



Empresas transnacionales en Latinoamérica: ¿Un peligro para los derechos humanos?

Brot
für die Welt

MISEREOR
IHR HILFSWERK

ECCHR

EUROPEAN CENTER FOR
CONSTITUTIONAL AND
HUMAN RIGHTS

**Empresas transnacionales
en Latinoamérica:
¿Un peligro para los derechos humanos?**

**Amenazas para los derechos humanos originadas
por las empresas y cuestiones de responsabilidad jurídica.**

Contenido

4 Editorial

7 I Introducción

**10 II Empresas Transnacionales en Latinoamérica:
Problemática ejemplar**

11 1. Destrucción de los medios de subsistencia por parte de las industrias extractivas y proyectos de infraestructura

14 2. Represión violenta estatal y no estatal de las protestas sociales

18 3. Privatización de los servicios de interés público

19 4. Violaciones de los derechos laborales en la producción textil y el sector agrario

22 5. Responsabilidad corporativa y falta de instituciones estatales en los países de acogida

23 6. El papel de las políticas económicas internacionales y europeas

29 III Respuestas al impacto de las prácticas empresariales sobre los derechos humanos

30 1. Debilidades del enfoque de gestión de riesgo y responsabilidad social que ha sido utilizado hasta ahora por las empresas

34 2. Procesos legales contra las empresas por su participación en violaciones de los derechos humanos

38 IV Posibles formas de proceder y sus desafíos más comunes

39 1. Visión general sobre las posibles formas de proceder

39 a. Formas de proceder en el campo internacional

39 b. Formas de proceder contempladas en el campo internacional en las “*soft law*”

40 c. Formas de proceder en el plano nacional en los países anfitriones y en los países de origen

41	2.	Problemas jurídicos más comunes en las demandas contra empresas en Alemania por violaciones extraterritoriales a los derechos humanos
41	a.	Jurisdicción / ausencia de formas de proceder
42	b.	Fundamentos de la pretensión y cálculo de las pérdidas en las acciones reclamatorias de indemnización por responsabilidad civil
46	c.	Reglas de responsabilidad jurídica e imputación jurídica de responsabilidad
49	d.	Procesos penales contra las empresas y sus trabajadores
55	V	Propuestas de reforma

Editorial

La lucha contra el hambre, las enfermedades y la pobreza en Asia, África y Latinoamérica necesita tanto del compromiso gubernamental como de la inversión privada nacional y también de aquella proveniente de los países ricos. Esto es algo obvio; sin embargo estamos frente a una globalización unidireccional que está dirigida hacia el crecimiento económico, es por esto que la formulación de algunas preguntas se hace cada vez más urgente. ¿Quién determina y regula con qué intereses y con qué beneficios se realizan dichas inversiones?, ¿Cómo se puede determinar con seguridad si dichas inversiones favorecen ante todo a las personas que viven en condiciones de pobreza?, ¿Qué derechos y posibilidades tienen aquellas comunidades, que frecuentemente están marginadas, de participar adecuada y oportunamente en la toma de decisiones relacionadas con grandes proyectos que pueden modificar y determinar su vida, para que lo hagan de manera sostenible?, ¿Cómo podemos alcanzar la meta contenida en la declaración universal de los derechos humanos: que todos los seres humanos puedan vivir “liberados del temor y de la miseria”?

Muchas de las inversiones extranjeras directas se rigen únicamente por reglas neoliberales de la economía de mercado y por la ambición de obtener mayores ganancias, lo que hace que se descuide la relación entre propiedad privada y bien común. Los propios gobiernos en los países en vía de desarrollo, y algunos grupos que tienen el poder político y económico, olvidan frecuentemente los intereses y necesidades de las personas que viven en condiciones de pobreza y toman decisiones que aumentan la riqueza de unos pocos mientras aumentan la pobreza de muchos, violando además, con frecuencia y de manera grave, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocidos por sus siglas en español como DESC. En algunos casos se violan por ejemplo el derecho a la alimentación, al agua potable, a la asistencia sanitaria básica, a una vivienda digna o a la salud.

Y no es nada raro que en aquellos países en vía de desarrollo, donde los gobiernos tienen la voluntad política de promulgar nuevas leyes o modificar las existentes para proteger el medio ambiente y los derechos humanos de sus ciudadanos y ciudadanas, se tengan que sortear toda clase de obstáculos. Las políticas de comercio de los países industrializados así como también los acuerdos de inversión bilateral y multilateral les dificultan el camino y en muchos casos hacen que sea imposible imponer los derechos de su propio pueblo por encima de las empresas poderosas. El ejemplo del Ecuador que se presenta en este documento evidencia de forma impresionante estos mecanismos. Mientras el derecho comercial contempla sanciones efectivas para que sean cumplidos los derechos de las empresas privadas, los gobiernos y las víctimas de violaciones de los derechos humanos cometidas por parte de las empresas no tienen a su disposición mecanismos efectivos que les permitan defender sus derechos (humanos).

Con frecuencia se ven amenazadas organizaciones de la sociedad civil, personas que defienden las comunidades afectadas, sindicalistas, así como otros defensores y defensoras de los derechos humanos que a través de medios pacíficos se oponen a grandes proyectos y a la violación de los derechos-DESC. Con frecuencia sufren de persecución política que va desde la intimidación a través de denuncias ficticias y detenciones arbitrarias hasta torturas y asesinatos. De igual manera la vida cotidiana en muchos países en vía de desarrollo se ve afectada por una trágica y peligrosa criminalización de las protestas sociales y, además algunas empresas privadas participan activamente y se aprovechan calladamente de este tipo de medidas de represión.

En la República de Filipinas se ha acuñado un término propio para este tipo de modelo (desorientado) de desarrollo: *development aggression* (agresión del desarrollo). Este término es también acertado para muchos otros países y regiones en África y Latinoamérica. Misereor y Pan para el Mundo trabajan de manera conjunta con organizaciones contrapartes en Asia, África y Latinoamérica que tratan de implementar un modelo de desarrollo diferente: un modelo que tenga como centro de atención todos los seres humanos y que se construya sobre las bases del respeto, la protección y la garantía de todos los derechos humanos (tanto de los Derechos Civiles y Políticos como también de los Económicos, Sociales y Culturales).

El Representante Especial de la ONU para los Derechos Humanos y Empresas habla de un vacío de gobierno (*governance gap*) que se puede ver así: en las últimas décadas las empresas privadas se han

vuelto cada vez más influyentes y poderosas; sin embargo los mecanismos de regulación estatales que permitirían controlar y maniobrar dichas empresas no han podido ir a la par de éstas, generándose con esto un vacío de gobierno. Misereor y Pan para el Mundo están convencidas que las iniciativas voluntarias del sector productivo (de empresas individuales y también de sectores económicos completos) juegan y pueden jugar en el futuro un papel muy importante en la disminución de la pobreza y en el cumplimiento y promoción de los derechos humanos. Pero también es claro que es necesario que se produzca un perfeccionamiento del derecho nacional e internacional ya que el desarrollo mundial no debe ser “agresivo” sino sostenible y, sobre todo, pensado para que sea posible cambiar las condiciones de vida de la población que vive en condiciones de pobreza.

Una política europea y alemana coherente, que entienda el respeto, la protección y la garantía de todos los derechos humanos como su tarea transversal, debe tener como reto promover las “buenas prácticas” de las empresas que se establecen en otros países, al mismo tiempo que castigue las “malas prácticas” y, cuando sea necesario, también las sancione. Este “deber estatal extraterritorial” no puede ser ajeno a las políticas del gobierno alemán, si es que éste desea tomarse en serio los derechos humanos. Promover un “buen gobierno” en los gobiernos de los países en vía de desarrollo es importante y bueno; sin embargo esto es solamente creíble cuando ese buen gobierno también se aplica y se vive en el propio país, incluso en el establecimiento de las relaciones comerciales internacionales.

El estudio que se presenta en este documento es fruto de un proyecto conjunto desarrollado durante tres años e involucra a Pan para el Mundo, Misereor y el European Center for Constitutional and Human Rights (Ecchar). Dicho proyecto tiene tres metas principales:

- a) La capacitación de las organizaciones contrapartes de Misereor y Pan para el Mundo, así como también la conexión de los países afectados del Hemisferio Sur (antes denominados países en vía de desarrollo), con abogadas y abogados provenientes de Europa, los Estados Unidos de América, Canadá y Australia.
- b) El análisis de casos concretos e individuales de violaciones de los derechos humanos por parte de empresas europeas y la evaluación de las opciones reales y potenciales de judicialización frente a las cortes nacionales u otros gremios para la imposición de la así llamada *Soft Law*, expresión que sirve para denominar aquellos instrumentos jurídicos que no son obligatorios pero que influyen en la situación legislativa como por ejemplo las Líneas Directrices de la OECD para Empresas Multinacionales.
- c) La identificación de vacíos existentes en los procedimientos legislativos de Alemania y Europa, y la formulación de recomendaciones para llenar los vacíos identificados.

Las personas que viven en condiciones de pobreza en Asia, África y Latinoamérica necesitan oportunidades reales para acceder a sus derechos. Esta meta prioritaria nos une a nosotros, como organizaciones religiosas que brindan asistencia para el desarrollo, con una organización de abogados y abogadas comprometidos (as) con los derechos humanos como lo es el Ecchar y así se convierte dicha meta en la base para nuestra cooperación.

DR. KLAUS SEITZ
Director del Departamento Política y Campañas
Pan para el Mundo

DR. BERND BORNHORST
Director del Departamento Política de Desarrollo
Misereor – Obra Episcopal de la Iglesia
Católica Alemana

Empresas transnacionales en Latinoamérica: ¿Un peligro para los derechos humanos?

**Amenazas para los derechos humanos originadas
por las empresas y cuestiones de responsabilidad jurídica.**

Este documento nace a partir de un proyecto y seminario entre Misereor y Pan para el Mundo con sus organizaciones contrapartes y el European Center for Constitutional and Human Rights (Ecchar). Durante varios meses fueron investigados diferentes casos de violación de los derechos humanos por parte de empresas europeas establecidas en Latinoamérica. Además fueron analizados los posibles caminos legales contemplados por las leyes nacionales, internacionales y transnacionales a los que se pueden acoger los afectados para hacer valer sus derechos. En septiembre de 2010 se reunieron en Bogotá las y los representantes de grupos afectados por injusticias empresariales con abogados y abogadas locales y europeos, así como también con expertos y expertas internacionales para discutir las diferentes formas de proceder. De igual manera están planeados algunos seminarios similares en África (2011) y en Asia (2012).



**Instalación industrial de riego
de campos azucareros
en Alagoas, Brasil.**

I.

Introducción

En las últimas tres décadas se ha venido liberalizando de manera progresiva el entorno económico y se han venido desmontando de manera sistemática diferentes restricciones comerciales. Como resultado de esto, las empresas disfrutaron de una flexibilidad cada vez mayor para cambiar el lugar donde se encuentran sus plantas de producción, pero también para acceder a nuevos mercados y para ofrecer sus servicios alrededor del mundo. Mientras las actividades empresariales prometen la creación de nuevos puestos de trabajo, la transferencia de tecnología y conocimiento así como también ingresos adicionales para el Estado, algunas voces críticas advierten sobre las desventajas de la expansión de las empresas norteamericanas, europeas y ahora también las de China y otros países asiáticos¹. Tal es así que se responsabiliza a muchas empresas con casa matriz en los llamados países industrializados o recientemente industrializados, de ocasionar graves daños al medio ambiente y de cometer violaciones de los derechos humanos² en los países del hemisferio sur³. Ya que esas críticas no se pueden dejar de lado, la primera parte de este estudio muestra problemáticas típicas en las que las empresas pueden amenazar o violar los derechos humanos⁴.

Debido a la propia experiencia de las autoras, esta publicación se concentra básicamente en empresas cuya casa matriz se encuentra en Europa y especialmente en Alemania; sin embargo es posible encontrar también similitudes con empresas cuya casa matriz está en otros países industrializados o emergentes. Las autoras están convencidas que, como juristas provenientes de Europa y Alemania, están en la obligación de llamar la atención sobre el comportamiento y la responsabilidad frente a los derechos humanos que tienen las empresas y los gobiernos. Para la elección de los casos que este estudio toma como ejemplo, se han analizado sobretodo grandes empresas transnacionales.⁵ Tal y como se puede deducir de los problemas aquí descritos, el potencial de amenaza a los derechos humanos no es el mismo en todos los sectores económicos, ni tampoco en todas las empresas.

Desde la industrialización del siglo XIX en un amplio sector de Europa Occidental y Central se han aumentado los estándares de vida y, en principio, las condiciones laborales han mejorado. Las empresas fueron y siguen siendo parte de esa evolución. Sin embargo es importante resaltar que ciertas condiciones sociales y estatales sólo se garantizaron después y como consecuencia de luchas laborales y otras disputas sociales. La conclusión es que esas condiciones que determina el Estado poseen una influencia muy significativa frente al comportamiento de las empresas; por eso con la ayuda de éstas se debe asegurar que las empresas cumplan con su deber social y que contribuyan con un desarrollo sostenible. Sea como sea, en Europa ya es posible que algunas actividades empresariales tengan en cuenta los intereses de terceras fronteras: trabajadoras y trabajadores pueden imponer huelgas laborales, protección individual del derecho laboral y otras formas de protesta frente a las empresas. Los estándares ambientales y de seguridad que son controlados por el Estado limitan el riesgo de que haya accidentes industriales y catástrofes ambientales que afecten a los empleados o a terceros que pueden ser vecinos o consumidores. Aquéllos que son afectados negativamente por grandes proyectos industriales o de infraestructura pueden hacer uso de procedimientos judiciales para defender sus intereses frente a ese tipo de proyectos.

En otras regiones del mundo, donde las empresas europeas y alemanas amplían sus unidades de negocio existen sin embargo otras condiciones. Las instituciones estatales, la sociedad civil y la economía misma pueden oponerse muy poco al poder de las empresas europeas. Esto es válido en los llamados estados fallidos, conocidos en inglés como *failed states*, pero no sólo en estos países. Allí las empresas europeas corren el riesgo de violar sistemáticamente los derechos humanos o de sacar provecho de violaciones ya existentes si persiguen solamente sus intereses comerciales sin prestar atención a las circunstancias sociales y culturales. Por otro lado la Unión Europea (UE) y sus Estados Miembros gestionan políticas que pretenden fomentar las actividades internacionales de las empresas al tiempo que incentivan las

posibilidades de negociación de los países anfitriones (*host state*) para que éstos puedan proteger los derechos humanos frente a las actividades de las empresas. Por esta razón la Unión Europea y aquellos Estados miembros, con una fuerte inclinación hacia el comercio exterior (como la República Federal Alemana), tienen también la responsabilidad de ocuparse de los problemas relacionados con los derechos humanos en los que se ven involucradas “sus” empresas en el exterior.

Los complejos nexos políticos y económicos que existen en las violaciones de los derechos humanos generadas por el avance de las empresas no pueden ser tratados con profundidad en este documento. Por tanto, se toma únicamente un aspecto: la ausencia de mecanismos apropiados que les permitan a los afectados por violaciones de los derechos humanos, proceder contra las empresas responsables. Ofrecer recursos legales efectivos y específicos, no una solución general para problemas básicos de las estructuras económicas globalizadas que permiten las frecuentes violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas. Sin embargo, sí deben darle la oportunidad a los afectados de articular sus derechos y de defender e imponer sus peticiones. Por esa razón los recursos legales son un importante instrumento para limitar las actuaciones de las empresas y así favorecer otros intereses sociales. Estos pueden abrir nuevas oportunidades para la consecución de condiciones marco que garanticen un trato y uso más justo de los recursos de los países del Hemisferio Sur. Así se mejorarían también las posibilidades de las organizaciones contrapartes de Misereor y Pan para el Mundo para que éstas puedan contribuir a que las personas salgan, con sus propias fuerzas, de la pobreza y la distribución injusta de la riqueza y, por ende puedan llevar una vida digna.

En principio es posible imaginar diferentes caminos legales para los afectados por las injusticias cometidas por las empresas. Las quejas y reclamos pueden ser, por ejemplo, presentados a nivel nacional en el país donde las violaciones de los derechos humanos tienen lugar (*host state*); también se pueden utilizar los caminos legales existentes en el país en el cual la empresa tiene su casa matriz (*home state*). Aparte de eso existen, aunque con restricciones, algunas posibilidades de quejarse a nivel internacional.

Después de la descripción de las problemáticas típicas en Latinoamérica, este estudio se concentra en la siguiente pregunta: ¿qué mecanismos legales están disponibles en Alemania que permitan influenciar las actividades internacionales de las empresas que actúan más allá de la Unión Europea o, mejor dicho, existen mecanismos que busquen incentivar la reparación y resarcimiento por los perjuicios ya causados?. Aquí también se presentan los problemas legales y prácticos que tienen los afectados en su búsqueda de protección legal y, finalmente, se formulan algunas recomendaciones que deberían ser tenidas en cuenta por los legisladores alemanes para adaptar las leyes alemanas actuales; de este modo Alemania puede ser una nación más justa y responsable frente al aseguramiento de los derechos humanos a nivel mundial y frente a la protección de terceros para que no haya violaciones de los derechos humanos por parte de empresas alemanas.

1 Joseph Stiglitz, Schatten. “Der Globalisierung”, Berlin 2002; Elmar Altwater, Brigitte Mahnkopf, “Grenzen der Globalisierung. Ökonomie, Ökologie und Politik in der Weltgesellschaft”, 7ª edición, Münster 2007.

2 Las autoras utilizan de aquí en adelante un concepto amplio de derechos humanos, que contempla tanto los Derechos Civiles y Políticos como también los Económicos, Sociales y Culturales. Independientemente de la pregunta dogmática acerca de si solamente los Estados están regidos por el derecho internacional y también por los acuerdos relacionados con los derechos humanos. Los derechos humanos contemplados en los pactos

internacionales determinan los derechos necesarios para tener una vida digna. En cuanto estos derechos son afectados o violados de manera efectiva por las empresas, las autoras utilizan el concepto de violación de los derechos humanos. Ellas concuerdan con el Representante Especial de la ONU para los Derechos Humanos y Empresas, el señor John Ruggie, en que las empresas pueden violar en principio todos los derechos humanos y no sólo unos seleccionados en un catálogo. Ver: John Ruggie, “Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises”, Abril 9, 2010, A/HRC/14/27, Párrafo 59.

3 Una mirada al portal de Internet del Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos muestra cómo los medios de comunicación de todo tipo se ocupan del papel que juegan las empresas en relación con las violaciones de los derechos humanos. www.business-humanrights.org/ Última consulta: 8 de marzo de 2011.

4 El establecimiento de grupos de casos típicos se basa tanto en una extensa investigación como también en un intenso intercambio con las organizaciones contraparte localizadas en Latinoamérica. Entre octubre de 2009 y el invierno de 2010/2011 trabajadores del ECCHR evaluaron cerca de 30 casos en los que los afectados reportaban violaciones de los derechos humanos por parte de empresas europeas.

5 Esto teniendo en cuenta que los mecanismos de mercado y de toma de decisiones pueden jugar un papel diferente en las pequeñas y medianas empresas o en las empresas familiares, frente al papel que juegan en las empresas transnacionales y aquéllas que cotizan en bolsa, ya que estas últimas dependen de la generación de valor para el accionista.

6 Ver una visión general en: Miriam Saage-Maaß, “Unternehmen im nationalen und internationalen Recht, en: *Zeitschrift für Menschenrechte*”, 2/ 2009, Páginas. 105-107.

II. Empresas Transnacionales en Latinoamérica: Problemática ejemplar

Sin pretender abarcar la totalidad de los problemas, se presentan aquí algunos de los más comunes en Latinoamérica que, de igual o similar forma, se presentan también en otras regiones del Hemisferio Sur⁷.



**Energías renovables:
monocultivo de madera en
Alagoinhas, Brasil.**

1.

Destrucción de los medios de subsistencia por parte de las industrias extractivas y proyectos de infraestructura

La riqueza de tierras cultivables y recursos renovables y no renovables que se tienen en muchos países de Latinoamérica ha contribuido a que muchas de estas economías se hayan concentrado fuertemente en la explotación y comercialización de estos recursos y que, por tanto, estén menos diversificadas. Estos países dependen en gran medida de los ingresos procedentes de las industrias de exportación, tales como las minas de carbón, minerales o metales preciosos, petróleo y gas, pero también de la explotación de fuentes de energías renovables como la madera o plantas para la producción de agrocombustibles⁸. Sin embargo, éstas son industrias que requieren de grandes inversiones y mucha tecnología. Los medios necesarios para ello son proporcionados en su mayoría por inversionistas extranjeros los cuales, debido a esta posición dominante pueden imponer sus exigencias a dichos Estados, que en muchos casos no están en capacidad de dictarlas por sí mismos. No es ninguna coincidencia que en los últimos años tanto la Unión Europea, la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC)⁹, así como Estados Unidos, Canadá y China gestionen procedimientos relacionados con los acuerdos sobre protección de libre comercio e inversiones con los diferentes estados latinoamericanos.

En países como Chile, Argentina, Perú, Ecuador, Colombia, Guatemala u Honduras la abundancia de fuentes de energía así como de metales preciosos conllevan a que las grandes extensiones de tierra que hasta ese momento estaban habitadas y utilizadas para la agricultura o que habían sido protegidas por leyes de conservación a la naturaleza, se hayan cedido para el aprovechamiento de compañías multinacionales o sus filiales. Durante el desarrollo de dichos proyectos, especialmente en los casos de las industrias extractivas, pueden producirse graves problemas relacionados con los derechos humanos y el medio ambiente. Comenzando por la planificación de los proyectos y pasando por

la ejecución, se pueden presentar violaciones de tales derechos. A continuación se nombran algunos de los casos más comunes:

Menosprecio por los derechos de consulta que tienen los indígenas y la población tribal, incluyendo su derecho a consentimiento libre, previo e informado (CLPI). Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT):

Muchos países con población indígena en Latinoamérica han ratificado esta convención¹⁰. Por primera vez, en 2009, la Corte Constitucional de Colombia ha detenido un proyecto minero de la Muriel Mining Corporation debido a la vulneración de los derechos de consulta¹¹. También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha abierto un nuevo camino al obligar, en mayo de 2010, al gobierno de Guatemala a detener el proyecto Marlin de Minería de oro y plata.¹² Sin embargo, a pesar de la fecha límite establecida y a las reiteradas peticiones, el Gobierno no ha cumplido hasta el momento esta decisión¹³.

Desconocimiento de los derechos de propiedad individual y colectiva de la tierra así como de los derechos culturales de lugares sagrados a través de compras y ocupaciones ilegales de tierras:

En Perú están afectadas, por ejemplo, las comunidades campesinas Yanta (provincia de Ayabaca) y Segunda y Cajas (provincia de Huancabamba), cuyas tierras fueron otorgadas mediante licencias a Rio Blanco Copper S.A., sin que se haya dado cumplimiento a la ley existente que exige que haya un acuerdo de mayoría calificada, o sea que esté suscrito como mínimo por 2/3 de los miembros de la comunidad. La zona en mención no sólo abarca la explotación de los recursos naturales tales como la tierra fértil y el agua, de los cuales depende la población actualmente, sino también de lugares de culto¹⁴.



Militarización de la región para reprimir las protestas relacionadas con las violaciones de los derechos humanos, tales como las detenciones arbitrarias, torturas y ejecuciones extrajudiciales¹⁵.

Desplazamientos a gran escala, mediante los cuales son violados un gran número de los derechos económicos, sociales y culturales:

Particularmente en Colombia, en donde se habla de casi cuatro millones de desplazados internos a causa de la violencia (el país ocupa el segundo puesto a nivel mundial después de Sudán), es importante anotar, que una parte significativa de esos desplazamientos han sido ocasionados en el fondo por intereses económicos. De esta forma grupos enteros de la población han sido afectados y han tenido que desplazarse a otros lugares por culpa de los grandes proyectos de extracción de carbón y oro o por los relacionados con el cultivo de palma para producir agrodiesel en las regiones de la Guajira, Catatumbo y Urabá en el norte del país¹⁶.

Amenaza a la subsistencia debido a problemas en el suministro de agua potable y para uso agrícola procedente de fuentes naturales, como consecuencia de un elevado consumo o el vertimiento de agentes contaminantes¹⁷:

El difícil acceso al agua potable afecta en forma desproporcionada especialmente a las mujeres, ya que tradicionalmente son ellas las encargadas del cuidado de la familia y, por consiguiente, recae sobre ellas la responsabilidad sobre la gestión del agua¹⁸.

Problemas de salud como enfermedades dermatológicas y respiratorias causadas por la contaminación del aire y el agua:

Algunos casos que ya pueden ser descritos como infames, son por ejemplo, el de la empresa Doe Run de los Estados Unidos de América, una fundición que opera en La Oroya, Perú, donde ahora, y después de décadas, comienzan a aparecer las consecuencias a largo plazo de perjuicios permanentes de intoxicación de niños, causada por la presencia de metales pesados¹⁹, o el caso de la

mina de oro Yanacocha en Cajamarca, también en Perú²⁰. Allí, después de un grave accidente con mercurio en junio de 2000, en el cual centenares de personas sufrieron daños permanentes en su salud y fertilidad, y aún están a la espera de recibir atención médica adecuada y la desintoxicación de sus hogares y cultivos²¹.

Atención médica inexistente o insuficiente:

En las zonas afectadas, muchas de ellas rurales, hay escasez de personal calificado, equipo técnico y acceso a terapias especializadas que estén orientadas al tratamiento adecuado de problemas específicos de salud.

Violación de los derechos laborales y sindicales:

Debido a la flexibilización de las formas de contratación laboral y el uso de trabajadores temporales, una gran parte de los trabajadores son excluidos de los beneficios negociados colectivamente en los contratos marco y además no reciben ninguna protección contra el despido. En las industrias extractivas, las y los trabajadores están expuestos durante largas jornadas de trabajo a ruidos extremadamente altos y a la contaminación causada por las emisiones, y a ambientes donde hay deficiencia de oxígeno y alta humedad; permanecen además en contacto con muchos productos químicos en forma de polvo y gas, además se ven expuestos a radiaciones ionizantes. Todo esto encierra numerosos riesgos para la salud. Además, la actividad minera presenta una tasa de accidentalidad laboral relativamente alta en donde se presentan casos de muerte o incapacidad permanente²².

Sustitución de la economía de subsistencia tradicional por una economía de salarios y llegada de trabajadores inmigrantes:

Esto conlleva a la destrucción de las estructuras sociales en las comunidades agrícolas, disolviendo las estructuras familiares y aumentando la vulnerabilidad de las mujeres a la explotación y la violencia sexual²³.

**Página a la izquierda:
Minero en Bolivia**

2.

Represión violenta estatal y no estatal de las protestas sociales

Los esfuerzos de las personas afectadas por los proyectos de industrias extractivas y de otras empresas transnacionales a menudo se encuentran con fuertes represiones por parte de las fuerzas de seguridad del Estado así como de paramilitares y fuerzas de seguridad privada. Aquéllos que deciden protestar son vigilados, amenazados y criminalizados. Los líderes y seguidores de dichos movimientos sociales deben inhabilitarse, además debe infundirse de manera generalizada el temor y la inseguridad con el fin de lograr un debilitamiento de los movimientos. Las estrategias de persecución van desde desalojos hasta asesinatos. Los autores de esta persecución no son siempre identificables, pero en otros casos se sabe que quien actúa es la policía estatal, las fuerzas paramilitares o la seguridad privada de las empresas.

◆ **Digresión**

Mina de oro Yanacocha en Perú

En el caso de este proyecto minero, del cual hace parte la Newmont Mining Corporation, existe una demanda contra la empresa de seguridad privada Forza, que fue contratada por el operador de la mina. Esta empresa de seguridad encargada de la protección de la mina es acusada de haber vigilado y espiado durante meses y continuamente a los empleados de la ONG Grufides, una organización asociada de Misereor. La operación se conoció con el alias de Operación Diablo: en alemán: *Operation Teufel*.¹ Una de las personas espiadas fue Marco Arana, líder durante muchos años de la resistencia no violenta, ganador del Premio de Paz de Aquisgrán 2010 y en 2011 candidato presidencial del nuevo partido social-ecológico Tierra y Libertad en Perú. Los vigilados han invertido el juego y ahora son ellos quienes vigilan a los espías. Los ataques contra Grufides no son casos aislados. ◆

1 El mismo documental de Stephanie Boyd fue presentado a principios de diciembre de 2010 en el Festival de Cine Latinoamericano, el tráiler en Inglés puede verse en el siguiente enlace: <http://vimeo.com/10013863>; última consulta 8 de marzo de 2011.

Las empresas rechazan a menudo su participación y responsabilidad en la represión de protestas sociales y culpan a los actores estatales o paramilitares. Sin embargo la regularidad con la que ocurren las persecuciones contra aquéllos que asumen una posición crítica y que protestan contra las operaciones de las empresas dejan al descubierto que las empresas transnacionales en su afán por proteger sus intereses, en muchos casos, cooperan con las fuerzas estatales o paramilitares con el fin de terminar con los conflictos laborales violentos u otras situaciones críticas.²⁴ Algunas veces las empresas, proporcionan la logística y la información para las operaciones contra los opositores, en otros casos los líderes en las empresas apoyan y aprueban la persecución y se benefician indirectamente. Cuando las empresas transnacionales obtienen algún beneficio al reprimir una protesta, los vínculos entre éstas y los regímenes criminales o de actores armados ilegales no son a menudo detectables. Si el servicio de seguridad contratado por la empresa comete delitos violentos, la empresa puede a menudo argumentar que la empresa de seguridad no recibió directamente las instrucciones para cometer tales excesos.²⁵



Crítica a la actividad minera en Perú

◆ **Digresión**
Estudio de caso: proyecto del Río Blanco
y las comunidades de Piura, Perú

El proyecto: En el área de las comunidades campesinas Yanta (provincia de Ayabaca) y Segunda y Cajas (provincia de Huancabamba), en la región andina de Piura en el norte del Perú, la empresa Monterrico Metals Plc (anteriormente británica, ahora de capital chino) tiene concesiones para la minería de cobre y molibdeno.

El problema: después de una evaluación de impacto ambiental y de algunos trabajos de exploración inicial, los agricultores desconfían sobre la pureza de sus fuentes de agua debido al uso de grandes cantidades de sustancias químicas tóxicas y al consumo de grandes cantidades de agua. Temen la destrucción del Páramo del bosque nuboso en los Altos Andes, un ecosistema sensible, debido a la remoción de toneladas de material pesado y erosiones. El ecosistema existente es la base de su sustento a través de la agricultura en pequeña escala y del turismo. Por último, sus lugares de interés cultural se están viendo amenazados, debido a que el área de concesión fue extendida hasta ellos. Sin embargo, se manipuló e hizo caso omiso del derecho legal que tienen las comunidades de participar en las decisiones.

Defensa de los derechos: Los campesinos tratan de hacer cumplir colectivamente sus derechos. Ellos han formado una coalición regional de municipios, comunidades campesinas y organizaciones sociales y buscan el diálogo con las autoridades estatales. Piden una planificación participativa y comunican a las autoridades competentes los efectos negativos del proyecto; en 2008 la Agencia de Medio Ambiente Osinergmin, impuso una multa a la empresa por violaciones de las normas ambientales y la obligó a hacer frente a las consecuencias. Además como el derecho a la propiedad privada también se ha visto afectado, las comunidades han iniciado acciones legales contra la compañía. Las campañas de información regionales, nacionales e internacionales buscan sensibilizar al público y movilizar ayudas. Las comunidades desarrollan propuestas para modelos de desarrollo alternativo y sostenible que se concentran especialmente en la conservación del ecosistema y las estructuras económicas locales. También reclaman la aplicación en Perú de los convenios ratificados por la Convención-OIT N° 169, la cual protege los derechos de consulta de los pueblos indígenas y tribales.

Estrategia en la lucha contra la violencia y criminalización: La empresa intenta en primer lugar tener de su lado a la opinión pública mediante la financiación de los grupos sociales y atención de los medios. Pero en muchos casos esos mismos medios de comunicación describen a los líderes como terroristas violentos; este tipo de acciones obviamente incitan a los grupos sindicales a reaccionar con violencia en contra de la compañía o a iniciar demandas legales en contra de ésta.

En muchas ocasiones se producen ataques violentos contra hombres y mujeres tanto por parte de la policía como por parte de grupos de civiles que tienen alguna relación cercana con la empresa. Cuatro líderes de la comunidad ya han sido asesinados en ataques de la policía o de las fuerzas privadas

de seguridad; además muchas otras personas han sido heridas de gravedad. En agosto de 2005, 28 hombres y mujeres que participaban en una manifestación pacífica fueron detenidos, encarcelados y torturados durante varios días dentro de los predios de la empresa. Agentes de policía están también involucrados en estas acciones y aunque ya se ha asignado un fiscal al caso, éste no ha dado inicio a ninguna investigación penal (en estos momentos él está siendo investigado). Los miembros de las organizaciones sociales son vigilados, perseguidos y amenazados, sus conversaciones telefónicas son escuchadas y sus hogares son vigilados. Se han entablado investigaciones penales en contra de al menos 400 miembros de las comunidades agrícolas, de los cuales alrededor de 35 casos sindicaron a los líderes de ser sospechosos de terrorismo. Al respecto existen ya varias órdenes de captura. Estos procedimientos son por lo general entablados inicialmente por denuncias de la empresa o de sus organizaciones y luego, por lo general, son suspendidas; el problema es que mientras están vigentes, impiden la libertad de movimiento y acción de los campesinos.

Gran parte de los esfuerzos de las comunidades afectadas deben ser dirigidos a defender los derechos de las víctimas durante las investigaciones penales, y a defender a aquellos que son calumniados por parte de la empresa, los medios de comunicación o funcionarios públicos. También deben defender a aquellos que son perseguidos por la ley debido a su participación en protestas públicas legítimas. Realmente se presenta con poca frecuencia que las actividades del poder judicial vayan en contra de la empresa o que operen adecuadamente. ◆

1. Grupo de Apoyo de Perú, Minería y Desarrollo, marzo de 2007; informe parlamentario "Legalidad y Problemática de la Empresa Minera Majaz en los territorios de las comunidades campesinas de Segunda y Cajas y Yanta en Las Provincias de Huanca-bamba y Ayabaca en la región Piura", Lima, 9 de mayo de 2008, el Observatorio de Conflictos - Piura publica regularmente el Informe de conflictos disponible en línea en http://www.todosobrerioblanco.com/index.php?option=com_content&view=section&layout=blog&id=24, última consulta: 15 de marzo de 2011, más información sobre este estudio de caso puede obtenerse de la presentación de Javier Jahncke, Red Muqui, mostrada en el taller organizado por Misereor "Mecanismos de Denuncia: Empresas transnacionales y Derechos Humanos" (noviembre 1 a 4 de 2010 en Lima, Perú) (no publicados).

3.

Privatización de los servicios de interés público

Problemas graves de derechos humanos se presentan también debido a la privatización de servicios de interés general, que antes eran ofrecidos directamente por el Estado. Desde la década de los 80s las instituciones financieras internacionales, como parte de los programas de ajuste estructural, así como también la Unión Europea y los países miembros, en el marco de sus programas de cooperación bilateral, vienen promoviendo las privatizaciones, incluso la del sector prestador de servicios públicos²⁶. El apoyo bilateral para dichos proyectos de privatización, que se presta a través de ayudas para el desarrollo o la inversión, no fue siempre dado desinteresadamente: las empresas transnacionales de Europa y de los Estados Unidos de América recibieron la adjudicación de los respectivos monopolios privatizados de servicios como el suministro de agua y electricidad. De esta manera los gobiernos pudieron facilitar el camino a "sus" empresas nacionales en el proceso de asentamiento en el extranjero²⁷. Aunque algunos países latinoamericanos como Bolivia²⁸, Uruguay²⁹ o Argentina³⁰ han sido exitosos en su posición de resistencia contra la privatización del agua, la Unión Europea continúa apoyando la participación del sector privado en las actividades relacionadas con los servicios públicos³¹.

Una consecuencia de muchos de los proyectos de privatización es que la población que vive bajo condiciones de pobreza y cuyo suministro de servicios no es rentable para la empresa privada, es prácticamente excluida de las normas legales que garantizan un nivel básico de atención. Se afectan entonces de esta manera los derechos económicos y sociales, como también el derecho al agua, la alimentación y la salud, el derecho a una vivienda digna y el empleo, además de los derechos civiles y políticos como el derecho a la integridad física y a la vida.

Así lo reportan, por ejemplo, algunos usuarios, en el caso de la empresa española de energía Unión Fenosa (ahora Gas Natural Fenosa) y la privatización del suministro de electricidad en Colombia, Guatemala y Nicaragua, países en los que los abusos que se presentan son muy similares³²:



Condiciones de pobreza de una vivienda en Perú

Los defectos en el cableado de alta tensión y en los transformadores causan lesiones graves y muertes por electrocución.

Las fluctuaciones de voltaje, ocasionadas por cortes de energía, producen cortos circuitos que a su vez provocan incendios, destruyendo casas y lugares de trabajo, y causando a las personas daños físicos de gravedad.

Los cortes de energía eléctrica han causado en algunos casos que las bombas de agua potable se detengan, así como también el cierre de instituciones educativas.

Los excesos en las tarifas de conexión y de servicio excluyen del suministro a aquellos pobladores que viven bajo condiciones de pobreza; la liquidación colectiva del valor del servicio, conduce a que en algunas regiones exista una especie de "responsabilidad colectiva" para con las deudas de los vecinos; en este caso, cada deuda pone en riesgo el suministro del servicio de energía.

Facturas incorrectas donde se cobran valores excesivos conllevan a que los usuarios protesten por no poder pagarlas. Luego son

excluidos temporal o permanentemente del suministro de energía y las empresas respectivas se justifican diciendo que todo se debe a la existencia de supuestos defectos.

Esto conduce a que se presenten racionamientos excesivos de energía en zonas urbanas o en regiones que son consideradas no rentables.

A todo lo anterior, se deben agregar los numerosos casos de represión que sufren los movimientos de protesta social de los usuarios. En Guatemala, en un poco más de seis meses, han sido asesinados ocho portavoces del movimiento de crítica a la globalización, que se habían opuesto públicamente a la política empresarial de Unión Fenosa³³.



Canales abiertos de aguas residuales en Cartagena, Colombia

4.

Violaciones de los derechos laborales en el sector textil y agrícola

Un problema adicional es la violación de los derechos laborales en el sector manufacturero y en el agrícola. Estas irregularidades se presentan particularmente y de forma sistemática en el sector agroindustrial (por ejemplo en Honduras y Costa Rica) y en empresas proveedoras de la industria textil y la electrónica (por ejemplo, en México, Guatemala, El Salvador y Nicaragua), quienes producen artículos de bajo costo, así como también productos de marca para las empresas europeas y norteamericanas³⁴.

La llamada "flexibilización" en las condiciones laborales no se traduce en más contratos laborales, sino por el contrario conlleva a que las empresas empleen exclusivamente a trabajadoras y trabajadores temporales. De esta forma se opera permanentemente con contratos temporales los cuales perjudican

por completo la protección sindical, no protegen contra los despidos e impiden el derecho de las y los trabajadores a acceder a la seguridad social.

Las y los trabajadores son obligados a trabajar horas extras, que en muchos casos no son remuneradas. A menudo el horario de trabajo se eleva a doce o catorce horas, porque la obligación laboral no se mide en horas, sino en superar las metas de producción. En este sentido tampoco es algo extraño que se deba trabajar siete días a la semana³⁵. Los salarios son indignamente bajos y en muchos casos se encuentran por debajo del salario mínimo legal establecido. Incluso, aun cuando se paga el salario mínimo, éste es indigno, ya que no es suficiente para satisfacer las necesidades de una familia promedio³⁶. En algunas fábricas o plantaciones se cumplen incluso las condiciones que permitirían hablar de esclavitud prohibida, cuando, por ejemplo, a las y los trabajadores les son quitados sus documentos de identidad y no se les permite abandonar el área de trabajo o sólo por momentos cortos y limitados³⁷. Los y las trabajadores inmigrantes son en estos casos los más vulnerables debido a su precaria condición de permanencia. Las normas internacionales de seguridad y salud tampoco se cumplen en estos casos. Además no se deben olvidar los efectos que pueden tener las duras actividades físicas a las que las personas son sometidas en el sector agrícola, como tampoco el hecho de



que estén en contacto permanente con plaguicidas tóxicos y que en las líneas de producción y montaje, están obligados a realizar movimientos repetitivos que a largo plazo causan daños permanentes en los huesos, tendones y nervios.

Si bien estos sectores manufactureros facilitan considerablemente el acceso de las mujeres al mercado laboral, a menudo se ofrecen únicamente puestos de trabajo con condiciones de desventaja y sin ninguna perspectiva de ascenso. Ellas además sufren de manera desproporcionada debido a la explotación que se da por los bajos salarios y la demanda excesiva de horas de trabajo. Muchas mujeres dependen de dichas ofertas precarias para poder alimentar a sus familias. Por esto, ellas toman a menudo sus decisiones pensando en sus familias y no desean participar activamente en los sindicatos, porque saben que al hacerlo corren el riesgo de ser despedidas.

Adicional a todo lo descrito anteriormente, la creación de sindicatos independientes *de facto* y *de iure* (de hecho y de derecho) se ve obstaculizada. Los empleados son, por ejemplo, registrados sin su conocimiento y consentimiento en el sindicato que se encuentre más cercano a los intereses de la empresa y se le impide así unirse a un sindicato independiente. Cuando los trabajadores intentan formar sindicatos libres son obstaculizados de forma legal y práctica tanto por los empleadores como por la administración pública. Los líderes y dirigentes son despedidos y pasan a hacer parte de la lista negra que es intercambiada entre los empresarios. De esta manera los integrantes de la lista no pueden encontrar un nuevo trabajo y están más expuestos a persecuciones violentas. La campaña regional contra la flexibilización laboral registró entre 2007 y 2009 al menos 16 asesinatos de dirigentes sindicales en Centro América³⁸.

En algunos países estas prácticas van en contra de la legislación actual, no existen controles o los que existen continúan siendo ineficientes. En otros países las leyes labora-

les han sido ya ajustadas a las exigencias que imponen las empresas privadas en temas tales como flexibilización de las condiciones de contratación y la reducción de los derechos laborales. Esto permite pensar que se está generando una presión competitiva, que podría producir una reducción adicional de los derechos laborales. De igual manera es importante mencionar que en países como México u Honduras las demandas relacionadas con los derechos laborales no son resueltas por tribunales independientes, sino por centros de conciliación y arbitramento, que se encuentran integrados a la administración. Teniendo en cuenta que muchos aspectos como la seguridad social, el reconocimiento de los sindicatos o también el control sobre el cumplimiento de las normas laborales, es una labor del Ejecutivo, aquellas soluciones que se den por fuera del sistema judicial deberían verse como algo problemático. Con estos ejemplos se puede ver entonces que no existe protección jurídica independiente.

Trabajadores de caña de azúcar para Cosan, productor de etanol en Brasil.

5.

Responsabilidad corporativa y falta de instituciones estatales en los países anfitriones

Los problemas anteriores muestran claramente que algunas empresas transnacionales establecidas en Latinoamérica violan sistemáticamente el derecho a la vida, la salud y atentan contra las bases para una vida digna, tanto de algunas personas en particular, como también de comunidades enteras. Independientemente de la pregunta dogmática sobre el compromiso de las empresas con el derecho internacional y con las convenciones sobre derechos humanos, los casos aquí mencionados muestran los riesgos y lesiones que sin lugar a duda ocurren contra los derechos fundamentales. De acuerdo con el Representante Especial de la ONU para los Derechos Humanos y Empresas, John Ruggie, se debe partir del hecho que las empresas pueden violar todos los principios de los derechos humanos, y no sólo un selecto grupo de derechos. También es evidente que en muchas situaciones, tanto los entes gubernamentales como las empresas y otros actores no estatales pueden estar implicados en violaciones de los derechos humanos. Esto puede complicar la realización de una evaluación clara y objetiva de las responsabilidades. Sin embargo, las empresas no pueden esconderse detrás de los actores estatales o paramilitares y de sus propias obligaciones relacionadas con los derechos humanos, pues para las empresas existen ya en la actualidad diversas obligaciones legales.

En este sentido, se puede mencionar, por ejemplo, que la mayoría de los países de Latinoamérica ha ratificado los principales tratados internacionales de medio ambiente, derechos humanos y legislación laboral de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT). También a nivel nacional, se han introducido ya en muchos casos normas legales o éstas se encuentran en un nivel avanzado de desarrollo. Ellas buscan proteger el medio ambiente, los derechos laborales, los derechos de las comunidades indígenas o garantizar la prestación de los servicios públicos que ya se han privatizado. Sin embargo, en la práctica, en muchos países anfitriones hace falta que dichas normas sean realmente aplicadas, para que se pueda hablar entonces de protección jurídica efectiva para las víctimas de violaciones de derechos humanos que han sido ocasionadas por las empresas.

Las autoridades judiciales de los países anfitriones no están suficientemente dotadas ni de personal, ni de recursos económicos y a veces son reacios a cumplir las leyes que podrían evitar las violaciones de los derechos humanos aquí descritas. Muy pocas veces se llevan a cabo controles eficaces, competentes y oportunos sobre las actividades de las empresas y ocurre exactamente lo mismo con las investigaciones sobre los delitos en cuestión. La burocracia y la corrupción, o simplemente la falta del profesionalismo necesario, evita por lo general que las instituciones estatales cumplan sus funciones. Los procesos son obstruidos y la ejecución de resoluciones judiciales no se realiza o es incompleta³⁹. El acceso a los tribunales competentes se complica aún más por el hecho de que las partes a menudo no conocen sus derechos ni las posibilidades y condiciones de acceso a los medios legales. O porque aunque se conocen, en ocasiones no pueden pagarse los costos de los abogados, el transporte o todos los costos relacionados con la recolección de pruebas, lo que significa, que en la práctica, muchos no tengan acceso a la justicia, incluso tampoco para hacer cumplir sus derechos fundamentales.

6.

El papel de las políticas económicas internacionales y europeas

El fortalecimiento de las estructuras constitucionales de los países afectados por los problemas aquí expuestos, es una prioridad de muchas iniciativas estatales y no estatales de cooperación para el desarrollo. El gobierno Federal Alemán también ha establecido, que la promoción de los derechos humanos debe ser el principal objetivo de los programas relacionados con este tipo de cooperación⁴⁰. En este contexto se debe considerar, sin embargo, que la Unión Europea y sus estados miembros, entre ellos el Gobierno Federal Alemán, fomenta también todas las actividades extranjeras de las empresas europeas o alemanas para fortalecer así su propia economía. El problema es que dicha promoción del comercio exterior no va de la mano con la protección de los derechos humanos. Del mismo modo, las políticas comerciales del Gobierno Federal Alemán, como las de muchos otros Estados y en sí las de la Unión Europea, impiden a los países anfitriones afectados tomar medidas efectivas que estén dirigidas a cumplir las normas relacionadas con los derechos humanos. Pero al respecto existe más que un grave problema de coherencia entre las políticas del Gobierno Federal y las de otros Estados. Se trata más bien de preguntarse, en qué medida las obligaciones extraterritoriales del Estado con respecto a los derechos humanos, obligan a éste a implementar una política fuerte de comercio exterior, que contemple también la existencia de medios eficaces que permitan evitar que las empresas sigan involucrándose en violaciones extraterritoriales de los derechos humanos.

El debate actual acerca de las obligaciones extraterritoriales del Estado está en marcha. Teniendo en cuenta que los derechos humanos tienen validez internacional, así como lo contenido en el Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puede concluirse que la protección de los derechos humanos no está limitada al

territorio de un Estado, ya que las obligaciones que éste tiene con este tipo de derechos, también se debe cumplir a nivel extraterritorial⁴¹. Según esto, los Estados deben detenerse a analizar si sus políticas internacionales de desarrollo y comercio, cumplen con el compromiso que se tiene frente a las obligaciones de cuidado, protección y cumplimiento de los derechos humanos⁴². Esto incluye también la obligación que tiene el Estado de evitar que las empresas cometan en el extranjero violaciones de los derechos humanos.

De igual manera, el Estado debe proporcionar a las personas afectadas, recursos legales realmente eficaces. Aunque la actual legislación internacional sólo contempla en casos muy específicos la extraterritorialidad de las obligaciones relacionadas con los derechos humanos⁴³, los Estados deben tener en cuenta que también deben regular las actividades que sus empresas realizan en el exterior⁴⁴. Además, el Derecho Internacional, más específicamente la Carta de las Naciones Unidas, contempla que los Estados están obligados a cooperar en temas relacionados con los derechos humanos. De igual manera se prohíbe que los Estados participen y colaboren con los estados anfitriones en acciones que conduzcan a cometer violaciones de estos derechos⁴⁵.

A pesar del debate sobre estas obligaciones extraterritoriales frente a los derechos humanos, las economías de los países del Hemisferio Sur, han sido, y continuarán siendo fuertemente controladas a través de los programas de ajuste estructural de las instituciones financieras internacionales tales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, pero también a través de los diversos bancos de desarrollo. Además se les seguirá exigiendo que continúen con los procesos de privatización de bienes y servicios públicos⁴⁶, con las ya mencionadas consecuencias que esto conlleva frente a los derechos humanos. Por otro lado, la Unión Europea y sus Estados miembros manejan unas políticas expansionistas de comercio y economía exterior, con el objetivo de garantizar el acceso a las materias primas y fuentes de

energía renovables, así como el acceso a nuevos mercados comerciales. En lo que respecta a Latinoamérica, se negocian acuerdos de libre comercio y acuerdos bilaterales de protección a la inversión, en particular con algunos países andinos, pero también con países ACP⁴⁷, países de Centro América y países del Mercosur⁴⁸. Entre otras cosas, estos países se ven obligados a abrir sus mercados y economías a las actividades de las empresas europeas⁴⁹. En cuanto los gobiernos de los países anfitriones tratan de proteger los intereses relacionados con los derechos humanos frente a los intereses de inversión extranjera, éstos son amenazados con demandas ante tribunales internacionales de arbitramento. Los tribunales más importantes son las Cámaras de la Organización Mundial del Comercio (OMC) o el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) establecido por el Banco Mundial. Ante estos tribunales son juzgadas las diferencias resultantes de acuerdos bilaterales de protección de la inversión⁵⁰. Estos tribunales de arbitramento toman sus decisiones partiendo de las obligaciones económicas contractuales involucradas en los casos, pero difícilmente incorporan las obligaciones correspondientes a los derechos humanos. El ejemplo de Ecuador (ver digresión) muestra qué amenaza representan dichas demandas provenientes de los acuerdos bilaterales de protección de la inversión para los presupuestos estatales y por tanto, para la estabilidad financiera de un país.

También está claro cómo los países anfitriones pueden ser casi que sancionados por medio de políticas económicas internacionales, por hacer cumplir las normas de derechos humanos e ir en contra de los intereses corporativos. Con esto es claro que en este sentido existe un problema fundamental del derecho internacional.

Entonces es obvio, que los gobiernos europeos por poder ejercer una fuerte influencia, también juegan un papel crucial en la determinación de cómo se deben realizar los negocios fuera de la Unión Europea, para que éstos se efectúen conforme a los derechos humanos.



Estos niños necesitan esperanza y justicia, Brasil

◆ **Digresión** **Ejemplo Ecuador**

El gobierno ecuatoriano ha sido demandado ya 14 veces ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), establecido por el Banco Mundial.¹ La compañía petrolera Chevron ha iniciado al menos tres demandas de protección de la inversión ante distintos tribunales de arbitramento. En las décadas de 1970 y 1980, Chevron, predecesor de Texaco, había extraído petróleo de la selva ecuatoriana con consecuencias desastrosas para el medio ambiente y los residentes. Hoy en día, miles de ecuatorianos han demandado de forma colectiva a la compañía para reclamar resarcimiento por daños y perjuicios producidos a causa de las masivas lesiones al medio ambiente, a la salud y por la destrucción de sus recursos naturales, que según la demanda, son consecuencia de este proyecto petrolero. Debido a que el gobierno ecuatoriano permitió tales demandas, Chevron demandó por incumplimiento al acuerdo de protección de la inversión. En 2010, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi) condenó a Ecuador a pagar 700 millones de dólares a los Estados Unidos de América², lo que para el Estado ecuatoriano representa alrededor de 7,3% de sus ingresos anuales³. Esto demuestra, que dichos procedimientos de protección de inversión se convierten en una amenaza para el país, para su presupuesto nacional, para su estabilidad financiera y para sus posibilidades reales de negociación frente a la necesidad de salvaguardar sus intereses. ◆

1. **Lista completa de todos los casos ante el CIADI:** <http://icsid.worldbank.org/ICSIDFrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListCases>, última consulta: 8 de marzo de 2011.

2. **Ver:** Instituto de Estudios Políticos, “Minería para los beneficios en tribunales internacionales”, Washington 2010, página 11.

3. **Ver:** <http://www.welt-in-zahlen.de/laenderinformation.phtml?country=48>, última consulta: 8 de marzo de 2011; la misma suma se compara con sólo el 6,7% de los ingresos netos anuales de Chevron en 2009 (Informe Anual de 2009, página 69), según esto, la empresa tiene ingresos anuales mayores que Ecuador.

7. Las siguientes representaciones de hechos se basan en el análisis de ECCHR de alrededor de 30 casos de recientes violaciones de los derechos humanos cometidos con la supuesta participación de empresas transnacionales en México, Nicaragua, Guatemala, Honduras, Colombia, Ecuador, Perú, Argentina, Paraguay y Brasil. Los países de origen de las empresas estudiadas son Francia, Gran Bretaña, Alemania, Suiza, Finlandia, Suecia, Italia, España, Canadá, EE.UU., Australia, China; los sectores afectados son la minería, la producción de petróleo y el transporte, la producción agro-industrial de energías renovables, proyectos de infraestructura, suministro de energía, producción, textil y fabricación de productos electrónicos, así como la industria pesada y la automotriz.

8. Ver una comparación de diversas estadísticas en http://www.datenbank-europa.de/erdkunde/land/amerika_suedamerika.htm, última consulta: 9 de marzo de 2011.

9. Los Estados miembros son Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza

10. En la actualidad, de los 22 estados que han ratificado la Convención, 14 son Latinoamericanos. <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifce.pl?C169>, última consulta: 8 de marzo de 2011.

11. Ver: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 29/10/2009 T-769/09. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-769-09.htm>, última consulta: 8 de marzo de 2011.

12. Ver: Publicación de la Comisión Interamericana, PM260-07 - Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios San Miguel Ixtahuacán y Sipacapa en el departamento de San Marcos, Guatemala, mayo 20 de 2010. <http://www.cidh.org/medidas/2010.eng.htm>, última consulta: 8 de marzo de 2011.

13. Ver: Medidas cautelares de cierre de mina Marlin sin ser acatadas, 18.2.2011, <http://www.noalamina.org/mineria-latinoamerica/mineria-guatemala/medidas-cautelares-de-cierre-de-mina-marlin-sin-ser-acatadas>, última consulta: 8 de marzo de 2011.

14. Ver: Chris Hufstader, “Río Blanco: History of a mismatchin Peru”, septiembre 14 de 2007, <http://www.oxfamamerica.org/articulos/rio-blanco-history-of-a-mismatchin-peru> con otros enlaces, última consulta: 8 de marzo de 2011; ver el estudio de caso sobre el proyecto Río Blanco en este documento.

15. Ver: Bettina Reis, “No sólo un asesino climático. La minería del carbón en Colombia”, íla N° 329, http://www.ilaweb.de/artikel/ila329_kohletagebau_kolumbien.htm; Grupo de Trabajo Suiza Colombia / Stephan Suhner, “la larga lucha de los Embera contra la destrucción de la montaña sagrada - los ataques militares a favor de los proyectos mineros - Éxito de los indígenas ante la justicia colombiana”, en: Boletín Mensual, abril de 2010, véase también el estudio de caso sobre el proyecto Río Blanco, así como CIDSE “Protect, Respect and Remedy, Keys for implementation and follow-up of the mandate, 3rd submission to the UN Special Representative on Business and Human Rights”, octubre de 2010 y CIDSE “Recommendations to reduce the risk of human rights violations and improve access to justice, Submission to the UN Special Representative on Business and Human Rights”, reporte, febrero de 2008, http://www.cidse.org/Area_of_work/BusinessAndHumanRights/?id=52, última consulta: 8 de marzo de 2011.

16. Ver: Werner Marti, “Tierra para los desplazados”, Noviembre 20 de 2010, en: NZZ en línea http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/internationalehrgeiziges_projekt_fuer_eine_landreform_in_kolumbien.1.8432526.html, última consulta: 8 de marzo de 2011.

17. En la minería de oro y plata, el proceso de cianuro es particularmente devastador, pues contamina las aguas residuales con metales pesados tóxicos. Este método arroja como desechos una mezcla que contiene, entre otros, cianuro, ácido sulfúrico y metales pesados. Éstos suelen llegar a acumularse en los embalses y luego secarse, cuando los pantanos de la cuenca se quiebran o desbordan, lo que ocurre frecuentemente, debido a las fuertes lluvias, se producen contaminaciones masivas de agua y tierra. Incluso la eliminación de los estratos de roca para la búsqueda de oro puede sacar a la luz compuestos de azufre, que ante la reacción con agua y oxígeno se transforman en ácido sulfúrico. Éste, a su vez, desprende de la roca metales tóxicos como arsénico, mercurio y plomo, que igualmente penetran en aguas superficiales y subterráneas, http://www.suedwind-institut.de/downloads/2010-02_SW_Schmuck-Studie.pdf, última consulta: 8 de marzo de 2011.

18. Ver: Oxfam Australia, “Women, communities and mining: The gender impacts of mining and the role of gender impact assessment”, diciembre de 2009, página. 7.

19. Ver: Caritas International, Minería en La Oroya, <http://www.caritas-international.de/62237.html>, último acceso: 8.3.2011

20. Más información acerca de la mina, protestas de la población y apoyo de la Iglesia Católica y Misereor en: <http://www.misereor.de/projekte/weitere-projekte/peru.html>, última consulta: 8 de marzo de 2011

21. Ver: “Peasants in Peru near showdown on mercury spill”, marzo 5 de 2005, <http://www.minesandcommunities.org/article.php?a=1384>, última consulta: 8 de marzo de 2011; véase también la documentación detallada en el sitio de la IFC Compliance Advisor Ombudsman, http://www.caombudsman.org/cases/default.aspx?region_id=3, última consulta: 8 de marzo de 2011

22. Ver: “Condiciones de trabajo, seguridad y salud ocupacional en la minería del Perú”, OIT 2002, página 87ff., http://white.oit.org.pe/spanish/260ameri/publ/docu_trab/dt-145/dt_145.pdf, última consulta: 8 de marzo de 2011

23. Ver: Oxfam Australia, “Women, communities and mining”, página 7.

24. Se señala sólo la relación entre las empresas transnacionales y los paramilitares en Colombia. Véase la descripción de los casos de Chiquita Bananas, Coca Cola, Drummond, BP, DynCorp, Occidental de Colombia, <http://www.business-humanrights.org/Categories/Regions/Countries/Americas/Colombia>, última consulta: 8 de marzo de 2011.

25. Ver: Estudio de caso de Wolfgang Chalet, Miriam Saage-Maass, “Transnationale Unternehmen vor Gericht”, Berlín 2008, páginas 86-101; Christiane Gerstetter, Alexander Kamieth, “Unternehmensverantwortung – Vorschläge für EU-Reformen. Eine juristische Analyse der Auslandstätigkeit zweier deutscher Unternehmen”, Ed. Germanwatch, Berlín 2010, páginas 16-27.

26. Por ejemplo, el agua, véase Thomas Fritz, Schleichende “Privatisierung – Kritik der deutschen und internationalen Entwicklungshilfe im Wassersektor”, Ed. FDCL, Berlín, abril de 2006, <http://fdcl-berlin.de/projekte/fdcl-projektuebersicht/fdcl-sleichendeprivatisierung-das-deutsche-modell-der-wasserversorgung-in-bolivien/sleichendeprivatisierung-ein-projekt-des-fdcl/fdclblue21-thomas-fritz-sleichendeprivatisierung-april-2006/>, última consulta: 8 de marzo de 2011.

27. De esta forma, el gobierno español ha financiado el proyecto de infraestructura de interconexión eléctrica en Centroamérica SIEPAC como parte del Proyecto Mesoamérica (antes del Proyecto Puebla Panamá), tanto con las ayudas económicas para el

desarrollo, como con los créditos al Banco Interamericano de Desarrollo por un monto de \$70 millones al 20%; hoy en día, la empresa española Endesa con un 12,5%, es la propietaria del sistema operador eléctrico EPR de SIEPAC; La gigante empresa energética española, Gas Natural Fenosa (predecesora: Unión Fenosa) se ha quedado con gran parte del suministro de electricidad en países como Panamá, República Dominicana, Puerto Rico, Guatemala, Nicaragua y Colombia. Tribunal Permanente de los Pueblos, Sesión Madrid 2010, Caso contra la Unión Fenosa / Gas Natural a nivel Americano, elaborado por CEIBA Amigos de la Tierra Guatemala y Asociación d’Amistad amb el Poble de Guatemala (Guatemala), Red Nacional de Usuarios de Servicios Públicos y el Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna” (Colombia), Sindicato Mexicano de Electricistas (SME) (México), Centro de Derechos Humanos Tepeyac (Nicaragua), páginas 8f, 25f. Además Gas Natural Fenosa también está cada vez más activo en la generación de energía, en países como Guatemala, Colombia, México, Chile.

28. Foro Boliviano sobre medio Ambiente y Desarrollo, “El proceso de privatización del agua en Bolivia”, mayo de 2005, <http://www.bancotematico.org/archivos/documentos/25391.pdf>, última consulta: 8 de marzo de 2011.

29. Ver: Nubia Carranza, “El referendo contra la privatización del agua”. Uruguay, triunfo ejemplificante, en: Desde abajo, 13.12.2005, <http://www.desdeabajo.info/index.php/ediciones/131-edicion-108/405-el-referendo-contra-la-privatizacion-del-agua-uruguay-triunfo-ejemplificante.html>, última consulta: 8 de marzo de 2011

30. Ver: Daniel Azpiazu, “Privatización del agua y saneamiento en Argentina, el caso paradigmático de Aguas Argentinas S.A.”, en: Vertigo, No. 7, 2010, <http://www.erudit.org/revue/vertigo/2010/v/nhs1/>

044527ar.pdf, última consulta: 8 de marzo de 2011

31. En sectores como el agua, la energía, el transporte y las telecomunicaciones, la UE está promoviendo la privatización como parte de la Iniciativa “EU Water” y de los instrumentos de financiación “EU Water Facility” prolongados hasta el 2013, también la “U. S. Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF)” apoya la privatización del agua y otros servicios públicos a través de asistencia técnica, en por lo menos 37 países pobres. Ver PPIAF, Reporte anual 2010, página. 42f., http://www.ppiaf.org/ppiaf/sites/ppiaf.org/files/documents/PPIAF_Annual_Report_2010_Final.pdf, última consulta 8 de marzo de 2011.

32. Las siguientes declaraciones hacen parte de investigaciones y entrevistas con víctimas, recopiladas por el personal de la ECCHR en el área de los hechos en el invierno de 2010.

33. Ver: Martín Cúneo, “Ocho activistas opuestos a Unión Fenosa asesinados en seis meses en Guatemala”, abril 15 de 2010, en: www.diagonalperiodico.net, última Consulta 8 de marzo de 2011.

34. Una visión general sobre la situación en Centroamérica es proporcionada en el informe “Situación de derechos laborales en Centroamérica” del Grupo de Monitoreo Independiente de El Salvador (GMIES) y la Campaña regional contra la flexibilización laboral, presentada a la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos en su sesión No. 136 del período ordinario de sesiones en octubre de 2009, http://www.gvom.ch/presence/costa_rica/oliver/Informe_regional_CIDH_FINAL.pdf, última consulta: 8 de marzo de 2011.

35. Ver: Situación de derechos laborales en Centroamérica, página 8 y siguientes

36. Ver: Situación de derechos laborales en Centroamérica, página 10 y siguientes

37. En 2007, en una plantación de la mayor productora de

etanol en Brasil, Cosan, fueron liberados 47 trabajadores en condiciones de esclavitud por la fuerza de ataque móvil del gobierno brasileño que combate la esclavitud. Misereor pidió al Banco Alemán en agosto de 2009 a través de una carta, que cortara relaciones comerciales con Cosan , sin embargo desde entonces sólo han recibido respuestas muy generales y evasivas. Otros informes sobre trabajos de esclavitud en Argentina: “GMWatch, RTRS member Nidera accused of slave-like treatment of labourers and tax evasion”, 11.1.2011, <http://www.gmwatch.eu/latest-listing/1-news-items/12779-rtrsmember-nidera-accused-of-slave-like-treatment-of-labourers-and-tax-evasion>, última consulta 8 de marzo de 2011.

38. Ver: Situación de derechos laborales en Centroamérica, página 23.

39. Ver: Situación de derechos laborales en Centroamérica, página 29.

40. Ver: Bundesministerium für wirtschaftliche Entwicklung und Zusammenarbeit, BMZ Konzepte 155, “Entwicklungspolitischer Aktionsplan für Menschenrechte 2008 – 2010”, Berlín 2008.

41. Ver: Fons Coomans, “Some Remarks on the Extraterritorial Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en: Fons Coomans, Ed. Menno T. Kamminga, “Extraterritorial Application of Human Right Treaties”, 2006, página 184 ff.; Rolf Künnemann, “Extraterritorial Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en: Fons Coomans, Ed. Menno T. Kamminga, “Extraterritorial Application of Human Right Treaties”, 2006, página 203.

42. Pan para el Mundo, FIAN, Weed, “Germany’s extraterritorial human rights obligations. Introduction and six case Studies”, octubre de 2006, página 11 y siguientes

43. Ver: Jochen von Bernsdorff, “Die völkerrechtliche Verantwortung für menschenrechtswidriges Handeln transnationaler Unternehmen. Unternehmensbezogene menschenrechtliche Schutzpflichten in der völkerrechtlichen Spruchpraxis, INEF Forschungsreihe Menschenrechte, Unternehmensverantwortung und Nachhaltige Entwicklung 05/2010”, Duisburg: Institut für Entwicklung und Frieden, Universität Duisburg Essen, página 24.

44. Ver: Wolfgang Kaleck, Miriam Saage-Maaß, “Transnationale Unternehmen vor Gericht”, página. 46 y siguientes

45. En detalle: Jochen von Bernstorff, “Die völkerrechtliche Verantwortung für menschenrechtswidriges Handeln transnationaler Unternehmen”, página 25 y siguientes

46. A pesar de que se había visto en el largo plazo los efectos devastadores sobre grupos vulnerables en estos países. Entre otros: Joseph E. Stiglitz, “Die Schatten der Globalisierung”, Bonn 2002.

47. Grupo de 79 países de África, el Caribe y el Pacífico, que buscan una mayor cooperación con la UE en el ámbito económico a través del Convenio de Lomé y Cotonou.

48. El acuerdo del Mercosur crea un mercado común entre cinco Estados miembros de América del Sur, los otros países de América del Sur y México están asociados; con la UE se está preparando un Acuerdo de Asociación para un acuerdo de libre comercio.

49. Alrededor de 50 acuerdos entre países centroamericanos y países europeos, de los cuales los Países Bajos, Francia, España y Alemania son los más activos. Ver Alejandro Teitelbaum, “Los Acuerdos de Cooperación entre la Unión Europea y América Latina y El Caribe, en:

América Latina en Movimiento” (2008), página 17 y siguientes

50. Ver: Marc Jacob, “International Investment Agreements and Human Rights”. INEF “Research Paper Series on Human Rights, Corporate Responsibility and Sustainable Development” 03/2010. Duisburg: Instituto para el Desarrollo y la Paz, Universidad de Duisburg Essen.

III.

Respuestas al impacto de las prácticas empresariales sobre los derechos humanos.

La pregunta de cómo las actividades de las empresas transnacionales pueden ser controladas de manera efectiva ha sido, hasta el momento, respondida de una forma muy controvertida. Mientras que las empresas se ocupan en buscar formas limitadas de gestión de riesgo e iniciativas voluntarias de Responsabilidad Social De las Empresas (RSE), diferentes actores de la sociedad civil y reconocidos miembros de la academia promueven el fortalecimiento y el desarrollo de normas que sean vinculantes y legales.

El debate por la vinculación de la empresas al derecho internacional y con esto también a los derechos humanos se encuentra en evolución. Mientras las interpretaciones conservadoras niegan en principio este tipo de obligación directa con los derechos humanos, otras defienden, con muy buenas razones, una interpretación contraria⁵¹. Por cierto, algunos acuerdos internacionales recientes imponen a las empresas deberes directos frente a la lucha contra la corrupción. Aparte de esto, cada uno de los trabajadores de una empresa se rige, como todas las personas naturales, por las normas y deberes contemplados en el derecho penal internacional; esto significa, por ejemplo, que no pueden, en el marco de su actividad comercial, participar en crímenes de guerra, en crímenes de lesa humanidad o genocidios. De igual manera, las empresas se rigen ahora tanto por las normas legales del país anfitrión como por las del país de origen. Tal y como se muestra a continuación, el derecho vigente en el país de origen es ahora, de cierta manera, aplicable también extraterritorialmente.

Sin embargo estas obligaciones no se ajustan en su totalidad a los retos descritos anteriormente; por eso deben instaurarse nuevas normas que impidan las violaciones de los derechos humanos; en otras palabras, que pongan a disposición de los afectados los recursos legales necesarios para hacer valer sus derechos.

1.

Debilidades del enfoque de gestión de riesgo y responsabilidad social que ha sido utilizado hasta ahora por las empresas.

Antes de comenzar un proyecto de inversión las empresas acostumbran hacer estudios de mercado, pero también análisis de impacto y riesgo financiero, ecológico y, cada vez con más frecuencia, también de impacto social⁵². Justamente estos últimos requieren aún de más maduración y perfeccionamiento. Hasta ahora las evaluaciones de riesgo no son suficientes para impedir las violaciones de los derechos humanos, sobre todo, porque la independencia y objetividad de los informes elaborados por las propias empresas son cuestionables. En la mayoría de los casos, dichos informes no incluyen los impactos relacionados específicamente con los derechos humanos. Por esta razón se puede decir que estos informes fijan escalas de medición insuficientes. Justamente el entorno político que rodea un determinado proyecto muchas veces no es tenido en cuenta o lo es, pero de manera insuficiente.

En todo caso se puede determinar también que allí donde los análisis de impacto confirman la inocuidad de un proyecto y en vista de ello son oficialmente permitidos, se presentan también violaciones de los derechos humanos que no se podían prever a partir de valores empíricos generales. Ejemplos típicos de esta situación son, por un lado, los desalojos de grupos que viven en condiciones de pobreza y marginalidad que ocurren cuando hay proyectos de minería o infraes-

tructura y, en segundo lugar, los asesinatos de sindicalistas en zonas de conflicto.

El concepto de responsabilidad social de las empresas practicado por el sector privado, y que es incentivado por el sector político, se ajusta muy poco, o simplemente no se ajusta en nada, a aquellos retos relacionados específicamente con los derechos humanos. Con los escándalos que se dieron a conocer a la opinión pública como el del accidente químico ocurrido en la ciudad de Bhopal (India) o las inhumanas condiciones laborales bajo las que se trabaja en las plantas de los proveedores asiáticos o centroamericanos, de empresas y marcas reconocidas del sector textil y de artículos deportivos, la mala reputación de las grandes empresas y grupos empresariales transnacionales, con respecto a las prácticas empresariales relacionadas con los aspectos sociales y con los derechos humanos, se volvió protuberante.



La comunidad muestra los terribles perjuicios de un derrame petrolero de Andes Petroleum en el año 2006 en Ecuador



Represa de agua limpia, donde ésta se mezcla con petróleo, Sucumbíos, Ecuador

Los esfuerzos por desarrollar normas y estándares internacionales reconocidos por la Organización de las Naciones Unidas, y que vinculen a las empresas directamente con la protección de los derechos humanos, han fracasado tanto en los años 70's como también en los 90's. Por el contrario, cada vez más empresas y sectores económicos desarrollan voluntariamente sus propios códigos de conducta. Sin embargo sólo un pequeño número de éstos contempla explícitamente los derechos humanos. En términos generales, estos códigos de conducta se diferencian unos de otros por su contenido y lo que es aún más grave, por las formas de aplicarlos y cumplirlos en las diferentes estructuras empresariales. A esto se puede agregar el hecho de que muchas veces las empresas confunden la RSE con el apoyo filántropico a la cultura, el deporte o la educación. Sin embargo, es claro que esta responsabilidad va muchos más allá.

Definir exactamente lo que es RSE, no es nada fácil. De hecho existe un número bastante amplio de definiciones. De acuerdo con la concepción del Gobierno Federal Alemán y de la Comisión Europea, la característica más importante es que se trata de un compromiso voluntario de parte de las empresas en relación con los asuntos sociales y ambientales y que debe ir más allá de los deberes exigidos y sin reemplazar las normas existentes⁵³.

El Gobierno Federal Alemán explica en su “Plan de Acción de Responsabilidad Social

de las Empresas”, el CSR-Aktionplan 2010, que al hablar de Responsabilidad Social, se habla de empresas, organizaciones y otras instituciones que de manera voluntaria asumen su responsabilidad, sobrepasando ya a lo que están obligados legalmente, pero sin reemplazar la legislación existente⁵⁴. De acuerdo con la definición de los dos gremios alemanes más grandes, la Confederación de Trabajadores Alemanes, conocida por sus siglas en alemán como BDA, y la Asociación Nacional de Industriales, conocida por sus siglas en alemán como BDI, la RSE es un “concepto de responsabilidad social de las empresas que toma los aspectos relacionados con la sostenibilidad y se apoya en tres pilares, el económico, el social y el ambiental”. Las iniciativas de RSE se convierten entonces en aportes reales que las empresas pueden realizar en el marco de sus actividades comerciales para la construcción de una sociedad más justa⁵⁵.

El concepto de RSE de estos dos gremios se basa especialmente en tres premisas: en primer lugar, que la RSE nace de la iniciativa empresarial y va más allá de la normatividad legal existente; en segundo lugar, que la meta principal es la obtención de éxito económico en las actividades comerciales como condición para el compromiso social⁵⁶ y tercero, que debe basarse en decisiones voluntarias y en que se debe prescindir de predefinir las opciones para actuar⁵⁷. Al respecto se debe mencionar que el gobierno alemán también considera que en últimas la RSE está pensada para beneficiar a las empresas y sus intereses y que se basa en las premisas de la “Voluntariedad” y del “ir más allá de la normatividad legal”. Esto no debe ser motivo de asombro, y de hecho es totalmente legítimo, ya que la RSE se entiende como una iniciativa del derecho privado. Si dichas iniciativas se piensan y se aplican de manera rigurosa pueden hacer aportes significativos para impedir las violaciones de los derechos humanos o a las reparaciones por violaciones ya cometidas.

La RSE puede ser tenida en cuenta tanto por las empresas cuyos principios se basan en la

doctrina social de la Iglesia Católica⁵⁸, como también por aquéllas que se fundamentan en la Constitución y que entienden que la existencia de la propiedad privada debe ir ligada a la generación de bienestar común. Sin embargo la experiencia en el trabajo de cooperación para el desarrollo permite mencionar muchos ejemplos que documentan que esa “voluntariedad” contemplada en el concepto de RSE no sirve como único enfoque para tratar problemáticas serias en las que se ven involucrados los derechos humanos⁵⁹; ya que es precisamente en esos casos en los que la orientación solidaria de las actividades empresariales está más ausente y por eso es entonces el Estado quien está obligado a dirigir y regular⁶⁰. En ese sentido el concepto de RSE requiere ser complementado con el concepto de Responsabilidad sobre la Gestión Empresarial (*Corporate Accountability*) que contempla el deber de las empresas de rendir cuentas de sus acciones frente al Estado y la sociedad.

Por lo menos una parte de las violaciones de los derechos humanos en los cuales las empresas se ven involucradas, ya se encuentran prohibidos legalmente. Tal es así que la legislación de muchos países anfitriones ya prohíbe, por ejemplo, de manera clara la cooperación con grupos paramilitares armados, la contaminación del agua y de las fuentes hídricas subterráneas, el desplazamiento interno ilegal. Además se contempla que la violación de las leyes internas será sancionable. Sin embargo la imposición de dichas normas es con frecuencia insuficiente. Una RSE efectiva debe contemplar en estos casos, ante todo, el cumplimiento de las leyes nacionales. Pero también allí donde en el momento no existen reglas legales, es posible que el “compromiso social” de las empresas no sea suficiente para evitar las violaciones de la integridad humana y de los medios de subsistencia básicos. En estos casos la RSE debe conducir a que las empresas, en el núcleo de sus negocios y al interior del entorno político en el que se desenvuelven, persigan un enfoque que impida de manera efectiva las violaciones de los derechos humanos. En cuanto ocurre una

violación de los derechos humanos se transpasa una línea roja y las posibilidades de actuar de las empresas dejan de ser negociables. Ya se trata entonces de dejar que haya justicia, reparación e indemnizaciones para los afectados.

Es aún más complicado cuando el concepto de RSE contempla la posibilidad de permitirle a las empresas que sean ellas las que realicen una interpretación soberana de lo que es un comportamiento social adecuado, ya que éstas solamente realizarán aquéllo a lo que ya se han comprometido con anterioridad y de manera voluntaria. Esto significaría que las instituciones gubernamentales transfieren a otros actores la responsabilidad que tienen sobre la orientación hacia el bien común de las normas sociales, aun cuando estos otros actores deben seguir ante todo una lógica capitalista⁶¹. Una descentralización de este tipo tiene como consecuencia que exista un déficit considerable de democracia en el establecimiento de las metas y las acciones de la RSE.

El cambio consecuente al interior del concepto de RSE que es promovido por el Representante Especial de la ONU para los Derechos Humanos y Empresas, John Ruggie, que consiste en incluir el principio de obrar con la debida cautela frente a los derechos humanos (*due diligence*), podría significar un avance positivo importante. De acuerdo con Ruggie, el incluir ese deber tendría como consecuencia que las empresas puedan identificar, prevenir y evitar los posibles efectos negativos que pueden ocasionar sus actividades empresariales sobre los derechos humanos o también para reparar aquellos daños que ya se han producido. Este principio de obrar con la debida cautela incluye entonces, por lo menos los siguientes elementos principales: se deben levantar datos sobre los efectos reales y posibles que puede tener la actividad de una empresa sobre los derechos humanos; los resultados de estos estudios deben ser tenidos en cuenta en los procesos de toma de decisiones de la empresa, ya que éstos permiten evaluar las posibles consecuencias

de su proceder. Además, se debe informar sobre los resultados de dichos procesos⁶². Así mismo es importante señalar que durante la recolección de datos y evaluación de consecuencias se deben tener en cuenta no solamente el núcleo del negocio, sino también las relaciones con proveedores, socios comerciales y demás entes gubernamentales y no gubernamentales con los que la empresa tiene relación. De igual manera es importante mencionar que el Estado debería y debe sancionar de manera consecuente el incumplimiento de este principio de obrar con la debida cautela frente a los derechos humanos. Sólo así podrá el Estado cumplir con su obligación de protección. Hasta ahora el modelo Ruggie contempla de manera muy general la existencia de la relación que hay por un lado entre la obligación del Estado de proteger, de las empresas de obrar con la debida cautela frente a los derechos humanos, y por otro lado, la obligación que de estas dos anteriores se desprende, de que el Estado sancione a aquellas empresas que incumplan el principio⁶³. Para ser entonces más efectivos, se debe fortalecer el engranaje de los principios que se mencionan en el modelo de Ruggie.

Un instrumento importante que puede ayudar a las empresas en la elaboración de los análisis de riesgo e impacto, así como a obrar con la debida cautela frente a los derechos humanos es la obligación de presentar informes. Si las empresas en su reporte anual no sólo están obligadas a presentar su informe sobre su situación económica actual, sino también sus acciones frente a los impactos sobre los derechos humanos, entonces se suscitarían y fortalecerían los procesos de reflexión y control al interior de las empresas. Al respecto también es posible remitirse a la Ley *Dodd-Frank-Act* de los Estados Unidos de América, que ha sido modificada hace poco y que obliga a las empresas que cotizan en bolsa a presentar públicamente informes sobre todos sus negocios y especialmente sobre los pagos monetarios realizados con respecto a negocios en los que se involucren

recursos naturales, en especial petróleo, metales preciosos y diamantes. Esto puede verse entonces desde diferentes puntos de vista como un paso importante en el camino a lograr mayor transparencia en las industrias de extracción y en la lucha contra la corrupción⁶⁴.

2.

Procesos legales contra las empresas por su participación en violaciones de los derechos humanos.

En vista de las debilidades presentes en el concepto de RSE, en los últimos años se ha abierto aún más el debate sobre la responsabilidad que tienen las empresas frente a los derechos humanos. Gobiernos, personas de la academia y de la economía, así como también organizaciones de la sociedad civil debaten los principios relacionados con la responsabilidad obligatoria de las empresas, las posibilidades de éxito al respecto y en especial sobre el acceso de los afectados a una protección efectiva de sus derechos.

El Representante Especial de la ONU para los Derechos Humanos y Empresas, John Ruggie, presentó en el 2008 su modelo de tres pilares⁶⁵. Él considera que la responsabilidad de evitar las violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas así como la de ofrecer a las víctimas recursos legales efectivos, recae principalmente sobre los Estados⁶⁶. Aunque él no relaciona de manera suficiente el tercer pilar con el principio de obrar con la debida cautela, en todas las críticas a Ruggie es posible observar y resaltar⁶⁷ que él insiste en la necesidad de que existan recursos legales efectivos, así como también mecanismos sancionatorios.

La Comisión Europea se ha preocupado por resolver la pregunta, ¿cómo se puede aplicar el modelo de Ruggie en la Unión Europea?. En este sentido, se ordenó realizar un estudio para determinar cuáles son los criterios de responsabilidad contenidos en la legislación europea y que se aplican a las empresas europeas cuando éstas se ven implicadas en violaciones de los derechos humanos por fuera de la Unión Europea. De igual manera dicho estudio tenía como objetivo hacer recomendaciones para mejorar la situación legal⁶⁸. Como resultado se encontró por un lado que en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros ya existe una serie de mecanismos de responsabilidad y por otro lado, que éstos no son suficientes.

Por parte de la sociedad civil, se puede nombrar, por ejemplo, la iniciativa de la *European Coalition of Corporate Justice (ECCJ)* que busca desarrollar propuestas para establecer reformas a nivel de la Unión Europea. En diferentes estudios e informes, la ECCJ ha planteado tres peticiones principales⁶⁹. Por un lado, solicita que se obligue a las empresas a presentar informes sobre la influencia que éstas tienen sobre los derechos humanos; que se reconozca que las casas matrices también son responsables en todos los casos en los que sus filiales cometen violaciones contra los derechos humanos; además exige que se mejoren los recursos legales existentes, en especial reclama que se introduzcan normas adicionales sobre competencia. En Alemania esa iniciativa es introducida por la campaña “Derechos para las personas, reglas para las empresas” (*Rechte für Menschen, Regeln für Unternehmen*)⁷⁰. Por otro lado diferentes hombres y mujeres de la comunidad científica se esfuerzan porque en el marco del plan de reformas “derechos humanos, responsabilidad empresarial y desarrollo sostenible” (*Menschenrechte, Unternehmensverantwortung und nachhaltige Entwicklung*), se haga un inventario de los instrumentos de derecho internacional que se encuentran disponibles en la actualidad y que se desarrollen diferentes posibilidades para que los Estados (en especial para Alemania) puedan protegerse mejor contra las violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas⁷¹. Para solucionar aquellos problemas estructurales que permiten que las empresas incurran en este tipo de violaciones, los recursos legales efectivos no son suficientes, sin embargo la existencia de reglas claras exigibles para las empresas, se convierte en un instrumento que permite evitar las violaciones de los derechos humanos y logra que las víctimas de esas violaciones accedan a reparación e indemnización por daños y perjuicios. Además este tipo de reglas pueden convertirse en las bases para garantizar un trato y uso más justo de los recursos de los países del Hemisferio Sur. Así mismo ofrecen a las empresas un ambiente en el que hay igualdad de condiciones, lo

cual ayuda a evitar la existencia de desventajas en la competencia para aquellas empresas que por iniciativa propia deciden seguir altos estándares relacionados con el medio ambiente y los derechos humanos.

Este tipo de proceder juega un papel muy importante especialmente en los países de origen de las empresas transnacionales. Un gran número de individuos que están en capacidad de influenciar de manera directa o indirecta las actividades de las empresas, se encuentran ubicados en los países donde se encuentra la casa matriz. Algunos de ellos son por ejemplo aquellos accionistas de las empresas que se preocupan por el manejo que éstas le dan a asuntos relacionados con los derechos humanos. De igual manera se pueden mencionar aquéllos encargados de tomar decisiones en las casas matrices que en el marco de sus propias condiciones sociales y políticas se deben responsabilizar por las violaciones de los derechos humanos que ocurran como consecuencia de las prácticas empresariales que sus empresas desarrollan en el exterior. Teniendo en cuenta que el país de origen es normalmente un mercado fundamental, los y las consumidores se convierten también en un grupo importante que debe ser informado acerca del proceder de las empresas con respecto a los derechos humanos. Aunque ellos disfrutan de productos baratos que se producen en condiciones inhumanas, también están en capacidad de ejercer influencia sobre sus comportamientos de compra y sobre las políticas de las empresas.

Si se incentiva el comercio exterior de la Unión Europea y de Alemania, también se debe garantizar que con esto no se contribuya al empeoramiento del balance mundial con respecto a los derechos humanos, sino, por el contrario, que se contribuya al desarrollo económico y también al mejoramiento de la condición en la que se encuentran los derechos humanos. Aquellas empresas a las que se les estimula y ayuda para que realicen inversiones extranjeras, también deben saber que las violaciones de los derechos humanos que ellas cometan no serán aceptadas por sus países de origen y que por el contrario se les hará un seguimiento efectivo. No se puede permitir que haya un desequilibrio mundial en el que las ganancias y riqueza de las empresas vayan a Alemania, mientras las cargas y los pasivos se quedan en el Hemisferio Sur. En ese sentido el presente estudio pretende aportar su granito de arena y contribuir al fortalecimiento de reglas obligatorias de responsabilidad jurídica que deban ser cumplidas por aquellas empresas alemanas que puedan estar actuando bajo condiciones de riesgo en lo que respecta a la protección de los derechos humanos en terceros países.

51 Ver una visión general en: Miriam Saage-Maaß, “Unternehmen im nationalen und internationalen Recht, en: Zeitschrift für Menschenrechte”, 2/2009, Páginas 105-107.

52 Una visión general se puede encontrar en: Human Rights Impact Resource Center, <http://www.humanrightsimpact.org/>, última consulta: 8 de marzo de 2011; ver también: International Association for Impact Assessment, <http://www.iaia.org/>, última consulta: 8 de marzo de 2011

53 La Comisión Europea define la responsabilidad social de las empresas como “la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores (stakeholder)”. Comunicado de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo de la Unión Europea y al Comité Económico y Social Europeo del 22 de marzo y que habla de “poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas”. [KOM(2006) 136 endg. http://europa.eu/legislation_summaries/external_trade/c00019_es. Última consulta: 1 de marzo de 2011.

54 Ver: Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Compilador), “Nationale Strategie zur gesellschaftlichen Verantwortung von Unternehmen (Corporate Social Responsibility – CSR) – Aktionsplan CSR – der Bundesregierung”, Berlin, 6 de Octubre de 2010, página. 7; Bundesministerium für Arbeit und Soziales, “UnternehmensWerte. Corporate Social Responsibility”, http://www.csrin-deutschland.de/portal/generator/6156/begriffsseite_a-.html#entry32, última consulta: 1 de marzo de 2011

55 Ver: CSR Germany, <http://www.csrgermany.de/www/csrcms.nsf/id/A5C9FE8205B6B126C1256F48006480-BC>, <http://www.csrgermany.de/www/csrcms.nsf/id/FEC5B6D7BF49786>

FC1256F4800658839, última consulta: 1 de marzo de 2011

56 Continúa en el portal de internet de CSR Germany así: “sólo aquellas empresas que son competitivas internacionalmente y que se pueden definir como empresas sanas están en capacidad de hacer contribuciones encaminadas a solucionar problemas sociales. Las empresas son sobre todo responsables de asegurar el mantenimiento de los puestos de trabajo, por eso son las empresas florecientes, las que pueden garantizar que esto ocurra”, ver pie de página No. 55

57 Ver: CSR Germany, <http://www.csrgermany.de/www/csrcms.nsf/id/FEC5B6D7BF49786FC-1256F4800658839>, última consulta: 1 de marzo de 2011.

58 “El objetivo de la economía es la educación y la ampliación progresiva de la riqueza desde el punto de vista cuantitativo, pero también cualitativo: todo esto es moralmente correcto si está orientado al desarrollo global y solidario de los seres humanos y de la sociedad en la que éstos viven y trabajan”. Kompendium der Soziallehre der Kirche (KSK), Freiburg i.Br., 2006, Párrafo 334.

59 El Gobierno Federal Alemán también admite esto de manera clara. Comparar con: Bundesministerium für Arbeit und Soziales.

60 Con respecto a los principios de subsidiariedad y solidaridad, la doctrina social de la Iglesia Católica le pide al Estado que éste permita el ejercicio libre de las actividades económicas (Subsidiariedad), pero al mismo tiempo que se inspire en el principio de la solidaridad y “que establezca límites para las partes, para así proteger a los más débiles”, Kompendium der Soziallehre der Kirche (KSK), Freiburg i.Br., 2006, Párrafo 351.

61 Ver: Thomas Assheuer “Nach dem Bankrott”. Diálogo con el filósofo Jürgen

Habermas sobre la necesidad de que exista un orden mundial. Desde el 5 de julio de 2009

62 Ver: John Ruggie, Reporte de Abril 9 de 2010, A/HRC/14/27, Párrafos 79-86.

63 Al respecto comparar también la declaración del CIDSE, Asociación de Organizaciones Católicas que brindan Asistencia para el Desarrollo, en la cual Misereor participaba activamente: “Protect, Respect and Remedy, Keys for implementation and follow-up of the mandate, 3rd submission to the UN Special Representative on Business and Human Rights”, October 2010, especialmente las páginas 4 y 5 “The relationship between the duty to protect and the responsibility to respect”.

64 Peter Rosenblum, Director del Human Rights Institute at Columbia Law School, menciona en “When Financial Reform Meets Human Rights: Dodd-Frank Act Takes on Conflict Minerals”, que la ley Says Dodd-Frank ya está ocasionando impactos importantes en los esfuerzos internacionales por terminar el “Resource Curse” en África, New York, 3 de marzo de 2011. Última consulta: 9 de marzo de 2011

65 Ruggie habla 1.) del deber del Estado de proteger los derechos humanos (state duty to protect), que él entiende como obligatorio en el marco del derecho internacional, 2.) el de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos (corporate responsibility to respect), que él interpreta como una obligación moral prioritaria y 3.) de la necesidad que tienen las víctimas de tener un acceso más efectivo a la reparación e indemnización (access to remedy). Ver: John Ruggie, Reporte de abril 9 de 2010, A/HRC/14/27.

66 Ver también: John Ruggie, “Draft Guiding Principles (GPs) for implementation of the U.N”. en el marco “Protect, Respect and Remedy”, <http://www.srscon.sultation.org/>, última consulta: 9 de marzo de 2011

67 Comparar pie de página No. 64 y European Center for Constitutional and Human Rights, “Position Paper on SRSG John Ruggie’s Draft Guiding Principles, 2011”; otras posiciones críticas se pueden encontrar en: <http://www.businesshumanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Protect-Respect-Remedy-Framework/GuidingPrinciples/Submissions>, última consulta: 9 de marzo de 2011.

68 Ver: University of Edinburgh, Daniel Augenstein, “Study on the Legal Framework on Human Rights and the Environment Application to European Enterprises Operating Outside the European Union”, Edinburgh 2010.

69 Ver: European Coalition for Corporate Justice, Publications, <http://www.corporatejustice.org/-publications,005-.html?lang=en>, última consulta: 9 de marzo de 2011.

70 Ver: “Rechte für Menschen, Regeln für Unternehmen”, <http://www.rightsforpeople.org/?lang=de>, última consulta: 9 de marzo de 2011.

71 Ver: Institut für Entwicklung, Menschenrechte, Unternehmensverantwortung und nachhaltige Entwicklung, http://inef.uni-due.de/cms/index.php?article_id=17&clang=0, última consulta: 9 de marzo de 2011.

IV.

Posibles formas de proceder y sus desafíos más comunes

Para lograr una comprensión básica es necesario comenzar mostrando una visión general de las formas de proceder que las víctimas de violaciones de los derechos humanos tienen a su disposición. Después se analizarán algunos de los desafíos más importantes a los que se ve enfrentado el derecho alemán para proteger a aquéllos que han tenido que sufrir las injusticias de parte de las empresas, siempre y cuando éstos, como no ciudadanos de la UE, quieran proceder en Alemania contra una empresa alemana.

1.

Visión general sobre las posibles formas de proceder

Los afectados por violaciones de los derechos humanos que han sido ocasionadas por empresas, tienen a su disposición diferentes foros y jurisdicciones a nivel nacional, regional e internacional. Dependiendo de los detalles específicos de cada caso y de las metas del demandante, algunas formas de proceder son más apropiadas que otras. Ya se ha hablado antes acerca de las debilidades del sistema jurídico en los países anfitriones de Latinoamérica y a continuación se presentarán las diferentes formas de proceder disponibles en Europa y especialmente en Alemania ya que el presente estudio se concentra en las empresas europeas y en la responsabilidad que tienen sus países de origen puesto que es allí donde tienen su domicilio las casas matrices.

a.

Formas de proceder en el campo internacional

Teniendo en cuenta la definición clásica del derecho internacional y en virtud de la diferenciación que se hace de las esferas (legales) pública y privada, se puede decir que sólo los Estados son actores y al mismo tiempo receptores de las normas del derecho internacional⁷². Como objetos del derecho internacional se entienden entre otros los individuos (y con esto también las empresas transnacionales que son en últimas una unión legal de personas naturales que se unen con un fin económico) que no gozan de subjetividad propia en el marco del derecho internacional⁷³. De esto se deduce entonces que en el marco del derecho internacional, las empresas, del mismo modo que los individuos, están ligadas a los derechos humanos sólo en una baja proporción. Aunque la discusión por relacionar a las empresas con los derechos humanos se encuentra en progreso y aunque algunos expertos en derecho internacional reclaman un distanciamiento del dogma de subjetividad del derecho internacional⁷⁴, la realidad

actual muestra que ni los individuos, ni las empresas pueden ser demandadas por violaciones de los derechos humanos ante los tribunales regionales ni tampoco ante los estamentos correspondientes de la ONU.

La Corte Penal Internacional es la única corte internacional que juzga los comportamientos de los individuos, pero no tiene competencia para recibir demandas interpuestas contra las empresas a menos que sean sus líderes quienes de manera independiente sean demandados. La jurisdicción de la Corte está limitada a los tres delitos internacionales contemplados en el derecho internacional: genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Las empresas pueden verse involucradas en la perpetración de este tipo de delitos, por ejemplo, cuando se encuentran ubicadas en zonas de conflicto y prestando servicios militares o cuando tienen allí una relación comercial muy estrecha con una de las partes involucradas en el conflicto. En ese caso su interés será cuidar dicha relación comercial con lo cual pueden estar favoreciendo los delitos que su socio comercial está cometiendo. Por eso es posible pensar que los trabajadores encargados tendrían que ser señalados como responsables ante la Corte Penal Internacional. Sin embargo como la Corte solo puede ocuparse de algunos de los delitos contemplados en el derecho internacional y teniendo en cuenta que en este momento el papel de las empresas en los conflictos armados no es precisamente el punto central en las estrategias de demanda, pues entonces la posibilidad de que existan demandas a los gerentes de las empresas es más bien una opción teórica más no real.

b.

Formas de proceder contempladas en el campo internacional en las “soft law”

La expresión “*Soft Law*” sirve para denominar aquellos instrumentos jurídicos que no son obligatorios pero que influyen en la situación legislativa. A través de éstos se pueden elevar quejas contra empresas cuando éstas han incurrido en violaciones de los

derechos humanos o cuando no se ajustan a determinados estándares ambientales. Cabe resaltar sin embargo que cuando las actividades de las empresas son evaluados de acuerdo con estos instrumentos, éstos no poseen la misma obligatoriedad de una ley.

Un claro ejemplo son las Líneas Directrices de la OECD para Empresas Multinacionales que son un compendio de recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas, sin que éstas posean un carácter de obligatoriedad legal. Ellas enuncian principios y normas voluntarias para una conducta empresarial responsable que se basan, por ejemplo, en las normas principales de organizaciones tales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Dichas recomendaciones están dirigidas, por ejemplo, al cumplimiento de los derechos humanos y laborales así como también a la protección del medio ambiente, asuntos del consumidor, corrupción, tributación y la publicación de información. Dichas recomendaciones son válidas únicamente para empresas que tengan su domicilio en uno de los países miembros. Las reglas de procedimiento contenidas en dichas directrices preveen un procedimiento de reclamación individual que puede hacerse válida contra aquellas empresas que no se rijan por las directrices de la organización. Tanto las víctimas como las organizaciones de la sociedad civil pueden acogerse a dichos procedimientos. Los países miembros están obligados a promover y fomentar el uso de dichas directrices y están obligados a establecer Puntos Nacionales de Contacto que promuevan las directrices y que sean responsables de recibir las reclamaciones⁷⁵. Este tipo de procedimiento de reclamación permite que los afectados puedan someter sus caso a arbitraje sin que esto signifique altos costos para ellos. Como no existen mecanismos sancionatorios, los afectados no tienen más remedio que esperar a que durante las negociaciones las empresas ofrezcan de manera voluntaria modificar su comportamiento o indemnizar por los daños y perjuicios y que después cumplan realmente su palabra.

Así mismo el Banco Mundial y otros bancos para el desarrollo ofrecen también algunos

mecanismos de reclamación que pueden ser usados por aquéllos que han sido afectados por proyectos financiados por ellos. Para estos casos se puede decir que formalmente los obstáculos para acceder a los mecanismos de reclamación no son altos y que el proceso de decisión avanza rápido, pero el problema es que en realidad estos mecanismos no son efectivos pues los informes finales de las partes responsables tienen que ser extensos y las empresas involucradas en los proyectos no son sancionadas ni están obligadas a reparar o indemnizar a los afectados.

En el caso de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) también existen diferentes mecanismos de reclamación que pueden ser utilizados en casos en los que se violen o incumplan los aspectos contenidos en los convenios de la OIT. Tanto los individuos como las organizaciones de la sociedad civil pueden iniciar una reclamación y contribuir de una u otra forma a que en el largo plazo se puedan mejorar las condiciones laborales; sin embargo no son un recurso efectivo de protección para quienes han sido perjudicados de manera individual.

Por último, se pudo determinar que, si bien las formas de proceder de las “*soft law*” son accesibles a los afectados por violaciones de los derechos humanos, las posibilidades que éstos ofrecen se encuentran en realidad muy condicionadas. Gracias a estos procedimientos es posible ganar para los casos algo de atención de la opinión pública, ya que se lleva a la empresa a negociar en un marco internacional y ésta se ve obligada a presentar más información sobre el proyecto, pero no es posible sancionar a las empresas ni tampoco establecer responsabilidades legales que permitan la reparación o indemnización por daños y perjuicios a los perjudicados.

c. Formas de proceder en el plano nacional en los países anfitriones y en los países de origen

Como se ha podido identificar hasta el momento, en el plano internacional existen muy pocos recursos legales que sean real-

mente efectivos para que los afectados por violaciones de los derechos humanos puedan hacer valer sus derechos frente a las empresas. Sin embargo las violaciones cometidas por las empresas pueden ser analizadas de cara a la legislación nacional y llevadas ante los tribunales correspondientes. Tanto las pretensiones de indemnización contempladas en el derecho civil, como también aquellas denuncias que provocan investigaciones de tipo fiscal, están unidas con frecuencia a violaciones contra la vida, el cuerpo, la salud, la propiedad, etc. Esas pretensiones pueden hacerse valer tanto en el Estado donde las violaciones tuvieron lugar como también en el país donde la empresa involucrada tiene su casa matriz.

Ya se mencionaron antes cuáles son los problemas que pueden resultar de las formas de proceder en los países anfitriones y a continuación se presentaran cuáles son los problemas prácticos y legales más comunes que se presentan cuando una empresa alemana es llamada en Alemania a responder jurídicamente por las violaciones que ésta ha cometido contra los derechos humanos en países diferentes a los europeos.

2.

Problemas jurídicos más comunes en las demandas contra empresas en Alemania por violaciones extraterritoriales a los derechos humanos

a.

Jurisdicción / ausencia de formas de proceder

Para que realmente se pueda hacer valer una demanda en un juzgado alemán se debe sustentar legalmente la existencia de una competencia judicial. Por ejemplo, para demandas relacionadas con el derecho civil, se deben tener en cuenta el Código de Procedimiento Civil y la Convención de Bruselas I de la Unión Europea. Según esto y teniendo en cuenta algunas excepciones, los juzgados alemanes tienen competencia para resolver demandas contra empresas cuya casa matriz está localizada en Alemania. De igual manera el Código de Procedi-

miento Civil Alemán contempla que los juzgados pueden tener competencia cuando dichas demandas se relacionan de alguna manera con el territorio alemán⁷⁶.

A pesar de las normas adicionales de competencia legal un número importante de las violaciones de los derechos humanos no pueden llevarse ante a los juzgados alemanes. En dos importantes áreas en las que las empresas se ven involucradas con frecuencia, los juzgados alemanes no tienen básicamente ninguna competencia y es en los casos relacionados con el derecho laboral y el ambiental. Las disputas laborales no pueden ser resueltas por juzgados alemanes cuando la relación laboral ha tenido lugar en el exterior y no en Alemania y bajo las leyes laborales alemanas. Ya que muchos de los problemas laborales a los que aquí se hace mención no se establecen en Alemania y tampoco bajo las normas del derecho alemán, se habla entonces de que existe un vacío jurídico⁷⁷.

Los otros casos tienen que ver con destrucciones masivas del medio ambiente que están contempladas en la legislación ambiental o demás normas de carácter administrativo. Ya que el Derecho de la Administración Pública en principio no tiene aplicación extraterritorial, entonces el Derecho Alemán tampoco tiene competencia para proteger y resolver estos casos. Por razones de soberanía, los tribunales administrativos alemanes no pueden ni aplicar el Derecho Alemán para resolver situaciones en el extranjero, ni tampoco emitir sentencias sobre tareas administrativas públicas en el exterior. La legislación ambiental alemana está restringida también a la protección del medio ambiente nacional. Algo similar ocurre con el Derecho Penal Ambiental en el que el principio de accesoria administrativa tiene como requisito para sancionar, que se haya cometido alguna infracción contra las normas jurídicas ambientales alemanas⁷⁸.

Por otro lado se genera competencia de la justicia alemana a partir del principio de personalidad, ya sea de manera activa o pasiva, en casos de materia penal para castigar delitos penales que se han cometido

en el extranjero. Estos dos principios significan que en los casos en los que ya sean las víctimas o los presuntos autores de los crímenes tengan nacionalidad alemana, entonces la justicia penal alemana tiene competencia para actuar. Sin embargo el problema radica en los otros Estados ya que la fiscalía guarda discreción acerca de si tendría en cuenta investigaciones realizadas en otros Estados. Además, de acuerdo con las normas actuales, las autoridades alemanas harán seguimiento a los delitos penales en casos en los que éstos sean de interés público⁷⁹, sin embargo no existe una definición clara de cuándo se puede denominar algo como de interés público. Aunque en principio la República Federal Alemana debe tomar en consideración todas las obligacio-

nes internacionales relacionadas con los derechos humanos, en el momento aún no está claro cuál es la importancia que debe tener la protección internacional de los derechos humanos frente a la evaluación que ya se ha hecho de las dificultades reales que existen en las investigaciones de los otros Estados. En los casos en los que los delitos en cuestión sean crímenes internacionales contemplados en el Código Penal Alemán, las autoridades alemanas tienen competencia para actuar, respaldados por el principio de jurisdicción internacional, o sea sin tener en cuenta la territorialidad. Sin embargo la realidad muestra que en la práctica también en estos casos es necesario tener una referencia territorial para que el Fiscal General Federal actúe⁸⁰.

Conclusión parcial:

En muchos de los casos en los que las empresas cometen violaciones contra los derechos humanos al ocasionar daños al medio ambiente o incumplir las normas dispuestas en el derecho laboral, los afectados no tienen ningún acceso legal dentro de lo que corresponde a la jurisdicción alemana y a las formas de proceder contempladas dentro del Derecho Laboral o Administrativo alemán. Por esa razón no se pueden aplicar los estándares laborales ni los ambientales establecidos en Alemania. Esto hace necesaria una discusión jurídico-política con respecto a cómo es posible asegurar que las empresas, al trasladar sus actividades y plantas de producción a otros países, no puedan eludir los estándares legales correspondientes a la responsabilidad social a los que están obligadas en sus país de origen. En algunos países se han desarrollado ya en el marco del derecho laboral algunos modelos de responsabilidad solidaria que pueden hacerse efectivos cuando las empresas tercerizan sus relaciones laborales, utilizando para ello empresas de contratación temporal o subcontratistas, para poder eludir así los acuerdos salariales existentes⁸¹. Este concepto debería estudiarse y discutirse para determinar si sería posible una transferibilidad.

b. Fundamentos de la pretensión y cálculo de las pérdidas en las acciones reclamatorias de indemnización por responsabilidad civil

Si una demanda de indemnización por responsabilidad civil debe ser contemplada bajo las normas del derecho alemán, entonces las violaciones de los derechos humanos cometidas por las empresas deben ser interpretadas de acuerdo con los fundamentos de pretensión y las violaciones de los intereses legales que son demandables de acuerdo con el derecho alemán. En los casos

en los que una zona ha sido impactada por las actividades de una fábrica, en tal grado que la contaminación del medio ambiente ya no permite a sus pobladores continuar por ejemplo con la agricultura y la pesca⁸², por lo general no existe una relación contractual entre los pobladores afectados y la empresa; sin embargo ellos pueden recurrir al Derecho Civil, específicamente al Derecho Delictivo (*Deliktrecht*) para acceder a las acciones reclamatorias de indemnización por daños y perjuicios.

El Derecho Delictivo alemán, contempla por ejemplo, que en casos en los que hay viola-

ciones contra la vida, el cuerpo, la salud, la propiedad y la libertad se puede exigir un pago compensatorio. Al contemplar este tipo de violaciones ya se están teniendo en cuenta entonces un gran número de violaciones graves contra los derechos humanos. Sin embargo el derecho delictivo no tiene en cuenta otras violaciones que son igualmente importantes, por ejemplo, los casos en los que hay una destrucción de los medios de subsistencia, cuando hay desplazamiento de personas que no poseen títulos de propiedad sobre los terrenos desalojados o cuando no hay perjuicios inmediatos contra la salud⁸³. Algo similar ocurre con los casos en los que se incumplen normas contempladas en el derecho laboral o cuando se cometen violaciones graves a los derechos de los indígenas, porque en estos casos esas violaciones no están incluidas en el catálogo de vida, cuerpo, salud y propiedad.

Además se hace necesario que en el Derecho Civil alemán se mencione también lo que corresponde al cálculo de pérdidas. El Derecho de Siniestros alemán (*Schadensrecht*) se ajusta a la así llamada restitución natural⁸⁴. Esto significa que se trata de regresar al estado inicial, en el que se encontraría si no hubiese ocurrido el incidente causante de los daños⁸⁵. En los casos en los que se hayan destruido los medios de subsistencia pero que las personas no posean ningún título de propiedad y que tampoco se puedan demostrar perjuicios directos contra la salud no existe ningún fundamento para la reclamación y el cálculo de los daños será muy complicado. ¿Entonces cómo se pueden tener en cuenta los perjuicios cuando las personas deben cumplir contra su voluntad con horas extras?, ¿qué ocurre cuando las posibilidades de economía de subsistencia tradicional se destruyen?

La aplicabilidad de la norma es también muy limitada en los casos en los que a causa de las actividades mineras de una empresa las personas son desplazadas de sus tierras, se despojan de la posibilidad de ganar su sustento por medio de la agricultura tradicional y con esto también de la posibilidad de vivir en una estructura social rural. Además

en esos casos, los afectados tienen una visión muy diferente frente a la restitución, ellos la entienden como algo diferente a la simple indemnización pecuniaria por daños y perjuicios. Un restablecimiento de la situación inicial es imposible en la mayoría de los casos. Por esa razón muchas veces los afectados reclaman una reparación integral, la aclaración jurídica del incidente, disculpas a los perjudicados y también perspectivas de vida sostenibles garantizadas por un territorio sustituto apropiado y adecuado, así como también por ayudas transitorias que les ayuden durante el traslado. Igualmente importante es que se trate de un restablecimiento de la unidad social y de los intereses colectivos que sumados pueden ser mucho más que las indemnizaciones individuales.

Los casos en los que existen condiciones laborales inhumanas o donde se exige trabajar horas extras excesivas sin que éstas sean recompensadas de manera apropiada, también son especialmente difíciles. En esos casos los afectados esperan que se mejoren las condiciones de vida y de trabajo a través de mejoras legales concretas (por ejemplo la eliminación de las horas extras impuestas a la fuerza) o la posibilidad de que se puedan organizar en sindicatos sin que sean puestos bajo presión o amenazados.



Los grandes proyectos de agricultura amenazan la situación en la que viven las comunidades indígenas en Brasil.

Conclusión parcial

A la fecha hay importantes violaciones cometidas por las empresas en contra de los derechos humanos, que no hacen parte de las violaciones contra la vida, el cuerpo, la salud, la propiedad y la libertad y por ende no son contempladas por del Derecho Delictivo alemán. Esto es válido especialmente en los casos de: destrucción de los medios de subsistencia (violaciones al derecho a la alimentación, al derecho a tener acceso a agua potable y una vivienda digna, así como a los derechos indígenas). De igual forma se pueden mencionar aquellos casos en los que se violan de forma grave los derechos laborales. En cuanto a una ampliación de lo contenido en la ley con respecto a los fundamentos de pretensión que hasta el momento se tienen en cuenta (artículo 823 del Código Civil Alemán), se podría decir que sería estar frente a una decisión muy peligrosa, ya que se podría optar por establecer una ley muy general o una ley muy detallada y exigente⁸⁶. Entonces sería más sensato basarse menos en el contenido legal de los derechos humanos y más en la forma material que está detrás de las violaciones de los derechos humanos. Esto podría conducir a que se incluya dentro de los intereses legales por proteger también la destrucción de los medios de subsistencia y las condiciones laborales inhumanas tal y como están definidas en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

◆ **Digresión** **Derecho de administración de justicia**

En los casos en los que los fundamentos de pretensión o el derecho al resarcimiento por daños y perjuicios contemplados en el Derecho Delictivo deban ajustarse a las necesidades de los afectados, esto se hará, no sin antes equipararlos con el Reglamento (Derecho de la Unión Europea) No. 864 de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”). Desde comienzos del 2009 este reglamento entró a regir y contempla que en los casos en los que existan acciones reclamatorias de indemnización por responsabilidad civil en las que exista, de acuerdo con el Derecho Delictivo, una relación transnacional, entrará a regir con frecuencia el Derecho del país donde hayan ocurrido los hechos¹. Para los casos que se han analizado aquí, esto significa que cuando se han presentado demandas de indemnización por daños y perjuicios resultantes de violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas, se ha aplicado el Derecho de otros países y no el alemán. Sólo muy pocos aspectos de las excepciones a esa regla son realmente relevantes para los casos aquí discutidos².

Al respecto también es interesante tener en cuenta el Artículo 40 de la Ley Introductoria al Código Civil alemán (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, abreviada como EGBGB) que era ya válido antes de la entrada en vigor del Reglamento Roma II. De acuerdo con este se aplicarán en primer lugar las normas del lugar donde fue cometida la acción, en donde se ha determinado que se encuentran las causas de la violación de los intereses de las personas³. Si se determina que diferentes estatutos delictivos podrían aplicarse, entonces el afectado puede escoger entre estos⁴.

Conclusión parcial

Para encontrar soluciones apropiadas sería recomendable tener en cuenta el derecho a elegir por parte de quien demanda, ya que el Artículo 40 de la Ley Introductoria al Código Civil Alemán lo contemplaba antes de que comenzara a regir del Reglamento Roma II. Otra alternativa sería una ampliación del Artículo 7 del Reglamento Roma II, que contempla que en los casos en los que se presentan daños transnacionales al medio ambiente, se aplicará la legislación del país donde se produjo el daño o, si la víctima así lo decide, la del Estado en que se dio el hecho generador del daño aunque las consecuencias se manifiestan en otros países⁵. En artículo 7 podría entonces ampliarse a los casos en los que las empresas se ven involucradas en violaciones contra los derechos humanos. También sería importante establecer claramente que para elegir la legislación a aplicar se debe tener en cuenta no sólo el lugar donde se ha generado la causa principal, sino también cada lugar en el que se encuentre que hay una causa importante del incidente. Con esto se tendría entonces también en cuenta que determinadas decisiones gerenciales se toman en la casa matriz y que esto es un hecho relevante al momento de decidir entre las posibles legislaciones a aplicar.

1 Ver: Reglamento (CE) No. 44/2001 del 22 de diciembre de 2000 “Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (“Bruselas I”); Reglamento (CE) No. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”); Reglamento (CE) No. 864 de 2007 relativo la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”).

2 El Reglamento (CE) No. 864 de 2007 relativo la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”) permite la aplicación del Derecho Alemán sólo: a) cuando las partes lo acuerda, b) cuando los demandantes por su relación con los autores del daño, tienen una relación cercana con Alemania, algo que no ocurre cuando se habla de grupos grandes de demandantes, y c) en casos muy limitados de daños al medio ambiente. Por otra parte, en muchos casos los fundamentos de pretensión se encuentran mejor defini-

dos en las legislaciones de otros países- que en Alemania. Esto significa entonces que una norma adecuada debería permitir al respecto mayor flexibilidad, para así permitir que aquéllos a quienes se les han violados sus derechos tengan acceso a lo que sea mejor para ellos.

3 “Si la violación a evaluar tiene diferentes causas que interactúan y que pueden relacionarse con diferentes países, entonces se deben concentrar en la actividad principal”. Palandt, Edición 69, Artículo 40 del EGBGB, parágrafo 4.

4 Ver: Art. 40 I 2 análogo, comparar: Palandt, , Edición 63, Artículo 40 del EGBGB, parágrafo 3

5 Ver: Daniel Augenstein, “Study on the Legal Framework on Human Rights and the Environment Application to European Enterprises Operating Outside the European Union”, Edinburgh 2010.

c.

Reglas de responsabilidad jurídica e imputación jurídica de responsabilidad

En muchos casos las violaciones de los derechos humanos que se han discutido aquí, no son producidas directamente por una empresa alemana sino por una sucursal, una casa filial o uno de sus proveedores. ¿Debería ahora ser llamada a responder jurídicamente la casa matriz, debería atribuírsele una responsabilidad jurídica por las actividades de sus sucursales, casas filiales o proveedores o debería justificarse que existe responsabilidad jurídica independiente?

aa.

Una imputación a la casa matriz, por violaciones de los derechos humanos cometidas por las casas filiales, no está contemplada actualmente en el Derecho de Sociedades Alemán (*Gesellschaftsrecht*). La transferencia directa de responsabilidad que se da al interior de un grupo empresarial es contemplada por las legislaciones de otros países, pero es algo extraño para la legislación alemana⁸⁷, aun cuando este hecho desconoce la relación económica que se da entre las empresas y la influencia real que la casa matriz ejerce sobre sus subsidiarias⁸⁸. Algunas excepciones a este principio están previstas tanto en el derecho alemán como también en la jurisprudencia⁸⁹. Estas son apropiadas para su acondicionamiento, creación y sus aplicaciones actuales, pero no para responsabilizar a la casa matriz por acciones reclamatorias de indemnización que impongan terceros. Esas excepciones se refieren la mayoría de las veces a dudas sobre la responsabilidad en las relaciones internas de las empresas participantes mas no sobre la responsabilidad frente a terceros. Pero no existen excepciones como las que se contemplan en los Estados Unidos de América o Canadá en las que es posible una transferencia directa de responsabilidad a la casa matriz o una adhesión de los representantes de la empresa a una actuación ilegal de la empresa que ha causado perjuicios a terceros (*lifting the corporate veil*)⁹⁰.

bb.

Las acciones reclamatorias de resarcimiento por daños y perjuicios se pueden dirigir a la casa matriz cuando se puede demostrar que ésta ha incurrido en un comportamiento indebido. Con respecto a las acciones de una empresa subsidiaria se puede alegar responsabilidad de la casa matriz cuando se cree que ésta no ha obrado con la debida cautela. En ese caso no habrá imputación jurídica de responsabilidad por deudas ajenas, sino que se justificará que la casa matriz tiene una deuda propia por haber violado ese deber de actuar con la debida cautela.

En la actualidad se contemplan varios casos en los que se puede encontrar culpable a la casa matriz por no cumplir con ese deber. Algunos de éstos se contemplan en el Derecho Delictivo. Como ejemplo se pueden tomar la negligencia en la obligación de conducta y organización "*Organisationsverschulden*" que contempla la posibilidad de imputar responsabilidad de forma solidaria a un empleado o un empleador por los errores cometidos durante el ejercicio de sus actividades. En este caso el director de la empresa debe garantizar que no haya violaciones de los derechos e intereses de terceros⁹¹. Otro ejemplo es el deber de cuidado "*Verkehrssicherungspflicht*" que significa que aquel que en marco de sus actividades empresariales abra una fuente de peligro, debe asegurarse que los peligros estén controlados y limitados, para que éstos no puedan ocasionar perjuicios a terceros⁹².

Estos principios jurídicos no han sido hasta ahora aplicados a casos en los que empresas subsidiarias en el extranjero se ven involucradas en violaciones de los derechos humanos; tenerlos en cuenta en procesos de demanda sería especialmente difícil, ya que dentro de la obligación de conducta y organización aún no se contempla que las empresas deban elaborar un análisis de impacto sobre los derechos humanos. Tampoco se somete a juicio si determinadas relaciones comerciales representan un peligro para los derechos humanos. Pero sería necesario que estos asuntos sean tenidos en cuenta para ampliar la aplicabili-

dad de dichos principios jurídicos. A esto se suma que hasta el momento las obligaciones de los gerentes o directores frente a sus empresas se limitan exclusivamente a aquéllas relacionadas con la rentabilidad de las empresas. Si las medidas de prevención contra las violaciones de los derechos humanos que generan costos se analizan desde un punto de vista únicamente económico, se podría decir entonces que éstas no son necesariamente obligatorias y que son casi que prohibidas.

Estos principios de responsabilidad son aplicables sólo en una muy baja proporción a las relaciones con los proveedores. En

cuanto una empresa alemana es propietaria de los bienes de un proveedor que durante la producción viola los derechos humanos y laborales, la empresa alemana estaría incumpliendo con su obligación de obrar con la debida cautela; sin embargo la legislación actual no contempla esta situación. Si bien es cierto que la empresa compradora puede tener en realidad la posibilidad de influenciar al proveedor a través de los precios o condiciones de entrega, o porque tiene una posición dominante al ser comprador exclusivo, la obligación legal de obrar con la debida cautela no va tan lejos como sí lo puede hacer su posible poder de influencia.

Conclusión parcial

Aunque las casas matrices de las empresas tienen el poder suficiente para evitar las violaciones contra los derechos humanos que puedan cometer sus empresas subsidiarias o proveedores dependientes, de acuerdo con la legislación actual, legalmente no son responsables en ningún caso por este tipo de situaciones. Para corregir ese déficit existen dos opciones:

Introducción de la transferencia directa de responsabilidad

Una posibilidad de justificar la responsabilidad que tiene la casa matriz frente a las violaciones de los derechos humanos cometidas por sus empresas subsidiarias o sucursales es introducir el concepto de transferencia directa de responsabilidad en aquellos casos en los que existan violaciones de los derechos humanos⁹³. En primer lugar tendría que existir una violación sobre algún derecho reconocido por los acuerdos internacionales relacionados con los derechos humanos o la protección del medio ambiente. Segundo, la casa matriz debe estar en posibilidad de ejercer ya sea control comercial o legal o ejercer una fuerte influencia sobre la empresa subsidiaria. Y tercero, la empresa subsidiaria tendría que haber cometido de forma reprochable una violación contra los derechos humanos. En estos casos las normas de transferencia directa de responsabilidad serían justificadas ya que no es posible identificarlas porque la casa matriz no puede responsabilizarse de las violaciones de los derechos humanos que han sido cometidas por su empresa subsidiaria si la casa matriz la dirige comercialmente y se beneficia de las ganancias que ésta genera.

Ampliación de lo contenido en la obligación de conducta y organización “Organisationspflicht” y en el deber de cuidado “Verkehrssicherungspflicht”

Otra alternativa frente a la transferencia directa de responsabilidad sería una ampliación legal de las obligaciones existentes tales como la obligación de conducta y organización “*Organisationspflicht*” y al deber de cuidado “*Verkehrssicherungspflicht*”. Estas obligaciones deben ser ampliadas de manera explícita a las situaciones relacionadas con los derechos humanos. Esto significaría que el director de una empresa estaría obligado frente a la organización, pero también frente a terceros, a garantizar de manera explícita que ni a nivel nacional, ni en el extranjero se cometerán violaciones contra los derechos humanos.

En lo que concierne a las empresas subsidiarias y a los proveedores, deberían desarrollarse también normas relacionadas con el deber de obrar con la debida cautela. Aquí se hace necesaria

una discusión jurídico-política con respecto a cómo debería ser en realidad la gestión del riesgo. Esta discusión no debería ser exclusivamente sobre aspectos económicos, sino más bien estar motivada por un análisis integral de impacto con una orientación que incluya aspectos relacionados con los derechos humanos. Así mismo los estándares legales y las medidas que se contemplan en la gestión de riesgo no deberían enfocarse únicamente a la gestión de los proveedores, sino también incluir los sindicatos y los trabajadores de la empresa. La meta prioritaria de todas las medidas debe ser el apoyo a la conformación de los sindicatos. Razonables pueden ser también los mecanismos de reclamación que se puedan poner a disposición de las y los trabajadores para que éstos puedan expresar ellos mismos sus deseos al empleador a través de los procedimientos establecidos⁹⁴.

Con respecto al deber de cuidado “*Verkehrssicherungspflicht*” debe aclararse que una fuente de peligro originada por una actividad empresarial puede afectar también los derechos humanos de los trabajadores de la empresa y los de todas aquellas personas que directa o indirectamente pueden verse influenciadas por las actividades empresariales. Las empresas deben entonces controlar dichas fuentes de peligro y evitar las posibles lesiones.

◆ **Digresión**
Derecho de administración de justicia

También en los casos en que se habla del deber de obrar con la debida cautela o del deber de cuidado, es posible preguntarse, si es adecuado acudir al Reglamento Roma II, que en su forma actual regula la aplicación del derecho extranjero al momento de dictar resoluciones frente a pretensiones relacionadas con actos delictivos. Teniendo en cuenta que de acuerdo con el derecho alemán, en la mayoría de los casos se debe acudir al derecho extranjero, es difícil reconocer en las acciones de la casa matriz, que ésta realmente tiene que cumplir con la obligación de conducta y organización así como también con el deber de cuidado. Pero como las acciones empresariales en cuestión son originadas en Alemania, es posible decir que existe una cercanía muy grande con la legislación alemana.

d.
Procesos penales contra las empresas y sus trabajadores

Hasta el momento, el Derecho Penal Alemán contempla que es posible iniciar procesos penales contra los directivos de una empresa, únicamente cuando esto se hace de manera separada para cada una de las personas y cuando éstas, en el desarrollo de sus actividades dentro de la empresa hayan incurrido de manera relevante en violaciones a los derechos humanos. Pero de acuerdo con el Derecho Alemán no son responsables penalmente. La discusión acerca de la responsabilidad legal de las empresas ha sido

ya extensamente tratada: en un fallo del año 1954 la Corte Federal de Justicia negó que existiese responsabilidad penal de una persona jurídica porque esto entraría en discordancia con la concepción que tiene el Derecho Alemán en cuanto a la culpabilidad moral e individual. En su lugar fue incluida una norma alternativa en el artículo 30 de la Ley de Contravenciones al Orden Administrativo (*Ordnungswidrigkeitengesetz – OWiG*). Ésta permite la imposición de multas a las empresas cuando sus directivos cometen un delito que conlleve a que la empresa incumpla o viole sus deberes como sociedad o a que se enriquezca a través de dicho hecho delictivo.

Conclusión parcial

En lo que respecta al Derecho Penal de la Empresa (*Unternehmensstrafrechts*), se puede decir que Alemania ha tomado una posición aislada frente a los demás países europeos y extraeuropeos. De hecho existen recomendaciones del Consejo de Europa como también trabajos dogmáticos preliminares que apoyan la existencia de una penalización a las empresas. De igual manera existen diferentes actos jurídicos de la Unión Europea que apoyan el establecimiento de estándares mínimos en cuanto a las sanciones que se deben imponer a las empresas por fraude, soborno o lavado de dineros⁹⁵. Así mismo es importante mencionar que otros Estados europeos han incluido ya en los últimos años la penalización de las empresas, entre ellos se encuentran España (2010), Austria (2005) y Suiza (2003)⁹⁶.

Mientras existan dificultades para que se dé este desarrollo en Alemania, debería de todas formas reflexionarse sobre la posibilidad de ampliar las normas contenidas en la Ley de Contravenciones al Orden Administrativo (OWiG). Para ese fin serían posibles los siguientes principios:

Debería dársele la posibilidad a los afectados, de poder iniciar un proceso en el que se compruebe la infracción contra el Artículo 30 de la OWiG. Hasta ahora sólo las autoridades gubernamentales pueden iniciar un proceso (Artículo 47, párrafo 1, OWiG).

El espectro de posibles sanciones debería ampliarse. Un ejemplo podría ser el aviso y la advertencia a las empresas de las nuevas sanciones que podrían darse, por ejemplo, la exclusión en la entrega de ayudas gubernamentales, la imposición de pagos compensatorios, el que se divulgarán públicamente las decisiones que se tomen sobre las infracciones contra la OWiG, que se podrán limitar las actividades empresariales y como última medida, que podría haber lugar a la disolución de la persona jurídica⁹⁸.

También sería posible una ampliación de los procesos públicos como un punto de partida para la imposición de multas; al respecto, podrían por ejemplo, establecerse audiencias públicas para las empresas (hasta el momento sólo se le da la posibilidad a la empresa de tomar una determinada posición al respecto, artículo 55 de la OWiG).

Sin embargo una solución de éstas puede verse únicamente como una medida provisoria, ya que el objetivo de prevención (general y especial) de la pena posee una legitimidad especial en los temas conciernientes a las violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas. A través de una penalización puramente administrativa de este tipo de delitos y sin la aplicación del principio de diligencia para mejor prever contenida en el Derecho Penal, no se podrá alcanzar este objetivo de una manera satisfactoria.

3. Obstáculos prácticos

a. Desigualdad entre los adversarios jurídicos

En los casos aquí discutidos pueden convertirse en posibles demandantes aquellas partes de la sociedad que viven en condiciones de pobreza. Por lo general estas personas tienen un nivel de escolaridad muy bajo y recursos muy limitados como para que ellos puedan acarrear por sí mismos toda la inversión en dinero que implica una investigación estratégica de los hechos. A parte de esto, durante el proceso se generarán nuevos costos; en el caso de los demandantes extraeuropeos estos costos adicionales se empiezan a generar desde el momento mismo en el que se entrega como tal la demanda civil. A decir

verdad la asistencia judicial gratuita no es del todo excluyente con las partes demandantes extranjeras, sin embargo existe el riesgo que en el caso de un desenlace negativo de la demanda, los costos sean cargados en su contra. Adicional a éste, existe otro problema de costos, en especial para aquellos demandantes extraeuropeos. Este se da porque el demandado puede solicitar desde antes de iniciar en forma el proceso, que el demandante garantice que podrá cubrir los costos del proceso. El monto depende de lo que se prevea que el demandado debe gastar para la demanda. Para estos casos no existen excepciones por debilidad económica de la parte demandante. De hecho en los casos en los que los afectados pueden vencer este obstáculo de costos, existe el problema que en el Derecho Civil Alemán, no se permiten las demandas colectivas.

Así mismo es importante señalar que es imposible que en los casos aquí descritos se puedan entregar cientos de demandas individuales ya que esto sobrepasaría toda la capacidad financiera. De igual manera no sería posible que los bufetes de abogados alemanes puedan defender más de un demandante, ya que este tipo de procesos encierran en sí un riesgo muy alto. Por esta razón las comunidades rurales y los demás grupos de afectados siempre se ven enfrentados al reto de decidirse por algunos pocos demandantes y luego aclarar la controversial pregunta de cómo actuar frente a los pagos indemnizatorios en caso de que las demandas sean decididas a favor de ellos.



Niños ecuatorianos frente a un oleoducto destrozado que se encuentra muy cerca de su casa.

Conclusión parcial

Para que el riesgo de enfrentarse a costos elevados durante el proceso, no haga que sea prácticamente imposible que los afectados por violaciones a los derechos humanos puedan demandar y para permitir que éstos tengan acceso efectivo a la justicia, deberían abrirse nuevas posibilidades procesales que hagan posible un ajuste del valor de la demanda. Así mismo debería ser posible prescindir de la obligación de garantizar el cubrimiento de los costos del proceso antes de que sean determinados los costos reales de éste¹⁰⁰.

Con respecto a los elevados costos que se pueden generar durante un proceso civil, existen normas individuales que le permiten al juzgado reducir la cuantía del litigio (así también indirectamente los costos) cuando una de las partes puede verse seriamente afectada por los costos de dicho proceso¹⁰¹. El transfondo de dicha norma es que las demandas, por lo menos aquéllas que defienden intereses públicos, posean un interés jurídicamente protegido que no puede ser limitado por la debilidad financiera de una de las partes demandantes. Como interés público se entiende también la protección de los derechos humanos.

b.

Obtención de los medios probatorios

El hecho de que al interior de las empresas existan procesos organizacionales y técnicos bastante complejos, hace que para los afectados por injusticias cometidas por las empresas, resulte muy difícil reconstruir y comprobar el desarrollo que tuvo lo ocurrido, que es en últimas lo que se necesita para demostrar que sí existe relación de causalidad en la responsabilidad que se pretende demostrar. Justamente en los temas relacionados con los perjuicios a la salud, ocasionados por la contaminación del medio ambiente, resulta muy difícil

argumentar la responsabilidad, ya que en muchos casos los perjuicios se reflejan sólo a largo plazo. Como si eso fuera poco, los afectados no tienen, en la mayoría de los casos, los recursos necesarios para poder contratar un peritaje que sea reconocido internacionalmente; por el contrario, a las empresas en cuestión les queda mucho más fácil tener un peritaje contrario, ya que tienen a sus disposición los medios necesarios para tal fin. Queda claro entonces, que la sola recolección de pruebas requiere ya de una importante cantidad de recursos financieros.

La exigencia de pruebas requerida por el Código de Procedimiento Civil Alemán es bastante alta. El demandante debe básicamente demostrar todos los hechos sobre los cuales se basa su reclamación. A diferencia de otros países europeos, en Alemania no es posible hacer uso del procedimiento de obtención y desahogo de pruebas conocido como (*pre-trial discovery*), donde el juicio o trial comienza formalmente hasta después de concluido el *discovery* y consiste en la etapa procesal en donde los hechos y las pruebas se le presentan a quien determina los hechos, que puede ser un jurado de ciudadanos o en su defecto el juez ¹⁰². De esta manera se les permite a los posibles demandantes valorar si los hechos que se quieren presentar son suficientes para tener éxito en el proceso. Así se descongestionan los juzgados y se ahorran costos.

En los casos en los que las empresas violan en el extranjero los derechos humanos, los casos de restitución se vuelven un poco más complejos. En este sentido sería conveniente una adaptación del Código de Procedimiento Civil para estos casos. Esto podría significar un aligeramiento en el rigor probatorio o la reversión en la carga de la prueba, como ya se ha podido ver en otras ramas del derecho, tales como en la responsabilidad médica o la responsabilidad por los productos¹⁰³. Estas dos normas toman en consideración que tanto para los pacientes, como para los consumidores de productos masivos sería muy complicado poder comprobar la culpabilidad de la otra parte implicada¹⁰⁴. Esta situación se presenta de manera similar en los casos en los que las empresas incurrir en violaciones de los derechos humanos fuera de su país de origen.

72 Ver: Volker Epping, in: Knut Ipsen, «Völkerrecht», 2004, Sección 7, Parráfo 38 y siguientes.

73 Ver: Volker Epping, in: Knut Ipsen, «Völkerrecht», 2004, Sección 7, Parráfo 1.

74 Ver: Rosalyn Higgins, «Problems and Process – International Law and How We Use It», Oxford 1994, página 50 y siguientes; Andrew Clapham, «Human Rights Obligations of Non-state Actors», Oxford 2006.

75 Para ver descripciones e indicaciones adicionales de los procedimientos se puede consultar el ejemplo de una queja contenida en: ECCHR, «Kinderarbeit in der usbekischen Baumwollproduktion und die Verantwortung europäischer Unternehmen» Berlin 2010, página 17 y siguientes.

76 Por eso de acuerdo con la sección 23 del Código de Procedimiento Civil Alemán los juzgados alemanes también tienen competencia con respecto a

aspectos relacionados con el derecho patrimonial cuando la persona contra la que recae la demanda no vive en Alemania pero sus patrimonio se encuentra en territorio alemán. La nacionalidad del demandante así como la del demandado son de acuerdo con la sección 23 totalmente irrelevantes. Heinz Thomas/Hans Putzo, 3. «ZPO Kommentar», 28 edición., 2007, sección 23, párrafo 2; Heimo Schack, «Internationales Zivilverfahrensrecht», 5a edición, 2010, página. 131; la sección 23 también tiene efectos sobre las personas jurídicas, o sea sobre las empresas. Para las empresas esto significa que los juzgados alemanes también tienen competencia para resolver demandas contra empresas que aunque no tengan su casa matriz o sucursales en Alemania sí tengan valores patrimoniales allí. Heinz Thomas, Hans Putzo, «Zivilprozessordnung», 28a edición, párrafo 2.

77 Curiosamente la presión de parte de las organizaciones de la sociedad civil ha logrado que algunas empresas

reconozcan que en el marco de su RSE ellos comparten la responsabilidad de sus proveedores con respecto a temas laborales.

78 Ver: Herbert Tröndle/Thomas Fischer, «Strafgesetzbuch und Nebengesetze», 2007, antes de la sección 324, párrafos 4, 6 y siguientes; Kimmo Nuoto, «Crimes against the Environment, International Review of Penal Law No. 65», 1994, páginas 923-945.

79 Esto resulta de la sección 153C del Código de Procedimiento Penal Alemán.

80 Ver: Wolfgang Kaleck, «From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008», en: Michigan Journal of International Law, Vol. 30, No.3, primavera 2009, páginas 951-953.

81 Comparar por ejemplo el Art. 42 del Estatuto Español de los Trabajadores, conforme también con el Real Decreto Legislativo 1/1995 del 24 de marzo de 1995 o el Art. 13 al

15 de la Ley Federal del Trabajo del 1 de abril de 1970.

82 Ver: Christiane Gerstetter, Alexander Kamieth, "Unternehmensverantwortung", Berlin 2010, página. 16 y siguientes

83 Estos se pueden entender desde el punto de vista de los derechos humanos como violaciones al derecho a la alimentación, al agua y a una vivienda digna, así como también el derecho al trabajo y también los llamados derechos culturales.

84 Ver: Palandt, «Kommentar zum BGB», 65a Edición., 2006, sección 249, parágrafo 7 y siguientes.

85 Comprende los intereses de compensación material e inmaterial. Aquí rige de manera limitada el Artículo 251 del Código Civil Alemán (Bürgerliche Gesetzbuch-BGB). En los casos en los que la restitución natural no es posible o cuando ésta es desproporcionadamente costosa para el perjudicante, la compensación por daños y perjuicios está limitada a una indemnización de carácter financiero. Una limitante adicional se puede encontrar en el artículo 253, parágrafo 1 del mismo código, en donde se menciona que puede existir una compensación monetaria por daños y perjuicios inmateriales sólo en los casos contemplados en el artículo 253, parágrafo 2: violaciones contra el cuerpo, la salud, la libertad o la autodeterminación sexual; esta norma es interpretada muy detenidamente por la jurisprudencia para que así no se amplíe la relación existente entre la norma y las excepciones que para ésta se contemplan. La jurisprudencia exige la construcción de un estado equivalente y similar. Al respecto comparar con: Oetker, en: "Münchener Kommentar zum BGB", 5a edición, 2007, sección 249, parágrafo 313 y siguientes.

86 "Generalmente en lo que respecta a los derechos humanos, se puede decir que éstos no han sido protegidos a cabali-

dad, sin embargo el tener normas muy detalladas tampoco es una solución realmente satisfactoria. Esto abriría la posibilidad de que se sobrecargue el contenido de la ley y que se corra el peligro de que se ignoren detalles importantes, lo que luego permitiría que se saque provecho de los vacíos de ley. En ese sentido se hace importante determinar cuidadosamente, qué derechos humanos deberían ser incluidos en un posible catálogo de obligaciones y cuáles no". Antje Hennings "Über das Verhältnis von Multinationalen Unternehmen zu Menschenrechten. Eine Bestandsaufnahme aus juristischer Perspektive", Göttingen 2009, página 183.

87 Ver: Volker Emmerich, Matthias Habersack, 3. "Konzernrecht", München 2005, S. 274; Marco Mansdörfer, Sven Timmerbeil, "WM 2004", página 363.

88 Ver: de esta manera los accionistas o socios no deben responder por las obligaciones de la sociedad, comparar: Artículo 1, parágrafo 1 de la Ley Alemana de Sociedades Anónimas por sus siglas en alemán AktG y Artículo 13, parágrafo 2 de la Ley Alemana de Sociedades de Responsabilidad Limitada por sus siglas en alemán GmbHG. Esto significa que aunque la casa matriz sea propietaria de todas las acciones de la empresa subsidiaria o tenga participación en ella no sería responsable por las obligaciones de ésta.

89 Una visión general no concluyente: en el caso de los llamados consorcios en los que también hay un contrato de dominación, entonces la empresa dominante debe equilibrar las pérdidas de la empresa dominada (Artículo 302 de la Ley AktG). Un acreedor de la empresa subsidiaria puede exigir entonces la compensación de su pérdida ante la casa matriz por medios coactivos que contemplan el embargo. En caso que la empresa dominante en un grupo empresarial de facto haya ocasionado desventajas concretas por su intervención,

entonces ésta debe compensar a las empresas subsidiarias (Artículo 311 parágrafo 1,-317 de la Ley AktG). También se contempla la obligación de indemnizar tanto a la empresa subsidiaria como también a los accionistas de ésta. Si la empresa subsidiaria ha sido incorporada a la empresa dominante (Artículo 319 y siguientes de la Ley AktG), entonces la sociedad principal tiene un poder ilimitado de influenciar la sociedad incorporada. Así mismo es responsable frente a los acreedores ya que, de acuerdo con el Artículo 322 de la Ley AktG, es responsable por todas las deudas de la empresa incorporada.

90 Ver: Peter Böckli, "Schweizer Aktienrecht", Zürich, 3a edición., 2005, Artículo 11 Rz. 457; para Canada: Lars Kolks, "Die Durchgriffshaftung im deutschen und kanadischen Recht der Kapitalgesellschaften", Munich 2004, página 345; para Francia Martin Wolf, "Konzernhaftung in Frankreich und England", 1995, página 22 y siguientes.

91 Ver la decisión de la Corte Federal de Justicia Alemana por sus siglas en alemán (BGHZ), 109, 297 "Baustoff", en la protección de los derechos e intereses absolutos de una sociedad limitada pueden los gerentes incumplir, en el marco de las tareas organizacionales asignadas a ellos, sus deberes y con esto cometer hechos delictivos en los que se les imputa que tienen responsabilidad jurídica propia. Ver también: Roderich Thümmel, "Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten", Baden-Baden, 1996, parágrafo 272.

93 Ver: "European Coalition for Corporate Justice, Fair Law: Legal Proposals to Improve Corporate Accountability for Environmental and Human Rights Abuses", 2009.

92 Ver también: Roderich Thümmel, "Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten", Baden-Baden, 1996, parágrafo 640

94 Ese nivel individual no puede ser en ningún caso reemplazado ni limitado por las organizaciones sindicales ni por las negociaciones colectivas.

95 Comparar con: Vgl. Rogall, in: "Karlsruher Kommentar zum OWiG", 3a edición, 2006, artículo 30, párrafo 250 y siguientes.

96 La penalización de las empresas existe en los siguientes estados miembros de la UE: Bélgica (1999), Dinamarca (1996), Inglaterra (common law), Finlandia (1995), Francia (1992), Holanda (1976), Noruega y Austria (2005), Polonia (2003), Suiza (2003), España (2010).

97 Hasta ahora sólo se les informa a las empresas acerca de las decisiones (Artículo 50, OWiG).

98 Comparar con: Artículo 50, OWiG, párrafo. 112. Al respecto, la Comisión-BMJ del año 2000 consideró conveniente que sean ampliadas las opciones sancionatorias que contempla la OWiG.

99 Ver: Artículo 110 párrafos 1 al 112, 2 del Código de Procedimiento Civil Alemán por sus siglas en alemán ZPO.

100 Sería recomendable llevar a cabo una flexibilización de la obligación estricta de garantizar el cubrimiento de los costos del proceso antes de que sean determinados los costos reales de éste de acuerdo con el modelo del Artículo 110 del Código de Procedimiento Civil, por sus siglas en alemán ZPO, del artículo 62, párrafo 1 de la Ley Tribunal del Trabajo por sus siglas en alemán ArbGG o también de acuerdo con el modelo del Artículo 710 del ZPO. Para aquellas ejecuciones de sentencias civiles que se encuentran en una etapa preliminar existe una exoneración de este deber cuando los demandantes no están en la posibilidad de garantizar dicha seguridad, o cuando los haga atravesar por grandes dificultades

(Artículo 710 ZPO). Esta excepción se ha convertido ya en una regla en la ley laboral. De acuerdo con el Artículo 62, párrafo 1 de la ArbGG una sentencia se puede ejecutar sin que se obligue a cumplir con ese deber, ya que se parte del hecho que la mayoría de los demandantes son trabajadoras o trabajadores que son en principio más débiles que el demandado, que en este caso es el empleador. En ambos casos obligar a las personas a que cumplan con el deber arriba mencionado podría significar que los demandantes podrían hacer valer sus derechos sólo en muy pocos casos. Lo que no es muy claro es, por qué se tiene en cuenta la debilidad del demandante sólo en la ArbGG y no en la ZPO.

101 En el Artículo 12, párrafo 4 de la Ley alemana contra la competencia desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) se contempla una disminución de los costos del proceso en los casos en los que dichos costos podrían perjudicar a una de las partes involucradas pues de acuerdo con su capital y comportamiento de ingresos no parece ser posible para dicha empresa soportarlos. En estos casos se trata de demandas contra la competencia desleal que buscan proteger los intereses generales de los usuarios y el libre mercado.

102 Para el derecho holandés ver: Marieke van Hooijdonk, Peter Eijssvoegel, "Litigation in the Netherlands: Civil Procedure, Arbitration and Administrative Litigation, The Hague", 2009; una visión general sobre el derecho británico se puede encontrar en: Alexander J. Black, "Pretrial Discovery in Scotland, England and Canada", in: Netherlands International Law Review, 1992, páginas 267-290.

103 Ver: Jörg Fastenrath, "Arzthaftpflichtprozess und Beweislast", Munich 1989.

104 Con frecuencia se habla del ejemplo de las "tijeras en el estómago del paciente quien despierta de la anestesia y

obviamente no puede reconstruir con facilidad el desarrollo de la operación, ni tampoco comprobar quién es el culpable de que le hayan dejado las tijeras en su estómago".

V. Propuestas de reforma



¿Qué futuro puede esperar este niño de una comunidad indígena del Brasil?

Como se indicó en este estudio, hay situaciones típicas en las que las empresas pueden estar involucradas en graves violaciones de los derechos humanos. En Latinoamérica se presentan, en particular, la destrucción de los medios de subsistencia por parte de las industrias extractivas y proyectos de infraestructura, la privatización de los servicios de interés público y los abusos de los derechos laborales en la industria textil y electrónica, así como también en la agricultura. En casi todos los casos en que los grupos de población afectados se organizan y toman medidas pacíficas contra las actividades de una empresa, los líderes de dichas protestas sociales son criminalizados o perseguidos masivamente, incluso de forma violenta. Aunque en estas situaciones complejas, la responsabilidad individual por parte de las empresas no siempre se distingue claramente de la que tienen otros actores estatales y paramilitares, no se les debe eximir de la responsabilidad.

Las empresas ya se encuentran ligadas a la legislación nacional de los países anfitriones y también de los países donde se encuentran ubicadas sus casa matrices, así como también a los estándares internacionales *Soft-Law*.

De igual manera es importante mencionar que la discusión acerca del compromiso de las empresas con los derechos humanos se encuentra en progreso. Sin embargo hacen falta instrumentos efectivos, que permitan evitar las violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas, mejor dicho, instrumentos que permitan la reparación de las víctimas. Tanto la situación legal como también la aplicación de las leyes existentes es una problemática a la que hay que enfrentarse tanto en los países anfitriones como en los países donde se encuentran las casas matrices. Las iniciativas actuales de responsabilidad social de las empresas son bienvenidas, sin embargo éstas no podrán, por sí solas, cumplir con los retos actuales con respecto a los derechos humanos. El Gobierno Federal Alemán ha establecido como meta de su cooperación para el desarrollo, el fomento de los derechos humanos, pero al mismo tiempo limita con sus políticas de comercio exterior el fortalecimiento jurídico-estatal de las estructuras regulatorias y sancionatorias de los países anfitriones. Por esa razón el Gobierno Federal Alemán, así como también otros Estados miembros de la unión Europea tienen la responsabilidad de poner instrumentos efectivos a disposición de los afectados por violaciones de los derechos humanos. En los intercambios con sus cooperantes en Asia, África y Latinoamérica, se les solicita una y otra vez a Misereor y a Pan para el Mundo que intercedan “en casa” para que Alemania y la Unión Europea se responsabilicen y den buen ejemplo.

A partir de los análisis hechos aquí sobre la situación legal en Alemania resultan las siguientes recomendaciones de reforma. Éstas tienen en algunos casos un gran alcance, podrían significar la intervención en los principios jurídicos y por ende ocasionar algunas dificultades durante su aplicación. Considerando también los retos relacionados con los derechos humanos, es igualmente pertinente ver más allá del horizonte jurídico actual y reflexionar acerca de las posibles reformas jurídicas que se podrían realizar.

1.

Obligación de presentar informes

Debería introducirse la obligación de presentar informes acerca del manejo que se le da a los riesgos relacionados con los derechos humanos. Esta obligación podría incluir también el deber de publicación. Así las empresas estarían obligadas a publicar información y datos relevantes en los casos en los que las entidades estatales o miembros de la sociedad civil los soliciten.

2.

Jurisdicción

En casos en los que una empresa alemana o sus empresas subsidiarias incurran en violaciones graves contra los derechos laborales o produzcan graves daños contra el medio ambiente, debería haber competencia de un tribunal alemán para resolver los casos.

3.

Derecho de administración de justicia - Roma II

El actual derecho de administración de justicia contemplado por el Reglamento Roma II debería complementarse, en casos de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas europeas, con derecho de elegir para el demandante.

4.

a) Fundamentos de pretensión

Los fundamentos de pretensión para el resarcimiento por daños y perjuicios contemplados en el Derecho Delictivo (*Deliktrecht*) deben contemplar “la protección a los medios de subsistencia” y las “condiciones laborales adecuadas”.

b) Derecho de siniestros

El Derecho de Siniestros alemán (*Schadenrecht*) debería ampliarse y contemplar más ampliamente los perjuicios inmateriales, así como también las formas no pecuniarias de indemnización.

5.

Reglas de responsabilidad jurídica.

(Imputación jurídica de responsabilidad / Principio de obrar con la debida cautela)

Debería incluirse el principio de transferencia directa de responsabilidad de la casa matriz por violaciones a los derechos humanos que hayan cometido sus empresas subsidiarias. De igual manera los deberes de obrar con la debida cautela o el deber de cuidado deberían ser ampliados para cobijar las situaciones en las que se encuentran en riesgo los derechos humanos.

6.

Derecho Penal

De igual manera debería incluirse el concepto de responsabilidad penal de las empresas y ampliar las posibilidades que se tienen actualmente de sancionar, para que en el marco de la Ley de Contravenciones e Infraccio-

nes (*Ordnungswidrigkeitengesetzes*) se sancionen los delitos que los trabajadores cometen con el fin de beneficiar a su empresa. Además debería crearse alguna opción para que los afectados puedan hacer uso efectivo de lo contemplado en la Ley de Contravenciones e Infracciones.

7.

Costos

Teniendo en cuenta la obligación que tienen los demandantes de garantizar el cubrimiento de los costos del proceso, se debería crear una opción para que, en los casos relacionados con demandas civiles, se pueda tener en cuenta la debilidad económica de una de las partes en el momento de fijar el valor de la demanda.

8.

Exigencia de pruebas y solicitud de información

En casos en los que existan violaciones de los derechos humanos también deberían incluirse mecanismos de aligeramiento en el rigor probatorio y de la reversión en la carga de la prueba. En ese sentido el Código de Procedimiento Civil debería contemplar algunos procedimientos que se contemplan ya en otras ramas del derecho.

Autoras: Dra. Miriam Saage-Maaß y Claudia Müller-Hoff, LL.M.
European Center for Constitutional and Human Rights e.V. (ECCHR)
Zossener Str. 55-58, Aufgang D
D-10961 Berlin

Editor:

Pan para el Mundo
Staffenbergstraße 76
D-70184 Stuttgart

Misereor
Mozartstraße 9
D-52064 Aachen

Las autoras agradecen a Yvonne Veith, Robert Grabosch y Thomas M. Schmidt por su colaboración en la investigación de los planteamientos jurídicos de los problemas. También a Wolfgang Kaleck, Elisabeth Strohscheidt y Martin Quack por su estímulo crítico

Dirección Artística: Mario Lombardo, BUREAU Mario Lombardo
Diseño: Timm Häneke, BUREAU Mario Lombardo
www.mariolombardo.com
Impresión de la versión en alemán: Druckerei Voegelé

Traducción al español:
Mónica Gutiérrez Fernández
Ediciones Ántropos Ltda.
www.edicionesantropos.com

Diagramación de la edición en español:
Ediciones Ántropos Ltda.



EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL
AND HUMAN RIGHTS e.V.

MISEREOR
IHR HILFSWERK

Brot
für die Welt

Fotografías

Katrin Ansel
Misereor
Pág. 6, Pág. 10, Pág. 20, Pág. 24,
Pág. 43, Pág. 55

Ernst Klahsen
Misereor
Portada, Pág. 12

Miriam Leuze
Misereor
Pág. 15

Susanne Friess
Misereor
Pág. 18

Stefan Offeringer
Misereor
Pág. 19

Claudio Moser
Misereor
Pág. 30, Pág. 31, Pág. 51