

TOMO 4

Empresas transnacionales ante los tribunales

Sobre la amenaza a los derechos humanos causada
por empresas europeas en América Latina

Estudio de Wolfgang Kaleck y Miriam Saage-Maaß



EMPRESAS TRANSNACIONALES ANTE LOS TRIBUNALES

Ambos autores, Wolfgang Kaleck y la Dra. Miriam Saage-Maaß trabajan como juristas en el European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR) en Berlín.



Esta publicación fue elaborada en el marco del proyecto de cooperación Comercio – Desarrollo – Derechos Humanos II de la Fundación Heinrich Böll, del Centro de Investigación y Documentación Chile Latinoamérica (FDCL) y del Transnational Institute (TNI).



Esta publicación recibió recursos de la Unión Europea. La responsabilidad de las opiniones vertidas en ella es exclusivamente de los autores.

Empresas transnacionales ante los tribunales
Sobre la amenaza a los derechos humanos causada por empresas europeas en América Latina
Tomo 4 de la serie Documentos sobre la democracia
Estudio de Wolfgang Kaleck y Miriam Saage-Maaß

Editado por la Fundación Heinrich Böll

© Fundación Heinrich Böll 2009

Reservados todos los derechos

Concepción: Sven Hilbig

Traducción: Gerold Schmidt, Iciar Oquiñena

Heinrich-Böll-Stiftung, Schumannstr. 8, 10117 Berlin

T +49 30 28534-0 **F** +49 30 28534-109 **E** info@boell.de **W** www.boell.de

HEINRICH BÖLL STIFTUNG
DOCUMENTOS SOBRE LA DEMOCRACIA
TOMO 4

Empresas transnacionales ante los tribunales

Sobre la amenaza a los derechos humanos causada por empresas europeas en América Latina

Estudio de Wolfgang Kaleck y Miriam Saage-Maaß

Encargado y editado por la Fundación Heinrich Böll

ÍNDICE

| | |
|---|-----|
| Prólogo | 7 |
| Introducción | |
| La amenaza a los derechos humanos debida a estructuras económicas globalizadas y liberalizadas | 9 |
| Capítulo Uno | |
| Fundamentos para la protección de los derechos humanos en casos de violaciones por parte de empresas transnacionales | 13 |
| I Introducción a la problemática jurídica fundamental | 13 |
| II Empresas transnacionales (ETN) | 15 |
| III La Vinculación de las empresas transnacionales al derecho nacional | 15 |
| IV La Vinculación de las empresas transnacionales al derecho internacional | 20 |
| V Disposiciones tipo «softlaw» | 28 |
| VI Códigos de conducta voluntarios – el Pacto Mundial | 32 |
| VII Resultado intermedio: responsabilidad directa limitada de las ETN según el derecho internacional | 34 |
| VIII La responsabilidad de los Estados ante las violaciones de derechos humanos cometidas por parte actores privados | 35 |
| IX Obligaciones de protección del Estado según las disposiciones sobre derechos humanos | 38 |
| X Resultado | 50 |
| Capítulo Dos | |
| Estudios de caso | 52 |
| I Botnia vs Uruguay | 52 |
| II El proceso ante la OMC Unión Europea contra Brasil | 74 |
| III Syngenta contra Brasil | 87 |
| IV Empresas de confección en Argentina | 103 |
| Conclusiones | |
| Derecho democrático como requisito para sociedades justas | 116 |

PRÓLOGO

Si bien los derechos humanos tienen validez universal, su aplicación e instrumentación universal siguen encontrando fuertes limitaciones, incluso a 60 años de la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Aún así, un logro parcial fueron los avances en el ámbito de la jurisdicción penal. Así, en 1988 se creó la Corte Penal Internacional permanente para facilitar la sanción de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad a escala mundial.

No obstante, como en el pasado hoy sigue habiendo pocas posibilidades de responsabilizar a actores privados y consorcios transnacionales por violaciones cometidas en el extranjero en contra de los derechos humanos. Los instrumentos que a la fecha se han creado para obligar a que las empresas cumplan con los derechos humanos y respeten estándares sociales y ambientales se basan en el compromiso voluntario y no son adecuados en caso de conflictos porque los afectados no disponen de mecanismos para ejercer control e imponer el respeto a sus derechos. Hoy en día, en América Latina la inversión extranjera directa constituye la fuente de financiamiento externo más importante. Lamentablemente muchas veces las actividades empresariales implican el riesgo de violación de los derechos humanos.

El diseño político de la globalización es uno de los grandes retos de este siglo, un reto que asume también la Fundación Heinrich Böll. En el marco del proyecto «UE – MERCOSUR: Comercio, Desarrollo, Derechos Humanos» nos ocupamos de los acuerdos de libre comercio y asociación entre la Unión Europea y países o grupos de países de América Latina. En el centro de nuestras preocupaciones se ubica la pregunta, qué impacto tiene la política europea de libre comercio en las condiciones de vida —ecológicas, sociales y económicas— de la población latinoamericana. En este contexto es evidente que en su política de economía exterior la Unión Europea da prioridad a sus intereses comerciales, por encima de los principios de desarrollo sustentable y respeto a los derechos humanos. De acuerdo al nuevo documento estratégico «Global Europe – Competing in the World», que presentó en octubre de 2006 el Comisario de Comercio de la UE, Peter Mandelson, una nueva generación de amplios acuerdos bilaterales debe asegurar ante todo los intereses de los consorcios europeos en el extranjero, para fortalecer su posición en la carrera internacional para conseguir ventajas en términos de ubicación y competencia.

Durante la 5ª Cumbre de los Jefes de Estado y Gobierno de la UE, Latinoamérica y el Caribe, que se celebra en mayo de 2008 en Lima (Perú), se llevarán a cabo las respectivas negociaciones con la Comunidad Andina, América Central y el MERCOSUR. Es de temer que la tan aludida coherencia social de la política comercial y de inversiones de la Unión Europea se limite, una vez más, a la toma de posturas oficiales sin que se llegue a la práctica.

Con este telón de fondo y en vísperas de la Cumbre UE-Latinoamérica, la Fundación Heinrich Böll encargó el presente estudio, en el cual, después de analizar las posibilidades jurídicas de responsabilizar a las empresas europeas transnacionales

que han cometido violaciones de derechos humanos fuera de Europa, los autores estudian cuatro procesos ejemplares contra empresas europeas en América Latina, donde se abordan problemas típicos en la región.

En el pasado, la confrontación entre sociedad civil y empresas que actúan a escala mundial se realizó sobre todo en el campo político mediante campañas o en el marco de tribunales políticos. El presente estudio coloca el derecho al esclarecimiento y al castigo de violaciones de derechos humanos en el centro del debate, contribuyendo así de forma importante a comprender tanto las oportunidades como los límites de la actual justiciabilidad transnacional de los derechos humanos. La juridificación transnacional es una aportación esencial para el establecimiento de una Gobernanza Mundial.

El estudio muestra además que las violaciones de derechos humanos y la destrucción ambiental en América Latina, en las cuales participan consorcios europeos, adquieren una dimensión menos dramática en comparación con la que encontramos hoy en día en África y Asia. A nuestro juicio esto se debe a que, por un lado, en los Estados latinoamericanos democratizados existe una legislación avanzada y a que, por otro, se han formado sociedades civiles que hacen uso de las opciones jurídicas que tienen a su disposición para el control frecuente y eficaz de las estrategias empresariales.

Fortalecer la sociedad civil y construir sustentablemente la globalización forma parte de los ejes centrales que impulsan el trabajo de la Fundación Heinrich Böll. Desde hace muchos años, a través de sus oficinas en México, El Salvador, Rio de Janeiro y desde principios de 2008 en Chile, la Fundación tiene un compromiso con la región latinoamericana y, en cooperación con organizaciones no gubernamentales y movimientos sociales, promueve el monitoreo y cabildeo por parte de la sociedad civil de la política y la economía. Ello incluye como componente permanente el análisis crítico de las relaciones comerciales y de las actividades empresariales.

Finalmente queremos agradecerles a los dos autores su buena colaboración.

Berlín, marzo de 2008

Sven Hilbig
Coordinador del Proyecto UE-MERCOSUR
Fundación Heinrich Böll

Annette von Schönfeld
Directora regional Latinoamérica
Fundación Heinrich Böll

INTRODUCCIÓN

La amenaza a los derechos humanos debida a estructuras económicas globalizadas y liberalizadas

Debido a la globalización de las estructuras económicas las actividades de empresas europeas, norteamericanas y asiáticas se han expandido con mayor intensidad hacia los países del sur. Lo que en un principio los promotores de este proceso consideraron una oportunidad para conseguir mejoras económicas, políticas y sociales, pronto mostró sus inconvenientes:¹ diferencias sociales crecientes, ganancias ascendentes de las empresas junto a salarios reales descendientes y un mayor desempleo en los países del norte, un cambio radical de las estructuras sociales, pauperización, problemas ambientales descomunales y ausencia de auge económico para una gran parte de la población en los países del sur.²

En este contexto el sector privado de la economía adquiere una función cada vez más dominante, al tiempo que las posibilidades de influencia del Estado disminuyen.³ En efecto, las empresas transnacionales no sólo determinan con sus decisiones sobre emplazamiento y producción las condiciones de vida en muchos países del hemisferio sur, sino que también adquieren creciente importancia en la estructura de las relaciones políticas y económicas internacionales. El volumen de ventas de las empresas más grandes supera el PIB (producto interno bruto) de muchos Estados; ocupando así una posición cada vez más fuerte ante los Estados nacionales, lo cual les permite participar en grado considerable en las decisiones sobre las condiciones de vida políticas, sociales y culturales. Asimismo, las empresas transnacionales frecuentemente son responsables directas, o por lo menos indirectas, de la violación de derechos humanos políticos, económicos, sociales y culturales, y de la destrucción del medio ambiente. Tanto que en los últimos decenios muchos casos fueron objeto de la crítica pública y de procedimientos judiciales: entre ellos cabe citar las catástrofes ambientales causadas por Union Carbide en Bhopal (India) y por Trafi-

- 1 Joseph Stiglitz, *Die Chancen der Globalisierung* (Las oportunidades de la globalización), Bonn 2006, p. 25 ss.
- 2 Véase, por un lado, el informe final de la comisión investigadora del parlamento federal alemán sobre «Globalización de la economía mundial», Berlín 2002 y, por otro, la destacada crítica de este proceso, Naomi Klein, *No Logo*, Munich 2005.
- 3 Una breve introducción a la problemática de la modificación de las funciones del Estado se ofrece en: Jost Delbrück, *Das Staatsbild im Zeitalter der Globalisierung* (La imagen del Estado en la época de la globalización) en: *Arbeitspapiere aus dem Institut für Wirtschaftsrecht*, ed. por Christian Tietje, Gerhard Kraft 3/2002., Sobre el papel crecientemente político de las empresas multinacionales, véase Peter Muchlinski, *Global Bukowina Examined* en: Teubner (comp.), *Global Law Without a State*, 1997, p.1 (33 s.)

gura en la Costa de Marfil, la explotación mediante trabajos forzados de numerosos trabajadores en Birmania por Unocal y Total, y el financiamiento de las guerras civiles en Liberia y Sierra Leona a través del comercio con diamantes ensangrentados.

Como se evidenciará en la parte general de este estudio, a la fecha los sistemas jurídicos internacionales y nacionales no parecen considerar suficientemente el peligro que representan las empresas transnacionales para la protección de los derechos humanos. Los órdenes jurídicos de los «hoststates» (países huésped, donde actúan las empresas) y de los «homestates» (países de origen o de sede de las empresas) solamente disponen de instrumentos incompletos para controlar y sancionar la conducta de las empresas transnacionales. El orden jurídico internacional sólo puede subsanar parcialmente esta carencia. Algunos instrumentos son realmente normas tipo «soft law», (literal: ley blanda) no vinculantes (como las directrices de la OCDE y normas de la OIT). Si bien en los decenios pasados se han establecido compromisos voluntarios (el Pacto Mundial y códigos de conducta, entre otros), al mismo tiempo les falta —*qua definitionem*— carácter obligatorio y su efecto es controvertido. Por tanto, la cuestión referente a la responsabilidad que tienen los Estados ante las violaciones de derechos humanos que cometen las empresas privadas adquiere una importancia crucial, pues ofrece un punto de partida adicional en la protección de los derechos humanos. Es decir, de la responsabilidad del Estado sede de la empresa puede resultar una obligación (eventualmente exigible) de controlar las actividades de la empresa y de aplicación extraterritorial del derecho.

Aunque la responsabilidad del Estado con respecto a la acción privada y la obligación de aplicar extraterritorialmente el derecho son cuestionadas y vistas con escepticismo por parte de la bibliografía y jurisprudencia en derecho internacional, al mismo tiempo hay una serie de puntos de partida que indican la existencia de tal obligación de los Estados. La situación jurídica del derecho internacional se encuentra en movimiento y ofrece por tanto perspectivas a futuro para la expansión de la protección universal de los derechos humanos. Puesto que a través de una mayor intervención se puede obligar a los Estados en su mayoría noroccidentales, en los que tienen sus sedes las empresas transnacionales, a proteger más los derechos humanos contra violaciones de estas empresas y, dado el caso, por la vía judicial.

El estudio aquí presentado se realizó en el marco de un proyecto conjunto de la Fundación Heinrich Böll, del Centro de Investigación y Documentación Chile Latinoamérica (FDCL) y del Transnational Institute (TNI), financiado por la UE, sobre el tema «Comercio–Desarrollo–Derechos Humanos II. Sensibilización de la opinión pública desde la perspectiva de política de desarrollo y de derechos humanos sobre la coherencia de la asociación interregional entre la Unión Europea (UE) y el Mercado Común del Sur (Mercosur)». Con un lenguaje asequible al público no especializado en temas jurídicos, la parte general busca presentar una panorámica sobre el debate nacional e internacional respecto a la responsabilidad jurídica de las empresas. Para ilustrar esta problemática general se eligieron cuatro conflictos en curso, donde empresas europeas tienen que rendir cuentas ante los tribunales por las actividades que desarrollan en Estados latinoamericanos, que conllevan violaciones de derechos humanos. En particular se trata del caso de una fábrica de celulosa, construida en Uruguay para la empresa finlandesa Botnia, que es objeto de disputas judiciales nacionales e internacionales entre los gobiernos afectados de la Argentina y el Uruguay; la controversia entre el gobierno del Brasil y la Unión Europea ante

la OMC por la prohibición de importar llantas usadas; las condiciones laborales actualmente bajo investigación judicial en talleres de confección en el área metropolitana de Buenos Aires, donde sobre todo trabajadoras bolivianas sin permiso de residencia producen artículos deportivos que se venden bajo el logotipo de empresas europeas como Puma, Adidas y Le Coq Sportif; y los enfrentamientos violentos entre el movimiento brasileño de los sin tierra y milicias privadas debido a un campo de cultivo de soja transgénica —por lo demás políticamente muy controvertido— de la empresa suiza Syngenta.

La selección de los estudios de caso parte del criterio geográfico elegido, es decir, los casos conciernen a Europa y la América Latina. Partiendo de los cuatro casos examinados se pretenden presentar ámbitos problemáticos típicos de América Latina, en los cuales se acusa a las empresas transnacionales de violaciones de los derechos humanos. En estos estudios de caso también se muestran claramente las dificultades particulares que surgen en el contexto de la investigación de hechos y el examen de la responsabilidad jurídica de las empresas. Como no se pudo investigar *in situ* se tuvo que recurrir esencialmente a fuentes secundarias. Por un lado, se dispuso de descripciones y evaluaciones de organizaciones no gubernamentales y, por otro, se valoraron y apreciaron críticamente documentos judiciales y oficiales. Al momento de finalizar este estudio casi todas las demandas judiciales seguían pendientes de resolución.

Fundamentos para la protección de los derechos humanos en casos de violaciones por parte de empresas transnacionales

I Introducción a la problemática jurídica fundamental

Las violaciones de los derechos humanos⁴ en su sentido más amplio no las cometen únicamente las instituciones y aparatos de poder del Estado, sino actores privados y otras entidades como las llamadas empresas transnacionales (ETN). Ellas encargan la fabricación de productos bajo condiciones inhumanas o comercializan la mercancía producida bajo estas condiciones, apoyan conflictos armados o a dictadores agresivos al pagar contribuciones legales (pago de impuestos) o ilegales (soborno), o emplean recursos militares o policíacos de gobiernos o grupos opositores armados para garantizar la seguridad de su actividad empresarial, en cuyo contexto se cometen graves crímenes contra los derechos humanos. Por tanto, surge la pregunta de hasta qué punto se puede responsabilizar a estas empresas o a los responsables dentro de ellas por la violación del derecho vigente.

Desde la creación de los primeros instrumentos eficaces para proteger a los individuos ante los agravios del Estado y con el fortalecimiento del movimiento de los derechos humanos se han reconocido normas universales mínimas de derechos humanos, aunque falta mucho para su imposición universal. Los derechos humanos civiles y políticos, como el derecho a la vida y a la integridad física o el derecho a la libre expresión de la opinión, desde hace mucho están plasmados como justiciables en los instrumentos protectores regionales e internacionales, es decir, son exigibles judicialmente. Debido a los logros alcanzados por las cortes regionales de derechos humanos en Europa y América, y su irradiación sobre los sistemas jurídicos nacionales, algunos comentaristas constatan el inicio de un orden mundial propio de Estado de derecho. Sin duda, desde el fin de la segunda guerra mundial el orden internacional y sobre todo el derecho internacional fue dejando atrás un orden que consideró el Estado nacional como superior a todo y avanza hacia un orden que toma en cuenta —por lo menos en parte— los derechos de los individuos. Para esto el reconocimiento de los derechos humanos civiles y políticos es un indicio importante.

4 En este estudio los autores hacen uso de un concepto amplio de los derechos humanos que —junto con los clásicos derechos civiles y políticos— abarca también aquéllos de la llamada «segunda y tercera generación», es decir, los derechos humanos económicos, sociales y culturales, y los derechos colectivos.

La imposición de estos derechos humanos ante los Estados la garantizan —por lo menos parcialmente— los tribunales regionales de derechos humanos. Después de haber agotado la vía jurídica [nacional], a quienes tienen a su cargo la toma de decisiones en el ámbito del Estado se les puede hacer responsable ante un tribunal regional de derechos humanos o mediante un procedimiento internacional de recurso de queja. Cuando una empresa privada u otra persona jurídica no estatal viola derechos humanos frecuentemente la valoración jurídica de dicha acción sólo cae en la esfera del derecho penal o civil nacional.

Cuando una persona o un grupo se sienten violados en sus derechos por la actividad de una empresa, en el caso del derecho constitucional alemán sólo se puede recurrir con restricciones a los derechos fundamentales y a los derechos humanos. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal, entre actores privados los derechos humanos y fundamentales sólo desarrollan un efecto indirecto hacia terceros. Es decir, cada norma del Estado que regula una relación entre privados hay que interpretarla «en el espíritu» de la constitución.⁵ Pero un ciudadano no puede remitirse directamente al derecho constitucional ante otro ciudadano.

Desde la perspectiva clásica los derechos humanos se consideran derechos defensivos del ciudadano ante el Estado, pero también fundamentan derechos de reclamación, de protección, de participación, derechos de prestación y procesales del ciudadano ante el Estado.⁶ Pero se supone que no se hacen valer directamente entre sujetos privados. El hecho de que los derechos humanos se entiendan también como derechos de protección adquiere mucha importancia en el presente contexto, ya que de los derechos humanos puede resultar la obligación del Estado de protegerlos ante violaciones de los mismos por parte de las empresas.

Este entender de la defensa de los derechos humanos orientado al Estado se explica históricamente porque la protección de los derechos fundamentales y humanos está en correlación con el monopolio de potestad pública del Estado. Lo cual tiene sentido considerando el poder que, hasta la fecha, está concentrado en manos del Estado. No obstante, la amenaza a los derechos humanos también parte de entidades distintas al Estado, por ejemplo, de grupos armados, organizaciones criminales y empresas transnacionales. Por ello, a continuación se analiza en qué grado los consorcios internacionales tienen o pueden tener la obligación basada en el orden del derecho internacional de cumplir con los estándares de los derechos humanos. A menudo se pone en duda que los actores privados sean portadores de derechos y obligaciones jurídico-internacionales. Precisamente por eso se plantea la pregunta si en los Estados, que indudablemente están sometidos al derecho internacional, recae la obligación de controlar la conducta de empresas y si tal obligación controladora puede y debe aplicarse también extraterritorialmente, es decir, a hechos que ocurren fuera del respectivo territorio del Estado en cuestión.

5 Tal es el caso en la Corte Constitucional Federal en la llamada «decisión Lüth», BverfGE 7, 198, 205.

6 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (Teoría de los derechos fundamentales e interpretación de los derechos fundamentales), en: *NJW* 1974, p.1529.

II Empresas transnacionales (ETN)

Las empresas transnacionales, a veces también llamadas empresas multinacionales,⁷ se pueden definir como unidades organizacionales que al participar en la vida económica activa desarrollan actividades más allá de las fronteras de un país en por lo menos otro país.⁸ Aún cuando en esta definición se puede incluir a las empresas medianas, son los consorcios multinacionales quienes constituyen el grupo más observado por la opinión pública, ya que no es poco frecuente que económicamente tengan más poder que muchos Estados. Sin embargo, al contrario de la opinión común, las violaciones directas de los derechos humanos provienen más de las empresas locales pequeñas y medianas que actúan como proveedoras (o similar) para las ETN.⁹ Aquellas empresas son menos susceptibles a y menos vulnerables por la presión pública, sobre todo porque frecuentemente son de propiedad privada y no tienen que rendir cuentas ante accionistas. En cambio las grandes ETN tienen una participación más bien indirecta en violaciones de derechos humanos.

III La Vinculación de las empresas transnacionales al derecho nacional

Ante las dificultades que surgen en cuanto a la aplicabilidad directa de tratados de derecho internacional a las ETN y dado el hecho de que existen pocos mecanismos de imposición a escala internacional, la implementación de las normas de derechos humanos en el derecho nacional adquiere gran significado. En efecto, este resultado se constata insistentemente al considerar los cuatro casos. Las jurisdicciones nacionales y regionales son indispensables para la imposición de estándares de derechos humanos ante las ETN.¹⁰

1 La situación jurídica en los Estados huésped

Es notorio que a pesar de la existencia del derecho internacional consuetudinario vinculante y de numerosos convenios de derechos humanos, la acuñación de estándares de derechos humanos es extremadamente diferente entre los Estados nacionales. Esto no se refiere sólo a la situación jurídica vigente en los respectivos Estados huésped («hoststates»), es decir, los Estados que en su gran mayoría se ubican en el Sur, donde empresas cuya sede central se encuentra frecuentemente en Europa

7 Véase *Lexikon der Wirtschaft. Grundlegendes Wissen von A-Z* (Diccionario de la economía. Conocimiento básico de la A hasta la Z). 2 impr. Mannheim 2004.

8 Véase Volker Epping, en: Knut Ipsen, *Völkerrecht* (Derecho internacional), 2004 §8 n° marginal (n.m.) 16 ss; los economistas cuestionan el término ETN, ya que algunos autores no incluyen a los consorcios comerciales entre aquéllas. Sin embargo, en el presente trabajo no se siguió esta opinión, sin bien no entramos en más detalles aquí.

9 Karen Ballentine/Heike Nitzschke, *Unternehmen in Konfliktregionen: Problemfelder und Handlungsmöglichkeiten* (Empresas en regiones en conflicto: campos problemáticos y posibilidades de acción), en: *Friedenswarte* 1-2/2004, p. 38 ss.; Volker Rittberger, *Transnationale Unternehmen in Gewaltkonflikten* (Empresas transnacionales involucradas en conflictos violentos), en: *Friedenswarte* 1-2/2004, pp. 15-34.

10 De los correspondientes pronunciamientos de jurisdicciones nacionales puede surgir una práctica internacional de los Estados que perfeccione el derecho internacional.

o América del Norte trabajan a través de filiales. En dicha zona geográfica a veces no sólo no existen derechos laborales o normas ambientales, sino que generalmente tampoco operan mecanismos de protección preventiva, ni se impone la normatividad vigente, ni se sancionan las violaciones de normas. Ello se pone de manifiesto sobre todo en numerosas regiones del mundo que enfrentan conflictos, donde un Estado funciona parcialmente o ya ni siquiera existe. A ello hay que añadir otros fenómenos conocidos en muchos Estados como la impunidad y la corrupción. Junto con la corrupción también está muy difundida la falta de voluntad política para actuar en contra de las acciones ilícitas de las empresas transnacionales, por ejemplo, cuando existen amenazas concretas o temores generales de que la empresa trasladará sus instalaciones, poniendo en riesgo fuentes de trabajo. Sin embargo, el análisis de los procesos en curso en Argentina, Brasil y el Uruguay, en los casos de Botnia, Syngenta y los talleres de confección de Buenos Aires, que se presenta a continuación demuestra lo relativamente poco que sirven las afirmaciones generales para explicar realidades específicas. A pesar de múltiples deficiencias jurídico-estatales y de obstáculos políticos, el correspondiente orden jurídico nacional sí ofrece puntos de partida para presentar demandas judiciales.

2 La situación jurídica en los Estados de origen

Debido a esta situación inicial imperante en muchos Estados huésped, adquiere gran relevancia la imposición de normas de derechos humanos y ambientales en los países de origen («homestates»), que hasta la fecha son generalmente países noroccidentales donde las empresas tienen su sede central. En estos países los estándares de derechos humanos se encuentran plasmados por lo menos en las leyes nacionales y existen procedimientos propios de un Estado de derecho para sancionar la violación de la normatividad. En este contexto se pueden considerar diversas vías jurídicas que sólo podemos abordar parcialmente a continuación. Dependiendo del mecanismo son las propias empresas o determinados empleados de una empresa los que quedan sujetos a procesos penales. Entre los procedimientos más frecuentes podemos mencionar los penales y civiles. A continuación nos remitimos reiteradamente a la jurisprudencia civil estadounidense conforme al *Aliens Torts Claims Act* (ATCA o Ley de Reclamación por Agravios contra Extranjeros). En el contexto estadounidense han sido diversas las ocasiones en las cuales personas y empresas han sido sentenciadas al pago de indemnizaciones por violaciones de los derechos humanos. Éste es el caso también de varios países europeos, donde se llevaron a cabo importantes juicios de indemnización contra empresas o cuya resolución está aún pendiente.¹¹ Esto está exigiendo cada vez más la creación de una jurisdicción universal en lo que se refiere a litigios de fuero civil, que haga más fácil perseguir —también mediante el derecho civil— violaciones de derechos humanos cometidas fuera de los países noroccidentales. En este contexto, cuando observamos casos específicos, surgen múltiples dificultades

11 Debido a la jurisdicción universal numerosos Estados, entre ellos Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania y Grecia ofrecen la posibilidad de introducir en el juicio penal también recursos de indemnización que corresponden al derecho civil, véase: Brief of the Amicus Curiae European Commission Supporting Neither Party, *Sosa v. Alvarez-Machain*, No. 03-339, US Sup. Ct., 23 enero, n.48.

de adscripción jurídica debido a la forma de organización de las empresas y la desintegración de la producción y la distribución. Porque las empresas —sobre todo las ETN— frecuentemente no son bloques monolíticos con una estructura centralizada y jerárquica, sino más bien redes complejas con centros distribuidos geográficamente y con relaciones de propiedad, de toma de decisiones y comerciales complejas, que en su constitución se asemejan más a organizaciones sociales que a la antigua imagen del empresario y su empresa.¹² A continuación se exponen los problemas que surgen cuando se quiere responsabilizar a las ETN conforme al derecho nacional, para lo cual se toma como ejemplo el derecho alemán.

a) Problemas en el derecho civil alemán

Las condiciones para hacer valer los derechos a indemnización por daños y perjuicios por violaciones a los derechos humanos son marcadamente desfavorables en el derecho civil alemán. En efecto, los plazos de prescripción son generalmente muy cortos.¹³ Adicionalmente, la carga de la prueba con respecto a los derechos que se quieren hacer valer, recae en el demandante. Es decir, la parte demandante tiene que presentar y probar todos los hechos que fundamentan su derecho, lo que ya en sí constituye una barrera casi infranqueable, porque es extremadamente difícil conseguir información sobre la organización y los procesos de toma de decisión dentro de las empresas o demostrar los sucesos, muchas veces complejos, que llevaron a las violaciones del derecho. Además, debido a que en múltiples ocasiones el valor de entablar una demanda civil por la vía legal es muy alto, existe el riesgo de que el costo de un proceso civil resulte considerablemente oneroso para el demandante. A ello hay que añadir las dificultades que implica el hecho de que frecuentemente los daños se originan en una empresa filial con sede en un tercer país, en la empresa de un concesionario o dentro de una cadena de subcontratación, fabricación o comercialización, mientras que la demanda se dirige o se debería dirigir contra la compañía matriz con sede en Alemania. Esto tiene efectos sobre la legitimación pasiva de la compañía matriz y exige más evidencia para probar su culpabilidad o para atribuirle la culpa de la corporación filial.¹⁴

12 Véase, por ejemplo, Wilhem Bürklin, *Globalisierung als Chance für Wohlstand und Arbeitsplätze* (Globalización como oportunidad para bienestar y fuentes de trabajo), *Politik und Zeitgeschichte*, 48/2000, p.114

13 Según los §§ 195, 199 párrafo 1 del Código Civil Federal el plazo de tres años corre a partir del momento en que se conozcan todas las circunstancias, que fundamentan la reclamación, y la identidad del sujeto pasivo.

14 Véase Carsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (Derecho de las empresas), 2002, p. 238. Una responsabilidad velada de la compañía matriz solamente viene al caso bajo condiciones estrictas. No es suficiente que la compañía matriz posea 100% del capital de la corporación filial. El sistema de responsabilidad de la ley de sociedades anónimas se basa precisamente en el principio de la compensación por separado, es decir, la sociedad anónima controladora se responsabiliza según § 311 ss. AktG sólo de las respectivas acciones perjudiciales que ella haya causado. La idea de una responsabilidad velada general a causa de dominación contractual o fáctica es incompatible con esta situación. Es decir, en el derecho alemán relativo a los consorcios la responsabilidad sobre las obligaciones de la filial recae por principio únicamente en ella misma. Una excepción de este llamado principio de separación solamente se da cuando la empresa matriz en el momento de ejercer su poder de dirección no consideró debidamente la compañía dependiente, originándose de esta manera pérdidas en la empresa controlada.

b) Procesos penales

Si bien en el derecho penal alemán hay numerosas posibilidades para perseguir legalmente la violación de la ley en que incurra una ETN, al mismo tiempo norma únicamente la responsabilidad penal de particulares, de tal manera que no se puede demandar judicialmente a las empresas como unidades. Ello se debe al hecho que en Alemania —a diferencia de otras jurisdicciones europeas— no existe un derecho penal donde las empresas queden sujetas a la acción judicial.¹⁵ No se puede acusar y condenar penalmente a personas jurídicas. Sin embargo existe la posibilidad de imponer una multa contra la empresa conforme a los §§ 30, 130 de la ley de infracciones al orden administrativo.

Por otro lado, los estudios de casos muestran que aún cuando en Finlandia y Suiza existe una normatividad sobre la culpabilidad de las empresas, la comprobación de hechos no se facilita. Esto se debe primordialmente a que el derecho penal aborda la cuestión considerando de qué manera puede imputar a qué empleado o responsable de una empresa una responsabilidad penal. En la práctica la comprobación detallada de los hechos muchas veces es difícil y especialmente delicada cuando se trata de imputar individualmente un acto a una persona que no lo cometió con su propia mano. Aunque la responsabilidad de los superiores —en el sentido de una responsabilidad por omisión— abre una posibilidad, frecuentemente la existencia de estructuras jerárquicas poco transparentes y esferas de competencias poco claras hacen imposible demandar penalmente a determinados individuos, sobre todo porque en la mayoría de casos los verdaderos actores no se encuentran cercanos a las respectivas escenas del delito. Igualmente problemática se presenta la comprobación del elemento de premeditación ya que, por lo general, es difícil demostrar que una empresa viola intencionadamente, o por lo menos con pleno conocimiento, los derechos humanos en el marco de su actividad empresarial. Si se trata de casos donde empresas participan apoyando el acto de terceros, por ejemplo de instituciones del Estado, hay que comprobar adicionalmente la causalidad de la respectiva acción participativa en la realización concreta del hecho. Además, muchas veces los empresarios se disculparán con el argumento de que su contribución al hecho consistió en una acción «neutral» y normalmente no punible, como en el caso de financiamiento o el intercambio de mercancía, que no está penalizado como tal.

Los delitos en cuestión, que pueden cometer los empleados de ETN, son sobre todo crímenes capitales (daño físico a terceros y homicidios). Crímenes que se penalizan por la Ley Penal Internacional (Völkerstrafgesetzbuch – VstGB, derecho alemán que regula los crímenes contra el derecho internacional N.d.T.) como, por

15 Mientras que el estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) no prevé el castigo de personas jurídicas, diferentes sistemas jurídicos nacionales en Europa (entre otros el Reino Unido, Noruega, Francia y Países Bajos) sí regulan la penalización de personas jurídicas, que en consecuencia pueden ser condenadas por crímenes según el derecho penal internacional, siempre y cuando dichas normas hayan quedado integradas en el derecho penal nacional. Véase Anita Ramasastry/Robert C. Thompson, *Commerce, Crime and Conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law, A Survey of Sixteen Countries* (FaFo-Report), 2006, puede consultarse en línea en: <http://www.faf.no/liabilities>; Andrew Clapham, *The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law*, en: Menno T. Kamminga et al., *Liability of Multinational Corporations Under International Law*, 2000, p. 139 s.

ejemplo, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y genocidio; y delitos ambientales, delitos de corrupción y delitos contra la ley de comercio exterior.

c) Delitos ambientales, delitos-tipo por corrupción y delitos contra la ley de comercio exterior

Con los delitos ambientales descritos en los §§ 324 ss. del código penal se pretende proteger bienes jurídicos ambientales como el agua, el aire, el suelo y, en relación con ellos, también la salud humana y, en casos aislados, también la propiedad. Aunque en determinadas condiciones se pueden perseguir estos delitos cuando el daño ocurre en el extranjero, es muy difícil establecer la responsabilidad penal de las empresas transnacionales por delitos ambientales cometidos en el exterior. Si bien los crímenes cometidos por alemanes en el extranjero en principio se pueden perseguir en Alemania, en la mayoría de los casos la persecución penal es imposible debido a la falta de afectación de un bien jurídico nacional. Esto se debe a que, en efecto, el bien a proteger en el derecho penal ambiental alemán es —salvo algunas excepciones explícitamente mencionadas— el medio ambiente alemán y a que dicho derecho penal se caracteriza por la llamada «accesoriedad administrativa»,¹⁶ es decir, la penalización de un delito siempre está vinculada a la violación de una norma ambiental administrativa, la cual en general apunta únicamente a la protección del medio ambiente nacional. De este modo, la destrucción del medio ambiente que se produce fuera de territorio de la República Federal de Alemania, por lo general, no se puede sancionar en Alemania.

Éste también es el caso de los delitos de corrupción ya que generalmente requieren una relación nacional. Conforme a un proyecto de ley actual¹⁷ del gabinete federal se prevé extender la penalización a los actos de corrupción y aceptación de soborno por parte de funcionarios y jueces extranjeros e internacionales. En cuanto a cuestiones vinculadas con el entorno internacional, hasta la fecha la penalización por delitos de corrupción en el marco de las normas del derecho penal alemán únicamente viene al caso si el funcionario o juez involucrado trabaja en otro Estado miembro de la Unión Europea o para alguna institución europea. Más allá del ámbito geográfico de la UE hasta ahora sólo se penaliza el soborno en el tráfico comercial internacional. Sin embargo, y también conforme al proyecto de ley, el bien a proteger contra los delitos de corrupción es primordialmente el ejercicio de cargos en Alemania y la capacidad funcional del servicio público alemán, lo que significa, que gran parte de los delitos de corrupción cometidos por empresas alemanas no se pueden perseguir en Alemania.

Por el contrario, la ley de comercio exterior (AWG) penaliza directamente las actividades de empresas en el extranjero. Por tanto la responsabilidad de las empresas por el suministro de armas y otras mercancías, que pueden ser utilizadas para cometer crímenes contra los derechos humanos, puede desprenderse de la ley

¹⁶ Herbert Tröndle/Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (Código penal y leyes accesorias), 2007, Vor § 324, n.m. 4,6 ss.; Kimmo Nuotio, *Crimes against the Environment, International Review of Penal Law*, 65, 1994, 923-945.

¹⁷ Proyecto de ley del gobierno federal: borrador de una ley de modificación del derecho penal. Puede consultarse en línea en: <http://www.bmj.de>

de comercio exterior junto con los reglamentos correspondientes.¹⁸ Asimismo, puede entrar en consideración la responsabilidad de una empresa que mantiene relaciones comerciales con gobiernos en determinadas regiones en crisis o exporta mercancía sujeta a restricciones o prohibiciones. Un ejemplo pertinente es el embargo que la ONU declaró contra Liberia en relación con el comercio de diamantes y madera. Para establecer la existencia de un delito-tipo o de una infracción administrativa se requiere la violación de un reglamento decretado con motivo de la ley de comercio exterior y siempre y cuando ésta se remita a los §§ 33 s. de la AWG. En el reglamento de aplicación de la ley sobre comercio exterior (AWV) se regulan procedimientos restrictivos especiales contra determinados países o personas (Capítulo VII a-o), dictados en base a resoluciones de embargo adoptadas por la ONU o la UE.

No obstante, pueden surgir dificultades para demostrar la violación del embargo, así como para calificar el hecho como elementos constitutivo de delito, como por ejemplo, «productos con doble uso» («dual-use»). La definición de este término es controvertida y no se hace precisamente más fácil por el hecho de que existe un anexo de 162 páginas del artículo 3 del reglamento (EG) Nr. 1334/2000 del Consejo sobre el control de la exportación de bienes y tecnologías, donde se pretende definir el término «dual-use» y se remite al § 30 párrafo 5a AWV. Ya estas múltiples remisiones indican que la normatividad de la AWG y el AWV no se caracteriza por su claridad. En resumen, se debe constatar que tanto en los Estados huésped como en los países de origen existen numerosas lagunas en la normatividad del sistema jurídico frente los actores privados y que además la aplicación del derecho vigente está marcada por un sinnúmero de dificultades.

Al igual de lo que constatamos para el derecho civil, también aquí existen dificultades en la argumentación jurídica. Sobre todo es problemático demostrar que los empleados de una empresa participaron intencionadamente en violaciones de los derechos humanos o que contribuyeron a ellas, sobre todo porque hay que imputar el conocimiento y la aprobación de tales crímenes a personas específicas dentro de la empresa. Sin embargo, la ventaja de un procedimiento penal reside en el principio de la legalidad, vigente en los procesos penales, que significa que las autoridades ejecutorias de la ley tienen que investigar todo delito del que tengan conocimiento, así como en el principio de investigación oficial, conforme al cual el tribunal de lo penal tiene que averiguar por oficio los hechos denunciados. Es decir, a diferencia del proceso civil no recae sobre los denunciantes todo el peso de la prueba. A ello hay que agregar que los actores accesorios en procesos penales no tienen que acarrear con los costos de los mismos.

IV La Vinculación de las empresas transnacionales al derecho internacional

En el marco del derecho internacional también son limitadas las posibilidades de que las ETN asuman directamente la responsabilidad por violaciones de los derechos humanos. Esta amplia no-vinculación de las transnacionales al derecho internacional

¹⁸ Georg Erbs/Max Kohlhaas, *Strafrechtliche Nebengesetze mit Straf- und Bußgeldvorschriften des Wirtschafts- und Verwaltungsrechts* (Leyes accesorias penales con disposiciones sobre multas y sanciones del derecho económico y administrativo). Comentario 168. Entrega complementaria, 2007, A 217, § 34, n.m. 8-12.

se encuentra en contradicción valorativa con la gran influencia que ejercen sobre las condiciones de vida económicas, sociales y ecológicas en todo el mundo. Debido a su influencia sobre la estructura de las relaciones internacionales muchas veces intervienen, aunque frecuentemente indirectamente, en procesos de creación jurídica del derecho internacional.¹⁹ Es sobre todo por ello que la influencia internacional fáctica de las ETN se refleja deficientemente en el orden vigente del derecho internacional.

1 Sujetos del derecho internacional

De acuerdo con las teorías clásicas del derecho, el derecho internacional y el derecho constitucional parten por principio de la separación entre el ámbito (jurídico) público, es decir, del Estado, y el privado. El hecho de que esta separación estricta sea todo menos imperativa y que más bien tuvo su origen en convenciones de teoría jurídica,²⁰ no cambió para nada lo inalterable de este supuesto sino hasta mediados del siglo XX.

a) Los Estados como sujetos clásicos del derecho internacional y únicos destinatarios de normas jurídicas

En este concepto clásico del derecho internacional, y debido a la separación de los ámbitos (jurídicos) público y privado, únicamente los Estados son actores y destinatarios de normas jurídicas en el derecho internacional. Además se considera que organizaciones internacionales como las Naciones Unidas o la Organización Mundial del Comercio (OMC) son sujetos del derecho internacional porque en estos casos los Estados fundadores delegan sus competencias de creación jurídica.²¹ Por consiguiente cuando Estados soberanos firman entre sí un tratado de derecho internacional únicamente se compromete al Estado como sujeto del derecho internacional. De tal forma, por principio, tales obligaciones no recaen en actores privados, es decir, ciudadanos de un Estado comprometido por el derecho internacional, y tampoco en empresas del sector privado como personas jurídicas del derecho privado.²²

El origen de esta idea del derecho internacional, según la cual se enfrentan y comprometen mutuamente sólo Estados, se encuentra en el principio de la soberanía nacional que rige el sistema del derecho internacional y que se manifiesta entre otras cosas en la prohibición de la intervención plasmada en la Carta de las Naciones Unidas. Ningún Estado tiene el derecho a imponerle a otro Estado normas sobre lo que debe hacer, tolerar u omitir en el marco de su jurisdicción. En este sentido la

19 Basta con señalar el papel que desempeñaron varias empresas transnacionales, sobre todo de la industria farmacéutica, durante el proceso de elaboración del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) en el marco de la Organización Mundial del Comercio. Véase Susan K. Sell, *Private Power, Public Law*, 2003, p. 1 ss.

20 Magdalena Bexell, *Distribution of Responsibility for Human Rights Protection: The Public-Private Distinction*, en: *Friedenswarte*, 79, 1-2/2004, p. 103-108.

21 Volker Epping, en: Knut Ipsen, *Völkerrecht* (Derecho internacional), 2004, §31, n.m. 38 ss.

22 Paul Heilborn, *Subjekte des Völkerrechts* (Sujetos del derecho internacional), en: Strupp (Ed.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie* (Diccionario del derecho internacional y de la diplomacia), Vol. 2, 1925, p. 685, formulaba de la siguiente manera esta llamada teoría del territorio objeto: «Las normas del derecho internacional no se dirigen a personas sino a Estados, no ordenan ni prohíben algo a las personas, ni les conceden derechos.»

igualdad de los Estados independientemente de su poder e influencia constituye un pilar central del orden mundial.²³ A la persona —y con ello a la empresa multinacional como asociación jurídica de personas físicas con un fin económico— frecuentemente se la considera únicamente como un objeto del derecho internacional. Por lo menos conforme a la opinión tradicional sólo se la puede vincular con el derecho internacional mediante un Estado (es decir, la transposición del derecho internacional en derecho nacional), sin ser ella misma sujeto del derecho internacional.²⁴ Sin embargo, en algunos ámbitos, sobre todo en relación con la protección de los derechos humanos, el principio de soberanía está perdiendo fuerza. La doctrina dominante niega por principio que empresas multinacionales puedan tener una amplia subjetividad jurídico-internacional.²⁵

Según esta doctrina la comunidad jurídico-internacional sólo reconoce a los individuos como sujetos del derecho internacional, si éstos están dotados de derechos y obligaciones subjetivas propias.²⁶ En este sentido y en el contexto de la primera guerra mundial, se reconoció la subjetividad jurídico-internacional de individuos en relación con la dimensión protectora de las normas primarias del derecho internacional. La Corte Penal Internacional ya constató el 3 de marzo de 1928 en su dictamen sobre el caso *Jurisdiction of the Courts of Danzig* que: «...it cannot be disputed that the very object of an international agreement, according to the intention of the contracting parties, may be the adoption by the parties of some definite rules creating individual rights and obligations and enforceable by the National Courts.»²⁷

Por tanto, se puede establecer que hoy existe un amplio consenso de que las normas primarias del derecho internacional pueden habilitar (y obligar) directamente a sujetos jurídicos individuales. La evolución del derecho penal internacional da testimonio de una creciente tendencia que compromete directamente a los individuos con el derecho internacional.²⁸ La evolución de la subjetividad manifiesta una

23 Art. 2 (1) de la Carta de las Naciones Unidas de 1945 establece: «La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros.»

24 Véase Volker Epping, en: Knut Ipsen, *Völkerrecht* (Derecho Internacional), 2004, § 7, n.m. 1.

25 Véase Horacio A. Grigera Naón, *Transnational Enterprises under the Pacto Andino and National Laws of Latin America*, en: *Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises*, ed. por Norbert Horn *et al.*, Antwerpen, 1980, p.265.

26 Esto se da con un tratado internacional a favor de terceros, cuando sus normas convencionales se pueden interpretar en el sentido de que no se establecen únicamente obligaciones entre las partes, sino que se pretende también habilitar directamente a individuos. Para poder determinar el derecho jurídico-internacional que se desprende de una norma dada y a falta de criterios autónomos internacionales de interpretación, según Dörr se podría recurrir a las «doctrinas de normas protectoras» que se han desarrollado en relación con el derecho nacional o a los criterios de interpretación del derecho comunitario europeo en cuanto al derecho jurídico-individual que resulta de las normas de la UE. Véase Oliver Dörr, «Privatisierung des Völkerrechts» (Privatización del derecho internacional), en: *JZ* 19/2005, p. 906.

27 CPI, *Jurisdiction of the Courts of Danzig Case*, PCIJ Series B, No. 15, p. 17; véase también: Ian Brownlie, *The Place of the Individual in International Law*, en: *Virginia Law Review*, 50, 1964, p. 435 ss.

28 Como ejemplo: Kai Ambos, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen und Völkerstrafrecht* (Impunidad de violaciones de derechos humanos y el derecho penal internacional), *Deutsche Richterzeitung*, 76, 1998, p. 251ss.

«humanización»²⁹, «constitucionalización»³⁰ o incluso «privatización»³¹ del derecho internacional en lo que se refiere a la dimensión jurídica de daños y perjuicios.

b) Derechos y obligaciones individuales en el derecho internacional

De ahí que de las convenciones de derechos humanos también se desprendan, indiscutiblemente, derechos internacionales tanto para individuos como para empresas. En efecto, tanto las cartas regionales de derechos humanos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) otorgan determinados derechos a los individuos, que son exigibles ante los tribunales regionales de derechos humanos.³² Más difícil es la respuesta a la pregunta, si el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales otorga derechos subjetivos³³ o si nada más se formula la obligación que tendría el Estado de esforzarse en relación con los derechos individuales.³⁴

También las empresas como personas jurídicas del derecho privado pueden invocar estos derechos humanos plasmados en tratados internacionales o reconocidos en el derecho consuetudinario, siempre y cuando estos derechos les sean aplicables.³⁵ Adicionalmente existen arbitrajes internacionales para arreglar disputas internacionales sobre inversiones que conceden a las empresas ciertos derechos ante los Estados.³⁶ Debido a estas habilitaciones en el derecho internacional se habla también de una subjetividad jurídico-internacional limitada de actores privados, es decir, de una subjetividad otorgada por los Estados en casos específicos.³⁷

Como actores privados pueden ser sujetos —por lo menos parcialmente— del derecho internacional, el cual también los obliga. El derecho internacional funda derechos y obligaciones inmediatas para el individuo. Este principio se formuló por primera vez en los procesos de los tribunales militares internacionales de Nuremberg

29 Theodor Meron, *The Humanization of International Law*, 2006.

30 Anne Peters, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, Leiden J Intern'l L 19, 2006, p. 579 ss.

31 Oliver Dörr, *Privatisierung des Völkerrechts* (Privatización del derecho internacional), en: *JZ* 19/2005, p. 905 ss.

32 Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) del 10.12.1948 (UN Doc. A/810), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19.12.1966, en: UNTS Vol. 999, p. 171; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4.11.1950, en: UNTS Vol. 213, p. 221.

33 Así: Jakob Schneider, *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte* (La justiciabilidad de derechos humanos económicos, sociales y culturales) 2004; Kitty Arambula, *Strengthening the Supervision of International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Theoretical and Procedural Aspects*, 1999.

34 Karl Doehring, *Völkerrecht* (Derecho internacional), 2004, n.m. 978; Kay Hailbronner, en: Wolfgang Vitzthum (Ed.), *Völkerrecht* (Derecho Internacional), 2004, n.m. III 226; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 2003, p. 539.

35 En relación con la falta de obligaciones en el marco del derecho internacional consuetudinario, véase Karsten Nowrot, *Nun sag' wie hast du's mit den Global Players? Fragen an die Völkerrechtsgemeinschaft zur internationalen Rechtsstellung transnationaler Unternehmen* (¿Dime, cómo te posicionas ante los Global Players? Preguntas a la comunidad jurídico-internacional acerca del estatus jurídico internacional de empresas transnacionales), en: *Friedenswarte* 79, 1-2/2004, p. 130-133.

36 *Ibid.*, p. 126 s.

37 *Ibid.*, p. 126.

y Tokio para, posteriormente, ser confirmado en los principios de Nuremberg elaborados por la International Law Commission.³⁸

Estas obligaciones internacionales de las normas del derecho penal internacional quedaron plasmadas en los estatutos de los tribunales de la ONU para la ex-Yugoslavia y Ruanda, y en el estatuto de la Corte Penal Internacional (estatuto de la CPI). Según esto se puede responsabilizar a las personas individualmente por los delitos más graves contra las normas del derecho internacional como en los casos de crímenes de lesa humanidad, genocidio y la infracción de ciertas normas del derecho internacional humanitario. Si un individuo comete estos crímenes, puede ser perseguido independientemente de la participación o la aprobación de su Estado de origen, si el Estado donde se dieron los hechos se adhirió al estatuto de la CPI.³⁹ De esta manera se le otorga al individuo dentro de los límites del derecho penal internacional una posición jurídico-internacional completamente independiente de su Estado de origen. Estas obligaciones valen también para las empresas en tanto que sus empleados tienen la obligación de actuar conforme al derecho penal internacional. Tal es así que a los ejecutivos y empleados de empresas que hayan participado o apoyado crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra pueden ser perseguidos judicialmente ante la CPI o ante tribunales nacionales que hayan incorporado estos crímenes en su orden jurídico.

Precisamente las normas del derecho penal internacional tienen una importancia crucial para imputarles responsabilidad a las empresas multinacionales. Esto se debe a que también las empresas participan en crímenes jurídico-internacionales, cuando se aprovechan o incluso atizan un conflicto para beneficiarse de las condiciones caóticas y fuera del derecho. Por ejemplo, se pudo observar cómo en numerosos conflictos en el continente africano, sobre todo en Sierra Leona, Liberia y la República Democrática del Congo, los consorcios internacionales de materias primas participaron activamente armando y fomentando tropas gubernamentales y milicias armadas con cuya protección podían explotar libremente las materias primas. Aparte de los casos donde las empresas participan con sus servicios militares o de seguridad en conflictos armados, muchas veces las empresas se benefician de los crímenes perpetrados por actores estatales o cuasi-estatales y asumen en este contexto el papel de instigadores o coadyuvantes de quienes son los principales perpetradores. En primer lugar se trata de la responsabilidad que los Estados nacionales tienen de castigar los crímenes cometidos en su territorio y que caen en el ámbito de derecho internacional, aplicando el estatuto mencionado. Debido a la capacidad limitada de la CPI, ella misma sólo será capaz de abordar una mínima parte de los crímenes contra el derecho internacional. Es evidente, que la Corte se concentrará en primer lugar en aquellos criminales acusados de participar directamente en los crímenes perpetrados. Si bien hay empleados de empresas que muchas veces juegan un papel coadyuvante en lo que se refiere a delitos penales internacionales, hasta la fecha no se han convertido en la prioridad de la estrategia de acusación. Con la creciente ratificación internacional aumenta la esperanza de que las lagunas de impunidad en este ámbito vayan siendo eliminadas.

38 Der Nürnberger Prozess (El proceso de Nuremberg), texto oficial, Tomo XXII, p. 528.

39 Véase Art. 12 párrafo 2 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de junio de 1998 (UN Doc. A/CONF.183/9).

Por ahora el derecho penal internacional registra solamente los crímenes más graves, en los cuales pueden estar implicadas personas y empresas. Sin embargo, no se registra la parte cuantitativamente más alta de violaciones del derecho perpetradas por empresas: la violación de derechos humanos económicos, sociales y culturales. Es por ello que a continuación se examina hasta qué punto existen en el ámbito internacional procesos que fundamenten una mayor obligación jurídico-internacional de las empresas.

c) Otros enfoques de argumentación

En la bibliografía jurídico-internacional hay diferentes enfoques que buscan fundamentar una mayor vinculación de las empresas a las normas del derecho internacional, en contraste con el enfoque dominante de los conceptos clásicos.

Obligaciones jurídico-internacionales de conducta fundamentadas en la posición fáctica de las empresas transnacionales en la estructura del derecho internacional.

Con respecto a las condiciones para que exista la subjetividad jurídico-internacional, en el sentido de la vinculación a obligaciones jurídico-internacionales de conducta, el legista alemán Karsten Nowrot ya no se remite únicamente a la transferencia explícita que los Estados hacen de derechos y obligaciones. Nowrot defiende la opinión según la cual partiendo de una posición fáctica poderosa en el sistema internacional existe la presunción rebatible de que los correspondientes actores «poseen un estatus como sujetos del derecho internacional [...] en lo que se refiere a la realización de intereses internacionales del bien común». ⁴⁰ Este enfoque parte del criterio de que la obligatoriedad normativa, y con ello la razón de ser del derecho internacional, se basa en su función pacificadora en el contexto internacional de relaciones interestatales y con ello también para la vida social del individuo. ⁴¹ Dada la posición fáctica tan poderosa de las empresas transnacionales de influenciar y pacificar las relaciones internacionales, debería otorgárseles el estatus de sujeto del derecho internacional en el sentido de estar sujetas a obligaciones de conducta jurídico-internacionales en cuanto a la realización de los intereses internacionales del bien común. Nowrot señala que «la vigencia de la presunción a favor de una subjetividad jurídico-internacional de actores poderosos sólo puede rebatirse, si se puede comprobar una declaración contraria, jurídicamente vinculante, de la comunidad internacional en el sentido de que la categoría de los actores en cuestión no debe sujetarse a las obligaciones del derecho internacional». ⁴²

La renuncia al concepto del sujeto del derecho internacional

Otros enfoques más radicales difunden la renuncia total al concepto de subjetividad jurídico-internacional. En efecto, al integrar las unidades poderosas de acción que son distintas al Estado hablan únicamente de «participantes» («Participants») en el

⁴⁰ Karsten Nowrot, *Nun sag' wie hast du's mit den Global Players? Fragen an die Völkerrechtsgemeinschaft zur internationalen Rechtsstellung transnationaler Unternehmen* (¿Dime, como te posicionas ante los Global Players? Preguntas a la comunidad jurídico-internacional acerca del status jurídico internacional de empresas transnacionales), en: *Friedenswarte* 79, 1-2/2004, p. 140.

⁴¹ *Ibid.*, p. 141.

⁴² *Ibid.*, p. 140.

sistema internacional⁴³ o de «sujetos constitucionales» de una «constitución civil mundial». ⁴⁴ Sobre todo Gunther Teubner y Andreas Fischer-Lescano defienden en este contexto no sólo la tesis de una amplia constitucionalización del orden mundial, sino parten de la idea de que el sistema jurídico internacional se caracteriza por diferentes regímenes normativos en colisión. Según su criterio no entienden la cuestión de la efectividad de los derechos humanos entre actores privados como un problema de compensación entre partes de la sociedad como un todo, sino por el contrario como un problema resultante de la expansión de un sistema social a su entorno social, humano y natural. ⁴⁵ Entonces, las violaciones de derechos humanos no se comprenden como un conflicto entre un portador individual de derechos fundamentales e instituciones del Estado o —en el caso de violaciones de derechos humanos por actores privados— como conflictos interpersonales, sino como «conflictos sistema/entorno (comunicación *vs* cuerpo/psique o institución *vs* institución)». ⁴⁶ El objetivo de estas reflexiones es plantear la posibilidad de establecer obligaciones internacionales de conducta para todos los actores poderosos en el sistema internacional, lo cual responde a la «necesidad de ampliar el debate constitucional mundial más allá de las meras relaciones entre Estados, ante la violación masiva de los derechos humanos perpetrada por actores distintos al Estado» ⁴⁷ evitando la «*intensely debated but largely sterile question as to whether or not NGOs or transnational enterprises have emerged as new subjects within the international legal order*». ⁴⁸

«*International Agreement Doctrine*»

Böckstiegel defendió ya en 1971 una «*doctrina de los acuerdos internacionales*» («*international agreement doctrine*»), que partió de la hipótesis de que los acuerdos entre Estados y corporaciones llevarían a una subjetividad jurídico-internacional parcial de los actores privados. ⁴⁹ Basándose en la doctrina de la subjetividad jurídico-internacional deducida, vigente para organizaciones internacionales, se aboga por

⁴³ Rosalyn Higgins, *Problems and Process – International Law and How We Use It*, 1994, p. 50; Philip Allott, *Eunomia*, 1990, p. 372 s.

⁴⁴ Gunther Teubner, *Globale Zivilverfassung: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie* (Constitución civil mundial. Alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado), en: *ZaöRV*, 63, 2003, p. 3 ss.; en tono parecido Daniel Thürer, *The Emergence of Non-Governmental Organisations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State*, en: Rainer Hofmann (Ed.), *Non-State Actors as New Subjects of International Law*, 1999, p. 51 ss.

⁴⁵ Gunther Teubner, *Die Anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch «Private» Transnationale Akteure* (La matriz anónima: Sobre las violaciones de derechos humanos por actores «privados» transnacionales), en: *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, Deutsches und Europäisches Öffentliches Recht*, 45, 2/2006, p. 165.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 184.

⁴⁷ Gunther Teubner, *Globale Zivilverfassung: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie* (Constitución civil mundial. Alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado), en: *ZaöRV*, 63, 2003, p. 5.

⁴⁸ Daniel Thürer, *The Emergence of Non-Governmental Organisations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State*, en: Rainer Hofmann (Ed.), *Non-State Actors as New Subjects of International Law*, 1999, p. 53.

⁴⁹ Karl-Heinz Böckstiegel, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen* (El Estado como contratante de empresas privadas extranjeras), 1971.

una subjetividad jurídico-internacional de las ETN ya en el caso de la participación de un solo Estado. Esta doctrina es rechazada arguyendo que no es el reconocimiento de un estado externo lo que causa que una organización internacional sea sujeto del derecho internacional.⁵⁰ Más bien una organización internacional desenvolvería su personalidad jurídica autónoma y su capacidad de acción sólo tras la firma de un tratado fundacional por varios Estados. En este sentido algo similar debería ser válido para las empresas.

Alien Torts Claims Act

Conforme al *Aliens Torts Claims Act* (ATCA),⁵¹ una ley de 1789 vigente en los Estados Unidos, en ese país hay actores privados que en varios casos han sido sentenciados al pago de indemnizaciones por violaciones de derechos humanos.⁵² Los tribunales estadounidenses supusieron una sujeción de actores privados al derecho internacional sobre todo en los casos de crímenes de guerra, genocidio, tráfico de esclavos y trabajos forzados. No aceptaron el argumento de la ausencia de una sujeción de actores al derecho internacional. Sobre todo con respecto a crímenes internacionalmente reconocidos en el ámbito del derecho internacional consuetudinario —como genocidio, crímenes de guerra, esclavitud y piratería— el tribunal de apelación estadounidense del Second Circuit determinó en 1995 en el caso *Kadic* contra *Karadzic*, que se puede responsabilizar a actores privados por esos crímenes sin que se requiera la participación del Estado.⁵³ El tribunal del Ninth Circuit reconoció en el caso de *Unocal*, que la responsabilidad no sólo se aplica a individuos, sino también a empresas, así que se puede hacer responsables a éstas.⁵⁴ Así, en el contexto de la construcción de un oleoducto entre Birmania y Tailandia se responsabilizó a las empresas *Unocal* y *Total* por trabajos forzados, desplazamiento y asesinato de la población civil de Birmania. Otras salas del tribunal de apelación han considerado la responsabilidad de empresas como evidente.⁵⁵ El tribunal de distrito del estado de Nueva York ha analizado intensamente esta cuestión y ha respondido afirmativamente a la responsabilidad de empresas en relación con violaciones del derecho internacional consuetudinario.⁵⁶ Aunque hasta ahora la Corte Suprema no ha comentado la responsabilidad de empresas en el caso de violaciones del derecho internacional, la jurisprudencia citada se puede considerar como el inicio de una práctica

50 Epping señala con razón, que entonces un Estado tendría la facultad de revocar unilateralmente la subjetividad jurídica-internacional de una organización. Volker Epping, en: Knut Ipsen, *Völkerrecht* (derecho internacional), 2004, § 8, n.m. 15.

51 *Alien Tort Statute*, Judiciary Act of 1789, 28 U.S.C. §1350.

52 Un análisis detallado de la jurisprudencia estadounidense y una comparación con casos británicos y australianos se encuentra en: Anja Seibert-Fohr, Rüdiger Wolfrum, *Die einzelstaatliche Durchsetzung völkerrechtlicher Mindeststandards gegenüber transnationalen Unternehmen* (La imposición de estándares mínimos jurídico-internacionales a nivel de los Estados individuales ante empresas transnacionales), en: *AVR*, 43, 2005, p. 151-186.

53 *Kadic vs. Karadzic*, 70 E3d, 232 (5th Cir. 1999).

54 *John Doe I vs. Unocal*, 9th Circuit Cal. Sept. 18, 2002

55 *Wiwa et al. vs. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 226 E3d 88 (2nd Cir. 2000); *Jota vs. Texaco Inc.*, 157 E3d 153 (2nd Cir. 1998); *Bigio et al vs. The Coca-Cola Company et al.*, 239 E3d 440 (2nd Cir. 2000); *Neanal vs. Freeport-Mc Moran, Inc.*, 197 E3d (5th Cir. 1999).

56 *United States District Court, S.D. New York, The Presbyterian Church of Sudan et al. vs. Talisman Energy, Inc. et al.*, 244 Esupp. 2d, 308-319 (S.D.N.Y. 2003).

internacional en favor de la obligación directa de los actores privados con respecto a los derechos humanos.⁵⁷

V Disposiciones tipo «softlaw»

Además de los tratados internacionales los Estados y las organizaciones internacionales pueden iniciar o preparar un proceso de creación normativa internacional por la vía de las llamadas disposiciones del tipo *soft law*. Se habla de «soft law» (legislación poco severa), porque estos instrumentos jurídicos hasta ahora no tienen un carácter vinculante.⁵⁸ En este contexto se ve que la conducta de los actores en el sistema internacional se determina en forma multifacética también por mecanismos de control que no responden a los procesos tradicionales de la creación de normas jurídicas.⁵⁹

Todas estas disposiciones tienen en común su intención de comprometer a las empresas, por la vía del consenso, a respetar determinados estándares sociales y ambientales. Pero, debido a la falta de consenso político entre los Estados nacionales, estas disposiciones no prevén mecanismos de sanción. En parte —por ejemplo en las directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) o en las disposiciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)— se han introducido procedimientos de queja. Pero tampoco estos apuntan al castigo de violaciones, sino a la intermediación y a actos de conciliación. En cuanto al establecimiento de obligaciones internacionales de las empresas, la versión preliminar que redactó la Subcomisión sobre la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos, un órgano subordinado a la Comisión de Derechos Humanos —adscrita al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas—, es especialmente abarcadora y específica.⁶⁰

a) Las normas de la OIT

La Organización Internacional del Trabajo se fundó en 1919 y en 1946 adquirió el estatus de organismo especializado de las Naciones Unidas.⁶¹ Junto con los gobiernos de los 181 Estados miembros, en la OIT están representados tanto los patrones como los trabajadores. El trabajo central de la OIT consiste en establecer y mejorar los estándares laborales y sociales internacionales. Los principios fundamentales de la OIT, plasmados en diferentes convenios, son: libertad de sindicación y el derecho

57 Oliver Dörr, JA, 19/2005, p. 213.

58 Por ejemplo, las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas constituyen un caso clásico del «soft law», mientras las resoluciones del Consejo de Seguridad tienen un carácter obligatorio debido a lo plasmado en la propia Carta de las Naciones Unidas.

59 Karsten Nowrot, *Nun sag' wie hast du's mit den Global Players? Fragen an die Völkerrechtsgemeinschaft zur internationalen Rechtsstellung transnationaler Unternehmen* (¿Dime, como te posicionas ante los Global Players? Preguntas a la comunidad jurídico-internacional acerca del status jurídico internacional de empresas transnacional es), en: *Friedenswarte* 79, 1-2/2004, p. 133 s.

60 Sub-Commission resolution 2003/16 of 13 August 2003, para. 1; reproducido en: Report of the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights on its Fifty-Fifth Session, UN Doc. E/CN.4/2004/2. E/CN.4/Sub.2/2003/43 of 20 October 2003, p. 51ss.

61 Sobre la OIT en general véase: Alfred Wisskirchen, *Zeitschrift für Arbeitsrecht (Revista de Derecho Laboral)*, 34, 4/2003, p. 691.

a negociaciones colectivas, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligado, eliminación del trabajo infantil y eliminación de la discriminación en el empleo y la profesión.⁶² Mientras que los convenios de la OIT se dirigen a los Estados, la «Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales» incluye también a las empresas. El objetivo de esta Declaración tripartita de principios consiste en fomentar la contribución positiva que las empresas multinacionales pueden aportar al progreso económico y social y minimizar y resolver las dificultades a que pueden dar lugar las operaciones de estas empresas.⁶³ Todas las partes a que se refiere esta Declaración deberían respetar la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales correspondientes adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y sus principios, y contribuir a hacer realidad la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales.⁶⁴

Conforme a la constitución y al reglamento de los principios fundamentales, los miembros de la OIT tienen que elaborar informes anuales sobre el cumplimiento de sus obligaciones.⁶⁵ En caso de infringir las obligaciones asumidas en la constitución o la declaración de principios, cada miembro puede presentar una queja ante la Oficina Internacional del Trabajo⁶⁶ tanto contra Estados miembros como contra empresas. Como consecuencia se instala una comisión investigadora que elabora un informe con recomendaciones y una ruta crítica para su aplicación.⁶⁷ No obstante, los sindicatos usan más bien sus opciones de reclamación en el marco de la estructura tripartita de la OIT, ya que valoran esta posibilidad de intervención como más eficaz que el procedimiento de queja, porque se puede ejercer presión contra las empresas a través de los gobiernos nacionales.⁶⁸ Las organizaciones no gubernamentales tienen denegado el acceso a todos estos procedimientos.

62 Una relación de los convenios fundamentales se encuentra en David Buntzenbroich, *Menschenrechte und Unternehmen: transnationale Rechtswirkungen «freiwilliger» Verhaltenskodizes* (Derechos humanos y empresas: impactos jurídicos internacionales de los códigos de conducta «voluntarios»), 2007, p. 26 s. También véase: http://www.oit.org.pe/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=873&Itemid=575

63 N° 2, Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, 3ª edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 2001, en: http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2001/101B09_34_span.pdf

64 N° 8, Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social.

65 Art. 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra agosto 2003, en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/constq.htm>, n° 2, procedimientos para el manejo de divergencias en cuanto a la aplicación de la «Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social» a través de una interpretación de sus disposiciones (aprobados por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 232. sesión [Ginebra, marzo 1986]), en: http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2001/101B09_34_span.pdf

66 En este caso las normas de procedimiento de la Declaración tripartita remiten a los art. 24 y 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

67 Art. 29 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

68 Así Cornelia Heydenreich, *Viele Ansätze – wenig Kontrolle. Für multinationale Unternehmen fehlt bisher ein verbindliches Regelwerk* (Muchos enfoques – poco control. Hasta la fecha hace falta un sistema reglamentario vinculante para las empresas multinacionales), p. 1. Está disponible en: <http://www.germanwatch.org/tw/kw-inko06.pdf>

b) Las directrices de la OCDE

A pesar de que los Estados miembros de la OCDE emitieron en 1976 directrices para empresas multinacionales, explícitamente sólo se trata de recomendaciones sin carácter jurídico vinculante. Se refieren a las normas laborales fundamentales de la OIT y contienen recomendaciones dirigidas a las empresas para que respeten los derechos humanos y laborales. Asimismo contienen reglamentación sobre la protección del medio ambiente, cuestiones de los consumidores, la corrupción, los gravámenes fiscales y la publicación de información. Estas recomendaciones tienen validez sólo para empresas que tienen su sede en uno de los países signatarios y no son obligatorias.

Las normas de procedimiento de las directrices prevén un proceso de queja contra empresas individuales, a través del cual se puede reclamar el incumplimiento de las directrices y en cuyo contexto, desde 2000, también están admitidas organizaciones no gubernamentales. Cada país miembro se compromete a crear los llamados «medios de enlace nacionales» que deben divulgar las directrices y recibir los casos de queja.⁶⁹ Si se ha presentado una queja contra una empresa y aquélla merece una revisión más profunda, el medio de enlace nacional ofrece a esta empresa la posibilidad de dar su opinión y se abre un proceso de consulta.⁷⁰ En éste, el medio de enlace procura intermediar entre las partes. Por ejemplo, en el contexto de los servicios ofrecidos, y si es oportuno para los problemas a resolver, se pueden proponer procedimientos de intermediación y arbitraje que apuntan a soluciones extrajudiciales de común acuerdo, pudiendo facilitar el acceso a tales procedimientos. Conforme a las prácticas acordadas para los procesos de intermediación o arbitraje la aplicación de tales procedimientos requiere del consentimiento de las partes involucradas.⁷¹ Si las partes involucradas no logran un consenso sobre las problemáticas planteadas, el medio de enlace elabora un informe final. A diferencia de una sentencia, dicho informe no aspira a establecer claramente las responsabilidades ni tampoco contiene sanciones, y en dado caso se formulan recomendaciones para la aplicación de las directrices.⁷² El procedimiento prevé inequívocamente que el medio de enlace nacional publique una declaración, aunque en su opinión no sea necesaria una recomendación específica.

Vaguedades existen sobre todo en cuanto a la interpretación de las directrices de la OCDE, por ejemplo, en el caso de una cuestión tan relevante como hasta qué punto las empresas tienen alguna responsabilidad con respecto a sus proveedores. Por su parte las organizaciones no gubernamentales exigen una serie de mejoras: más transparencia en el trabajo de los medios de enlace, mayor control por parte de los parlamentos nacionales y revisión independiente para casos controvertidos.⁷³

69 N° I, Umsetzungsverfahren der OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen (Procedimiento de aplicación de las directrices de la OCDE para empresas multinacionales), nueva redacción 2000, resolución del Consejo de la OCDE del junio 2000; en Alemania este medio de enlace se ubica en el el Ministerio de Economía.

70 N° I.C. de las indicaciones de procedimiento, directrices de la OCDE para empresas multinacionales, nueva redacción 2000.

71 N° 17 de las explicaciones acerca de los procedimientos de aplicación de las directrices de la OCDE para empresas multinacionales.

72 N° 18 de las explicaciones acerca de los procedimientos de aplicación de las directrices de la OCDE para empresas multinacionales.

73 Cornelia Heydenreich, *loc.cit.*, p. 2.

c) Las normas de la ONU

Hasta la fecha el enfoque más prometedor para regular las obligaciones de las empresas en cuanto al cumplimiento de los derechos humanos y estándares ambientales y sociales son las «Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos».74 Su diseño quedó a cargo de la Subcomisión para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos —un órgano subordinado a la Comisión de Derechos Humanos, que por su parte está adscrita al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas— y se transmitieron en 2003 a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU para su aprobación. No obstante que su estatus sigue siendo el de un borrador no vinculante, al contrario que las disposiciones anteriormente mencionadas, están concebidas como normas vinculantes y obligatorias para fijar la responsabilidad de las empresas.75 A pesar de ello, también quedó claro a los miembros de la comisión elaboradora que en las normas de la ONU no puede recaer directamente la obligatoriedad de un tratado de derecho internacional, sino que más bien significan un paso en el camino hacia el desarrollo de «hard law» (legislación en sentido estricto) en el derecho internacional.76

Las normas constituyen la obligación de que las empresas observen los derechos humanos de primera generación, es decir, los derechos clásicos como el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la vida. Pero, también se pretende que cumplan con los derechos humanos económicos, sociales y culturales (segunda generación). Conforme a la opinión de un miembro de la comisión, David Weissbrodt, las normas de la ONU reproducen la reglamentación existente en el ámbito de los derechos humanos, del derecho laboral y ambiental y de la protección al consumidor, así como de la lucha contra la corrupción, codificando con ello derecho internacional consuetudinario.77 Con ellas no se trataría de terminar la evolución jurídica, sino que más bien las normas estarían abiertas a futuras evoluciones con respecto a la responsabilidad de las empresas. Con las normas de derechos humanos de la ONU la Subcomisión para los Derechos Humanos propuso para las ETN una responsabilidad compartida («shared responsibility») entre Estados y empresas, a través de la cual —junto con las obligaciones existentes del Estado— la responsabilidad directa de las empresas termina con esta laguna de protección.

El cumplimiento de estas obligaciones se quiere garantizar por diferentes vías.78 Por ejemplo, se compromete a las empresas a diseñar estructuras internas para asegurar y controlar el cumplimiento de las normas. Adicionalmente tienen la obligación de informar sobre medidas para la aplicación de las normas de la ONU

74 Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003).

75 David Weissbrodt/Muria Kruger, *Norms on the responsibility of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights*, en: *AJIL*, 97, p. 912.

76 *Ibid.*, p. 913 ss.

77 *Ibid.*, p. 908.

78 Véase H. 15-19 del borrador de las normas de la ONU y las exposiciones de Karsten Nowrot, *UN-Norms on the responsibility of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights. Gelungener Beitrag zur transnationalen Rechtsentwicklung oder das Ende des Global Compact? (...¿Contribución lograda para la evolución jurídica internacional o el fin del Pacto Mundial?*, en: *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, 23/2003, p. 11-21.

y, además, estas empresas se someten a la vigilancia y verificación periódicas de las Naciones Unidas.⁷⁹ Fuera de ello, las empresas tienen que ofrecer reglas de indemnización para el caso de violación de las normas. Se establece también la aplicación de las normas por tribunales nacionales e internacionales, se obliga a los Estados nacionales a crear mecanismos de sanción adecuados para el caso de violación de las normas de la ONU.⁸⁰ Con esta reglamentación la comisión no sólo quiso fijar las obligaciones de las empresas, sino también poner en claro que los propios responsables de las empresas tendrían que participar activamente en la protección de los derechos humanos.⁸¹

Las normas de la ONU fueron fuertemente criticadas, sobre todo por los representantes de las empresas y de las patronales.⁸² Los críticos acusan al grupo de trabajo que elaboró el borrador de las normas de haber mezclado en forma inadmisibles documentos del «hard law» con aquéllos del «soft law» y con otros que carecen de cualquier efectividad jurídica.⁸³ Adicionalmente, se alega que se impongan de forma inadmisibles obligaciones de conducta y de protección del Estado a actores privados.⁸⁴ Por el contrario, muchos promotores de las normas consideran que precisamente la compilación sucinta y transparente —realizada con base en documentos selectos y relevantes— de aquellas obligaciones que afectan o afectarían las actividades empresariales en cuanto al respeto, la protección y la promoción de los derechos humanos es un paso útil en la dirección correcta, que puede facilitar a las empresas responder adecuadamente a las exigencias complejas en el ámbito de los derechos humanos.⁸⁵

VI Códigos de conducta voluntarios – el Pacto Mundial

En el ámbito de las relaciones económicas internacionales se ha desarrollado toda una serie de normas y códigos de conducta por iniciativa de Estados, organizaciones internacionales e incluso por empresas privadas y organizaciones no gubernamentales (ONG), sobre todo como resultado de la discusión sobre la responsabilidad social

79 H. 15, 16 del borrador de las normas de la ONU.

80 H. 17-19 del borrador de las normas de la ONU.

81 David Weissbrodt/Muria Kruger, *Norms on the responsibility of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights*, en: *AJIL*, 97, p. 91.

82 International Chamber of Commerce, International Organisation of Employees, Joint view of the ICC and IOE on the draft «Norms on the responsibility of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights», marzo, 2004.

83 Elisabeth Strohscheid, *UN-Normen zur Unternehmensverantwortung. Schreckgespenst für die Wirtschaft oder notwendiges Instrument zur politischen Steuerung wirtschaftlicher Globalisierung?* (Las normas de la ONU sobre la responsabilidad de las empresas. ¿Horror para la iniciativa privada o instrumento necesario para el control político de la globalización económica?), en: *Vereinte Nationen*, 4/2005, pp. 138-144 (140).

84 International Chamber of Commerce, International Organisation of Employees, Joint view of the ICC and IOE on the draft «Norms on the responsibility of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights», marzo 2004, p. 8 ss.

85 Elisabeth Strohscheid, *UN-Normen zur Unternehmensverantwortung. Schreckgespenst für die Wirtschaft oder notwendiges Instrument zur politischen Steuerung wirtschaftlicher Globalisierung?* (Las normas de la ONU sobre la responsabilidad de las empresas. ¿Horror para la iniciativa privada o instrumento necesario para el control político de la globalización económica?), en: *Vereinte Nationen* 4/2005, p. 138-144 (140).

corporativa (RSC). Al principio éstos se originaron en relación con regímenes represivos como Sudáfrica y la discriminación en Irlanda del Norte.⁸⁶ De estos códigos de conducta resultan compromisos voluntarios de las empresas en las relaciones económicas internacionales.⁸⁷

Un ejemplo destacado de las múltiples iniciativas voluntarias de la Corporate Citizenship representa el «Pacto Mundial». A diferencia de las normas antes mencionadas, en el caso del Pacto Mundial no se trata de un reglamento negociado por los Estados miembros. En efecto, el establecimiento de los principios se debió fundamentalmente a la iniciativa de Kofi Annan, a la sazón secretario general de la ONU, quien señaló al Pacto Mundial como una «iniciativa que debe garantizar un crecimiento sostenible en el contexto de la globalización promoviendo un catálogo de valores de validez universal, que tienen una importancia crucial para satisfacer las necesidades socioeconómicas de todas las personas ahora y en el futuro». Con la resolución «Towards global partnership», aprobada por unanimidad a finales de 2000 por la Asamblea General de la ONU, ésta apoyó en forma general la idea de una mayor cooperación entre las Naciones Unidas y el sector privado.⁸⁸ Parte del Pacto Mundial no son primordialmente instituciones públicas, sino empresas, confederaciones de patronales y de trabajadores, y organizaciones no gubernamentales de la sociedad civil.⁸⁹ A la fecha más de 3.700 empresas han asumido los diez principios relativos a derechos humanos, estándares laborales, protección del medio ambiente y lucha contra la corrupción. A través de informes anuales, reuniones de redes y conferencias internacionales se intercambian experiencias positivas.⁹⁰ Sobre todo las organizaciones no gubernamentales hicieron desde un principio comentarios críticos sobre el Pacto Mundial. Norman Weiß señala que las ETN siempre habrían rechazado reglas y sanciones vinculantes y sólo aprobaron el Pacto Mundial, «después de que este se había convertido en un instrumento desdentado».⁹¹ A mediados de 2005 y después de reiteradas críticas se desarrollaron nuevos mecanismos de control en el marco del pacto, que en casos especialmente graves prevén incluso la posibilidad de la exclusión del mismo.⁹²

El Pacto Mundial se entiende como un foro de diálogo y aprendizaje con orientación pragmática y abierta a la integración de las empresas como coadyuvantes en el trabajo de las Naciones Unidas y sus organismos especializados en cuanto a la realización de los derechos humanos y otros intereses de la comunidad internacional

86 Elliot Schrage, *Promoting International Worker Rights Through Private Voluntary Initiatives: Public Relations or Public Policy*, 2004, p. 2 s.

87 David Bundenbroich, *Menschenrechte und Unternehmen, Transnationale Rechtswirkungen freiwilliger Verhaltenskodizes* (Derechos humanos y empresas, efectos jurídicos internacionales de códigos de conducta voluntarios), 2007, p. 17 s.

88 Véase UN-Doc.A/RES/55/215 del 21.12. 2000.

89 Véase Global Compact, Global Compact Participants, <http://unglobalcompact.org/ParticipantsAndStakeholders/index.html>

90 Global Compact, Global Compact Governance, http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/stages_of_development.html

91 Norman Weiß, *Transnationale Unternehmen – weltweite Standards? Eine Zwischenbilanz des Global Compact* (Empresas transnacional es – ¿estándares a escala mundial? Un balance interino del Pacto Mundial), *MenschenRechtsMagazin* 2/2002, p. 88.

92 Global Compact, Integrity Measures, núm. 4, <http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/integrity.html>

de Estados.⁹³ Hasta ahora las modificaciones de los principios y otras decisiones del Pacto Mundial se han introducido después de procesos consultivos transparentes con los miembros en la Cumbre de Líderes del Pacto Mundial.⁹⁴ En total todos los procedimientos del Pacto Mundial se caracterizan por una normatividad pronunciadamente pragmática y poco burocrática.

Podemos considerar que los códigos de conducta aquí señalados constituyen un indicio de que las fronteras entre los mecanismos de control obligatorio y los jurídicamente no vinculantes en el sistema internacional son cada vez más borrosa.⁹⁵ No obstante, habrá que partir de que las normas de conducta por sí solas no representan una base para fundamentar la subjetividad jurídico-internacional de empresas transnacionales y con ello la responsabilidad jurídico-internacional directa.

VII Resultado intermedio: responsabilidad directa limitada de las ETN según el derecho internacional

Hasta el momento, no se puede considerar a las ETN sujetos del derecho internacional por lo que tienen una vinculación limitada a dicho derecho. Sin embargo, se puede perseguir a sus empleados en caso de haber perpetrado delitos internacionales (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crimines de guerra). Pero en cuanto a la gran mayoría de otras violaciones de derechos humanos, ni las ETN como unidades ni sus empleados tienen una obligación directa en el marco de los respectivos convenios de derechos humanos. En consecuencia no se los puede responsabilizar por incurrir en violaciones de los derechos humanos ante tribunales internacionales o regionales de derechos humanos. Si bien hasta la fecha y conforme a la doctrina dominante no se puede hablar de un efecto directo de los derechos humanos hacia terceros, es decir, de una vinculación inmediata de actores privados a los derechos humanos, los enfoques que se presentan en la doctrina jurídico-internacional y la práctica jurisprudencial estadounidense muestran que la discusión jurídico-internacional se encuentra en movimiento y se discuten enfoques alternativos que tienen una aceptación parcial en la práctica jurídica.

93 Véase el discurso del secretario general de la ONU ante el Svenska Dagbladet's Executive Club en Estocolmo del 25 de mayo 1999, UN Press Release SG/SM/7004, y entre otros: Andreas Blüthner, *The Global Compact and the WTO «Trade and» – Implementing Universal Values in the Globalisation Process*, en: *WTO-Recht und Globalisierung*, ed. por Martin Nettesheim et al., 2003, p. 313 (323).

94 Véase David Bundenbroich, *Menschenrechte und Unternehmen, Transnationale Rechtswirkungen freiwilliger Verhaltenskodizes* (Derechos humanos y empresas, efectos jurídicos internacionales de códigos de conducta voluntarios), 2007, p. 43 s.

95 Véase Karsten Nowrot, *Nun sag' wie hast du's mit den Global Players? Fragen an die Völkerrechtsgemeinschaft zur internationalen Rechtsstellung transnationaler Unternehmen* (¿Dime, como te posionas ante los Global Players? Preguntas a la comunidad jurídico-internacional acerca del status jurídico internacional de empresas transnacionales es), en: *Friedenswarte* 79, 1-2/2004, p. 133 ss. (138 s.).

VIII La responsabilidad de los Estados ante las violaciones de derechos humanos cometidas por parte actores privados

Ante la vinculación limitada de las empresas al derecho internacional surge con más urgencia la cuestión de cómo se puede responsabilizar a los Estados con respecto a las actividades de «sus» empresas. En el caso de la conducta de una empresa transnacional que tiene su sede central en un país y viola los estándares de los derechos humanos mediante una filial en otro, se podría responsabilizar (judicial y políticamente) por las violaciones de derechos humanos cometidas por la empresa tanto al Estado de origen como al Estado huésped. Para ello se tendría que imputar la actuación privada al Estado, lo que solamente es posible bajo ciertas condiciones.

1 Los principios de la responsabilidad de los Estados

Hay disposiciones generales jurídico-internacionales de la responsabilidad de los Estados que resultan de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en La Haya, sobre todo del borrador de la International Law Commission (ILC) para un convenio de la ONU sobre la responsabilidad de los Estados.⁹⁶ Aunque el borrador del convenio de la ONU no tiene ninguna vinculatoriedad jurídico-internacional, sí resume la práctica internacional existente y por tanto se puede valorar como un indicio de la convicción jurídica vigente común de los Estados.⁹⁷ De acuerdo con ello la responsabilidad de los Estados procede si una actuación u omisión imputable al Estado viola las obligaciones jurídico-internacionales de ese Estado.⁹⁸ La consecuencia jurídica de la responsabilidad del Estado puede consistir en la reparación por el Estado violador o en el derecho a tomar contramedidas.⁹⁹

Aparte de la pregunta de cuándo ocurre un «internationally wrongful act» (acto internacionalmente ilícito), todo depende de la definición del acto imputable al Estado («act of state»¹⁰⁰). Por principio la actuación meramente privada no es imputable al Estado.¹⁰¹ En consecuencia al Estado se le imputa en primer lugar la actuación de sus órganos (Art. 5 del borrador de la ILC). El borrador del convenio regula en diferentes lugares bajo qué circunstancias procede la imputación del actuar privado. Conforme al art. 7 la acción de actores privados como órganos de una persona jurídica no pública también es imputable al Estado cuando los actores ejerzan funciones públicas, que les fueron transferidas acorde al derecho interna-

96 Responsibility of States for internationally wrongful acts (ILC – Artículos), anexo de la resolución 56/83 de la asamblea general del 12 de diciembre 2001, publicado en: C. Tomuschat, *Völkerrecht*, 2003.

97 Danwood Mzikenge Chirwa, *The Doctrine of State Responsibility as a potential Means of holding private Actors accountable for Human Rights*, en: *Melbourne Journal of International Law*, 5/2004, p. 5.

98 Art. 1 borrador de la ILC.

99 Véase caso Chorzow, PICJ Ser. A, n. 17 (1928), p. 47.

100 Knut Ipsen, en: Knut Ipsen, *Völkerrecht* (Derecho internacional), § 40, n.m. 1 ss.

101 Art. 11 borrador de la ILC; véase también Astrid Epney, *Die völkerrechtliche Verantwortung von Staaten für rechtswidriges Verhalten im Zusammenhang mit Aktionen Privater* (La responsabilidad jurídico-internacional de Estados por la actuación ilícita en el contexto de las acciones de actores privados), 199, pp. 98-134.

cional. Esta norma se aplica, por ejemplo, a la problemática de los servicios militares privados o en el caso de empresas aéreas que se encargan del transporte ilegal de detenidos.¹⁰² Por tanto, si una empresa multinacional actúa por encargo de un Estado como su «brazo alargado» cabe una imputación del acto conforme al derecho internacional.

Conforme al art. 8 del borrador de la ILC también procede la imputación de la actuación privada en los casos en que actores privados sin la transferencia oficial de funciones soberanas del Estado asumen de facto estas funciones soberanas para el Estado o si se asumen funciones cuasi-públicas como de órganos de hecho. Pero en este caso la imputación está muy condicionada.¹⁰³ Porque para efectuar la imputación conforme al art. 8 del borrador de la ILC hay que demostrar que el Estado dio instrucciones concretas para la actuación en cuestión o pudo ejercer el control directo sobre el actuar privado. En su decisión sobre las actividades paramilitares de los contras en Nicaragua, que recibieron el apoyo de Estados Unidos, la Corte Internacional estableció requisitos muy exigentes para tal imputación.¹⁰⁴ A pesar de que la CIJ consideró como probado que Estados Unidos financió al grupo rebelde de los contras, planeó sus acciones y apoyó su realización, según su opinión la actuación de dicho grupo rebelde no era imputable a Estados Unidos en el sentido jurídico-internacional.¹⁰⁵ Según la CIJ faltó la prueba de que los Estados Unidos ejercían el control efectivo sobre las actividades militares de los contras.¹⁰⁶ Sin embargo, la Corte constató que Estados Unidos violó obligaciones propias del Estado ante Nicaragua por el apoyo a ese grupo rebelde. Por tanto, una eventual responsabilidad del Estado por una actuación no pública resulta únicamente de la imputabilidad jurídico-internacional de la conducta institucional. Si bien la instancia de apelación del tribunal sobre Yugoslavia en su decisión ha reducido explícitamente los requisitos para responsabilizar a los Estados por la actuación privada y únicamente exige ejercer un control general («overall control») del Estado¹⁰⁷, con ello se gana poco con respecto a las violaciones de derechos humanos por las empresas. Porque, según esto, tampoco hay una vinculación al derecho internacional en el caso de apoyo meramente finan-

102 Así por lo menos Danwood Mzikenge Chirwa, *The Doctrine of State Responsibility as a potential Means of holding private Actors accountable for Human Rights*, en: *Melbourne Journal of International Law*, 5/2004, p. 1-36 (6), señalando al miembro de la ILC, Prof. James Crawford. Pero también la responsabilidad de los Estados por la operación de personal militar y de seguridad privados dista mucho de una aclaración definitiva, véase Miriam Saage-Maaß/Sebastian Weber, *Wer sich in Gefahr begibt, kommt darin um... – zum Einsatz privater Sicherheits- und Militärfirmen in bewaffneten Konflikten* (Quién busca el peligro, muere en ello – acerca de la misión de empresas privadas militares y de seguridad en conflictos armados), en: *Humanitäres Völkerrecht. Informationsschriften*, 20, 3/2007, p. 171-178; Chia Lehnardt, *Private Military Companies and State Responsibility*, *International Law and Justice Working Papers*, 2007/2.

103 Así George Townsend, *State Responsibility for Acts of de facto Agents*, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 14, No. 3, 1997, p. 637 ff.

104 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America) del 17 de junio de 1986, ICJ-Reports 1986, p. 14 ss.

105 El caso de Nicaragua, ICJ-Reports 1986, p. 58-63.

106 *Ibid.*, p. 64s.

107 *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, ICTJ Judgement, IT-94-1-A (15 de julio de 1999), p. 145.

ciero o de asesoría del Estado para actividades empresariales, que conllevan violaciones de derechos humanos.¹⁰⁸

2 El principio de buena vecindad y «due diligence» (deber de diligencia)

A pesar de que no se pueda imputar al Estado una actuación privada como un acto público, sí puede resultar una responsabilidad del Estado con respecto a las violaciones del derecho por actores privados. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia responsabilizó al Estado iraní por una toma de rehenes efectuada por actores privados en la embajada estadounidense en Teherán, porque Irán —infringiendo sus obligaciones— había omitido emprender medidas adecuadas, bien para evitar la ocupación de la embajada, bien para acabar con la toma de rehenes lo más pronto posible.¹⁰⁹ Según esta jurisprudencia es posible responsabilizar a un Estado por actos privados, si no ha cumplido con su deber de diligencia para evitar una violación del derecho internacional por actores privados o de reaccionar oportunamente ante tal acto infractor.

La responsabilidad de los Estados no la ocasiona el accionar privado en sí, más bien resulta de las medidas omitidas o insuficientes del Estado para evitar o castigar la violación del derecho.¹¹⁰ Sólo procede si existe un deber de protección del Estado conforme al derecho internacional. En este contexto hay que señalar, que las decisiones de la CIJ, donde aplica el concepto de «due diligence», se refirieron únicamente a casos en que se afectaron los derechos de extranjeros, el deber de neutralidad o las relaciones diplomáticas y consulares. Asimismo, cabe señalar que en cuanto a otras materias jurídicas no existe una jurisprudencia sobre la cuestión del «due diligence». Por tanto, hay que poner en duda, que realmente se trate de un principio general del derecho internacional.¹¹¹

Tampoco se puede referir al principio de la buena vecindad para la vinculación de empresas multinacionales al derecho internacional. A este principio se invoca en el contexto de impactos ambientales transfronterizos, según lo cual países vecinos tendrían la obligación de considerar debidamente el interés mutuo por un medio ambiente no contaminado. Se trata de un resultado del principio de la soberanía. Tanto el preámbulo, como el art. 74 de la Carta de las Naciones Unidas, como la Declaración de Relaciones Amigables («Friendly Relations Declaration», GA Res. 2625 XXV) incluyen una referencia a este principio. Pero hay que dudar que de esto se puedan deducir obligaciones y derechos específicos para la protección ambiental.

Cabe destacar que ambos principios sólo tienen validez entre Estados, es decir, en un juicio únicamente un Estado puede alegar ante otro Estado el principio de la buena vecindad o el «due diligence». Por ello, estos principios tienen escasa impor-

108 Así también Danwood Mzikenge Chirwa, *The Doctrine of State Responsibility as a potential Means of holding private Actors accountable for Human Rights*, en: *Melbourne Journal of International Law*, 5/2004, p. 7.

109 *United States vs. Iran*, (el caso de los rehenes en Teherán), sentencia del 24 de mayo de 1980, ICJ Reports 1980, para. 63; el caso *Corfu-Channel*, sentencia del 9 de abril de 1949, ICJ Reports 1949, p. 4, 23.

110 Véase Knut Ipsen, en: *Völkerrecht* (Derecho internacional), 2004, § 40, n.m. 33 ss.

111 Chia Lehnardt, *Private Military Companies and State Responsibility*, *International Law and Justice Working Papers*, 2/2007, p. 17.

tancia para las víctimas de violaciones de derechos humanos que aspiran a un análisis y reflexión crítica y a la reparación de la injusticia sufrida.

IX Obligaciones de protección del Estado según las disposiciones sobre derechos humanos

Se parte del principio de que todos los derechos humanos imponen obligaciones a los Estados como destinatarios de las normas en derechos humanos. Dichas obligaciones se subdividen en tres niveles: deberes de respeto, deberes de protección y deberes de cumplimiento.¹¹²

Es decir, los derechos humanos no son sólo derechos defensivos, sino también puede proceder un mandato protector del Estado. Tanto en la Convención Europea de los Derechos Humanos (CEDH) como en la Convención Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) se encuentran tales obligaciones. En el art. 2 (1) del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) se establece que los Estados tienen la obligación de «respetar» los derechos reconocidos en el pacto «y garantizarlos [...] para todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción». En el art. 2 (2) y (3) del PIDCP se obliga a los Estados miembros de transponer estos derechos en derecho nacional y a facilitar recursos jurídicos contra violaciones del derecho. Tales deberes de protección resultan también de otros tratados internacionales.¹¹³ De esto se puede deducir, que la obligación de proteger los derechos humanos abarca, por un lado, la obligación de proteger al individuo contra intromisiones de terceros en su posición jurídica, es decir, una obligación de prevenir y, por otro, de sancionar violaciones de derechos humanos cometidas, es decir, una obligación de facilitar recursos de protección jurídica.¹¹⁴

También el relator especial de la ONU John Ruggie, en su informe sobre la responsabilidad que guardan los Estados sobre las empresas y después del extenso análisis de diez tratados internacionales sobre la protección tanto de derechos humanos civiles y políticos como económicos y sociales, y de las recomendaciones y comentarios de los «treaty bodies» llega a la conclusión que una serie de tratados interna-

112 Así el relator especial de la ONU para el derecho a la alimentación en su informe a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en 2005, UN Doc. E/CN.4/2005/47; art. 2 PIDCP; *Maastricht Guidelines on Violation of Economic, Social and Cultural Rights*, en: *Human Rights Quarterly*, 20, 1998, p. 691; Sarah Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, 2004, p. 9; Schneider, *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte* (La justiciabilidad de derechos económicos, sociales y culturales), *Deutsches Institut für Menschenrechte*, 2004, p. 33.

113 Véase al respecto el informe del relator especial de la ONU John G. Ruggie, *State Responsibilities to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the United Nations' core Human Rights Treaties*. Prepared for the mandate of the Special Representative of the United Nations Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, 17 de febrero 2007, para. 7-10.

114 Danwood Mzikenge Chirwa, *The Doctrine of State Responsibility as a potential Means of holding private Actors accountable for Human Rights*, en: *Melbourne Journal of International Law*, 5/2004, p. 11; Schneider, *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte* (La justiciabilidad de derechos económicos, sociales y culturales), *Deutsches Institut für Menschenrechte*, 2004, p. 33.

cionales impone a sus Estados miembros directa o indirectamente la obligación de evitar la violación de derechos humanos por terceros.¹¹⁵

De esta forma las obligaciones con respecto a los derechos humanos no se aplican directamente a las ETN, sino indirectamente por los poderes, en cuyo territorio actúan.¹¹⁶ Por tanto, conforme a esta tendencia, se compromete en primer lugar a los Estados en cuyo territorio la empresa tiene actividades. Hay que mencionar que estos deberes de protección en un principio pueden tener validez únicamente entre la respectiva autoridad y los ciudadanos en su territorio. En cuanto a la violación de derechos humanos cometida por empresas, los Estados por principio tienen la obligación de proteger a sus ciudadanos ante tales violaciones.¹¹⁷

1 Derechos humanos de la primera generación

Indudablemente existen deberes de protección del Estado en cuanto a los derechos humanos civiles y políticos. Por ejemplo, el PIDCP norma la obligación del Estado de impedir que las ETN difulten la afiliación de sus empleados a sindicatos.¹¹⁸ Con respecto a los deberes preventivos de protección, la Comisión de Derechos Humanos (CDH) en sus Comentarios Generales (General Comments) y en diferentes contextos ha profundizado en que los Estados también deben evitar la violación de derechos humanos, por ejemplo, el derecho a la vida o el derecho a una esfera privada protegida.¹¹⁹ A pesar de que los Comentarios Generales de la Comisión de Derechos Humanos, al igual que comentarios y recomendaciones de los otros llamados «treaty bodies», no tienen una vinculatoriedad jurídico-internacional, conforme a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Estados que se han adherido a un mecanismo de derechos humanos tienen la obligación de garantizar y proteger los derechos civiles y políticos.¹²⁰ Adicionalmente, los dos tribunales establecieron que las obligaciones de los Estados en lo que se refiere a derechos humanos incluyen en el caso de violaciones de los mismos el esclarecimiento suficiente de los hechos y la puesta a disposición de una vía jurídica para la reclamación.¹²¹

115 Véase al respecto el informe del relator especial de la ONU John G. Ruggie, *State Responsibilities to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the United Nations' core Human Rights Treaties*. Prepared for the mandate of the Special Representative of the United Nations Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, 17 de febrero 2007, para. 12-17.

116 Así también Sarah Joseph, *An Overview of the Human Rights Accountability of Multinational Enterprises*, en: Menno T. Kamminga (Ed.), *Liability of multinational corporations under international law*, 2000, p. 78.

117 Al respecto y con miras a empresas privadas escribe Joseph: «In order to properly fulfil their duties to protect and ensure enjoyment of human rights, States must control private entities.»

118 Art. 22 PIDCP; art. 11 Convención Europea de Derechos Humanos.

119 Véase el panorama sobre las disposiciones de la Declaración Internacional sobre los Derechos Civiles Políticos y los comentarios del Comité de Derechos Humanos en Danwood Mzikenge Chirwa, *The Doctrine of State Responsibility as a potential Means of holding private Actors accountable for Human Rights*, en: *Melbourne Journal of International Law*, 5/2004, p. 11 s.

120 *Osman v. United Kingdom*, 23452/94, ECHR 101 (87/1997/871/10835), 28.10.1998; *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, CIDH (Ser C) No. 4, 29.07.1988.

121 *Ibid.*

2 Derechos humanos de la segunda y tercera generación

También existen deberes de protección del Estado con respecto a los derechos humanos de la llamada segunda y tercera generación, tal como están normados en el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),¹²² en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en otros convenios de la ONU. Incluyen sobre todo el derecho al trabajo, el derecho a la salud, el derecho al agua, el derecho a la educación y el derecho a la vivienda.

La justiciabilidad de estos derechos ante los Estados se pone en duda argumentando que ni el PIDESC ni otros convenios que protegen los DESC establecen un procedimiento de queja al cual las partes firmantes se hayan sometido.¹²³ Además se alega contra la posibilidad de la justiciabilidad individual de los DESC, ya que los gastos que causaría el cumplimiento de estos derechos y debido a su naturaleza éstos no serían justiciables.¹²⁴

Sin embargo, Jacob Schneider señala con razón que en el caso de los art. 2, párrafo 2 y art. 3 del PIDESC se trata de obligaciones vinculantes para los Estados que deben entrar en efecto inmediatamente. La discriminación en el ámbito de los derechos económicos y sociales ya la investigaron diferentes órganos de control de los derechos humanos en procesos de quejas individuales y con ello sí sería posible afirmar su justiciabilidad, esto es por lo menos como deber del Estado garantizar los DESC sin discriminación.¹²⁵ Además los derechos económicos y sociales son justiciables a escala internacional si existe una reclamación indirecta articulada con las garantías procesales según art. 14, párrafo 1 PIDCP. En este caso el asunto inmediato del proceso es la inobservancia de las garantías procesales fundamentales, por parte de un tribunal nacional en el marco de un juicio relacionado con derechos laborales o sociales.¹²⁶ Además, también se defiende el criterio que en cuanto a las obligaciones centrales, que resultan de los derechos particulares del pacto para los Estados firmantes, existe la presunción rebatible de su justiciabilidad.¹²⁷ Los Estados firmantes pueden rebatir esta presunción, si en el proceso ante el correspondiente órgano internacional de control demuestran haber empleado todos los recursos a su alcance para cumplir la respectiva obligación central, asignándole prioridad.

Si bien por lo general los derechos económicos, sociales y culturales más que los derechos civiles y políticos requieren medidas públicas afirmativas, en este contexto se trata únicamente de una distinción gradual y no categórica. Como ya mencionamos anteriormente, vale el principio que todos los derechos humanos, también los DESC, imponen deberes de protección a los Estados.¹²⁸ Según el criterio de la

122 Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 19.12.1966, en: UNTS Vol. 992, p. 3 ss.

123 Knut Ipsen, en: Knut Ipsen, *Völkerrecht*, 2004, §49, n.m. 14.

124 Marc Bossuyt, *La distinction juridique entre les droit civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels*, en: *Human Rights Journal*, 1975, p. 783, 790f.

125 Jacob Schneider, *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte* (La justiciabilidad de derechos económicos, sociales y culturales), *Deutsches Institut für Menschenrechte*, 2004, p. 32.

126 *Ibid.*, p. 32.

127 *Ibid.*, p. 32.

128 *Ibid.*, p. 33.

Comisión sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, CESCR), los Estados miembros del PIDESC tienen la obligación de impedir que actores privados violen los derechos normados en el pacto. Por ejemplo, en cuanto al derecho al agua, la CDESC estableció la obligación de los Estados de evitar que terceros restrinjan el acceso general y equitativo al agua.¹²⁹ Según la CDESC una omisión de tales medidas de protección puede representar una violación del derecho por el propio Estado.¹³⁰ Estas determinaciones, por sí solas, sin vinculatoriedad jurídico-internacional, se confirman gracias a una serie de decisiones de tribunales internacionales, donde se plasma el deber que tiene un Estado de proteger los DESC ante la violación cometida por terceros.

De igual manera, diferentes fallos de las cortes regionales de derechos humanos hablan en favor de la existencia de un deber de protección del Estado con respecto a la violación de los DESC por terceros. Si bien en estas decisiones las obligaciones protectoras del Estado no se deducen directamente del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales u otros convenios para la protección de los DESC, las cortes presuponen deberes de protección del Estado cuando existen violaciones típicas de los DESC por parte de actores privados. Aún cuando ubican estos deberes de protección —con cierta inconsecuencia— en los derechos humanos civiles como el derecho a una esfera privada y una vida familiar protegida, de hecho se abordan las obligaciones protectoras del Estado ante las violaciones de los DESC.

Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Guerra vs. Italy* responsabilizó al Estado italiano por haber descuidado su deber de protección, porque 150 personas resultaron heridas debido a la explosión de una fábrica de fertilizantes y sus consiguientes emisiones.¹³¹ En este incumplimiento del deber de protección, la corte vio una violación del derecho a la vida privada y familiar. Italia debería haber defendido estos derechos ante las emisiones nocivas y las explosiones.

En el caso *López Ostra vs. España* la administración local autorizó la construcción de una fábrica, cuyas emisiones causaron graves problemas de salud en los demandantes. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó la responsabilidad del Estado español por estas violaciones, porque no había cumplido suficientemente con su deber de garantizar el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 Convención Europea de Derechos Humanos).¹³²

La Comisión Africana determinó en el caso *SERAC* que el gobierno nigeriano violó el derecho de los demandantes a la salud, la vida, la alimentación, un entorno y una vivienda adecuadas y al libre acceso al bienestar y los recursos naturales, porque

129 CESCR, Substantive Issues Arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: General Comment 15: The Right to Water, UN ESCOR 29th sess, UN Doc E/C.12/2002/11 (2002). Agenda Item 3, para. 24.

130 CESCR, Substantive Issues Arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: General Comment 12: The Right to Adequate Food, UN ESCOR 29th sess, UN Doc E/C.12/1999/5 (1999), Agenda Item 7, para. 27.

131 *Guerra and Others v. Italy*, Case No. 116/1996/735/932, ECHR 1998-I, 19.02.1998.

132 *Lopez Ostra v. Spain*, Case No. 41/1993/436/515, 303-C EHCR, 09.12.1994; otras decisiones del EGMR sobre deberes de protección del Estado con respecto a los DESC. Véase Danwood Mzikenge Chirwa, *The Doctrine of State Responsibility as a potential Means of holding private Actors accountable for Human Rights*, en: *Melbourne Journal of International Law*, 5/2004, p. 24 s.

no protegió a la población nigeriana ante la violación de sus derechos por parte de las empresas petroleras.¹³³

En el caso *Yanomami vs. Brazil*¹³⁴ la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinó, entre otras cosas, que existe la obligación del Estado de facilitar atención médica preventiva y curativa, para evitar o limitar daños a la salud causados por terceros. En el caso *Mayagna (Suma) Awas Tingni Community vs. Nicaragua*¹³⁵ la Corte Interamericana de Derechos Humanos vio una violación de los deberes de protección en la omisión del gobierno de proteger los derechos de propiedad de una comunidad indígena ante la intervención de empresas extranjeras.

3 Restricción de la responsabilidad de los Estados: la prueba del «due diligence» (deber de diligencia)

Dado que el programa de obligaciones del Estado anteriormente señalado para la protección de los derechos humanos es muy extenso, según la jurisprudencia de varios tribunales internacionales no se debe responsabilizar a un Estado por cualquier violación de los derechos humanos cometida por actores privados. No es posible imputar cualquier actuación privada que afecte los derechos humanos, de una u otra forma, a órganos del Estado. De la responsabilidad que tienen los Estados con respecto al actuar de las empresas no puede derivar u originar un control absoluto de toda actividad privada para prevenir cualquier violación de derechos humanos. Tomando por sentado que sería algo inviable en la práctica, tampoco sirve a los derechos humanos exigirlos de un Estado cuyo deber es, de todos modos, «proteger» a sus ciudadanos de la perpetración de cualquier injusticia.

Un Estado tiene que asumir la responsabilidad de la violación de derechos humanos por parte de terceros privados únicamente —y únicamente en este caso comete él mismo una violación de derechos humanos— si descuidó la diligencia necesaria para cumplir con sus deberes de Estado en relación con la protección de los derechos humanos. Por tanto, hay que someter la responsabilidad de los Estados a la prueba ya descrita del «due diligence» (deber de diligencia). Determinante en este sentido fue la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*.¹³⁶ En esta decisión la Corte determinó que aún cuando no se pueda demostrar que un Estado es responsable de violaciones de derechos humanos, aunque él mismo las cometiera directamente, sigue siendo responsable por omisión; esto es, por no evitar estas violaciones con la debida diligencia o no reaccionar ante ellas. En el caso concreto la CIDH sentenció que Honduras tiene la responsabilidad directa por la desaparición de muchas personas en los años 1981-1984, ya sea porque ordenó la desaparición o porque al menos la toleró. Conforme a esta decisión un Estado tiene que emprender todas las medidas razonables para impedir violaciones de derechos humanos y además tiene que dedicarse seriamente al esclarecimiento de los crímenes. La Corte incluye entre estas

133 *The Social and Economic Rights Action Centre... v. Nigeria*, African Commission, Communication No 155/96, 27.10.2001.

134 *Yanomami Community v. Brazil*, Case No. 7615, Res 12/85, 05.05.1985.

135 *Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, IACHR (Ser. C) No 79, 31.08.2001.

136 *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, IACHR (Ser C) No. 4, 29.07.1988, p. 172.

medidas no solamente emplear recursos jurídicos, sino todas las «medidas políticas, técnico-administrativas y culturales».¹³⁷ Otros tribunales de derechos humanos se han orientado por esta regla en diferentes decisiones¹³⁸ sin clarificar una cuestión: cuándo se puede hablar de medidas suficientes.

4 El contenido de los deberes de los Estados

Orientándose en el informe del relator especial de la ONU, Ruggie, en un estudio de FoodFirst Information and Action Network (FIAN) y Brot für die Welt (Pan para el mundo) y en una investigación de amnistía internacional¹³⁹ los deberes de protección de los Estados en cuanto a la violación de derechos humanos se pueden describir de la siguiente manera:

- La obligación de dictar normas efectivas, que regulen la conducta de las empresas:¹⁴⁰ Por un lado hay que prohibir y castigar la violación de los derechos humanos (discriminación, trabajo forzoso, trabajo infantil, condiciones laborales inhumanas). Por otro hay que crear las condiciones jurídicas marco, que encaucen grandes proyectos económicos como la construcción de presas, la explotación de materias primas o la instalación de grandes centros de producción y que garanticen el respeto de los derechos humanos.
- La obligación de desarrollar mecanismos efectivos de control:¹⁴¹ Hay que establecer mecanismos de control que aseguren, por ejemplo, el cumplimiento de estándares laborales y ambientales, a la par del acceso suficiente a agua, alimentación o atención de la salud.
- La obligación de castigar violaciones de derechos humanos:¹⁴² Por un lado hay que facilitar recursos jurídicos y vías judiciales, que posibiliten la reclamación por violaciones de derechos humanos cometidas por empresas. Por otro el Estado tiene la obligación de investigar suficientemente las violaciones de derechos humanos cometidas a través de sus órganos y encaminar una sanción. Si se han violado derechos humanos políticos y civiles, los Estados tienen la obligación de facilitar recursos jurídicos oportunos u otros procedimientos para la sanción de

137 *Ibid.*, p. 175.

138 Danwood Mzikenge Chirwa, *The Doctrine of State Responsibility as a potential Means of holding private Actors accountable for Human Rights*, en: *Melbourne Journal of Internacional Law*, 5/2004, p. 24 ss.

139 Amnesty International, 05/2006_INTERN_amnesty international, Wirtschaftliche, Soziale und Kulturelle Rechte – im Überblick (Derechos económicos, sociales y culturales – una visión general), parte I, 1.6.

140 John G. Ruggie, State Responsibilities to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the United Nations' core Human Rights Treaties. Prepared for the mandate of the Special Representative of the United Nations Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, 17 de febrero 2007, para. 42-49; SERAC, African Commission, Communication No 155/96 (2001), p. 59.

141 *Osman v. United Kingdom*, 23452/94, ECHR 101, (87/1997/871/1083, 28 de octubre 1998).

142 John G. Ruggie, State Responsibilities to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the United Nations' Core Human Rights Treaties. Prepared for the mandate of the Special Representative of the United Nations Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, 17 de febrero 2007, para. 51-55.

la violación y para la reparación. De ello puede resultar tanto la obligación de iniciar un proceso penal como de dictar sanciones jurídico-administrativas, en cuyo marco se pueden demandar judicialmente las respectivas violaciones.

- La obligación de facilitar mecanismos de indemnización:¹⁴³ Las indemnizaciones se entienden aquí en un sentido amplio e incluyen tanto indemnizaciones financieras como la reparación manifiesta en disculpas públicas, modificación de leyes, la restitución de estados de posesión anteriores, etc. y la garantía que no habrán de repetirse las violaciones.
- La obligación de implementar una política económica (de fomento), que considere tanto aspectos de los derechos humanos fundamentales como la sustentabilidad social y ecológica.¹⁴⁴

Estas obligaciones se dirigen tanto al Estado donde se da la violación del derecho, como al Estado donde la empresa responsable tiene su sede central. Pero hay que subrayar que hasta la fecha estas obligaciones no tienen una vinculatoriedad jurídico-internacional. Como ya se estableció, debido a estructuras administrativas y judiciales deficientes, los Estados donde se realiza la violación del derecho frecuentemente encuentran dificultades para cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos ante empresas dispuestas a invertir. Ello no debería llevar a eximirlos de su responsabilidad. Estudios que buscan establecer el impacto que tienen los yacimientos de materias primas en las regiones de conflicto han mostrado que el impacto positivo o negativo de dichos yacimientos en una región depende en gran medida de la existencia de estructuras públicas que limiten la corrupción e instrumenten una política económica orientada al bien común.¹⁴⁵ Por tanto, es indispensable que los Estados, donde las violaciones de derechos humanos más graves son aquéllas cometidas por empresas, desarrollen condiciones marco que impidan, dificulten o, por lo menos, sancionen adecuadamente tales crímenes.

5 Derechos y obligaciones extraterritoriales de los Estados

a) Introducción

Los deberes de protección que acabamos de formular se aplican en primer lugar a los Estados en cuyo territorio actúa una empresa, es decir, por cuyo orden jurídico está sujeta a derechos y obligaciones. Las empresas se someten de diferentes formas al orden jurídico de un Estado. Una ETN se considera una empresa alemana, si tiene su sede central en Alemania. Sin embargo, una filial de esta empresa no está sometida

¹⁴³ *Ibid.*, para. 59-62.

¹⁴⁴ *Ibid.*, para. 45; Brot für die Welt, FIAN, Weed, *Germany's extraterritorial human rights obligations. Introduction and six cases studies*, October 2006, p. 12 s.; Véase también Michael Windfuhr, *State Obligations for Economic, Social and Cultural Rights in Times of Globalization*, y Fons Coomans, *Progressive Development of International Human Rights Law: The Extraterritorial Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, en: Michael Windfuhr (Ed.), *Beyond the Nation State*, Uppsala 2005, p. 12 ss. y 33 ss.

¹⁴⁵ Daniele Ganser, *Brauchen wir eine Ökonomie des Friedens? Eine Schweizer Perspektive auf die Verbindung der Wirtschaft mit Gewaltkonflikten* (¿Necesitamos una economía de paz? Una mirada suiza a la relación de la economía con conflictos violentos), en: *Friedenswarte* 2/2004, p. 143 ss.

a la jurisdicción alemana si actúa en un Estado tercero. Por tanto, es cuestionable hasta qué punto los Estados considerados huésped también tienen la obligación de proteger los derechos humanos fuera de su territorio o incluso si deberían aplicar el derecho extraterritorialmente al tenor del cumplimiento de los derechos humanos por las empresas. Contra los deberes extraterritoriales de los Estados se puede aducir el principio de soberanía de los Estados, según el cual, el territorio de un Estado por principio es intocable para otros Estados y ningún Estado debe intervenir en el territorio y las tareas soberanas de otro Estado, es decir, tampoco en la aplicación e imposición de su marco jurídico.

b) Obligaciones extraterritoriales o internacionales para la protección de los derechos humanos

En primer lugar hay que constatar, que no se deben confundir las obligaciones extraterritoriales de protección de los derechos humanos con la obligación de aplicación extraterritorial del derecho. Señalando la validez universal de los derechos humanos se establece que una restricción de la protección de los derechos humanos de un Estado dado a su territorio es inadmisibles.¹⁴⁶ Para ello se alega al texto del art. 2 (1) PIDESC, según el cual los Estados firmantes tienen la obligación de observar los derechos establecidos «en lo individual y a través de la cooperación internacional». Además, en ningún lugar se restringe la validez de los DESC al territorio de un Estado miembro.¹⁴⁷ Según el criterio de algunos comentaristas, tales obligaciones tampoco entran en conflicto con el principio de soberanía, porque no se ejercería una jurisdicción directa, sino, únicamente, se fundamentarían determinadas obligaciones de conducta.¹⁴⁸ Si bien estos autores admiten que el alcance de estas obligaciones extraterritoriales es poco claro y que, sobre todo, no existe una jurisprudencia pertinente, parten de la obligación permanente de los Estados de cumplir con su tríada obligatoria de respetar, proteger y satisfacer los derechos humanos también en el marco de su compromiso internacional.¹⁴⁹ Conforme a ello ninguna actuación del Estado —tampoco la extraterritorial en su expresión de la cooperación para el desarrollo— debería violar los derechos humanos.

De la tríada obligatoria de los derechos humanos se deducen diferentes obligaciones. Por ejemplo, de la obligación de respetar se deduce que un Estado no debería violar los DESC de un ciudadano de otro Estado decretando un embargo de

¹⁴⁶ Fons Coomans, *Some Remarks on the Extraterritorial Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, en: Fons Coomans, Menno T. Kamminga (Ed.), *Extraterritorial Applications of Human Rights Treaties*, 2006, p. 184 ss.

¹⁴⁷ Künnemann, *Extraterritorial Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, en: Fons Coomans, Menno T. Kamminga (Ed.), *Extraterritorial Applications of Human Rights Treaties*, 2006, p. 203.

¹⁴⁸ Fons Coomans, *Some Remarks on the Extraterritorial Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, en: Fons Coomans, Menno T. Kamminga (Ed.), *Extraterritorial Applications of Human Rights Treaties*, 2006, p. 186.

¹⁴⁹ Brot für die Welt, FIAN, Weed, *Germany's extraterritorial human rights obligations. Introduction and six cases studies*, October 2006, p. 11 s.

alimentos;¹⁵⁰ de la obligación de proteger se deduce el deber de los Estados de regular y controlar las empresas en cuanto a su conducta extraterritorial y, dadas las circunstancias, demandarlas incluso judicialmente si violan los derechos humanos. Adicionalmente el deber de protección arrojaría la obligación de los Estados de abogar por el respeto y el fomento de los derechos humanos en el marco de su membresía en organizaciones supranacionales como el Banco Mundial o la Organización Mundial del Comercio (OMT) y no apoyar proyectos que puedan causar violaciones de los derechos humanos.¹⁵¹ Según esto los deberes de cumplimiento conllevan la obligación de los Estados de ofrecer ayuda para el desarrollo u otras formas de apoyo financiero.¹⁵²

Las obligaciones aquí descritas afectan en algunos casos los derechos de individuos, pero por lo general afectan también las condiciones de vida generales prevalentes. Sobre todo es problemática la imposición judicial, porque hasta la fecha las obligaciones son sólo formulaciones vagas, que se consideran como posibles directrices del actuar del Estado. Así lo ven también los autores, por lo que se propone hablar más bien de directrices políticas internacionales y no de obligaciones extraterritoriales.¹⁵³

c) Aplicación extraterritorial del derecho

Por aplicación extraterritorial del derecho se entiende la aplicación que un Estado haga del derecho nacional a circunstancias que van más allá de sus propias fronteras o que hayan sucedido sin tener relación alguna con el Estado propio en el territorio de otro Estado. Por tanto, es controvertido y objeto de numerosos discursos sobre qué manera y con qué alcance un Estado conforme al derecho internacional puede aplicar su derecho nacional a situaciones fuera de su territorio.¹⁵⁴

En el contexto de la responsabilidad de las empresas transnacionales surge la problemática de la aplicación extraterritorial del derecho, en el sentido que representa una posibilidad de demandar judicialmente a empresas en Europa o Norteamérica por violaciones de derechos humanos cometidas en países del sur. De esta manera se pueden aprovechar los sistemas jurídicos relativamente bien desarrollados de los Estados del norte.

Contra el derecho resp. el deber de aplicar extraterritorialmente el derecho se puede alegar el principio territorial como manifestación de la soberanía de los

150 Fons Coomans, *Some Remarks on the Extraterritorial Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, en: Fons Coomans, Menno T. Kamminga (Ed.), *Extraterritorial Applications of Human Rights Treaties*, 2006, p. 192 s.

151 Brot für die Welt, FIAN, Weed, *Germany's extraterritorial human rights obligations in multilateral development banks. Introduction and case study of three projects in Chad, Ghana and Pakistan*, October 2006, p. 11.

152 Fons Coomans, *Some Remarks on the Extraterritorial Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, en: Fons Coomans, Menno T. Kamminga (Ed.), *Extraterritorial Applications of Human Rights Treaties*, 2006, p. 195 s.

153 *Ibid.*, p. 184.

154 Véase por ejemplo Werner Meng, *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht* (Jurisdicción extraterritorial en el derecho económico público), 1994; Karl Matthias Messen, *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, 1996; Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 1991, p. 250 ss.

Estados. En principio un Estado sólo puede ejercer funciones públicas, en el sentido de la regulación a través de la legislación, la acción administrativa o la persecución penal, ante las actividades de actores privados en su territorio. Esto también es válido en el caso de la política de derechos humanos. A pesar de ello desde hace un tiempo se ha reconocido que igualmente corresponde a la soberanía de un Estado aplicar extraterritorialmente su derecho, mientras ello no contravenga el derecho internacional.¹⁵⁵

La jurisdicción extraterritorial diferencia entre «jurisdiction to prescribe» (creación jurídica), «to adjudicate» (aplicación jurídica) y «to enforce» (ejecución jurídica). Las condiciones en las cuales los Estados pueden actuar extraterritorialmente dependen de la respectiva categoría.

Puntos de referencia fundamentales para la legislación extraterritorial, es decir, de una creación jurídica a partir de la cual legisladores nacionales pretenden regular circunstancias y conductas en otros Estados, son hasta la fecha el principio territorial y el principio de nacionalidad. Ante la política estadounidense frente Cuba, que con leyes nacionales (el llamado «Blocking Statutes») prohíbe a las filiales extranjeras de empresas estadounidenses el comercio con Cuba, parece oportuna una interpretación restrictiva. Otro ejemplo de creación jurídica extraterritorial es el establecimiento de sanciones económicas comerciales unilaterales e indirectas. Por ejemplo, el decreto «Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act 1996» conlleva la posibilidad de demandar judicialmente ante tribunales estadounidenses y negarles la visa a ciudadanos de Estados terceros que se hayan beneficiado de posesiones expropiadas por el gobierno cubano.¹⁵⁶ Problemas similares se presentan con cierta frecuencia en la aplicación jurídica de la Comunidad Europea. También Alemania ha aplicado su derecho de competencia a prácticas extranjeras restrictivas, dado que estas prácticas extranjeras entorpecían la competencia interna.¹⁵⁷ Estos ejemplos muestran claramente la problemática de la aplicación extraterritorial del derecho.

Con respecto a la aplicación extraterritorial del derecho por tribunales nacionales, en el derecho penal se reconoce que el derecho de un Estado puede aplicarse a circunstancias extraterritoriales; aún cuando en este caso se necesita un punto de referencia nacional. Por ejemplo, el derecho penal de muchos Estados ya se puede aplicar si la víctima o el inculpaado tiene la nacionalidad del Estado en cuestión, aunque el hecho haya ocurrido completamente fuera de la jurisdicción del *Homes-tate* («passive personality principle» – principio de personalidad pasiva).

155 La Corte Internacional Permanente de Justicia determinó ya en 1927 en el caso *Lotus*: «In these circumstances, all that can be required of a State is that it should not overstep the limits which international law places upon its jurisdiction; within these limits, its title to exercise jurisdiction rests on its sovereignty.» (*Turkey v. France*, PCIJ, Ser. A, No. 10, 1927). Por otro lado se constata, que los Estados solamente pueden aplicar su jurisdicción extraterritorialmente si existe una regulación internacional que les conceda derecho a ello. La primera opinión se puede considerar probablemente como dominante, pues es la que va más acorde con el principio de soberanía. Resumiendo: Oskar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 1991, p. 252.

156 Helms-Burton Act, publicado en: ILM 35 (1996), 357; véase también Iran-Lybia Sanctions Act, publicado en: ILM 35 (1996), 1273.

157 David J. Gerber, *The Extraterritorial Application of the German Anti-Trust Laws*, *AJIL*, 77, 1983, p. 756 ss.

Siempre y cuando exista tal punto de referencia, la aplicación extraterritorial del derecho puede considerarse en todo caso conforme con el derecho internacional. Con respecto a la ejecución jurídica («jurisdiction to enforce»), ésta también incluye, junto con la ejecución judicial del derecho propio, las medidas del ejecutivo, con las cuales se impone el derecho nacional ante actores extranjeros.¹⁵⁸ Se refiere por ejemplo a la revocación de licencias, de subsidios o a la retirada de convenios. En este contexto existe la clara prohibición para funcionarios extranjeros de actuar sin permiso en el territorio de otro Estado.

En el derecho penal internacional no se requiere en absoluto ningún punto de referencia. Aquí se ha impuesto el principio universal («universal jurisdiction»). En el caso de los crímenes más graves contra el derecho penal internacional también se puede decir que dichos crímenes son el punto de referencia para todos los Estados. Con buenos argumentos también se defiende el criterio según el cual el principio de derecho universal debería proceder en demandas civiles de indemnización por los más graves crímenes de derechos humanos.¹⁵⁹ Sin embargo, en Europa la Convención de Bruselas se opone a la aceptación irrestricta del principio universal en procesos civiles, ya que pone límites a la aplicación extraterritorial del derecho de los Estados miembros entre sí.¹⁶⁰ Un consenso unánime comparable al que existe sobre el derecho penal internacional todavía no existe ni en la doctrina jurídico-internacional ni la práctica internacional de los Estados.

En resumen: Por lo general se permite a los Estados una actuación extraterritorial únicamente en aquellos casos en los cuales tengan un punto de referencia legítimo. Con respecto a crímenes contra el derecho internacional, en el derecho penal se ha impuesto—junto con los principios de la territorialidad y la nacionalidad— el principio del derecho universal. Con buenos argumentos, la aplicación de este principio universal también puede justificarse para procesos de indemnización de orden civil por violaciones de los derechos humanos. Conforme a lo anterior, en un proceso penal ante tribunales nacionales se puede responsabilizar aunque no exista una relación nacional a empleados de una empresa por crímenes del derecho internacional.

d) El Alien Tort Claims Act (ATCA)

La jurisprudencia estadounidense en el contexto del Alien Torts Claims Act tiene un rol protagónico en cuanto a la aplicación extraterritorial del derecho en el ámbito del derecho civil. En el marco del ATCA extranjeros pueden presentar demandas ante tribunales estadounidenses por violaciones del derecho y pueden reclamar indemnizaciones basándose en «derecho internacional».¹⁶¹ Similar al derecho delictivo

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 257.

¹⁵⁹ Entre otros: Donald F. Donovan/Anthea Roberts, *The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction*, *AJIL*, 100, 2006, p. 142 ss. Un resumen con respecto a la jurisdicción nacional de derecho civil se encuentra en: Amnesty International, *Universal Jurisdiction – The scope of universal civil jurisdiction*, julio, 2007 (AI Index: IOR 53/008/2007).

¹⁶⁰ Para la cuestión en detalle véase: Beth Stevens, *Translatin Filártiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for Human Rights Violations*, en: *The Yale Journal of International Law*, vol. 27, 2007, p. 22 ss.

¹⁶¹ Véase el informe del Center for Constitutional Rights, *Plain Response on Attacks on the Alien Tort Claims Act (ATCA)*, disponible en <http://www.ccr.org>.

alemán, en este caso se trata de un instrumento de indemnización del derecho civil para conseguir una indemnización debido a violaciones de los derechos humanos. Si bien el ATCA posibilita la aplicación extraterritorial del derecho, al mismo tiempo establece una restricción ya que únicamente permite la demanda contra personas que residan en Estados Unidos y estén sujetas a la jurisdicción personal de tribunales estadounidenses. Además, sólo se pueden reclamar las violaciones de derechos humanos más graves como la piratería, el trabajo forzado, el genocidio, la desaparición, la tortura o la violación. El primer caso (Filartega) donde se aplicó el ATCA fue un acto de violencia policial y de tortura en el Perú.¹⁶² Dado que los policías acusados se encontraban en los Estados Unidos, se pudo iniciar un proceso contra ellos.

Ya han sido varios los procesos en los cuales, con base en el ATCA, se demandó a empresas internacionales con sede en Estados Unidos. Los tribunales estadounidenses examinaron si las empresas ofrecieron «una coadyuvancia directa y sustancial» («direct and substantial assistance»)¹⁶³ En el caso de Unocal se trataba de violaciones de derechos humanos como trabajos forzados y violación de la población burmesa, que recibió ordenes del gobierno de construir un oleoducto, que posteriormente fue utilizado por Unocal. El tribunal partió de la presunción de la posible corresponsabilidad en el caso de que dicha empresa hubiese poseído «actual or constructive knowledge» de estos sucesos y éstos hubiesen producido un «efecto sustancial en la perpetración del crimen» («substantial effect on the perpetration of the crime»)¹⁶⁴ El ATCA se aplicó en una serie de casos en los Estados Unidos que se convirtieron en hitos de su sistema jurídico. Sin embargo, aunque se trata de un fenómeno excepcional, podría significar el inicio de una práctica consuetudinaria jurídico-internacional, aunque todavía no un principio universal del derecho internacional. Aún así, no hay que subestimar la función modelo para una legislación y jurisdicción europea correspondiente.

6 Conclusión acerca de las obligaciones de los Estados

Si bien se parte de la existencia de deberes de protección del Estado en cuanto a derechos humanos políticos, y también económicos y sociales, ello representa sólo una posibilidad indirecta para combatir violaciones de derechos humanos cometidas por ETN. Aunque con demandas ante las Cortes de Derechos Humanos se puede exhortar a que los Estados controlen y regulen más intensamente las actividades económicas, en el marco del instrumental regional de derechos humanos, esto exige agotar primero la vía jurídica nacional, iniciando con ello procesos largos. En el ámbito nacional se podrían prevenir indirectamente violaciones de los derechos humanos por las empresas, si las sentencias de los tribunales de derechos humanos obligaran a los Estados a decretar las correspondientes leyes de protección y a establecer los respectivos procedimientos administrativos. En este contexto, sin embargo, habría que tomar en consideración que una aplicación extraterritorial del derecho únicamente se puede realizar en casos excepcionales.

¹⁶² Filartega v. Pena-Irala, 630 F.2d 876 (2d Cor. 1980).

¹⁶³ Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, 244 F.Supp. 2d. 289, 323-324 (2003).

¹⁶⁴ John Doe I v. Unocal, 9th Circuit Cal. Sept. 18, 2002.

En general, no se puede postular la obligación de aplicar el derecho extraterritorialmente, dado que las posibilidades de los Estados de crear una legislación más allá de sus fronteras encuentran fuertes restricciones jurídico-internacionales a causa del principio de territorialidad. A la fecha las excepciones ocurren únicamente en el derecho penal internacional. Además, se podría decir que se está tolerando una legislación nacional de indemnización como el Alien Tort Claims Act.

X Resultado

Indudablemente actores privados y sobre todo empresas transnacionales poderosas amenazan y violan derechos humanos y, ante esta situación, sólo existen instrumentos jurídicos insuficientes. En los Estados huéspedes, muchas veces una situación legal deficiente dificulta de antemano hacer responsables a las ETN. Deficiencias en el sistema judicial y la falta de voluntad política para perseguir las violaciones de derechos humanos cometidas por ETN son un elemento agravante. En los Estados de origen, los procesos conforme al derecho nacional tienen una mayor perspectiva de éxito dado que se pueden demandar las violaciones de derechos humanos conforme a la situación legal existente, en un marco de procedimientos que funcionan relativamente bien y en un ámbito de Estado de derecho. Sin embargo, también dichos procedimientos topan con límites: por un lado las leyes existentes están poco o nada concebidas para aplicarse a crímenes que involucren la violación de derechos humanos con implicaciones transnacionales, por otro surgen problemas nada fáciles en cuanto a la investigación y exposición de los hechos que fundamenten las reclamaciones. A diferencia de los entes del Estado, es prácticamente imposible obligar a las empresas a revelar procesos de decisión, la distribución de las responsabilidades y otros asuntos internos. Es tarea de las legislaciones nacionales decretar leyes que exhorten a las empresas en su territorio a mantener una conducta conforme a los derechos humanos y que faciliten la sanción de violaciones.

A escala nacional es alentador poder hacer responsables a las ETN en el marco del derecho penal internacional, lo que también incluye para algunos Estados la posibilidad de indemnización según el derecho civil. Según ello y conforme al principio de la jurisdicción universal, a responsables individuales de las ETN también se les puede responsabilizar por delitos penales que se cometieron fuera del territorio del Estado que realiza la persecución penal y, dependiendo de las respectivas características legales, aún sin contar con ningún punto de partida nacional. Presentar denuncias penales de orden jurídico-internacional es parte tanto del repertorio permanente de las organizaciones no gubernamentales como las demandas en el marco del Alien Torts Claims Act.

Partiendo de la situación jurídico-internacional vigente no es posible hablar de una vinculación amplia de las ETN a normas mínimas de derechos humanos, que facilitarían a personas particulares responsabilizar a empresas en el ámbito internacional. Aún así, es posible percibir en teoría y práctica las primeras tendencias de establecer una amplia vinculación jurídico-internacional de las ETN a los estándares en materia de derechos humanos. Haciendo referencia a la posición dominante que las ETN tienen de facto en el sistema internacional o basándose en la renuncia completa al concepto de subjetividad jurídico-internacional, algunos autores intentan incluir a los actores privados en las obligaciones tradicionalmente reser-

vadas para los Estados en lo que a los derechos humanos se refiere. En el caso de la jurisdicción estadounidense y en el marco del Alien Torts Claims Act, se establece responsabilidad directa para actores privados en el caso de crímenes graves según el derecho internacional.

Los deberes de protección de los Estados nacionales también ofrecen la posibilidad indirecta de lograr una mayor vinculación jurídica de las empresas a los derechos humanos. En efecto, mediante demandas contra los Estados, éstos pueden ser obligados a ejercer mayor control sobre la conducta en derechos humanos o crear las condiciones legales marco. Si bien estas obligaciones de los Estados existen sin duda alguna con respecto a los derechos civiles y políticos, es más difícil determinar el contenido de estas obligaciones en el ámbito de los derechos humanos económicos y sociales.

En suma, dado que el derecho en el ámbito aquí investigado toca sus límites, la aclaración y persecución de las violaciones de derechos humanos por empresas exige —además de la vía jurídica— incluir mecanismos políticos, económicos y sociales.

Estudios de caso

I Botnia vs Uruguay

1 Descripción de los hechos

Desde 2003 se ha venido generando un conflicto debido a la construcción y operación de una planta de celulosa edificada en las márgenes del Río Uruguay, en territorio uruguayo, y que afecta las relaciones entre Uruguay y Argentina. A pesar de protestas multitudinarias, en noviembre de 2007 se inició la producción en la fábrica. El proyecto que asciende a 820 millones de euros es una de las inversiones extranjeras más grandes que se han realizado en el Uruguay hasta la fecha. En cuanto a los inversores, se trata de un consorcio finlandés fabricante de celulosa y papel, el M-real Oyj, de Metsäliitto Osuuskunta, y de UPM-Kymmene Oyj, propietarios de Oy Metsä-Botnia AB, una de las empresas europeas más grandes de la industria maderera. Según publicaciones aparecidas en los medios, el proyecto iba a generar hasta 600 puestos de trabajo e incrementar la tasa de exportación del Uruguay en 15 por ciento.¹⁶⁵ Los conflictos en torno a la planta de celulosa en las márgenes del Río Uruguay, fronterizo con Argentina, no se dan sólo en el ámbito diplomático entre los gobiernos argentino y uruguayo. En efecto, del lado argentino se formó una amplia coalición de ciudadanos y organizaciones ambientales contra el proyecto. Por su parte en el Uruguay también enfrenta duras críticas.¹⁶⁶ El conflicto se hizo más explosivo cuando en agosto 2007, durante un ensayo de operación de la fábrica, ocurrieron varios accidentes en una de las plantas de celulosa y los gases liberados intoxicaron por lo menos a 18 personas.^{167,168} Aún así,

¹⁶⁵ *International Herald Tribune*, Thousands of Argentines protest planned startup of Uruguayan pulp plant, 10.11.2007, <http://www.iht.com/articles/ap/2007/11/10/america/LA-GEN-Argentina-Paper-Plant-Feud.php>; cnn international / world, Thousands of Argentines protest Uruguayan pulp plant, 11.11.2007 <http://www.cnn.com/2007/WORLD/americas/11/11/argentina.protest.ap./index.html>.

¹⁶⁶ Stefan Thimmel, Der Boom des schmutzigen Papiers. Die Konflikte um die Zellstoffindustrie in Lateinamerika (El auge del papel sucio. Los conflictos acerca de la industria celulosa en Latinoamérica). En: *Lateinamerika-Jahrbuch 31: Rohstoffboom mit Risiken* (Auge de materias primas con riesgos), 2007, p. 105-114.

¹⁶⁷ Terra Actualidad, Obreros paralizan trabajos de Botnia tras estar expuestos a tóxicos, 17.08.2007, http://actualidad.terra.es/nacional/articulo/obreros_botnia_paralizan_trabajosestar_1786128.htm.

¹⁶⁸ *International Herald Tribune* habla de 20 mil manifestantes: Thousands of Argentines protest planned startup of Uruguayan pulp plant, 10.11.2007.

la fabrica inició operaciones el 9 de noviembre de 2007 y desde entonces ha habido seis casos de averías.¹⁶⁹

a) Antecedentes del conflicto

El Río Uruguay tiene importancia económica tanto para Uruguay como para Argentina. Su explotación por las dos partes está regulada por un tratado jurídico-internacional, el Tratado del Río Uruguay de 1975. En éste las partes firmantes se comprometen a proteger la calidad del agua, es decir, no afectarla negativamente.¹⁷⁰ Adicionalmente, el tratado establece un procedimiento de consulta en caso de que uno de los dos Estados ribereños planee proyectos que podrían afectar al Río Uruguay.¹⁷¹ Este procedimiento se aplica sobre todo a la explotación industrial del agua del río.¹⁷²

En octubre de 2003 la empresa española Grupo Empresarial ENCE S.A. (ENCE)¹⁷³ obtuvo la autorización del gobierno uruguayo para construir una planta productora de celulosa cerca de la localidad de Fray Bentos (Uruguay) en la margen oriental del Río Uruguay. Ante esto, el gobierno argentino declaró que no fue informado con anterioridad sobre el proyecto. En febrero de 2005 se otorgó el permiso de construcción, igualmente para una fábrica de celulosa, en este caso a otro consorcio europeo, la empresa finlandesa Botnia,¹⁷⁴ cinco kilómetros río arriba de Fray Bentos. Sin embargo, en septiembre de 2006 ENCE desistió de construir su planta argumentando que no podría haber dos instalaciones productoras de celulosa con una cercanía inmediata.¹⁷⁵ La retirada de ENCE estuvo precedida por una reunión del presidente de la junta directiva de la empresa, Juan Luis Arregui, con autoridades argentinas en junio de 2006,¹⁷⁶ lo que la opinión pública interpretó como una respuesta ante las presiones ejercidas por el gobierno de Kirchner.¹⁷⁷

ENCE y Botnia pertenecen al grupo de las grandes empresas multinacionales en el sector de la producción de celulosa. Desde el decenio de 1980 la empresa española ENCE tiene varias plantas de producción en Uruguay. La empresa finlandesa Botnia, fundada en 1973, anteriormente producía sobre todo en la región escandinava.¹⁷⁸ Se

¹⁶⁹ Laura Vales, A Botnia se le quemaron los papeles, en *El País*, Montevideo, 31.01.2008.

¹⁷⁰ Art. 35 del Estatuto del Río Uruguay, firmado en Salto el 26 de febrero de 1975, United Nation Treaty Series, Vol. 1295, No. 21425, p. 339-347.

¹⁷¹ Art. 7-12 Estatuto del Río Uruguay.

¹⁷² Art. 27-28 Estatuto del Río Uruguay.

¹⁷³ Véase: <http://ence.es/>

¹⁷⁴ Véase: <http://metsabotnia.com/en/>

¹⁷⁵ Boletín de prensa del gobierno uruguayo: ENCE se queda; estudia reubicar su planta, http://www.presidencia.gob.uy/_web/noticias/2006/09/2006092109.htm

¹⁷⁶ *La Nación*, ENCE desistió de construir su planta en Fray Bentos, 21.09.2006. <http://www.lanacion.com.ar/842334>

¹⁷⁷ *Economist*, Argentina and Uruguay, 5.10.2006, http://economist.com/world/la/displaystory.cfm?story_id=8001376

¹⁷⁸ A Botnia se le vincula entre otras cosas con un escándalo ambiental en Joutseno (Finlandia) en las márgenes del Río Saimaa. En 2003 7.500 metros cúbicos de sustancias nocivas vertidas por la fábrica de celulosa de Botnia contaminaron el Río Saimaa, véase Antonio Graziano, *Südamerika: Streit unter Nachbarn* (Suramérica: pleito entre vecinos), *Cafébabel.com*, <http://www.cafebabel.com/de/article.asp?T=T&Id=9578>

estima que anualmente se producirá un millón de toneladas de celulosa a partir de eucaliptos y de pinos en la planta uruguaya de Botnia.¹⁷⁹

Con la apertura de una fábrica en Suramérica, la empresa sigue la tendencia de la economía mundial, es decir, como consecuencia de la globalización de los mercados la producción de celulosa se ha trasladado de América del Norte y Europa a América Latina y Asia. Se espera que la exportación de celulosa desde Suramérica aumente en 70 por ciento en el transcurso de este decenio.¹⁸⁰ El auge de la celulosa se fortalece con el desarrollo económico de China y Rusia y con el consumo de papel en Europa y América del Norte, donde sigue en aumento. Como comprador principal de celulosa se mantiene Europa con 60 por ciento.¹⁸¹

En declaraciones hechas por la propia Botnia, ésta se compromete al manejo responsable del recurso maderable y propaga una política ambiental sustentable comprometida con la responsabilidad social corporativa.¹⁸² Sobre todo, Botnia dice emplear exclusivamente procesos de producción no dañinos para el medio ambiente, que responden a estándares europeos e internacionales.¹⁸³ Sin embargo, la crítica que precisamente se le hace a su proyecto en el Uruguay es el aspecto de la sustentabilidad social y ambiental: la crítica se dirige ante todo contra el procesamiento de madera de plantaciones uruguayas de eucalipto y contra el uso de la llamada tecnología ECF en la producción de celulosa.¹⁸⁴

Por su rápido crecimiento los eucaliptos son propicios a la transformación industrial de la madera. Pero las plantaciones de eucaliptos afectan fuertemente el nivel de la capa freática por su gran consumo de agua¹⁸⁵, lo que tiene amplias consecuencias para el sistema ecológico y la agricultura tradicional, que se hace imposible en las tierras alledañas. Muchas veces los resultados son el desplazamiento de comunidades y la destrucción de las relaciones sociales. Además, una vez plantadas, la renaturaliza-

179 Christian Thiele, Mehr als ein Papierkrieg (Más que una guerra de papel), en: *Das Parlament*, 2006, <http://www.bundestag.de/cgi-bin/druck.pl?N=parlament>

180 Paula Brufman, Der Zelluloseboom. Schauplatz Südamerika (El auge de la celulosa. Escenario Suramérica), *ILA – Zeitschrift der Informationsstelle Lateinamerika*, noviembre 2007, p. 8-9.

181 Thimmel, Stefan, Der Boom des schmutzigen Papiers. Die Konflikte um die Zellstoffindustrie in Lateinamerika (El auge del papel sucio. Los conflictos acerca de la industria celulosa en Latinoamérica). En: *Lateinamerika-Jahrbuch 31: Rohstoffboom mit Risiken* (Auge de materias primas con riesgos), 2007, p. 105-114 (105). De acuerdo con los datos de Thimmel, en Alemania se consume tanto papel como en todo el continente africano y latinoamericano juntos. Desde 1950 la demanda se ha multiplicado por siete. Según Thimmel, actualmente los alemanes consumen anualmente 233 kilogramos por persona, mientras que la tasa anual de crecimiento es del tres por ciento.

182 Véase: <http://www.botnia.com/en/default.asp?path=204,208,225,227>

183 Véase: <http://www.botnia.com/en/default.asp?path=204,215,263>

184 Acerca de la problemática de los «desiertos verdes» véase: María Selva Ortiz *et al.* (Ed.), *Entre el desierto verde y el país productivo. El modelo forestal en Uruguay y el Cono sur*, 2005.

185 Las raíces de los árboles penetran profundamente y absorben del suelo hasta 120 litros de agua por día, lo que reduce el nivel de la capa freática drásticamente en cuestión de años. Véase: Beate Schmid, Grüne Wüsten und Verschmutzte Flüsse. Uruguays neue Regierung setzt weiter auf Forstplantagen und Zellulosefabriken (Desiertos verdes y ríos contaminados. El nuevo gobierno de Uruguay sigue apostando por plantaciones forestales y fábricas de celulosa), en: *Lateinamerikanachrichten* 380, febrero 2006; <http://www.lateinamerikanachrichten.de/?/artikel/796.html>

ción o el regreso al estado original de las plantaciones de eucaliptos requiere recursos financieros enormes. A esto hay que añadir que las plantaciones de eucaliptos presentan las deficiencias típicas de los monocultivos: falta de nutrientes en el suelo y una alta susceptibilidad a la invasión por parásitos, lo que hace necesario el empleo masivo de plaguicidas.¹⁸⁶

Asimismo, la tecnología ECF de descoloramiento, que se usa en la fábrica de celulosa de Botnia, es delicada por razones de salud. Para blanquear el papel hecho con fibras frescas se pueden emplear diferentes procesos de descoloramiento que tienen diferentes efectos sobre el medio ambiente. El blanqueo con el proceso elemental libre de cloro (ECF) pertenece —junto al blanqueo totalmente libre de cloro (TCF)— a los procesos más modernos de blanqueo. En el procedimiento ECF se usan secuencias de blanqueo combinadas con compuestos de cloro (dióxido de cloro) y un blanqueo libre de cloro, mientras en el procedimiento TCF se prescinde del cloro y de compuestos de cloro. En su lugar se blanquea con oxígeno, peróxido de hidrógeno y ozono. En Europa se usan los dos procesos.¹⁸⁷

En octubre 2006, en su evaluación del proyecto, la Corporación Financiera Internacional (o IFC por siglas en inglés), una filial del Banco Mundial y una de las proveedoras de fondos más importantes para el proyecto de Botnia, y la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (o MIGA por sus siglas en inglés), igualmente parte del Banco Mundial, llegaron a la conclusión que los impactos ambientales de la producción de celulosa, sobre todo en la calidad del aire y del agua, son inofensivos y que se respetan los estándares acordados entre la Argentina y el Uruguay.¹⁸⁸ Asimismo,

186 Muchos propietarios de colmenas en Uruguay, que es país exportador de miel, perdieron su fuente de ingreso por los monocultivos, porque la Unión Europea solamente acepta miel que se produzca a una distancia de por lo menos 100 kilómetros de plantaciones forestales.

187 Entre los expertos hay diferentes opiniones con respecto a cuál de los dos procesos es preferible desde el punto de vista ecológico. Unos consideran el criterio de la composición química de las aguas residuales que descargan las plantas que utilizan TCF y ECF y las diferencias en numerosos parámetros con relevancia ambiental. De acuerdo con esto, no es posible detectar diferencias significativas en cuanto a efectos biológicos en el agua (sistema ecológico acuático). Por tanto se tendría que sostener que entre plantas modernas de celulosa, que usan TCF o ECF, no hay ninguna o poca diferencia con respecto a impactos ambientales. Determinante para la decisión más ecológica entre celulosa TCF o ECF es más bien aplicar la mejor tecnología posible en la planta de celulosa. Información detallada al respecto darían únicamente auditorías ecológicas realizadas a nivel de cada fábrica concreta. Véase: Förderverein für umweltverträgliche Papiere und Büroökologie Schweiz (FUPS) (Ed.), *Ratgeber Papier* (Guía papel), primera impresión, 2001. http://www.fups.ch/pdf/ratgeber_2001.pdf

188 International Finance Corporation, Cumulative Impact Study. Uruguay Pulp Mills, September 2006, p. 156 s., [http://www.ifc.org/ifcext/lac.nsf/AttachmentsByTitle/Uruguay_CIS_Oct2006/\\$FILE/Uruguay_CIS_Oct2006.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/lac.nsf/AttachmentsByTitle/Uruguay_CIS_Oct2006/$FILE/Uruguay_CIS_Oct2006.pdf).

Este estudio es una versión revisada de un primer estudio que fue criticado por ser demasiado parcial y confrontado con diferentes contrainformes (véa Independent Environment Assessment en: <http://www.cedha.org.ar/es/iniciativas/celulosa/>). Sin embargo, el Centro de Derechos Humanos y Ambiente (CEDHA) critica también el proceso de elaboración de este informe (CIS) y su contenido. Apunta que como anteriormente los derechos de los ribereños afectados no habían sido tomado en cuenta lo suficiente ni que éstos habían sido involucrados adecuadamente en la elaboración del estudio y también que el análisis de la problemática era parcial. Véase <http://www.cedha.org.ar/es/iniciativas/celulosa/carta-ifc-oct-2005.pdf> ; http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/letter-cedha-ifc-feb-23-spa.pdf

concluyeron que el proyecto merece apoyo ya que afecta positivamente al desarrollo del Uruguay, ante todo a su industria de la transformación y sus exportaciones, lo cual impactaría la tasa de empleo y de la productividad (BIP), mejorándolas considerablemente.¹⁸⁹ Esta conclusión de la IFC contradice un informe del propio Banco Mundial que —por motivos ambientales— reprueba el proceso ECF en la producción de la celulosa y aboga por dar preferencia al uso de la llamada tecnología TCF, totalmente libre cloro.¹⁹⁰

Por su parte, en el lado argentino se critica el estudio de la IFC por su parcialidad, ya que se consideran únicamente los argumentos e intereses de Botnia y de los promotores del proyecto, mientras no se da voz a los afectados argentinos.¹⁹¹ Sobre todo los datos usados para la elaboración del estudio carecen de valor informativo, cualitativa ni cuantitativamente hablando. Faltan datos comparativos con valor informativo y los conceptos teóricos —de los cuales se había partido para hacer el análisis de los datos— no son adecuados para reflejar la realidad del Uruguay.¹⁹² Se temen graves consecuencias para el ecosistema del río, causadas por lluvia ácida, calentamiento del agua y contaminación del aire. Los críticos del proyecto se apoyaron en diferentes dictámenes, entre otros de la Universidad de Córdoba.¹⁹³ No sólo el ambiente natural del Río Uruguay corre riesgos, sino también la industria del turismo en el popular balneario argentino de Gualeguaychú, que representa una de las principales fuentes de ingresos para la región. Adicionalmente la agricultura estará expuesta a graves perjuicios.¹⁹⁴

Una queja contra las valoraciones de la IFC, interpuesta ante el Compliance Advisor Ombudsman del Banco Mundial, tuvo éxito en el sentido que el ombudsman determinó en febrero de 2006 que la IFC, hasta esa fecha, no había considerado suficientemente los derechos de la población (argentina) afectada y que, en el futuro, los procesos de toma de decisiones dentro de la IFC deberían ser más transparentes; además, en el caso de informaciones y documentos importantes su acceso debería quedar libre al escrutinio público.¹⁹⁵ Pero las determinaciones no tuvieron efecto alguno sobre el proceso de autorización de los créditos del Banco Mundial. Dado que el proyecto se financió en 40 por ciento con créditos externos, el dictamen y la

189 International Finance Corporation. World Bank Group, Summary of Project Information (SPI), <http://www.ifc.org/ifcext/spiwebsite1.nsf/2bc34f011b50ff6e85256a550073ff1c/5939b838e724dc8b85256fe900536c0?opendocument>

190 World Bank Pollution Prevention and Abatement Handbook: Pulp and Paper Mills, 1998, p. 395 s.

191 CEDHA, 10 reasons to oppose, http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/10-reasons-oppose-botnia-pulp-mil.pdf

192 Marcelo Enrique Conti, Exposición, en: Fundación Heinrich Böll, Papel para el Mundo. Problemas para la Región. ¿Producción sustentable de la pulpa de papel o pulp fiction en América Latina? El caso de Fray Bentos, Conferencia, Parlamento Europeo, 16.05.2007, Bruselas, Diciembre 2007, p. 5 s.

193 Estos dictámenes se encuentran, por ejemplo, en la página web del CEDHA.

194 Grupo Guayabira, *Las razones para exigir la suspensión de la forestación. Impactos de un modelo forestal negativo*, 2007.

195 Office of the Compliance Advisor/Ombudsman. International Finance Corporation. Multilateral Investment Guarantee Agency, *CAO of IFC's and MIGA's Due Diligence for two Pulp Mills in Uruguay. Final Report*, February 22, 2006, p. 29 ss.

autorización de financiamiento de las filiales del Banco Mundial adquirieron una importancia crucial.¹⁹⁶

En enero de 2008 se elaboró otro estudio sobre los impactos de la planta de celulosa de Botnia, que estuvo a cargo de Green Cross en cooperación con universidades argentinas. La conclusión a la que llegó fue que, a la fecha, la producción de la celulosa no había tenido un efecto grave sobre la calidad del aire.¹⁹⁷ Sin embargo, los resultados del estudio son igualmente controvertidos. Por ejemplo, un representante de la institución pública argentina de investigación, Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI), critica que el estudio utilizó parámetros erróneos y por ello llegó a valores inofensivos.¹⁹⁸

Representantes de Botnia enfrentaron la crítica en el marco de una conferencia del Parlamento Europeo en mayo de 2007.¹⁹⁹ En dicho evento, la representante de Botnia subrayó que la tecnología usada en Uruguay responde a los estándares europeos y que, además, desde el principio del proyecto se había cooperado con las autoridades uruguayas y cumplido con todos los requisitos exigidos por esa parte. Adicionalmente, Botnia había hecho esfuerzos de incluir organizaciones no gubernamentales locales en los foros de información organizados por Botnia, sin embargo, éstas habían rechazado su participación.

b) Primeras acciones de protesta en la primavera de 2005

A finales de abril de 2005 se realizaron por primera vez acciones de protesta en el lado argentino. Entre 10 y 20 mil personas bloquearon el puente que comunica la localidad uruguaya de Fray Bentos con el balneario argentino Gualeguaychú, que se encuentra a 30 km de la planta productora de celulosa, resultando así directamente afectado por ella. A estas protestas siguieron muchas más y bloqueos de carreteras de acceso y de puentes entre Argentina y Uruguay; el bloqueo más largo se mantiene desde noviembre de 2006.²⁰⁰ En octubre de 2007 se realizó por primera vez un encuentro

196 Las siguientes fuentes de recursos públicos contribuyen al financiamiento del proyecto: 170 millones de dólares de la International Finance Corporation (IFC); 350 millones de dólares como garantía de la Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA); 100 millones de dólares como reaseguro de Finnvera para la garantía de MIGA; 70 millones de dólares del Nordic Investment Bank; 230 millones de dólares como garantía de crédito para compradores de Finnvera; 7 millones de dólares de Finnfund para Forestal Oriental, la filial de Botnia, que tiene las plantaciones. Véase: Chris Lang, Ein Riesenverlustgeschäft (Un enorme negocio ruinoso), en: *ILA – Zeitschrift der Informationsstelle Lateinamerika*, nov. 2007, p. 22.

197 Green Cross Argentina investigates environmental impact of Botnia papermill, 22.1.2008, <http://www.gci.ch/index.htm>.

198 *La República*, Organismo oficial argentino descalifica informe de Green Cross, 23.01.08. <http://www.larepublica.com.uy/politica/295151-argentina-descalifica-informe-sobre-botnia>

199 Kaisu Annala, Exposición, en: Fundación Heinrich Böll, Papel para el Mundo. Problemas para la Región. ¿Producción sustentable de la pulpa de papel o pulp fiction en América Latina? El caso de Fray Bentos, Conferencia, Parlamento Europeo, 16.05.2007, Bruselas, Diciembre 2007, p. 4.

200 Véase la crónica de las protestas en: <http://www.mundoandino.com/Argentina/Cellulose-plant-conflict-between-Argentina-and-Uruguay>

entre el movimiento de protesta uruguayo y el argentino, que llevó a la creación de la Asamblea Regional Argentina-Uruguay.²⁰¹

Estos bloqueos y manifestaciones adquirieron una dimensión diplomática, cuando el gobernador de la provincia argentina de Entre Ríos, Jorge Busti, se solidarizó con las protestas y el entonces ministro argentino del exterior, Rafael Bielsa, visitó el balneario argentino Gualaguaychú. Los intentos de conciliación por parte del rey español no han tenido éxito hasta la fecha. Con motivo del inicio de las operaciones de la fábrica de Botnia el 9 de noviembre de 2007 hubo un nuevo escándalo diplomático entre el entonces presidente Néstor Kirchner y el presidente uruguayo Tabaré Vázquez.²⁰²

En el lado argentino las acciones de protesta son organizadas y coordinadas por iniciativa de la Asamblea Ciudadana Ambiente de Gualaguaychú.²⁰³ En el ámbito jurídico el Centro de Derechos Humanos y Ambiente (CEDHA) representa a la organización. En cooperación con otras organizaciones, el CEDHA interpuso una queja ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, tres quejas ante la OCDE, una queja ante el Compliance Advisor/Ombudsman de la IFC y una denuncia penal contra los ejecutivos de Botnia en Argentina. Señalando los riesgos ecológicos y sociales de la construcción de la planta de papel, el CEDHA además exhortó a otras empresas financieras que consideraban dar financiamiento para el proyecto a que cumplieran sus compromisos voluntariamente asumidos, los llamados Principios Equator (Equator Principles).^{204, 205} A otras empresas financieras que no se adhirieron a los Principios Equator también fueron exhortadas a no apoyar el proyecto de Botnia.²⁰⁶

Paralelamente a las quejas ante la OCDE contra los institutos de crédito Finnvera y Nordea, el CEDHA pidió a los ministerios finlandeses de medio ambiente y de economía, y al ministerio sueco de cooperación al desarrollo información sobre el

201 La Vaca, Ist Gualaguaychú ansteckend? Gemeinsamer argentinisch-uruguayischer Protest gegen Zellulosefabrik (¿Contagia Gualaguaychú? Protesta compartida argentino-uruguayo contra fábrica de celulosa), en: *ILA – Zeitschrift der Informationsstelle Lateinamerika*, noviembre 2007, p. 20.

202 Stefan Thimmel, Papier aus dem Süden (Papel del sur), *Lateinamerika-Nachrichten* 403, enero 2008; Kirchner dijo, que Uruguay había acuchillado al pueblo argentino por la espalda. Según: CEDHA, *Dramatic Weekend Unfolds as Uruguay Issues Operating Permit to Botnia*, 12.11.2007, http://www.cedha.org.ar/en/more_information/dramatic.php

203 *International Herald Tribune*, 10.11.2007, <http://www.ihf.com/articles/ap/2007/11/10/america/LA-GEN-Argentina-Paper-Plant-Feud.php> .

204 En verano 2006 se elaboró una nueva versión de los Principios Equator, que fueron asumidos por 33 instituciones financieras. Con ello, los bancos participantes se comprometen con un código de estándares de orden ambiental y social más amplio. La nueva versión de los Principios Equator determina el marco para aspectos ambientales y sociales en el financiamiento de proyectos. Los firmantes se comprometen a financiar únicamente aquellos proyectos que cumplan con estos principios. El reconocimiento de los Principios Equator obliga al mismo tiempo a las instituciones financieras a integrar esos principios en los procesos de control de negocios y de riesgos. <http://www.equator-principles.com/>

205 Equator Principles, Compliance Complaint regarding proposed pulp paper mill investment in Fray Bentos Uruguay from the Center for Human Rights and Environment to ING of the Netherlands, http://cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/complaint-letter-to-ing-eng.pdf

206 Véase: http://cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/letter-sovereign-risk-insurance.pdf

apoyo que el sector público dio al proyecto y sobre investigaciones hechas sobre el impacto ambiental y social del proyecto. En este contexto el CEDHA invocó el Convenio de Aarhus sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision Making and Access to Justice in Environmental Matters).²⁰⁷ El gobierno finlandés rechazó dar la información con el argumento que el otorgamiento de garantías para el comercio exterior era exclusivamente responsabilidad de la empresa independiente Finnvera y que el gobierno no podía intervenir en sus prácticas de otorgamiento de créditos y garantías.²⁰⁸ La propia Finnvera remitió a documentos publicados en la red y contestó a las 19 preguntas hechas por el CEDHA sólo en forma fragmentaria.²⁰⁹

Adicionalmente el secretariado de la Convención de Ramsar²¹⁰ expresó su preocupación sobre las consecuencias del proyecto de Botnia para el ecosistema del Río Uruguay en cartas al gobierno Uruguayo y a la IFC.²¹¹

En el lado uruguayo existen únicamente resistencia y protestas esporádicas y aisladas contra la fábrica de Botnia.²¹² Junto con la esperada contaminación ambiental ocasionada por las plantas de celulosa, la mayor preocupación de los

-
- 207** El Convenio de Aarhus, que debe su nombre a la ciudad danesa de Aarhus, donde se firmó en junio de 1998, constituye el primer tratado del derecho internacional que adjudica a cada persona derechos para la protección ambiental, los cuales consisten en el derecho a la información sobre cuestiones ambientales, el derecho a participar en procesos administrativos de proyectos que tengan impactos ambientales y el derecho a interponer demandas contra impactos ambientales. Lo último también es válido para la preservación de la calidad de vida de generaciones futuras. <http://www.aarhus-konvention.de/>; <http://www.unece.org/env/pp/>
- 208** Ministry of the Environment, Informal translation into English of the letter YM13/29/2006 of 20 April 2006, http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/reply-finland-ministry-of-environment.pdf
- 209** FINNVERA, Informal translation into English of the letter of April 2006, http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/finnvera-reply.pdf
- 210** La Convención de Ramsar es el nombre del tratado sobre los humedales de importancia internacional, especialmente como espacio de vida para aves acuáticas y limícolas, a iniciativa de la UNESCO. El Convenio se firmó el 2 de febrero de 1971 y entró en vigencia en 1975. Es uno de los tratados internacionales más antiguos sobre la protección del medio ambiente. Las partes firmantes tienen que cumplir con cuatro ámbitos centrales: protección de humedales, promoción de la cooperación internacional para la protección de humedales, promoción del intercambio de información sobre la protección de humedales y el apoyo al trabajo del Convenio. El Convenio obliga a los Estados adherentes a tomar medidas oportunas y conservar la biodiversidad en las áreas señaladas. No se pretende la prohibición completa de su explotación —algo además difícilmente viable para muchos de los Estados más pobres— sino aplicar el principio del aprovechamiento sustentable, ecológicamente equilibrado (con un «aprovechamiento prudente»). <http://www.wwf.de/themen/suesswasser/wasserpolitik/ramsar/pdf> ; <http://www.ramsar.org/>
- 211** Las cartas pueden leerse en: <http://www.cedha.org.ar/es/iniciativas/celulosa/carta-uruguay-ramsar.pdf> ; <http://www.cedha.org.ar/es/iniciativas/celulosa/letter-ramsar-ifc.pdf>
- 212** Stefan Thimmel, *Der Boom des schmutzigen Papiers. Die Konflikte um die Zellstoffindustrie in Lateinamerika* (El auge del papel sucio. Los conflictos acerca de la industria celulosa en Latinoamérica). En: *Lateinamerika-Jahrbuch 31: Rohstoffboom mit Risiken* (Auge de materias primas con riesgos), 2007, p. 105-114 (108).

activistas ambientales en el Uruguay la ocasiona la extensión de las plantaciones,²¹³ ya que la operación eficiente de las plantas requiere plantar cientos de miles de hectáreas adicionales de monocultivos: cada tonelada de celulosa requiere aproximadamente tres toneladas de madera.²¹⁴ Aunque gran parte de las plantaciones recibió un certificado del Consejo de Manejo Forestal (Forest Stewardship Council, FSC), una investigación actual del Movimiento Mundial por los Bosques Tropicales (World Rainforest Movement, WRM) documenta los problemas ecológicos y sociales causados por el cultivo industrial. Adicionalmente un estudio de la confederación sindical internacional REL-UITA²¹⁵ constató a finales de 2005 que en algunas plantaciones uruguayas prevalecen condiciones laborales de semi-esclavitud y en ellas se da trabajo infantil creciente. Además los trabajadores no reciben ni capacitación para el uso y manejo de agroquímicos ni la indumentaria de protección correspondiente. Por tanto, el WRM exige del FSC retirar las certificaciones.

2 Descripción y valoración de los procesos en curso

a) La violación de normas y procedimientos internacionales en el ámbito internacional

Con motivo de la construcción y el inicio de las operaciones de la fábrica de celulosa de Botnia se presentó ante tribunales internacionales una serie de reclamaciones por violación del derecho internacional.

Queja ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En septiembre de 2005 varias organizaciones no gubernamentales²¹⁶ presentaron una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acusando violaciones a los derechos humanos en relación con la construcción de las plantas de celulosa. Con esta acción se llevó por primera vez un proyecto del Banco Mundial al banquillo de los acusados, ante una comisión internacional de derechos humanos. Hasta la fecha, ésta no ha fallado una decisión.

Se reclama la violación del derecho a la vida en un ambiente sano (Art. 4 del Convenio, en articulación con el art. 11 del protocolo adicional de San Salvador), del derecho a la salud (Art. 5), del derecho al acceso a la información (Art. 13, párrafo 1), del derecho de los niños a la protección por la sociedad y el Estado (Art. 19) y el derecho a la propiedad y el desenvolvimiento económico (Art. 21). Conforme al criterio de los peticionarios, la interpretación de estos derechos se debería hacer en un sentido amplio y como derechos colectivos estarían siendo violados por el Estado uruguayo debido a que éste había posibilitado las violaciones al derecho al autorizar

²¹³ REDES-AT (Sección uruguaya de Amigos de la Tierra – www.redes.org.uy) y Grupo Guayabira (www.guayabira.org.uy) son las organizaciones no gubernamentales, que rechazan firmemente el modelo de la economía forestal del gobierno y critican la construcción de las plantas de celulosa.

²¹⁴ Stefan Thimmel, *Der Boom des schmutzigen Papiers. Die Konflikte um die Zellstoffindustrie in Lateinamerika* (El auge del papel sucio. Los conflictos acerca de la industria celulosa en Latinoamérica). En: *Lateinamerika-Jahrbuch 31: Rohstoffboom mit Risiken* (Auge de materias primas con riesgos), 2007, p. 105-114 (108).

²¹⁵ Véase: www.rel-uita.org

²¹⁶ Servicio Argentino de Derechos Humanos (SADH) y CEDHA.

las fábricas de celulosa.²¹⁷ Además el Estado uruguayo había omitido proveer a los peticionarios con la información oportuna y suficiente sobre el proyecto y sus implicaciones, tanto ecológicas como sociales.²¹⁸

En agosto y septiembre de 2007 los peticionarios reclamaron ante el relator especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la violación de la libertad de expresión y del derecho a la integridad física. Durante un acto de inauguración de la fábrica de Botnia en agosto de 2007 las autoridades uruguayas de seguridad rechazaron la participación de periodistas argentinos.²¹⁹ Además, a principios de octubre un grupo de activistas ambientales argentinos fue sometido a numerosos controles policiales vejadores cuando cruzaron la frontera de Argentina y Fray Bentos (Uruguay) y a su regreso a la Argentina; asimismo, la manifestación de protesta que realizaron fue acompañada por un helicóptero de la policía uruguayo.²²⁰

Los procesos ante la Corte Internacional de Justicia

A principios de mayo de 2006 el gobierno argentino solicitó ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en La Haya el decreto de una medida provisional cautelar contra Uruguay por violación del Tratado del Río Uruguay. Argentina lo fundamentó con el argumento que Uruguay, contrariamente a sus obligaciones por el tratado, había autorizado la construcción de las dos plantas de celulosa en 2003 y 2005 en ambos casos sin la participación de Argentina. Además se acusa al Uruguay de no garantizar la protección del río y con ello violar los derechos de los habitantes de esta región en cuanto a la protección ambiental y un desarrollo sustentable.²²¹ Sobre todo la industria turística local que depende de buenas condiciones ambientales enfrentaría un altísimo peligro por el proyecto.

Uruguay se defendió argumentando que sí hubieron conversaciones con el gobierno argentino sobre la construcción de las plantas y que éste no había expresado preocupaciones. Por lo demás el tratado de 1975 no cede un derecho de veto a ninguno de los dos Estados con respecto a proyectos industriales del Estado vecino, sino únicamente el derecho a recibir información.²²²

217 Documento de petición del 19.09.2005, p. 30-38, 42-50, en: <http://www.cedha.org.ar/es/iniciativas/celulosa/peticion-cidh-final.doc>

218 *Ibid.*, pp. 39-42.

219 Carta del 31.08.2007, p. 1-3, en: http://www.cedha.org.ar/es/initiatives/celulosa/denuncia_violacion_libertad_expresion.pdf

220 Carta del 11.10.2007, p. 2-6, en: <http://www.cedha.org.ar/es/iniciativas/celulosa/>

221 Demande des Mesures Conservatoires, 04.05.2006, <http://icj-cij.org/docket/files/135/10781/pdf>; Stefan Thimmel, Kein Dialog mehr zwischen Nachbarn. Konflikt um die Zellstoffabriken in Uruguay vor dem Internationalen Gerichtshof in Den Haag (No más diálogo entre vecinos. El conflicto acerca de las fábricas de celulosa en Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia en La Haya), en: *Lateinamerika-Nachrichten* 384, junio 2006.

222 Argentina vs. Uruguay. Observations of Uruguay, 10.05.2006, p. 5 s., en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/13405.pdf>; sentencia del CIJ del 13.07.2006, General List No. 135, para 43, en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/11235.pdf>

Este proceso es el primero en el que un Estado latinoamericano ha demandado ante la CIJ a un Estado vecino por un conflicto ambiental. Al mismo tiempo, un proyecto del Banco Mundial es por primera vez objeto de un proceso ante la CIJ.²²³

En julio 2006 la CIJ falló en sentido opuesto a la solicitud de Argentina señalando que no existen las circunstancias para establecer medidas precautorias (cfr. art. 41 del estatuto de la CIJ) para detener la obra. Si bien la Corte declaró que tomaba con suma seriedad la reclamación sobre violaciones del derecho ambiental internacional y consideraba como relevantes las reclamaciones hechas por la Argentina en relación a violaciones del derecho, al mismo tiempo señaló que aquél país no había expuesto con suficiencia que del proyecto de construcción y operación de la fábrica resultaría la amenaza de daños irreparables para el medio ambiente y sobre todo para el Río Uruguay, cuestión que justificaría decretar medidas precautorias.²²⁴ Tampoco había mostrado con suficiencia que Uruguay negara por principio las obligaciones de consulta mutua conforme al tratado de 1975, lo cual también ameritaría medidas precautorias.²²⁵ No obstante, la decisión final sobre la legalidad de la construcción de las plantas productoras de celulosa tardará varios años en llegar, sobre todo porque Argentina hizo valer su derecho a una réplica y Uruguay recibió un plazo que termina el 29 de julio de 2008, para dar una contrarréplica.

Uruguay también se dirigió con una solicitud de medidas precautorias ante la CIJ y pidió que se obligue a la Argentina a terminar con los bloqueos (existentes desde noviembre 2006) de carreteras de acceso a la fábrica de papel de Botnia y de los puentes que comunican Argentina con Uruguay.²²⁶ La CIJ rechazó también esta solicitud argumentando que los daños resultantes no serían tan irreparables que se pudiese esperar la frustración total de los derechos del Uruguay. Por tanto no habría urgencia para decretar medidas precautorias para terminar los bloqueos como lo exhortó Uruguay.²²⁷

Violación del Tratado sobre el Río Uruguay

Condición para que la demanda de Argentina tenga éxito es demostrar que Uruguay viola el tratado. Se trata, entre otras cosas, de si Uruguay ha cumplido suficientemente con el procedimiento de consulta establecido en el tratado y si ha involucrado a Argentina lo suficiente en la planeación del proyecto. Este procedimiento lo regula el capítulo II, art. 7-13 del tratado. Según esto los proyectos que, entre otras cosas, podrían impactar negativamente en la calidad del agua del río, deben ser reportados a la comisión administrativa para el Río Uruguay. La otra parte firmante tiene entonces la posibilidad de presentar sus consideraciones contra el proyecto.

Incluso Uruguay no niega que la construcción de una fábrica de celulosa, que requiere uso intensivo de grandes cantidades de agua del río para su producción, sea

²²³ Boletín de prensa del CEDHA del 04.05.2006, Caso Papeleras a la Haya: Se Profundiza la Crisis, en: http://www.cedha.org.ar/es/comunicados_de_prensa/go.php?id=69

²²⁴ Sentencia de la CIJ del 13.07.2006, General List No. 135, para 72 ss.

²²⁵ Sentencia de la CIJ del 13.07.2006, General List No. 135, para 81 ss.

²²⁶ Request for the indication of provisional measures submitted by Uruguay, 30.11.2006, en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/13485.pdf#view=FitH&pagemode=none&search=Prozent22uruguayProzent20celluloseProzent22>, véase también sentencia del CIJ del 23.01.2007, General List No. 135, para 6 ss.

²²⁷ CIJ, sentencia del 23.01.2007, General List No. 135, para 50.

un proyecto que cae en el ámbito del art. 7 del tratado. Lo controvertido es de qué forma hay que efectuar el proceso de consulta señalado en los arts. 7-13. Uruguay defiende su punto de vista al señalar que la Argentina recibió información suficiente sobre los proyectos de construcción y que no opuso objeciones. En 2004 ministros de ambos países habían llegado a un acuerdo en relación con el proyecto y también por otras vías el gobierno argentino había recibido desde un principio información sobre el proyecto. De esta forma se habían respetado suficientemente las disposiciones de procedimiento conforme los arts. 7-13.

El simple hecho de que el procedimiento de consulta esté regulado tan detalladamente en el capítulo II del tratado indica que no se le puede dar cumplimiento procediendo informalmente con la otra parte.²²⁸ Además, este procedimiento es una muestra del principio jurídico-internacional de la buena vecindad, que es un resultado del principio de soberanía. Se recurre al principio de buena vecindad en relación con los impactos ambientales transfronterizos, según el cual Estados vecinos tendrían la obligación de considerar debidamente los intereses mutuos. Tanto el preámbulo y el art. 74 de la Carta de las Naciones Unidas como la «Friendly Relations Declaration» (GA Res. 2625 XXV) hacen referencia a este principio. Si bien es controvertido que este principio integrante del derecho jurídico-internacional consuetudinario y principio jurídico universal implique derechos y deberes específicos en el ámbito del derecho ambiental,²²⁹ al mismo tiempo el Tratado del Río Uruguay puede entenderse como la fijación jurídico-internacional de este principio, mediante el cual contraen derechos y obligaciones las partes firmantes. Los procedimientos de consulta normados en el Tratado del Río Uruguay tienen como fin dar la posibilidad a los Estados vecinos de defender pacíficamente sus intereses para preservar su territorio de impactos ambientales por parte de su respectivo país vecino. En este sentido el ignorar el proceso de consulta se debe valorar como una violación considerable de la ley.

Aún siguiendo la argumentación uruguaya, que ninguno de los Estados firmantes tiene derecho a veto contra los proyectos (de construcción) del otro Estado, los Estados deberían tener la posibilidad de proteger eficientemente sus derechos y dejar que una instancia neutral, la CIJ en este caso, decida sobre el conflicto. De esta forma el Estado involucrado no sería totalmente impedido a realizar su proyecto, como sí lo estaría en el caso del derecho de veto, siempre y cuando no se prohibiera la operación provisional del proyecto mediante una garantía legal provisional. El proyecto quedaría, sin embargo, afectado en el sentido que no habría seguridad jurídica hasta que no se arreglara la disputa o decidiera la CIJ.

228 El proceso de consulta prevé que primero la comisión administrativa para el Río Uruguay, que está conformada por representantes de ambos países, debe recibir información sobre el proyecto en cuestión (art. 7, párrafo 1). Esta comisión decide si en el caso específico es un proyecto potencialmente peligroso en el sentido del art. 7. Si esto es el caso, la parte afectada del tratado recibe información de la comisión sobre el proyecto planeado y tiene la posibilidad de investigarlo (art. 8, 10). En caso que la parte afectada del tratado tenga preocupaciones sobre las consecuencias del proyecto planeado, las comunicará a la otra parte mediante la comisión y a través de negociaciones se buscará un acuerdo entre las dos partes (art. 11). Si este intento fracasa, se debe acudir a la Corte Internacional de Justicia conforme el art. 12 en articulación con el art. 60.

229 Véase Heintschell von Heinegg, en: Ipsen, *Völkerrecht* (Derecho internacional) 5ta. ed., 2004, § 58, n.m. 29.

Además es objeto de controversia, si mediante la autorización de la construcción de la fábrica, Uruguay violó la obligación establecida en el art. 41 del tratado de proteger el río y su entorno. En este contexto es determinante la valoración que se haga de las pruebas fácticas de los impactos ambientales causados por la planta de Botnia. El punto de vista argentino, según el cual cualquier tipo de impacto ambiental queda prohibido por el tratado, quizás sea preferible desde la perspectiva de la protección del medio ambiente. Sin embargo, esta interpretación es cuestionable. Conforme al manejo generalizado de tratados sobre el medio ambiente, el art. 41 del Tratado el Río Uruguay se debe entender más bien en el sentido que los nuevos proyectos de construcción en las márgenes del río sólo pueden causar impactos ambientales que cumplan con la normatividad ambiental de la jurisdicción correspondiente, que a la vez se orientan en los estándares internacionales. Por tanto, Uruguay puede recurrir al dictamen positivo del Banco Mundial y de Green Cross y a la afirmación de Botnia de cumplir con directrices europeas. Se requeriría demostrar inequívocamente daños ambientales para acusar a Uruguay de una violación de sus obligaciones resultantes del art. 41, debido a la autorización de construcción y operación de la planta productora de celulosa. Independientemente de esta problemática de evidencias, Uruguay queda sometido por principio al tratado.

¿Anulación del tratado a causa del acuerdo sobre la protección de las inversiones?

A diferencia de lo que algunos afirman,²³⁰ el Uruguay no queda eximido de las obligaciones arriba establecidas conforme a los art. 7-12 y 41 del tratado, sólo porque Uruguay y Finlandia firmaron un acuerdo sobre la protección de las inversiones.

La cuestión de la interrelación de los dos acuerdos no se puede contestar en el sentido que el tratado con Finlandia impida al Uruguay a revocar la autorización de la construcción o la operación de la fábrica con el fin de evitar una violación del tratado con la Argentina. Porque el acuerdo sobre las inversiones no obliga al Uruguay a realizar un proyecto determinado. Más bien lo único que se acordó es favorecer las inversiones en el territorio del otro país signatario y garantizar cierta seguridad para la planeación, sin que se trate en este marco de proyectos concretos. Otras obligaciones del Estado, sean causadas por el derecho constitucional nacional o por otros tratados jurídico-internacionales, no quedan afectadas por el acuerdo sobre las inversiones.²³¹

Suponiendo que Uruguay estuviese impedido por el acuerdo de inversiones a dar por terminada la producción en la fábrica de Botnia, entonces se plantea la pregunta de si un tratado jurídico-internacional mantiene (plena) vigencia, si obliga a la rotura de otro tratado jurídico-internacional.²³² Ninguno de los dos tratados contiene una cláusula de colisión que podría ayudar. En los artículos 5 (2) y 6 del acuerdo entre Uruguay y Finlandia se regula el pago de indemnizaciones para los casos en que un

230 *Investment Treaty News*, 1. February 2007, Published by the International Institute for Sustainable Development, p. 10, http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_feb1_2007.pdf.

231 Para más explicaciones sobre el acuerdo, véase. Andrés Durán Hareau, *Uruguay: Foreign Investment Protection in Uruguay: Overview And The Botnia Case*, 04. October 2007, en: http://www.mondaq.com/article.aps?article_id=52896

232 En este sentido: Guillermo García Duchini: Una aproximación al significado y los efectos del Tratado de Protección de Inversiones Uruguay-Finlandia, en: María Selva Ortiz *et al.* (Eds.): *Entre el desierto verde y el país productivo. El modelo forestal en Uruguay y el Cono sur*, 2005, p. 58-62.

inversionista resulte afectado por expropiaciones, nacionalizaciones o conflictos militares o de otra índole. Si uno interpretara la revocación del permiso de operación a causa de la incompatibilidad con el derecho (inter)nacional ambiental como una expropiación o algo comparable a ella, entonces Uruguay quedaría obligado al pago de indemnizaciones de un monto considerable. Esta obligación de Uruguay de indemnizar como resultado de un acuerdo jurídico-internacional puede ser un obstáculo por razones fiscales. Sin embargo, desde la perspectiva jurídica no exime al Uruguay de sus obligaciones ante la Argentina, ya que igualmente tienen un carácter jurídico-internacional.

Además, el acuerdo sobre inversiones entre Uruguay y Finlandia, y una construcción jurídico-internacional deducida del acuerdo en detrimento de terceros, no obliga a la Argentina a tolerar el proyecto de construcción en las márgenes del Río Uruguay. Partiendo del principio vigente en el derecho internacional, de que los tratados únicamente son vinculantes para las partes firmantes,²³³ un acuerdo sobre inversiones, por principio, no puede fundamentar implícitamente un deber de tolerancia para terceros. Además no existe una aprobación explícita por escrito de tal deber por parte de Argentina, lo que sería imprescindible según el art. 35 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Lo que significa que Uruguay tiene que cumplir con sus obligaciones de tal manera que corresponda a la obligación contraída en el acuerdo sobre inversiones de favorecer las inversiones finlandesas y al mismo tiempo que garantice sus deberes establecidos en el Tratado del Río Uruguay con respecto a la protección del medio ambiente.

El juicio en el marco del Mercosur

En junio 2006, probablemente como reacción a la queja de Argentina ante la CIJ, el gobierno del Uruguay presentó una demanda contra la Argentina ante el tribunal de arbitraje «*Ad hoc*».²³⁴

Según el criterio de Uruguay, Argentina había infringido el art. 1 del acuerdo de fundación del Mercosur, que garantiza la libre circulación de personas, mercancías y servicios. El gobierno argentino había omitido proceder eficientemente contra los bloqueos constantes de las vías de acceso entre Argentina y Uruguay en la región, donde se encuentra el proyecto de Botnia, o evitarlos de antemano. Aunque, propiamente dicho, las afectaciones las realizaron actores privados se podría acusar a la Argentina por la omisión de medidas adecuadas para garantizar los principios del

²³³ Heintschel von Heinegg, en: Ipsen, *Völkerrecht*, 5ª edición, 2004, § 12, n.m. 23, 26.

²³⁴ Este tribunal que trabaja desde 2002 se creó en el marco de la formulación de los mecanismos para la resolución de conflictos en el Protocolo de los Olivos. Determinante para establecer este tribunal fue, entre otras cosas, la necesidad de asegurar la interpretación y aplicación correcta del derecho del Mercosur. Tiene la misión de sistematizar y unificar el derecho del Mercosur y garantizar el cumplimiento de los instrumentos fundamentales en el proceso de integración. El tribunal se compone de cinco miembros, siendo que cada Estado miembro nombra un juez por un periodo de dos años y el quinto juez lo eligen por decisión unánime todos los Estados miembros; este cargo se ocupa por un periodo de tres años. Véase <http://mre.gov.py/tribunal/inicio.htm>

Mercosur.²³⁵ Mediante los bloqueos solamente en el verano 2006 Uruguay había sufrido un daño de 400 millones de dólares estadounidenses.

Argentina se remitió a los intentos efectuados para suavizar y disolver los bloqueos y argumentó que a pesar de éstos el intercambio comercial entre los dos países había aumentado 33 por ciento en el primer semestre del año.²³⁶ El gobierno argentino declaró además, que tenía que respetar la libertad de expresión de los manifestantes, protegida por la constitución, y por tanto no podía disolver las acciones de protesta con medidas policiales.²³⁷ No solamente el derecho constitucional nacional, sino también los derechos humanos justificaban la restricción de los principios del Mercosur. Como prueba de esta tesis, Argentina señaló la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE; siglas en alemán: EuGH) en el caso Schmidberger, donde se otorgó prioridad al derecho de la libre expresión y manifestación ante la libre circulación de bienes.²³⁸ Además, del acuerdo del Mercosur se derivaba únicamente la obligación de un Estado de omitir medidas referentes a la restricción de la libertad del mercado. A la Argentina tampoco se le podía imputar una responsabilidad derivada de las acciones de actores privados según las normas generales jurídico-internacionales sobre la responsabilidad de los Estados.²³⁹

En septiembre de 2006 el tribunal de arbitraje determinó la incompatibilidad de los bloqueos de carreteras con los principios del Mercosur. En este sentido había una violación del derecho al libre comercio dentro de esta comunidad económica. Sin embargo, el tribunal rechazó la imposición de sanciones contra Argentina, dado que ésta había intentado seriamente terminar con los bloqueos.²⁴⁰ Más bien el tribunal arbitral abogó por un «manejo razonable» en relación con el bloqueo de las carreteras. Ambas partes interpretaron la decisión como un éxito. No obstante, Argentina apeló el dictamen del tribunal «*Ad hoc*». El órgano de apelación se declaró incompetente y rechazó decidir sobre las querrelas de Argentina con la argumentación que en el caso del procedimiento en el Mercosur, a diferencia del sistema jurisdiccional de la Unión Europea, se trata de un proceso de arbitraje orientado hacia la conciliación de conflictos y por tanto no siempre queda abierta la instancia de apelación.²⁴¹

235 Laudo del Tribunal Arbitral *Ad hoc* del Mercosur constituido para entender de la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre «Omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas par prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay, 6.9.2006, para. 22-30.»

236 Decisión del 6.9.2006, para. 41 s., 60.

237 Decisión del 6.9.2006, para. 44.

238 TJUE C-112/00, dictamen del 12.6.2003. Para una reseña de la sentencia véase: Frank Schorkopf, *Nationale Grundrechte in der Dogmatik der Grundfreiheiten. Präzisierung des unionsverfassungsrechtlichen Verhältnisses von Europäischer Union und Mitgliedsstaaten durch den EuGH?* (Derechos fundamentales nacionales en la dogmática de las libertades fundamentales. ¿Más exactitud en la relación constitucional entre la Unión Europea y los Estados miembros mediante el TJUE?), en: *ZaÖRV* 64/2004, p. 125-143; véase también Peter Badura, *Industrial Law and Legislation*, 2005, n.m. 83.

239 Decisión del 6.9.2006, para. 46 s., 56 ss.

240 Decisión del 6.9.2006, para 142-181.

241 Tribunal Permanente de Revisión, Laudo No. 2/2006, p. 1-3.

Lo interesante en la decisión del tribunal de arbitraje del Mercosur es su paralelo con la jurisprudencia del TJUE en casos parecidos, que analiza el tribunal arbitral, pero rechaza finalmente su aplicabilidad.²⁴² A diferencia de lo que decidió el TJUE en el mencionado dictamen Schmidberger, el mismo tribunal estableció en el marco de otra decisión la obligación de Francia de evitar o disolver los bloqueos de carreteras por parte de campesinos franceses y consideró la omisión de las respectivas medidas como una violación, de parte de Francia, de las libertades fundamentales de la Unión Europea.²⁴³ En este caso el TJUE no dio la prioridad a la libertad de expresión y reunión ante la libre circulación de las mercancías. La primera no tendría validez irrestricta y en el caso específico estaría justificada la restricción de las prolongadas manifestaciones, parcialmente violentas, que permitiera reestablecer la libre circulación de las mercancías. El tribunal de arbitraje del Mercosur, por su lado, decidió que el derecho humano a la libertad de expresión y reunión no tiene validez absoluta e irrestricta, sobre todo en el caso que se restrinjan significativamente otros derechos como los derechos comerciales del Mercosur. En el caso específico de las manifestaciones, éstas habían alcanzado tal dimensión que representaban una limitación a la libre circulación de las mercancías y con ello una violación de los principios del Mercosur.²⁴⁴ No obstante, el tribunal transigió en cierto modo al considerar suficientes los esfuerzos (tibios) que realiza Argentina para limitar los bloqueos.

Violación de las directrices de la OCDE por parte de Botnia

En abril de 2006 el CEDHA presentó una queja contra Botnia ante el medio de enlace finlandés de la OCDE,²⁴⁵ sobre la base que la empresa estaría violando las directrices de la OCDE en el marco de su actividad en el Uruguay.²⁴⁶

Por ejemplo, el proyecto impactaría negativamente el progreso económico, social y ecológico de la región no sólo debido a la contaminación del suelo y del agua, sino también por el impacto en las comunidades locales dependientes de los ingresos del turismo (capítulo II, 1). Además el proyecto violaría diferentes derechos humanos de los ribereños, como ya se desprendía de la queja pendiente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (capítulo II, 2). Adicionalmente, Botnia había omitido introducir mecanismos de autocontrol (capítulo II, comentario 8). Y las disposiciones del capítulo III (publicación de información) se habrían violentado porque Botnia no había ofrecido información constante, pertinente y fiable sobre el estado del proyecto (capítulo III, 1).

La empresa había violado el capítulo V (medio ambiente) en los siguientes puntos: había omitido reunir información pertinente y fiable de los impactos que la actividad de la empresa ocasionaría sobre el medio ambiente, la salud y la seguridad, y de iniciar oportunamente un proceso de comunicación y consulta constructiva con las comunidades afectadas, sobre todo del lado argentino (capítulo V, 1a, 2b). Además, la

242 Decisión del 6.9.2006, para 150 ss.

243 TJUE C-265/95, sentencia del 9.12.1997.

244 Decisión del 6.9.2006, para. 170 ss.

245 Sobre el procedimiento de queja ante la OCDE véase más arriba.

246 Specific Instance Complaint regarding Pulp Paper Mill Investment in Fray Bentos Uruguay by Botnia S.A., Presented by the Center for Human Rights and Environment (CEDHA), Córdoba, Argentina, 18.04., en: http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/oecd-specific-instance-botnia-eng.pdf http://www.cedha.org.ar/es/comunicados_de_prensa/go.php?id=67

empresa no había realizado un análisis suficiente y conforme al conocimiento científico y tecnológico actualizado de los riesgos que albergaba para el medio ambiente, la salud y la seguridad (capítulo V, 4) el inicio de operaciones de la fábrica. Con ello, los derechos a la protección ambiental, de seguridad y del desarrollo sustentable no se habían considerado suficientemente (capítulo V, introducción, 4). Adicionalmente, en su política empresarial, Botnia no había tomado en cuenta suficientemente los acuerdos internacionales, no había desarrollado un plan de crisis para prevenir catástrofes ecológicas y no había empleado la tecnología del menor impacto ambiental (capítulo V, introducción, 5, 6).

El medio de enlace nacional finlandés rechazó la queja ante la OCDE contra Botnia argumentando que aún cuando la empresa no manejó bien una estrategia informativa y comunicativa más abierta, ello no comprobaba una infracción de las directrices de la OCDE.²⁴⁷ En consecuencia a finales de enero 2007 el CEDHA presentó una queja ante el ombudsman del parlamento finlandés. Alegó entre otras cosas, que el medio de enlace no había mostrado suficientes esfuerzos con miras a un arreglo entre las partes y que, además, arbitrariamente había considerado la violación inequívoca del derecho internacional por parte de Uruguay como improcedente en este caso y en forma inadmisiblemente había impedido la aplicación efectiva o el cumplimiento de las directrices de la OCDE.²⁴⁸ Asimismo, se exhortó a que el ombudsman reprobara la actitud del medio de enlace finlandés de la OCDE, informara al parlamento al respecto y en dado caso convocara una comisión investigadora del parlamento.²⁴⁹ Además pidió que se hicieran esfuerzos para influir en el medio de enlace, para que revocara su actitud negativa y retomara las conversaciones entre las partes.

Aplicación de las directrices de la OCDE a empresas financieras

En junio de 2006 el CEDHA presentó dos quejas más ante la OCDE en Finlandia y Suecia. Una queja se dirigió contra el instituto crediticio Finnvera, que se ha especializado en el financiamiento de inversiones extranjeras de empresas finlandesas y sobre todo en el otorgamiento de garantías del Estado para exportaciones;²⁵⁰ esto último debido a que dicha agencia oficial de créditos para las exportaciones es cien por cien propiedad del Estado. En marzo de 2006 Finnvera y Botnia firmaron un acuerdo de garantía para créditos a los compradores por un valor de 230 millones de dólares estadounidenses. Esta garantía significa una seguridad crediticia para Botnia durante un periodo de diez años.²⁵¹

En la queja se alega que mediante el apoyo financiero, y tomando en consideración el sentido de las directrices de la OCDE, Finnvera coadyuvó a las violaciones de dichas directrices por parte de Botnia. A un instituto de crédito que apoya exportaciones le correspondería una mayor obligación de revisar el proyecto apoyado,

²⁴⁷ Carta del Ministerio de Comercio, Finlandia, 21.12.2006, p. 6 s., en: <http://www.cedha.org.ar/es/iniciativas/celulosa/>

²⁴⁸ Carta del Ministerio de Comercio, Finlandia, 21.12.2006, p. 3-4.

²⁴⁹ Carta del Ministerio de Comercio, Finlandia, 21.12.2006, p. 4-5.

²⁵⁰ Véase la página web: <http://finnvera.fi/index.cfm?id=1113>

²⁵¹ Chris Lang, Ein Riesenverlustgeschäft (Un enorme negocio ruinoso), en: *ILA – Zeitschrift der Informationsstelle Lateinamerika*, noviembre 2007, p. 23.

particularmente con respecto a su compatibilidad con las directrices de la OCDE.²⁵² Además se reclamaron diferentes infracciones del derecho nacional e internacional, porque antes del otorgamiento de las garantías no se habían considerado suficientemente aspectos ambientales y las consecuencias sociales del proyecto.²⁵³

El medio de enlace nacional rechazó la queja como improcedente, porque a Finnvera no se la podía considerar como una empresa multinacional en el sentido de las directrices de la OCDE, cuando otorga garantías del Estado para exportaciones.²⁵⁴ Además, las normas de coadyuvancia para subcontratistas no podían aplicarse a institutos crediticios; tampoco se acreditaba una violación de las normas particulares para empresas financieras.

La tercera queja ante la OCDE se dirigió contra el grupo financiero sueco Nordea,²⁵⁵ que también participa en el financiamiento del proyecto de Botnia. A Nordea se le acusa principalmente de las mismas violaciones, esto es, contra las directrices de la OCDE y del derecho nacional e internacional como en el caso de Finnvera.²⁵⁶ A la fecha, el medio de enlace sueco no ha decidido sobre esta queja. Nordea se remite principalmente a la decisión finlandesa referente a Finnvera y alega, que las empresas financieras no se consideran subcontratistas en el sentido de las directrices de la OCDE y por tanto no pueden ofrecer coadyuvancia en ese sentido.²⁵⁷

b) Violación del derecho nacional, procesos nacionales

Adicionalmente, los afectados en el lado argentino han recurrido a procedimientos jurídicos contra el inicio de operaciones de la fábrica de Botnia conforme al derecho nacional.

Denuncia penal contra los presidentes de las juntas directivas de Botnia y ENCE en Argentina

El 19 de enero de 2005, el gobernador y el vicegobernador de la provincia Entre Ríos, que resulta directamente afectada por el proyecto de construcción, junto con la CEDHA presentaron una demanda penal ante la Procuraduría General de la Nación de Argentina. La denuncia se dirige entre otros contra la gerencia de las plantas locales de ENCE y Botnia, y contra los presidentes de las juntas directivas de las empresas.

²⁵² OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises. Specific Instance Regarding Finnvera's Involvement in Pulp Paper Mill Investment in Fray Bentos Uruguay by Botnia S.A.*, Presented by the Center for Human Rights and Environment (CEDHA) Argentina, 8.6.2006, p. 5 ss., en http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/oecd-specificic-instance-finnvera-eng.pdf

²⁵³ Specific Instance Regarding Finnvera, p. 8-11.

²⁵⁴ Finland's NCP statement on the specific instance concerning the Orion paper mill factory project (Uruguay; Botnia SA) and Finnvera Oyj, 12.10.2006, <http://www.oecd.org/dataoecd/28/27/39202146.pdf>

²⁵⁵ <http://nordea.com/49092.html>

²⁵⁶ OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises. Specific Instance Regarding Nordea's Involvement in Pulp Paper Mill Investment in Fray Bentos Uruguay by Botnia S.A.*, Presented by the Center for Human Rights and Environment (CEDHA) Argentina and The Bellona Foundation, Norway, 28.6.2006, p. 3 ss., en http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/nordea-specificic-instance.pdf

²⁵⁷ Nordea Comments to the National Contact Point, 29.01.2007, p. 2, en: http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/nordea_comments.pdf

A estas personas se les acusa como responsables de la operación planeada de las fábricas de celulosa, las cuales producirán residuos tóxicos prohibidos conforme a normas europeas, contaminando considerablemente el agua del Río Uruguay y el aire.²⁵⁸ Con ello peligrará sustancialmente la salud y la vida de las personas asentadas en la región, además de su medio ambiente.

Dado que en el momento de la presentación de la denuncia la planta propiedad de Botnia todavía no había iniciado su operación y en consecuencia no había daños ambientales o a la salud demostrables, en la denuncia penal se argumenta que la construcción de la fábrica ya fundamenta el intento de cometer un delito. Según el art. 55 de la Ley No. 24.051 pueden imputarse responsabilidades a quien haga peligrar sustancialmente la vida de una persona o ponga en riesgo la calidad del agua.²⁵⁹ Conforme al art. 42 del código penal argentino el intento, es decir, la decisión intencionada de cometer un delito, es punible aún cuando no se lleve a cabo debido a circunstancias ajenas a la voluntad del delincuente.²⁶⁰ En este sentido, de la planeación y del inicio de la construcción de las plantas se desprendería la premeditación de contaminar el ambiente en forma tal que adquiere relevancia penal.²⁶¹

De nuevo es determinante la comprobación efectiva que la planta de celulosa libera contaminantes al medio ambiente que amenazan la salud. Al efecto, los denunciantes se refieren a diferentes dictámenes e investigaciones elaboradas por instituciones públicas y organizaciones ambientalistas independientes.²⁶²

Se puede considerar problemática la comprobación de la premeditación de los demandados. Porque éstos deberían haber apoyado e impulsado la construcción de la fábrica a sabiendas que afectaría negativa y sustancialmente a personas y el medio ambiente con los residuos de la planta. Por supuesto, en sus tomas de postura oficiales los denunciados niegan cualquier impacto en el medio ambiente. Para probar su buena fe, se pueden remitir al dictamen de la IFC y los posicionamientos de las autoridades finlandesas y del medio de enlace de la OCDE, que aseguraron la compatibilidad ambiental del proyecto antes y durante su realización.

Los denunciantes hacen referencia a sentencias penales dictadas en 2002, en España, contra miembros de la directiva de ENCE por delitos ambientales. Dado que en Uruguay se quiere emplear la misma técnica de producción que causó contaminación ambiental con relevancia penal en España, la premeditación de los denunciados de ENCE sería algo obvio.²⁶³ También en una planta de Botnia en Finlandia habían

258 Formula Denuncia Penal por la posible comisión del delito tipificado en el Art. 55 de la Ley 24.051, en grado de tentativa del 19.01.2005, p. 4 s.; en: http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/denuncia-penal-botnia-ence-spa.pdf. Entre otras cosas se reclama a los acusados usar diariamente 68,500 metros cúbicos de agua y verterla después de su uso al río; sin eliminar tóxicos (mil toneladas al año) y con un temperatura entre 36 y 37 grados centígrados, aunque las normas nacionales permitirían únicamente 30 grados centígrados.

259 «...el que envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud... el agua» (art. 55 ley 24.051).

260 «El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad...».

261 Formula Denuncia Penal por la posible comisión del delito tipificado en el Art. 55 de la Ley 24.051, en grado de tentativa del 19.1.2005, p. 17 s.

262 Formula Denuncia Penal, p. 7-14, y las fuentes ahí señaladas.

263 Formula Denuncia Penal, p. 15.

ocurrido sucesos similares, por tanto para los responsables de tomar decisiones en Botnia debería haber quedado claro que la fábrica proyectada afectaría sustancialmente el medio ambiente uruguayo. Además, de la información claramente incompleta para el estudio de impacto ambiental de las plantas se podía deducir que los denunciados querían encubrir conscientemente los riesgos ambientales de su proyecto.

La responsabilidad de los denunciados, por los delitos que se cometieron en el marco de su actividad en una empresa de negocios, se establece y refuerza claramente en el art. 57 de la Ley 24.051. Según ésta, a los denunciados se les puede imputar su participación en procesos de toma de decisión, sin necesidad de que hayan participado en un acto específico causante de contaminación ambiental. En cuanto al ámbito subjetivo se necesita comprobar que al momento de tomar decisiones los denunciados sabían que la producción de celulosa utilizando una determinada técnica causaría con gran probabilidad (conforme a la experiencia general) el impacto ambiental pronosticado. Los denunciados consideran estas circunstancias como comprobadas. A la fecha, los procesos de averiguación siguen en curso.

Posible proceso penal en Finlandia

Para completar mencionamos que también vendría al caso una denuncia penal contra la empresa en Finlandia por haber infringido la legislación penal finlandesa o por poner en riesgo o violar derechos humanos. El derecho penal finlandés se aplica conforme al principio de territorialidad según capítulo 1 § 1 del código penal, sobre delitos que se cometieron en territorio nacional finlandés.²⁶⁴ Sin embargo, si se cometió un delito en el extranjero, conforme al principio personal activo, también se aplica el derecho penal finlandés, siempre y cuando haya ciudadanos finlandeses involucrados en los delitos y el delito sea punible tanto en Finlandia como en el Estado donde se cometió el acto (capítulo 1 § 6). En este sentido la potestad enjuiciadora finlandesa en el caso de la actitud de la directiva de Botnia sería aplicable, independientemente de si se considera acción imputable la decisión tomada en Finlandia de construir la fábrica y emplear determinados mecanismos de producción o las disposiciones decididas por la directiva de la planta en Uruguay. Sin embargo, el delito debería ser punible también en Uruguay, si se quiere proceder conforme al principio personal activo (capítulo 1 § 6). Pero precisamente en el derecho penal ambiental este requisito de la doble punibilidad raramente existe dado que las figuras penales se orientan fuertemente a las normas administrativas nacionales. En efecto, el bien a proteger ante delitos ambientales (capítulo 48) es —salvo de algunas excepciones explícitamente mencionadas— por principio el medio ambiente finlandés. Al igual que en el derecho penal ambiental alemán, el derecho penal ambiental finlandés se caracteriza por la llamada «accesoriedad administrativa».²⁶⁵ Es decir, la punibilidad de un delito requiere la infracción de una norma ambiental de índole jurídico-administrativo, que generalmente apunta únicamente a la protección del

²⁶⁴ Para una introducción al derecho penal finlandés, véase: Karin Cornils, *Das finnische Strafgesetz, deutsche Übersetzung und Einführung von K. Cornils* (El código penal finlandés, traducción al alemán e introducción de K. Cornils), 2006, p. 1-80.

²⁶⁵ Kimmo Nuotio, *Crimes against the Environment, International Review of Penal Law* 65/1994, 923-945.

medio ambiente nacional y establece, por ejemplo, determinados niveles máximos de concentración de contaminantes. Con ello la contaminación de las aguas argentino-uruguayas no se puede perseguir jurídicamente en Finlandia. En este contexto se evidencian al mismo tiempo los márgenes de acción de los gobiernos y parlamentos europeos: éstos podrían establecer normas que obligaran a las empresas a cumplir con ciertos estándares ambientales también en el extranjero. Una violación de tales normas implicaría entonces una punibilidad según el capítulo 48. Además, según el capítulo 21 del código penal es posible denunciar daños a la salud en Finlandia incluso si se realizaron en el extranjero. En este caso surgiría solamente el problema de la comprobación de los daños a la salud y de la premeditación. Pero con respecto a lesiones corporales o delitos de homicidio la doble punibilidad no representaría un problema.

A diferencia del derecho penal alemán el derecho penal finlandés norma también la punibilidad de personas jurídicas (capítulo 1 § 9, capítulo 9 §§ 1-10), con lo cual no sólo viene al caso una denuncia penal contra determinados ejecutivos, sino también contra las empresas como tales.²⁶⁶ Según esto la punibilidad de una persona jurídica se da si una persona perteneciente a la dirección de la persona jurídica permitió que se perpetrara un delito o no cumplió con la debida diligencia y precaución para evitarlo. En este sentido no se requiere demostrar una participación activa en el delito, lo que facilita las alegaciones, que de todos modos siguen siendo problemáticas debido al difícil acceso a la información sobre los procesos de toma de decisiones y la distribución de responsabilidades dentro de la empresa.

3 Valoración

El conflicto en torno a la construcción de la planta productora de celulosa en las márgenes del Río Uruguay ha conseguido atraer la atención mundial que parece desproporcionada ante la dimensión real de los problemas ambientales alegados. Lamentablemente en el centro del debate público simplista se encuentran casi exclusivamente las confrontaciones llamativas en la sala de audiencia entre dos Estados vecinos con gobiernos de izquierda y la persistencia de las protestas en las calles en torno a una sola planta productora de celulosa. Con ello se ocultan contextos importantes más profundos.

En primer lugar, hay diferentes indicios que permiten suponer que el conflicto entre los dos Estados es, más bien, una especie de «conflicto suplente», donde sólo se abordan aparentemente problemas ambientales. Se podría hacer la siguiente pregunta herética: una planta de celulosa construida en la Patagonia por una empresa argentina, o una fábrica operada por una empresa uruguaya en el interior de Uruguay, habría activado en algún momento un movimiento de protesta ambiental y si el gobierno argentino, en el primer caso, no habría empleado argumentos similares a los que ahora usa su homólogo uruguayo. Según el criterio de muchos observadores políticos el asunto más bien parece apuntar hacia la soberanía del pequeño Uruguay ante su vecino Argentina y del papel de los países socios pequeños en el Mercosur.

266 Se establece también explícitamente la punibilidad de personas jurídicas por delitos ambientales (capítulo 48 § 9).

La argumentación del movimiento de protesta argentino se concentra en los aspectos técnicos y jurídicos de la planta de celulosa. Los críticos reclaman el interés de los habitantes afectados en el uso turístico tranquilo del río y su entorno, y destacan sobre todo la forma de producción, nociva según su criterio. Pero prácticamente no se debate más ampliamente sobre la extensa problemática ambiental, la producción de celulosa y sus impactos, lo que representa el trasfondo de la construcción de la fábrica. Los impactos de determinados procesos de producción de celulosa son altamente controvertidos, como lo dejan ver muchos casos similares. Para ejercer una crítica fundada y proceder jurídicamente se requieren conocimientos de causa técnicos, biológicos y químicos, se tiene que recurrir a expertos. La protesta fundamental fácilmente se puede convertir en un pleito de expertos por detalles técnicos y científicos. Además, la difícil comprobación de la causación de daños ambientales por determinados procesos de producción complica cada proceso jurídico. En Uruguay empieza a darse una discusión sobre la producción de celulosa a un nivel más fundamental y la resistencia contra esta producción crece aunque gran parte de la población apoya la política económica del gobierno de Tabaré Vázquez. Sobre todo los pequeños agricultores en el país se sienten amenazados por las plantaciones de árboles.²⁶⁷

A pesar de la fijación criticable del movimiento ambiental argentino en el caso particular de la planta productora de celulosa de Botnia, es menester reconocer que es una manifestación de la transnacionalización del trabajo de derechos humanos y un mérito de las organizaciones no gubernamentales argentinas en coordinación con numerosas contrapartes extranjeras, que aprovecharon todas las posibilidades jurídicas para evitar la construcción de la fábrica. Se utilizaron tanto procedimientos judiciales como instrumentos del *soft law*, aunque sin éxito en el sentido que hubiesen impedido el inicio de la operación de la planta. Independientemente de que los recursos legales —desde las demandas penales presentadas en Argentina hasta los procesos ante la Corte Internacional de Justicia— conduzcan o no a un resultado positivo desde la perspectiva de los activistas, es notable la seguridad con la cual se utilizaron todos los recursos legales disponibles. Las luchas por los derechos humanos y ambientales necesitan ciertos puntos de cristalización que sirvan como ejemplo para enfrentar un problema social con instrumentos legales. Botnia representa tal símbolo. Pero es una tarea de los actores de la sociedad civil llevar la conciencia pública del caso particular a una problemática superior y contribuir a cambios sociales reales. El que las organizaciones activas en la Argentina y el Uruguay lo logren también determinará el éxito de su protesta; independientemente del resultado de los procesos jurídicos particulares.

En principio, en el caso de Botnia se trata del traslado de industrias «sucias» de Europa al Sur Global. En efecto, la extensión de los monocultivos, entre otros las plantaciones de madera, se impulsa en la América Latina mediante inversiones

267 Stefan Thimmel, *Der Boom des schmutzigen Papiers. Die Konflikte um die Zellstoffindustrie in Lateinamerika* (El auge del papel sucio. Los conflictos acerca de la industria celulosa en Latinoamérica). En: *Lateinamerika-Jahrbuch 31: Rohstoffboom mit Risiken* (Auge de materias primas con riesgos), 2007, p. 105-114.

europas como la de Botnia.²⁶⁸ Con ello, en primer lugar, la empresa se beneficia de las condiciones de producción en el Uruguay que son más favorables en cuanto al aspecto financiero. Al mismo tiempo se alivia la carga para el medio ambiente europeo porque se renaturalizan superficies que antes eran monocultivos, mientras vastas tierras del Uruguay se convierten en desiertos verdes. Y Europa se beneficia en otro aspecto más: las áreas de monocultivos forestales se pueden vender como toneladas de dióxido de carbono fijado en el mercado de crédito de CO₂ y de esta forma se mejora la balanza ecológica de los países europeos.

II El proceso ante la OMC Unión Europea contra Brasil

En diciembre 2007 la segunda instancia de conciliación de la Organización Mundial de Comercio (OMC) emitió su decisión sobre el conflicto entre la Comunidad Europea (CE)²⁶⁹ y Brasil, debido a las restricciones para la importación de neumáticos recauchutados por razones de protección ambiental. Formalmente la decisión favoreció a la CE y con ello al libre comercio, sin embargo, puede ser determinante para la futura consideración de derechos ambientales en el marco de la OMC.

1 Antecedentes

El conflicto entre la CE y Brasil concierne la prohibición de importar neumáticos recauchutados, que son neumáticos reciclados a partir de neumáticos desgastados. Para la producción de tales neumáticos se remueve la banda de rodamiento desgastada, se sobrepone una nueva banda de rodamiento y después sigue la vulcanización. El costo de producción de este neumático recauchutado puede ser hasta un tercio más barato que la producción de una llanta nueva, sin embargo, la vida útil de los neumáticos recauchutados es más corta. Sobre todo, este método de reciclaje no resuelve el problema fundamental de los residuos de llantas. Anualmente se acumulan a escala mundial más de mil millones de neumáticos desgastados, y de esta cifra casi una tercera parte corresponde sólo a la Unión Europea.²⁷⁰ Brasil produce cada año 40 millones de llantas desgastadas.²⁷¹ Antes de la prohibición brasileña de importación se introducían al país anualmente 18.455 toneladas de neumáticos recauchutados, 95 por ciento procedente de la UE. En el año 2005 el volumen de las llantas recauchutadas importadas alcanzó apenas 1.727 toneladas. Sin embargo, a partir de la prohibición de importar ese tipo de llantas se incrementó la importación

268 Stefan Thimmel, Papier aus dem Süden. Aufgrund der Fabrikeröffnung des finnischen Multis Botnia geht der «Zellulose-Krieg» zwischen Argentinien und Uruguay in eine neue Runde (Papel del sur. Debido a la apertura de la fábrica de la multinacional finlandesa Botnia la «guerra de celulosa» entre Argentina y Uruguay entra en una nueva ronda), en: *Lateinamerika-Nachrichten*, 403, enero 2008.

269 Dado que la Unión Europea no es miembro de la OMC y la Comunidad Europea sí, solamente esta última tenía derecho de iniciar un recurso de queja ante la OMC.

270 Véase. Cbp Carbon Industries, Ergebnis des Reifen-Recyclingtests der Europäischen Union (Resultado de la prueba de reciclaje de neumáticos de la Unión Europea), 8.5.2007.

271 Informe del panel, 12.06.2007, Brazil – Measures Affecting Imports of Retreated Tyres, WT/DS332/R, no. 4.24., http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds332_s.htm

de neumáticos desgastados. De 1,4 millones en el año 2000 a 10,5 millones en 2005, 8 millones de los cuales proceden de la UE.²⁷²

En general, la eliminación de llantas es un problema ambiental y de salud a escala mundial. Tanto Brasil como la UE realizan esfuerzos para reducir el impacto que tienen los residuos de llantas sobre el medio ambiente y la salud. Hay tres opciones principales para manejar el desecho de neumáticos: se almacenan en depósitos de residuos, las llantas desgastadas se apilan o se usan para la producción de material o energía.²⁷³ En principio la prolongación del ciclo de vida de un neumático mediante el reciclaje es un método favorable para el medio ambiente en un intento de reducir los residuos de neumáticos, ya que el tiempo de degradación de éstos es incierto y al incinerarlos se liberan tóxicos como contaminantes orgánicos persistentes y dioxinas. De ahí que en la UE se fijaran valores límite de emisión más estrictos para la incineración de llantas.²⁷⁴ Además, a partir de 2006 el almacenamiento de llantas desgastadas quedó prohibido en la UE.²⁷⁵ Con estos antecedentes y ante el hecho que los neumáticos sólo se pueden recauchutar una vez, la exportación de neumáticos recauchutados a países fuera de la UE ha ganado en importancia.

De ahí que el comercio con llantas recicladas traslada los problemas ambientales y de salud de una región a otra, donde aumentan los desechos de llantas, porque la posibilidad de reciclar neumáticos es limitada.²⁷⁶ Y es que en los países dependientes del Sur los residuos de llantas representan un gran problema. Muchas veces falta capacidad financiera y técnica para eliminar las llantas debidamente y con bajo impacto sobre el medioambiente. Los vertederos ilegales al aire libre son el semillero ideal para los mosquitos, porque en las llantas desgastadas se acumula el agua. Así se extienden enfermedades como la fiebre amarilla, la malaria y la fiebre del dengue.²⁷⁷ Y con frecuencia en dichos vertederos ocurren incendios que liberan tóxicos que aumentan el riesgo de enfermedades como el cáncer.²⁷⁸

Ya que Brasil no tenía capacidad para eliminar los residuos de llantas con un bajo impacto sobre el medio ambiente prohibió la importación de neumáticos recauchutados y desgastados.^{279*} Sin embargo, debido a un fallo en el marco del Mercosur, Brasil fue obligado a excluir a los otros Estados miembros del Mercosur de esta prohibición, para garantizar con ello la libre circulación de las mercancías en dicha área

272 Knirsch, Altreifen-Streitfall in der WTO: Umwelt als Gewinnerin? (El conflicto de los neumáticos desgastados en la OMC: ¿El medio ambiente como ganador?), en: DNR, EU-Rundschreiben Ausgabe 08/09 2007, <http://www.dnr.de/publikationen/eur/artikel.php?id=247>.

273 Humane Society International, Brazil – Measures Affecting Imports of Retreated Tyres (WT/DS332), Carta Amicus Curiae, 16 de junio de 2006, <http://hsus.org/web-files/PDF/Brazil-Retreated-Tyres-Submission-of-Non-Party-Humane-Society-International.pdf>, p. 4.

274 Directriz 2000/76/EG del Parlamento y del Consejo Europeo, 4 de diciembre de 2000 sobre la incineración de residuos (Abl. L 332, 28.12.2000, p. 91, ber. Abl. L 142, 31.5.2001, p. 51).

275 § 7 I no. 5 del reglamento sobre depósitos de residuos, 24.7.2002 (BGBl. I, 2002, p. 2807), última modificación mediante el artículo 2 del reglamento, 13.12.2006 (BGBl. I, 2006, p. 2860).

276 ACPO *et al.*, Carta Amicus Curiae, p. 4.

277 Humane Society International, Carta Amicus Curiae, p. 8.

278 Informe del panel, p. 5.

279 * N.d.T.: En algunos estados federados.

comercial.²⁸⁰ En algunos casos la prohibición de importación para llantas desgastadas provenientes de Europa se anuló incluso por veredictos de tribunales brasileños, después que recauchutadores brasileños como BS Colway y Pneuback presentaron una demanda porque los neumáticos desgastados llegados de la UE eran mucho más baratos que los nacionales.²⁸¹ Pero en su mayoría estos fallos quedaron revocados en las siguientes instancias. El Estado brasileño ha ganado 92 por ciento de los casos que fueron a la instancia de apelación. De las cuatro objeciones que alegaron los recauchutadores contra la constitucionalidad de la prohibición de importación, el Supremo Tribunal Federal ya rechazó tres.²⁸²

En noviembre de 2003 la Comisión de la UE recibió la solicitud de la confederación europea de recauchutadores, esto es del *Bureau International Permanent des Associations de Vendeurs et Rechapeurs de Pneumatiques (BIPAVÉR)*, para que emprendiera los pasos necesarios contra ciertas prácticas comerciales del Brasil, que impedían la exportación de neumáticos recauchutados a ese país. BIPAVÉR se remitió al «reglamento de la EU sobre trabas comerciales»²⁸³. La Comisión, representada por su comisario para el comercio exterior, Peter Mandelson, decidió en consecuencia, que la prohibición de importación de neumáticos recauchutados decretada por el gobierno brasileño representaba un obstáculo comercial y que la Comunidad Europea, conforme al acuerdo sobre las reglas y procedimientos para la conciliación de conflictos y otras normas pertinentes de la OMC, procedería contra Brasil para lograr eliminar la traba comercial.²⁸⁴

280 Uruguay *vs* Argentina, Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados, 25.10.2005, paras. 101-2 & 112; Tribunal Permanente de Revisión, Award, Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes de Uruguay, 20.12.2005, para. 10 & 14-7; informe del panel, no. 2.13.

281 Informe del panel, no. 4.112.

282 Informe del panel, no. 7.417.

283 El reglamento sobre trabas comerciales prevé un mecanismo para empresas (...), para proceder contra obstáculos comerciales que conciernen su acceso a mercados de países terceros y al mercado de la CE. Para tal efecto pueden solicitar a la Comisión que revise la posibilidad de demandas y presente recursos jurídicos; entre otros mediante la conciliación de conflictos en el marco de la OMC. El reglamento (EG) no. 3286/96 del Consejo, 22.12.1994 entró en vigor el 1.1.1995 (ABl. L 349, 31.12.1994, p. 71. Modificado mediante el reglamento (EG) no. 356/95 (ABl. L 41, 23.2.1995, p. 3) y el reglamento (EG), no. 125/2008 (ABl. L 40, 14.2.2008).

284 Decisión de la Comisión, 2 de mayo de 2005, referente a las medidas necesarias ante un obstáculo comercial que consiste en las prácticas comerciales sostenidas por Brasil con impactos sobre el comercio con neumáticos recauchutados. Publicado bajo el número de expediente K (2005) 1302, 2005/388/EG, Diario oficial no. L 128, 21/05/2005, p. 0071-0071, no. 14.

2 El proceso de la OMC ²⁸⁵

En junio de 2005 la Comisión Europea solicitó en nombre de la CE la realización de consultas²⁸⁶ con Brasil en el marco de los procedimientos de la OMC acerca de la prohibición para la importación de neumáticos recauchutados para automóviles.

La OMC se creó en 1995 como marco institucional para las relaciones económicas a escala mundial entre los Estados miembros, entre otras cosas con base en el nuevo acuerdo GATT.²⁸⁷ Como organización central para los tratados GATT, GATS²⁸⁸ y TRIPS²⁸⁹, la OMC persigue eliminar obstáculos comerciales y con ello liberalizar el comercio internacional con el objetivo ulterior de permitir el libre comercio internacional.

Dado que las consultas bilaterales entre la CE y Brasil no llegaron a una solución satisfactoria, el 20 de enero de 2006 y a solicitud de la Comisión de la UE el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) instaló un panel.²⁹⁰ Argentina, Australia, China, Corea del Sur, Cuba, Estados Unidos, Guatemala, Japón, México, Paraguay, Taiwán y Tailandia señalaron su sustancial interés en este asunto y en lo siguiente presentaron al panel propuestas escritas como terceros.²⁹¹ Además, en el proceso se incluyeron la carta Amicus-Curiae²⁹² de la Humane Society International²⁹³ y otras de diversas organizaciones ambientalistas. El 12 de junio de 2007 se entregó el informe final del panel a las partes. Los miembros del panel constataron que, si bien las medidas de Brasil serían necesarias para la protección de la salud y del medio ambiente, su

285 Todos los documentos relativos al caso se encuentran en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds332_s.htm

286 Conforme al artículo XXII GATT y el artículo 4 del acuerdo sobre normas y procedimientos para la conciliación de conflictos (VerfO, reglamento del procedimiento), http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_s.htm

287 Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), 30.10.1947, en su versión del 1.10.1969. Según el preámbulo, los objetivos son un mayor nivel de vida, pleno empleo, alto ingreso real, demanda real, pleno aprovechamiento de las fuentes de recursos mundiales y aumento de la producción y del intercambio de mercancías. Se pretende realizarlos sobre todo eliminando los aranceles aduaneros y otras restricciones comerciales. El GATT es uno de los tratados más importante de la organización central OMC (Organización Mundial de Comercio / World Trade Organization), fundada en 1995. El texto del tratado se encuentra en: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm

288 El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) es un acuerdo internacional y multi-nacional, que regula el comercio transfronterizo de servicios (ABl. L 336, 23.12.1994, p. 191-212).

289 El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (TRIPS) es un acuerdo internacional en el ámbito de los derechos sobre bienes inmateriales (BGBl. II, 1994, p. 1730 ss.).

290 El OSD es el órgano de la OMC para la conciliación de conflictos y lo conforman representantes de todos los Estados miembros. Entre otras cosas establece los paneles y recibe sus informes y los informes del Órgano de Apelación (artículo 2 VerfO). Las decisiones del OSD tienen carácter obligatorio para los Estados miembros. Véase: Alan Yanovich/Patricia Crawley, *The WTO Appellate Body's Activities in 2007*, en: *Journal of International Economic Law* 11 (1) 2008, 193-216.

291 Artículo 10 VerfO.

292 Véase notas al pie 275 y 276.

293 Humane Society International, Carta Amicus-Curiae, p. 4.

aplicación sería discriminatoria contra la CE y no sería compatible con el GATT. Debido a esta argumentación, el 3 de septiembre de 2007 la CE apeló el fallo ante el Órgano de Apelación, la instancia de apelación, conforme a los artículos 16-4 y 17 del reglamento de procedimiento. El Órgano de Apelación presentó su informe el 3 de diciembre de 2007 en el cual, con algunas diferencias, confirmó la decisión del panel en cuanto al resultado.²⁹⁴ El informe fue aceptado por el OSD el 17 de diciembre de 2007.²⁹⁵

3 Las medidas en litigio

En detalle, la Comisión de la UE en representación de la CE se opone a las siguientes medidas:

- (1) La prohibición brasileña para la importación de neumáticos reciclados, sobre todo contra el decreto (portaria) no. 14 del 17 de noviembre de 2004, que prohíbe la autorización de licencias para la importación de neumáticos reciclados;
- (2) las medidas adicionales que prohíben la importación de llantas desgastadas;
- (3) las multas de 400 reales por la importación, comercialización, transporte y almacenamiento de neumáticos reciclados importados, pero no para las llantas nacionales;
- (4) la prohibición de estados federados de la venta de neumáticos reciclados importados, sobre todo la prohibición de la venta de llantas desgastadas, incluidas las recicladas, en el estado federado de Rio Grande do Sul;
- (5) la excepción de la prohibición de la importación de neumáticos reciclados precedentes de los Estados miembros del Mercosur.

4 Los argumentos de las partes y de terceros

Para permitir la liberalización más amplia posible del comercio, el GATT establece una serie de normas que impiden restricciones a las importaciones y otras trabas que pudieran obstruir el libre comercio al que se aspira. Conforme al artículo XX del GATT es posible divergir de estas normas de no-discriminación para perseguir objetivos políticos. Entre otras cosas el artículo XX b del GATT justifica medidas que son necesarias para la protección de la vida y de la salud de las personas humanas, de animales y plantas. Aunque se puede recurrir a esta disposición para justificar medidas que de otra manera violentarían el GATT, lo cierto es que dicha norma contiene diferentes conceptos jurídicos poco precisos que se prestan a interpretaciones muy divergentes. En el caso aquí abordado se trató, entre otras cosas, precisamente de la interpretación de estas cláusulas de excepción del artículo XX b del GATT.

a) La CE y Brasil

En efecto, la CE parte del criterio de que la prohibición de importación y la multa violarían el artículo XI-1 (prohibición de restricciones cuantitativas) y el artículo III-4 (principio de trato igual). Adicionalmente, la excepción para los Estados del

²⁹⁴ Informe del Órgano de Apelación, 3.12.2007, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreated Tyres*, WT/DS332/AB/R, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds332_s.htm

²⁹⁵ Véase nota al pie 289.

Mercosur no sería compatible con los artículos III-4, XI-1 y el artículo I-1 del GATT (principio de la nación más favorecida) y con el artículo XIII-1 del GATT (prohibición de la discriminación). Según el criterio de la CE las medidas tampoco tienen justificación porque con la prohibición de importación Brasil no perseguía la protección de la salud y del medio ambiente, sino la protección de la producción nacional.²⁹⁶ Por lo demás los residuos de llantas no representan un peligro realmente reconocido y grave para la salud.²⁹⁷ Asimismo, se disponía de otras medidas más blandas para reducir los desechos de llantas y los riesgos del almacenamiento.

Por su parte, Brasil justifica las medidas precisamente aduciendo los peligros para la salud y el medio ambiente. Por tanto la prohibición de importación y la multa se podrían justificar conforme al artículo XX b del GATT. La excepción de la prohibición de importación para los Estados miembros del Mercosur sería procedente según el artículo XXIV del GATT (unión aduanera) y además se justificaría conforme al artículo XX d (aseguramiento de la aplicación de normas legales y disposiciones administrativas). A pesar de existir un mercado muy pequeño para neumáticos reciclados en los países del Sur, el volumen de los desechos de llantas estaba aumentando constantemente.²⁹⁸ Dado que Brasil ni siquiera tenía la capacidad para eliminar sin impacto ambiental los neumáticos desgastados que se producen en el país, la prohibición de importación reduciría efectivamente el volumen de residuos y con ello también el peligro de epidemias y de daños para la salud y el medio ambiente ocasionado por tóxicos.²⁹⁹

b) Las posiciones de las organizaciones no gubernamentales

Las organizaciones ambientales Associação de Combate aos Poluentes (ACPO) y otras se oponen en su carta Amicus-Curiae a los argumentos de la CE. Subrayan que no se debería impedir a los Estados tomar medidas que son necesarias para la protección del medio ambiente y la salud.³⁰⁰

Además, dado que existen considerables amenazas para el medio ambiente y la salud, resultantes del comercio con llantas desgastadas, es necesario evaluar correctamente los riesgos basándose en el ciclo de vida completo de un neumático desgastado. Más aún, el principio del desarrollo sustentable exige una debida consideración de los problemas técnicos y financieros que enfrentan los países del Sur referente a la eliminación de las llantas.³⁰¹

Por lo demás, la ACPO hace hincapié en que al ponderar entre intereses comerciales e intereses del medio ambiente y de la salud, incluso en el marco de la OMC, se tienen que tomar en cuenta los acuerdos ambientales y de derechos humanos.³⁰² En este caso específico, resulta especialmente pertinente la Convención de Basilea.³⁰³

²⁹⁶ Informe del panel, p. 14.

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 10.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 12.

³⁰⁰ ACPO *et al.*, carta Amicus-Curiae, p. 3.

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² *Ibid.*, p. 5.

³⁰³ Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, 5.05.1992, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1673, p. 57 (UN doc C.N.302.1992.TREATIES-9 of 25 November 1992), <http://www.basel.int/>

Este convenio apunta a la reducción de residuos peligrosos, la eliminación compatible con el medio ambiente y la reducción de los movimientos transfronterizos de los residuos. Según el artículo 4.2, los Estados tienen el derecho de prohibir la importación de residuos peligrosos o de residuos en general. El artículo 4.2 prohíbe que los Estados exporten residuos peligrosos a países que no tengan la capacidad de garantizar la eliminación no dañina al medio ambiente. En un complemento del convenio, los Estados de la UE se comprometieron en 1995 a no exportar residuos peligrosos para su eliminación final o su reciclaje a otros países, independientemente de las capacidades que éstos tengan para su eliminación. Bajo determinadas circunstancias la Convención de Basilea se aplica a los residuos de llantas y a las llantas desgastadas, pero por principio no a neumáticos reciclados, porque en este caso se trata de productos y no de desechos. No obstante, según el criterio de las organizaciones ambientales, el convenio también abarca aquellos casos en los cuales países desarrollados trasladan problemas de desechos a países dependientes mediante la exportación. El objetivo consiste precisamente en la eliminación de los residuos en su lugar de origen.³⁰⁴

Según el criterio de la ACPO, también el Convenio de Estocolmo³⁰⁵ se aplica al problema de los residuos de llantas, porque en el proceso de incineración de neumáticos se liberan contaminantes orgánicos persistentes (COP).³⁰⁶ Se trata de sustancias químicas extremadamente peligrosas, que pueden causar cáncer y daños a los nervios en las personas y amenazan al ecosistema. Los Estados signatarios del Convenio de Estocolmo se comprometieron a elaborar planes de acción dirigidos precisamente a la reducción de los COP que se producen en la incineración de neumáticos, sobre todo mediante la promoción del reciclaje de residuos. Dado que la limitación de la importación de llantas reciclables contribuiría a la reducción de emisiones tóxicas en el Brasil, Brasil había cumplido nada más su compromiso resultante del Convenio.

Adicionalmente, las organizaciones no gubernamentales señalan en su carta Amicus-Curiae la obligación del Brasil que resulta del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el sentido de emprender medidas concretas para crear los mejores estándares posibles de salud.³⁰⁷ Ello también incluye la obligación de proteger a sus ciudadanos ante la violación de su derecho a la salud por parte de terceros. Conforme a la opinión de la ACPO, Brasil tiene compromisos parecidos que resultan de la Declaración Americana de los Derechos Humanos. Cada acción que realice el Estado para proteger la salud de sus ciudadanos afecta necesariamente los mercados nacionales e internacionales. Por tanto, las normas de la OMC no deberían interpretarse en el sentido que impidan a un Estado cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos.³⁰⁸ Así, con la aprobación de todo un catálogo de medidas orientadas a combatir el problema de los desechos de llantas en sus raíces, Brasil había cumplido únicamente con sus obligaciones de proteger los derechos humanos. El principio de prevención, con cuyo espíritu se decretaron las

³⁰⁴ ACPO *et al.*, carta Amicus-Curiae, p. 6.

³⁰⁵ Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, <http://www.pops.int/>

³⁰⁶ ACPO *et al.*, carta Amicus-Curiae, p. 7.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 9.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 11.

medidas controvertidas, se basa en el conocimiento de que ciertos daños ambientales no se pueden sanar o sólo es posible repararlos con un alto costo y que pueden tener impactos irreversibles sobre la salud.

La Humane Society enfatiza en su carta Amicus-Curiae, que todos los métodos para eliminar los residuos de llantas van acompañados de riesgos para el medio ambiente y la salud. La prohibición de la importación sería la única posibilidad de minimizar estos riesgos en el Brasil, por tanto dicha medida se justificaba conforme el artículo XX b.³⁰⁹ Brasil había mostrado que las medidas que habían provocado la controversia eran consistentes con el objetivo deseado y que no había medida alternativa a la vista.³¹⁰ Con respecto a la ponderación entre los derechos comerciales y los intereses ambientales y de derechos humanos, se aplicaría el principio: cuanto más trascendental sea el bien jurídico, menores serán los requisitos para justificar una medida que apunta a su protección. Como la protección de la vida y de la salud pertenecen a los bienes jurídicos más apreciados, los argumentos justificativos exigían menos requisitos que en el caso de otros argumentos justificativos.³¹¹

5 La decisión del panel: Fortalecimiento de los derechos ambientales

Según el informe del panel de la OMC las medidas del gobierno brasileño infringen el artículo XI del GATT (prohibición de la restricción cuantitativa) y el III-4 del GATT (principio del trato igual) y tampoco se justifican por el artículo XX b (protección ambiental y de salud) o d (aseguramiento de la implementación de disposiciones legales y normas administrativas) del GATT. Con esta decisión la Comisión de la UE ganó formalmente el juicio en primera instancia.

Conforme a la decisión del panel, las medidas que ocasionaron la controversia constituyen una discriminación, porque se eximió a los Estados miembros del Mercosur de la prohibición de importación y porque en algunos casos la prohibición de importación para llantas desgastadas fue anulada por sentencias de tribunales brasileños.³¹² En cambio, el hecho de que la prohibición de importación no se aplicara en el caso de neumáticos nuevos no representaría una discriminación, porque tanto los neumáticos producidos en Brasil como los neumáticos nuevos importados podrían reciclarse en dicho país.³¹³

Sin embargo, con respecto a la justificación según el artículo XX b del GATT, el panel expresó su convicción de que las llantas viejas significan una amenaza para la salud y el medio ambiente. No importaba que el peligro no resultase de los propias neumáticos recauchutados sino del posterior desecho de llantas, porque éste no sería otra cosa que llantas que han alcanzado el final de su ciclo de vida.³¹⁴ Adicionalmente el panel constató que el acuerdo del GATT concede el derecho a los Estados miembros de elegir el estándar de protección que consideren oportuno. En este contexto, a los Estados les concede un amplio poder discrecional en cuanto a su política ambiental

309 Humane Society International, carta Amicus-Curiae, p. 4.

310 *Ibid.*, p. 11.

311 *Ibid.*, p. 12.

312 Informe del panel, p. 232, 233.

313 *Ibid.*, p. 234.

314 *Ibid.*, p. 171.

y de salud.³¹⁵ Así, en opinión del panel, las medidas brasileñas pretendían minimizar las amenazas para el medio ambiente y no apuntaban a proteger la economía brasileña. Por tanto, si bien las restricciones de importación brasileñas se podían entender como una limitación de los derechos comerciales de la OMC, también podían calificarse bajo los argumentos justificativos según el artículo XX b del GATT.

Según el criterio del panel y al contrario de la opinión de la UE, las medidas brasileñas eran necesarias y aptas para la protección de la salud y del medio ambiente, porque con las restricciones de importación se producirían menos residuos de neumáticos en el Brasil.³¹⁶ Por lo demás, la pertinencia de una medida no requería que se tratara de la única medida capaz de eliminar el peligro; tampoco requería que fuese inmediatamente efectiva después de su introducción³¹⁷ y Brasil no disponía de medidas menos drásticas. Por su parte, las medidas alternativas alegadas por la UE —desde la ampliación del transporte público hasta el mejoramiento de las condiciones de almacenamiento— no serían adecuadas para eliminar el peligro.³¹⁸ Tampoco se podían señalar posibles opciones teóricas, sino únicamente aquello viable en el Estado afectado bajo las condiciones existentes.³¹⁹

El panel considera injustificada y como una restricción encubierta del comercio internacional la discriminación basada en los dictámenes de los tribunales. Sin bien no sería arbitraria debido a decisiones judiciales como fundamento, sí sería injustificada porque el número de llantas desgastadas importadas había aumentado de 1,4 millones en el año 2000 a 10,5 millones, es decir, sustancialmente. Mientras Brasil no lograra imponer real e indistintamente la prohibición de importación para neumáticos desgastados, la medida se aplicaría en forma injustificada y discriminatoria y representaría una restricción encubierta al comercio internacional.³²⁰

En cambio, la discriminación con respecto a la excepción para los Estados miembros del Mercosur no era ni arbitraria ni injustificada. No era arbitraria, porque Brasil estaba obligado por el fallo de un tribunal del Mercosur a admitir la importación. Acuerdos como el del Mercosur se reconocen explícitamente en el artículo XXV. Tampoco era injustificada la forma de aplicar la prohibición de importación en cuanto a la excepción para los Estados del Mercosur, porque el número de llantas importadas de estos países era muy bajo en comparación con el número de neumáticos importados de la CE antes de la prohibición de importación.³²¹

Por estos motivos el panel no considera justificada la imposición adicional de una multa, ni según el artículo XX b, ni según el artículo XX d.³²²

Con ello formalmente ganó la Comisión de la UE. Sin embargo, no aceptó este fallo ejemplar de la primera instancia y presentó el caso ante la instancia de apelación (Órgano de Apelaciones) de la OMC, lo cual le ocasionó fuertes críticas por parte

315 *Ibid.*, p. 188.

316 *Ibid.*, p. 204.

317 *Ibid.*

318 *Ibid.*, p. 228.

319 *Ibid.*, p. 207.

320 *Ibid.*, p. 247.

321 *Ibid.*, p. 242.

322 *Ibid.*, p. 263.

de organizaciones no gubernamentales.³²³ Dado que la Comisión de la UE cuestionó las exposiciones centrales del fallo, que van en beneficio de la protección ambiental y que podrían adquirir gran relevancia para futuros conflictos ambientales sobre todo en el relación con países del Sur, hacen muy cuestionables afirmaciones anteriores de la UE, según las cuales no quiere descuidar la protección del medio ambiente en el comercio mundial.

En detalle, la Comisión de la UE solicitó la revisión jurídica de los siguientes puntos ante el Órgano de Apelación:

- (1) La conclusión que la prohibición de importación de neumáticos reciclados es necesaria en el sentido del artículo XX b del GATT (la CE opina que la pertinencia potencial de la medida para proteger la salud y la vida es una justificación insuficiente; además, el panel había excluido sin motivo las medidas menos estrictas alegadas por la CE y no había realizado una ponderación razonable; finalmente el panel no había esclarecido el estado de cosas por sí mismo, así que la carga de la prueba recaía de facto sobre la CE);³²⁴
- (2) la conclusión que la excepción para los Estados miembros del Mercosur no representa una discriminación arbitraria o injustificada;
- (3) la conclusión que la prohibición de importación para neumáticos reciclados no representa una discriminación arbitraria sino únicamente injustificada, siempre que queden comprometidos considerablemente los objetivos intencionados con la prohibición de importación;
- (4) la conclusión que la excepción en favor de los Estados miembros del Mercosur no es una restricción encubierta en el comercio internacional y que la importación de llantas recicladas debido a fallos judiciales únicamente representa tal restricción cuando hace peligrar sustancialmente el objetivo de la prohibición de importación, y
- (5) el examen omitido, sobre si la excepción para los Estados miembros del Mercosur viola los artículos XII-1 y I del GATT, debido a consideraciones de índole de economía procesal.

6 El dictamen del Órgano de Apelación

El 3 de diciembre de 2007 el Órgano de Apelación presentó su informe a los Estados miembros y confirmó el derecho de Brasil a decretar prohibiciones de importación para protección del medio ambiente y la salud.

a) Acerca de la necesidad según el artículo XX b

Antes que nada el Órgano de Apelación confirma la constatación del panel que la prohibición de la importación es necesaria para proteger la salud y el medio

323 Jürgen Maier, secretario ejecutivo del Forum Umwelt & Entwicklung (Foro Medio Ambiente & Desarrollo), en: Comunicado de prensa Forum Umwelt & Entwicklung, 5.9.2007, [http://www.forum-ue.de/54.04html?tx_ttnews\[tt_news\]=819&tx_ttnews\[backPid\]=17&cHash=06a391f154](http://www.forum-ue.de/54.04html?tx_ttnews[tt_news]=819&tx_ttnews[backPid]=17&cHash=06a391f154); carta del Forum Umwelt & Entwicklung al Comisario de comercio Peter Mandelson, 5.9.2007, http://www.forum-ue.de/fileadmin/userupload/pm/open_letter_to_Mandelson_5_September_2007.pdf.

324 Informe del Órgano de Apelación, no. 9 ss.

ambiente.³²⁵ El derecho de los Estados miembros de definir el nivel de protección que consideren oportuno representa un principio esencial en esta área conflictiva del comercio mundial, particularmente en relación con la protección de la salud y del medio ambiente vinculada con la eliminación de residuos.³²⁶ Para determinar la pertinencia de una medida no se requiere que sea imprescindible o inevitable para lograr los objetivos establecidos; pero tampoco puede ser insignificante.³²⁷ Por tanto, en este contexto criterios importantes son: la contribución de la medida a lograr el objetivo; la relevancia del bien a proteger y el impacto que la medida tiene sobre el comercio.³²⁸

El panel como instancia de hechos, o sea, como instancia encargada de averiguar los hechos, goza —antes de poder realizar su valoración jurídica— de cierta libertad en cuanto al método que elija para establecer si una medida contribuye a alcanzar el propósito.³²⁹ Por tanto no existe la obligación de cuantificar esta contribución y el panel queda habilitado para estimar el riesgo para la salud y el medio ambiente en forma cualitativa en vez de cuantitativa.³³⁰

Además, una medida tan drástica para el comercio como la prohibición de importación según el artículo XX se justifica si contribuye sustancialmente a lograr el objetivo.³³¹ Que esto es el caso se puede exponer no sólo con pruebas sino también con pronósticos cuantitativos o con una reflexión cualitativa basada en hipótesis comprobables.

Dado que la prohibición de importación brasileña es parte de una estrategia amplia para reducir los riesgos resultantes del almacenamiento de llantas viejas en el Brasil,³³² de acuerdo con el criterio del Órgano de Apelación, la conclusión del panel que la prohibición de la importación contribuye a reducir los riesgos para la salud y el medio ambiente no es errónea.³³³ Además, las opciones que presentó la CE únicamente complementarían la prohibición de importación; no presentan medidas sustitutivas reales.³³⁴

b) Acerca de la excepción en favor de los Estados miembros del Mercosur

Sin embargo, la excepción en favor de los Estados miembros del Mercosur sí constituye una discriminación arbitraria e injustificada según el criterio del Órgano de Apelación.³³⁵

El propósito de la norma antidiscriminatoria es evitar que se recurra arbitrariamente a las excepciones conforme el artículo a-j.³³⁶ Para constatar si una discriminación es arbitraria e injustificada se debería destacar el motivo de la discriminación

³²⁵ *Ibid.*, no. 212.

³²⁶ *Ibid.*, no. 210.

³²⁷ *Ibid.*, no. 210.

³²⁸ *Ibid.*, no. 142 s.

³²⁹ *Ibid.*, no. 145.

³³⁰ *Ibid.*, no. 146 s.

³³¹ *Ibid.*, no. 51.

³³² *Ibid.*, no. 154.

³³³ *Ibid.*, no. 155.

³³⁴ *Ibid.*, no. 172 ss., 211.

³³⁵ *Ibid.*, no. 228.

³³⁶ *Ibid.*, no. 224.

y no, como lo había hecho el panel, el grado de la discriminación y sus consecuencias.³³⁷ Con ello el Órgano de Apelación deniega la perspectiva cuantitativa con la cual el panel abordó el tema. Sin embargo, se podrían considerar el grado y las consecuencias de la discriminación en el marco de la cuestión, cuando el motivo de la discriminación es justificado.³³⁸

Brasil había introducido la excepción en favor los Estados miembros del Mercosur para hacer compatible la prohibición de la importación con las obligaciones que resultaron del fallo del Mercosur. Sin embargo, este fallo no tenía ninguna relación con el propósito de la protección de la salud y del medio ambiente, más bien se oponía a este objetivo.³³⁹ El hecho de que una medida no se origine por una decisión casual o infundada sino por una decisión racional, no excluye su arbitrariedad. Esto es, una discriminación puede ser racional y a pesar de ello arbitraria, si su motivo no se relaciona en absoluto con una medida conforme a los propósitos del artículo XX a-j.³⁴⁰

Debido a la misma argumentación la instancia de apelación constató una restricción encubierta en el comercio internacional.³⁴¹ En efecto, el panel no debería haber argumentado sólo con las consecuencias de la restricción.

c) Acerca de la importación de neumáticos desgastados debido a fallos judiciales

También la importación de llantas desgastadas a causa de fallos judiciales contra- viene el motivo de la prohibición de la importación y representa una discriminación arbitraria e injustificada.³⁴² Con respecto a la restricción encubierta en el comercio internacional, el Órgano de Apelación puntualiza que la restricción existe independientemente del volumen de las importaciones permitidas a causa de fallos judiciales.³⁴³

7 Evaluación

Aquí no queremos efectuar una evaluación general de la política de la OMC, si bien hay que señalar que los críticos como Attac u Oxfam niegan legitimidad alguna a la OMC. Critican sobre todo su política de libre comercio que —según ellos— defiende exclusivamente los intereses de los países ricos y consideran sus procesos de toma de decisiones como antidemocráticos y carentes de transparencia.

En el marco de la controversia aquí examinada, dirimida en el marco de la OMC, las decisiones del panel de la OMC y del Órgano de Apelación representan únicamente un triunfo parcial de la Comisión de la UE. Porque, suponiendo que en la práctica el Brasil lograra aplicar sin discriminación la prohibición de importar llantas desgastadas, entonces las medidas se justificarían y la importación de neumáticos recauchutados y desgastados se podría prohibir justificadamente.

337 *Ibid.*, no. 225, 229.

338 *Ibid.*, no. 231.

339 *Ibid.*, no. 228.

340 *Ibid.*, no. 232.

341 *Ibid.*, no. 239.

342 *Ibid.*, no. 246.

343 *Ibid.*, no. 251.

Lo interesante de estas decisiones es que se ponderan y armonizan, por lo menos implícitamente, las normas de la OMC (argumentos justificativos conforme al artículo XX b) con las normas del derecho internacional ambiental (por ejemplo el Convenio de Basilea).³⁴⁴ Ello se puede entender como un fortalecimiento de los derechos ambientales y humanos en el sistema de la OMC. Si bien en decisiones anteriores de la OMC se consideraron justificadas restricciones comerciales por razones de protección del medio ambiente y de la salud,³⁴⁵ estas decisiones habían abordado medidas públicas que se dirigían directamente contra acciones inmediatas que contaminaban el medio ambiente o amenazaban la salud, o se habían decretado para proteger especies animales en peligro de extinción. Con el dictamen existente se extendió el ámbito de aplicación de los argumentos justificativos para restricciones comerciales hacia medidas con carácter preventivo y cuyo efecto protector se desarrolla sólo indirectamente. Con ello se otorgó a los Estados miembros amplios márgenes en cuanto a la selección de métodos para promover la protección del medio ambiente y de la salud, ya que ahora es suficiente que las medidas (ambientales) tomadas sólo contribuyan a lograr el propósito de protección. En este sentido también es importante destacar que —conforme a la decisión del Órgano de Apelación— la necesidad de medidas protectoras no requiere cuantificación. Con ello se facilita la posición de la parte que decreta restricciones comerciales, porque ya no tiene que realizar una extensa comprobación de la efectividad de sus medidas protectoras. Adicionalmente, es significativo que en cuanto a la ponderación de posibles medidas menos severas —en contraste con las medidas que ocasionaron controversia— se tiene que considerar la capacidad de los países afectados.³⁴⁶ Es decir, se puede considerar sobre todo la situación financiera e institucional de los países del Sur.

Aunque el dictamen de los jueces de la OMC aclara la cuestión de en qué circunstancias los gobiernos tienen el derecho de tomar medidas que restringen el comercio en el sentido del acuerdo de la OMC y que buscan proteger la salud y la vida de las personas humanas, los animales y las plantas, esto es, cuando los derechos ambientales y de salud tienen prioridad ante los derechos comerciales,³⁴⁷ en cada caso específico la decisión quedará sometida a la ponderación de las instancias de arbitraje de la OMC. Entonces, pensando en la seguridad jurídica, hubiera sido deseable fijar estándares inequívocos. Por lo demás, quedan dudas de si estos dictámenes realmente significan un avance definitivo en cuanto a la consideración de derechos ambientales

344 Julia Ya Qin, WTO Panel decision in Brazil – Tyres support safeguarding environmental values, en: *ASIL Insight*, vol. 11, No. 23, 2007.

345 US-Gasoline (WT/DS2 and 4/R, 20.05.1996); Asbestos (European Communities – Measures affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, WT/DS135/R, 18.09.2000; Seaturtle (United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/R, 15.05.1998).

346 McGivern, White & Case International Trade, diciembre 2007, www.whitecase.com/bmcgivern; Schloemann, Brazil Tyres-Policy space confirmed under Article XX, en: *Bridges Trade BioRes – Trade & Environment Review*, marzo 2008, pp. 10 y 12.

347 Véase comunicado de prensa de la ONG alemana Forum Umwelt & Entwicklung (Foro Medio Ambiente & Desarrollo), 5.9.2007; McGivern, White & Case International Trade, Ginebra, junio 2007, www.whitecase.com/bmcgivern; McGivern, White & Case International Trade, diciembre 2007, www.whitecase.com/bmcgivern; Schloemann, Brazil Tyres-Policy space confirmed under Article XX, en: *Bridges Trade BioRes – Trade & Environment Review*, marzo 2008, p. 10 ss.

en el sistema de libre comercio de la OMC, ya que apenas en 2006 la OMC, en su informe del panel en el proceso Estados Unidos *vs* Comunidades Europeas³⁴⁸ relativo a la moratoria que establece la UE contra la importación de alimentos y plantas genéticamente modificadas, dio indiscutible y absoluta prioridad al libre comercio ante cuestiones de protección ambiental. Con ello, entonces, es más que incierto que ahora la OMC restrinja su objetivo superior de libre comercio mundial en favor de los derechos ambientales y de los derechos humanos, como comentaron algunas organizaciones ambientalistas en el marco del proceso referido.

El caso es, también, un indicio de que si bien la UE, en comparación con el resto del mundo, tiene una legislación ambiental y política relativamente avanzada dentro de su propio territorio, en la política económica exterior defiende claramente los intereses del *lobby* económico europeo. No solamente se descuidan cuestiones ambientales y de salud en el Sur mundial, al igual que el manejo oportuno de problemas de residuos fuera de la UE, sino que, más bien, la UE actúa contra la aplicación efectiva de estándares ambientales cuando se ven afectados los intereses económicos europeos.

III Syngenta contra Brasil

1 Exposición de los hechos

Desde 2006 el sur del Brasil, en el estado federado de Paraná, vive un conflicto jurídico y con grupos de la sociedad civil, en torno a un campo experimental del consorcio agro-químico Syngenta (cuya sede está en Suiza) donde se exploran las posibilidades de soja transgénica. A lo largo de este conflicto, la autoridad llegó a prohibir el cultivo y a expropiar el terreno. Por otra parte, las fuerzas privadas de seguridad de la empresa NE, contratadas por Syngenta, confrontaron violentamente las protestas del movimiento de los sin tierra. El incidente más grave se dio el 21 de octubre de 2007, cuando alrededor de 150 trabajadores de dos organizaciones de los sin tierra, el *Movimento de Trabalhadores Rurais Sem Terra* (MST) y *Vía Campesina*, ocuparon por la mañana el campo experimental ubicado en el sureste de Brasil. A mediodía entraron al área aproximadamente 40 agentes de seguridad de la empresa NE, todos iban armados. En el enfrentamiento el trabajador agrícola Valmir Motta de Oliveira resultó muerto a causa de dos disparos (a causa da morte foi um tiro no peito, mas ele já tinha levado um tiro na perna). Otros cuatro trabajadores agrícolas, Gentil Couto Viera, Jonas Gomes de Queiroz, Domingos Barretos y Hudson Cardin, resultaron gravemente heridos. La trabajadora agrícola Izabel Nascimento de Souza fue maltratada gravemente y quedó en estado de coma por un periodo prolongado. Del

348 European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (Dispute DS291), http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds291_s.htm

lado de los agentes de seguridad también se registraron un muerto y tres personas heridas³⁴⁹ y, a la fecha, sigue sin aclararse los motivos de este fallecimiento.³⁵⁰

a) El campo experimental de la empresa suiza Syngenta en Brasil

La empresa Syngenta hizo su aparición pública en el año 2000 después de la fusión de la empresa suiza Novartis Agrobusiness y la empresa británica Zeneca Agrochemicals. Syngenta se dedica a la investigación, producción y comercialización de productos fitosanitarios y semillas. Con un volumen anual de ventas de aproximadamente 8,1 mil millones de dólares y 21 mil empleados en todo el mundo, la empresa suiza se encuentra entre los consorcios agrícolas y de semillas más poderosos del mundo. En el rubro de los productos fitosanitarios (Syngenta Crop Protection) la empresa es líder en el mercado, mientras que en el rubro de las «semillas comerciales» (Syngenta Seeds) ocupa el tercer lugar entre los consorcios agrícolas que operan a escala mundial.³⁵¹ Según sus propias declaraciones, la empresa se rige de acuerdo a los principios de la responsabilidad social corporativa (*Corporate Responsibility*).³⁵²

Syngenta invierte 800 millones de dólares al año en la investigación y el desarrollo de semillas transgénicas, particularmente resistentes a los parásitos, y de nuevos

349 Carta de la organización de derechos humanos *Terra de Direitos* (oficio No. 204/07 TDD) dirigida al presidente de la Comisión de Derechos Humanos y Minorías de la Cámara Federal de Diputados, Luiz Couto, del 22 de octubre de 2007. Los autores cuentan con una copia de este documento.

350 Según informaciones de Amnistía Internacional, los primeros informes de los acontecimientos sugieren que el agente recibió disparos de sus propios colegas; véase la Acción Urgente no. 276/07, del 25 de octubre de 2007, que puede consultarse en línea: <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR19/019/2007/en/2af93324-a2bf-11dc-8d74-6f45f39984e5/amr190192007en.pdf>

351 Véase la página electrónica de la empresa: www.syngenta.com

352 Entre estos principios figuran sobre todo la promoción de la agricultura sustentable y la protección de la salud y del medio ambiente. En el código de conducta (*Codes of Conduct*) elaborado por Syngenta se sostiene lo siguiente: «Para Syngenta es un tema importante la protección del medio ambiente, la salud y la seguridad de sus empleados y empleadas, al igual que de terceras personas que pudieran verse afectadas por las actividades de Syngenta.» En ese mismo marco, la empresa se compromete al estricto cumplimiento de las leyes nacionales y estándares éticos. El respeto a los derechos humanos es otro de los principios que figura en la política oficial de la empresa; véase la página electrónica de la empresa: www.syngenta.com

productos fitosanitarios.³⁵³ Sectores de la opinión pública suiza e internacional critican a Syngenta por la producción y la venta del herbicida Paraquat, altamente tóxico y dañino para la salud, como también la investigación y el desarrollo de plantas transgénicas tipo «terminator» que producen semillas estériles que resultan útiles para una sola cosecha.³⁵⁴

Syngenta Seeds compró un terreno de 127 hectáreas ubicado en el municipio de Santa Tereza do Oeste en el estado federado de Paraná. Syngenta Seeds Ltda. Brasil es una filial jurídica del consorcio suizo, con sede en São Paulo y una dependencia en Santa Tereza do Oeste, que pertenece al cien por cien al grupo Syngenta de Suiza.³⁵⁵ Entre otras cosas, Syngenta utilizó el terreno como centro de investigación para semillas, pero en enero de 2006 representantes del movimiento de los sin tierra (MST) se dieron cuenta de que la empresa estaba realizando experimentos de campo con cereales transgénicos en dicha propiedad.

El campo de experimentación está ubicado a tan sólo seis kilómetros del Parque Nacional Iguazú, de renombre mundial, y por ello se encuentra dentro de la zona de amortiguación de diez kilómetros donde, según la legislación brasileña, estaría prohibido el cultivo de plantas transgénicas.³⁵⁶ El Parque Nacional Iguazú, situado en el triángulo fronterizo entre Argentina, Brasil y Paraguay, con sus selvas subtropicales está protegido por ley y en 1986 fue declarado por la UNESCO patrimonio natural de la humanidad. En el artículo 11 de la Ley no. 10.814 del 14 de diciembre de 2003 se establece «la prohibición del cultivo de semillas transgénicas de soja en las reservas naturales y sus respectivas zonas de amortiguación, territorios indígenas (...) y territorios dedicados a la protección de la biodiversidad». A finales de octubre de 2006,

353 Según sus propias estadísticas, en 2006 Syngenta invirtió aproximadamente diez por ciento de su volumen de ventas en la investigación y el desarrollo de más de 300 nuevos permisos para productos fitosanitarios y alrededor de 500 nuevos permisos para semillas comerciales. Asimismo, Syngenta investiga en el campo de las llamadas semillas tipo «terminator» (*Terminator Seeds*). Éstas son semillas que, debido a su manipulación genética, no pueden reproducirse por vía natural y por lo tanto hay que adquirirlas cada año del productor. Hacia finales de los años noventa, el desarrollo planeado de semillas tipo «terminator» provocó amplias protestas entre las organizaciones campesinas y de medio ambiente en el llamado Tercer Mundo, ya que estos productos impiden utilizar una parte de la cosecha como semilla al año siguiente. La Comisión de Ética de la Organización para la Agricultura y la Alimentación (FAO), de la ONU, también declaró que «no era aceptable vender semillas cuyas cosechas resultan inútiles para que los campesinos vuelvan a usarlas» (véase página electrónica de Syngenta). Debido a las presiones generalizadas, Syngenta y otros consorcios anunciaron en 1999 que no iban a comercializar las semillas tipo «terminator». Al año siguiente los Estados firmantes de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Biodiversidad acordaron una moratoria para el uso comercial de las plantas esterilizadas genéticamente. Brasil incluso decretó una prohibición nacional para las semillas tipo «terminator». La ley brasileña sobre ingeniería genética (*Lei de Biossegurança*, Ley no. 11.105), del 24 de marzo de 2005, prohíbe liberar organismos transgénicos en un radio de diez kilómetros tomando como centro una reserva natural.

354 Véase la organización no gubernamental «Declaración de Berna» («Erklärung von Bern») y su campaña «Alto a Paraquat» («Stopp Paraquat»), <http://www.evb.ch/p62.html>

355 Entrevista telefónica de los autores con una empleada de Syngenta Suiza, el 29 de enero de 2008.

356 La Ley brasileña sobre la ingeniería genética (*Lei de Biossegurança*, Ley núm. 11.105) del 24 de marzo de 2005 prohíbe la liberación de organismos transgénicos en un radio de 10 kilómetros alrededor de una reserva natural.

mediante un decreto del presidente brasileño Luiz Inácio Lula da Silva, las zonas de amortiguación entre las reservas naturales y los experimentos de campo con plantas transgénicas quedaron reducidas a 500 metros.³⁵⁷

Después de que ambas organizaciones de los sin tierra, el *Movimento de Trabalhadores Rurais Sem Terra* (MST) y Vía Campesina informaran a la organización de derechos humanos *Terra de Direitos* acerca de los experimentos con soja transgénica realizados al aire libre en la propiedad de Syngenta, el 1 de febrero de 2006 *Terra de Direitos* presentó una denuncia contra dicha empresa ante la fiscalía correspondiente y la autoridad pública IBAMA (Instituto Brasileño para Medio Ambiente y Recursos Naturales Renovables – *Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis*).³⁵⁸ El 7 de marzo de 2006 IBAMA llevó a cabo una visita de control en la propiedad de Syngenta; ese mismo día prohibió a la empresa seguir usando su campo de experimentación³⁵⁹ y para el 21 de marzo del mismo año IBAMA multó a la empresa suiza por un monto de unos 400 mil euros (un millón de reais), ya que Syngenta con sus cultivos de soja transgénica no respetó la distancia mínima establecida por la ley al Parque Nacional Iguazú y, por lo tanto, violó la ley brasileña sobre ingeniería genética.³⁶⁰ Adicionalmente, IBAMA solicitó permiso para destruir los campos experimentales.³⁶¹

Durante ese mismo mes de marzo de 2006 en la ciudad de Curitiba, en el estado federado de Paraná, se realizó la octava conferencia de los Estados firmantes de la Convención sobre la Diversidad Biológica, en la cual se discutió, entre otros temas, sobre la posible prolongación de la moratoria para la tecnología tipo «terminator», acordada en el año 2000, y también cómo marcar aquellos alimentos y forrajes que han sido manipulados genéticamente. Las organizaciones del movimiento de los sin tierra, MST y Via Campesina, utilizaron la conferencia internacional para señalar, mediante una ocupación del campo experimental, los experimentos ilegales de Syngenta con soja transgénica y los peligros generalizados de la tecnología tipo «terminator» para la seguridad alimenticia. El 14 de marzo de 2006 alrededor de 150 familias de trabajadores agrícolas ocuparon el terreno de Syngenta Seeds y montaron ahí un campamento.³⁶²

El 9 de noviembre de 2006 el gobernador de Paraná, Roberto Requião de Mello e Silva, decretó la expropiación del campo experimental; acción que le valió ser cuestionado por Syngenta como protector del movimiento de los sin tierra. El guber-

357 Decreto no. 5.950 del 31 de octubre de 2006. Generalmente, las leyes brasileñas tienen vigencia retroactiva, pero en el caso de Syngenta los experimentos genéticos de campo siguen siendo ilegales ya que contravienen los reglamentos del Parque Nacional que prescriben una distancia de diez kilómetros; en Brasil, *lex specialis* (reglamento del parque nacional) se impone al *lex generalis* (decreto presidencial).

358 Carta de *Terra de Direitos* (oficio no. 09/2006 TDD), 1 de febrero de 2006. Los autores cuentan con una copia de este documento.

359 Orden de omisión del IBAMA del 7 de marzo de 2006. Los autores cuentan con una copia de este documento.

360 Véase la página electrónica del IBAMA: http://www.ibama.gov.br/novo_ibama/paginas/materia.php?id_arq=3714

361 *Ibid.*

362 Entrevista telefónica con la abogada de *Terra de Direitos*, Gisele Luiza Brito dos Santos Cassano, el 27 de noviembre de 2007.

nador representa en cuanto a las semillas transgénicas una línea más restrictiva en comparación con el gobierno del presidente Lula. En opinión del gobernador, debido al cultivo ilegal de soja transgénica, en el futuro el terreno de Syngenta debería servir para cumplir con alguna función pública. El decreto³⁶³ previó la realización de estudios para el desarrollo de la agricultura sustentable.³⁶⁴ Syngenta interpuso recursos legales contra este decreto e inició un procedimiento legal contra la invasión de los movimientos de los sin tierra.³⁶⁵

b) Los enfrentamientos entre el movimiento de los sin tierra y las fuerzas privadas de seguridad de la empresa NF

La causa de los conflictos agrarios en el Brasil es la distribución desigual de la tierra: cerca del uno por ciento de los terratenientes posee casi el 46 por ciento de la superficie cultivable. Esta desigualdad generó una serie de movimientos sociales que luchan por la redistribución de la tierra en el país, lo cual provoca reacciones violentas de los terratenientes. En los últimos años éstos a menudo han dirigido sus ataques, en muchas ocasiones violentos, hacia los dirigentes de los movimientos agrarios.³⁶⁶ Para ello fundaron crecientemente empresas privadas de seguridad.³⁶⁷

En Paraná los latifundistas crearon asociaciones de interés. El 25 de abril de 2007, el presidente de la organización de terratenientes *Sociedade Rural do Oeste* (SRO), Alessandro Meneghel, fundó junto con otros latifundistas de la región el «movimiento de productores rurales» (*Movimento dos Produtores Rurais*, MPR).³⁶⁸ El presidente de la UDR del estado federado de Paraná, Marcos Prochet, está bajo la sospecha de ser el responsable del asesinato del trabajador agrícola Sebastião Camargo. Éste fue asesinado en febrero de 1998 durante un desalojo ilegal de trabajadores agrícolas que fue

363 Véase decreto no. 7487. Los autores cuentan con una copia de este decreto.

364 El gobernador recurrió a la Ley no. 3365/41.

365 Ambos procesos jurídicos son tratados ante distintos tribunales.

366 Véase el informe sobre la situación de los defensores de derechos humanos en el Brasil: «Na Linha da Frente: Defensores de Direitos Humanos no Brasil 2002-2005», presentado en diciembre de 2005 por las organizaciones de derechos humanos *Terra de Direitos* y *Justiça Global*. www.global.org.br/docs/relatoriodefensores2005.pdf Versión en inglés en: http://www.global.org.br/pub/FCKeditor/arquivos/File/relatorios/%7B9931E0C0-68A9-476D-9779-0A87F6856880%7D_report02.pdf. De acuerdo con datos de la Pastoral de la Tierra (*Comissão Pastoral da Terra*, CPT) en el estado federado de Paraná se registraron entre 1994 y 2002 un sinnúmero de ataques violentos contra trabajadores agrícolas y dirigentes de movimientos de los sin tierra: 16 campesinos sin tierra fueron asesinados, 31 fueron víctimas de atentados, 47 fueron amenazados de muerte, siete fueron torturados y 324 sufrieron algún tipo de lesión. Tan sólo en el año 2006 hubo en Paraná 76 conflictos agrarios; véase el informe «Denúncias de formação e atuação de milícias privadas no estado do Paraná», 18 de octubre de 2007, Curitiba.

367 Véase el informe elaborado por el MST, la Pastoral de la Tierra (*Comissão Pastoral da Terra*, CPT) y *Terra de Direitos* «Denúncias de formação e atuação de milícias privadas no estado do Paraná», 18 de octubre de 2007 Curitiba. Puede consultarse en línea: www.mst.org.br/mst/documentos/denuncia_milicia_parana.pdf

368 A mediados de 2007 esta organización ya contaba con alrededor de 300 miembros.

dirigido por Marcos Prochet.³⁶⁹ La empresa de seguridad N.F. Seguranca Sic Ltda., que se conoce como NF y que participó en los enfrentamientos del 21 de octubre de 2007 también tiene contrato con el MPR. El nombre de la empresa de seguridad se debe a las iniciales de su propietario Nerci de Freitas.

El 16 de julio de 2007 Syngenta firmó un contrato ilimitado con NF.³⁷⁰ En éste se establece como finalidad del contrato: «1.1. El presente contrato de servicios compromete a NF a vigilar la propiedad de Syngenta todos los días (24 horas) mediante cuatro (4) agentes desarmados de seguridad. Total: 2,880 horas por mes. En el caso que alguien invada el área de Syngenta y Syngenta no se encuentre en condiciones de recuperar inmediatamente su terreno, NF se compromete a poner a su disposición al menos 20 agentes desarmados de seguridad. Estos agentes deben permanecer en el área de Syngenta hasta que se haya reestablecido el pleno control sobre el terreno. 1.2. El servicio debe prestarse en el área de Syngenta en la Ciudad de Santa Tereza do Oeste, estado federado de Paraná.»

Se acordaron otros compromisos contractuales como aquel que establece que a los prestadores de servicios no se debe entregar armas de fuego, a menos que Syngenta lo autorice explícitamente mediante un documento adicional. Además, en caso de una invasión o algún otro caso de emergencia NF debe disponer en no más de una hora de al menos el doble del número de agentes de seguridad que había sido previsto en el contrato. Adicionalmente, NF debe asumir las «responsabilidades civiles y penales de la finalidad del contrato» y Syngenta podría exigir de NF quedar liberada de una posible responsabilidad legal.

De acuerdo con testimonios de trabajadores agrícolas, algunos de los empleados de NF que fueron contratados por Syngenta participaron, entre otras cosas, en la expulsión de familias de trabajadores agrícolas en el municipio Lindoeste en abril de 2007.³⁷¹

En el procesamiento de garantía legal provisional el juzgado municipal de Cascavel determinó, siguiendo una solicitud de desalojo presentada por Syngenta, que el movimiento de los sin tierra debía haber abandonado las instalaciones del campo experimental el 10 de julio de 2007.³⁷² Entre el 10 y el 17 de julio las familias de trabajadores agrícolas salieron del terreno de Syngenta. Algunos se establecieron en el asentamiento del MST «Olga Benário»,³⁷³ otros fueron alojados en campamentos

369 Debido a que la demanda penal en contra de Marcos Prochet por parte de la fiscalía correspondiente no llevó al procesamiento penal del caso, el CPT y la organización de derechos humanos *Justiça Global* presentaron una petición en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Marcos Prochet fue condenado el 23 de octubre de 2007 por un tribunal en la jurisdicción de Nova Londrina por el asesinato de Sebastiao Camargo. El enjuiciado interpuso recursos legales ante el tribunal de distrito del estado federado de Paraná.

370 Los autores cuentan con una copia de este contrato.

371 El 21 de abril un grupo de «agentes de seguridad» expulsó violentamente a 60 familias de trabajadores agrícolas de la propiedad Gasparetto. Véase el informe «Denúncias de formação e atuação de milícias privadas no estado do Paraná», 18 de octubre de 2007, Curitiba.

372 Entrevista telefónica con la abogada de *Terra de Direitos*, Gisele Luiza Brito dos Santos Cassano, el 27 de noviembre de 2007.

373 El asentamiento del MST «Olga Benário» ya había sido reconocido con anterioridad por las autoridades brasileñas, lo que implica que las tierras les fueron entregadas oficialmente a las familias campesinas.

provisionales del MST.³⁷⁴ El 20 de julio aparecieron, según un informe policial, las fuerzas de seguridad de NF en el asentamiento «Olga Benário» y amenazaron a las familias campesinas. Los empleados armados de NF permanecieron aproximadamente 40 minutos en el terreno del MST, disparando tiros intimidatorios, tirando a la bandera del MST y amenazando a las familias. Uno de los agentes de seguridad dirigió y disparó su arma contra la trabajadora agrícola Carmélia Padilha Pereira, quien resultó ilesa.³⁷⁵ Los afectados presentaron una denuncia ante la policía e informaron públicamente sobre el incidente.³⁷⁶

El 28 de agosto de 2007, *Terra de Direitos* informó al Ombudsman Nacional para Asuntos Agrarios, al jefe de policía de la Policía Federal de Cascavel, al superintendente de la Policía Federal de Cascavel, al Secretario de Seguridad Pública de Paraná y al Ombudsman de Asuntos Agrarios de Paraná acerca de los acontecimientos recientes.³⁷⁷

En septiembre de 2007 la policía federal brasileña llevó a cabo un registro domiciliario en las instalaciones de NF, durante la cual confiscó armas y municiones, y detuvo a la directora de la empresa, Maria Ivanete Campos de Freitas, mientras que el propietario de la empresa, Nerci de Freitas se dio a la fuga. En su reporte final el presidente de la policía federal, José Alberto de Freitas, explicó que la mayoría de las personas contratadas por la empresa NF no contaban ni con las capacidades ni con el permiso para trabajar en una empresa de seguridad privada.³⁷⁸ El 18 de octubre la Comisión para Derechos Humanos y Minorías del Congreso Brasileño convocó una audiencia pública en Curitiba donde movimientos sociales y la organización de derechos humanos *Terra de Direitos* presentaron un minucioso informe sobre los abusos y las acciones violentas más recientes de las milicias contra los trabajadores agrícolas, como también la utilización de dichas milicias por parte de los terrate-

374 Entrevista telefónica con la abogada de *Terra de Direitos*, Gisele Luiza Brito dos Santos Cassano, el 27 de noviembre de 2007.

375 Carta de *Terra de Direitos* (oficio no. 140/2007 TDD) dirigida al Ombudsman Nacional para Asuntos Agrarios, José da Silva Filho, el jefe de policía de la Policía Federal de Cascavel, el superintendente de la Policía Federal de Cascavel, Jaber Maku Hanna Saadi, el Secretario de Seguridad Pública de Paraná, Luiz Fernando Ferreira Delazari, y el Ombudsman de Asuntos Agrarios de Paraná, Luasses Santos, fechada el 28 de agosto de 2007.

376 *Ibid.*, *Terra de Direitos* cuenta con una copia del informe policial.

377 En su carta, *Terra de Direitos* informa a las instancias públicas que la empresa Syngenta mantiene relaciones con las asociaciones de terratenientes SRO (*Sociedade Rural do Oeste*) y MPR (*Movimento dos Produtores Rurais*), y que contrató a la milicia de NF como agencia de seguridad para la vigilancia de su campo experimental en Santa Tereza do Oeste. Asimismo, *Terra de Direitos* exhortó a los responsables a iniciar averiguaciones contra la milicia privada y sus conexiones con la empresa Syngenta, y a que investigarán, además, el origen de las armas utilizadas por el personal de seguridad de Syngenta. También exigió medidas para la protección del asentamiento «Olga Benário». Véase carta de *Terra de Direitos*, especificada en pie de página 374.

378 Informe policial no. 062/2007. Véase carta de *Terra de Direitos* y otras organizaciones no gubernamentales y movimientos sociales de Brasil, dirigida al Primer Fiscal de Paraná, Dr. Milton Riquelme de Macedo (oficio no. 214/07 TDD), 23 de octubre de 2007.

nientes locales. Durante la auditoria pública también se mencionó la conexión de las milicias armadas de NF y otros, con SRO, MPR y con Syngenta.³⁷⁹

c) Los acontecimientos del 21 de octubre de 2007

De acuerdo con las descripciones de las organizaciones de derechos humanos *Terra de Direitos*, Vía Campesina³⁸⁰ y Amnistía Internacional³⁸¹, el 21 de octubre de 2007 se registraron los hechos siguientes: en la madrugada del 21 de octubre de 2007 alrededor de 150 familias de trabajadores agrícolas de los dos movimientos de los sin tierra, *Movimento de Trabalhadores Rurais Sem Terra* (MST) y Vía Campesina invadieron el campo experimental de Syngenta Seeds, ubicado en el municipio de Santa Tereza do Oeste, estado federado de Paraná. A esta hora se encontraban cuatro hombres armados de la empresa de seguridad NF en el área del campo experimental (só havia um segurança armado, as outras armas estava na guarita). Cuando los campesinos intentaron desarmar a lo hombre, se soltó un disparo y le pegó a uno de los trabajadores en la pierna.³⁸² Después de que los trabajadores lograran desarmar a los cuatro hombres, éstos abandonaron el terreno.³⁸³ En el movimiento de los sin tierra se supone que los empleados de NF no contaban con un permiso para portar armas.³⁸⁴

A la una y media de la tarde apareció un camión en el portón de entrada de la propiedad. Se bajaron 40 hombres de la empresa de seguridad NF fuertemente armados y empezaron a disparar hacia el portón. Después de que lograran abrirse el camino a la propiedad por medio de sus armas de fuego, gritaron los nombres de tres líderes del MST «Keno, Célia y Celso».³⁸⁵ Cuando descubrieron a Valmir Motta de Oliveira, conocido como Keno, lo mataron disparándole a quemarropa. Valmir Motta de Oliveira, de 42 años y padre de tres hijos, no sólo fue uno de los líderes más impor-

379 Informe «Denúncias de formação e atuação de milícias privadas no estado do Paraná» elaborado por *Terra de Direitos*, por el MST y la Pastoral de la Tierra (Comissão Pastoral da Terra, CPT); puede consultarse en: www.mst.org.br/mst/documentos/denuncia_milicia_parana.pdf; véase también <http://www.viacampesina.at/cms/sterreichweit/gentechnik-kostet-menschen-leben-3.html>

380 Véase <http://www.viacampesina.at/cms/sterreichweit/gentechnik-kostet-menschen-leben-3.html>

381 Véase la Acción Urgente no 276/07, 25 de octubre 2007, en <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR19/019/2007/en/2af93324-a2bf-11dc-8d74-6f45f39984e5/amr190192007en.pdf> y el informe sobre Brasil de Amnistía Internacional, dirigida al Universal Periodic Review (UPR) de las Naciones Unidas, con motivo de la primera sesión del grupo de trabajo del UPR, del 7 al 18 de abril 2008, <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR19/023/2007/en/5f56cf8e-a2bf-11dc-8d74-6f45f39984e5/amr190232007en.pdf>

382 Carta de la organización de derechos humanos, *Terra de Direitos* (oficio no. 204/07) dirigida al presidente de la Comisión de Derechos Humanos y Minorías de la Cámara Federal de Diputados, Luiz Couto, fechada del 22 de octubre de 2007. Los autores cuentan con una copia de este oficio.

383 Los trabajadores guardaron las armas para luego entregarlas a la policía.

384 Oficio no. 204/07 TDD.

385 Carta de *Terra de Direitos* dirigida al Secretario de Seguridad Pública de Paraná, Dr. Luiz Fernando Delazari (oficio no. 209/2007), del 23 de octubre de 2007. Los autores cuentan con una copia de este oficio.

tantes del movimientos de los sin tierra MST en el estado federado de Paraná, sino también representó al MST en el ámbito nacional.

Luego los atacantes obligaron a la trabajadora Izabel Nascimento de Souza a ponerse de rodillas. Le dispararon a su víctima, dándole en la cabeza. Finalmente varios agentes de seguridad golpearon a Izabel Nascimento de Souza quien ya se encontraba tendida en el suelo. Según informaciones de Vía Campesina, Izabel Nascimento de Souza permaneció varios días en el hospital en estado de coma y perdió la vista en uno de sus ojos. Los trabajadores suponen que los agresores confundieron a Izabel Nascimento de Souza con la líder del MST, Célia Aparecida Lourenço, con quien guarda cierto parecido. Otros (dois) trabajadores fueron heridos de bala durante los enfrentamientos. Los dos dirigentes locales del MST, Celso Barbosa y Célia Lourenço, fueron perseguidos por los agentes de seguridad con armas de fuego pero lograron escapar ilesos. Del lado de los agentes de seguridad se registró un muerto, Fábio de Souza, así como tres personas heridas. Aún no se han esclarecido las circunstancias en que sucedieron los hechos. Según información de Amnistía Internacional, los primeros informes habían sugerido que el agente de seguridad fue baleado por sus propios colegas.³⁸⁶ Según declaraciones de los movimientos de los sin tierra, los campesinos y trabajadores agrícolas estaban desarmados.

El 22 de octubre de 2007 diversas organizaciones no gubernamentales dirigieron una carta al Secretario de Justicia del Brasil, Traso Genro, y al gobernador del estado federado de Paraná, en la que describían el incidente y exigían a los políticos tomar las correspondientes medidas para poder responsabilizar penalmente a los responsables de Syngenta.³⁸⁷

El 23 de octubre de 2007 las mismas organizaciones se dirigieron al Primer Fiscal de Paraná, Dr. Milton Riquelme de Macedo, para exigirle detener y meter en prisión preventiva al presidente del SRO, Alessandro Meneguel, y al gerente de NF, Nerci de Freitas.³⁸⁸ Asimismo, *Terra de Direitos* exhortó al Secretario de Seguridad Pública de Paraná, tomar medidas de protección de las familias campesinas de la región, particularmente de los dos dirigentes del MST, Celso Barbosa y Célia Aparecida Lourenço.³⁸⁹ En consecuencia, a Celso Barbosa se le facilitó una guardia policial, mientras que Célia Aparecida Lourenço hasta hoy no ha contado con ningún tipo de protección.³⁹⁰

Este mismo 23 de octubre el MST, *Terra de Direitos* y *Justiça Global* presentaron los hechos ante Philip Alston,³⁹¹ Relator Especial de la ONU sobre las ejecuciones

386 Véase la descripción en la Acción Urgente en la nota a pie de página 380.

387 Las siguientes organizaciones firmaron la carta: *Associação Brasileira pela Reforma Agrária (ABRA)*, *Ação Brasileira pela Nutrição e Direitos Humanos (ABRANDH)*, *Centro de Educação e Assessoramento Popular (CEAP)*, *Comissão Pastoral da Terra (CPT)*, *Conselho Nacional de Igrejas Cristãs (CONIC)*, *Justiça Global*, *Fala Preta*, *Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional (FASE)*, *FIAN Brasilien*, *Terra de Direitos*. Véase carta de *Terra de Direitos* del 22 de octubre de 2007, en la nota a pie de página 381.

388 Oficio no. 214/2007 TDD.

389 Oficio no. 209/2007 TDD, 23 de octubre de 2007.

390 Entrevista telefónica con la abogada de *Terra de Direitos*, Gisele Luiza Brito dos Santos Cassano, el 27 de noviembre de 2007.

391 Oficio no. 180/07 JG/RJ.

extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, y Hina Jilani,³⁹² Representante Especial del Secretario General sobre la situación de los defensores de los derechos humanos. También ese mismo día el MST y *Terra de Direitos* informaron a John Ruggie,³⁹³ Representante Especial del Secretario General la ONU para comercio y derechos humanos, y a Amada Benavides,³⁹⁴ presidente del Grupo de Trabajo de la ONU sobre el empleo de mercenarios. Posteriormente, el 13 de noviembre de 2007 se le entregó personalmente un informe al Relator Especial de la ONU sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias.³⁹⁵

A finales de octubre de 2007, Amnistía Internacional inició una «acción urgente», en la cual convocó a activistas de derechos humanos en todo el mundo a demandar al gobernador de Paraná y al Secretario de Justicia del Brasil a proteger a los trabajadores agrícolas amenazados y a sus familias, además de iniciar averiguaciones en torno a los responsables de los hechos del 21 de octubre.³⁹⁶ En su informe del contexto en torno a esa iniciativa, Amnistía Internacional relató que los activistas de derechos humanos y del movimiento de los sin tierra habían recibido graves amenazas y habían llamado la atención sobre las actividades ilegales de las fuerzas de seguridad contratadas por los terratenientes.

El 20 de noviembre concluyeron las indagaciones policiales. El jefe policial, Renato Bastos Figueiroa, entregó los expedientes a la fiscalía pidiendo que se levantara una denuncia en contra de nueve agentes de seguridad y el director de la empresa de seguridad. La policía responsabiliza a estos hombres de asesinato, intento de asesinato y formación de bandas criminales.³⁹⁷

En el curso de las semanas siguientes a los acontecimientos del 21 de octubre, se organizaron diversas protestas en contra de Syngenta en Brasil, lo mismo que en la sucursal de Syngenta en Viena y muchos otros países.³⁹⁸ En un boletín de prensa del 15 de noviembre de 2007, la empresa manifestó su desconcierto y aflicción ante «los acontecimientos trágicos» y expresó su compasión con las familias afectadas. Aseguró que ninguno de los empleados de Syngenta estuvo presente en el lugar de los hechos. Según esa versión, la empresa fue informada sobre la ocupación del campo experimental en la madrugada del 21 de octubre de 2007; ésta avisó a la policía a las nueve de la mañana (hora local) e instruyó a la empresa de seguridad para que retirara sus cuatro guardias.³⁹⁹ Hacia la una de la tarde se desató el enfrentamiento

392 Oficio no. 181/07 JG/RJ.

393 Oficio no. 218/07 TDD.

394 Oficio no 219/07 TDD. Los autores cuentan con copias de las cartas dirigidas a Naciones Unidas.

395 El Relator Especial de la ONU, Philip Alston, visitó Brasil del 4 al 14 de noviembre en una misión oficial. Ya su antecesora Asma Jahangir había estado de visita oficial de tres semanas (entre septiembre y octubre de 2003). La frecuencia de esas misiones indica el nivel de preocupación de las Naciones Unidas con respecto a la seguridad de los habitantes de Brasil.

396 Acción urgente no. (según índice de AI): AMR 19/019/2007.

397 Véase <http://noticias.br.msn.com/brasil/artigo.aspx?cp-documentid=5745070>. La constitución brasileña prohíbe en su artículo 4, párrafo XVII, la formación de grupos paramilitares. En el artículo 288 del Código Penal brasileño se sanciona la formación de bandas delictivas.

398 Véase http://www.aseed.net/index.php?option=com_content&task=view&id=458&Itemid=174

399 Sin embargo, de acuerdo con una consulta telefónica de los autores con *Terra de Direitos*, esta relación de los hechos contradice los testimonios recopilados por *Terra de Direitos*, que son la base de las diversas denuncias y los oficios dirigidos a distintas autoridades.

violento entre miembros del MST y empleados de la empresa de seguridad, que llevó a la muerte de un agente y un miembro del MST, entre otros daños. Syngenta rechazó tajantemente cualquier acusación de haber instruido a la empresa que recuperara el terreno o enfrentara violentamente a los trabajadores. Argumenta que desde el mismo contrato quedaba estrictamente prohibido que la empresa de seguridad portara armas en aras de proteger a la propiedad.⁴⁰⁰

2 Los procesos en curso

a) Marco jurídico de Brasil

aa) El juicio iniciado por la organización de derechos humanos *Terra de Direitos* en el marco del derecho brasileño llevó en un principio a la prohibición oficial del uso de los campos en cuestión. Además, se decretó una multa de aproximadamente 400 mil de euros (1 millón de reais) a la empresa, ya que Syngenta con sus cultivos de soja transgénica desatendió la distancia mínima establecida por la ley hacia el Parque Nacional Iguazú y, por lo tanto, violó la ley brasileña sobre ingeniería genética. Después de una suspensión temporal de esta multa a través de un tribunal de primera instancia, el tribunal de distrito en Cascavel denegó el 30 de noviembre de 2007 la querrela de Syngenta en contra de la decisión del IBAMA, mediante la cual prohibía los experimentos de campo con soja transgénica dentro de la zona límite de diez kilómetros hacia el Parque Nacional. De acuerdo con este fallo, el cultivo de soja transgénica propiedad de Syngenta viola la ley nacional de Brasil ya que se realiza dentro de dicha zona límite. Esto implica una violación del artículo 11 de la Ley no. 10.814/2003, que es el fundamento legal para la multa decretada por IBAMA. El Parque Nacional Iguazú es una zona protegida que goza de plena protección legal según los artículos 7, I y 8, III de la Ley no. 9.985/2000. El artículo 27, § 1 de esta misma ley prevé que para cada zona protegida se deben acordar reglamentos especiales («plano de manejo»), en los cuales se establece la respectiva zona límite. Según artículo 2, XVIII de esta ley, la zona límite tiene la finalidad de impedir impactos negativos potenciales en la zona protegida. En el reglamento elaborado para el Parque Nacional se establece una extensión de diez kilómetros para esta zona límite. En su fundamento el tribunal determinó que eventuales modificaciones legales posteriores no afectan el carácter ilegal de los cultivos transgénicos de Syngenta. En el artículo 2 de la Ley no. 9.985, del 18 de julio de 2000, se establece que el cultivo dentro de esa zona de amortiguación sólo es legal si los respectivos reglamentos contienen una cláusula de excepción y siempre y cuando la Comisión Técnica Nacional de Bioseguridad (*Comissio Tecnica Nacional de Biosseguranca* – CTNBio) haya tomado distintas precauciones. Debido a que los reglamentos del Parque Nacional de Iguazú no prevén ninguna excepción, la actuación de Syngenta sigue calificada como ilegal. Asimismo, el tribunal determinó que el decreto de Lula del año 2006 (Artículo 1, Decreto no. 5.950/2006), que reduce las zonas límite generalmente a 500 metros, no se aplica al terreno de Syngenta.

En el proceso paralelo a causa del fallo de expropiación, decretado el 9 de noviembre de 2006, Syngenta logró un éxito parcial a principios de 2007. En el proceso de garantía legal provisional, el 1 de febrero de 2008 el tribunal de distrito resolvió a favor de la empresa. En su justificación, el tribunal no se ocupó del tema

⁴⁰⁰ Véase http://www.syngenta.com/de/popups/cascavel_incident_oct_24_2007.html

del cultivo de soja transgénica por parte de la empresa suiza, sino sólo con la cuestión de si el gobernador tenía las facultades legales para expropiar el terreno y reasignarlo para uso público.⁴⁰¹ Los recursos legales interpuestos por el gobierno estatal fueron denegados por el tribunal de distrito el 20 de abril de 2008, dejando provisionalmente sin validez legal el fallo de expropiación.⁴⁰²

ab) Después de haber concluido sus averiguaciones en contra de 19 personas en total, la Fiscalía del estado federado de Paraná y el juzgado municipal de Cascavel levantaron una acusación legal contra nueve agentes de seguridad de NF, el propietario Nerci Freitas y Alexandre Meneguel, además de ocho miembros del MST por invasión de la propiedad.⁴⁰³ A Freitas y a los agentes de seguridad se los acusó de formar una asociación delictiva (artículo 288 del Código penal de Brasil), de hacer justicia por su propia mano (artículo 345), de homicidio en dos casos (artículo 121) y lesiones corporales graves (artículo 129) en cinco casos. Los miembros del MST fueron también acusados de formar una asociación delictiva, de homicidio en dos casos y lesiones físicas graves en cinco casos. El tribunal admitió la acusación penal en el caso de 19 personas.

El 20 de diciembre de 2007 y el 14 de febrero de 2008 se llevaron a cabo las primeros dos sesiones del juicio, durante las cuales los agentes acusados declararon por primera vez en torno a los acontecimientos. Según testimonios de observadores del juicio, éstos incriminaron al propietario Freitas de que había contratado un camión y les había obligado a subirse al vehículo sin indicarles ni el destino ni la naturaleza de su misión. Además, incriminaron al agente fallecido Fabio de ser el responsable de los disparos hacia los invasores. En las próximas sesiones, cuyas fechas aún no han sido fijadas, se interrogará a los testigos de la fiscalía y luego a los testigos de la defensa. Hasta la fecha, no se prevé cuándo culminará el proceso penal.

Según declaraciones del MST, el Embajador de Suiza, Rudolf Bärffuss, se reunió el 7 de marzo de 2008 con una delegación de mujeres del MST. En el marco de este encuentro el Embajador le pidió perdón, en nombre de su gobierno, a la viuda del dirigente asesinado Valmir Mota de Oliveira, Iris Oliveira. A continuación Iris Oliveira le entregó al Embajador una carta en la cual se demanda al gobierno suizo «el enjuiciamiento de Syngenta por delitos ambientales y actos de violencia». Ante el Embajador la Señora Oliveira expresó: «Le pido a la Embajada que tome cartas en el asunto para expulsar a Syngenta de nuestro país e impedir que se repitan otros crímenes como el cometido en contra de Valmir Mota de Oliveira.» Bärffuss le contestó que la justicia brasileña investigará el caso de la manera más rápida posible. «Yo le daré seguimiento al caso y voy a exigir una respuesta ante tales crímenes, ya que no hay nada que pueda justificar una ejecución violenta de esta naturaleza.»

401 Entrevista telefónica con la abogada de *Terra de Direitos*, Gisele Luiza Brito dos Santos Cassano, el 27 de noviembre de 2007.

402 El 18 de enero de 2008 el tribunal de distrito de Paraná revocó el fallo de expropiación del gobierno de Paraná. Éste interpuso recursos legales ante la Suprema Corte de Justicia en Brasilia en contra de esa revocación. (não foi interposto recurso para Brasilia)

403 Número de registro 2007.0003982-4.

b) Marco jurídico de Suiza

Con base a esta demanda formulada por el MST, citada en el párrafo anterior, vale la pena reflexionar sobre las posibilidades⁴⁰⁴ de un juicio penal en Suiza contra la empresa Syngenta Seeds o algunos de sus directivos.⁴⁰⁵

Un punto decisivo de referencia para identificar y determinar un eventual comportamiento delictivo por parte de empleados de Syngenta (homicidio culposo resp. lesiones físicas) lo representa el hecho de que no se canceló el contrato con la empresa de seguridad NF de julio 2007, mediante el cual se encargaría de la vigilancia de la propiedad, aún cuando los directivos de Syngenta tenían conocimiento, incluso desde los registros domiciliarios en las instalaciones de NF en septiembre de 2007 y sobre todo en la auditoría pública en Curitiba, del 18 de octubre de 2007, que la mayoría de las personas contratadas por NF no tenían ni la capacidad ni el permiso para trabajar en una empresa privada de seguridad y que además portaban armas, violando así las normas legales vigentes en Brasil.

Posiblemente se puede constatar una sospecha fundada en contra de Syngenta según artículo 117 resp. 125 (en conjunto con el artículo 103, párrafo 1) del Código Penal de Suiza⁴⁰⁶ por homicidio culposo y lesiones físicas culposas.

El hecho de que haya juicios penales contra los agentes de seguridad en Brasil por homicidio y lesión física no afectaría la punibilidad de los empleados de Syngenta, a título individual, ya que el Código penal de Suiza reconoce la figura jurídica de la autoría accesoria, según la cual un acto delictivo puede ser responsabilidad de varias personas sin que éstas estén cooperando consciente y voluntariamente.

El resultado tipificado consiste en la muerte de (duas) personas en total y por lo menos ocho personas heridas de gravedad. Según la reconstrucción de los hechos, tal y como se presenta hasta ahora, los homicidios y las lesiones fueron originadas por empleados de la empresa NF, que a su vez habían sido contratados por Syngenta. En consecuencia, la contratación de los servicios de NF por parte de Syngenta debe ser considerada como causal del hecho legal. Haber sostenido relaciones contractuales con NF, a sabiendas de la dudosa calificación del personal contratado por NF y de la portación de armas, muchas veces ilegal, puede ser calificada como comportamiento contrario al deber de diligencia por parte de Syngenta Brasil. En vista de las políticas de recursos humanos de NF, hubo un alto grado de previsibilidad de que se podrían presentar lesiones mortales por armas de fuego.

En el caso de que el comportamiento erróneo no se pudiera asignar jurídicamente a un sólo empleado de Syngenta, se podría recurrir a la figura de la punibilidad empresarial, establecida en artículo 102, párrafo 1 del Código Penal de Suiza. La

404 La evaluación jurídica en el marco del derecho suizo contó con la asesoría jurídica del abogado Michel Heinzmann de Berna.

405 BBL. 2002 (Schweizer Gesetzesblatt), 5390; véase <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2002/5390.pdf>. A diferencia del derecho alemán, en Suiza se abandonó, al menos formalmente, el principio «*societas delinquere non potest*», basada en una tradición jurídica de siglos según la cual a las sociedades empresariales no se las puede responsabilizar de un crimen. La tendencia internacional hacia la introducción de responsabilidad penal para personas jurídicas, especialmente de empresas, se debe a una serie de acuerdos del Consejo de Europa, al igual que de acuerdos elaborados en el marco de la ONU y particularmente de la OCDE.

406 Código Penal de Suiza (Schweizer Strafgesetzbuch), actualizado al 1 de enero de 2008; puede consultarse en línea: http://www.admin.ch/ch/d/sr/311_0/index.html

figura jurídica del Derecho Penal Corporativo fue introducida en Suiza el 1 de octubre de 2003.

Según el artículo 102, párrafo 1 del Código Penal de Suiza, los delitos son atribuibles a una empresa cuando en ésta se comete un crimen o un delito en ejercicio de sus actividades empresariales y cuando este acto no es atribuible a ninguna persona física, debido a la organización deficiente a la empresa. El homicidio culposo o la lesión física son tipificados como delito en el Código Penal de Suiza, según artículo 10, párrafo 3.

Sin embargo, debería aclararse si este caso realmente cumple con el requisito legal «dentro de una empresa». Evidentemente, un servicio de seguridad contratado por la empresa Syngenta cometió los delitos que culminaron en consecuencias fatales. Por regla general, una relación contractual no es suficiente, ya que la empresa contratada no mantiene una relación de subordinación con la empresa contratante. Este requisito se cumpliría siempre y cuando se registre una fuerte integración organizativa entre ambas empresas, lo que no se puede determinar con base a la información presentada hasta el momento.

El Derecho Penal Corporativo sólo se aplica según el principio de subsidiaridad, es decir, cuando el delito en cuestión no se puede atribuir a «una determinada persona física». Eso implica que sólo en caso que la agencia ejecutora de la ley no logre responsabilizar del delito a alguna persona física en el ámbito de la empresa, ése puede ser considerado responsabilidad penal de la empresa.

Es incierto también si se cumple o no el elemento constitutivo de la «irresponsabilidad organizada», es decir el hecho de que el delito en cuestión no puede ser atribuible a una determinada persona física a causa de la «organización deficiente de la empresa». La amenaza potencial se percibe en primer lugar en la falta de transparencia de las competencias y la deficiente delimitación de las respectivas áreas de responsabilidad. La falta de transparencia de una empresa se interpreta como deficiencia organizativa generalizada, lo que causa un problema concreto de demostrabilidad. Este problema de demostrabilidad se le imputa a la empresa, es decir, se «privatiza» la emergencia de demostrabilidad que enfrentan las autoridades, y la responsabilidad por la incompetencia individual se traslada al ámbito de las obligaciones de la empresa.⁴⁰⁷ Es decir, se debe comprobar un nexo causal entre la deficiencia organizativa y la no-imputabilidad individual. No basta, específicamente, con constatar deficiencias en la actuación de las agencias ejecutoras de la ley. Para el caso mencionado, habría que poner en relieve las obligaciones organizativas existentes.

Asimismo, por principio la competencia de los tribunales suizos sólo se aplicaría al lugar dónde fue generada la deficiencia organizativa.⁴⁰⁸ Se debería comprobar, entonces, una deficiencia organizativa en la sede principal de Syngenta, en la ciudad de Dielsdorf en Suiza, y esta deficiencia debería ser la causante del incidente del 21 de octubre de 2007, en el campo experimental en Brasil.

⁴⁰⁷ Matthias Foster, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB* (La responsabilidad penal de la empresa, según artículo 102 del Código penal), tesis que presentó para obtener el grado de doctorado, 2006, p. 76f.

⁴⁰⁸ Artículo 3, párrafo 1 del Código Penal de Suiza.

Resumiendo, habría que constatar que en vista de las circunstancias presentadas se ven escasas posibilidades para iniciar un juicio penal en Suiza, pero aún si se lograra iniciar el juicio, las posibilidades de conseguir una condena para la empresa Syngenta o algunos de sus colaboradores son muy escasas. Por un lado, una razón es que —a pesar del nuevo artículo 201 del Código Penal de Suiza— el derecho penal suizo sigue inspirado en el principio tradicional de la no-punibilidad de las empresas; por el otro, el requisito de la punibilidad únicamente subsidiaria representa un obstáculo muy difícil de superar. Sin embargo, la relación de los hechos revela que posiblemente todavía se podría averiguar quiénes fueron los agentes de seguridad que dispararon y golpearon a las personas. En este sentido, los delitos son atribuibles a una persona física. Si además, de algún modo se puede responsabilizar de un delito a una persona física de la empresa Syngenta, y no de la empresa de seguridad, la punibilidad de Syngenta sólo se consideraría cuando no se pudiera encontrar a dicha persona debido a las deficiencias organizativas en Syngenta.

3 Valoración

En los actuales enfrentamientos entre Syngenta y el movimiento de los sin tierra en torno al campo experimental en Santa Tereza do Oeste están en juego dos conflictos centrales de la política agraria del Brasil: la regulación del cultivo y de la comercialización de los organismos genéticamente modificados y el uso de milicias privadas por parte de los empresarios agrícolas en contra del movimiento de los sin tierra. Estos ejes de conflicto apenas se asoman en los procesos jurídicos.

En el ámbito internacional no existe una exhaustiva normatividad sobre la ingeniería genética. De manera tal que (aún) son los Estados nacionales los que pueden decidir si quieren admitir, y en qué extensión, la ingeniería genética, aunque las dependencias internacionales son cada vez más grandes. Además, los defensores de una política de libre comercio se ven respaldados por el informe parcial presentado por la OMC, adelantado para 2006, en torno a la controversia comercial impulsada por los Estados Unidos contra la moratoria declarada por la Unión Europea. Sin embargo, el enfoque central del debate internacional no está tanto en si la ingeniería genética es admisible en sí sino, más bien, en cómo regularla. La discusión en Brasil también se encuentra enmarcada por estos polos. Al principio, los críticos pudieron imponer sus criterios en torno a la admisión del cultivo y la comercialización de organismos genéticamente modificados y lograron una suspensión de varios años. Según lo que informa Regine Rehaag, organizaciones no gubernamentales se pudieron mantener en pie durante largos y complejos procesos jurídicos gracias a que recurrieron a «las posibilidades de intervención previstas en la legislación brasileña, tal como la llamada medida de prevención o la denuncia pública ciudadana».⁴⁰⁹ Esto fue hasta que el gobierno del presidente Lula impuso, mediante un decreto presidencial y rompiendo las promesas de la campaña electoral, las cosechas de los

409 Regine Rehaag, Die Weichen sind gestellt: Brasilien auf dem Weg in die transgene Landwirtschaft (Los carriles están listos: Brasil rumbo a la agricultura transgénica), en: *Rohstoffboom mit Risiken, Jahrbuch Lateinamerika. Analysen und Berichte*, vol. 31, 2007; también puede consultarse en la página electrónica de la Fundación Heinrich Böll: <http://www.boell.de/oekologie/oekologie-1931.html>

años 2003-2005 del frijol de soja modificada genéticamente, tolerante al herbicida («Roundup-Ready»). En esta misma línea se sitúan tanto la nueva ley de bioseguridad como el intento, también por decreto, de reducir a 500 metros la zona límite de campos transgénicos con respecto a zonas protegidas. Según Rehaag, con estas medidas el gobierno encauzó sus políticas hacia el «establecimiento de una agricultura transgénica en Brasil».

En los enfrentamientos en torno al campo experimental de Syngenta los críticos de los transgénicos parecen haber ganado terreno, al menos en la medida que el gobernador y la autoridad ambiental IBAMA suscribieron su argumentación y que el tribunal de distrito de Cascavel confirmó tanto la prohibición del cultivo para Syngenta como la multa decretada en contra de la empresa. Aunque el punto de referencia ahí sólo haya sido la violación de la distancia mínima del campo experimental hacia el Parque Natural Iguazú, este éxito parcial en los tribunales no debe menospreciarse, ya que con todo se declaró desatendible a un decreto presidencial y se determinó jurídicamente contra los intereses explícitos de un *Global Player* en el mercado agrario y sus aliados locales. Sin embargo, en la disputa por el manejo general de semillas transgénicas como mucho se logró un triunfo provisional, siempre y cuando el movimiento de los sin tierra y otros críticos sepan utilizar la atención mediática y la fuerza simbólica del caso para incidir en el cambio de rumbo de la política agrícola de Brasil.

El uso de la empresa privada de seguridad NF por parte de Syngenta y los acontecimientos de octubre de 2007 demuestran el altísimo costo que tiene la lucha política en el Brasil para el movimiento de los sin tierra y cuáles son los métodos empleados por empresarios agrícolas y latifundistas para combatir una oposición indeseada. Según lo que apuntaron Amnistía Internacional y otras organizaciones en sus declaraciones en torno a la muerte de Valmir Motta de Oliveira, este incidente se inscribe en un patrón de violaciones de derechos humanos en conflictos agrarios en el Brasil. Desde hace años activistas de derechos humanos critican el uso de las milicias privadas que son contratadas por terratenientes y documentan las violaciones de derechos humanos cometidas.

Las demás conclusiones en este caso dependen de una averiguación cuidadosa y exhaustiva de los acontecimientos. Sólo cuando se logren aclarar las relaciones más profundas entre Syngenta y NF, más allá del contrato fechado en julio de 2007, así como los acuerdos exactos y la incidencia de las personas actuantes en los hechos, se podrá pensar en la factibilidad de ejercer una acción penal. Por lo demás, lo que queda es el resultado nada satisfactorio de que miembros de una milicia —mal pagados y sin capacitación profesional, que aparecen cada vez con más frecuencia bajo la etiqueta de una empresa de seguridad— se encuentran involucrados en juicios penales y son condenados, dependiendo siempre del ajedrez local. Mientras tanto, sus jefes y contratantes pueden refugiarse en el argumento del exceso con el cual actuaron los agentes involucrados, rehuendo cualquier responsabilidad penal o civil.

El fenómeno de las fuerzas privadas de seguridad hay que considerarlo también como un problema que refleja debilidad institucional del Estado. El Estado brasileño no es capaz, o no tiene la voluntad, de establecer o mantener plenamente el monopolio de la violencia y de imponer los estándares de un Estado de derecho. En este sentido, es concebible pensar en la responsabilidad del Estado brasileño

por el uso de armas de fuego de los agentes de seguridad de NE. De acuerdo con el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el Estado tiene la obligación de proteger a sus ciudadanos. Esta obligación protectora abarca, entre otras cosas, el derecho a la vida (artículo 4 CADH) y el derecho a la integridad física (artículo 5 CADH).⁴¹⁰ La empresa Syngenta no es, ni siquiera en caso de que se pudiera comprobar un comportamiento premeditado, destinataria de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y por lo tanto no está formalmente comprometida con ellas. No obstante, al Estado brasileño se le puede atribuir una responsabilidad por los homicidios y las lesiones físicas, ya que faltó a su obligación de cumplir con estas responsabilidades de manera suficiente. Ciertamente y aún dejando de considerar las voces nacionales e internacionales que desde hace años critican el proceder de las milicias, en este caso la organización *Terra de Direitos* ya había informado puntualmente el día 28 de agosto de 2008 al Ombudsman Nacional para Asuntos Agrarios, al Jefe la Policía Federal de Cascavel, al Superintendente de la Policía Federal de Cascavel, al Secretario para la Seguridad Pública de Paraná y al Ombudsman para Asuntos Agrarios de Paraná, sobre los incidentes en relación con la empresa de seguridad NE. En septiembre de 2007 la policía federal realizó un registro domiciliario en las instalaciones de la empresa y, en la auditoría pública, pocos días antes de los acontecimientos del 21 de octubre de 2007, se hicieron escuchar advertencias unívocas. El conocimiento de las instituciones oficiales acerca de la portación ilegal de armas del personal de seguridad podría fundamentar una corresponsabilidad del Estado en el posterior abuso que se hizo de dichas armas. Habría sido posible decretar ya después de los incidentes de julio de 2007 una inhabilitación profesional provisional —en espera de la sentencia definitiva— a la empresa de seguridad NE, lo que posiblemente habría impedido que ocurriesen los acontecimientos de octubre. Con toda la crítica, por demás justificada, hacia los actores particulares como son las empresas transnacionales y las milicias privadas, no hay que perder de vista el papel fundamental del Estado como garante de los derechos humanos.

IV Empresas de confección en Argentina

1 Exposición de los hechos

Desde el año de 2005 el sindicato Unión de Trabajadores Costureros (UTC), la organización no gubernamental Fundación La Alameda y varios abogados han presentado diferentes denuncias penales contra los responsables de 105 talleres de costura en el área metropolitana de Buenos Aires y contra un total de 85 empresas de la

410 Brasil ratificó la CADH con fecha del 7 de septiembre de 1992; el 12 de octubre de 1998, reconoció la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (fundada en 1970). Generalmente, la CADH procede en dos pasos: en un primer paso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (fundada en 1960) se ocupa de las quejas individuales. En un segundo paso, puede trasladar el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica, que a su vez pronuncia una sentencia definitiva, de carácter obligatorio para todos los Estados; véase <http://www.humanrights.ch/home/de/Instrumente/Regionale-Instrumente/AMRK/content.html>

confección,⁴¹¹ entre ellas empresas de marca, porque se las acusa de ser responsables de producir ropa bajo condiciones semejantes a la esclavitud.⁴¹²

a) Las condiciones de vida y de trabajo en los talleres de costura de Buenos Aires

Durante años, en Buenos Aires se ha establecido un sistema de explotación de costureros tolerado tácitamente por las autoridades locales y nacionales. A empresas de marca como Puma, Adidas o Le Coq Sportif se las acusa de que, bajo su logotipo, se comercializa ropa en el mercado argentino cuya fabricación se realiza en condiciones de trabajo y de vida que no corresponden al derecho argentino ni a los estándares internacionales.

En contraste con los límites claramente establecidos, la situación de muchos centenares de costureras y costureros se caracteriza por jornadas de trabajo prolongadas, que muchas veces alcanzan entre doce y veintiún horas.⁴¹³ Además muchos trabajadores tienen un trabajo clandestino o ilegal.⁴¹⁴ En consecuencia no se pagan las cuotas para el retiro o la seguridad social.⁴¹⁵ Por lo general, los salarios quedan por debajo de los salarios negociados por los sindicatos; muchas veces a los costureros se les paga únicamente por cada pieza de ropa y frecuentemente viven en el mismo espacio donde trabajan. En su mayoría, los talleres de costura se cierran con llave, así que los costureros muchas veces sólo tienen permiso de abandonar los talleres en horarios preestablecidos. El entorno de trabajo se caracteriza por una mala ilumina-

411 En total se presentaron 85 denuncias: 1. Kosiuko 2. Montagne 3. Lacar 4. Rusty 5. Graciela Naum 6. PortSaid 7. Coco Rayado 8. Awada 9. Akiabara 10. Normandie 11. Claudia Larreta 12. Mimo 13.-15. Topper 16. Cueros Crayon 17. Gabucci 18. MUUA 19. Kill 20. Martina Di Trento 21. Yagmour 22. Ona Saez 23. Duffour 24. Chocolate 25. Marcela Koury 26. Rash Surf 27. 47th Street 28.-29. 45 Minutes 30. Cueros Chiarini 31. Brugston 32. DM 3 33. Chorus Line 34. Casa Andy 35. Capitu 36. Vago's 37. Seis by Seis 38. Pamplinas 39. By me 40. Batalgia 41. Lidase 42. By Simons 43. Bensimon 44. Tavernitti 45. Escasso 46. Belen 47. Batalgia 48. Rush Serf 49. Yakko MC Básica 50. Yessi 51. Zanova 52. Zaf 53. ND 54. Denitro 55. Perdomo 56. Manía 57. Viñuela 58. Ciclo 59. Leed's 60. Mela 61. Fiers 62. Maibe 63. Jomagui 64. Cossas 65. Eagle 66. Aleluya 67. Dany 68. Casazu 69. Zizi 70. Bill Bell 72. Eagle 73. Cleo 74. Keoma 75. Tobaba 76. DOS 77. Criguer 78. Bombes 79. Fila 80.-81. Arena 82. Scombo 83. Pampero 84. Areks 85. Top Design.

412 Los integrantes de la recién creada organización no gubernamental Fundación La Alameda (más adelante profundizamos sobre ella) tuvieron una participación determinante en la presentación de las denuncias penales a partir de 2005. En algunos casos las denuncias también tuvieron el apoyo de la «Defensoría del Pueblo» de Buenos Aires y de la Subsecretaría de Trabajo; véase en http://www.asambleas-argentinas.org/article.php3?id_article=1236; véase también «Evidencias del sistema neoesclavista» en el periódico del Movimiento Por el Trabajo Digno y Contra el Trabajo Esclavo en Argentina, septiembre 2007, p. 5. El fundamento de las descripciones de los hechos consiste en el amplio material de las denuncias, que el abogado Rodolfo Yanzón puso a disposición de los autores en el marco de la elaboración del presente estudio. Los autores tienen la versión en español de las denuncias.

413 El art. 1 de la Ley argentina sobre la jornada de trabajo (ley 11.544) dice que el horario laboral de los trabajadores no debe exceder ocho horas diarias o 48 horas semanales tanto en el sector público como en el sector privado. Véase <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/63368/texact.htm>

414 Se considera como empleo ilegal si un extranjero, en contra de las obligaciones existentes, se dedica a un empleo sin permiso de la autoridad para extranjeros.

415 «Evidencias del sistema neoesclavista» en el periódico del Movimiento Por el Trabajo Digno y Contra el Trabajo Esclavo en Argentina, septiembre 2007, p. 2.

ción y ventilación, las instalaciones sanitarias ni siquiera corresponden a los requisitos mínimos de higiene. Además, los talleres de costura generalmente disponen de salidas de emergencia inadecuadas y medidas insuficientes contra incendios. Por lo regular, el suministro eléctrico está mal instalado y por tanto es peligroso. A veces se da maltrato físico.

Lo multifacético del sistema de explotación también se destaca por el hecho que muchos de los costureros son enganchados con falsas promesas que hacen los dueños de los talleres en el país de origen del/la obrero/a para que vaya a Buenos Aires⁴¹⁶, y trabajen y vivan allí, en los talleres de costura clandestinamente y sin papeles de residencia. En su gran mayoría los costureros son originarios de Bolivia. Los dueños de los talleres —que por su lado tienen que aguantar la presión de las empresas de marca o de los intermediarios que combinan sus encargos con plazos cortos de entrega y pagos muy ajustados— se aprovechan de la situación precaria de los costureros, cuya vida en Buenos Aires se caracteriza por la incertidumbre y el miedo debido a su estatus de residencia irregular.⁴¹⁷ Es decir, el hecho de que la mayoría de los costureros no tiene calidad migratoria legal constituye uno de los pilares de la red de explotación tan ramificada.

El siguiente informe de un costurero afectado, del boliviano Máximo Quispe Nina, del 5 de enero de 2007 ilustra la precaria situación laboral y de vida de los «indocumentados» como se les llama a las personas sin papeles: «...el dueño del taller de costura calculó con una jornada de trabajo de 15 horas, de las siete de la mañana a las diez de la noche. ... A veces, cuando se precisaba de una alta producción, también ocurrió que todos los costureros, que trabajaban y se albergaban en el taller, trabajaron durante toda la noche para cumplir con los plazos de entrega. En esos casos, después de haber laborado hasta las seis de la mañana, tuvieron permiso de descansar hasta el mediodía. El trabajo de costura en el taller lo hacían hombres y mujeres; hubo también mujeres embarazadas y menores. La jornada se interrumpía sólo durante las comidas: para el desayuno de las 7:45 a las 8, el almuerzo de la una a la una y media, por la tarde daban un bocadillo de las 5:30 a las 5:45 pm y la cena de las diez a las diez y media... la comida era mala y monótona, por ejemplo para el desayuno y la merienda de la tarde siempre daban té y un pedazo de pan viejo con sabor amargo. Los hombres como Máximo Quispe Nina, que también pernoctaban en el edificio del taller de costura, disponían de un cuarto de 20 metros cuadrados con diez camas. Ahí dormían 20 hombres, siempre dos en una cama. Las mujeres dormían en un cuarto separado con sus hijos... En todo el edificio del taller había únicamente dos baños con un excusado cada uno, que se encontraban en un estado higiénico deplorable... el edificio del taller se cerraba con llave, así que los costureros no lo podían abandonar. El responsable de la llave para el edificio del taller, un sobrino del dueño del taller, tenía órdenes de no permitir la salida de los costureros salvo en el horario acordado, entre el sábado a la una de la tarde y el domingo a las

416 De una denuncia contra las marcas Montagne y Lacar del 11 de octubre de 2005 se desprende que uno de los proveedores de los textiles, el dueño de un taller con el nombre Juan Carlos Salazar Nina, viaja constantemente con su familia a Bolivia para reclutar mano de obra barata.

417 Como se desprende de una página web de la embajada boliviana en Argentina, actualmente ya existen esfuerzos aislados de reglamentación por la parte oficial la situación de los costureros bolivianos sin papeles. Véase <http://consuladoboliviano.com.ar/habtalleres.htm>

diez de la noche... El salario mensual era de 500 pesos... No había atención médica alguna.»

El taller de costura, cuyo dueño es Hernán Panoso Uriona y que se describe en este testimonio, se encuentra en Buenos Aires, Joaquín V. Gonzáles, departamento 2 y produce exclusivamente ropa infantil para la marca Cheeky.

Sobre otros talleres de costura clandestinos que trabajan para las empresas de marca Lacar y Montagne, en la zona del sureste de Buenos Aires, donde se ubican los barrios Flores y Liniers, un denunciante informa lo siguiente: «Si los costureros contratados se quejan de las condiciones laborales, se los amenaza con la policía. Se les dice que no tienen derechos en Argentina y que nadie estará dispuesto a hacer algo por ellos... Cada mes pasan policías por los talleres de costura a recoger su soborno («peaje»), que alcanza entre 500 y 1.000 pesos... a veces también vienen miembros del sindicato de la industria de la confección para recibir su «porcentaje». Pero es la comisaría la que recibe el soborno más alto. Cuando vienen los inspectores, muchas veces ocurre que gran parte de los empleados se tienen que esconder o tienen que fingir que forman parte de una familia. Es suficiente mostrar la fachada exterior de una vecindad y aparentar que se trata de una «familia».»

Pero junto con los talleres de costura, que producen directamente para determinadas empresas de marca, existen también las llamadas empresas contractuales como Textil Delos que fungen como intermediarios. Por ejemplo, en muchos países la empresa Puma S.A., a través de su empresa de compras Worldcat, que es cien por ciento filial de Puma, ha contratado intermediarios. Estos intermediarios han negociado contratos sobre la entrega de ropa con Worldcat y a la vez contratos con los talleres de costura para la producción de prendas de vestir. Sin embargo, en Argentina Puma S.A. tiene un concesionario, Puma Argentina, que produce exclusivamente para el mercado local. Hasta hace poco, Puma Argentina había contratado entre otros a Textil Delos como intermediario, es decir, a una de las empresas bajo sospecha de ser comitente directo de la ropa producida en los talleres de costura incriminados. Pero a finales de 2007 Puma Argentina borró a Textil Delos de su lista de fabricantes. Según la información de la Puma S.A.⁴¹⁸ se realizaron los llamados «audits» en Textil Delos por parte del gobierno de la ciudad de Buenos Aires y también por parte de Puma Argentina. En este marco se constató que Textil Delos no había empleado a costureros indocumentados. Puma S.A. no profundizó sobre los motivos para prescindir de Textil Delos como fabricante de Puma Argentina.

Desde hace años se practica a escala mundial un sistema de subcontratación en la industria de la confección, un traslado de la producción en centros de producción propios en los países de origen hacia otras empresas. Sobre todo las empresas de marca venden en primer lugar su marca, su línea de productos o un diseño. Para la venta de los productos fabricados bajo su logotipo más bien se hacen valer de concesionarios. Con el traslado de la producción se ahorran costos y, al mismo tiempo, se eluden normas legales de protección laboral y otras obligaciones. Por lo general, un costurero recibe sólo de 2 a 4 por ciento del precio de venta de una prenda. Empresas contractuales como Textil Delos informan a las empresas de marca sólo sobre un número insignificante de los talleres de costura, donde encargan la producción de

418 Entrevista de los autores con empleados de PUMA en Bad Herzogenaurach (28.1.2008); correo electrónico de un empleado de PUMA del 5.2.2008.

la indumentaria, lo que favorece el trabajo clandestino en los talleres de costura. El hecho de que la mayoría de los costureros trabajen clandestinamente, es decir, que no estén registrados en ningún lugar, posibilita a los dueños de los talleres emplearlos únicamente por temporadas. De esta manera, generalmente se trabajan nueve meses en los talleres de costura, con lo cual no sólo se ahorran tres meses de salario sino la prima navideña y las cuotas para la seguridad social. Este sistema es una de las razones que explican la situación precaria y desprotegida de los costureros.⁴¹⁹

b) El incendio en marzo de 2006 en el taller de costura Luis Viale 1269

El 30 de marzo de 2006 ocurrió un incendio en el taller de costura Luis Viale 1269, murieron cuatro niños y dos costureros adultos. Este incendio causó amplia impresión y atrajo la atención de los medios en relación con la suerte de los costureros bolivianos. Ya en el 2005 la abogada Alicia Pierini, colaboradora de la Defensoría del Pueblo,⁴²⁰ había presentado denuncias para que se actuara contra las condiciones laborales ilegales. Pero en aquel tiempo no se hizo ningún seguimiento de las denuncias, porque ningún juez se declaró competente y nadie se hizo responsable de las indagaciones.

Luis Rodríguez Palma trabajaba en el taller de costura Luis Viale y perdió su hijo de tres años en el incendio. Al mismo tiempo perdió su trabajo y tuvo que regresar a Bolivia. En el edificio-taller de varios pisos, donde los costureros vivían y trabajaban bajo condiciones infrahumanas, sólo había un extintor de incendios. Luis Rodríguez Palma cree que tal vez hubiera sido posible apagar el incendio con más dispositivos de protección contra incendios o más extintores.

Como consecuencia del incendio en Luis Viale, los controles públicos en los talleres de costura se volvieron más estrictos.⁴²¹ Sólo en los tres meses posteriores al incendio la Dirección General para la Protección Laboral de Buenos Aires efectuó 1.700 controles, lo que resultó en el cierre de 503 talleres de costura. De los 503 cierres 313 se dieron porque los talleres no cumplían con los requisitos de seguridad e higiene. En otros talleres de costura se constató que los costureros trabajaban clandestinamente. Isaac Laura Pari, el presidente de la Asociación Coordinadora Integral de Talleres Textiles, una cooperativa textilera, criticó que el gobierno luchara principalmente contra el enemigo equivocado. El sistema de explotación no cambiaría sustancialmente por el cierre decretado de talleres pequeños de costura, porque finalmente los grandes talleres, los dueños de las fábricas y las empresas de marca dictarían los precios y con ello serían los principales responsables del trabajo clandestino en los talleres pequeños de costura.

⁴¹⁹ «Tercerización y distribución del ingreso en la Industria de la Indumentaria»; «Evidencias del sistema neoesclavista» en el periódico del Movimiento Por el Trabajo Digno y Contra el Trabajo Esclavo en Argentina, septiembre 2007, p. 2, 5.

⁴²⁰ Según el art. 137 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (<http://buenosaires2010.org.ar/consejo/consejo/normativa/Constitución.pdf>) la Defensoría del Pueblo tiene la tarea de defender, proteger y promover los derechos e intereses de particulares y colectivos garantizados en la constitución ante acciones u omisiones del poder público (poder judicial, ejecutivo y legislativo).

⁴²¹ Véase en *Clarín*, Trabajo esclavo: El 30 de marzo el fuego destruyó un local clandestino y murieron seis bolivianos, 29.6.2006; en <http://www.clarin.com/diario/2006/06/29/laciudad/h-04015.htm>

En el proceso judicial sobre los hechos en Luis Viale⁴²² se abordó únicamente el accidente como tal. Hasta la fecha no se ha considerado el contexto mayor, sobre todo las causas verdaderas del incendio, por ejemplo, que en gran parte son las condiciones de seguridad deficientes. Y esto a pesar de la existencia de la llamada «Ley sobre el trabajo a domicilio» que establece la responsabilidad compartida de los dueños de las empresas, los intermediarios y los dueños de los talleres. Hasta ahora los tribunales no han aplicado esta ley en los procesos por el incendio.

c) Creación de la ONG

El 18 de diciembre de 2007 ex funcionarios de la ciudad de Buenos Aires, activistas, costureros y abogados de derechos humanos fundaron una organización no gubernamental con el nombre Fundación La Alameda.⁴²³ Esta fundación ofrece ayuda a los costureros que trabajan en condiciones parecidas a la esclavitud en las fábricas de costura. Los miembros fundadores provienen de la Cooperativa 20 de Diciembre, del Centro Comunitario La Alameda y de la Unión de Trabajadores Costureros, que es el sindicato de los costureros, que antes ya habían llamado la atención sobre la situación precaria de los costureros, en parte con el apoyo de la Defensoría del Pueblo de Buenos Aires y posteriormente también de la Subsecretaría para el Trabajo y del Instituto Nacional de Tecnología Industrial.

Actualmente, Rodolfo Yanzón, secretario general de la organización no gubernamental, está atendiendo numerosas denuncias contra un total de 85 marcas de ropa. Yanzón destaca que el sistema de explotación sólo es posible debido a la complicidad de la policía federal y de las autoridades migratorias, la «Dirección de Migraciones».

2 Los procesos en curso

a) Procesos conforme al derecho argentino

Tanto en el caso del incendio en el taller Luis Viale como en los juicios penales iniciados por los abogados de la ONG, las averiguaciones contra los responsables inmediatos, los dueños de los talleres, se realizan en parte ante el juzgado no. 5 de Buenos Aires. En octubre y noviembre de 2007 la Cámara Federal estableció en dos dictámenes el estatus de los acusados y confirmó que hay causa abierta mediante la cual se están haciendo averiguaciones por el delito tipificado como «reducción a la servidumbre» y por el delito de facilitar la estancia ilegal de extranjeros.⁴²⁴ El juzgado valoró los testimonios y pruebas en forma preliminar, y llegó a la conclusión que existen suficientes elementos de sospecha. Según el tribunal es probable que los trabajadores, sometidos a las condiciones laborales descritas, estuvieran expuestos al poder absoluto de los dueños de los talleres de costura. Este poder no habría sido sólo físico, como en otras situaciones de encarcelamiento, sino contendría un aspecto psíquico, el de la apropiación de una persona para reducirla al estatus de un objeto. En su dictamen del mes de noviembre, la Cámara Federal ordenó también que las indagaciones no se limitaran a los responsables inmediatos de los talleres de

⁴²² «Evidencias del sistema neoesclavista» en el periódico del Movimiento Por el Trabajo Digno y Contra el Trabajo Esclavo en Argentina, septiembre 2007, p. 5.

⁴²³ *Página 12*, 20.12.2007, <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-96434-2007-12-20.html>

⁴²⁴ Los autores disponen de una copia de los dictámenes.

costura, sino que se ampliaran hacia las conductas con relevancia penal de aquellas personas que intervienen en la cadena de producción —la cual incluye en su extremo final la venta de la mercancía— y que se beneficiaron de las condiciones laborales expuestas.

Aún no es previsible cuándo concluirán todas las investigaciones y cuándo habrá un resultado.

Normas centrales de la legislación argentina para la protección ante condiciones indignas laborales y de vida, y cuya violación ha sido censurada en casi todas las numerosas denuncias, son los artículos 4, 35 y 36 de la ley 12.713 del régimen de trabajo a domicilio por cuenta ajena,⁴²⁵ los artículos 116, 117 y 120 de la ley 25.871 de migraciones⁴²⁶ y los artículos 140 ss. del código penal argentino⁴²⁷ (delitos contra la libertad personal).

Con los artículos 4, 35 y 36 de la ley del régimen de trabajo a domicilio por cuenta ajena se establece la responsabilidad compartida de los dueños de las empresas, los intermediarios y los dueños de los talleres en la cadena de producción de indumentaria. Las empresas de marca tienen una corresponsabilidad con respecto a las condiciones laborales, bajo las cuales se producen sus prendas de vestir, y están obligadas a controlar que en los talleres se cumpla el derecho laboral vigente, sobre todo, que se paguen salarios adecuados y negociados por los sindicatos.

En febrero de 2008 los abogados y las organizaciones involucradas en los juicios aquí abordados reaccionaron ante informes sobre encuentros entre el gobierno Kirchner y empresarios de la industria de la confección, cuyo objetivo supuestamente consistía en reformar la ley del régimen de trabajo a domicilio por cuenta ajena, de tal manera que, en el futuro, se eliminaría la responsabilidad de los comitentes en cuanto a las condiciones laborales en los talleres.⁴²⁸

Según el artículo 55 ss. de la ley de migraciones queda explícitamente prohibido emplear personas con un estatus de residencia no regulado, y sin informar a las autoridades correspondientes. Los artículos 116, 117 y 120 de la ley de migraciones penalizan la trata de personas y el apoyo de la estancia ilegal si esto se articula con una ganancia para la persona que da el apoyo. El castigo aumenta si esta explotación lucrativa se ejerce como oficio o con la colaboración de funcionarios del servicio público, por ejemplo, de la policía. La colaboración de la policía es parte del sistema de explotación de los «indocumentados», que viven y trabajan en los talleres de costura bajo las condiciones parecidas a la esclavitud que acabamos de describir.

Con los artículos 15 y 17 de la constitución argentina de 1853⁴²⁹ se abolió la esclavitud en Argentina. Además, ninguna persona puede ser propiedad privada de otra. Con el Acuerdo sobre la Esclavitud de la Liga de las Naciones del 25 de septiembre de 1926 se proscribió la esclavitud por primera vez a escala internacional. La defini-

425 Véase http://www.trabajo.gba.gov.ar/delegaciones/biblioteca_deles/LN12713.pdf

426 Véase <http://profesorgentile.com.ar/leyes/migraciones.html>

427 Código Penal de la República Argentina. Véase http://www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/leyes/codigos_nacionales/CP_aindice.htm

428 Véase Lucas Schaerer, Más cuestionamientos al trabajo a domicilio, en: *Noticias Urbanas*, 17.02.2008, en: http://www.noticiasurbanas.com.ar/info_item.shtml?sh_itm=9fa8ad69402bc7e5b540af747c21560e

429 Constitución de la República Argentina, véase <http://www.legislatura.gov.ar/1legisla/constr.htm>.

ción legal de entonces decía que la esclavitud «significa el estado o la posición de una persona, sobre la cual se ejercen poderes articulados con la propiedad privada o algunos de estos derechos.» Con el Acuerdo Adicional sobre la Eliminación de la Esclavitud, de la Trata de Esclavos y de Instituciones y Prácticas parecidas a la Esclavitud del 7 de septiembre de 1956 se ratifica el concepto de la esclavitud. Conforme el artículo 7 párrafo 1 c) del Estatus de Roma de la Corte Penal Internacional la «esclavización» significa el ejercicio de todos o algunos de los poderes articulados con la propiedad privada sobre una persona en el marco de la trata de personas. Es decir, el ejercicio de poder sobre una persona articulado con los derechos de la propiedad privada constituyen la *conditio sine qua non* del concepto de la esclavitud.

Si los dueños de los talleres atraen a los costureros desde sus países de origen y luego —como lo describimos— los encierran y degradan a una condición de objeto, por lo menos se da el ejercicio de algunos de los poderes articulados con el derecho de propiedad sobre una persona. Dado el estado actual de las averiguaciones y en correspondencia con el concepto jurídico de la Cámara Federal de Buenos Aires, hay que partir del hecho de que las condiciones laborales y de vida (por lo menos) en algunos talleres de costura de la ciudad de Buenos Aires se subsumen a la tipificación legal de la esclavitud o servidumbre según el artículo 140 del código penal argentino. Si se da el tipo legal de la esclavitud, hay que indagar y examinar cada caso por separado.

b) La violación de normas internacionales y su aplicación

Si en el transcurso de las indagaciones se corrobora la sospecha —que se menciona en las denuncias penales y que han confirmado los tribunales argentinos— en cuanto al sistema de explotación que sufren los costureros bolivianos, entonces existe una violación de los derechos humanos fundamentales. Dado que las empresas no son los primeros destinatarios de la Convención Americana de los Derechos Humanos o del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, será difícil para los costureros bolivianos afectados reclamar sus derechos frente las empresas particulares y ante los gremios interamericanos correspondientes una vez que hayan agotado la vía jurídica en el ámbito nacional argentino. Pero se podría pensar en responsabilizar al gobierno argentino por violaciones de derechos humanos debido al descuido de los deberes de protección del Estado.

Dentro de la jerarquía normativa los tratados internacionales ratificados por Argentina tienen prioridad ante la ley ordinaria (artículo 75, párrafo 22 de la Constitución Argentina). Conforme a toda una serie de tratados jurídico-internacionales Argentina tiene que cumplir con la prohibición de la esclavitud.

Conforme al Acuerdo sobre la Esclavitud de la Liga de las Naciones de 1926 la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Declaración Universal de los Derechos Humanos se pronunció claramente por la prohibición absoluta de la esclavitud.⁴³⁰ También en el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos del año 1966 se encuentra tal prohibición de la esclavitud. Asimismo la Convención Interamericana de los Derechos Humanos en sus artículos 6 y 21 conoce una prohibición similar de la esclavitud. En el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados signatarios se comprometen sobre todo en

⁴³⁰ Artículo 4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

los artículos del 6 al 10 a garantizar el derecho al trabajo, el derecho a condiciones laborales justas y favorables, el derecho de los y las trabajadoras a la libertad sindical, el derecho a la huelga y el derecho a la seguridad social.

Además, la resolución 48/102 «Prevención de la Trata de Personas» del 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General⁴³¹ señala la problemática fundamental de la situación precaria de los «indocumentados». Por un lado, debido a la situación desesperante en sus países de origen y, por otro, debido a falsas promesas, muchos extranjeros son inducidos a viajar como indocumentados a otro país, situación que les impide trabajar legalmente. Redes criminales que lucran con este sistema aprovechan la situación difícil de estas personas. Porque «los traficantes de personas, sobre todo aquellos en el Estado receptor, someten a los inmigrantes, que no disponen de los papeles requeridos, a la llamada servidumbre por deuda, lo que muchas veces significa que tienen que pagar con su trabajo sus «gastos de viaje.»»

Adicionalmente, Argentina ha ratificado el Acuerdo Adicional sobre la Eliminación de la Esclavitud, de la Trata de Esclavos y de Instituciones y Prácticas similares a la Esclavitud.⁴³²

Estos acuerdos no sólo prohíben al mismo Estado argentino esclavizar a sus ciudadanos, también fundamentan la obligación de proteger a las personas que viven en su territorio. Sobre todo el Protocolo Adicional sobre la prevención de, la lucha contra y el castigo de la trata de personas, sobre todo de la trata de mujeres y niños,⁴³³ ratificado por Argentina con la Ley no. 25.632, tiene relevancia en este contexto. Aborda el traslado de personas a otro país con el propósito de explotarlas en contra de la voluntad o en el sentido más amplio sin el consentimiento de la víctima. Y contiene, entre otras cosas, la obligación jurídica de penalizar cualquier colaboración en la trata de personas, normas acerca de la protección y el apoyo para las víctimas de la trata de personas y la posibilidad de otorgar derechos de residencia o de repatriar las víctimas, y también normas sobre mejores controles fronterizos y la integridad y seguridad de documentos de identificación. La Carta de la Organización de Estados Americanos⁴³⁴ confirma explícitamente en su artículo 16, que la jurisdicción tiene que otorgar un trato igual a los habitantes de un país, independientemente que sean extranjeros o nacionales. De tal forma que el Estado argentino se haría corresponsable si los procesos judiciales pretendidos no se realizaran conforme al Estado de derecho.

431 Asamblea General, resolución 48/102, 48 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 214, U.N. Doc. A/48/49 (1993).

432 Véase http://gesetze.ch/sr/0.311.371/0.311.371_000.htm

433 Véase el Convenio de la ONU contra el crimen organizado transfronterizo incluyendo sus protocolos adicionales en http://unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525e.pdf

434 Argentina se adhirió a la Organización de Estados Americanos en 1948. Carta de la Organización de los Estados Americanos, véase <http://oas.org/juridico/spanish/carta.html>

c) Estándares internacionales en la industria de confección⁴³⁵

Hoy en día existen «estándares sociales» que junto con las normas laborales centrales de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) incluyen además el derecho a la salud de los trabajadores (protección contra accidentes, protección ante el manejo de materiales dañinos para la salud), a horarios laborales adecuados y a salarios que garanticen la subsistencia. También las «directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para empresas multinacionales» del año 2000 se basan, entre otras cosas, en las normas laborales centrales de la OIT y en los derechos humanos. En teoría se incluye, asimismo, la responsabilidad que dichas empresas tienen hacia sus proveedores.⁴³⁶

Además, en el ámbito de la industria de la confección existen muchas empresas que se han comprometido a aplicar estos estándares sociales con códigos de conducta voluntarios.⁴³⁷

Una de las primeras empresas que se preocupó en reconocer por lo menos públicamente los estándares de derechos humanos fue la empresa de artículos deportivos, Reebok. Uno de los conflictos más conocidos a escala mundial en el decenio de los años noventa fue la acusación contra Nike, Reebok, Adidas y otros de encargar su producción de balones de fútbol de piel en la región de Sialkot en el noreste de Pakistán con trabajo infantil. Posteriormente se elaboraron numerosos estudios; hubo proyectos de las empresas con contrapartes locales y ONGs en la región para eliminar el trabajo infantil en la producción de balones de fútbol.

En este contexto se han involucrado muchas ONG, por ejemplo la «Clean Clothes Campaign»⁴³⁸ (Campaña por Ropa Limpia), que han asumido la tarea de convencer a

⁴³⁵ La idea de estrategias comerciales justas no es algo nuevo: En 1859 el escritor neerlandés Eduard Douwes Dekker analizó críticamente las condiciones laborales en las plantaciones holandesas de café en Indonesia en su novela *Max Havelaar of de koffieveilingen der Nederlandsche Handel-Maatschappij*. La figura principal del libro prestó su nombre a la Fundación Max Havelaar de Suiza, una organización que se siente comprometida con el Comercio Justo.

⁴³⁶ Véase capítulo I.

⁴³⁷ Como códigos de conducta se entienden directrices plasmadas por escrito, que deben servir como base para la conducta de consorcios transnacionales ante su personal, las autoridades estatales y el medio ambiente en todos los lugares donde el consorcio mantiene relaciones comerciales. Véase Christoph Scherrer y Thomas Greven, *Soziale Konditionierung des Welthandels. Die Instrumente Sozialklausel, Verhaltenskodex und Gütesiegel in der Diskussion* (Condicionamiento social del comercio mundial. Los instrumentos cláusula social, código de conducta y sello de calidad en debate); dictamen por encargo de la Fundación Friedrich Ebert, 1999; sobre todo el tema también en forma muy instructiva: David Buntenbroich, *Menschenrechte und Unternehmen, Transnationale Rechtswirkungen 'freiwilliger' Verhaltenskodizes* (Derechos humanos y empresas, efectos jurídicos transnacionales de los códigos de conducta «voluntarios»), 2007.

⁴³⁸ En la autodescripción del capítulo alemán de la Campaña por Ropa Limpia, que surgió en los Países Bajos en 1989 (véase <http://cleanclothes.org/cccs.htm>) se lee: «La «Campaña por Ropa Limpia» se compromete con el mejoramiento de estas condiciones. «Limpio» significa digno de un ser humano, socialmente limpio. No quiere producirle a Ud., el/la consumidor/a, una mala conciencia; por el contrario: con los kilos de textiles que cada uno compra cada año, los y las consumidoras alemanas tienen, literalmente, un gran peso que poner en la balanza; pueden hacer «política con la canasta de la compra»: preguntar, insistir, reclamar la responsabilidad de los comercializadores de indumentaria aquí en Europa occidental.» Véase <http://saubere-kleidung.de/2-fs-wir.htm>

las empresas para que firmen la «Carta Social sobre el Comercio con Indumentaria»,⁴³⁹ cuyas siete condiciones de producción se basan en los Convenios de la Organización Internacional de Trabajo (OIT).

Tomando la marca Puma⁴⁴⁰ como ejemplo, a continuación podemos rastrear la conducta de una empresa de marca que actúa a escala mundial. En cooperación con la Campaña por Ropa Limpia, PUMA ha desarrollado un código de conducta⁴⁴¹ para sus proveedores, que se orienta en los Convenios de la OIT. Desde 2004 PUMA también es miembro acreditado de la institución estadounidense «Fair Labor Association» (FLA),⁴⁴² que se encarga de revisar los códigos, y del Pacto Mundial. Puma ha desarrollado un concepto propio bajo el nombre S.A.F.E. («Social Accountability and Fundamental Environmental Standards», es decir, «Responsabilidad Social y Estándares Ambientales Fundamentales»), que se basa en «Standards SA 8000».⁴⁴³ Sin embargo, la Campaña Ropa Limpia mantiene una postura crítica ante Puma.⁴⁴⁴

Esta brecha entre la realidad y la intención de los códigos de conducta, asumidos voluntariamente por las empresas, revela que la efectividad de estos códigos es limitada.⁴⁴⁵

Actualmente, en Gran Bretaña hay enfoques para imponer más eficientemente estándares sociales y ecológicos mínimos. Partiendo de la iniciativa de la Corporate

439 Para consultar el texto de la Carta Social sobre el Comercio con Indumentaria véase: <http://www.kabre.de/text/sozialch.htm>

440 Como base véase: <http://cleanclothes.org/companies/puma.htm>

441 Véase <http://about.puma.com/downloads/139.pdf>

442 La Fair Labor Association es una agrupación internacional de organizaciones no gubernamentales, universidades y empresas comercializadoras del sector de la confección. Las empresas miembro de la FLA trabajan con fábricas y proveedores en más de 70 países de todo el mundo. Los objetivos principales de la FLA son la garantía de derechos laborales y mejores condiciones laborales en la fabricación de productos de la confección, adaptándose a directrices laborales internacionales, que también incluyen la prohibición del trabajo infantil explotador. Las empresas que se afilian a la FLA, y sus proveedores, tienen que asumir y aplicar el código de conducta de la asociación. Además tienen que asegurar una supervisión con el fin de detectar y corregir eventuales infracciones de las directrices de la FLA. Los controles se realizan con inspectores independientes y externos, acreditados por la FLA. Los resultados de las inspecciones se publican. Con la publicación de los resultados de inspección se informa a los consumidores sobre eventuales abusos en la producción; a su vez, serán los consumidores quienes pueden tomar en consideración dichos abusos al momento de decidir sus compras. Véase: <http://www.fairlabor.org/>

443 Social Accountability 8000 (Responsabilidad Social 8000) es tanto un estándar como un sistema de certificación. Desde 1997 Responsabilidad Social 8000 intercede para que las empresas se certifiquen y apliquen los estándares fundamentales. El estándar de Responsabilidad Social 8000 se basa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Convenio sobre los Derechos de los Niños de la ONU y en los derechos laborales fundamentales, como los define la OIT. SA 8000 controla y certifica empresas de producción, involucra sindicatos, organizaciones no gubernamentales y capacita y asesora empresas de auditoría y de consultores. Véase: <http://www.sa-intl.org/index.cfm?fuseaction=Page.viewPage&pageID=473>

444 <http://www.oneworld.at/cck/start.asp?showmenu=yes&fr=&b=40&ID=13400>

445 Die Fallstricke von Verhaltenskodizes der Unternehmen (Las trampas de los códigos de conducta de las empresas), en: *Maquilla Bulletin* no. 2: Monitoring von Verhaltenskodizes (Monitoreo de los códigos de conducta), marzo 2000, <http://www.oeku-buero.de/veroeff/maqbul2/1fallstricke.html>

Responsibility Coalition (CORE; Coalición para la Responsabilidad Corporativa),⁴⁴⁶ se discute un borrador de ley, que impondría a la dirección de las empresas deberes de diligencia ante la sociedad y el medio ambiente. Al mismo tiempo se pretende permitirles a grupos de interés extranjeros reclamar en Gran Bretaña indemnizaciones debido a violaciones de derechos humanos y destrucción ambiental cometidas por empresas británicas o sus filiales.⁴⁴⁷

El empeño de imponer estándares sociales más eficientemente también es el motivo del «Libro verde sobre la responsabilidad de las empresas»⁴⁴⁸, que presentó la Comisión Europea en 2001. En el libro verde se exhorta a todas las autoridades en todos los ámbitos, considerando los intereses de las empresas y de los accionistas, a presentar propuestas sobre cómo construir una cooperación entre socios para desarrollar nuevas condiciones marco, que promuevan la responsabilidad social de las empresas.

3 Valoración

Sobre la actualidad del tema de la «esclavitud» Heiner Bielefeldt señala que «la realidad de la esclavitud y de la trata de personas sigue en pie hasta la fecha en muchos lugares». Por tanto, sería «importante ir más allá de la definición tradicional de la esclavitud... y poner la mirada también sobre aquellas relaciones de dependencia extremadamente unilaterales, que... corresponden o se asemejan a una esclavitud fáctica.»⁴⁴⁹

Tal vez Bielefeldt pensó sobre todo en situaciones como las que suceden en África o Asia, sin embargo, las circunstancias que se viven en varios cientos de talleres de costura en Argentina causan fuerte preocupación; porque, supuestamente y según el criterio general, ahí prevalecen estructuras democráticas y del Estado de derecho. Las realidades argentinas son altamente contradictorias.

El ejemplo del incendio de Luis Viale y las investigaciones que se sucedieron debido a las condiciones laborales en los talleres de costura contrarias a los derechos humanos ilustran que ahora los tribunales argentinos no sólo persiguen penalmente a los dueños de los talleres por la explotación de los costureros, sino que se pretende investigar a otros responsables involucrados en la cadena de comercialización. Se puede destacar positivamente que el derecho argentino ofrece tanto normas de protección jurídico-materiales contra condiciones laborales infrahumanas, como procedimientos para organizaciones y personas que luchan jurídi-

⁴⁴⁶ CORE se creó en 2001 y es una agrupación de ONGs, entre ellas Amnesty International UK, Friends of the Earth y la National Federation of Women's Institutes, sindicatos como AMICUS, GMB, UNISON y TGWU, empresas como Unity Trust Bank, instituciones científicas como la University of Dundee y representantes elegidos, en el ámbito local, de los parlamentos y asambleas y de miembros del parlamento europeo; véase Core – about us, en: <http://www.corporate-responsability.org/C2B/PressOffice/display.asp?ID=80&Type=2>

⁴⁴⁷ Británicos en favor de las obligaciones de las empresas, German Watch Zeitung 1/2004, en: <http://www.germanwatch.org/zeitung/2004-1-uk.htm>

⁴⁴⁸ Véase el texto del documento en: <http://europa.eu/scadplus/leg/de/lvb/n26039.htm>

⁴⁴⁹ Heiner Bielefeldt, Zwischen Apologetik und Kritik: Sklaverei als Thema in der europäischen Geistesgeschichte (Entre la apologética y la crítica: la esclavitud como tema en la historia intelectual europea), en: *Jahrbuch Derechos Humanos 2008, 2007*, p. 32.

camente contra tales condiciones. Adicionalmente —algo imprescindible para la imposición de cualquier derecho humano— existe una infraestructura de abogados, organizaciones no gubernamentales y una parte de los sindicatos que hacen suyos los casos de las violaciones de derechos humanos y les dan seguimiento político y jurídico. Sin embargo, los fenómenos de la corrupción, de juicios muy largos y los recursos humanos y materiales deficientes de las agencias ejecutoras de la ley —algo ya conocido por los procesos sobre crímenes cometidos por la dictadura de 1976 a 1983— dificultan la acción jurídica.

En resumen: El ejemplo de los talleres de costura argentinos sirve para recapitular sobre las condiciones en la industria de la confección, que son conocidas y criticadas a escala mundial: empresas europeas y norteamericanas se limitan a la comercialización de su logotipo; la producción se realiza en otros lugares y la comercialización regional se cede a concesionarios en los países dependientes. Es difícil rastrear las cadenas de proveedores más allá de la relación del concesionario que encarga los trabajos y los fabricantes encargados locales. Dado que los productores locales se benefician del margen entre el precio de venta y los costos de la producción y se obligan a más entregas de las que pueden cumplir ellos solos, la producción se traslada a los trabajadores a domicilio y los talleres de costura (ilegales). Los costureros se encuentran al final de esta cadena. Si además trabajan clandestinamente como indocumentados, en primera instancia están expuestos sin ninguna protección a condiciones laborales inhumanas. Incluso cuando se descubren y escandalizan estas circunstancias, sea por un incendio espectacular o sea por el compromiso de organizaciones no gubernamentales, en el plano jurídico se persigue solamente a los responsables inmediatos, los dueños de los talleres. Los concesionarios al final de la cadena de creación de valor y sobre todo las empresas de marca pueden evocar su ignorancia y el control deficiente por parte de los fabricantes locales. Se debe únicamente a las leyes argentinas favorables a los trabajadores y a los actores sensibles de la justicia que los procesos en curso alberguen, por lo menos, la posibilidad de romper con estas falsas legalidades y hacer comparecer ante los tribunales a aquellos que realmente se benefician de las condiciones laborales contrarias a los derechos humanos.

CONCLUSIONES

Derecho democrático como requisito para sociedades justas

El análisis hecho en este estudio de cuatro juicios ejemplares contra empresas europeas a causa de sus actividades en América Latina y del panorama sobre la discusión nacional e internacional en cuanto a la responsabilidad jurídica de empresas transnacionales por violaciones de los derechos humanos permite principalmente tres conclusiones:

1. El sistema jurídico internacional vigente y los sistemas jurídicos nacionales sólo ofrecen opciones limitadas para proceder contra empresas transnacionales que han violado los derechos humanos y dañado el medio ambiente.
2. La mirada constricta hacia los procesos jurídicos y casos específicos muchas veces deja de considerar importantes aspectos sociales, políticos y económicos de los conflictos aquí expuestos. Tampoco considera su dimensión social integral.
3. A pesar de estas limitaciones los instrumentos jurídicos ofrecen una opción autónoma para esclarecer y sancionar violaciones de los derechos humanos que involucran a empresas transnacionales. La mundialización de estándares universales en materia de derechos humanos y la creciente organización transnacional del movimiento de los derechos humanos han aumentado considerablemente las probabilidades de éxito de los procesos jurídicos.

Indiscutiblemente actores privados y sobre todo empresas transnacionales poderosas amenazan y violan los derechos humanos. Para que se esclarezcan y castiguen esas actividades sólo se dispone de un instrumental jurídico insuficiente para hacer valer los derechos humanos. En los Estados —especialmente en los países del Sur—, donde actúan las empresas, la situación legal deficiente frecuentemente dificulta el intento de responsabilizar empresas transnacionales. Sin embargo, el estudio muestra que el derecho argentino y brasileño ofrecen evidentemente muchos más puntos de partida en contraste con la mayoría de los sistemas jurídicos africanos y asiáticos. Repetidamente las deficiencias en el sistema judicial y la falta de voluntad política de perseguir violaciones de derechos humanos cometidas por empresas transnacionales son un agravante.

En los Estados de origen de las empresas, los procesos conforme al derecho nacional tienen más probabilidades de éxito en el sentido que las violaciones de derechos humanos se pueden reclamar en un marco jurídico vigente, donde prevalecen procedimientos que funcionan relativamente bien y que se guían por el Estado de derecho. No obstante, también en estos países dichos procesos topan rápidamente con sus límites jurídicos y políticos. En efecto, por un lado las leyes vigentes no consideran suficientemente las violaciones de derechos humanos con referencias trasna-

cionales, sobre todo si se trata de condiciones laborales infrahumanas como en el caso específico argentino. Por otro, se interponen obstáculos notables en cuanto a la investigación y exposición de los hechos. Ambos son aspectos necesarios para fundamentar un reclamo jurídico. En este contexto y para cada caso específico emergen numerosas dificultades en cuanto a la imputabilidad jurídica, debido a la forma organizacional de las empresas y la desintegración de producción y distribución, como muestra el caso argentino. Precisamente porque frecuentemente las empresas transnacionales no son bloques monolíticos con una estructura centralizada y jerárquica, sino redes complejas con centros geográficamente distribuidos y relaciones de propiedad, de toma de decisiones y comerciales complejas. A diferencia de los entes del poder público, es prácticamente imposible obligar a que las empresas revelen procesos de toma de decisiones, la distribución de las responsabilidades y otros asuntos internos. A pesar de su influencia decreciente, los Estados nacionales tienen una enorme responsabilidad también en este ámbito. En el marco de la responsabilidad de los Estados es tarea de los poderes públicos de los Estados nacionales decretar leyes que exhorten a las empresas asentadas en su territorio a mantener una conducta conforme a los derechos humanos, controlar las actividades de dichas empresas y esclarecer y sancionar violaciones de los derechos humanos.

Lo que más éxito promete es la responsabilización de las empresas transnacionales en el marco del derecho penal internacional, lo que también incluye en algunos Estados la posibilidad de la indemnización conforme al derecho civil. Según ello y conforme al principio de la jurisdicción universal, a determinados tomadores de decisiones de las ETN también se les puede responsabilizar por delitos penales, que se cometieron fuera del territorio del Estado que realiza la persecución penal, dependiendo de las respectivas características legales y aún si no se cuenta con un punto de partida nacional. Hacer una denuncia penal de orden jurídico-internacional pertenece desde hace ya un tiempo tanto al repertorio permanente de las organizaciones no gubernamentales como a la acusación en el marco de la Alien Torts Claims Act.

No se pueden abordar las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas únicamente por la vía convencional judicial. Hay que incluir además mecanismos políticos, económicos y sociales. Esto es, hay que encontrar soluciones y una normatividad que consideren el contexto social integral y global. Los procedimientos jurídicos pueden ayudar a desarrollar estas soluciones, sobre todo si se perfeccionan los sistemas jurídicos nacionales y se promueven las iniciativas de las Naciones Unidas ya existentes, particularmente hacia un convenio internacional que establezca un estándar mínimo de carácter vinculante para los Estados, mediante el cual se les exija controlar la conducta de las empresas transnacionales en su territorio de tal manera que protejan los derechos humanos.

A pesar de estas limitaciones, los instrumentos jurídicos ofrecen una opción autónoma para esclarecer y sancionar violaciones de los derechos humanos que involucran a empresas transnacionales. La mundialización de estándares universales en materia de derechos humanos ha llevado a una mejor y creciente organización transnacional del movimiento de los derechos humanos. En principio, la existencia de estándares universales de derechos humanos es incuestionable. Sin embargo, el estándar de protección, sobre todo en cuanto a los derechos humanos de la segunda y tercera generación, varía muchísimo en las distintas regiones del mundo. También con respecto a la aplicación de procedimientos jurídicos determinados, los avances

siempre van acompañados por retrocesos, es decir, demandas jurídicamente legitimadas se topan con obstáculos políticos.

Por tanto, en este contexto y observando los cuatro casos examinados se puede resumir lo siguiente:

A pesar de la fijación del movimiento ambiental argentino en el caso particular de la planta productora de celulosa de Botnia, es menester reconocer que es una manifestación de la transnacionalización del trabajo de derechos humanos y un mérito de las organizaciones no gubernamentales argentinas en coordinación con numerosas contrapartes extranjeras, que aprovecharon todas las posibilidades jurídicas para evitar la construcción de la fábrica. Se utilizaron tanto procedimientos judiciales como instrumentos del *soft law*, aunque sin éxito en el sentido que hubiesen impedido el inicio de la operación de la planta. Independientemente de que los recursos legales —desde las demandas penales presentadas en Argentina hasta los procesos ante la Corte Internacional de Justicia— conduzcan o no a un resultado positivo desde la perspectiva de los activistas, es notable la seguridad con la cual se utilizaron todos los recursos legales disponibles. Las luchas por los derechos humanos y ambientales necesitan ciertos puntos de cristalización que sirvan como ejemplo para enfrentar un problema social con instrumentos legales. Botnia representa tal símbolo. Pero es una tarea de los actores de la sociedad civil llevar la conciencia pública del caso particular a una problemática superior y contribuir a cambios sociales reales frente a gobiernos de corte izquierdista/nacionalista y frente a las empresas. El que las organizaciones activas en la Argentina y el Uruguay lo logren también determinará el éxito de su protesta; más o menos independientemente del resultado de los procesos jurídicos particulares.

Incluso en la controversia entre Brasil y la Comunidad Europea ante la OMC las organizaciones ambientalistas han desempeñado un papel importante. No se limitaron a comentar el proceso y a exigir una política de economía exterior de la Unión Europea que se oriente en los objetivos de la protección ambiental; además apoyaron la posición de Brasil en el juicio como *Amicus Curiae*, es decir, amigos del tribunal, mandando comentarios competentes dirigidos a la OMC.

Con respecto a los enfrentamientos en torno al campo experimental de Syngenta, los críticos de los transgénicos parecen haber ganado terreno provisionalmente, al menos en el sentido que el gobernador y la autoridad ambiental IBAMA suscribieron su argumentación y que el tribunal de distrito de Cascavel confirmó tanto la prohibición de cultivo para Syngenta como la multa decretada en contra de la empresa. Aunque el punto de referencia ahí sólo haya sido la violación de la distancia mínima del campo experimental hacia el Parque Natural Iguazú, este éxito parcial en los tribunales no se debe menospreciar, ya que con todo se declaró como improcedente un decreto presidencial y la sentencia no fue nada favorable a los intereses explícitos de un *Global Player* en el mercado agrícola y sus aliados locales. Sin embargo, en la disputa por el manejo general de semillas transgénicas acaso se logró un triunfo provisional; siempre y cuando el movimiento de los sin tierra y otros críticos sepan utilizar la atención mediática y la fuerza simbólica del caso para incidir en el cambio de rumbo de las políticas agrícolas del Brasil.

El ejemplo del incendio de Luis Viale y las investigaciones debido a las condiciones laborales en los talleres de costura contrarias a los derechos humanos, ilustran que ahora los tribunales argentinos no sólo persiguen penalmente a los

dueños de los talleres por la explotación de los costureros, sino que se pretende investigar a otros responsables involucrados en la cadena de comercialización. Se puede destacar positivamente que el derecho argentino ofrece tanto normas de protección jurídico-materiales contra condiciones laborales infrahumanas, como procedimientos para organizaciones y personas que luchan jurídicamente contra tales condiciones. Adicionalmente —algo imprescindible para la imposición de cualquier derecho humano—, existe una infraestructura de abogados, organizaciones no gubernamentales y una parte de los sindicatos que hacen suyos los casos de las violaciones de derechos humanos y les dan seguimiento político y jurídico. Sin embargo, los fenómenos de la corrupción, de juicios muy largos y los recursos humanos y materiales deficientes de las agencias ejecutoras de la ley dificultan la acción jurídica.

Por tanto, en los cuatro casos se puede constatar que, a pesar de todas las limitaciones, los actores provenientes de las organizaciones no gubernamentales usaron las opciones de las que disponían para fortalecer los derechos humanos y la protección del medio ambiente. Hoy en día, el movimiento de derechos humanos y el ambientalista que actúan transnacionalmente participan de forma multifacética en la creación jurídica y en la aplicación del derecho. De tal forma que es posible observar que quienes habían vivido, hasta hace poco, prácticamente privados de sus derechos encuentran acceso a procedimientos jurídicos antes impensados y que actores aparentemente demasiado poderosos como los Estados, ciertos gobernantes del pasado y del presente, y empresas transnacionales tienen que enfrentar su responsabilidad en los tribunales. Esto ha hecho el derecho más democrático. A su vez, un derecho democrático es una de las condiciones para acceder a sociedades socialmente justas, democráticas y ecológicas.

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos su colaboración a este estudio a Nadja Aschmeit, Leonie von Braun, Andreas Fischer-Lescano, Michel Heinzmann, Melanie Kössler, Kimmo Nuotio, Erwin Single, Stefan Thimmel, Anna von Gall, Sebastian Weber, Sven Hilbig y Rodolfo Yanzón.

EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUCIONAL AND HUMAN RIGHTS (ECCHR)

El objetivo del European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR) con sede en Berlín es proteger y hacer valer mediante recursos jurídicos los derechos humanos garantizados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por otras declaraciones de derechos humanos y por las constituciones de los Estados. Entre ellas se incluyen, por ejemplo, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el Convenio de la ONU contra la tortura. En este contexto las personas iniciadoras del proyecto se sienten comprometidas con el uso creativo y efectivo del derecho como motor para cambios sociales en sentido amplio. El ECCHR no limita su campo de acción a la República Federal de Alemania, sino que actúa a escala europea, sobre todo con una red de juristas y de abogadas y abogados de diferentes Estados europeos. El ECCHR busca reunir abogadas y abogados de derechos humanos de toda Europa para que puedan intercambiar sus conocimientos y sus experiencias y desarrollen colectivamente estrategias más allá de las fronteras nacionales. Más información en: www.ecchr.de