 del 14 de Julio de 2014. Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos [Consejo de Derechos Humanos de la ONU]

24) RESOLUCIÓN N° 8/7 del 18 de junio de 2008. Mandato del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales [Consejo de Derechos Humanos de la ONU]

25) RESOLUCIÓN N° 17/4 del 6 de Julio del 2011. Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas [Consejo de Derechos Humanos de la ONU]

26) SAGUIER, M. (2010). *En el banquillo de los acusados: Empresas transnacionales y violaciones de derechos humanos en América Latina*. Obtenido de Revista de Negocios Internacionales: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/rni/article/view/168/170>

27) SINALTRAINAL V. COCA-COLA COMPANY., 578 F. 3d 1252, Corte de Apelaciones para el Décimo Primer Circuito de Estados Unidos. (Jueces: Gerald Bard Tjoflat, Susan H. Black and Emmett Ripley Cox; 11 de Agosto de 2009).