Profesor Noah Novogrodsky
University of Wyoming College of Law

Defensa Lateral

Introducción

La defensa internacional de derechos humanos internacionales ha sido entendida tradicionalmente a la luz de las demandas de individuos o grupos contra el Estado. El reconocimiento de los individuos como titulares de derechos en el ámbito internacional tras la Segunda Guerra Mundial dio lugar a una era de creación de instituciones de derechos humanos para responder a los reclamos de personas afectadas. En un caso típico, un individuo o grupo privado de sus derechos demanda al Estado en un foro diseñado para conocer de esas reclamaciones, una clásica demanda vertical y uni-direccional. El Estado es siempre el acusado o demandado y aunque muchas instituciones son altamente deferentes hacia las prerrogativas soberanas del Estado, el modelo invita a los reclamantes afectados o peticionarios a buscar reparación material, compensación económica, o decisión declaratoria en una esfera que está fuera del control del Estado en cuestión. Desde la Corte Europea de Derechos humanos, hasta la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos del ICCPR, y los variados organismos de tratados de las Naciones Unidas, los Estados son acusados de violaciones en una red legalista de cortes, instituciones y órganos quasi-investigativos.[1] Las instituciones diseñadas para defender los derechos humanos internacionales se fundamentan en la premisa dual de que los Estados tienen obligaciones jurídicas con los seres humanos y que la infracción de garantías de derechos especificadas puede ser remediada en un foro que reconoce las responsabilidades del colectivo hacia una persona o personas.

[1] Rumania sola ha sido demandada en 14.000 casos en la Corte Europea de Derechos Humanos por personas Roma (gitanos) que enfrentan violencia y discriminación.

Hay una infinidad de problemas en el sistema global que enfrenta a los individuos contra Estados indiferentes: muchos sistemas, incluida la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se han desarrollado de forma esclerótica y tienen un proceso que causa demoras perjudiciales para los solicitantes; la falta de ejecución de las sentencias y el fracaso del monitoreo de la implementación traiciona rutinariamente la promesa de justicia, y el costo y pericia requeridos para efectivamente navegar muchos organismos internacionales disuade a muchos reclamantes que merecen ser escuchados.[2] La soberanía, como nota William Nifong, puede ser utilizada "a menudo" como un escudo "invocado por los países y líderes que buscan evitar escrutinio, condenación, y posible intervención de la comunidad internacional."[3] La deferencia excesiva hacia los Estados, está claro, frustra muchos de los principios de la promoción de derechos humanos.[4]

Pero igualmente problemático es el hecho que los Estados no son necesariamente los peores perpetradores. En un mundo en el cual las empresas negocian con líderes electos y no electos para remover regulaciones laborales nacionales, donde los contratistas de defensa disfrutan de impunidad respecto de los abusos cometidos en zonas de conflicto, y donde las empresas utilizan a su favor sus delegados en el gobierno incluso cuando la salud pública y la seguridad humana están comprometidas, la idea de que los abusos de derechos humanos son cometidos solamente por los Estados se encuentra gravemente obsoleta. Las empresas, diseñadas para entregar ganancias a sus accionistas, pueden restringir libertades fundamentales tal como lo hacen los Estados.[5] El Juez Breyer, en un

---

[2] Ver Charles R. Venator-Santiago, *The Changing Face of Justice: Access to the Inter-American System of Human Rights*, 3 Creighton Int'l & Comp. L.J. 116, 116 (2012); Rachel Slater, *Gender Violence or Violence against Women? The Treatment of Forced Marriage in the Special Court for Sierra Leone*, 13 Melbourne J. of Int'l Law 732, 773 (2012) (en el contexto del matrimonio forzado como un crimen de género, describe las similitudes de las obligaciones de actores estatales y no estatales); Laura M. Olson, *Practical Challenges of Implementing the Complementarity between International Humanitarian and Human Rights Law - Demonstrated by the Procedural Regulation of Internment in Non-international Armed Conflict*, 40 Case W. Res. J. Int'l L. 437, 450 (2009) (describe la asunción de que "los inviduos o grupos privados, i.e., actores no-estatales, no tienen la capacidad jurídica para violar").

[3] William R. Nifong, *Promises Past: Marcus Atilus Regulus and the Dialogue of Natural Law*, 49 Duke L.J. 1077, 1124 (2000).

[4] Peter R. Baehr, *BOOK REVIEW AND NOTE: Review Essays: Human Rights at the Millennium: Human Rights: Universality in Practice*, 95 A.J.I.L. 227, 230 (2001).

[5] Las empresas no son los únicos actores no-estatales que están obteniendo subjetividad jurídica en los años recientes; individuos (particularmente personas acusadas de violaciones al derecho humanitario), organizaciones internacionales y algunos grupos no-estatales, incluyendo al-Qaeda, son cada vez más el foco de demandas de derechos humanos.

alegato ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, señaló recientemente que sería apropiado referirse a los abusadores de derechos humanos de hoy como Pirates, Inc.. La observación del Juez Breyer coincide con el trabajo de académicos que están reconociendo que una aproximación exclusivamente centrada en Estados deja a actores transnacionales, tales como las empresas multinacionales, sin responsabilidad.[6]

Tradicionalmente, las entidades de negocios (como los individuos) no tenían capacidad jurídica en el derecho internacional y así eran invisibles a nivel mundial. Mientras esas entidades se mantuvieran principalmente dentro de un Estado, i.e., fueran constituidas, establecidas y activas ahí, ellas tenían un claro hogar y era ese Estado el que tenía el derecho a representarlas a nivel internacional. Sin embargo, en el periodo post-Segunda Guerra Mundial tres acontecimientos mayores alteraron esa situación: las entidades de negocios se volvieron más internacionales de manera que frecuentemente el "hogar" de ellas se volvió menos claro; ellas adquirieron derechos propios mediante tratados de manera que ellas se volvieron menos dependientes de la protección del Estado en el caso particular; y hoy las fuerzas de la globalización significan que la mala conducta corporativa puede ser expuesta y transmitida en tiempo real.

Nada de esto ha sido pasado por algo por una nueva generación de defensores de derechos humanos que están utilizando innovadoras herramientas para defender derechos, avergonzar a abusadores empresariales y articular nuevas medidas de socorro. Aunque los cambios institucionales han emergido lentamente, el campo del derecho internacional de los derechos humanos está siendo moldeado cada vez más por actores no-estatales que entablan demandas contra otras entidades no-estatales, principalmente empresas.[7] Este paper explora ejemplos de defensa horizontal (y ocasionalmente diagonal) que rearticulan el rol del Estado y el propósito de la promoción de derechos humanos. Examinando la creciente tendencia de juicios directos contra empresas por abusos de derechos humanos, acciones medioambientales a nivel local y supranacional, y la lucha de activistas de SIDA

[6] Miriam Mafessanti, *Corporate Misbehavior and International Law: Are There Alternatives to "Complicity?"* 6 S.C. J. Int'l L. & Bus. 167, 180-181 (2010).

para obtener licencias forzadas para medicamentos para el VIH en Colombia –el Estado como foro, socio, y encargado del cumplimiento de las reglas– exploro si estamos siendo testigos de un cambio de paradigma en el campo de los derechos humanos y de un nuevo rol para el Estado como facilitador de la responsabilidad y socio en la realización de las garantías de derechos humanos.

i) El Estado como foro y facilitador

Los actores globales que se preocupan por los derechos humanos han examinado por bastante tiempo las actividades de las empresas de negocios, en particular de las empresas multinacionales (EMNs). Algunas organizaciones y ONGs han establecido como su propósito el exponer los varios tipos de actividad empresarial que tienen un impacto nocivo en el bienestar humano. Por lo general, estos grupos no critican abiertamente el capitalismo o el poder económico de las empresas, pero sí critican ciertos comportamientos empresariales por infringir normas claramente aceptadas del derecho de los derechos humanos basadas en tratados ratificados ampliamente y en la costumbre del derecho internacional.[8] Empezando en los años 90s, varias organizaciones de derechos humanos desarrollaron una metodología para evaluar las acciones de las MNCs utilizando el lenguaje y los estándares de los derechos humanos internacionales.[9]

Al mismo tiempo, los abogados de derechos humanos comenzaron a buscar maneras de traducir la crítica en acción jurídica. Como parte de esa iniciativa, los abogados han buscado usar los instrumentos existentes para corregir los abusos de derechos de las empresas, e inventar nuevas herramientas para obtener responsabilidad, desde la redacción de códigos de conducta hasta el estímulo mediante *soft law*, y la promoción de tratados internacionales todavía no adoptados. El problema de estos métodos es la

[7] *Ver* Alan Boyle and Christine Chinkin, The Making of International Law (Oxford University Press, 2007) 89 (enumera ejemplos de instrumentos de soft law que han sido promulgados por actores no-estatales).

[8] Steven R. Ratner, *Corporations and Human Right: A Theory of Legal Responsibility*, 111 Yale L.J. 443 (2001).

[9] Ver, *e.g.* Business and Human Rights Resource Centre, www.business-humanrights.org/Home.

incapacidad de conectar verdaderas obligaciones jurídicas a la infracción empresarial.[10] Incluso la conducta flagrantemente incorrecta, tal como la decisión de reabrir la fábrica de Bangladesh que colapsó en Abril de 2013, no es evitada mediante la auto-regulación de las empresas. Y a diferencia del espacio proveído por las comisiones nacionales o sub-nacionales de derechos humanos o las leyes que reconocen acciones para obtener indemnización contra actores estatales (en la medida que los perpetradores no son protegidos por inmunidad), no hay un obvio foro en el cual remediar las violaciones de derechos humanos cometidas por entidades de negocios.

Como consecuencia, los activistas de derechos humanos están acudiendo a las acciones de derecho público y privado que son capaces de generar indemnización económica. De la misma manera que una red de leyes, regulaciones y directivas controlan las actividades de las empresas relacionadas con el medioambiente, la anti-competencia, valores financieros, y sobornos, las empresas pueden ser sometidas al cumplimiento de los estándares de los derechos humanos. Y si bien la litigación privada puede ser una manera engorrosa de hacer cumplir esos deberes, las reclamaciones de derechos humanos presentadas ante tribunales familiarizados con demandados empresariales ofrecen una oportunidad real para sancionarlos.

El derecho de la empresa reconoce responsabilidad por una multitud de daños, la cual produce compensación económica que las empresas conocen bien. Las leyes sobre responsabilidad extra-contractual son casi universales; de acuerdo a la Comisión Internacional de Juristas "[e]n toda jurisdicción, pese a las diferencias en la terminología y la aproximación, un actor puede ser hecho responsable bajo el derecho de compensación civil si causa daño a otro mediante conducta negligente o intencional."[11] Asumiendo un adjudicador justo e imparcial, la compensación por daños a la vida o la libertad son parte del [derecho] público y privado alrededor del mundo. Cuando un país extranjero no tiene leyes de responsabilidad extra-contractual efectivas, entonces una excepción de política pública en la elección del derecho aplicable puede dar lugar a la aplicación de leyes de responsabilidad extra-contractual nacionales.

[10] Por cierto, los costos reputacionales de las violaciones a los derechos humanos son reales.
[11] www.icjcanada.org/fr/document/doc_2008-10_vol3.pdf

A riesgo de enfatizar infracciones jurídicas relativamente menores -procesar a Capones empresariales por evasión tributaria- los defensores que buscan que las empresas se responsabilicen por las violaciones de derechos humanos están descubriendo que tribunales primera vista neutrales pueden ser una plataforma de reparación. Desde esta perspectiva, el Estado facilita la acción jurídica horizontal entre dos entidades no-estatales y entrega un foro apropiado -si bien no diseñado para- la resolución de asuntos de derechos humanos.

Las ONGs han recién empezado a aprovechar el potencial de la defensa horizontal. Hazel Tau et al v. GlaxoSmith Kline, Boehringer Ingelheim et al[12] demuestra la eficacia de la acción directa de un actor no-estatal contra otro del mismo tipo en el contexto de un juicio antimonopolio ante la Comisión Nacional de Competencia de Sudáfrica. Ahí los demandantes, trabajando con Treatment Action Campaign, alegaron que las empresas había infringido el artículo 8(a) de la Ley de Competencia (Competition Act) de 1998 (de Sudáfrica) al cobrar precios excesivos por medicamentos antirretrovirales (ARVs) en perjuicio de los consumidores. Los demandantes acusaron que 'el precio excesivo de antirretrovirales es directamente responsable de las muertes prematuras, predecibles y evitables de personas que viven con VIH/SIDA, incluyendo niños y adultos.'[13] La Comisión de Competencia decidió a favor de los demandantes, aunque permitió a los demandados amortizar costos de desarrollo.[14]

Asimismo, en Abril de 2006, el drama jurídico en curso relativo a las actividades de Texaco/Chevron en Ecuador tomó un nuevo giro en *Doe v. Texaco,* cuando Cristobal Bonifaz entabló una segunda acción de clase contra Chevron, con nueve demandantes

[12] *Hazel Tau & Others* v. *GlaxoSmith Kline and Boehringer Ingelheim*, Competition Commission of SouthAfrica (2003).

[13] Ibid.

[14] La decisión de la Comisión promovió un acuerdo entre las partes de acuerdo al cual GlaxoSmithKline y Boehringer Ingelheim acordaron entregar licencias voluntariamente de sus medicamentos patentados a empresas genéricas a cambio de una regalía. El A*IDS Law Project*, actuando a nombre de *Treatment Action Campaign*, recientemente entabló otra queja ante la Comisión de Competencia de Sudáfrica para investigar la negativa de Merck y su subsidiaria sudafricana a permitir competencia suficiente para disminuir el precio de Efavirenz. Demandas similares contra empresas en el derecho doméstico y el uso de flexibilidades de patentes nacionales (tales como la oportunidad reconocida en India

identificados que sufren de cáncer o de riesgo mayor de cáncer atribuidos por ellos a la polución proveniente de las aguas contaminadas que Texaco produjo en Ecuador. La demanda estuvo basada en reclamos de enriquecimiento ilícito y violaciones de la Ley de Competencia Desleal de California (Unfair Competition Law); la demanda pretende obtener el desembolso de las ganancias ilícitas para construir servicios médicos en la impactada región en la cual los demandantes viven. La corte rechazó la demanda por falta de especificación de una pretensión conocible por la corte, pero le permitió a los demandantes corregir y presentar nuevamente la demanda. La demanda corregida también se basa en daños relacionados con cáncer y riesgo mayor de cáncer, pero no es una acción de clase y está basada en pretensiones de common law por negligencia, imposición intencional o temeraria de angustia emocional, y agresión con lesiones; ella busca reparación material en forma de un fideicomiso para establecer servicios médicos en la región afectada, o indemnización por daños y daños punitivos.[15]

Tal vez el foro más conocido para la litigación por violaciones de derechos humanos cometidas por empresas es la Ley de Reclamación por Agravios Contra Extranjeros (Alien Tort Claims Act). Aunque la Corte Suprema recientemente ha estado disminuyendo el alcance de la ley, esta se destaca por ser un modelo para la re-apropiación de ámbitos jurídicos originalmente establecidos para abordar asuntos distintos a los de derechos humanos. Bajo la ATCA, los extranjeros que alegan existencia de daño extra-contractual que viola el derecho de las naciones pueden iniciar un proceso en una corte federal de los Estados Unidos. El hito judicial de Doe v. Unocal Corp., 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002) encarnó el uso de la ley así como otras leyes estatales y federales (tales como la Ley de Organizaciones Influenciadas por Estafadores y Corruptas [Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act], 18 U.S.C. § 1961 et seq.) para vindicar pretensiones de derechos humanos. En Unocal, pobladores de Burmese alegaron que la compañía sometió directa o indirectamente a los demandantes a trabajo forzado, asesinato, violación y tortura cuando los demandantes construyeron un gasoducto en la región de Tenasserim. Al establecer que el demandado era potencialmente responsable,

a la oposición a las postulaciones a patentes antes de su otorgamiento o los procedimientos de Canadá para la exportación de medicinas genéricas) ofrecen vías adicionales para aumentar el acceso a medicamentos.

Unocal clarificó la teoría de ayuda y complicidad empresarial en atrazidades e incentivó docenas de otros juicios, incluyendo In re South African Apartheid Litigation, 346 F. Supp. 2d 538 (S.D.N.Y. 2004); Sarai v. Rio Tinto, 550 F.3d 822 (9th Cir. 2008); y Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc., 582 F.3d 244 (C.A. 2, 2009). Así, por casi una década después de Unocal, las cortes de los EE.UU. procedieron bajo la asunción de que la Ley sobre Agravios Contra Extranjeros puede proveer jurisdicción sobre empresas. Sin embargo, en Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 621 F.3d 111 (2d Cir. 2010), el Segundo Circuito sostuvo que las empresas no podían ser consideradas responsables por abusos de derechos humanos de acuerdo a la costumbre del derecho internacional, de manera que no había jurisdicción respecto de la materia bajo la ATCA. En la apelación ante la Corte Suprema, la mayoría argumentó que la presunción contra la extraterritorialidad se aplica a las reclamaciones bajo la ley de agravios contra extranjeros, y concluyó que nada en la ley refuta esa presunción. La concurrencia del Juez Breyer coincidió con la desestimación del caso por la mayoría, pero argumento que la ATS debería entregar "jurisdicción cuando (1) el daño alegado ocurre en suelo norteamericano, (2) el demandado es norteamericano, o (3) la conducta del demandado afecta sustancial y desfavorablemente un importante interés nacional norteamericano, y eso incluye un interés diferenciado en prevenir que los Estados Unidos se conviertan en un puerto seguro (libre de responsabilidad civil y penal) para un torturador u otro enemigo común de la humanidad." El Juez Kennedy escribió en su concurrencia de un párrafo que "[l]a opinión de la Corte es cuidadosa en dejar abierto un número de preguntas importantes en relación al alcance y la interpretación de la Ley de Agravios Contra Extranjeros. En mi opinión esa es una decisión correcta." El Juez Alito y el Juez Thomaz uniéndose a aquél declararon que "una putativa causa de acción de la ATS será alcanzada por la presunción contra la extraterritorialiedad –y por lo tanto será prohibida– a menos que la conducta doméstica sea suficiente para violar una norma internacional que satisfazga los requisitos de Sosa de precisión y aceptación entre las naciones

[15] Judith Kimerling, *Transnational Operations, Bi-National Injustice: ChevronTexaco and Indigenous Huaorani and Kichwa in the Amazon Rainforest in Equador*, 31 Am. Indian L. Rev. 445, 489-490 (2006/2007).

civilizadas."[16] Kiobel deja sin resolver la cuestión de la responsabilidad empresarial, y no impide que actores no-estatales demanden a empresas en otros contextos. Kiobel también parece crear estándares más estrictos para empresas de los EE.UU. que para sus contrapartes extranjeras (por el nexo territorial de la empresa). Un caso contra ExxonMobil en Indonesia, por ejemplo, puede proceder porque ExxonMobil "surgió de Standard Oil y actualmente tiene su oficina principal en Texas."[17]

Incluso si la litigación basada en la ATCA ha sido restringida fuertemente, la práctica consistente en recurrir a los foros jurídicos domésticos para buscar una solución a demandas de derechos humanos perdura. Un resultado posible será un interés renovado en la litigación de responsabilidad extra-contractual transnacional. Cuando las demandas de derechos humanos son articuladas como daños civiles intencionales, la tortura es re-definida como agresión y lesiones y la esclavitud se vuelve encarcelamiento falso. En vez de buscar una ley que condena la responsabilidad empresarial accesoria por crímenes de guerra, genocidio o crímenes contra la humanidad, una aproximación focalizada en la responsabilidad extra-contractual mira al caso como el producto de un comportamiento temerario o negligente, respecto del cual lo que importa es si el demandado sabía o debería haber sabido que su conducta causaría un daño. Para hacer esto, es aconsejable que los defensores de la responsabilidad empresarial se vuelvan expertos de la elección de fuero y del derecho comparado de la responsabilidad extra-contractual.

> En adelante, los abogados de derechos humanos deben considerar si los estándares de elección de fuero de los varios estados autorizarán la utilización de leyes sobre responsabilidad extra-contractual de otros estados o países. Eso significa hacer shopping de foros con vistas a la elección del derecho aplicable. ¿Es mejor demandar en una jurisdicción que utiliza el criterio de la "relación más

[16] *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum: Beyond the Alien Tort Statute—Broadly Extending the Presumption Against the Extraterritorial Reach of US Law*, JD Supra (Apr. 26, 2013) (Lexis-Nexis, News, Most Recent 90 Days); *Supreme Court Leaves Much Unclear In Opinion on Alien Tort Statute*, Inside U.S. Trade (Apr. 26, 2013) (Lexis-Nexis, News, Most Recent 90 Days).

[17] *Indonesians Sue ExxonMobil in US court; Villagers in Aceh Claim ExxonMobil is Responsible for Human Rights Abuses Committed by Indonesian Soldiers Guarding its Natural Gas Pipeline and Processing Facility*, GlobalPost: Beats (North America) (Apr. 26, 2013) (Lexis-Nexis, News, Most Recent 90 Days).

> significativa" (e.g., Texas, Florida), del "interés gubernamental" (e.g., Distrito de Columbia, California), de lex fori (e.g., Michigan, Kentucky), de lex loci delicti (e.g., Virginia, Maryland), de "la mejor ley" (e.g., Minnesota, New Hampshire), o una jurisdicción que adopta una aproximación ecléctica (e.g., New York, Pennsylvania).? Quien sabe, puesto que dependerá de los hechos de cada caso. En algunos casos (i.e., ataques terroristas en Israel), las leyes de responsabilidad extra-contractual extranjeras pueden ser preferibles que las leyes de responsabilidad extra-contractual estatales. En otros casos (i.e., tortura y asesinatos en Burma), las leyes de responsabilidad extra-contractual domésticas serán más deseables que las extranjeras.[18]

Conscientemente o no, los estados pueden invitar la litigación de derechos humanos mediante medios probados y no específicos. Es la tarea de los defensores el darle un nuevo propósito a los marcos existentes mientras preservan su viabilidad como órganos adjudicatorios para un rango de funciones.

ii) El Estado como Socio

Por largo tiempo los Estados han estado comprometidos a los intereses empresariales. En algunos contextos, incluyendo la negociación de tratados de comercio, las demandas de la comunidad empresarial son elevadas como doctrina. Es más, el símbolo duradero de la controversia de agua de Cochabamba, la chispa que generó la reacción de un movimiento social, fue la imagen del anterior President of Bolivia y el alcalde del pueblo bebiendo champaña con ejecutivos de Bechtel en la ceremonia de la firma del contracto que privatizaría el agua haciéndola no asequible para la mayoría de la población local.[19]

---

[18] Roger Alford, http://opiniojuris.org/2013/04/17/kiobel-instthe-death-of-the-ats-and-the-rise-of-transnational-tort-litigation/; ver también, www.law.uci.edu/lawreview

[19] William Finnegan, *Leasing the Rain*, The New Yorker (Apr. 8, 2002), http://www.newyorker.com/archive/2002/04/08/020408fa_FACT1; *ver también*, Leire Urkidi & Mariana Walter, *Dimensions of Environmental Justice in Anti-Gold Mining Movements in Latin America*, 42 Geoforum 683 (2011) (describe la confluencia de intereses empresariales y del gobierno local frente a los movimientos anti-minería).

Pero lo contrario es también verdad: los Estados pueden entregar recursos gubernamentales para apoyar los ideales de los derechos humanos. Colaboraciones estratégicas entre los funcionarios públicos y la comunidad de los derechos humanos puede resultar mutuamente beneficiosa y servir para desviar la crítica desde el Estado hacia los malhechores empresariales que merecen más responsabilidad inmediata. En ningún lugar este proceso es más marcado que en el campo de la justicia medioambiental. A lo largo de Latinoamérica, el medioambiente ha sido tanto un vehículo y un objetivo de la política de desacuerdos, influenciando la manera en que esa política es organizada y llevada a cabo y permitiendo intereses compartidos entre el Estado y extranjeros por un día [one-time outsiders]. Anthony Bebbington observa que "nuevas organizaciones de movimientos socio-medioambientales han emergido; nuevas (si bien difíciles) intersecciones entre el ecologismo y otros discursos han sido producidos; relaciones entre ecologistas han sido construidas dentro de la región y también con grupos más allá de Latinoamérica; nuevas organizaciones no-gubernmentales de megaconservación han emergido; etc."[20]

Considere Aguinda v. Chevron, el caso que enfrenta a los ecuatorianos de la región de Oriente contra Chevron, el sucesor en interés de Texaco. Desde principios de los años 60, Texaco/Chevron ha extraído petróleo desde las tierras bajas del este en Oriente con un fuerte costo medioambiental y humano. En 1993, una grupo de demandantes ecuatorianos demandaron en Nueva York a Texaco alegando una devastadora contaminación ambiental que había causado elevadas tasas de cáncer y defectos de nacimiento. El caso fue desestimado por forum non conveniens y repuesto en Ecuador. Después de que el Presidente Rafael Correa asumió el poder, el caso se aceleró en las cortes ecuatorianas, y finalmente dio como resultado una sentencia por $18 billones (una cifra que más tarde ascendió a $27 billones). Los demandantes han tratado de hacer cumplir la sentencia ecuatoriana en los EE.UU., donde han encontrado una fuerte oposición de Chevron.

[20] Anthony Bebbington, *Contesting Environmental Transformation: Political Ecologies and Environmentalisms in Latin America and the Caribbean*, 44 Latin American Research Review 177, 179 (2009).

El esfuerzo de cobrar en base a la sentencia y redistribuir las ganancias de Chevron a las comunidades afectadas ha unido al Estado y a la defensa de los demandantes bajo una causa común. De acuerdo a Chevron, el Presidente Correa ha ejercido presión sobre los jueces e investigadores en perjuicio de los intereses de la compañía. Chevron también acusa a Correa por realizar una visita a la antigua área de concesión con el fin de "verificar los impactos ambientales, sociales, y culturales causados por la explotación de hidrocarburos, en especial aquella de la compañía norteamericana Texaco," por referirse a la defensa de los demandantes como "compañeros," por ofrecer el soporte del gobierno a los demandantes, por comprometerse a ayudar a la recolección de evidencia y por pedirle al Fiscal General de Ecuador que acuse a las personas envueltas en el [Remediation Agreement and Final Act]. En el espiral de la retórica anti-Chevron de Correa, la compañía ha concluido que "los pulgares de la política están pesando fuertemente en las balanzas de la justicia."[21]

Más allá de si las acciones de Correa son o no benignas, es indiscutido que el apoyo post-sentencia del Estado ha impulsado a los demandantes a la acción, llevado la lucha a nuevas arenas y aumentado la presión sobre el demandado para que ofrezca reparación significativa. Algo muy parecido sucedió en el caso argentino del río Matanza/Riachuelo.[22] En Beatriz Silva et al. v. State of Argentina de Mendoza, los residentes del área de Matanza/Riachuelo entablaron una demanda argumentando que ellos habían sufrido daños debido a la contaminación del río. En Julio de 2008, la Corte emitió una decisión en la cual exigió tomar medidas al gobierno nacional, la Provincia de Buenos Aires, y la Ciudad de Buenos Aires, para mejorar la calidad de vida de los habitantes, remediar el daño ambiental y prevenir el daño futuro. La Corte estableció un plan de acción que requirió a la agencia gubernamental responsable por la cuenca Matanza/Riachuelo, ACUMAR, dar cumplimiento a medidas específicas, incluyendo: a) producir y diseminar información pública; b) controlar la contaminación industrial; c) limpiar vertederos; d) expandir los trabajos de suministro de aguas, alcantarillado, y

[21] Juan Forero, In Ecuador, High Stakes in Case Against Chevron, Wash. Post, Apr. 28, 2009, available at http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/04/27/AR2009042703717.html (cita al vocero de Chevron, James Craig).

[22] Ver http://www.escr-net.org/sites/default/files/Sentencia_CSJN_2008_english.pdf

desagüe; e) desarrollar un plan de emergencia de recolección de basuras; f) adoptar un sistema de medición internacional para evaluar el cumplimiento con los fines de los planes. Para asegurar un adecuado cumplimiento, la Corte delegó el proceso de cumplimiento a una corte federal, el Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes, para monitorear el cumplimiento de la decisión.

Después de la decisión, el gobierno asigno al Ombudsman nacional con la tarea de participar en un grupo de trabajo compuesto por diversos interesados, incluídas ONGs que habían estado involucradas en el caso como partes no-litigantes. El objetivo del grupo de trabajo es fortalecer y hacer posible la participación ciudadana en el monitoreo del cumplimiento de la decisión.[23] Aunque el progreso ha sido lento, el Estado ha re-ubicado algunos habitantes pobres en viviendas sociales del gobierno, identificado y remediado vertederos abiertos y empezado el proceso de recolección de basuras del río para ayudar a limpiar y re-oxigenar el agua, todo como parte del mandato de la Corte de implementar derechos sociales y económicos como consecuencia de la degradación ambiental.

En un caso análogo, los activistas ambientales en los Estados Unidos presionaron al gobierno de Obama para que retrasara y desviara el proyectado Oleoducto Keystone.[24] El proyecto fue inicialmente diseñado para transportar petróleo crudo desde Alberta, Canadá, a través de varios estados de los EE.UU., hasta Houston, Texas.[25] Pese a la conclusión del Departamento de Estado en el 2010 de que el oleoducto tendría mínimo impacto ambiental, los activistas ambientales respondieron con una campaña multifacética para oponerse al proyecto y en general a la producción de petróleo en base a arenas de petróleo.[26]

---

[23] Ver en general, Elynn Kaan, *A Case of Environmental Justice: The Matanza-Riachuelo River Basin*, Raintees.com (Apr. 8, 2013), http://blog.raintees.com/2013/04/a-case-of-environmental-justice-the-matanza-riachuelo-river-basin/.

[24] Courtney Cherry, *The Keystone Pipeline: Environmentally Just?*, 6 Envt'l & Energy L. & Pol'y J. 125, 126 (2011).

[25] Arnold W. Reitze, Jr., *The Role of NEPA in Fossil Fuel Resource Development and Use in the Western United States*, 39 B.C. Envtl. Aff. L. Rev. 283, 343. (2012).

[26] *Id*.

El principal objetivo de la campaña anti-oleducto es presionar al Presidente para que detenga el proyecto. Para alcanzar este fin, la campaña ha adoptado una estrategia insider/outsider. La táctica insider es colaborar con la Agencia de Protección Medioambiental (Environmental Protection Agency) para resistir a otras agencias federales que trabajan para destrabar la venta de petróleo producido con arenas de petróleo.[27] El movimiento externo ha dirigido manifestaciones masivas que apuntan a recordarle al Presidente que él fue elegido por votantes con demandas.[28] Las protestas han sido lideradas por personajes famosos de Hollywood y miembros del Congreso en vez de agitadores antisistema.[29] La figura insigne del movimiento, Bill McKibben, dijo en las protestas de Los Angeles en Febrero de 2013: "No puedes ocupar la Casa Blanca, pero puedes rodearla," una bofetada contra el movimiento Occupy Wall Street de 2011-12, que considerado por activistas mainstream como demasiado extremo.[30] Peticiones on-line instaron a los lectores a "decirle a la Casa Blanca que cancele" el oleoducto.[31] El Presidente Obama respondió a esta presión del movimiento social posponiendo tomar una decisión y publicando un memorándum en Marzo de 2012 diseñado para facilitar la revisión de la porción XL del proyecto Keystone, una curso de conducta que surge a expensas de las empresas de energía canadienses.[32]

En los tres casos, la alianza de las instituciones gubernamentales y de las demandas de actores no-gubernamentales ha transformado a los movimientos de protestas en socios de gobernanza.[33] Es aquí que el Estado simultáneamente valida las iniciativas de

---

[27] *Id*. at 344.

[28] Ver *L.A. Protesters Join Campaign Against Keystone on Pipeline*, Los Angeles Times (Feb. 17, 2013), http://latimesblogs.latimes.com/lanow/2013/02/la-protesters-join-nationwide-campaign-against-canadian-oil-pipeline.html (reporte sobre los manifestantes en Los Angeles preparando una protesta "diseñada para presionar al Presidente Obama a que rechace" Keystone).

[29] *Id*.

[30] *Id*.

[31] Tell the White House to Cancel the Keystone XL Pipeline, American Sustainable Business Council (2013), http://asbcouncil.org/node/238.

[32] Sam Kalen, *Thirst for Oil and the Keystone XL Pipeline*, 46 Creighton L. Rev. 1, 5-6 (2012). Kalen observa: "El Presidente a ordenado al Departamento de Estado que determine si el Departamento cree que una particular tubería internacional avanza el 'interés nacional' . . . La orden ejecutiva deja sin definir qué constituye el 'interés nacional'". *Id.* at 10-11.

[33] Catherine Christen, Selene Herculano, Kathryn Hochstetler, Renae Prell, Marie Price, & J. Timmons Roberts, *Latin American Environmentalism: Comparative Views*, 33 Studies in Comparative Int'l Development 58 (1998); *ver también*, Diana M. Liverman & Silvina Vilas, *Neoliberalism and the Environment in Latin America*, 31 Annual Review of Environment and Resources 327 (2006).

derechos humanos mientras fuerza una medida de control en los agitadores originales. Colaboraciones de este tipo, usualmente limitadas en alcance y duración, pueden constituir matrimonios de conveniencia orientados a fines. En Ecuador, por ejemplo, los ecologistas e indígenas (representados por la CONAIE) son recelosos de las motivaciones del Presidente Correa, sin importar su retórica revolucionaria, y les preocupa que el actual régimen continuará permitiendo que compañías mineras y petroleras obtengan libre acceso a las tierras tradicionales. Correa, por su parte, ha lanzado con placer invectivas contra una empresa extranjera con bolsillos abultados mientras que se ha mantenido silencioso respecto de las responsabilidad ambiental y monetaria de la sucursal ecuatoriana.

Por cierto, el riesgo de cooptación de los movimientos sociales involucrados en tales cooperaciones es real. Como Jordi Díez relata, la asimilación de los ecologistas mexicanos a los gobiernos de Zedillo y Fox debilitaron al movimiento.[34] Paradójicamente, al aceptar puestos de trabajo en el Estado, los compañeros ecologistas mexicanos que estaban fuera del gobierno descubrieron que era sumamente difícil "aplicar presión en el nuevo gobierno una vez que resultó evidente que los problemas medioambientales no figuraban de manera alta entre las prioridades del gobierno."[35] Empero, la representación en los niveles más altos del gobierno ha entregado a muchos grupos ecologistas una silla en la mesa que anteriormente estaba reservada para las empresas. La voz de los ecologistas dentro de la Casa Blanca ha significado que incluso si el Presidente Obama termina aprobando el oleoducto, los ecologistas anticipan que habrá concesiones en materia de políticas sobre el cambio climático –regulaciones para las plantas de energía o incentivos a la energía renovable– que compensarán los efectos de las emisiones de carbón asociadas al proyecto.

[34] Jordi Díez, *The Rise and Fall of Mexico's Green Movement*, 85 European Review of Latin American and Caribbean Studies 81 (2008).

iii) El Estado como encargado del cumplimiento de las reglas

¿Qué significa usar el poder del Estado a favor de los derechos humanos y contra los intereses empresariales? ¿Pueden los derechos humanos ser más efectivamente defendidos mediante, en vez de contra, el Estado? En su aproximación al acceso de medicinas, Colombia ofrece una potencial respuesta.

Como muchos otros estados Latinoamericanos, Colombia a promovido el cumplimiento de algunas (pero no otras) garantías de derechos humanos.[36] Estimulado por enérgicas y periódicas sentencias judiciales sobre medicinas esenciales, el gobierno de Colombia ha apoyado consistentemente a los defensores de derechos humanos que han buscado disminuir los costos de las medicinas antiretrovirales usadas para salvar vidas combatiendo el VIH/SIDA.[37] Comenzando en 1994, la Corte Constitucional de Colombia sostuvo que el Estado debe entregar tratamiento para el SIDA a personas VIH positivas sin importar el costo. En Pedro Orlando Ubaque v. Director,[38] la Corte ordenó ARVs para presos que eran incapaces de pagar servicios de salud.[39] El lobby activo de grupos de la sociedad civil llevó a la posterior adición de los ARVs a la lista oficial de medicamentos.[40] Desde entonces el gobierno ha usado una variedad de mecanismos para promover reducciones de precio, incluyendo importaciones paralelas, el establecimiento de licencias obligatorias para promover la competencia genérica y amenazas de acción

---

[35] Id. at 94.

[36] Ver João Biehl, *Will to Live: AIDS Therapies and the Politics of Survival* (2007), que argumenta que la política de SIDA de Brazil es emblemática de nuevas formas de acción estatal en y hacia la salud pública.

[37] Ver Noah Benjamin Novogrodsky, After AIDS (SELA 2011).

[38] *Pedro Orlando Ubaque v. Director*, Constitutional Court of Colombia, Dec. No. T-502/94 (1994) (concluyó que las condiciones de prisioneros VIH-positivos en una área de confinamiento violó el derecho de los prisioneros a la salud y dignidad en consideración de sus comprometidos sistemas inmuno defensivos).

[39] *Ver* Protection Writ, *Judgment of Fabio Moron Diaz, Magistrado Ponente*, Constitutional Court of Colombia, Dec. No. T-328/98 (1998) (sostiene que la negación del costoso tratamiento antiretroviral prescribido para el demandante bajo el sistema de seguridad social viola el derecho fundamental constitucional a la vida), http://bib.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1998/Tutela/T-328-98.htm; *ver* Alicia Yamin, *Not Just a Tragedy: Access to Medications as a Right under International Law*, 21 B.U. Int'l L.J. 325, 340 (2003).

[40] Decree No. 1543 (1997) (Colom.); *ver también* Hans V. Hogerzeil et al., *Is access to essential medicines as part of the fulfillment of the right to health enforceable through the courts?* 368 The Lancet 309 (2006).

adicional diseñada a forzar a las empresas farmacéuticas de marca a entregar licencias voluntarias.

En Abril de 2009, el gobierno colombiano emitió una orden que establecía un precio máximo para Kaletra, un medicamento ARV producido por Abbot Pharmaceutical de Illinois. Abbot ignoró el decreto sobre el precio y en Septiembre de 2009, organizaciones de salud colombianas entablaron una "Acción Popular", un mecanismo para proteger derechos colectivos, servicios públicos y moralidad administrativa, de acuerdo al artículo 88 de la constitución colombiana. (Es aproximadamente análoga a la acción general de un abogado particular.) Los peticionarios buscaban una licencia obligatoria para estimular la competencia. En Enero de 2010, el gobierno colombiano declaró la existencia de una emergencia financiera en su sistema de salud y fortaleció los poderes de la comisión encargada de fijar los precios de los medicamentos. Solo entonces Abbot cumplió con la orden de precios. Se proyecta que las reducciones de precio, inicialmente alrededor de 54-68%, ahorrarán a los programas colombianos de VIH, solo en el primer año, aproximadamente US$12 millones.

El 29 de Febrero de 2012, la Corte Administrativa 37 de Bogotá concluyó que Abbot había violado la orden gubernamental de 2009 sobre el precio de la droga VIH Kaletra, y dio instrucciones al Ministerio de Salud para que iniciara procedimientos de sanciones contra Abbot (que potencialmente incluyen castigos monetarios). La Corte determinó que Abbot cometió abusó de posición dominante en el mercado al fijar para su esencial medicina un precio 350% mayor en Colombia que en sus países vecinos (alrededor de $3500 en el sector privado comparado con alrededor de $1000). De acuerdo a la Corte, este hecho perjudicó la sustentabilidad del sistema de salud colombiano y violó la "moralidad pública administrativa." "La utilidad mercantil y la propiedad de patentes", sostuvo la decisión, no justifica "la desobediencia de la política nacional de control de precios para las medicinas VIH/SIDA." La sentencia llamó a mantener Kaletra en una lista de importación paralela para asegurar la disponibilidad del precio de referencia internacional.

Solamente el Estado puede dictar parámetros de precios y licencias obligatorias, interviniendo en el mercado para asegurar la compra de fármacos accesibles. De este modo, el Estado ha asumido una postura adversarial vis-à-vis una empresa, presumiblemente en defensa de los derechos humanos. Aunque el Estado tiene un interés en evitar el conflicto innecesario con empresas que hacen negocios dentro de sus bordes, es inmediatamente patente que el poder estatal puede ser usado de una manera que difiere del trabajo de identificación, acusación y construcción de coaliciones que hacen las ONGs. Menos claro es qué es lo que se pierde en el paso de paradigmáticas demandas de derechos humanos contra el Estado a un mundo en el cual el Estado toma partido en una disputa entre dos actores no-estatales.

Conclusión

Latinoamérica tiene un sistema de derechos humanos bien desarrollado. Como su contraparte europea, la estructura de la Corte y la Comisión Interamericanas es estatista en su orientación. Pese a sus obvias limitaciones, el recurso a la litigación de derechos humanos contra el Estado se ha vuelto la norma aceptada.

Es posible que la defensa horizontal contra actores no-estatales, principalmente empresas, ocurra con mayor probabilidad en regiones que no tienen un registro de haber hecho responsables a los Estados por una variedad de violaciones de derechos humanos. Después de todo, los defensores demandan donde ellos tienen la mayor probabilidad de tener éxito. Un caso en un tribunal de competencia en Sudáfrica (donde no hay una corte regional funcionando) o una litigación ATCA en los Estados Unidos (en un estado que no es parte de la corte Interamericana) tiene sentido.

Mirado de esta manera, Latinoamérica tiene menos chances de experimentar defensa lateral porque si bien serios abusos ocurren de manos de actores no-estatales, tales violaciones son generalmente cometidas con la aprobación tácita de funcionarios públicos dentro de un sistema regional que provee al menos protección nominal contra los Estados. Esto es particularmente verdadero dentro del sistema interamericano donde el

caso Velazquez Rodriguez imputa responsabilidad estatal en casos de desaparición forzada, es decir, asigna deberes jurídicos a Estados por todo tipo de conductas que ocurren en el territorio.

Relatos del Estado como facilitador, socio, y ente a cargo del cumplimiento de las normas de derechos humanos ofrecen socorro teórico y práctico a nuevas formas de concebir la defensa de derechos humanos dirigida a entes distintos al Estado. Como mínimo, el Estado ya no ocupa enteramente el campo y es más que un malhechor estático. En muchas circunstancias, el gobierno juega un rol importante en el control de las violaciones empresariales y puede empoderar a comunidades locales e internacionales de derechos humanos para que impongan nuevas formas de activismo. En suma, la importancia emergente de los actores no-estatales no reemplaza el poder ni el foco analítico del estado, sino que más bien lo complementa y plantea desafíos a la tarea de describir la dinámica de actores estatales y no-estatales a lo largo de un rando de desafíos y crisis.[41]

[41] Ver Charles R. Venator-Santiago, *The Changing Face of Justice: Access to the Inter-American System of Human Rights*, 3 Creighton Int'l & Comp. L.J. 116, 116 (2012).