

CAPÍTULO 7

Responsabilidad jurídica, civil y penal de las sociedades transnacionales. Normas aplicables y jurisdicciones competentes

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

¿QUÉ SON LOS DERECHOS HUMANOS?

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

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

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

Durante mucho tiempo predominó la idea de que los derechos humanos son esencialmente derechos individuales frente al poder del Estado. La

lucha por estos derechos, y contra la omnipotencia del poder del Estado se tradujo en la obtención de cartas de garantías y derechos para los “hombres libres” (Carta Magna de 1215, Bill of Rights de 1689).

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

El reconocimiento de las obligaciones de las personas privadas en materia de derechos humanos, y de su responsabilidad en el caso de incurrir en violaciones de los mismos, quedó consagrado en el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y se fue afianzando en la doctrina, en la legislación nacional, en numerosos convenios internacionales, especialmente en materia de protección del medioambiente, y en la jurisprudencia. Citamos algunos ejemplos en este trabajo, particularmente en el apartado 4 del capítulo VI, y en los tres apartados siguientes de este Capítulo.

Desde el punto de vista del derecho positivo puede decirse que los derechos humanos son aquéllos que han sido admitidos como tales en las normas internacionales y en la gran mayoría de los Estados nacionales, muchos de los cuales han incorporado aquéllas a su derecho interno. Son los derechos inherentes a la dignidad intrínseca propia de la persona humana, cuyo titular es el ser humano, y cuya naturaleza no cambia quienquiera sea el que los vulnere, sea el Estado o los particulares. Su violación debe ser sancionada en todos los casos y genera a favor de la víctima el derecho a la reparación.

Por otra parte, no hay que confundir entre la obligación de respetarlos, que es universal, y el deber de garantizarlos, de sancionar su violación y de asegurar la reparación a las víctimas, que es función del Estado y de los organismos internacionales de derecho público internacional pertinentes.

Pero el enfoque limitativo o restrictivo en la definición de qué son los derechos humanos, que consideramos anacrónico y jurídicamente insostenible²⁵⁴, tiene efectos prácticos.

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

²⁵⁴ Con el antecedente de Nüremberg, y sobre todo con el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en vigor desde el 1 de julio de 2002, ya no se puede sostener que las personas no pueden ser autoras de violaciones de los derechos humanos en cualquiera de las formas de participación criminal: autoras, coautoras, instigadoras y cómplices, y no sólo esto último, como pretenden ahora algunas personas y organizaciones.

Ello es así porque en los países centrales las sociedades transnacionales cuentan con una legislación favorable y, sobre todo, con el respaldo incondicional de los gobiernos. Y en los países periféricos del sistema pueden violar las normas internas o hacerlas reformar en su propio interés y, por cierto, pueden también violar los derechos humanos con la complicidad de las elites dirigentes de muchos de esos países y así asegurar su impunidad.

Es sabido que hay empresas transnacionales que son más poderosas económicamente que muchos países pobres²⁵⁵, y que además cuentan con un arsenal jurídico a su servicio –los tratados bilaterales de libre comercio y de promoción y protección de inversiones, entre otros–, y jurisdiccional –los tribunales arbitrales del Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relacionadas con las Inversiones (Ciadi, Icsid en inglés), miembro del Grupo del Banco Mundial y cuyo presidente es, *ex officio*, el presidente del mismo Banco Mundial²⁵⁶, el Órgano de Solución de Controversias de la Organización Mundial del Comercio, etc.–.

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

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

LAS NORMAS APLICABLES

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

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

²⁵⁵ El volumen de negocios de las más grandes sociedades transnacionales es equivalente o superior al PIB de muchos países, y el de media docena de ellas es mayor que el PIB de los 100 países más pobres reunidos; Utting, *Business Responsibility for Sustainable Development*, UNRISD, Ginebra, enero, 2000. Según las fuentes, entre un tercio y la mitad de las entidades económicamente más poderosas del planeta son sociedades transnacionales y el resto son Estados.

²⁵⁶ Véase la nota 165.

internacionales cabe mencionar: La Declaración Universal de Derechos Humanos; los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de Derechos Civiles y Políticos, y las Convenciones sobre la discriminación racial, sobre la discriminación contra la mujer, sobre los derechos del niño, y contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes; la Convención contra el genocidio (art. II, párr. c); la Convención contra el *apartheid*²⁵⁷; la Proclamación de Teherán de 1968; la Declaración referente a la instauración de un nuevo orden económico internacional (AG 3201 S VI); el Programa de acción para la instauración de un nuevo orden económico internacional (AG 3202 S VI); la Declaración sobre el progreso y el desarrollo en el dominio social (AG 2542 XXIV); los Principios de derecho internacional sobre las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados conforme a la Carta de las Naciones Unidas (AG 2625 XXV); la Carta de los deberes y derechos económicos de los Estados (AG 3281 XXIX); la Declaración sobre el desarrollo y la cooperación económica internacional (AG 3362 S VII); la Declaración de Filadelfia de 1944, incorporada a la Constitución de la OIT; los Convenios internacionales del trabajo, entre ellos el 87 (libertad sindical y protección del derecho de sindicación); 98 (derecho de sindicación y de negociación colectiva); 100 (igualdad de remuneración); 105 (abolición del trabajo forzoso); 111 (discriminación); 131 (salario mínimo); 45, 89 y 103 (trabajo de mujeres); 1, 30, 43, 47 de 1935 sobre 40 horas (jornada máxima de trabajo); 49, 153 y Recomendación 116 (reducción de la duración del trabajo); sobre seguridad e higiene en el trabajo (Convenios con disposiciones generales números 31, 97, 155, y 161, y varios convenios y recomendaciones sobre riesgos específicos o ramas de actividad); tiempo libre (recomendación 21 de 1924 sobre la utilización del tiempo libre de los trabajadores, que en 1987 el Consejo de Administración de la OIT incluyó en su clasificación de los instrumentos que convenía promover con carácter prioritario); seguridad social (convenios con normas generales 102, 118 y 157, y numerosos convenios con normas específicas); los convenios y las recomendaciones relativos al derecho al trabajo: convenios 122 de 1964 sobre política del empleo, y 158 de 1982 sobre terminación de la relación de trabajo, y recomendaciones 122 sobre política de empleo y 169 de 1984 con disposiciones complementarias sobre el mismo tema, etc.; la Declaración de principios tripartita sobre las sociedades multinacionales y la política social, aprobada por el Consejo de Administración de la OIT en 1977 y modificada en noviembre de 2000; la Declaración sobre el derecho al desarrollo de 1986

²⁵⁷ Sobre la aplicabilidad de los derechos económicos de las Convenciones sobre la discriminación racial, sobre la discriminación contra la mujer, contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, contra el genocidio y contra el *apartheid*, véase el Informe del Relator Especial sobre el derecho a una alimentación adecuada, señor Ziegler, en particular el párrafo 46, presentado en 2001 a la Comisión de Derechos Humanos, Naciones Unidas, E/CN.4/2001/53. Véanse también los informes del señor Ziegler de 2002, E/CN.4/2002/58, y de 2005, E/CN.4/2005/47.

(AG 41/128), y los instrumentos regionales, en especial, la Carta Social Europea, la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (arts. 20, 21 y 22); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Capítulo III, Derechos económicos, sociales y culturales); el Protocolo de reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Protocolo de Cartagena de Indias, diciembre de 1985), y el Protocolo adicional a la Carta de la OEA en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador, 1988, vigente desde fines de 1999), entre otros.

En el Capítulo V nos hemos referido a varios convenios y a la jurisprudencia internacional sobre la protección del medioambiente. Cabe mencionar también la Declaración y el programa de acción de Viena, la Declaración de El Cairo de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, la Declaración de Copenhague de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, entre otros.

En los últimos años se han aprobado convenios internacionales contra la corrupción (una práctica habitual de las sociedades transnacionales): la Convención Interamericana de 1996; la Convención de la OCDE de 1997, vigente desde 1999; la Convención penal europea sobre la corrupción, aprobada por el Consejo de Europa el 27 de enero de 1999, abierta a la firma de los Estados en la misma fecha y en vigor desde el 1 de julio de 2002 (esta última en: *Serie de tratados europeos* 173, www.coe.int), y la Convención civil europea contra la corrupción, en vigor desde el 1 de noviembre de 2003.

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

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

Otro aspecto muy importante de la Convención penal europea sobre la corrupción es que en su artículo 18 establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Dicha responsabilidad no figura en la Convención Interamericana, en tanto que la Convención de la OCDE deja a la decisión de los Estados la posibilidad de optar entre la responsabilidad penal, civil o

administrativa. El mismo artículo 18 establece la responsabilidad penal de las personas físicas que tienen la representación de las personas jurídicas y la de los instigadores y cómplices.

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

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

Sobre la base de la noción de interdependencia, indivisibilidad y “permeabilidad” de las normas aplicables en materia de derechos humanos, son también aplicables, además de las normas específicas, las diferentes normas internacionales y nacionales relativas a los derechos fundamentales de la persona humana. Como dice el profesor Fierens: “...porque simplemente los derechos humanos no son más divisibles que el ser humano mismo”²⁵⁸.

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

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

²⁵⁸ Jacques Fierens, *La violation des droits civils et politiques comme conséquence de la violation des droits économiques, sociaux et culturels*. Contribución al coloquio “Instituciones financieras internacionales: la excepción a los derechos humanos”, organizado por el Centro de Derecho Internacional de la Universidad de Bruselas, diciembre, 1998, en *Revue Belge de Droit International*, 1991-1. Publicado en separata por la Coordination des ONG pour la Dignité Humaine y el Centro de Derecho Internacional de la Universidad de Bruselas.

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

El derecho a la dignidad inherente a la persona humana está reconocido en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, consagrado explícitamente en los preámbulos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos, en varios otros instrumentos internacionales, y en el ordenamiento constitucional de muchos Estados²⁵⁹.

La Corte Suprema de Argentina dijo en una sentencia del 24 de octubre de 2000 que la falta de acceso a tratamientos médicos y a medicamentos indispensables puede implicar una violación del derecho a la vida²⁶⁰. Pero el derecho a la vida no es el mero derecho biológico a existir sino el derecho a vivir dignamente, que es propio de la persona humana. De modo que la falta de alimentos suficientes, de una vivienda adecuada, del acceso a la educación, a la seguridad social, etc., también constituyen violaciones del derecho a la dignidad inherente a la persona humana.

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

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

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

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho que son tratamientos degradantes los destinados a crear en quien los sufre sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad con el fin de humillarlo,

²⁵⁹ Véase, por ejemplo, Miguel A. Alegre Martínez, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, España, 1996.

²⁶⁰ Revista jurídica *El Derecho*, Buenos Aires, 24/11/2000.

envilecerlo y, eventualmente, a quebrar su resistencia física o moral (Irlanda c Reino Unido, 18 de enero de 1978).

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

Por otra parte, la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han desarrollado progresivamente una jurisprudencia en la que se han puesto de relieve los aspectos económicos, sociales y culturales de los derechos civiles y políticos. Esta cuestión ha sido estudiada por el profesor Frédéric Sudre²⁶¹.

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

Sin embargo, la Comisión Europea de Derechos Humanos rechazó en 1990, por falta de fundamento, la queja interpuesta contra Bélgica por una señora que, falta de recursos y con una pequeña hija, tenía que vivir en condiciones sumamente precarias, sin calefacción ni agua caliente (caso Van Volsem c. Bélgica). La queja se había fundado en que la denunciante sufría un tratamiento inhumano y degradante.

El profesor Frédéric Sudre criticó severamente esta decisión en un artículo titulado: "La première décision 'quart monde' de la Commission européenne des droits de l'homme: une 'bavure' dans une jurisprudence dynamique"²⁶²

Los debates y las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales constituyen una referencia de primera

²⁶¹ Frédéric Sudre, La "permeabilité" de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux, en *Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, Bruselas, 1998. Véase también de Frédéric Sudre, *Misère et Convention Européenne des droits de l'homme*, en *Cahiers de l'Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme (IDEDH)*, núm. 3, 1994, pp. 113-124, Facultad de Derecho de la Universidad de Montpellier, y La notion de "peines et traitements inhumains ou dégradants" dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme, en *Revue Générale de Droit Internationale Public*, núm. 4, Octobre-Décembre, Pedone, Paris. 1984. Existe en separata.

²⁶² *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Estrasburgo, 1990, p. 349.

importancia en cuanto a la exigibilidad de estos derechos consagrados en el respectivo Pacto Internacional. Las observaciones generales más recientes son las número 9 (aplicación interna del Pacto, 1998); 10 (función de las instituciones nacionales, 1998); 11 (derecho a una vivienda adecuada); 12 (derecho a una alimentación suficiente, 1999); 13 (derecho a la educación, 1999), 14 (el disfrute del más alto nivel posible de salud, 2000), 15 (el derecho al agua, 26 de noviembre de 2002, en la que el Comité dice que “el derecho al agua es indispensable para una vida digna. Es una condición necesaria para lograr la efectividad de todos los demás derechos”). En 2005 el Comité aprobó tres observaciones generales: en agosto la núm. 16 sobre la igualdad del hombre y de la mujer en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, y en noviembre la núm. 17 sobre los derechos de autor y la núm. 18 sobre el derecho al trabajo.

En 1989 el Comité comenzó a debatir acerca de los derechos contenidos en el artículo 11 del Pacto, ocupándose en esa oportunidad del derecho a una alimentación adecuada²⁶³. Entre otras cosas, algunos miembros dijeron que los individuos, como sujetos de derecho internacional, estaban facultados para exigir la observancia de las obligaciones del Pacto (párr. 319 del Informe del Comité); que la denegación de la necesidad humana de alimentos constituía una violación de un derecho humano, y que tenía que haber un derecho consuetudinario a interponer una acción contra el Estado cuando hubiese una privación sistemática del acceso a los alimentos (párr. 321); que el excedente de recursos mundiales de alimentos era patrimonio común de los hambrientos y los pobres, y que sería una denegación de justicia rehusarles el acceso a esos recursos (párr. 322). El representante de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) dijo que el derecho de toda persona a estar protegida contra el hambre era un derecho fundamental establecido en el párrafo 2 del artículo 11 del Pacto, el que estaba claramente relacionado con el derecho a la vida²⁶⁴. En la Observación General No. 12 sobre el derecho a una alimentación ade-

²⁶³ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Informe del tercer periodo de sesiones, Capítulo IV, E/C.12/1989/5. El derecho a una alimentación suficiente fue objeto de la Observación General núm. 12 del Comité del Pacto, aprobada en 1999. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Informe del 21 y 22 periodos de sesiones, Anexo V, E/C.12/1999/11.

²⁶⁴ En noviembre de 2004 el Consejo de la FAO aprobó las “directrices voluntarias” para poner en práctica el derecho a una alimentación adecuada. Giuliano Pucci, un asesor jurídico de la FAO, ha comentado demagógicamente estas directrices diciendo que son un instrumento práctico que “permitirá a los pobres y los hambrientos reclamar sus derechos”, lo cual es inexacto. En efecto, si se reconoce que la alimentación es un derecho, las normas que lo consagran tienen que ser de cumplimiento obligatorio y no voluntarias. Con directrices voluntarias se queda en el terreno de los buenos deseos, de principios morales, no de obligaciones, que son el elemento distintivo de las normas jurídicas, en www.fao.org/newsroom/en/news/2004/51653. Véanse las *directrices voluntarias* en Naciones Unidas, E/CN.4/2005/131 de 28 de febrero de 2005.

cuada, se dice: “el derecho a una alimentación adecuada es de importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos. Este derecho se aplica a todas las personas”²⁶⁵.

En la Observación General No. 3 (1990), el Comité se pronunció acerca de la naturaleza de las obligaciones de los Estados partes que derivan del artículo 2, párrafo 1 del Pacto²⁶⁶. Entre otras cosas se dijo que la adopción de medidas legislativas no agota de manera alguna las obligaciones de los Estados partes (párr. 4), pues hay que dar a la expresión “por todos los medios apropiados”, todo el sentido que ella tiene; que entre las medidas apropiadas deberían preverse recursos judiciales para hacer valer derechos consagrados en el Pacto que son de aplicación inmediata (arts. 3, 7.a.i, 8, 10.3, 13.2.a, 13.3, 13.4 y 15.3) (párr. 5). Se dijo también que el hecho de que los Estados tengan una obligación de resultado (“adoptar medidas... para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”) no quiere decir que los Estados no tengan obligaciones inmediatas en el sentido de actuar con rapidez y eficacia para alcanzar los objetivos enunciados en el Pacto, y que toda medida deliberadamente regresiva debe ser examinada con el mayor cuidado.

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

En la Observación General No. 9 (1998), el Comité se pronunció acerca de la aplicación del Pacto en el ámbito nacional²⁶⁷ precisando los alcances de la Observación No. 3 y dijo, entre otras cosas, que a los derechos económicos sociales y culturales es aplicable el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (recurso efectivo), y que si bien el Pacto no contiene ninguna disposición similar al párrafo 3 b) del artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (recurso jurisdiccional) los “medios apropiados” de que habla el artículo 2 del Pacto de Derechos Económicos, *pueden resultar*

²⁶⁵ Véase también el informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos señor Jean Ziegler sobre el derecho a la alimentación, Naciones Unidas, E/CN.4/2001/53 de 7 de febrero de 2001, quien establece la relación entre los instrumentos internacionales de derechos humanos y el derecho a una alimentación adecuada. En su informe de 2005 (E/CN.4/2005/47) se detuvo sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados, con relación del derecho a la alimentación, de respetar, de proteger y de promover, y recomendó que los gobiernos deberían abstenerse de aplicar políticas o programas que puedan tener efectos negativos sobre el derecho a la alimentación de personas que viven fuera de su territorio.

²⁶⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Informe del quinto periodo de sesiones, Anexo III, E/C.12/1990/8.

²⁶⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Informe del 18 y 19 periodos de sesiones, Anexo IV, E/C.12/1998/26.

inoperantes si no están completados por recursos jurisdiccionales (párrafo 3 de la Observación General No. 9). (Énfasis agregado)

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS SOCIEDADES TRANSNACIONALES Y DE SUS DIRIGENTES²⁶⁸

¿Qué es mayor delito: asaltar un Banco o fundar un Banco?

Bertold Brecht, *La ópera de dos centavos*

Cheriff Bassiouni dice que hay cinco etapas sucesivas en la evolución de los derechos humanos: 1) enunciativa (la emergencia de ciertos valores comunes percibidos internacionalmente); 2) declarativa (la declaración en un documento o instrumento internacional de ciertos intereses o derechos humanos identificados como tales); 3) prescriptiva (la articulación de dichos derechos en instrumentos internacionales (generales o específicos) o en convenciones vinculantes; 4) de aplicación (búsqueda o desarrollo de formas de aplicación), y 5) de criminalización (desarrollo de prescripciones penales internacionales destinadas a la protección de dichos derechos contra su eventual violación)²⁶⁹.

En el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, las normas existentes se han revelado insuficientes para garantizar su goce. Hay pues que seguir avanzando en la etapa de aplicación (aprobación de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, códigos de conducta obligatorios, etc.) y entrar en la etapa de la criminalización.

La teoría penal deberá determinar en qué casos las diferentes conductas prohibidas en la esfera que nos ocupa constituyen delitos de lesión o delitos de peligro, cuándo hay culpa y cuándo hay dolo. Como su nombre lo indica, los delitos de lesión requieren que se produzca un daño en el bien jurídico protegido. En cambio, en los delitos de peligro basta el riesgo de lesión. "Por

²⁶⁸ Sobre este tema puede consultarse Binda P. Sahni, *Transnational Corporate Liability: Liability for Human Injury*, Cameron May (ed.), *International Law Publishers*, London, 2006. Se trata de un enfoque jurídico muy completo, donde se analiza la legislación y la jurisprudencia en distintos países y temas tales como la responsabilidad civil y penal de las sociedades transnacionales, su responsabilidad ante las jurisdicciones nacionales, los códigos de conducta internacionales, la responsabilidad criminal transnacional, el "forum non conveniens", la "personalidad corporativa", la aplicación del derecho internacional público a los conflictos privados, la aplicación del derecho constitucional a la vida a las violaciones de los derechos humanos, la responsabilidad de las STN por las violaciones de los derechos humanos en el marco de la *Alien Tort Claims Act*, etc. La autora dice que la esfera de influencia de las STN está en constante expansión, ocupando un amplio terreno, desde el comercio hasta los campos de batalla, y marchando sobre la delgada línea que separa el interés corporativo del interés público. Las STN y sus subsidiarias ocasionan daños a los seres humanos y al medioambiente, pero a pesar de su poderío no deben estar por encima de la ley.

²⁶⁹ Cheriff Bassiouni, *International Criminal Law and Human Rights*, Transnational Publishers, New York, vol. I, pp. 16 y 17.

peligro debe entenderse un anormal estado antijurídico en el que, para un juicio conforme a la experiencia, la producción del daño aparece como probable, según las concretas circunstancias existentes y la posibilidad del mismo resulta obvia²⁷⁰. Por ejemplo, la experiencia reiterada indica que las políticas de ajuste impuestas por el Fondo Monetario Internacional provocan el empeoramiento de las condiciones de vida de amplios sectores de la población, es decir, la violación de sus derechos económicos, sociales y culturales, que son bienes jurídicos protegidos por normas nacionales e internacionales.

Existen también en este ámbito los llamados delitos de peligro abstracto “cuyo merecimiento de pena viene dado ya por la peligrosidad general de una acción para determinados bienes jurídicos”²⁷¹. Podría ser la instalación de una industria (o el depósito de sustancias contaminantes) sin que se adopten las medidas apropiadas para evitar efectos contaminantes en la naturaleza y en la población circundante. El delito quedaría configurado por el sólo hecho de no adoptar las medidas apropiadas, sin que sea necesario que se produzca efectivamente el daño. En todo caso, tales conductas implicarán siempre, por lo menos, la “producción de un estado de cosas capaz de desencadenar otro curso causal de hechos considerados directamente dañosos”²⁷², y quienes produzcan ese “estado de cosas”, aunque no deseen el resultado dañoso y esperen infundadamente que no se producirá, habrán previsto dicho resultado, incurriendo así en culpa penal. O lo que es más probable, habrá prevalecido en la conducta de los autores la motivación egoísta, resultándoles indiferente el resultado dañoso previsible, ingresando así en el ámbito del dolo penal.

La finalidad de incriminar tales conductas violatorias de los derechos económicos, sociales y culturales es, además de sancionar al infractor, prevenir, por un lado, su reiteración (prevención general) y, por el otro, como ya decía Romagnosi en 1857 en su *Genesis del diritto penale*, evitar “el efecto destructivo del cuerpo social que tendría la impunidad”.

López-Rey y Arrojo dice:

Mientras que al delincuente contra la propiedad suele considerársele un marginado y como un problema individual frente al orden social, el delincuente económico, por el contrario, ni es marginado ni se enfrenta individualmente con el sistema, al que, por otra parte, pertenece, pues en efecto, los delincuentes pertenecientes a grupos socioeconómicos superiores no son ni mucho menos marginados sino aceptados o tolerados²⁷³.

²⁷⁰ Hans Heinrich Jeschek, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, 4 edición. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, España, 1993, p. 238.

²⁷¹ Idem.

²⁷² David Baigún, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 20.

²⁷³ López-Rey y Arrojo, *Criminalidad y abuso de poder*, Tecnos, Madrid, 1983.

De esta manera, la estadística criminal da una imagen totalmente distorsionada de la realidad, pues en ella aparecen los pequeños delincuentes que llenan las prisiones pero omite a los grandes delincuentes que continúan al frente de grandes sociedades y consorcios financieros, u ocupando importantes cargos públicos.

Alessandro Baratta ha escrito:

Como se ha visto, esto no quiere de ninguna manera decir que las conductas transgresoras se concentran efectivamente en la clase proletaria y en los delitos contra la propiedad. Incluso la criminología liberal demuestra, por el contrario, con las investigaciones acerca de la cifra negra sobre la criminalidad de cuello blanco y sobre la criminalidad política, que el comportamiento “criminal” existe en todas las clases sociales, que la nocividad social de las formas de criminalidad propias de la clase dominante y ampliamente inmune, es mucho más grave que la de toda la criminalidad efectivamente perseguida. Por otra parte, el sistema de inmunidades y de criminalización selectiva corresponde al estado de las relaciones de poder entre las clases, de manera de ofrecer por un lado un salvoconducto más o menos amplio a las prácticas ilegales de los grupos dominantes cuando atacan los intereses y los derechos de las clases subalternas o de las naciones más débiles y, por el otro... con un estrechamiento más o menos riguroso de la esfera de acción política de los movimientos de emancipación social²⁷⁴.

Se debe, entonces, por un lado, establecer un nexo indisoluble entre el desconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales y la violación de los derechos fundamentales civiles y políticos (la tantas veces invocada “indivisibilidad”) y, por el otro, ampliar la esfera de la criminalidad económica, según la conciben, con diferentes enfoques, los especialistas en derecho penal económico (preservación del orden económico, preservación del orden económico social, protección de intereses supraindividuales o individuales, etc.)²⁷⁵.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dijo, entre otras cosas, ante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993):

²⁷⁴ Alessandro Baratta, *Criminologie critique et critique du droit pénal, introduction à la sociologie juridico-pénale*, Cahier núm. 14, Ecole de Criminologie de l'Université de Montréal, 1983, pp. 207 y 208. Edición en español: *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Edit. Siglo XXI, México, 1986.

²⁷⁵ Véase Alejandro Teitelbaum, Prevención y sanción de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y al derecho al desarrollo: el problema de la impunidad (documento de trabajo), Capítulo 2, en *Prevención y sanción de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y al derecho al desarrollo: el problema de la impunidad*. Actas de los seminarios organizados en Ginebra en la sede de las Naciones Unidas en noviembre de 1996, y en Madrid, en la Universidad Carlos III, en abril de 1997. Publicación de la Asociación Americana de Juristas y del Centre Europe-Tiers Monde, Ginebra, 1998.

La triste realidad, en la que es preciso situar ese reto, es que los gobiernos y la comunidad internacional entera siguen tolerando con excesiva frecuencia grados de violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales que, si se aplicaran a los derechos civiles y políticos, provocarían expresiones de horror y ultraje y harían que se hicieran llamamientos concertados para que se tomaran inmediatamente medidas correctivas. En efecto, pese a toda la retórica, las violaciones de los derechos civiles y políticos se siguen tratando como si fueran mucho más graves y evidentemente más intolerables que las denegaciones masivas y directas de los derechos económicos y sociales²⁷⁶.

Cabría agregar que la discriminación en desventaja de los derechos económicos, sociales y culturales es el resultado de una escisión artificial entre ambas categorías de derechos, que no sólo son interdependientes, como se suele decir, sino inescindibles²⁷⁷.

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

En el derecho interno, además de las normas que protegen y garantizan el goce de los derechos humanos, suelen existir normas que sancionan delitos económicos que comportan, directa o indirectamente, la violación de los derechos económicos, sociales y culturales de la población, como la malversación de los caudales públicos, las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, la corrupción, el enriquecimiento ilícito de los funcionarios, las infracciones al régimen cambiario, etc.

En cuanto a la responsabilidad penal de las personas de derecho privado que violan derechos fundamentales consagrados en normas internacionales, se plantea la cuestión de si entidades de derecho privado pueden ser sujetos de obligaciones internacionales, si pueden cometer delitos internacionales y, en consecuencia, ser objeto de sanciones internacionales.

Se puede responder afirmativamente diciendo que en la actualidad se admite que los individuos (las personas privadas en general) son sujetos de derecho internacional, en el sentido limitado que se ha indicado en el Capítulo I.

²⁷⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Informe sobre el Séptimo periodo de sesiones, p. 86, párr. 5, E/C.12/1992/2.

²⁷⁷ Véase el apartado 1 de este Capítulo.

Más específicamente, en la materia que nos ocupa, cuando las actividades de las personas (físicas y jurídicas) de derecho privado son internacionales, pueden cometer delitos internacionales (delito transnacional, es decir, a través de las fronteras). Incluso cuando dichas actividades se desarrollan en un ámbito nacional sin trascender las fronteras, pueden dar lugar a la comisión de crímenes internacionales (delito de derecho internacional o crimen internacional). En efecto, para ser internacional, un delito requiere tener un elemento transnacional o internacional.

Un ejemplo de delito transnacional es el cometido en un país que produce sus efectos dañosos en otro, como la falsificación de moneda extranjera o la concertación entre un banco transnacional con sede en un país y una persona privada residente en otro país para cometer una maniobra financiera ilícita.

El elemento internacional se configura cuando la conducta delictiva afecta los intereses de la seguridad colectiva de la comunidad mundial (por ejemplo, guerra de agresión), o viola bienes jurídicos reconocidos como fundamentales por la comunidad internacional, como la vida, la integridad física, el derecho a la no discriminación, a la salud, etc. (crímenes contra la humanidad, genocidio, *apartheid*, tortura, etc.).

En las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales están generalmente presentes los dos elementos: el transnacional y el internacional y, en todo caso, por la calidad de los bienes jurídicos que afectan dichas violaciones (vida, integridad y dignidad humanas, etc.), y por su carácter masivo, el elemento internacional está invariablemente presente.

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

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

Los especialistas de derecho penal debaten el encuadre teórico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ante la existencia de lo que ya hace años se denomina el "corporate crime", que es la fuente de un ingente daño macrosocial²⁷⁸. Pues como dice Jeschek "el conocimiento del

²⁷⁸ David Baigún, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Depalma, Buenos Aires, junio, 2000.

efecto limitado de la política criminal en relación con el potencial total de las fuerzas sociales que generan la criminalidad no desvincula a la ciencia de reflexionar sobre el mejoramiento de la cuestión criminal”²⁷⁹.

Sutherland, en su ya citado *White collar crime*, detectó una serie de corporaciones “persistentemente criminales”. El profesor González Berendique, que lo cita, continúa diciendo: “Tal persistente conducta delictiva hace pensar que los cambios de directores, en la sucesión temporal, tuvieron escasa influencia en una línea directriz de persecución de ganancias por cualquier medio”²⁸⁰.

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

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas integrantes del órgano competente que, con su voto afirmativo o por omisión, contribuyeron a la adopción de la decisión o de las decisiones inculminadas. En el documento de trabajo del Sexto Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Caracas, 1980) dedicado al tema Delito y abuso de poder, se decía que las reuniones preparatorias habían recomendado el establecimiento del principio de la responsabilidad penal de la empresa, sin que ello excluyera la responsabilidad particular de sus funcionarios. Y en el 7 Congreso (Milán, 1985), en los Principios rectores en materia de prevención del delito y justicia penal en el contexto del desarrollo de un nuevo orden económico internacional se exhortaba a los Estados a tener debidamente en cuenta la necesidad de que respondan penalmente no sólo quienes actúan en nombre de una institución, sociedad anónima o empresa, o quienes desempeñan funciones directivas o ejecutivas, sino también la institución, sociedad anónima o empresa. La ley brasileña 9605 del 12 de febrero de 1998 sobre medioambiente dice: “La responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, autoras, coautoras o partícipes del mismo hecho”. Ya se ha señalado más arriba (apartado 1 de este Capítulo) que la Convención penal europea sobre la corrupción de 1999 establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Merecen un comentario particular las legislaciones nacionales que reprimen los trusts o monopolios, por su estrecha vinculación con el tema que nos ocupa.

²⁷⁹ Hans-Heinrich Jeschek, *La crisis de la política criminal, Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1980, p. 51.

²⁸⁰ Marco A. González Berendique, *Criminalidad económica. El delito como negocio*, Editorial Jurídica Ediar Conosur, Chile, sin fecha, pp. 132 133.

Una antigua ley argentina contra los monopolios sancionada en 1923 con el número 11210, decía en su artículo 2 que se consideran

actos de monopolio o tendientes a él y punibles por la ley, los que sin importar un progreso técnico ni un progreso económico aumentan arbitrariamente las propias ganancias de quien o quienes los ejecuten, sin proporción con el capital efectivamente empleado y los que dificulten a otras personas vivientes o jurídicas la libre concurrencia en la producción y en el comercio interno o en el comercio exterior.

Interesa destacar esta parte de la ley porque contiene un elemento constitutivo del tipo delictivo que debería integrar la definición del delito de violación de los derechos económicos, sociales y culturales: el de beneficios desproporcionados con grave perjuicio de terceros.

Aunque el bien jurídico protegido en las leyes antitrust es la libre competencia, el sujeto pasivo es el consumidor, la población, que puede llegar a sufrir graves perjuicios como consecuencia de los precios impuestos por los monopolios. Como dice Jiménez de Asúa, "...el público, el sujeto que consume... es quien inspira a la ley y anima su espíritu y voluntad"²⁸¹.

Comentando la *Sherman Antitrust Act* de 1890, la Corte Suprema de Estados Unidos decía en 1958 que la libre competencia tiene por consecuencia "la mejor distribución de los recursos económicos, los precios más bajos, la mejor calidad y un mayor progreso material..." (*Northern Pacific Ry Co. v. United States*, 356 U.S. 1.4, 1958)²⁸².

Por su parte, la *Restrictive Trade Practices Act* inglesa de 1956, en su artículo 21, establece la presunción, que admite prueba en contrario, de que la entente monopólica es contraria al interés público²⁸³.

Estas orientaciones antimonopólicas son un arma de doble filo, pues las invocan, en nombre de la libre concurrencia, quienes se proponen suprimir el monopolio estatal sobre los servicios públicos, para hacer entrar a éstos en la lógica del mercado y de la renta, en detrimento de los sectores económicamente más vulnerables de la población. Por otro lado, la "libre competencia" existe sólo en el discurso de las élites dirigentes, con el que pretenden ocultar la realidad de un sistema dominado totalmente por los grandes monopolios y oligopolios.

Además, hay actividades que realizan grandes sociedades transnacionales en el dominio privado que son formalmente legales, pero que se pueden

²⁸¹ Luis Jiménez de Asúa, El valor forense de la tipicidad y la interpretación de la ley penal 11210, en *El Criminalista*, tomo II, TEA, Buenos Aires, 1950, pp. 33 y ss.

²⁸² Robert Jones, Droit antitrust américain et droit européen de la concurrence: étude comparative, en *Revue du Marché Commun*, núm. 181, enero de 1975, pp. 20 y ss.

²⁸³ Charles Carabiber, *Trusts, cartels et ententes*, 2 edición, Paris, 1967, p. 82.

desarrollar en una zona gris donde es difícil distinguir si se trata de la utilización legítima de una estrategia en el mercado o del abuso del poder económico para controlar los precios, monopolizar el acceso a las materias primas, establecer precios abusivos de monopolio u óligopolio de ciertos productos, como hacen las transnacionales farmacéuticas con las patentes sobre los medicamentos, etc.²⁸⁴.

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

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

En efecto, se podrían dar múltiples ejemplos de casos en que las políticas económicas ultraliberales, cuya puesta en práctica parece ser el fruto de profundas convicciones, no son otra cosa que el medio de obtener enormes ganancias de manera ilícita, recibiendo sobornos o participaciones en negocios, y de hacer beneficiar de dichas políticas a los grupos económicos que rodean al poder político, todo ello en perjuicio del país y contra los derechos fundamentales de la población²⁸⁵. Las privatizaciones y desregulaciones, muchas veces se llevan a cabo en tales condiciones.

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

Algunas operaciones fueron simplemente simuladas. En ellas aparecían como deudores empresas privadas o individuos de ciertos países del Tercer Mundo, y como acreedores grandes bancos de los países desarrollados, es decir, que se asociaron para delinquir personas privadas del Tercer Mundo y grandes bancos transnacionales. Más tarde, esas deudas fueron "estatizadas" (en los países del Tercer Mundo se privatizan las empresas y los recursos nacionales, y se "estatizan" las deudas de los particulares), y ahora

²⁸⁴ Véase, al respecto, Klaus Tiedemann, *Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1985, pp. 59 y 60.

²⁸⁵ Eva Joly, *Notre affaire à tous*, Les Arènes, Paris, 2000.

los pueblos están pagando deudas contraídas por particulares incluso, entre ellas, deudas simuladas²⁸⁶.

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

Dada esa situación, y en caso de inexistencia o agotamiento de los recursos internos o de abandono por parte del Estado del ejercicio de sus facultades punitivas, debe abrirse la instancia internacional para examinar lo que pueden constituir violaciones de los derechos humanos consagradas en los instrumentos internacionales, es decir, un crimen internacional o crimen de derecho internacional. Y con más razón cuando el resultado dañoso se produce en un Estado como resultado de decisiones adoptadas en el territorio de otro Estado, como ocurre en muchas ocasiones en el caso de las sociedades transnacionales.

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

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

Hay que comenzar, pues, por definir o tipificar como delitos internacionales dichas conductas transgresoras. Si bien en el derecho internacional las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales no están definidas como delitos, el derecho penal internacional tiene un desarrollo considerable en lo que se refiere a la violación de los derechos civiles y políticos. Cherif Bassiouni enumera 22 categorías de crímenes

²⁸⁶ Eric Calcagno, *Los Bancos transnacionales y el endeudamiento externo en la Argentina*, Cuadernos de la Cepal, núm. 56, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1987; Gonzalo Biggs, *La crisis de la deuda latinoamericana frente a los precedentes históricos*, Grupo Editor Latinoamericano, Colección Estudios Internacionales, Buenos Aires, 1987; Eric Toussaint, *La Finance contre les Peuples. La Bourse ou la Vie*, 3 edición actualizada, noviembre, 2002 (CADTM); Alejandro Teitelbaum, documento presentado al Seminario Internacional sobre la deuda y las instituciones financieras internacionales frente al derecho internacional, organizado por el Comité por la anulación de la deuda del Tercer Mundo (CADTM), Bruselas, 10 y 11 de diciembre de 2001; Alejandro Teitelbaum, "Responsabilidad de las organizaciones financieras internacionales", ponencia presentada al V Seminario Internacional sobre el Derecho y la Deuda, organizado por el CADTM, Bruselas, octubre, 2005.

internacionales, definidos en el derecho internacional consuetudinario y en el derecho internacional convencional (322 instrumentos internacionales, en total, desde 1815 hasta 1984), algunos de ellos relacionados con actividades económicas que pueden dar por resultado la violación de derechos humanos²⁸⁷.

La preocupación por reparar la injusticia que significa la desigual distribución de las riquezas hasta provocar situaciones de hambre y miseria, y por sancionar a los responsables, existe desde la más remota antigüedad. En el año 386 antes de Cristo, los comerciantes de trigo de Atenas que habían comprado a los importadores una cantidad superior a la autorizada, con el fin de acaparar granos, fueron sometidos a proceso. Lisias, alegando ante el tribunal, pidió para ellos la pena de muerte, diciendo: “¿Cuándo obtienen más beneficios? Cuando el anuncio de un desastre les permite vender caro... Ellos se apoderan del trigo en los momentos en que hace más falta y se niegan a venderlo a fin de que no discutamos el precio...”²⁸⁸.

Más modernamente estas cuestiones siguieron preocupando a los especialistas: en el Primer Congreso Internacional sobre Prevención y Represión del Delito, celebrado en Londres en 1872, figuró el tema “medios de reprimir a los capitalistas delincuentes” (sic).

Los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas destinados a la elaboración de un Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, son una importante referencia para avanzar en la tipificación de los crímenes internacionales consistentes en la violación de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por ejemplo, el artículo 18 (texto de 1991) sobre la dominación colonial y otras formas de dominación extranjera, y los comentarios al mismo, formulados por los miembros de la Comisión en el 41 periodo de sesiones (1989). El texto del proyecto de artículo decía:

El que en calidad de dirigente o de organizador establezca o mantenga por la fuerza, u ordene que se establezca o mantenga por la fuerza, una dominación colonial o cualquier otra forma de dominación extranjera en violación del derecho a la libre determinación de los pueblos tal como está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...]²⁸⁹.

En uno de los comentarios formulados durante las sesiones se señaló que la segunda parte del artículo, que se refiere a “cualquier otra forma

²⁸⁷ Cheriff Bassiouni, *International Crimes, Introduction*, en *International Criminal Law*, ob. cit., vol. I, p. 135.

²⁸⁸ Lisia, *Orazioni, Frammenti, XXII (Contro i mercanti di grano)*, Biblioteca Universale Rizzoli, Bergamo, Italia, 1995, p. 225.

²⁸⁹ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43 periodo de sesiones. Documentos oficiales de la Asamblea General, Suplemento núm. 10, A/46/10, p. 265.

de dominación extranjera” está inspirada directamente en el párrafo 1 de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, del 14 de diciembre de 1960, que contiene la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales. El proyecto de artículo –continuaba el comentario– se refiere a toda ocupación o anexión extranjera y a cualquier privación del derecho de los pueblos a elegir libremente su sistema político, económico o social. El proyecto de artículo, se dijo en otro comentario, es más breve que el texto correspondiente de la resolución 1514 de la Asamblea General, pero tiene la ventaja de abarcar todos los tipos de dominación extranjera. En sus comentarios, algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional estimaron que en la dominación extranjera quedaba incluido el neocolonialismo, la explotación de los recursos naturales y de la riqueza de los pueblos, en violación de la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, del 14 de diciembre de 1962, acerca de la “soberanía permanente sobre los recursos naturales”²⁹⁰.

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

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

Sin embargo, siguiendo el criterio de la indisociabilidad de ambas categorías de derechos: civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales (véase apartado 1 de este Capítulo), no hay que excluir la posibilidad de invocar el artículo 7 (crímenes contra la humanidad) de dicho Estatuto, como sugiere Andrew Clapham, para intentar llevar ante la Corte Penal Internacional a las sociedades internacionales y a sus dirigentes²⁹¹.

Aunque también es cierto que las posibilidades de actuación de los particulares ante la Corte Penal Internacional son prácticamente nulas. En efecto, los particulares sólo pueden poner los hechos delictivos en conocimiento del fiscal, quien tendrá el exclusivo poder de decisión en cuanto a

²⁹⁰ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 41 período de sesiones. Documentos Oficiales de la Asamblea General, Suplemento R10, A/44/10, pp. 188 y 189.

²⁹¹ Véase el planteamiento de Clapham, al final del apartado 3.1 de este Capítulo, y la nota 288, sobre la posibilidad de llevar ante la Corte Penal Internacional a las sociedades transnacionales como asociaciones criminales.

promover o no una acción (arts. 15; 54, inc. 3, apart. b, y 53, inc. 1, apart. c²⁹² del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

Cabe agregar que las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, además de crímenes contra la humanidad, pueden configurar también el crimen de genocidio.

En el punto 6 de la sección IV de las Conclusiones del seminario celebrado en Celigny, Suiza (véase nota 26), se puede leer:

Es posible invocar ante los tribunales como derecho vigente el artículo 7 (crímenes contra la humanidad) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Roma 1998) contra los dirigentes de las sociedades transnacionales, en particular su inciso 1 apartado f): (tortura [que incluye los "otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", según la respectiva Convención]); inciso 1 apartado k): "Otros actos inhumanos... que causen grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física" e inciso 2 apartado b): [exterminación] "infligir intencionalmente condiciones de vida, inter alia, la privación del acceso a los alimentos y a las medicinas...".

También puede invocarse el artículo II, inciso c) de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio: "...sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial".

²⁹² El apartado 1 c) del artículo 53, es quizás la disposición más flagrante del Estatuto de la Corte Penal Internacional en cuanto al ejercicio arbitrario de la facultad del fiscal de iniciar una investigación e implica una contradicción manifiesta entre los objetivos proclamados en el Estatuto y su contenido real. Dicho apartado dice: "...Al decidir si se ha de iniciar una investigación, el fiscal tendrá en cuenta si... c) existen razones para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia". Y el apartado c) del párrafo 2 del mismo artículo dice: "El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen". De donde resulta que, según este inciso, un crimen puede ser grave y estar en juego los legítimos intereses de las víctimas y, sin embargo, su investigación no redundar en interés de la justicia. Si la justicia a que se refiere este inciso no es, como la definen algunos juristas y filósofos del derecho, la aplicación correcta de la norma, en este caso del Estatuto, que proclama en su preámbulo el objetivo de poner fin a la impunidad de los autores de crímenes graves ¿cuál es el sentido de la palabra justicia en este inciso, en cuyo interés el fiscal está autorizado a suspender la aplicación del mismo Estatuto y a no cumplir con los fines proclamados en él? Castigar al autor de un crimen y reconocer el derecho de la víctima a la reparación es coherente y compatible con la idea de justicia de los juristas y filósofos de todos los tiempos (no dañar a los demás, dar a cada uno lo suyo, actuar conforme a derecho, etc.), aunque dicha idea varíe y se preste a diferentes interpretaciones. De modo que el difuso "interés de la justicia", que en el inciso que comentamos autoriza a dejar impunes crímenes graves, se puede emparentar con el "espíritu del pueblo" del derecho penal nacionalsocialista alemán, es decir, con la aplicación arbitraria de la ley penal según la voluntad de quienes detentan el poder: las grandes potencias.

Ya la fiscal del Tribunal para Yugoslavia estableció un precedente al decidir no abrir una investigación, como le fue solicitado en varias denuncias presentadas por grupos de juristas, sobre los crímenes cometidos por la OTAN en la guerra contra Yugoslavia.

Estas normas internacionales podrían invocarse como derecho vigente ante los tribunales nacionales.

Algunos especialistas en derecho penal internacional dicen que las normas internacionales establecen “normas de comportamiento” que describen el acto prohibido pero no fijan la pena, en tanto que la norma de represión, que incrimina el comportamiento delictivo y establece la sanción, corresponde al derecho nacional²⁹³.

Este enfoque debe ser matizado, pues no parece ser neta la diferencia entre la descripción del acto prohibido en la norma internacional y la calificación del comportamiento delictivo en la legislación interna. Además, si la norma internacional donde figura el acto prohibido está incorporada al derecho interno, y éste no tiene prevista una pena para dicho acto, esa circunstancia no puede eximir al juzgador nacional de aplicar una pena, pues si no lo hace estaría incurriendo en denegación de justicia. El juez o tribunal nacional tendrá un amplio margen de apreciación para la determinación de la pena, en función de la gravedad del delito, dentro de los límites de las clases y los montos de penas establecidos en la legislación penal interna.

El principio *nulla poena sine lege* parece estar a salvo en ese caso a la luz del derecho penal internacional actual, que deja una amplia latitud a los jueces en cuanto al monto de la pena. El Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma establece (art. 77) que la pena consistirá en la reclusión por “un número determinado de años que no exceda de 30” o la “reclusión a perpetuidad”, y el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia (art. 24) sólo dice que la pena se limitará a la de prisión, tomando como referencia las penas de prisión aplicadas por los tribunales yugoslavos.

En la actualidad hay referencias extremadamente útiles para desarrollar la temática de los delitos internacionales consistentes en la violación de los derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos la existencia de una normatividad tendiente a la sanción penal de los daños al medioambiente. Hay una serie de elementos comunes o similares entre las actividades y políticas violatorias de los derechos económicos, sociales y culturales, y los delitos contra el medioambiente (que constituyen una violación del derecho humano a un medioambiente sano). En estos últimos delitos se trata también casi siempre de actividades económicas (industria, transporte, explotación de recursos naturales) cuyo resultado dañoso es producto de la negligencia culpable del sujeto activo, que opta por no tomar las medidas destinadas a proteger al ecosistema a fin de no disminuir sus márgenes de beneficio. Las normas penales que incriminan los daños al medioambiente están básicamente destinadas a proteger el equilibrio ecológico, es

²⁹³ André Huet y Renée Koering-Joulin, *Droit pénal international*, Presses Universitaires de France, 1993, párrs. 58 y ss.

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

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

La finalidad de la pena en los delitos contra el medioambiente es disuadir conductas particularmente dañosas para la sociedad. La Convención Internacional para la prevención de la contaminación proveniente de navíos, vigente desde 1983, establece que las penas que establezcan los Estados partes deberán ser suficientemente severas como para desalentar las violaciones a la Convención. La severidad de las penas tiende, por ejemplo, a evitar que a las empresas les resulte menos gravoso pagar una multa que hacer los gastos necesarios para evitar efectos contaminantes. Estas penas pueden incluir la prisión para los infractores individuales y para los representantes de las empresas infractoras²⁹⁴.

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

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas había incluido en 1989 los atentados contra el medio humano en el artículo 14 de su Proyecto de Código de crímenes contra la humanidad y, en el artículo 19 *d* de su proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, aprobado en primera lectura en 1996, la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares²⁹⁵.

²⁹⁴ Stephen McCaffrey, *Crimes Against the Environment*, en *International Criminal Law*, Cheriff Bassiouni (ed.), vol. I, pp. 541 a 561.

²⁹⁵ Sobre el artículo 14 del Proyecto de Código de Crímenes véase, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 41 período de sesiones, documentos oficiales de

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

En tal sentido, fue expresado por la querrela que ese delito habría constituido y lo seguiría haciendo, el eje y el símbolo del complejo de ilícitos que fueran descritos en la presentación mentada que encabeza estos obrados; como ser: la asociación ilícita entre los imputados de rango político o militar superior, para cometer los delitos de secuestro agravado, aplicación de tormentos, homicidio y desaparición forzada de personas en el territorio de los países involucrados y mediante el uso criminal del aparato del Estado respectivo; la presunta asociación ilícita sería la denominada Operación Cóndor... Y por último, se hizo mención en el escrito de querrela inicial, en este orden de ideas, a *la existencia de una conspiración contra el derecho de autodeterminación de cada uno de los pueblos de los Estados parte, privando a éstos de sus riquezas naturales, desmantelando sus estructuras productivas y obligándolos a un endeudamiento que se paga con la exclusión social, nueva forma de desaparición del mundo del trabajo, la salud y la cultura* (énfasis agregado)²⁹⁶.

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

Pero a mediados de 2002 Estados Unidos y el Fondo Monetario Internacional exigieron y obtuvieron del gobierno argentino la derogación de dicha ley como condición previa para otorgar ayuda financiera al país, en situación de crisis profunda precisamente a raíz de las actividades de las elites eco-

la Asamblea General, Suplemento núm. 10, A/44/10, 1989, pp. 169 y 170, y sobre el artículo 19 d de la Responsabilidad de los Estados véase el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48 periodo de sesiones, documentos oficiales de la Asamblea General, Suplemento núm. 10, A/51/10, 1996, pp. 140 y 141. En 2001, en su 53 periodo de sesiones, la Comisión de Derecho Internacional aprobó definitivamente el proyecto sobre responsabilidad de los Estados y lo envió a la Asamblea General.

²⁹⁶ Causa núm. 13.445/1999, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal núm. 7 de la ciudad de Buenos Aires.

nómicas y políticas nacionales, y de las elites económicas transnacionales (amparadas primero por las dictaduras militares y luego por los sucesivos gobiernos civiles) que se denuncian en el juicio citado y en otros iniciados más recientemente, sobre la base de la mencionada ley. Estados Unidos y el Fondo Monetario Internacional quisieron garantizar la impunidad de los grandes delincuentes económicos. La presión ejercida por la institución financiera internacional para que se derogara esa ley llevó a un grupo de abogados argentinos a denunciar ante los Tribunales al representante del FMI, Ajoop Singh, por extorsión agravada.

LAS JURISDICCIONES COMPETENTES

Dada la ausencia de instancias internacionales que hagan directamente justiciables las actividades de las personas jurídicas privadas, las violaciones cometidas por aquéllas sólo pueden ser objeto en el plano internacional, a través de la responsabilidad subsidiaria de los Estados, de la actividad jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –previo paso por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos–, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Corte Internacional de Justicia²⁹⁷, esta última sólo accesible a los Estados, y de los tribunales arbitrales.

En 1998, la Organización de la Unidad Africana aprobó un Protocolo de creación de una Corte africana de derechos humanos y de los pueblos, Protocolo que entró en vigor en 2003. Pero en julio 2004 la Asamblea de la Unión Africana decidió que la Corte Africana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Justicia se integren en un solo tribunal, lo que no parece ser apropiado, dada la especificidad de las funciones propias de un tribunal que se ocupa de derechos humanos.

Las personas privadas, físicas y jurídicas, no pueden ser directamente denunciadas ante dichos tribunales. Y ante el Tribunal Penal Internacional creado en Roma en 1998 sólo pueden ser acusadas las personas físicas por violaciones de derechos humanos fundamentales pero que no incluyen las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por otra parte, las víctimas o sus representantes, o las organizaciones no gubernamentales, pueden formular denuncias ante el Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y ante los Comités de las principales convenciones internacionales, a fin de que dichos Comités hagan

²⁹⁷ La Corte Internacional de Justicia creó en 1993 una Sala ambiental. Ha dicho Lauterpacht que el principio *sic utere tuo ut alienum no laedas* (usa tus bienes de manera que no causes daños a los bienes ajenos), "no es menos aplicable a las relaciones entre los Estados que a las relaciones entre individuos; ...es uno de esos principios generales del derecho ...que la Corte Internacional de Justicia tiene que aplicar en virtud del artículo 38 de su Estatuto". Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1994, vol. II, 2a. parte, Capítulo V.

recomendaciones a los Estados denunciados. Existen además procedimientos establecidos en protocolos facultativos o en disposiciones facultativas incluidas en la mayoría de los instrumentos internacionales mencionados, que permiten denunciar a los Estados y pedir a los respectivos Comités resoluciones condenatorias. Pero este procedimiento sólo rige para los Estados que han aceptado someterse al mismo. A estos procedimientos se los llama “cuasijurisdiccionales” o “cuasicontenciosos”, pues carecen de la fuerza imperativa de una resolución judicial.

Este procedimiento formal de denuncias no existe por ahora para las violaciones de los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aunque tales violaciones se pueden poner informalmente en conocimiento de los miembros del Comité del Pacto. El Comité elaboró un proyecto de protocolo facultativo que presentó a la Comisión de Derechos Humanos en 1997. Existe un Grupo de Trabajo de la Comisión encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un proyecto de Protocolo, entre las cuales se halla el proyecto del Comité, que varios Estados consideraron una buena base de discusión. El Grupo, en su reunión de enero de 2005, encomendó a su presidenta que presentara en la reunión de 2006 un documento con elementos para la elaboración de un proyecto de protocolo. No se retuvo la propuesta de algunos Estados de pasar directamente a la redacción de un proyecto. La extrema lentitud del procedimiento se explica por la reticencia de algunos Estados a adoptar un protocolo, y la oposición abierta de Estados Unidos.

A fines de 2006, el Consejo de Derechos Humanos que reemplazó a la Comisión de Derechos Humanos no había resuelto aun qué mandatos de la disuelta Comisión va asumir. Pero, por el momento, están previstas reuniones en 2007 del Grupo de Trabajo que se ocupa de un proyecto de protocolo facultativo.

La Convención sobre los Derechos del Niño tampoco dispone de un procedimiento de denuncias, ni existen proyectos al respecto.

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

Excede los límites de este trabajo examinar las formas en que se puede promover la actividad jurisdiccional o cuasijurisdiccional en cada una de las distintas instancias internacionales y regionales, frente a actividades violatorias de los derechos humanos²⁹⁸.

²⁹⁸ Véase sobre este tema, Carlos Villán Durán, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2002.

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

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

Los recursos ante tribunales judiciales

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

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

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

el del domicilio de las víctimas, si es distinto del lugar donde se produjo el daño²⁹⁹. Cuál es la jurisdicción o las jurisdicciones competentes es un tema complejo, con vertientes jurídicas, económicas y políticas.

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

Por ejemplo, en Brasil contra Monsanto, por la utilización de soja transgénica violando el principio de precaución; ante tribunales de París por delitos financieros contra dirigentes de Eurotunnel (700.000 pequeños y medianos inversores estafados), y contra dirigentes de ELF (volatilización de enormes sumas de dinero, corrupción, financiamiento ilegal de partidos políticos), etc.

A principios de 2002 el Tribunal Superior de Río Negro, Argentina, condenó a la Banca Nazionale del Lavoro a restituir los fondos retenidos a los depositantes (el “corralito”), condena que hizo extensiva al grupo económico Gruppo Banca Nazionale del Lavoro Spa, debiendo entenderse por “grupo” a la casa matriz y sus filiales. Es decir, que la obligación de devolver los depósitos ilegalmente retenidos no alcanza sólo a la filial argentina, sino también a la casa matriz extranjera y a todas sus empresas subsidiarias, filiales bancarias u otras.

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

a) En los juicios por daños y perjuicios contra la Union Carbide por la catástrofe de Bhopal, los tribunales estadounidenses (decisión de primera instancia del juez Keenan del Distrito Sur de Nueva York del 12 de mayo de 1986, confirmada en apelación) optaron por aplicar el *forum non conveniens* (derecho del tribunal a rehusar su jurisdicción), criterio sostenido por la demandada y rechazado por los demandantes. Estos últimos alegaron, entre otras cosas, el riesgo del chantaje que podían ejercer las empresas sobre los países pobres deseosos de acoger las inversiones extranjeras, y la necesidad de que se reconociera la responsabilidad de la sociedad matriz, con sede en Estados Unidos. El juez Keenan, por su parte, estimó que mantener la competencia del tribunal estadounidense, “... sería otro ejemplo más de

²⁹⁹ Véase *Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional*, en Naciones Unidas, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, vol. II, 2 parte, Capítulo V, párr. 373, 1994, donde se hace mención a las diversas jurisdicciones que pueden ser competentes, en www.un.org/law/ilc

imperialismo, otra situación donde un soberano establecido infringiría sus reglas, estándares y valores sobre una nación en desarrollo” (¿convicción o hipocresía?). El proceso iniciado en la India contra Union Carbide terminó en 1989 con una transacción en la cual la demandada se comprometió al pago de una indemnización global a las víctimas de 470 millones de dólares, considerada ínfima, teniendo en cuenta que los afectados fueron centenares de miles de personas.

Como señala Binda P. Sahni en el capítulo 2 de su libro *Transnational Corporate Liability: Liability for Human Injury*³⁰⁰, el *forum non conveniens*, es un principio discrecional del *common law* que se utiliza frecuentemente para eludir o disminuir la responsabilidad de la casa matriz cuando ésta es objeto de una denuncia ante los tribunales de su domicilio principal a causa de actividades ilegítimas realizadas por una filial en el ámbito de otra jurisdicción nacional.

b) En noviembre de 1999 se inició ante el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York una acción penal contra la Union Carbide y su presidente Warren Anderson, en el marco de la *Aliens Tort Claims Act*, por haber actuado con manifiesta negligencia culpable impregnada de discriminación racial al instalar en la India una industria con normas de seguridad muy inferiores a las existentes en Estados Unidos, y ser previsible el desastre que produjo la muerte de millares de personas (Sajida Bano et al v. Union Carbide Corporation)³⁰¹. En agosto del 2000 el juez Keenan rechazó la demanda fundándose en que los acuerdos de 1989 cubrían todos los reclamos. En noviembre de 2001 el Tribunal de Apelación del Segundo distrito confirmó en parte la sentencia del juez Keenan, pero le reenvió la causa con relación a algunos de los reclamos de los actores. En 2003 el juez Keenan rechazó la demanda fundándose en la prescripción de las acciones. El Tribunal de Apelación confirmó en parte la sentencia pero indicó al juez que considerara los reclamos por daño a la propiedad y por la descontaminación del sitio a cargo de la Union Carbide, si el gobierno de la India no tenía objeción. En junio de 2004, la India envió un memorándum al juez Keenan, manifestando no tener objeción a que la Union Carbide procediera, a su cargo, a la descontaminación³⁰².

³⁰⁰ Binda P. Sahni, *Transnational Corporate Liability: Liability for Human Injury*, Cameron May (ed.), International Law Publishers, London, 2006 (véase nota 246)

³⁰¹ Véase Francisco Javier Zamora Cabot, Accidentes en masa y “forum non conveniens”: el caso Bhopal, en *La responsabilidad internacional. Aspectos de derecho internacional público y derecho internacional privado*. XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1989, Carlos Jiménez Piernas (ed.), Alicante, 1990. Véase también Ward Morehouse, *The Bhopal tragedy. Did Union Carbide Corporation commit crimes against humanity?*, en *Empresas transnacionales y derechos humanos*, Asociación Americana de Juristas, Centre Europe-Tiers Monde y Fundació Ficat Barcelona, Ginebra, julio, 2000, en www.cetim.ch/dos/stn.htm.

³⁰² Fuentes diversas, en particular S. Muralidhar, *Dateline Bhopal*, en núm. 544, December, 2004, *Elusive Justice*, a symposium on the Bhopal gas disaster after twenty years, en www.india-seminar.com/2004/544.htm

c) En el apartado 2, c) del Capítulo III hemos mencionado la denuncia presentada el 14 de marzo de 2002 ante la Corte del Distrito Federal de Alabama (Estados Unidos) contra la sociedad transnacional Drummond Company Inc., Drummond Ltd., y contra su dueño el estadounidense Garry Drummond, por su complicidad en el asesinato de líderes sindicales colombianos.

d) En el apartado 2, e) del mismo Capítulo aludimos al juicio ante el Distrito 212 de la Corte del Condado de Galveston, Texas, contra los fabricantes y utilizadores de un pesticida en las bananeras de Costa Rica, Honduras y Nicaragua.

e) En ese mismo apartado 2, e) citamos la causa iniciada en 1997, en el marco de la *Aliens Tort Claims Act* contra Unocal y Total por violaciones de los derechos humanos durante la construcción del oleoducto de Yadana, en Myanmar, en la que el juez Richard Páez dijo que las sociedades transnacionales y sus dirigentes pueden ser tenidos por responsables de violaciones al derecho internacional de los derechos humanos en países extranjeros, y que los tribunales estadounidenses tienen competencia para juzgar dichas violaciones. La transnacional francesa Total quedó excluida de la causa pero no la empresa estadounidense Unocal. La empresa Total sostuvo la incompetencia de jurisdicción *ratione personae* de los tribunales estadounidenses, y la Corte de Apelación del distrito de California aceptó dicha defensa, rechazando los argumentos de los denunciantes acerca de la presencia de subsidiarias de Total en Estados Unidos y de los vínculos con la empresa estadounidense Unocal en sus actividades ilícitas en Myanmar. La Corte de Apelación, en su veredicto, excluyó la aplicación de la ATCA en su interpretación amplia (véanse, más adelante, los apartados g y h), al contrario de la Corte de Apelaciones de Nueva York en el caso contra la Royal Dutch/Shell.

En diciembre de 2004 se llegó a un acuerdo extrajudicial en esa causa por el cual Unocal se comprometió a compensar a los demandantes por los daños sufridos³⁰³.

El anuncio de Unocal y Earth Rights International (ERI) sugiere que éste será el segundo caso en el que se alcance un acuerdo extrajudicial, que además podría crear un precedente para demandas contra otras grandes firmas petroleras, entre ellas una de ciudadanos indonesios de la provincia occidental de Aceh contra ExxonMobil, y otra contra Shell presentada por ciudadanos de la región nigeriana del delta del río Níger³⁰⁴.

³⁰³ Véase Ludovic Hennebel - CRIDHO, *L'affaire Total-UNOCAL en Birmanie jugé en Europe et aux Etats-Unis*, Working Paper, 2006/09, Université Catholique de Louvain, Faculté de Droit, Centre de Philosophie du Droit. Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme, en <http://cridho.cpdur.ucl.ac.be/Working%20papers/CRIDHO.WP.2006.09.pdf>. Es un estudio permenorizado, de 32 páginas, de este caso y sus antecedentes, en el que también se hace mención a otros juicios contra empresas transnacionales y a la aplicación de la ATCA en otros casos.

³⁰⁴ Fuentes: Interpress Service 5/01/05, y Center for Constitutional Rights, julio, 2003.

En razón de que la transnacional francesa Total quedó excluida de la causa ante los tribunales estadounidenses porque prosperó su defensa de incompetencia de jurisdicción, en agosto de 2002 se inició en Francia una causa contra el entonces presidente director general de Total, Thierry Desmarest, por los mismos hechos ocurridos en Myanmar, bajo la acusación de haber sometido a trabajos forzados al personal empleado en la construcción del gasoducto. Como el trabajo forzado no está incriminado en el Código Penal francés, los demandantes intentaron encuadrar los hechos en el delito de secuestro. El rocurador de la República sostuvo que no había lugar a un procedimiento penal, fundándose en la inexistencia del delito de trabajo forzado, y el Tribunal sostuvo que era aplicable la figura de secuestro.

En noviembre de 2005 se llegó a un acuerdo entre las partes, por el cual Total se comprometió a indemnizar a los ocho demandantes con una suma de 10.000 euros a cada uno, y éstos a cambio desistieron de la demanda. En el acuerdo constó que Total no reconocía su culpa ni su reponsabilidad. La causa penal siguió su curso y se terminó en junio de 2006 con un sobreseimiento, en el que la jueza dice que “la realidad de los hechos denunciados no puede ponerse en duda” pero, continúa, *el trabajo forzado, a pesar de los compromisos internacionales de Francia, no está incriminado en el derecho francés y no puede ser asimilado al secuestro*³⁰⁵.

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

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

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

Shell está acusada de tortura, detenciones arbitrarias, extorsión, ejecuciones extrajudiciales, trato cruel, inhumano y degradante.

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

³⁰⁵ Véase Hennebel, ob. cit.

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

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

El 25 de septiembre de 1998, el juez Kimba Wood dictaminó que la jurisdicción de los tribunales estadounidenses de Nueva York era apropiada pero que más lo era la de los tribunales de Gran Bretaña, por lo que decidió aceptar la defensa de *forum non conveniens*.

Sin embargo, el 15 de septiembre de 2000, la Corte de Apelaciones dictaminó que los tribunales de Nueva York eran competentes en el caso, pese a que los delitos imputados se cometieron en otra jurisdicción –los denunciantes no son residentes en Estados Unidos, y la empresa Shell tiene su sede principal en el Reino Unido–. Ésta es una aplicación amplia del principio de jurisdicción universal, basada en la ya mencionada *Alien Tort Claims Act*.

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

h) Los familiares de Ken Saro-Wiwa iniciaron una querrela contra Shell y contra Brian Anderson, ex gerente general de Shell Nigeria, subsidiaria de Royal Dutch/Shell. Los querellantes acusaron a la empresa transnacional de haber ayudado al régimen nigeriano de Sani Abacha a fabricar pruebas para un simulacro de juicio que llevó al patíbulo al líder ogoni y a sus compañeros. Los demandados pidieron que se rechazara la acción.

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

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

También se abrió la posibilidad de que Brian Anderson fuera querrellado por violación de la *Torture Victim Protection Act* (Ley para la Protección

de Víctimas de Tortura), la cual permitiría a las víctimas demandar a los imputados ante las cortes federales³⁰⁶.

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

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

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

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

Las primeras demandas contra individuos, en los años 1980-1990, fundadas en la ATCA, no dieron lugar a mayores controversias, pero las posteriores acciones judiciales contra corporaciones dieron lugar a una fuerte contraofensiva del sector privado, apoyada por el actual gobierno de Estados Unidos.

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

Ashcroft arguyó que la ATCA no podía ser aplicada para demandas civiles, y que la “ley de las naciones” a la que se refiere no incluye el derecho internacional humanitario ni ningún tratado firmado por Estados Unidos después de 1789. También destacó que el uso contemporáneo de la ATCA puede tener “graves consecuencias para nuestra actual guerra

³⁰⁶ Fuentes: Center for Constitutional Rights, cuyo equipo legal patrocina a los actores, junto con EarthRights International. Véase también www.derechos.org/nizkor/econ/shell28feb02 y www.earthrights.org/shell/appeal, UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs News on Nigeria, en http://www.irinnews.org/frontpage.asp?SelectRegion=West_Africa&SelectCountry=Nigeria

contra el terrorismo”, mediante demandas “contra nuestros aliados en esa guerra”, interfiriendo así con importantes intereses de la política exterior estadounidense.

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

Hasta ahora, la única sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en la que ésta se pronunció sobre los alcances de la ACTA es la de diciembre de 2004 en el caso *Sosa v Álvarez Machain*, y tuvo gran trascendencia, pues en el curso del proceso intervinieron y se pronunciaron empresas, varios gobiernos, organizaciones no gubernamentales, y dio incluso lugar a una interpelación en el Consejo Federal Suizo³⁰⁷.

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

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

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

³⁰⁷ La interpelación fue depositada por la consejera nacional Pia Hollenstein en el Consejo Nacional el 18 de marzo de 2004 a causa de que la Dirección de Derecho Internacional Público del Departamento Federal de Asuntos Extranjeros de Suiza firmó, junto con autoridades de Gran Bretaña y Australia, un “*amicus curie*” dirigido a la Corte Suprema de Estados Unidos en el marco de la causa “Álvarez Machain”, abogando por la aplicación restrictiva de la ATCA. Entre otras cosas, en la interpelación se decía que el “*amicus curie*” correspondía a las intenciones del gobierno de Bush y a los intereses de grupos económicos de Estados Unidos, contrariamente a muchas organizaciones internacionales y juristas que se ocupan del tema de la responsabilidad de las empresas frente a la sociedad. Véase la interpelación en http://search.parlament.ch/f/cv-geschaefte?gesch_id=20043145.

El Tribunal de Apelaciones del Noveno Distrito rechazó el alegato de los acusados, según el cual la ATCA sólo otorga autoridad jurisdiccional, y consideró que también confiere derechos jurídicos sustantivos (Tribunal de Apelaciones del 9 Distrito, 107F.3d 696, 1996 US App). El Tribunal declaró responsable a la DEA por el secuestro en el extranjero y ordenó la prosecución de la causa contra José Francisco Sosa.

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

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

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

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

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

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

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

Consideramos entonces que si bien hay algunas buenas razones para intentar procesos contra las sociedades transnacionales ante tribunales estadounidenses, los resultados de tales procesos son bastante azarosos.

Y no hay que olvidar que existen otros tribunales de justicia en el mundo además de los estadounidenses, ante los que también se pueden intentar

procesos contra las sociedades transnacionales, y no son pocos los que están en curso, ya sea invocando la competencia del tribunal donde se produjo el daño, el de la nacionalidad de las víctimas y aun la jurisdicción universal, donde ésta se aplica³⁰⁸.

La aplicación del principio de la *jurisdicción universal* permite atribuir competencia en estos casos a cualquier jurisdicción nacional.

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

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

Ya a mediados del siglo pasado se comenzaron a celebrar tratados y convenios internacionales para prevenir y sancionar los delitos internacionales, entre ellos contra la trata de esclavos, la trata de mujeres y niños, el tráfico de opio y otros estupefacientes, la piratería, etc. Después de la Segunda Guerra Mundial se extendió la noción de delitos internacionales a los crímenes de guerra, a los crímenes contra la paz y a los crímenes de lesa humanidad. Como resultado de ello, varios instrumentos internacionales contienen lo que podríamos denominar gérmenes de jurisdicción universal: la Convención contra el Genocidio (art. VI); la Convención contra la Tortura (arts. 5, 6 y 7) y la Convención contra el *apartheid* (art. V). También la Convención Americana para prevenir y sancionar la tortura contiene una disposición semejante (art. 12).

³⁰⁸ La red Oilwatch ha publicado en su boletín *Resistencia*, núm. 57, una lista y un resumen de los juicios en curso en diversas partes del mundo contra empresas petroleras. Véase http://www.oilwatch.org/index.php?option=com_content&task=view&id=158&Itemid=43&lang=

Estas excepciones al principio de territorialidad de aplicación de la ley penal, cada vez más numerosas, como parte de una tendencia hacia la protección internacional de los derechos humanos a través de asegurar el castigo de quienes violan los mismos, cualquiera sea el territorio donde se encuentren, se reflejan en numerosas legislaciones nacionales. El principio de jurisdicción universal, con amplitud diversa, figura en distintas legislaciones nacionales y surge de la interpretación de otras donde no está enunciado expresamente³⁰⁹.

Bélgica era el país más avanzado en dicha región, pues como parte de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y de los Protocolos adicionales I y II de 1977, dictó en 1993 una ley de aplicación de dichos convenios y protocolos, atribuyendo jurisdicción a sus tribunales para juzgar las infracciones, con independencia del lugar donde fueren cometidas, de la nacionalidad de los autores y de las víctimas. Una ley de 1999 extendió dicha jurisdicción universal al genocidio y a los crímenes contra la humanidad³¹⁰.

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

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

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

³⁰⁹ Una información amplia sobre la aplicación legislativa y jurisprudencial de la jurisdicción universal en varios países de Europa occidental puede encontrarse en www.redress.org/annex.

³¹⁰ Refiriéndonos a Bélgica decimos que era el país más avanzado de la región en la materia, porque como resultado de la presión de Estados Unidos –que lo amenazaba con boicotear el puerto de Amberes y hacer retirar la sede de la OTAN de territorio belga–, el 23 de abril de 2003 el anterior gobierno de Bélgica reformó la ley de competencia universal de 1993-1999, reduciendo considerablemente sus alcances, y el gobierno del primer ministro Verhofstadt, que asumió a mediados de 2003, procedió a su derogación el 2 de agosto de 2003. Existe ahora una fuerte ofensiva contra la jurisdicción universal encabezada por Estados Unidos que ya ha firmado convenios bilaterales con unos 50 países para asegurar la inmunidad de sus ciudadanos frente a la Corte Penal Internacional y a otras jurisdicciones nacionales fuera de Estados Unidos.

Andrew Clapham, en un documentado trabajo³¹¹, sostiene que se podría acusar a las sociedades transnacionales ante la Corte Penal Internacional, pese a que no prosperó en Roma la propuesta francesa apoyada por otros países y por una sola ONG, la Fundación Lelio Basso, de conferir jurisdicción a la Corte sobre las personas jurídicas. Clapham se basa en los antecedentes de la Ley 10 de diciembre de 1945 del Consejo Aliado de Control de Alemania (que autorizaba a enjuiciar a las asociaciones que el mismo Tribunal declarase criminales), y en lo establecido en el artículo 25 (Responsabilidad penal individual, inciso 3, apartado *d* del Estatuto de la Corte Penal Internacional), que se refiere a quien “contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”.

Dicho de manera muy sucinta, Clapham sostiene que las sociedades transnacionales podrían ser enjuiciadas ante la Corte Penal Internacional como asociaciones criminales.

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

Y tampoco es casual que la propuesta francesa no haya tenido el apoyo de las grandes ONG, muy activas en la Conferencia de Roma, y que finalmente no haya prosperado: no había que irritar a Estados Unidos tratando de encuadrar a las personas jurídicas –entre ellas a las sociedades transnacionales– en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Pero el planteo de Clapham merece ser estudiado cuidadosamente.

Parece haber un interés particular en algunos medios por estudiar la cuestión de la complicidad de las empresas transnacionales Y al parecer sólo la complicidad³¹².

La complicidad es una de las formas de participación criminal, pero no la única, definida en la doctrina y en la legislación desde hace bastante tiempo.

³¹¹ Andrew Clapham, *The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court*, en *Liability of Multinational Corporations Under International Law*, M. Kamminga y S. Zia-Zarifi (eds.), Kluwer Law International, La Haya, 2001.

³¹² En mayo de 2006 la Comisión Internacional de Juristas anunció la creación de un panel internacional de “eminentes juristas” con el objetivo de estudiar cuando las empresas pueden y deben ser consideradas responsables en tanto *cómplices* en crímenes internacionales. Comunicado de la CIJ: “Immediate Release. Expert Legal Panel begins work on Corporate Accountability for International Crimes. On 9 May 2006 the International Commission of Jurists (ICJ) launched its Expert Legal Panel on Corporate *Complicity* in International Crimes. The Panel, comprised of eight eminent lawyers from across the globe, will define and clarify when corporations can, and should be, held accountable for their involvement in international crimes such as torture, war crimes, crimes against humanity and genocide” (énfasis agregado).

Además, no queda claro por qué se manifiesta tanto interés en particular por la complicidad y no por otras formas de participación criminal, como por ejemplo la autoría y coautoría, la instigación, la participación necesaria, el encubrimiento, etc.

¿O es que se piensa que las empresas no pueden ser autores o instigadores de crímenes o delitos, y que a lo sumo pueden ser cómplices de los mismos? ¿O se intenta limitar la responsabilidad penal de las empresas a la sola complicidad, y crear así una suerte de fuero empresarial privilegiado en materia penal?

Dicho enfoque se opone al principio ampliamente admitido en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la de las personas que las representan (doble imputación), que incluye todas las formas de participación criminal y no sólo la complicidad.

Como se puede apreciar, si bien existen recursos judiciales contra las actividades violatorias de los derechos humanos por parte de las sociedades transnacionales, como tales recursos cuestionan de manera indirecta las raíces y la naturaleza misma del sistema económico dominante³¹³, las reacciones de éste van desde el rechazo total por parte de los directamente implicados y de los gobiernos que los respaldan, hasta las propuestas formuladas por distintas personas y organizaciones de establecer formas limitadas de control y de responsabilidad de las sociedades transnacionales que corresponden a la estrategia “gatopardista” de cambiar algo para que todo siga igual.

LA CUESTIÓN DE LA JERARQUÍA DE LAS NORMAS

Al abordar la cuestión del encuadre jurídico de las sociedades transnacionales se pone de manifiesto la diversidad, heterogeneidad, fragmentación y a veces contradicción de las normas vigentes de derecho internacional en diferentes esferas (por ejemplo, entre las normas de derecho comercial y las de derechos humanos), lo cual para algunos internacionalistas pone en peligro la fiabilidad y credibilidad del derecho internacional y plantea la necesidad de establecer cierta coherencia entre las normas con miras al objetivo, aún lejano, de codificar el derecho internacional³¹⁴.

³¹³ Las violaciones de los derechos humanos son inherentes a las actividades de las sociedades transnacionales, cuyo objetivo principal es obtener, por cualquier medio, el máximo beneficio.

³¹⁴ Véase Gerhard Haffner (miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas), *Los riesgos que plantea la fragmentación del derecho internacional*, en Plan de estudio de los temas que se recomienda inscribir en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión. Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 52 periodos de sesiones. Asamblea General, suplemento núm. 10, A/55/10. 2000. En su 54 periodo de sesiones, en 2002, la Comisión de

Hay tres formas de encarar el problema de la coherencia de las normas:

a) una que llamaríamos formal, distinguiendo entre norma específica y norma general, entre norma anterior y norma posterior, etc.;

b) otra que consistiría en lograr la coherencia haciendo converger a tres protagonistas: el poder público, el poder económico (sector privado) y la “sociedad civil”. La idea de reunir a los “actores sociales” (muy poderosos, relativamente poderosos y sin poder alguno) como el poder económico, el poder político y la “sociedad civil”, es una manera de renunciar al principio de la democracia representativa y participativa como espacio de diálogo y de confrontación de intereses divergentes y aún contradictorios, y de resolución de los conflictos. Y es también una manera de favorecer la consolidación de la hegemonía del poder económico. Sobre qué es sociedad civil véase el apartado 2 del Capítulo IV.

Esta idea, bastante difundida, de los “actores sociales”, tiene predicamento en algunos medios académicos. Después del coloquio de Friburgo que se menciona en el apartado 3 del Capítulo VI (véase nota 253), se publicaron unas “Conclusiones preliminares”, sobre las cuales hicimos llegar observaciones al director del Instituto universitario, en las cuales, entre otras cosas, decíamos:

...en todo el documento se habla de “actores civiles” (más poderosos, menos poderosos y sin poder alguno) y se olvida a los seres humanos, que “nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), quienes, como ciudadanos, deben hacer política, es decir ocuparse de las cosas de la “polis” en interés del conjunto de la comunidad, en un espíritu de solidaridad, por encima de los intereses particulares de los “actores civiles”. (Libertad, igualdad, política y solidaridad, son nociones olvidadas en las “Conclusiones...”).

c) la tercera forma de abordar la coherencia es establecerla sobre la base de una jerarquía de las normas, partiendo del principio de que los derechos del ser humano están en la cúspide de la pirámide normativa, como lo expresó claramente la opinión pública mundial al condenar la acción judicial de 39 transnacionales farmacéuticas contra África del Sur. Se popularizó la consigna “Por la primacía del derecho a la vida sobre las ganancias exorbitantes de las transnacionales farmacéuticas”.

Derecho Internacional incluyó el tema en su programa de trabajo y estableció un Grupo de Estudio. En el informe de 2005 de la CDI se dice que el Grupo de Estudio consideró que sus “trabajos debían incluir análisis críticos de la experiencia de la fragmentación en distintos órganos e instituciones internacionales, y debían producir un resultado que contribuyera a aportar soluciones a los jueces y funcionarios de la Administración que se enfrentaban a cuestiones como las obligaciones incompatibles o parcialmente coincidentes emanadas de fuentes jurídicas diferentes. Ello requeriría una descripción de los problemas reales en su contexto social”. Véase www.un.org/law/ilc

La presión de la opinión pública internacional fue tan grande, y la iniciativa de las 39 sociedades transnacionales fue tan torpe al invocar sus derechos patrimoniales sobre los medicamentos contra el sida en un continente como África, donde más de treinta millones de personas están infectadas y ya han muerto más de tres millones a causa de esa enfermedad, que las empresas desistieron del juicio.

Quizás el desistimiento de las empresas transnacionales tuvo también por finalidad, además de acallar la protesta pública internacional en ese caso particular, tratar de evitar que sectores cada vez más amplios de la opinión pública se planteen la cuestión de la primacía de los derechos humanos y del interés general sobre el interés privado.

Es el caso, por ejemplo, directamente relacionado con ese litigio, del lugar que ocupa el derecho de propiedad intelectual frente a los derechos humanos y al interés general. Véase en el Capítulo IV, el literal a) del apartado 3.

PERFECCIONAR LAS NORMAS EXISTENTES Y ESTABLECER OTRAS NUEVAS

Finalmente, para dotar a las sociedades transnacionales de un marco jurídico específico a sus particulares características y actividades (véase el apartado 4 del capítulo VI), debería abordarse la cuestión de completar las normas nacionales e internacionales:

a) Rescatando la noción de servicio público, especialmente en materia de salud, alimentación (incluida el agua potable)³¹⁵, educación, vivienda, comunicación e información en todas sus formas y soportes, y previniendo y prohibiendo la formación de oligopolios y monopolios privados en esas esferas.

b) reforzando los mecanismos de aplicación de los instrumentos específicos referidos a las sociedades transnacionales, como la Declaración de Principios Tripartita sobre las Empresas Transnacionales, y la Política Social aprobada por el Consejo de Administración de la OIT en 1977 (que en su enmienda de noviembre de 2000 se refiere a 30 Convenciones y 35

³¹⁵ Varios instrumentos internacionales –y también leyes nacionales– están reconociendo el derecho al agua potable de todas las personas: el Protocolo sobre el agua y la salud, aprobado en Londres en 1999, de la Convención de 1992 sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales; la Declaración de Madera, de 17 de abril de 1999, sobre la gestión sostenible de los recursos hídricos; el decreto de 20 de diciembre de 1996 de la comunidad flamenca, entre otros. Véase el documento de Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/2000/16 del 19 de julio de 2000, y la Observación General núm. 15, “El derecho al agua”, del 26 de noviembre de 2002 del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Véase también el Informe sobre el derecho a disponer de agua potable del relator especial señor Guise, de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU, Documento E/CN.4/Sub.2/2002/10 de 25 de junio 2002.

Recomendaciones de la OIT), y las Directrices de la OCDE (texto revisado en junio de 2000), aunque esta última sólo formula recomendaciones a las empresas.

c) Estableciendo códigos de conducta obligatorios para las sociedades transnacionales, como lo han reclamado en la Declaración y Programa de Acción del Foro del Milenio (Naciones Unidas, Nueva York, 26 de mayo del 2000, punto 2 de la Sección A de la Declaración) más de 1000 organizaciones no gubernamentales de 100 países. Dichos códigos de conducta deberían incluir la cuestión de la transferencia de tecnología.

d) Asimilando la violación de los derechos económicos, sociales y culturales a una violación, además de a la norma específica correspondiente, de los derechos humanos fundamentales. Por ejemplo, la falta de alojamiento es una violación del derecho a la vida privada, además de ser una violación de otros derechos fundamentales, y no adoptar medidas contra la extrema pobreza, o adoptar medidas que la generan, constituye un tratamiento inhumano o degradante, equivalente a la tortura; la privación de acceso a una alimentación adecuada o a los medicamentos esenciales comporta una violación de los derechos a la salud y a la vida, etc.

e) Extendiendo la tendencia actual a responsabilizar internacionalmente a las personas físicas (Estatuto de la Corte Penal Internacional y Tribunales “ad hoc” para Ruanda y para la ex Yugoslavia) a la responsabilidad internacional directa de las personas jurídicas privadas.

f) Los Estados que aún no lo han hecho, deberían incorporar a su legislación la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Debería universalizarse también el principio de la doble imputación, es decir, que las sociedades transnacionales son penalmente responsables por los crímenes y delitos que cometen, lo mismo que los dirigentes que aprueban, de conformidad con los estatutos de la sociedad y con su voto afirmativo o por omisión, las decisiones incriminadas.

El artículo 18 de la Convención Penal Europea sobre la corrupción (1999), que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el principio de la doble imputación, puede ser un modelo para seguir.

Las normas aplicables, tanto a las sociedades transnacionales como a los individuos, ya sea en calidad de autores, cómplices, instigadores, partícipes necesarios, etc., deberían ser las previstas en las legislaciones nacionales y en los instrumentos internacionales que describen o tipifican comportamientos violatorios de los derechos humanos.

Finalmente, debería estudiarse la posibilidad de crear un tribunal internacional para las sociedades transnacionales, inspirado en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, establecido en la Convención sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, diciembre de 1982).

UNA CUESTIÓN JURÍDICA ESENCIAL: LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS STN CON SUS FILIALES DE HECHO O DE DERECHO, Y CON SUS PROVEEDORES, SUBCONTRATISTAS Y LICENCIATARIOS³¹⁶

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

El principio de responsabilidad solidaria de las sociedades transnacionales es una cuestión esencial, teniendo en cuenta la práctica habitual –cada vez más extendida– de las STN de “externalizar los costos” y los riesgos, y las consiguientes responsabilidades –que asumen exclusivamente o casi exclusivamente los proveedores, los subcontratistas, los licenciarios y las filiales–, al mismo tiempo que las primeras obtienen ganancias exorbitantes.

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

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

Otra forma de externalizar los riesgos que practican las sociedades transnacionales es negándose a reconocer su responsabilidad ante los trabajadores de sus filiales cuando éstas quedan insolventes y dejan en la calle a su personal.

En las actividades financieras la externalización ha adquirido enormes dimensiones, por razones de costos y para transferir la responsabilidad jurídica. Este último aspecto parece preocupar al Banque des règlements internationaux (BRI) y al Comité de Basilea, que coordinan los esfuerzos de reglamentación internacional de las actividades financieras, y han establecido un panel de discusión (Outsourcing in Financial Services, agosto de 2004, BRI). Según un estudio realizado por la consultora Deloitte por encargo de la reserva Federal de Estados Unidos (FED), en cinco años po-

³¹⁶ Véase en el Capítulo I la jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas y de la Corte Suprema Argentina, notas 12, 13 y 14.

drían externalizarse (*offshore outsourcing*) 356 mil millones de dólares de la actividad de los servicios financieros (banco, seguros e inversiones).

La externalización en esta esfera consiste en subcontratar funciones con operadores técnicos que no están sometidos a control alguno. El Comité de Basilea ha propuesto nueve puntos tendientes a impedir que los grupos financieros eludan sus responsabilidades³¹⁷.

El principio de responsabilidad solidaria se aplica específicamente al derecho del trabajo cuando existe una relación entre empresas, una como empresa matriz y la otra como filial, o una como empresa contratante y la otra como proveedora, subcontratista o licenciataria. Véase por ejemplo el artículo 30 de la ley de contrato de trabajo de Argentina, los artículos 42 y 43 del Estatuto de los trabajadores de España, y los artículos 177 de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela y 21 de su Reglamento³¹⁸.

³¹⁷ Diario *Le Figaro économie*, 9/9/2004, p. XI.

³¹⁸ Artículo 30 de la ley argentina de contrato de trabajo (texto reformado conforme Ley 25013): "Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera que sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social..."

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

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

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

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

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

Artículo 43. Cesión de trabajadores.

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

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

3. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que

Esta responsabilidad de las sociedades transnacionales deriva del principio de responsabilidad colectiva o responsabilidad solidaria, incluso por omisión, de todos aquellos que participan de una manera u otra (acción colectiva) en la provocación de un daño, y hace nacer entre ellos una obligación solidaria. Su fundamento es que todo daño debe dar a la víctima derecho a la reparación que ésta puede reclamar a todos los responsables conjuntamente, o a uno o algunos de ellos y, si éstos son insolventes, al responsable solvente. Esta responsabilidad no se funda en la culpa sino en una obligación objetiva de garantía³¹⁹.

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

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Con este trabajo hemos querido dar una visión somera de algunos de los principales aspectos del sistema actual de dominación, explotación y alienación a escala planetaria, y mostrar la paradoja de una sociedad contemporánea en la que los progresos científicos y tecnológicos son deslumbrantes, pero donde las necesidades mínimas de buena parte de la población mundial permanecen insatisfechas, e inalcanzables sus legítimas aspiraciones materiales y espirituales, mientras una ínfima minoría ha confiscado el poder y acumula riquezas hasta la obscenidad.

preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

El artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela dice: la determinación definitiva de los beneficios de una empresa se hará atendiendo al concepto de unidad económica de la misma, aun en los casos en que ésta aparezca dividida en diferentes explotaciones o con personerías jurídicas distintas u organizada en diferentes departamentos, agencias o sucursales, para los cuales se lleve contabilidad separada. Y el artículo 21 de su Reglamento: Grupos de empresas. Los patronos que integren un grupo de empresas serán solidariamente responsables entre sí respecto de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores. Parágrafo primero: Se considerará que existe un grupo de empresas cuando éstas se encontraren sometidas a una administración o control común y constituyan una unidad económica de carácter permanente, con independencia de las diversas personas naturales o jurídicas que tuvieren a su cargo la explotación de las mismas. Parágrafo segundo: se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de un grupo de empresas cuando: a) existiere relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o cuando los accionistas con poder decisorio fueren comunes; b) las juntas administradoras u órganos de dirección involucrados estuvieren conformados, en proporción significativa, por las mismas personas; c) utilizaren una idéntica denominación, marca o emblema; o d) desarrollen en conjunto actividades que evidenciaren su integración.

³¹⁹ Véase Roberto Manuel López Cabana, La responsabilidad colectiva en el derecho civil argentino y en el derecho latinoamericano, en *Dalmacio Vélez Sársfield y el derecho latinoamericano*. Actas del Congreso Internacional celebrado en Roma, 17-19 de marzo de 1986. Publicación del Departamento di Storia e Teoria del Diritto della II Università di Roma. Cedam, Padua, 1991. Roberto Manuel López Cabana y N. L. Lloveras, La responsabilidad colectiva, *El Derecho*, tomo 48, revista jurídica argentina, p. 799.

El estado actual de desarrollo de las fuerzas productivas podría permitir estar vislumbrando el umbral de la sociedad que previó Marx hace un siglo y medio: el ser humano liberado de la necesidad, de los trabajos físicos y del trabajo alienado, y disponiendo de más tiempo libre para dedicarlo a su realización personal³²⁰.

Pero la tendencia actual es totalmente opuesta, y las elites político-económicas, con su cortejo de economistas, “politólogos” y otros especialistas³²¹, presentan como inevitables políticas sociales injustas, económicamente irracionales y ecológicamente letales.

Con el pretexto de combatir la crisis y la desocupación, y de “salvar” la seguridad social, en lugar de disminuir el tiempo de trabajo y de aumentar los salarios y las pensiones en función del aumento de la productividad, se congelan o disminuyen los salarios, se aumenta la jornada de trabajo, se introduce la “flexibilidad laboral” que se quiere hacer aceptar con el neologismo de la “flexiseguridad”, se aumenta la edad de la jubilación y se reducen las pensiones y jubilaciones. Y mientras se gasta cada vez más en armamentos y se reducen o se limitan los impuestos a las grandes ganancias (cuya magnitud astronómica a nivel de la elite más rica escapa al entendimiento común) se dice que no hay recursos para la salud pública, la vivienda popular decente y la educación³²².

Hemos dedicado un largo espacio a la exposición de las normas jurídicas existentes que consagran derechos humanos fundamentales, y a los procedimientos posibles para hacerlas valer, y también a los mecanismos jurídicos civiles y penales que podrían poner algún límite a los abusos del sistema. No porque pensemos que el derecho es *la* herramienta del cambio social, pero sí porque creemos que puede ser *una* herramienta de dicho cambio, sobre todo en el sentido de que, bien utilizada, puede ayudar a generar en la gente la conciencia de sus derechos.

Si bien la formulación del derecho es la obra del Estado como representante de las clases dominantes, el derecho vigente no es un simple producto

³²⁰ Véase Karl Marx, *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grundrisse). [Contradicción entre la base de la producción burguesa (medida del valor) y su propio desarrollo. Máquinas, etc.]*, 12 edición, Siglo XXI, tomo 2, 1989, pp. 227 y ss.

³²¹ “Ha sido suficientemente señalada la tendencia de la economía y de otras ciencias sociales a adaptarse a las necesidades y a la mentalidad de los miembros ricos de la comunidad”, John K. Galbraith, *Voyage dans le temps économique*, Editions du Seuil, Paris, 1995, pp. 114 y 115.

³²² “Estoy convencido que algunas de las cosas que se requieren urgentemente en el terreno práctico, tales como el control central de las inversiones y una distribución distinta de la renta, de manera tal de proporcionar un poder adquisitivo que garantice una salida al enorme producto potencial que permite la técnica moderna, tenderán también a producir un mejor tipo de sociedad... la técnica productiva ha alcanzado un tal nivel de perfección que ha hecho evidentes los defectos de la organización económica que siempre ha existido”. John Maynard Keynes, El dilema del socialismo moderno (Society for Socialist Inquiry), 13 de diciembre de 1931, en *L'assurdità dei sacrifici*, Manifestolibri, Roma, 1995.

de la voluntad de dichas clases, sino que refleja —dicho esquemáticamente— la relación de fuerzas entre las clases sociales en un momento histórico dado. Cuando la relación de fuerzas es más favorable para los grupos subordinados, se sancionan normas de signo positivo: la Declaración Universal de Derechos Humanos después de la Segunda Guerra Mundial, los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de Derechos Civiles y Políticos, y otros documentos internacionales relativos al nuevo orden económico mundial producidos en el momento de auge de los países del Tercer Mundo, la legislación laboral (que no es una simple concesión de las clases dominantes) en los periodos de mayor fuerza cuantitativa y cualitativa en la organización de los trabajadores, entre otros.

Cuando la relación de fuerzas es más desfavorable, como es el caso hoy en día, se produce una regresión en las normas, tanto penales, como civiles, laborales, etc. Pero aun en estas circunstancias, la invocación de ciertas normas jurídicas, y en particular punitivas para sancionar a los miembros de las elites económicas que violan derechos fundamentales de los seres humanos, tiene un valor educativo e ideológico (“despertar la alarma social”, dice Baratta) para señalar a las cabezas visibles de un sistema social injusto.

Sin embargo, “Despertar la alarma social” es necesario pero no suficiente. De lo que se trata es de que la gente conozca lo mejor posible en todos sus aspectos el sistema de poder vigente y su intrínseca injusticia, inhumanidad e irracionalidad, y de que cada individuo tome conciencia del lugar que ocupa en el mismo, lugar que para la inmensa mayoría de los seres humanos es el de víctima, aunque forme parte de las clases alienadas del consumismo.

Y que comprenda que la solución no es individual, defendiendo su “estatus” de consumidor³²³ o tratando de alcanzarlo (el espejismo de la “movilidad social”), sino que es colectiva, y que consiste en transformar radicalmente el sistema.

³²³ ...“Como esos bueyes gordos, ciegos, tranquilos, sordos, que pastan bajo el sol meneando el rabo”. Nicolás Guillén, *El son entero. Elegía a un soldado vivo*. En *Antología mayor, segunda edición*, editorial Huracán, La Habana, 1969.