



Experiencias Latinoamericanas sobre reparación en materia de empresas y derechos humanos

Editor:
Humberto Cantú Rivera

A KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG

EXPERIENCIAS LATINOAMERICANAS SOBRE REPARACIÓN EN MATERIA DE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

ISBN: 978-958-53563-5-1
ISBN digital: 978-958-53563-7-5

© 2021 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (+49-30) 269 96 453
Fax: (+49-30) 269 96 555 www.kas.de

Fundación Konrad Adenauer
Programa Estado de Derecho para
Latinoamérica
Calle 93b # 18-12 Piso 7, Bogotá, Colombia
Tel.: +571 7430947
www.kas.de/web/rspla
Twitter: @KASiusLA
Facebook: KAS | Programa Estado de Derecho
para Latinoamérica

Editor:
Humberto Cantú Rivera

Coordinación editorial:
Humberto Cantú Rivera
Miguel Barboza López
Daniela Montaña Gil

Diseño, diagramación e impresión:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S.
Xpress- Kimpres
Bogotá, D.C., febrero 2022

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra y su tratamiento o transmisión por cualquier medio o método sin autorización escrita de la Fundación Konrad Adenauer Programa Estado de Derecho para Latinoamérica.

Contenido

Equipo de trabajo	7
Prefacio.....	14
NOTA INTRODUCTORIA	
La reparación en el ámbito de los derechos humanos y las empresas	19
<i>Humberto Cantú Rivera</i>	
I. Introducción	19
II. Breves apuntes sobre los mecanismos de reparación judiciales	21
III. Barreras para el acceso a la justicia.....	25
IV. Presentación del estudio.....	28
ARGENTINA	
I. Debida diligencia en derechos humanos.....	31
II. Responsabilidad civil extracontractual.....	42
III. Responsabilidad penal.....	62
IV. Responsabilidad administrativa	89
V. Mecanismos de protección constitucional	117

BRASIL

I.	Debida diligencia en derechos humanos.....	133
II.	Responsabilidad civil extracontractual.....	144
III.	Responsabilidad penal.....	151
IV.	Responsabilidad administrativa.....	157
V.	Mecanismos de protección constitucional.....	165

CHILE

	Comentario preliminar sobre las particularidades del ordenamiento jurídico doméstico.....	169
--	---	-----

	Observaciones generales sobre la eficacia del derecho de acceso a la justicia.....	173
--	--	-----

I.	Debida diligencia en derechos humanos.....	174
II.	Responsabilidad civil extracontractual.....	178
III.	Responsabilidad penal.....	185
IV.	Responsabilidad administrativa.....	193
V.	Mecanismos de protección constitucional.....	205

COLOMBIA

I.	Debida diligencia en derechos humanos.....	209
II.	Responsabilidad civil extracontractual.....	226
III.	Responsabilidad penal.....	236
IV.	Responsabilidad administrativa.....	245
V.	Mecanismos de protección constitucional.....	256

ECUADOR

I.	Debida diligencia en derechos humanos.....	263
II.	Responsabilidad civil extracontractual.....	270

III.	Responsabilidad penal	282
IV.	Responsabilidad administrativa	291
V.	Mecanismos de protección constitucional	311

MÉXICO

I.	Debida diligencia en derechos humanos.....	325
II.	Responsabilidad civil extracontractual.....	330
III.	Responsabilidad penal.....	349
IV.	Responsabilidad administrativa	370
V.	Mecanismos de protección constitucional	420

PERÚ

I.	Debida diligencia en derechos humanos.....	429
II.	Responsabilidad civil extracontractual.....	442
III.	Responsabilidad penal.....	456
IV.	Responsabilidad administrativa	465
V.	Mecanismos de protección constitucional	498

	Anexo. Cuestionario “Acceso a mecanismos de reparación por violaciones a derechos humanos relacionadas con empresas en América Latina”	504
--	---	------------

Equipo de trabajo

EDITOR:

Humberto Cantú Rivera

Profesor, Escuela de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Monterrey, y Director de su Instituto de Derechos Humanos y Empresas. Doctor en Derecho, Universidad Panthéon-Assas Paris II. Director de la Academia Latinoamericana de Derechos Humanos y Empresas.

ARGENTINA

COORDINADORA:

Florencia Wegher Osci

Profesora ayudante en Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional del Litoral (UNL) Doctoranda en Derecho (UNL).

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN:

Denisse Y. Cufre

Especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Investigadora UNL.

Samanta Singer

Maestranda en Derecho Penal de la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT). Docente de Elementos del derecho penal y procesal penal (UBA).

Victoria del Rosario Fiorotto

Abogada. Maestranda en Estudios Internacionales (UTDT).

Lucía Magalí Rozenberg

Prosecretaria Coadyuvante en el Juzgado de Primera Instancia en lo CATyRC N° 23, Magister en Abogacía del Estado por la Universidad Nacional de Tres de Febrero (ECAE – UNTREF).



María Valeria Berros

Universidad Nacional del Litoral. Profesora (UNL) investigadora adjunta (CONICET). Doctora en Derecho.

Santiago Lauhirat

Universidad de Buenos Aires, magister en derecho administrativo, Universidad Austral.

Gerónimo Peñalva

Universidad Nacional del Litoral, Maestrando en Derecho Administrativo (tesis pendiente), Universidad Austral, Buenos Aires. Maestrando en Políticas Públicas, Derechos Sociales y Sostenibilidad, Universidad de Barcelona, España.

Rodrigo M. Raskovsky

Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Auxiliar docente e investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

María Laura Böhm

Abogada UBA. Doctora en Ciencias Sociales Universidad de Hamburgo.

BRASIL

COORDINADORA:

Danielle Anne Pamplona

Profesora de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Paraná (PUCPR); Estadía postdoctoral en la American University (Washington DC); profesora visitante en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law; Directora de la Clínica de Derechos Humanos de la PUCPR; Vice Directora de la Academia Latinoamericana de Derechos Humanos y Empresas; Abogada.

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN:

Ana Claudia Ruy Cardia Atchabahian

Profesora y coordinadora adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidade Presbiteriana Mackenzie. Abogada. Magíster



y Doctora en Derecho Internacional por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo.

Anna Luiza Walter de Santana

Profesora en la Universidad de los Andes, Colombia. Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Paraná (PUC-PR), Brasil.



CHILE

COORDINADORAS:

Judith Schönsteiner

Académica Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Doctora en Derecho por la Universidad de Essex.

Alejandra Parra

Abogada en Kunstmann Spiess Abogados, Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Pensilvania.

COLOMBIA

COORDINADORES:

Marco Velásquez Ruíz

Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. PhD en derecho de York University – Osgoode Hall Law School, Toronto.

Carolina Olarte – Bácares

Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y profesora asociada de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, magister en Derecho Internacional de la Universidad Robert Schuman de Estrasburgo y Doctora en Derecho de la Universidad de Paris 1 Panteón Sorbona.

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN:

José Fernando Gómez Rojas

Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia



Universidad Javeriana. Maestría en estudios del desarrollo del *International Institute of Social Studies*, La Haya.

Paula Camila Ronderos Galvis

Abogada de la dirección de formulación precontractual del Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa del Ministerio de Educación. Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

Diana Yamile Rodríguez Niño

Directora Nacional de la Veeduría Disciplinaria de la Universidad Nacional de Colombia. Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

Erika Gilary Velásquez Salinas

Abogada Especializada de la Unidad de Control Disciplinario Interno del Banco de la República. Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

Antonio Guzmán Mutis

Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

Paula Tarazona

Estudiante de Derecho de la Universidad del Rosario, Bogotá.

ECUADOR

COORDINADORA:

Gabriela Oviedo Perhavec

Abogada en Center for Justice and International Law (CEJIL), LL.M y Grotius Fellow (2019-2020) por la University of Michigan Law School.

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN:

Luis Miguel Chiriboga Heredia

Asesor de despacho de juez constitucional en la Corte Constitucional del Ecuador, abogado por la Universidad San Francisco de Quito (USFQ).



Natalia Barona Martínez

Asesora de despacho de jueza constitucional en la Corte Constitucional del Ecuador, abogada por la Universidad San Francisco de Quito.

Daniela Sosa Salvador

Analista Legal en la Universidad San Francisco de Quito, abogada por la Universidad San Francisco de Quito.

Luis Germánico Cevallos

Maestría en Derecho Administrativo y Contratación Pública por la Universidad Andina Simón Bolívar.

MÉXICO**COORDINADOR:****Humberto Cantú Rivera**

Profesor, Escuela de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Monterrey, y Director de su Instituto de Derechos Humanos y Empresas. Doctor en Derecho, Universidad Panthéon-Assas Paris II. Director de la Academia Latinoamericana de Derechos Humanos y Empresas.

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN:**Daniel Iglesias Márquez**

Profesor, Escuela de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Monterrey. Doctor en Derecho, Universidad Rovira i Virgili.

Laura Adriana Esparza García

Profesora, Escuela de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Monterrey. Maestría en Políticas Públicas, FLACSO México; Maestría en Derecho de la Empresa, Universidad de Monterrey.

Alejandro Sánchez González

Socio, Heredia-Sánchez Abogados, S.C.; Doctorante, Universidad de Monterrey. Maestría en Derecho, Universidad de Melbourne.

Laura Treviño Lozano

Doctorante, Universidad de Greenwich. Maestría en Estudios de Desarrollo, London School of Economics and Political Science.



Darío Guerra Carrales

Socio fundador Castillo Guerra Asesores, S.C. Maestría en Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Nuevo León.

PERÚ

COORDINADOR:

Bruce Barnaby Rubio

Coordinador Académico y de Investigaciones del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú-IDEHPUCP. Docente del Departamento Académico de Derecho de la misma universidad. Magister en Políticas Públicas por la Hertie School of Governance.

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN:

Cristina Blanco Vizarreta

Investigadora doctoral de la Universidad de Essex. Docente del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derechos Humanos por la misma universidad.

Gustavo Zambrano Chávez

Docente del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Miembro del Consejo Directivo del Instituto Peruano de Empresas y Derechos Humanos-IPEDHU. Máster en Ética Aplicada en Negocios por la Linköping University.

Salvador Herencia-Carrasco

Director de la Clínica de Derechos Humanos del Centro de Investigación y Educación en Derechos Humanos de la Universidad de Ottawa. Profesor de la Facultad de Derecho de la misma universidad. Doctorante por la Universidad de Ottawa.

Rafael Chanján Documet

Coordinador del Proyecto Anticorrupción del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú-IDEHPUCP. Docente del Departamento Académico de Derecho de la misma universidad.



Máster en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Málaga; y en Derecho Penal Económico por la Universidad de Granada.

Claudia Lovón Benavente

Investigadora del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú–IDEHPUCP. Abogada por la Facultad de Derecho de la misma universidad.

Gabriela Ramos Traverso

Asistente Académica del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú–IDEHPUCP. Bachillera en derecho por la misma universidad y licenciada en comunicaciones por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Ana Janampa Almora

Investigadora del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú–IDEHPUCP. Bachillera en Derecho por la misma universidad.

Marie González Cieza

Practicante del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú–IDEHPUCP. Estudiante de Derecho de la misma universidad.

EQUIPO DE COORDINACIÓN KAS

Miguel Barboza López

Abogado y maestro en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame (Estados Unidos de América). Coordinador de Proyectos del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la KAS, responsable del área de Empresas y Derechos Humanos.

Daniela Montaña Gil

Asistente de proyectos del Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, asignada al área de Empresas y Derechos Humanos. Abogada y politóloga de la Universidad del Rosario de Colombia.

PREFACIO

A lo largo de más de dos años de trabajo exitoso, presentamos con orgullo y alegría una primera publicación que resume las experiencias en materia de reparación judicial en América Latina cuando existen casos vinculados a empresas y derechos humanos. Esta obra, en formato de cuestionario (preguntas y respuestas), tiene como objetivo dar a conocer los mecanismos de reparación vigentes en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México y Perú tanto en el campo del derecho civil, penal, constitucional, administrativo, ambiental y de contrataciones públicas. El aporte es de suma importancia, pues permite comparar la normativa vigente en temas de reparación en estos siete países y resalta cómo de manera continua se han venido abordando casos vinculados a la responsabilidad jurídica de las empresas en el campo judicial. Un tema que aún necesita ser discutido y fortalecido a nivel judicial y bajo una lupa del derecho local e internacional comparado.

La concepción del Estado de derecho no es ajena al tema de acceso a mecanismos de reparación, sean judiciales o extrajudiciales. La aplicación y sujeción de la ley en nuestras actuales democracias implica que exista siempre un marco jurídico que someta a toda la ciudadanía, incluyendo a los actores económicos, como las empresas, a normas que respeten los derechos humanos y que garanticen la igualdad y la no discriminación. En este sentido, el tercer pilar de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de Naciones Unidas destaca que estos mecanismos de reparación deben ser claros, plurales, accesibles y transparentes, permitiendo así un adecuado estudio judicial en donde se involucre a las empresas.

En la actualidad, es muy escasa la legislación a nivel local que regule un mecanismo judicial específico (por materia jurídica y/o global) para estudiar casos donde se ponga en controversia la responsabilidad jurídica de las empresas. Sin embargo, como bien lo destaca este estudio, existen mecanismos en la legislación civil, administrativa, constitucional, ambiental, penal y de contrataciones públicas que regulan la posibilidad de estudiar estos casos. Las especialidades son diversas y dependen de las pretensiones jurídicas que se demanden o denuncien para elegir un mecanismo judicial de reparación específico. En estos casos, es importante que la legislación que regule cada una de las diversas materias legales a nivel interno de los Estados sea lo suficientemente concreta – para evitar los conflictos competenciales entre los diversos órganos judiciales que podrían evaluar o estudiar un caso –, y

esté preparada para recibir casos con un alto nivel de complejidad, como lo son aquellos en donde están involucradas las empresas.

Este dinamismo en los mecanismos judiciales se puede fortalecer, sin duda, a través del trabajo en materia de políticas públicas con un enfoque en empresas y derechos humanos. Así mismo, aclarar las competencias de los organismos judiciales cuando se vinculen o estudien casos sobre empresas y que tengan las mismas pretensiones jurídicas, daría mayor seguridad jurídica a las partes intervinientes en un proceso judicial y se evitarían conflictos competenciales, como se ha mencionado anteriormente.

Por otro lado, importa también para los objetivos de esta publicación, reflexionar sobre la necesidad de brindar a los operadores de justicia - cuando resuelvan un caso sobre empresas y derechos humanos-, y a la sociedad civil -cuando presenten una controversia a nivel judicial que tenga que ser resuelta- una mayor capacitación sobre este tema. Esta es la única manera de hacer materialmente posible, y no sólo desde un punto de vista legalista, el acceso efectivo y real a los mecanismos de reparación judicial. De la experiencia con la que contamos, nos atreveríamos a abrir el debate proponiendo algunos temas esenciales para las capacitaciones: a) comprender el tipo de actividad y su operatividad para determinar cómo se dieron los hechos denunciados; b) conocer los actores económicos que forman parte de la cadena de suministro y que podrían estar involucrados; c) discutir cómo manejar lo complejo que puede ser el obtener información y pruebas de las empresas para un mejor resolver; y d) cómo realizar un estudio interseccional de vulnerabilidades de los grupos o personas afectadas teniendo en cuenta la complejidad empresarial.

Apostamos con esta publicación, no sólo poder brindarles mayor información sobre los mecanismos de reparación judicial cuando existen casos vinculados a empresas y derechos humanos en las siete jurisdicciones ya señaladas, sino reflexionar alrededor de ello. Esta reflexión no sólo tiene que darse desde una perspectiva legal de cómo lograr un mejor acceso a estos mecanismos judiciales, sino a poder mejorar la operatividad de estos con capacitación a los operadores de justicia y pensar en cambios estructurales que se pueden dar en materia de política pública que coadyuven a lograr una mejor coherencia normativa y especificidad o claridad al momento de acceder a estos mecanismos judiciales.

Esta excelente publicación no hubiera sido posible sin el liderazgo de Humberto Cantú Rivera, un aliado y amigo muy importante para el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer (KAS), y el valioso equipo de trabajo de nuestros queridos y queridas colegas de la Academia Latinoamericana de Derechos Humanos y Empresas. Extendemos nuestro agradecimiento por su trabajo y compromiso a los coordinadores de las investigaciones y sus respectivos equipos: Alejandra Parra y Judith Schönsteiner de Chile; Bruce Barnaby Rubio de Perú; Florencia Wegher Osci y Denisse Cufre de Argentina; Carolina Olarte y Marco Velásquez de Colombia; Gabriela Oviedo de Ecuador y, una vez más, a Humberto Cantú Rivera de México.

Esperamos que esta obra sea de mucha utilidad, y que sirva para impulsar debates rigurosos y nutridos para apostar por cambios e impulsar buenas prácticas en el acceso a mecanismos de reparación judicial cuando se estudien casos sobre empresas y derechos humanos y mejorar su acceso. Desde el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la KAS estamos comprometidos a seguir desarrollando proyectos conjuntos que impulsen estos debates de suma importancia para Latinoamérica.

Hartmut Rank

Director

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la KAS

Miguel Barboza López

Coordinador de Proyectos

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la KAS

Daniela Montaña Gil

Asistente Área de Empresas y Derechos Humanos

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la KAS

NOTA INTRODUCTORIA

La reparación en el ámbito de los derechos humanos y las empresas

*Humberto Cantú Rivera**

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de la relación entre la actividad empresarial y los derechos humanos, los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos¹, adoptados por el Consejo de los Derechos Humanos en 2011, han planteado una plataforma construida sobre la base de tres pilares interrelacionados e interdependientes: el deber del Estado de proteger los derechos humanos; la responsabilidad de las empresas de respetarlos, tanto en sus operaciones como en sus relaciones comerciales; y finalmente, la necesidad de contar con mecanismos de reparación efectivos, que permitan hacer frente a las circunstancias en donde la prevención no resulte suficiente. El Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos ha explorado de forma consistente los distintos elementos de los primeros

* Profesor titular de la Escuela de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Monterrey, y Director de su Instituto de Derechos Humanos y Empresas. Doctor en Derecho por la Universidad Panthéon-Assas Paris II. Director de la Academia Latinoamericana de Derechos Humanos y Empresas.

¹ Consejo de Derechos Humanos, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011.

dos pilares de los Principios Rectores², y ha abordado de forma general el ámbito del acceso a mecanismos de reparación³.

Aunque la prevención debe ser el objetivo principal, basta con dar una mirada a la realidad para constatar que aún los mejores esfuerzos pueden resultar insuficientes para la protección de los derechos humanos en el contexto de la actividad empresarial. Ello ha sido una preocupación constante en América Latina, donde los esfuerzos institucionales usualmente convergen con una necesidad de atraer inversión extranjera –o de generar desarrollo económico desde la industria nacional–, en muchas ocasiones en perjuicio de la protección de los derechos humanos o del medio ambiente. En virtud de lo anterior, el enfoque en la reparación debe ser reforzado, aunque sin dejar de lado los esfuerzos por mejorar la prevención. Para ello, es necesario centrar la atención en los mecanismos judiciales y extrajudiciales, que permitan a las víctimas de abusos empresariales a derechos humanos acceder a los distintos elementos de la reparación.

Para América Latina, la resolución de conflictos por la vía judicial –y en particular la protección constitucional de los derechos humanos– es una tradición sumamente arraigada, que usualmente se privilegia frente a otros mecanismos, incluyendo los extrajudiciales. En virtud de lo anterior, el análisis de los marcos jurídicos y de las experiencias judiciales aborda por lo general tres elementos: los procesos de responsabilidad por vía civil; la responsabilidad penal en relación con las actividades empresariales (cuando el marco jurídico lo permita respecto de las personas jurídicas, o bien, de sus directivos o empleados); y finalmente, el marco de protección constitucional, que en algunos casos permite no sólo controlar la legalidad o convencionalidad en la actuación del Estado y sus agentes, sino también

² Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/69/263 (5 de agosto de 2014); Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/73/163 (16 de julio de 2018); Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/74/198 (19 de julio de 2019).

³ Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/72/162 (18 de julio de 2017).

ser utilizado directamente frente a las empresas que generan impactos adversos en los derechos humanos⁴.

Este estudio introductorio hace una breve referencia a algunos de los principales mecanismos de reparación existentes en América Latina, que permiten acciones para responsabilizar a las empresas por sus impactos adversos a los derechos humanos. De la misma forma, hace referencia a algunas de las barreras jurídicas y prácticas existentes, y que deben ser atendidas por los Estados desde una perspectiva de derechos humanos, a fin de cumplir con sus deberes de respeto y garantía. Por último, se hace una breve presentación del estudio comparado de siete jurisdicciones de la región, en un esfuerzo por constatar la realidad de la práctica regional en la materia.

II. BREVES APUNTES SOBRE LOS MECANISMOS DE REPARACIÓN JUDICIALES

El acceso a mecanismos de reparación, como elemento del acceso a la justicia, requiere de la existencia de un marco jurídico tanto sustantivo como procesal que permita a aquellas personas que consideren que sus derechos han sido violados recurrir a diferentes procedimientos e instancias. Lo anterior implica la utilización de los mecanismos existentes de derecho interno para interponer las acciones necesarias para ese fin. Para efectos de la presente nota introductoria –y del estudio en sí–, se analizan dentro del rubro de mecanismos judiciales aquellos de carácter civil, penal o procesal constitucional, principalmente.

En lo que concierne a la responsabilidad civil, esta puede ser de naturaleza contractual o extracontractual, dependiendo de la existencia –o no– de un vínculo que relacione a las partes. En el caso de la responsabilidad contractual, esta existirá cuando se incumpla con una obligación previamente estipulada. Por el contrario, en lo que concierne a la responsabilidad extracontractual, donde no existe un vínculo previo entre las partes del litigio, ésta surgirá cuando se incumpla con un deber general de prevención. La responsabilidad

⁴ Existen, ciertamente, otros ángulos que tratan elementos de esta relación entre los derechos humanos y las empresas. El aspecto laboral es uno de ellos, aunque por lo general se trata de relaciones de carácter contractual, cuya regulación se encuentra plenamente establecida en los marcos jurídicos nacionales.

extracontractual puede ser de naturaleza objetiva o subjetiva: en el primer caso, existirá por el sólo hecho de que la actividad desarrollada sea peligrosa; en el segundo caso, podrá determinarse dependiendo de la existencia de dolo o culpa. Para la determinación de la responsabilidad, es necesario que coexistan una obligación (que haya sido transgredida), un daño, y un nexo causal que una a las dos. Para efectos de la responsabilidad civil extracontractual, la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos podría asimilarse a un deber general de prevención, ampliamente presente en los códigos civiles latinoamericanos, como una medida adoptada para no generar daños a tercero⁵.

En ese mismo contexto, uno de los elementos más representativos de los mecanismos judiciales de reparación, y en particular de los litigios de naturaleza civil, es la necesidad de ofrecer pruebas para sustentar los argumentos y pretensiones de la parte actora. Sin embargo, en el ámbito de los derechos humanos y la responsabilidad empresarial, una parte importante del material probatorio, particularmente el relativo a la estructura corporativa o el proceso interno de toma de decisiones, se encuentran en poder de las empresas demandadas. En ocasiones, ello puede constituir un obstáculo para el acceso a los mecanismos de reparación de las víctimas de impactos adversos resultantes de la actividad empresarial, al no contar con la evidencia necesaria para sustentar sus reclamos, particularmente aquellos que busquen señalar una falta de cuidado en la actividad empresarial para cumplir con su deber de prevención. En virtud de ello, en distintos espacios se ha planteado la necesidad de invertir la carga de la prueba, a fin de que la parte demandada tenga que demostrar que tomó las medidas necesarias para prevenir el impacto adverso, en vez de que tal *onus probandi* corresponda a las víctimas⁶.

⁵ Consejo de Derechos Humanos, *Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse: The relevance of human rights due diligence to determinations of corporate liability: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, A/HRC/38/20/Add.2* (1 June 2018), pars. 14-24 (informe disponible únicamente en inglés).

⁶ Un ejemplo relevante para ese fin es el artículo 8.3.e) del Acuerdo de Escazú sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe, que establece una obligación en ese sentido para las partes. Más allá de ello, diversos códigos civiles de la región integran una “carga dinámica de la prueba”, que permite a los jueces imponer la carga probatoria sobre aquella parte que tenga mejores posibilidades de contribuir al esclarecimiento de la situación.

De forma generalizada, en los sistemas de derecho continental o civil no existe un equivalente al procedimiento de *discovery* estadounidense, por el que las partes pueden solicitar de manera previa al juicio la entrega de información en poder de la contraparte. No obstante, en los sistemas de derecho civil es posible ofrecer pruebas que impliquen para la contraparte el deber de demostrar que no incurrió en el hecho alegado en su contra. En ese sentido, la potencial inversión de la carga de la prueba vuelve significativo el papel de la debida diligencia empresarial en derechos humanos, que al ser progresivamente identificada en las decisiones judiciales, podría significar un mayor reconocimiento de este mecanismo procesal.

Respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque no existe homogeneidad en la región respecto de su potencial utilización para sancionar impactos adversos a los derechos humanos, progresivamente se va desarrollando respecto de los delitos económicos. Un elemento importante es la progresiva consolidación de la obligación de contar con mecanismos preventivos (verbigracia de *compliance*⁷, o que indiquen la existencia de una cultura de identificación y prevención de delitos al interior de la empresa), que al igual que en materia civil, pueden reflejar elementos presentes en la debida diligencia en derechos humanos. Asimismo, existen ciertos indicios que parecerían indicar la aceptación del uso del derecho penal como una herramienta disuasoria en materia ambiental, que acompaña el más tradicional enfoque de derecho administrativo que con regularidad se utiliza en las distintas jurisdicciones de la región.

Finalmente, en una de las principales aportaciones del constitucionalismo latinoamericano, los Estados han diseñado diferentes instrumentos judiciales para la protección procesal constitucional de los derechos humanos. Aunque en muchos casos los mecanismos de derecho procesal constitucional se orientan a controlar las acciones u omisiones del Estado con un efecto suspensivo o incluso devolutivo, en algunas instancias pueden interponerse directamente contra los particulares –incluyendo las empresas– que mediante sus actos u omisiones vulneren los derechos humanos. En ese sentido, son herramientas valiosas para evitar un daño irreparable, que han encontrado en América Latina diferentes expresiones y alcances, y que, en consecuencia,

⁷ Al respecto, véase Cantú Rivera, Humberto y Esparza García, Laura, *Debida diligencia en derechos humanos y procesos de compliance*, UDEM/Oxfam México/CIEDH, 2021.

pueden servir para prevenir o mitigar los impactos adversos de la actividad empresarial en casos concretos.

Una asignatura pendiente desde este rubro de los mecanismos judiciales es precisamente el papel que diversas herramientas pueden desempeñar en la materia, como el principio *pro persona* y el control de convencionalidad, particularmente considerando su relevancia a nivel constitucional en la región, y el efecto transversal que deben generar respecto del marco jurídico interno de los distintos países latinoamericanos. Ese efecto transversal implica, entonces, que normas que usualmente no tienen una relación explícita con las cuestiones de derechos humanos (como mucha de la legislación que rige la actividad empresarial u otras relaciones jurídicas, incluso las normas de derecho internacional privado de los Estados latinoamericanos), en virtud de tales principios, se encuentran sujetas a una amplia interpretación que implica generar una adaptación para responder a los criterios específicos que mejor protejan a las personas. Es, en ese sentido, una evolución importante de la interpretación de los marcos normativos, que pretende anteponer la esencia y trascendencia del ser humano frente a otros intereses públicos y privados, incluyendo los económicos.

En suma a lo anterior, es necesario resaltar la importancia de la complementariedad de los diferentes mecanismos judiciales y extrajudiciales, que en conjunto, tienen mayores posibilidades de ofrecer a las víctimas los distintos elementos de la reparación integral –restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición–, que por separado. Sin embargo, dependiendo de las características propias que tengan y del enfoque de los marcos legislativos y reglamentarios que los rigen, cada mecanismo puede también ofrecer diferentes dimensiones de la reparación.

En la relación entre los derechos humanos y las empresas, el acceso a un recurso efectivo es una piedra angular sobre la que descansan las expectativas de aquellas personas o grupos cuyos derechos hayan sido afectados por la actividad empresarial. En virtud de ello, y de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, los Estados deben adoptar medidas proactivas para asegurar que sus mecanismos judiciales y extrajudiciales satisfagan las condiciones que permitan el acceso a una reparación integral. Para ello, es necesario encontrar un punto de equilibrio entre las características, posibilidades y particularidades de los mecanismos de derecho

civil, penal, procesal constitucional y de otra índole en el ámbito interno, incluyendo los mecanismos extrajudiciales, y el derecho humano de acceder a recursos de reparación efectivos.

En materia de reparación por abusos a derechos humanos relacionados con actividades empresariales, existen en América Latina experiencias tanto positivas como negativas, que resaltan la necesidad de fortalecer y desarrollar las capacidades en la materia de los órganos de procuración y administración de justicia, así como de los órganos de fiscalización y los mecanismos extrajudiciales. La importancia de ello radica en que la reparación de abusos empresariales a derechos humanos puede tener efectos disuasorios para la repetición de situaciones similares; en consecuencia, en ciertos casos la reparación puede llegar a tener un efecto estructural, y favorecer la prevención. Lograr lo anterior requiere de acciones conjuntas entre los diferentes órganos del Estado y otras partes interesadas, que permitan realizar un diagnóstico efectivo sobre la capacidad real de los mecanismos judiciales y extrajudiciales de brindar reparación en casos de abusos empresariales a derechos humanos, y actuar en consecuencia: es decir, adoptar las medidas correctivas y/o de fortalecimiento institucional y normativo que faciliten el acceso a recursos efectivos y a la justicia.

III. BARRERAS PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA

Como es conocido, el acceso a la justicia puede verse limitado por barreras jurídicas o prácticas, tanto para acceder a los mecanismos de reparación, como en los procesos ya iniciados. Aunque la temática ha sido ampliamente explorada tanto a nivel de Naciones Unidas como en espacios de la sociedad civil o la academia, a continuación se señalan algunas barreras que existen en América Latina, tanto de naturaleza estructural, como algunas específicas a la temática de derechos humanos y empresas.

A. Barreras jurídicas

Una de las principales barreras jurídicas que continúan existiendo en el ámbito de los mecanismos de reparación es la falta de capacitación especializada en los ámbitos de procuración y administración de justicia. Ello también puede ser indicativo de otra carencia: la falta de perspectiva de derechos humanos en ciertos procedimientos, cuya segmentación invisibiliza el vínculo existente

entre la afectación material sufrida y la afectación a los derechos humanos. Ciertamente, esa falta de perspectiva de derechos humanos no sólo es una cuestión procedimental –como ocurre con frecuencia en la disparidad de criterios seguidos entre los órganos de procuración de justicia–; por el contrario, puede ser el reflejo de una legislación insuficientemente armonizada tanto en la horizontalidad del marco jurídico interno, como de forma vertical con los estándares internacionales de derechos humanos. En América Latina, la existencia de bloques de constitucionalidad o de convencionalidad podría permitir una integración ágil de estándares internacionales de derechos humanos y empresas, lo cual hace necesaria la inclusión o desarrollo de espacios de capacitación en la materia, incluyendo desde la planeación de políticas públicas como los planes de acción nacional.

Aunque en lo sustantivo se cuente actualmente –de forma generalizada– con normas que permiten acceder a la reparación por distintas vías procesales, y con diferentes resultados potenciales, existen distintos elementos que pueden indicar la existencia de barreras jurídicas de naturaleza procesal. Una de ellas, que no debe subestimarse, es la duración de los procesos de procuración y administración de justicia. Debe señalarse que no todos los procesos son iguales, por las diferencias existentes entre los hechos, las partes, sus pretensiones, las pruebas ofrecidas y su complejidad, así como por los mecanismos procesales que se elija utilizar. Sin embargo, la dilación en las instancias procesales o en la emisión de la sentencia sin causas justificadas puede ser un reflejo de la falta de debida diligencia de los propios órganos del Estado, en contravención de sus obligaciones convencionales bajo el derecho internacional de los derechos humanos. En esa misma tesitura, el incumplimiento de sentencias judiciales definitivas o de decisiones administrativas sobre las que ya no procede ningún recurso implica una omisión del Estado, que normalmente representará una afectación grave tanto del principio de legalidad como del derecho a contar con recursos efectivos.

Debe destacarse, además, que la utilización de los mecanismos penales como herramienta de disuasión o criminalización de la protesta social constituye una barrera seria para el acceso a los mecanismos de reparación y a la justicia, por el potencial que tienen para desincentivar el ejercicio de distintos derechos humanos, incluyendo la libertad de expresión u opinión, y de reunión. Los Estados deben valorar cuidadosamente las instancias en las que se utilice la criminalización en contextos de protesta social, a fin

de respetar cuidadosamente los límites establecidos expresamente por el derecho internacional de los derechos humanos en materia de libertad de expresión. Además de lo anterior, para efectos de garantizar la equidad procesal, es importante que los Estados que aún no lo reconozcan así en sus marcos jurídicos, evalúen la utilización de cargas procesales dinámicas cuando el contexto lo requiera, que permitan la inversión de la carga de la prueba cuando la información que pueda resultar relevante para un caso esté en posesión de una empresa. Aunque alguna de la jurisprudencia se comienza a orientar en esa dirección, su definición en los códigos procesales puede representar una herramienta valiosa en casos de derechos humanos y empresas. Por último, un aspecto fundamental en esta temática es que tanto en las diferentes fases procesales como en la sentencia, los distintos órganos de procuración y de administración de justicia desempeñen sus funciones con perspectiva de género⁸, y teniendo en consideración las características particulares de grupos en situación de vulnerabilidad. Como el Grupo de Trabajo sobre las empresas y los derechos humanos lo ha reconocido, los obstáculos a los que se enfrentan no son solamente de carácter social, sino jurídicos, políticos, programáticos y procesales.

B. Barreras prácticas

Como sucede en otras regiones del mundo, una barrera importante en América Latina en materia de derechos humanos y empresas es la falta de conocimiento de los diferentes actores involucrados sobre las posibilidades de reparación que los distintos mecanismos ofrecen, así como la forma de acceder a ellos. Lo anterior representa un importante desafío para los Estados, que deben tomar medidas de concientización y difusión social sobre la existencia de esos mecanismos y su funcionamiento; los planes de acción nacional pueden desempeñar una función importante sobre esta cuestión. Aunque en la práctica las instituciones nacionales de derechos humanos usualmente pueden brindar asesoría sobre los mecanismos disponibles, es importante enfatizar el papel de la administración pública sobre este tema.

⁸ Consejo de Derechos Humanos, *Dimensiones de género de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/41/43 (23 de mayo de 2019), párs. 19-21.

Otra barrera práctica importante es el idioma, considerando la amplia presencia de poblaciones indígenas en el continente. Como muchas de ellas utilizan su propia lengua, el acceso a los mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales resulta más complicado, e incluso imposible, si no se cuenta con intérpretes o traductores, lo cual también es relevante en los contextos de consulta previa, libre e informada. En una línea similar, los costos para acceder a los mecanismos de reparación pueden ser importantes, y aunque para algunos procesos existe asesoría jurídica gratuita, esta no necesariamente está disponible más allá de las materias familiar o penal, que no necesariamente cubren las dimensiones o la complejidad de la temática de derechos humanos y empresas. En esa misma línea, se debe considerar el acceso físico a las instituciones de justicia, particularmente cuando estas no se encuentren cerca de las áreas donde los impactos adversos tengan lugar. Lo mismo ocurre en relación con los informes técnicos o peritajes, que usualmente tienen costos altos, por lo que las víctimas no necesariamente tienen la capacidad de cubrirlos.

Además de ello, debe señalarse como un área de oportunidad la colaboración entre instituciones nacionales de derechos humanos y Puntos de Contacto Nacional, que pueda ayudar a generar una mayor sincronía entre ambos mecanismos extrajudiciales. En esa misma línea, es importante visibilizar la importancia de la conciliación y la mediación, como mecanismos que puedan permitir la solución alternativa de controversias, y asegurar su difusión tanto en relación con empresas como con las organizaciones de la sociedad civil.

IV. PRESENTACIÓN DEL ESTUDIO

El presente estudio tiene como objetivo presentar una cartografía sobre los mecanismos de reparación judicial existentes en siete jurisdicciones de América Latina, así como sus experiencias abordando cuestiones ligadas a la responsabilidad empresarial por su involucramiento en impactos adversos a los derechos humanos y al medio ambiente. Para efectos de lo anterior, y como parte de los trabajos conjuntos entre la Academia Latinoamericana de Derechos Humanos y Empresas y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, se determinó que el estudio abordaría las experiencias de México, Colombia, Ecuador, Perú, Chile, Argentina y Brasil, concentrándose particularmente en aquellos contextos en los que la relación entre personas o comunidades afectadas nacen de

un acto ilícito. En virtud de lo anterior, como ya se mencionó previamente, deliberadamente se han dejado fuera las cuestiones laborales.

Este proyecto partió, además, de un cuestionario general, diseñado para abordar las distintas dimensiones de los mecanismos de reparación en materia de derechos humanos y empresas, y las condiciones jurídicas subyacentes a ellos. En ese sentido, se han tratado distintas cuestiones en cada una de las jurisdicciones estudiadas, partiendo de la debida diligencia en derechos humanos, y continuando con la responsabilidad civil extracontractual, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la responsabilidad administrativa (considerada en el contexto de la responsabilidad por daño ambiental, así como respecto de la contratación pública y de las empresas públicas), para concluir con los mecanismos de protección constitucional. Esta perspectiva panorámica permite exponer no sólo las interesantísimas experiencias de los distintos mecanismos jurisdiccionales de los países objeto de estudio, sino que revela las reiteradas ocasiones en que la justicia ha sido llamada a dilucidar cuestiones que abordan la relación entre las empresas y los derechos humanos. Por otra parte, el estudio identifica con claridad, además, algunas diferencias relevantes en los sistemas y mecanismos judiciales de la región, lo cual resalta la riqueza procesal y sustantiva que América Latina puede aportar a los debates globales sobre el acceso a la justicia en casos de empresas y derechos humanos.

Aunque no es el objetivo de esta presentación hacer un análisis pormenorizado de cada una de estas cuestiones, se resalta una conclusión general: el marco jurídico en vigor en América Latina, en mayor o menor medida, es suficientemente concreto para responsabilizar a las empresas por su involucramiento en impactos adversos a los derechos humanos, a partir de conceptos jurídicos genéricos, como el deber de prevención. Asimismo, las diversas experiencias –tanto positivas como negativas– de las distintas jurisdicciones reflejadas en este estudio demuestran que la cuestión de la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos se encuentra plena y vigente en los mecanismos judiciales de los países de América Latina.

ARGENTINA

I. DEBIDA DILIGENCIA EN DERECHOS HUMANOS¹

1. ¿Existe en el marco jurídico² de su país alguna norma que establezca explícitamente una obligación empresarial de respetar los derechos humanos?

Sí, a nivel doméstico las empresas se encuentran obligadas a respetar los derechos humanos por el profuso marco normativo que incorpora tratados de derechos humanos al ordenamiento argentino. Ello así en la medida en que, a partir de la reforma de 1994, y a través del artículo 75 inc. 22 de la Constitución nacional, se otorgó jerarquía suprallegal a los tratados y jerarquía constitucional a los de derechos humanos³.

La cláusula ha sido históricamente entendida como pauta para interpretar los tratados de derechos humanos de acuerdo con sus órganos o mecanismos de control. Se establece así un “bloque de constitucionalidad”. Sin embargo, es dable destacar que un reciente fallo de la Corte ha alertado a distintos autores sobre la posibilidad de avanzar en interpretaciones de carácter

¹ Aclaración inicial: Teniendo en consideración la forma federal del Estado argentino, coexisten junto al Estado federal, los Estados provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En este escenario, las respuestas que se brindan en este cuestionario se concretan en el marco normativo e institucional federal, sin profundizar respecto del estado actual de la regulación referida a estos temas en las provincias y en la ciudad autónoma de Buenos Aires.

² La anterior referencia abarca todas las ramas del derecho.

³ El artículo establece que estos tratados “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

dualista cuando se invoque la afectación del derecho público argentino recogido en el art. 27⁴.

De esta manera, la jerarquía normativa adopta la siguiente estructura:

- Constitución Nacional y tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22).
- Otros tratados de derechos humanos y demás tratados internacionales (de integración, de provincias con otros Estados, tratados bilaterales de inversión, etc.)
- Normas que se desprendan de tratados de integración (art. 75 inc. 24)
- Leyes nacionales.

En consecuencia, aunque los tratados de derechos humanos no generen responsabilidad a las empresas en el plano del derecho internacional, su incorporación en el derecho argentino las obliga a nivel local.

Mediante la reforma constitucional de 1994 también se sumó un capítulo llamado “nuevos derechos y garantías” donde se incluye expresamente el “derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley” (art. 41). También, incorpora el derecho de consumidores y usuarios, la protección contra monopolios y el derecho a la calidad y eficiencia de los servicios públicos, entre otros (art. 42). Para garantizar derechos constitucionales, legales o que emanen de tratados, establece como herramienta el amparo “contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares”. Esta acción se reconoce, en particular, para ser interpuesta “contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva

⁴ Ver ABRAMOVICH, Víctor, “Comentarios sobre *Fontevicchia*: la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los principios de derecho público argentino”, en: *Pensar en Derecho*, Universidad de Buenos Aires, (2017) y SABA, Roberto, “No huir de los tratados”, en: *Pensar en Derecho*, Universidad de Buenos Aires, (2017).

en general". Estos derechos y esta acción serán desarrollados con mayor profundidad en los siguientes capítulos.

Además, existen leyes y disposiciones administrativas que regulan el respeto a los derechos humanos en distintos ámbitos. En particular, en relación con no discriminación, derecho laboral, ambiente y anticorrupción.

En este sentido, el Estado ha sancionado leyes y reglamentos protectores del derecho a la salud y a un ambiente sano, que tienen como destinatarias también a las empresas. La normativa en materia ambiental se encuentra enmarcada en la Ley General del Ambiente (n° 25675) y una serie de leyes de presupuestos mínimos que rigen en el territorio nacional, sin perjuicio de la que en ejercicio de sus competencias hayan dictado las jurisdicciones, conforme la estructura federal de gobierno. Esta normativa se desarrollará en el acápite correspondiente.

Asimismo, el Estado ha sancionado leyes laborales y reglamentos que aseguran la protección y promoción de los derechos de los trabajadores por parte de las empresas, en línea con la protección que proveen los Principios fundamentales y derechos del trabajo de OIT. El abundante plexo normativo en cuanto a protección de trabajadores y trabajadoras incluye leyes sobre Contratos de Trabajo (ley n° 20744), Asociaciones Sindicales (n° 23551), de Reordenamiento Laboral (n° 25877), de Jornada de Trabajo (n° 11544) y de Obras Sociales (n° 23660).

En relación con el principio de no discriminación la ley n° 23592 de anti-discriminación tutela a las personas cuando no puede, se le dificulta, se le limita o se le reduce la posibilidad de ejercer un derecho por cuestiones de: raza, religión, nacionalidad, forma de pensar, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social y características físicas, estableciendo penas de prisión para la persona que participa en una organización que discrimina por raza o religión, hace propaganda sobre la superioridad de una raza o religión por sobre otras y/o alienta la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas por su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.

Además, la ley n° 26743 establece el derecho a la identidad de género de las personas, definiéndola como la vivencia interna e individual del género tal

como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. A partir de esta ley, el no reconocimiento de la identidad autopercebida es causal de discriminación.

2. ¿Establece el marco jurídico de su país la obligación de las empresas de contar con mecanismos o procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos?

No, el marco jurídico de Argentina no establece la obligación de las empresas de contar con mecanismos o procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos.

2.1. En caso afirmativo, señale la norma correspondiente.

No aplica.

2.2. En caso negativo, ¿existen obligaciones respecto de algunos elementos de la debida diligencia, como presentación de información extra-financiera, supervisión de las cadenas de suministro, etc.?

No existe en Argentina una obligación jurídica para empresas públicas o privadas de contar con mecanismos de debida diligencia específica en materia de derechos humanos. El gobierno promueve, a través del Punto Nacional de Contacto Argentino de la OCDE, la aplicación de las Líneas Directrices para Multinacionales y las guías de debida diligencia general y sectoriales.

No obstante, existe normativa sobre algunos elementos o sobre mecanismos de debida diligencia que tienen la potencialidad de mitigar impactos adversos en derechos humanos.

Mediante la ley n° 17811 de Oferta Pública de 1968 se creó la Comisión Nacional de Valores (CNV). Su misión es proteger a los inversores y promover el desarrollo de un mercado de capitales transparente, inclusivo y sustentable que contribuya al progreso económico y social del país. Esta Ley es reemplazada en 2012 por la ley n° 26813 –con modificaciones en 2018 por ley n° 27440– conocida como Nueva Ley de Mercado de Capitales, obtiene autarquía. La mencionada ley trajo cambios sustanciales en lo que respecta a la eliminación de la autorregulación de los mercados, lo cual implica

para la CNV las facultades de autorización, supervisión, fiscalización, poder disciplinario y regulación, respecto de la totalidad de los participantes del mercado de capitales.

En este marco, la CNV dictó la Resolución General n° 516/2007 indicando que el Directorio debe informar las operaciones con compañías afiliadas y vinculadas y, en general, aquellas que puedan ser relevantes para determinar el grado de efectividad y la observancia de los deberes de lealtad, diligencia e independencia. Adicionalmente, el Directorio debe informar las operaciones celebradas con los accionistas y los administradores. El Directorio debe asumir la administración de la Sociedad y aprobar las políticas y estrategias generales adecuadas a los diferentes momentos de existencia de la Sociedad, y en particular, (entre otros temas) lo referente a la política de responsabilidad social empresarial.

En cuanto a la integración del Directorio se establece la política de no discriminación en su integración. El Comité de Nombramientos y Gobierno Societario debe velar por que la designación de integrantes del Directorio no se vea obstaculizada en razón de ninguna forma de discriminación.

Mediante Resolución n°. 606/2012 se modificó la anterior, incorporando entre otros, principios, recomendaciones y preguntas de autodiagnóstico. En los principios que se incorporan se abordan la transparencia, la ética empresarial, la remuneración justa y responsable, entre otros. Para ellos, la normativa contempla una serie de recomendaciones para el gobierno societario. A su vez, provee preguntas de autodiagnóstico para que las empresas puedan responder.

Cabe mencionar también que la Ley de Acceso a la Información Pública (n° 27275), de 2016, tiene por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública. Para ello, establece los principios, el mecanismo y la autoridad competente para el acceso a la información pública en forma gratuita. El Art. 7 define como ámbito de aplicación en el que se comprende a las empresas y sociedades del Estado, sea que tenga participación mayoritaria o minoritaria; los concesionarios, permisionarios y licenciatarios de servicios públicos o concesionarios permisionarios del uso del dominio público y las organizaciones empresariales, partidos políticos,

sindicatos, universidades y cualquier otra entidad privada a la que se le hayan otorgado fondos públicos, en lo que se refiera a la información producida total o parcialmente o relacionada con los fondos públicos recibidos. Mediante la Decisión Administrativa n° 85/2018 de la Jefatura de Gabinete de Ministros se aprobaron los Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria de Argentina. Aquí se establece que “las empresas deben promover la generación de valor (social y económico)” y, en el lineamiento 3 que apunta a la sustentabilidad, se prevé que “[l]as iniciativas y políticas de sustentabilidad revisten importancia significativa en términos sociales e institucionales tanto para las empresas del sector privado como para las empresas que tienen participación estatal mayoritaria. Las mismas han evolucionado, entre otros aspectos, en términos de políticas inclusivas, de mayor transparencia, de protección del medio ambiente y de promoción de la diversidad. El Estado como accionista de sus empresas espera que las mismas adhieran a prácticas sustentables reconocidas internacionalmente y que al mismo tiempo reflejen sus particulares circunstancias, tanto sectoriales como de empresas de propiedad estatal”.

Específicamente dentro del sector de seguros, la Superintendencia de Seguros de la Nación, a través de su Resolución SSN n° 1119/18, modificó el Art. 9 del Reglamento General de la Actividad Aseguradora (Resolución SSN n° 38.708 de 2914) a los fines de “efectuar un proceso de modernización en su enfoque de supervisión, considerando para ello un modelo de supervisión Basada en Riesgos” atendiendo a recomendaciones internacionales, entre otras organizaciones internacionales, de la OCDE. Este marco normativo señala al órgano de administración como “responsable de establecer y vigilar la adecuada implementación de un correcto sistema de gestión integral de riesgos” (principio n°6) y de velar por una “dirección de la entidad con transparencia por parte del Órgano de Administración, responsable por una apropiada divulgación de la información hacia el asegurado, asegurable, productor asesor de seguros, agentes institorios, accionistas/socios y público en general” (principio n°15).

De esta manera, se aprueban los Principios y Recomendaciones de Gobierno Corporativo de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras y se establecen lineamientos mínimos para la composición del Órgano de Administración, cantidad de miembros, rotación, independencia, impedimentos y sanciones, entre otros. Además, se indica que “deberán confeccionar al cierre del

ejercicio anual una autoevaluación que refleje el grado de aplicación de los principios de Gobierno Corporativo” (pto. n° 9.1.2. reglamento).

Asimismo, fueron aprobadas un conjunto de normas que ordenan a las empresas pertenecientes al sector de seguros el análisis y gestión de riesgo de ser utilizadas por terceros con objetivos criminales de lavado de activos y financiación del terrorismo (LA/FT). Desde la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) se espera que las empresas públicas adopten las *Directrices de la OCDE sobre Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas* (2015).⁵ Sin embargo, estas directrices no prevén la necesidad de informar los impactos en poblaciones específicas, sino que tan solo establece que “*las empresas públicas listadas en bolsa o de gran tamaño, así como las empresas públicas dedicadas a importantes objetivos de política pública, deberían informar sobre las relaciones con partes interesadas*” (Directriz B). Dichas empresas, en tanto tengan objetivos específicos sobre políticas sociales y medioambientales, deben seguir las directrices de OCDE sobre divulgación de responsabilidad social y medioambiental.

3. ¿Existen referencias a la noción de debida diligencia en derechos humanos conforme a los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos en las decisiones judiciales? En caso afirmativo, señale en cuáles, incluyendo la referencia correspondiente

Son escasas las referencias expresas a los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos en decisiones judiciales.

En “F. C. E. T. c. Losada”⁶ el demandante se desempeñaba como gerente de legales del banco de la Banca Nazionale del Lavoro SA (BNL), adquirida luego por HSBC Bank Argentina SA, breve tiempo antes de que fuera despedido. La demanda es contra el HSBC y el presidente del directorio, y solicita una indemnización por incapacidad laboral debido a las condiciones de presión y estrés laboral producto de la gran cantidad de amparos que tuvo que atender en el marco de la crisis financiera y cambiaria de Argentina posterior

⁵ Ver <https://www.siggen.gob.ar/pdfs/publicaciones-tecnicas/pts_15.pdf>.

⁶ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo–Sala VI, F, C E T c Losada, Antonio Miguel y otro, 13/07/2012. Cita:IJ-LXV-754.

al 2001. Los dichos descalificatorios del presidente del Directorio hacia el demandante, en desmedro de *“su reputación, su trayectoria y su imagen, y sus derechos humanos, ya que se vió privado de su derecho de defensa”*, son tomados por el juez para hacerlo solidariamente responsable con el HSBC por el daño moral ocasionado. El tribunal refiere, entonces, a la debida diligencia empresarial: *“Cuando una empresa ‘detecta’ que ‘puede provocar o contribuir a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos que no haya sabido prever o evitar’, ya sea mediante el proceso de debida diligencia o por otros medios, ‘debe emplearse a fondo, en virtud de su responsabilidad de respetar los derechos humanos para remediar esa situación, por sí sola o en cooperación con otros actores’ (Pcios. Rectores, 22; Dirs. OCDE, IV.6 y 46). A los impactos potenciales se ha de responder con medidas de prevención o mitigación, mientras que los impactos reales –los que ya se han producido– deben ser remediados (Pcios. Rectores, 17; Dirs. OCDE, 14), lo cual puede incluir disculpas, restitución, rehabilitación, compensaciones económicas o no económicas y sanciones punitivas (ya sean penales o administrativas, p.ej., multas), así como medidas de prevención de nuevos daños como, v.gr., los requerimientos o las garantías de no repetición (Pcios. Rectores, 25). En paralelo, según se sigue de lo señalado supra (1.1.1, A), a los Estados les corresponde adoptar las medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/ o jurisdicción, los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces (Pcios. Rectores, 25)”*.

Estos exactos argumentos por parte del mismo tribunal se repetirán en el caso *“A. A. Y. c. Shell”*⁷. En este caso, la trabajadora de una estación de servicio de la empresa Shell denunció ser despedida en virtud de no acceder a proposiciones sexuales por parte de sus superiores. Se invoca, a su vez, la Convención Belém do Pará y la ley de protección integral de las mujeres, incorporando de esta manera la perspectiva de género en el fallo. El juez invoca los Principios Rectores y considera a Shell responsable solidaria por el daño moral reclamado.

⁷ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo–Sala VI A, A Y c Shell Compañía Argentina de Petróleo SA. y otros s/ despido. 24/09/2014. Cita:IJ-DCCCXXIII-743.

Finalmente, en “I., M. G. c. Techint S.A.”⁸, se trata de un caso particular en el que se enmarca bajo la ley de accidentes de trabajo (ley n°9688) la responsabilidad de la empresa con víctimas de desapariciones forzadas de la última dictadura. En este caso particular, reclama la hija del Sr. E.I., secuestrado en su lugar de trabajo–la Obra Siderca, fábrica de Techint S.A.- El juez entiende por probado el secuestro allí y sostiene, además, que “la empresa debió cumplir respecto de la víctima con el deber de seguridad en la conceptualización amplia del art.75 de la LCT coincidente con la vigencia del principio de indemnidad, de la cual la empleadora no puede exonerarse.” Entiende el juez que una interpretación contraria vulneraría el principio progresivo de los derechos humanos, e invoca los Principios Rectores para referir que había un deber de respeto a los derechos humanos por parte de la empresa.

Otro caso que contiene elementos de la debida diligencia es la causa “Mendoza”⁹, en cuanto a que establece un Plan Integral de Saneamiento Ambiental que tiene como objetivo no sólo la remediación sino también “la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción” (considerando 17) para la Cuenca Matanza-Riachuelo¹⁰.

Otro elemento de la debida diligencia puede encontrarse en el caso Fundación Ambiente y Recursos Naturales c/YPF SA s/Varios¹¹, donde se ordena a YPF S.A. que brinde información ambiental. La Organización de la Sociedad Civil, luego de requerir en dos oportunidades información pública ambiental de las actividades que la empresa realiza en el yacimiento Vaca Muerta, ubicado

⁸ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo–Sala V. “I., M. G. c. Techint S.A. Compañía Técnica Internacional s/ accidente–ley especial”. 27-02-2015. Cita:IJ-DCCCXXIII-290.

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza–Riachuelo).” 03/06/2008. <<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mendoza-beatriz-silvia-otros-estado-nacional-otros-danos-perjuicios-danos-derivados-contaminacion-ambiental-rio-matanza-riachuelo-fa08000047-2008-07-08/123456789-740-0008-0ots-eupmocsollaf.>>.

¹⁰ Este fallo, por ser un leading case en materia ambiental, será desarrollado en el apartado correspondiente.

¹¹ Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso. Fundación Ambiente y Recursos Naturales c/YPF SA s/Varios. 03/07/2019. Cita: IJ-DCCLVI-536.< http://www.saij.gob.ar/fa19100006?utm_source=newsletter-mensual&utm_medium=email&utm_term=mensual&utm_campaign=jurisprudencia-federal>.

en la provincia de Neuquén, y que ésta se negara, solicita vía judicial amparada en la ley de acceso a la información. La empresa sostiene que no puede considerarse como el Estado Nacional y que corresponde a las autoridades públicas competentes brindar información. YPF rechaza encontrarse dentro de las categorías que la Ley 25.831 establece (Estado, entes autárquicos y empresas prestadoras de servicios públicos).

El tribunal invoca tratados de derechos humanos sobre el derecho de acceso a la información pública en general y señala que el acceso a la misma es uno de los tres pilares fundamentales en cuanto a protección del ambiente junto con la participación y la obligación de los estados de garantizar la plena vigencia de dicha accesibilidad. Invoca el precedente “Giustiniani” donde la Corte Suprema sostiene que YPF funciona bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional—por disponer del 51% de las acciones de la sociedad y controlarla—y que desempeña actividades comerciales de interés público.

El tribunal resuelve que YPF, en tanto empresa privada que realiza una actividad comercial que ha sido declarada de interés público, con un patrimonio accionario en un 51% pertenece al Estado Nacional (es decir, donde goza de plena capacidad para la formación de la voluntad societaria y designación de sus directores conforme a la ley n° 26741), resulta evidente la integración de esta dentro del Sector Público Nacional, por cuanto hace lugar a la demanda.

4. ¿Cómo se ha abordado el “levantamiento” del velo corporativo en las decisiones judiciales de su país? ¿En qué casos es posible llevarlo a cabo?

Existen menciones a la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica (o la denominada teoría del descorrimiento del velo de la personería jurídica), regulada en la Ley de Sociedades N° 19550 (art. 54, in fine), en la ley de Concursos y Quiebras N° 24522 (art. 161) y en la Ley de Contrato de Trabajo N° 20744 (art. 31). El principal ámbito de aplicación de la inoponibilidad de la persona jurídica ha sido el fuero laboral a partir del ilícito laboral (la falta de registro de la persona trabajadora), aunque la aplicación en este último ámbito ha sido fuertemente cuestionada por

la doctrina. En materia impositiva o tributaria se presenta el caso “Parke Davis” en 1973¹². La estadounidense Parke Davis Co. de Detroit posee el 99% de las acciones de Parke Davis y Cía. de Argentina S.A.I.C. En la causa se discute si corresponden las deducciones de impuestos presentadas por la empresa argentina—motivadas en el pago de regalías por el uso de fórmulas—de Parke Davis Co. o si corresponden a una utilidad gravable bajo la ley 11682, que establece el régimen de impuesto a los réditos. La postura del fisco argentino es que el principio interpretativo de realidad económica establecida en los artículos 11 y 12 de la ley n° 11682 obliga a pensar al conjunto económico como filial y casa matriz del exterior, con prescindencia de la distinción de personería jurídica, tratando a estas operaciones como negocio propio de la empresa extranjera. La Corte Suprema entendió que “la sociedad local se encuentra sin lugar a dudas en relación orgánica de dependencia con la sociedad foránea por su incorporación financiera a la sociedad dominante. Esa relación no suprime la personalidad jurídica de la sociedad dependiente, pero tampoco anula su capacidad jurídica tributaria” (pto. 12) y que, “mediante los parámetros del principio de la realidad económica o de la teoría del órgano, de lo que se trata es de la consideración del fondo real de la persona jurídica” (pto. 16), confirmando la sentencia contra Parke Davis.

En el mismo año la Corte falló en el caso “Swift-Deltec”¹³. La empresa localmente constituida Swift se presentó a concurso—posteriormente declarada en quiebra—verificó un crédito a favor de la multinacional Deltec, que poseía el 99% de las acciones. Un acreedor impugnó este crédito y el juez de la quiebra resolvió extender la responsabilidad “a la totalidad de las empresas del grupo”, extendiendo a Deltec. La Cámara señala que no se dio por cuestionada la existencia de “un grupo de sociedades, con sede en el país y en extranjero, cuyos paquetes accionarios -prácticamente en su totalidad—permanecen en propiedad de los entes del mismo grupo entre ellos”. La Cámara resalta también que las propias comunicaciones de Deltec hablan

¹² Cámara nacional de apelaciones en lo federal y contencioso administrativo “Parke Davis y Cía. de Argentina SAIC s/recurso de apelación impuesto a los réditos, de emergencia y sustitutivo”, 31/07/73. <<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-parke-davis-cia-argentina-saic-impuesto-reditos-emergencia-sustitutivo-fa73009992-1973-07-31/123456789-299-9003-7ots-eupmocsollaf.>>.

¹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Compañía Swift de la Plata S.A. Frigorífica s/quiebra”, 08/09/1973, Fallos 286:257.

sobre “sus subsidiarias”. Sin embargo, notificadas las empresas de Deltec International, afirmaron no tener representación ni agencia en la Argentina.

La Corte se pronunció sobre el régimen de la personalidad jurídica. Entendió que “no puede utilizarse en contra de los intereses superiores de la sociedad ni de los derechos de terceros. Las técnicas manipuladas para cohibir el uso meramente instrumental de las formas societarias varían y adoptan diferentes nombres, pero todas postulan en sustancia la consideración de la realidad económica y social y la supremacía del derecho objetivo”. Aún más, la Corte entiende que se pone en juego el orden económico nacional y extiende la quiebra a Deltec International Limited como deudora real y responsable de las obligaciones de la fallida.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

5. Señale las disposiciones normativas que establecen la responsabilidad civil por actos ilícitos (responsabilidad civil extracontractual)

En cuanto a la regulación de la responsabilidad civil en el derecho argentino, el Código Civil y Comercial modifica la metodología en materia de responsabilidad “de manera notable y harto beneficiosa”¹⁴ con relación a las disposiciones del Código Civil derogado: “El núcleo central está regulado entre los art. 1708 y 1780 en el Capítulo 1 del título V (otras fuentes de obligaciones) del libro tercero (derechos personales)”¹⁵. Se encuentra dividida en once secciones, dispuestas de lo más general a lo particular en función de la construcción del sistema de responsabilidad.

La estructura del sistema tiene una serie de notas distintivas en la medida en que “concibe a la responsabilidad civil como un sistema que pone el canto en el principio de indemnidad de la víctima”¹⁶ la introducción de los conceptos de daño o peligro de daño como ejes vertebrales del sistema, las

¹⁴ OSSOLA, Federico, *Responsabilidad Civil*, la Ley, Buenos Aires, 2016, 11.

¹⁵ OSSOLA, Federico, *Responsabilidad Civil*, la Ley, Buenos Aires, (2016), 11.

¹⁶ Lorenzetti, Pablo, “Comentario al art 1708”, en Lorenzetti, Ricardo L., *Código civil y comercial explicado. Responsabilidad Civil*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, (2020), 9.

funciones preventiva y sancionatoria de la responsabilidad, la introducción del principio *alterum non laedere* de raigambre constitucional contenido en el art. 19 CN y, por ende, la jerarquía constitucional del principio de reparación del daño. Las normas contenidas entre los art. 1708 y 1780 del CCCN constituyen el epicentro del sistema, que debe ser interpretado e integrado con las restantes normas del propio Código y las normas especiales. “Existe una teoría general de la responsabilidad civil que se proyecta a todas las situaciones dañosas, o que entrañan peligro de daño. Los presupuestos de la responsabilidad (antijuridicidad, nexo causal, factor de atribución y daño), se predicen en ambos campos, y conceptualmente con un significado único”¹⁷.

La referencia a la función preventiva del daño resulta de particular interés para el sistema de reparaciones vinculadas a violaciones de derechos humanos por parte de empresas. Los artículos 1710 y 1711 determinan la obligación de prevención del daño¹⁸, que encarna el deber de no dañar, y la acción que se deriva del quebrantamiento de esta obligación. Para que opere no será necesario que concurra ningún factor de atribución. Así, y conforme lo dispuesto por el art. 1711 en consonancia con el criterio impuesto por el principio de prevención del daño, quien alegue un interés razonable no debe demostrar ningún factor de atribución, ni la existencia fáctica de daño toda vez que la procedencia de la acción requiere tan solo “una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño”. Entendemos comprendido dentro de este supuesto la afectación al ambiente y de los derechos de las y los consumidores como consecuencia de la actividad

¹⁷ OSSOLA, Federico, *Responsabilidad Civil*, la Ley, Buenos Aires, (2016), 31-32. “Existe un tratamiento unitario de [l fenómeno resarcitorio], en el sentido de que la *teoría General* abarca todos los supuestos. Los principios, los presupuestos, las eximentes, a nivel conceptual, son los mismos”, OSSOLA, Federico, *Responsabilidad Civil*, la Ley, Buenos Aires, (2016), 30.

¹⁸ “La norma impone el deber de prevención a toda persona sin distinción, razón por la cual se debe entender que incluye tanto a las humanas como a las jurídicas, que tengan la posibilidad material o jurídica de evitar el perjuicio sea la vinculación contractual o aquiliana. Va de suyo, que no será exigible este deber si el sujeto no tiene la capacidad para impedir la producción del menoscabo” LORENZETTI, Pablo, “Comentario al art. 1710”, en Lorenzetti, Ricardo L., *Código civil y comercial explicado. Responsabilidad Civil*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, (2020), 23.

empresarial. El Código Civil y Comercial establece además la legitimación activa para esta vía en el art. 1712¹⁹.

Para decidir sobre la prevención del daño, el tribunal deberá tomar en consideración el art. 1713 al momento de sentencia²⁰. En consecuencia, en la etapa resolutive habrá de ordenar obligaciones de dar, hacer o no hacer según el caso, ponderando los principios de menor restricción posible y de eficacia de la sentencia.

En cuanto a la función resarcitoria, tanto la obligación del deber de no dañar como el incumplimiento de una obligación dan lugar a la reparación por el daño causado (art. 1716), ello así pues la responsabilidad civil ha sido unificada en relación con la fuente²¹. Es dable señalar que el ordenamiento jurídico argentino pondera la prevención del daño por sobre su reparación, en especial respecto de aquellas materias en las que la reparación es de difícil, cuando no imposible, materialización.

En el marco de la función resarcitoria, la regulación establece causales de exoneración de la responsabilidad que atienden a ciertos hechos que justifican el daño como el ejercicio regular de un derecho, la legítima defensa propia o de terceros, la actuación para evitar un mal actual o inminente (art. 1718), y la asunción del riesgo por parte de la víctima (art. 1719). Es igualmente motivo de liberación de la responsabilidad el consentimiento informado del damnificado, siempre que este no haya sido obtenido mediante cláusulas abusivas (art.1720).

¹⁹ Art.1712: Legitimación: Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

²⁰ Si bien el Código no establece la vía procesal para dar curso a la acción de prevención la doctrina ha dicho que: El CCC regula, en forma directa, el contenido de la sentencia sin prever cuál sería el trámite que se le debe imprimir a la acción preventiva. En ese sentido, sin lugar a hesitación, para que sea efectiva la tutela judicial de los derechos de quien teme por un daño futuro e inicia una acción preventiva, tiene una raíz constitucional, que debe permitirse que el acceso a la jurisdicción sea por el trámite más abreviado que tenga cada jurisdicción, incluyendo a la acción de amparo”, Alferillo, Pascual, “Comentario al art. 1713”, en: Alterini, Jorge H, Código civil y comercial comentado. Tratado exegético, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, (2019), 40.

²¹ LORENZETTI, Ricardo, L., *Fundamentos de derecho privado. Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, (2016), 348.

En cuanto a la legitimación activa para reclamar la reparación por el menoscabo a un bien o una cosa, esta recae en cabeza del titular de un derecho real sobre la cosa o bien, y/o del tenedor y el poseedor de buena fe de la cosa o bien (art. 1722). La acción contra el responsable directo o indirecto puede ser interpuesta por los legitimados mencionados de manera conjunta o separada contra el responsable directo o el indirecto (art. 1773).

Los factores de atribución y eximentes deben ser probados por quien los alega (art. 1734), aunque el tribunal puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la debida diligencia, ponderando cuál de las partes se encuentra en mejor situación para aportarla (art. 1735). De igual forma, la prueba de la relación de causalidad habrá de ser probada por quien la alega, excepto cuando la ley la impute o presuma (art. 1736). En cuanto a la prueba de reparación, quien alega el daño debe probarlo, exceptuando las circunstancias en las que la ley lo impute o presuma o que surja notorio por los propios hechos (art. 1744)²².

Interesan, particularmente, a efectos de este informe los sujetos responsables comprendidos en la ley argentina. En términos generales es sujeto responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión (art. 1749). La pluralidad de responsables (art. 1751) reconoce responsabilidad directa sobre varias personas siempre que el daño tenga causa única, para cuyo caso serán de aplicación las reglas de las obligaciones solidarias. Si las causas son distintas, serán aplicables las disposiciones referidas a las obligaciones concurrentes. El art. 1762, regula específicamente lo relativo a la actividad peligrosa de un grupo: cuando esa actividad es peligrosa para terceros todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros, sólo puede liberarse quien demuestra que no integraba el grupo.

Por su parte, la responsabilidad de las personas jurídicas, regulada en la sección 9ª referida a los sujetos especiales de responsabilidad establece que la persona jurídica responde por los daños que causen quienes las integren,

²² “El CCC recepta el principio *favor victimae* que tiende a aliviar la carga de la prueba la sola existencia de daño dispara una flecha contra una categoría de sujetos y cada uno de ellos debe decir *yo no fui* para eximirse, ha cambiado el efecto inercial”, LORENZETTI, Ricardo L., *Fundamentos de derecho privado. Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, (2016), 336.

dirijan o administren en ejercicio en ocasión de sus funciones (art. 1763). En los casos referidos a violaciones de derechos humanos por parte de empresas podrán resultar aplicables tanto las disposiciones referidas a la prevención del daño como las establecidas para la reparación.

Además de estipular el alcance de la indemnización debida como consecuencia del daño, que incluye la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante y la pérdida de chances, y las consecuencias de la violación de derechos personalísimos de la víctima, su integridad personal, salud psicofísica y afectaciones espirituales legítimas o que resulten de la interferencia en su proyecto de vida, el código prevé la reparación plena del daño²³ (art. 1740) y la indemnización de las consecuencias no patrimoniales (art. 1741), por fallecimiento (art. 1745) y por lesiones o incapacidad física o psíquica (art. 1746).

6. ¿Se ha abordado o desarrollado en la jurisprudencia de su país la noción de responsabilidad civil extracontractual?

En línea con el desarrollo de la pregunta 5, se incluyen en este apartado algunas de las referencias jurisprudenciales principales en las que se aborda el deber general de no dañar, reconociendo su rango constitucional.

En “Gunther, Fernando Raul c. Nación Argentina” del 05/08/1986, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió sobre la demanda interpuesta por una persona que sufrió un accidente mientras cumplía el servicio militar obligatorio, en cuya oportunidad cayó desde el techo de la cantina del batallón del que formaba parte y en el que se hallaba reparando la antena de un aparato de televisión. El tribunal resolvió que “el principio del *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica. Ninguna disposición consti-

²³ La reparación integral goza de jerarquía constitucional conforme la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 17/03/1998, “Peón, Juan D y otra c. Centro médico del Sud S.A”, en igual sentido: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 21/09/2004, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA”.

tucional destaca la posibilidad de un tratamiento distinto entre las personas privadas o públicas (Estado) y el art. 100 de la Carta Magna menciona a la Nación como justiciable por cualquier clase de causa, por lo que resulta indudable también desde este ángulo la existencia de responsabilidad estatal en el *sub lite*". Todavía más y en concordancia con el paradigma interpretativo propuesto por el actual Código Civil y Comercial indicó que: "por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, o sea, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país (Fallos: 241:227; 249:37; 301:1149), de modo de obtener su armonización y concordancia entre sí y, especialmente, con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 296:22) y sentencia del 05/03/1985, in re: L.91-XX, "Luna, Juan S. v. Ferrocarriles Argentinos s/ordinario *Ver Texto*", consids. 12 y 13)"²⁴.

En "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA", 21/09/2004, la Corte Suprema resolvió confirmando la sentencia contra una empresa en el marco de una demanda por accidente de trabajo. En el caso, la Cámara de Apelaciones había confirmado la sentencia de primera instancia por la que se declaraba la inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1 de la ley 24.557 y condenaba a la empleadora al pago de la indemnización por daños fundada en el Código Civil. La Corte reafirma lo dicho en "Gunther" indicando el carácter constitucional del deber general no dañar, avanzando sobre la concepción

²⁴ Sobre la interpretación armónica de las leyes que componen el ordenamiento jurídico nacional, en Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15/10/1998, "Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional-Estado Mayor Conjunto de las FF.AA. s/ amparo ley 16.986", el hermano de una persona supuestamente abatida por las Fuerzas Armadas y de Seguridad durante el Proceso de Reorganización Nacional, promovió acción de habeas data tendiente a obtener información sobre dicho suceso que obrase en los bancos de datos de los organismos estatales. En las instancias ordinarias se rechazó la pretensión esgrimida. Concedido el recurso extraordinario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó el pronunciamiento de cámara. En su decisión, la Corte Suprema señaló que "las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias"- En su voto, el juez Bossert indicó que "la interpretación de las leyes debe hacerse armónicamente teniendo en cuenta la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común, tanto de la tarea legislativa como de la judicial (conf. mi voto en S.131.XXI, "Provincia de Santa Cruz c. Estado nacional s/ nulidad (dec. 2227)", sentencia del 8 de abril de 1997 -DJ, 1997-B-226-)".

de la reparación integral ordenada por el derecho civil y que apareciera desplazada por menores exigencias en la Ley de Riesgos del Trabajo. En particular indica que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo – más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”.

En “Santa Coloma”²⁵, el mismo tribunal aborda nuevamente el carácter constitucional del deber general de no dañar y, en particular, la reparación integral, indicando que “la sentencia que al establecer la indemnización del daño moral fija una suma cuyo alegado carácter sancionatorio es–por su menguado monto meramente nominal -, y renuncia expresamente y en forma apriorística a mitigar de alguna manera–por imperfecta que sea–el dolor que dice comprender, lesiona el principio de *alterum nom laedere* que tiene raíz constitucional (art. 19 de la Ley Fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el tribunal, dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el Preámbulo de la Carta Magna”.

A partir de la jurisprudencia de la Corte reseñada y en conjunción con otras decisiones que refuerzan esta tendencia²⁶, la doctrina ha dado en señalar “la consolidación del criterio que indica que las normas del Código sustancial, otrora el Código Civil, relacionadas con la responsabilidad civil, solo consagran el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución nacional, que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de terceros, se constituyen en reglamentaria y a su vez expresan un principio general aplicable a las otras disciplinas jurídicas”²⁷.

²⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05/08/1986, “Santa Coloma, Luis Federico y otros c. E.F.A”.

²⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 25/09/1997, “L.B. J. y otra c- Policía Federal Argentina”; Corte Suprema de Justicia de la Nación, 25/08/1992, “Valenzuela, Rubén c. La Nación Estado Mayor del Ejército s/daños y perjuicios”; Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05/06/2007, “Ramírez, Juan Carlos c. E. B. Y. s/daños y perjuicios”; Corte Suprema de Justicia de la Nación, 30/10/2007, “Otero de Cufre, Sara Beatriz c. Avícola Capitán Sarmiento S.A y otro s/ indemnización por fallecimiento”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 08/04/2008, “Arostegui, Pablo Martín c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Peluso y Compañía SRL”; Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18/06/2008, “Bernald, Darío c. Bertoncini Construcciones SA”;

²⁷ Alferillo, Pascual, “Comentario al art 1716”, en: Alterini, Jorge H, Código civil y comercial comentado. Tratado exegético, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, (2016), 48.

6.1. *En caso afirmativo, ¿se ha utilizado este mecanismo para abordar cuestiones de derechos humanos?*

El uso del sistema de responsabilidad civil ha sido utilizado en algunas ocasiones para abordar cuestiones de derechos humanos. Se destacan especialmente algunas sentencias vinculadas con afectaciones al ambiente, discriminación y derechos laborales.

El 08/07/2008 la CSJN se pronunció en “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”, sobre la responsabilidad por las acciones y omisiones de empresas y autoridades, en materia de prevención de la degradación ambiental de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo. En su decisión, el tribunal ordenó la realización de inspecciones a todas las empresas existentes en la cuenca, la identificación de aquellas que se consideran contaminantes, y para aquellas que así fueran consideradas, la obligación de presentar un plan de tratamiento, o en caso de que dicho plan no fuera aprobado, el cese en el vertido, emisión y disposición de sustancias contaminantes. Asimismo, la Corte Suprema ordenó a la Autoridad de Cuenca la clausura total o parcial, y/o traslado, de las empresas contaminantes. Además de dichas medidas, la Corte ordenó otras medidas respecto del saneamiento de basurales, la limpieza de los márgenes del río, la expansión de la red de agua potable, la conclusión de las obras de desagües pluviales, y un plan sanitario de emergencia, a ser cumplidas por distintas autoridades. El tribunal no se pronunció sobre las indemnizaciones individuales que corresponden a las partes actoras.

La sala 2 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata en “Machinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ Reclamo contra actos de particulares” del 27/05/2009, el tribunal condenó a la parte demandada como consecuencia de la violación del Sistema de protección integral de los discapacitados consagrado en la ley N° 22.431 al constarse la discriminación sufrida por una persona con discapacidad motora. En consecuencia, ordenó la reparación por los daños y perjuicios, además de los daños punitivos, como medida tendiente a provocar la no repetición de la conducta que dio origen al daño²⁸.

²⁸ CNCyC, Mar del Plata, Sala 2, 27/05/2009, “Machinandiarena Hernández, Nicolás c Telefónica de Argentina s/ Reclamo contra actos de particulares.

En una sentencia previa a la reforma del sistema de derecho privado argentino, la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en “A. Y. c/ Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. y Otros s/ despido”, del 24/09/2014, condenó solidariamente a la empresa petrolera codemandada a pagar una indemnización por daño moral a una trabajadora de una estación de servicio que fuera víctima de acoso sexual. En la decisión fue considerado que: “Shell controlaba sistemáticamente la marcha del negocio en cuanto a las ventas de sus productos, pero en una suerte de responsabilidad *in vigilando*, debió controlar también que trabajadores vestidos con su uniforme e insignia no fueran objeto de actos aberrantes violatorios de derechos humanos, porque ello hace a la responsabilidad social de una gran empresa de carácter transnacional”. La sentencia hace referencia al enfoque de empresas y derechos humanos y menciona los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Finalmente, en “Q., M. A. c. Nobleza Piccardo SA y otros s/ daños y perjuicios, del 09/09/2019, la Sala C de la Cámara de Apelaciones en lo Civil resolvió condenar a una empresa tabacalera por los daños derivados de la muerte de un hombre que fumaba hasta treinta cigarrillos por día, desde los diecisiete años, y falleció por cáncer de pulmón. En su decisión el tribunal afirmó que “no se atribuye responsabilidad al fabricante o productor por el solo hecho de poner en el mercado productos cuyo consumo pueda provocar algún daño a la salud o integridad física del consumidor. Una disposición de esta naturaleza acabaría directamente con cualquier economía de mercado, desde que existen muchísimos productos cuya utilización es potencialmente dañosa a la salud de los consumidores, ya sea por su forma de utilización o bien por la cantidad y/o habitualidad que se emplee en su consumo”. En particular, la cámara señaló el impacto de la reforma del Código Civil y Comercial en materia de responsabilidad e indicó que debe tenerse presente que “la nueva responsabilidad civil contiene una composición diferente a la anterior (arg. art. 1717 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), y el sistema funciona de otra manera: no hay tipicidad del hecho dañoso, sino que se ha utilizado una formulación abierta (*alterum non leadare*) que permite atrapar cualquier modalidad de actuación que resulte en daño (...) es decir que es antijurídico todo hecho que daña en la medida en que el daño no esté jus-

tificado, sin necesidad de que exista una expresa prohibición legal en cada caso (antijuridicidad material)". Se destacan, asimismo, las referencias en cuanto a la apreciación del daño con relación al valor de la vida humana. Sobre este punto el tribunal indica que "[considerar que la vida humana no tiene un valor económico *per se* sino en función a lo que produce o puede producir constituye un enfoque estrictamente económico y axiológicamente disvalioso, que no se condice con el respeto de la vida y la dignidad como derechos fundamentales del hombre, tutelado por declaraciones internacionales, tratados, sentencias de tribunales transnacionales y receptados entre otros por el art. 4 del Pacto de San José de Costa Rica, arts. I, IV y VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 2, 3, 6, 16 y concordantes de la Declaración Universal de los Derechos humanos, todos ellos de raigambre constitucional en nuestro país".

6.1.2. En caso negativo, ¿sería factible que los tribunales conocieran casos de responsabilidad civil extracontractual por violaciones a derechos humanos relacionadas con empresas?

No aplica.

7. ¿Existe o podría existir un vínculo entre la responsabilidad civil extracontractual y la debida diligencia en derechos humanos?

No, más allá de las normas y disposiciones vigentes desarrolladas en las preguntas 1 y 2 de este informe, referidas al alcance de las disposiciones que componen el contenido de la debida diligencia en derechos humanos en el derecho argentino, no existe un vínculo jurídico o normativo establecido entre responsabilidad civil y debida diligencia en derechos humanos. Sin embargo, es posible trazar algunas conexiones dentro del sistema del derecho privado argentino que pueden funcionar como indicios o herramientas para la construcción de teorías e interpretaciones doctrinarias que permitan asegurar derechos y obligaciones asociados a la debida diligencia empresarial en derechos humanos.

Ocupa un lugar trascendental en la relación entre responsabilidad civil y debida diligencia en derechos humanos la función preventiva del daño incorporada a partir de la reforma del Código Civil y Comercial de manera explícita en el

sistema de responsabilidad civil argentina. En efecto, la reforma del Código Civil y Comercial nacional introdujo la función preventiva del daño y con ella establece la obligación general de no dañar, comprendiendo el deber de toda persona de adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias razonables para evitar daños o disminuir su magnitud (Art. 1710). La regulación prevé una legitimación amplia (art. 1713) para la interposición de la acción preventiva (Art. 1711) y amplias funciones para que el tribunal adopte medidas tendientes a hacer cumplir el mandato preventivo (Art. 1715).

La regulación de la función preventiva del daño comprende el deber de evitar causar un daño no justificado, la adopción de medidas para evitar que se produzca un daño o la disminución de su magnitud y la no agravación del daño si este ya se produjo²⁹. En ese sentido se ha dicho que “en el deber de no dar está implícito el deber de evitar el daño. Por eso, el deber de evitar causar un daño no justificado tiene raíz en el principio *noeminem laedere* que reconoce fuente constitucional (art. 19 CN), siendo el art. 1710 su consagración legal como deber jurídico”³⁰. La doctrina señala que “la prevención anida en el deber general de diligencia que pesa sobre todo ciudadano como contrapartida de su derecho de seguridad, de origen constitucional (Art. 42 CN), que protege la vida y la salud de las personas muy especialmente en la relación de consumo, conforme doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (...) La obligación de seguridad en la relación de consumo, en cuanto mandato constitucional expreso y operativo, impone el deber de prevención, por lo que el prestador debe adoptar las medidas acordes y conducentes para evitarlos y las “mínimas medidas de seguridad para evitar daños previsibles o evitables (voto de la mayoría en CSJN, 09/03/2010, “Uriarte, M.H. c/ Transportes Metropolitanos General Roca”)³¹.

La Comisión redactora del Código Civil y Comercial de la República Argentina introdujo en los fundamentos del anteproyecto sus comentarios

²⁹ LORENZETTI, Pablo, “Comentario al art 1710”, en: Lorenzetti, Ricardo L (director), *Código Civil y Comercial explicado. Responsabilidad Civil*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, (2020), 14.

³⁰ GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., BORDA, Alejandro, ALFERILLO, Pascual E., KRIEGER, Walter F, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Comentado, anotado y concordado*, tomo 2, Astrea, Buenos Aires, (2015), 1028.

³¹ GALDÓS, Jorge Mario, “Comentario al art. 1710”, en: Lorenzetti, Ricardo L (director), *Código Civil y Comercial comentado*, tomo VIII, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, (2015), 298.

sobre la importancia de la función preventiva del daño y las consecuencias que acarrea el incumplimiento del deber de prevención, indicando que “la omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva cuyos presupuestos son: a) autoría: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño conforme el artículo anterior [1710]; b) la antijuridicidad: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; c) causalidad: porque la amenaza del daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes; d) no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir”³². Particularmente en cuanto a la prevención respecto de los bienes de incidencia colectiva, la comisión redactora apuntó la clara prioridad que reviste la función preventiva indicando que esta “precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente. En estos casos se observa además ‘la tragedia de los bienes comunes, ya que los incentivos para cuidarlos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconoce la facultad judicial de aplicar multas civiles o daños punitivos’”³³. Su importancia es tal dentro del sistema que se ha dicho que “la función preventiva y el deber general de evitación de daños que consagra este artículo se erigen entonces como la herramienta más útil a la cual pueden recurrir los operadores jurídicos para tornar operativo el principio constitucional de *alterum non laedere*”³⁴.

La cuestión acerca de la tutela otorgada en el marco de la acción preventiva “adquirirá igualmente ribetes particulares en lo que atañe a bienes colectivos como el ambiente, el patrimonio artístico o cultural, los derechos de

³² COMISIÓN REDACTORA, *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, disponible en: <https://www.pensamientocivil.com.ar/nuevocodcivil/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

³³ COMISIÓN REDACTORA, *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, disponible en: <https://www.pensamientocivil.com.ar/nuevocodcivil/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

³⁴ LORENZETTI, Pablo, “Comentario al art 1710”, en: Lorenzetti, Ricardo L (director), *Código Civil y Comercial explicado. Responsabilidad Civil*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, (2020),16.

las comunidades originarias, la seguridad alimentaria o los derechos de los consumidores y usuarios”.³⁵

Resulta asimismo interesante realizar una exploración sobre el potencial de la llamada obligación de seguridad consagrada en la fuente constitucional en materia de derechos de las y los consumidores y, de forma específica, en el art. 5 la LDC. Utilizada, originalmente por la jurisprudencia como una herramienta para remediar las diferencias que se presentan entre la órbita contractual y la extracontractual, procurando administrar al acreedor contractual una misma protección que la que cualquier persona recibía en la esfera extracontractual³⁶, se mantiene en el ámbito de las relaciones de consumo y es aceptada en materia de contratos laborales en la medida en que las y los trabajadores revisten el carácter de sujetos típicamente débiles de las relaciones económicas de poder³⁷.

8. ¿Prevé la legislación civil de su país la responsabilidad vicaria, es decir, la responsabilidad por actos de un tercero subordinado?

Sí. El artículo 1753 CCCN dispone que: “El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas. La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente”.

³⁵ LORENZETTI, Pablo, “Comentario al art 1712”, en: Lorenzetti, Ricardo L. (director), *Código Civil y Comercial explicado. Responsabilidad Civil*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2020, 21.

³⁶ Ver: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 31/08/2010, “Bea, Hector y otro c Estado Nacional, Secretaría de Turismo”: “El deber de seguridad tiene fundamento constitucional –art 42 de la Constitución Nacional– y es una decisión valorativa que obliga a la sociedad toda a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos (Voto de R.L. Lorenzetti), citado en: MAYO, Jorge A (director), *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Responsabilidad civil y contractual*, La Ley, Buenos Aires, (2011), 176.

³⁷ Para un desarrollo pormenorizado y un estudio de la evolución jurisprudencial y doctrinaria de la obligación de seguridad ver: PICASSO, Sebastián / SÁENZ, Luis R, *Tratado de derecho de daños*, tomo II, La Ley, Buenos Aires, 389-442.

El Código Civil y Comercial “adopta un criterio diferente, con relación a su presente, al regular de modo autónomo, la responsabilidad del principal por los hechos de sus dependientes, reglamentando, en el artículo 1763, la de las personas jurídicas por los daños que causen sus directores o administradores”³⁸.

La redacción de la norma ha dado lugar a dos interpretaciones: “una primera lectura postula que la norma no abarca el supuesto de daños causados a los acreedores del principal por el hecho del dependiente que ejecuta materialmente las obligaciones asumidas por el contratante comitente, toda vez que basta para ello acreditar la validez de la obligación y su cumplimiento, para así configurarse la responsabilidad directa del deudor (principal a la vez del dependiente tercero introducido para cumplir el plan prestacional). Una segunda opinión, al examinar la norma, la divide en dos hipótesis, es decir que se comprenderían en ella: a) la responsabilidad del principal por los perjuicios producidos por el dependiente en el ámbito extracontractual, y b) la responsabilidad del deudor por los daños causados por las personas de la cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, esto es en la órbita contractual”³⁹.

La doctrina enseña que “existen dos tipos de terceros: aquellos por quienes no se responde (por más que exista algún tipo de vínculo, sea cual sea su naturaleza, jurídica o de hecho), y cuya actuación constituye un hecho de un tercero configurativo del eximente causal (1731 CCCN) y aquellos por cuales sí se responde. Cuando se presenta esta última situación, al tercero responsable se le suele llamar ‘civilmente responsable’, a fin de diferenciarlo del ‘autor’, esto es, el ejecutor material del acto dañoso”⁴⁰.

De acuerdo con la última parte del artículo 1753 CCCN la responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente, en consecuencia, resultan aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 85 (concepto),

³⁸ ALFERILLO, Pascual, “Comentario al art 1714”, en: Alterini, Jorge H, Código civil y comercial comentado. Tratado exegético, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, (2019), 427.

³⁹ SAGARNA, Fernando Alfredo, “Comentario al art 1753”, en: Lorenzetti, Ricardo L (director), *Código Civil y Comercial explicado. Responsabilidad Civil*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, (2020), 203. Sobre el alcance de la norma y sus dimensiones ver también: PICASSO, Sebastián / SÁENZ, Luis R, *Tratado de derecho de daños*, tomo II, 36 y ss.

⁴⁰ OSSOLA, Federico, *Responsabilidad Civil*, la Ley, Buenos Aires, (2016), 281.

85 (efectos), 85 (normas subsidiarias), 1751 (pluralidad de responsables) y concordantes en lo relativo a la definición de codeudores responsables.

9. ¿Prevé la legislación sustantiva y procesal de su país la posibilidad de atraer a su jurisdicción civil a una empresa matriz extranjera por daños ocasionados por su subsidiaria?

Sí. La legislación sustantiva sobre este punto se estructura sobre la articulación de disposiciones de la Ley General de Sociedades, N° 19.550, y el Código Civil y Comercial de la Nación.

La inoponibilidad de la personalidad jurídica se encuentra reglada por el artículo 54, 3° párrafo que establece: “La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”. En efecto, la reforma de 1983 a la Ley de Sociedades, al agregar el tercer párrafo del Art. 54, ha sido la primera legislación del mundo en disponer legislativamente una norma en ese sentido.

En este sentido, y siempre que se corroboren los extremos contemplados por la norma, un tribunal puede desestimar la personalidad jurídica de una sociedad para atribuir efectos jurídicos a quien corresponda, no solo en cuanto a la responsabilidad por deudas, sino también ante otras consecuencias. Así, la aplicación de la norma acarrea la correcta imputación de una relación jurídica a los sujetos correspondientes, en cualquier circunstancia en que puedan verse afectados derechos humanos violados por la estructura societaria.

En consonancia con lo allí dispuesto, el artículo 144 del Código Civil y Comercial de la Nación incluido al texto del Código a partir de la reforma de 2015 indica que: “La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

En cuanto a la regulación referida a grupos de sociedades, empresas controladas y controlantes, la ley argentina “regula el aspecto de la vinculación y control de sociedades del punto de vista de la posición de subordinación entre sociedades, debiéndose tener en cuenta que la sola y simple vinculación entre sociedades, o una situación de control o de pertenencia a un grupo económico no infringe *per se* norma legal alguna. Solo cuando ella lleva o es utilizada como un medio para la violación genérica de la ley *-fraudem legis-* o viola derechos de terceros es reprochable dicha vinculación”⁴¹.

9.1. *En caso afirmativo, ¿es posible solicitar información sobre la empresa matriz a su Estado de origen por medio de la cooperación judicial internacional?*

Conforme la estructura del derecho argentino es posible solicitar información sobre la empresa matriz a su Estado de origen por medio de la cooperación jurisdiccional internacional, recurriendo a los sistemas y disposiciones previstas tanto por la fuente convencional como por las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación y los Códigos de procedimiento nacional y provinciales. En este marco se identifican un conjunto de reglas que permiten obtener información sobre la actividad de las empresas matrices a través de exhortos o cartas rogatorias. Los pedidos de información revisten el carácter de cooperación de primer grado.

En cuanto a la fuente convencional, Argentina se encuentra vinculada por las siguientes disposiciones internacionales aplicables a los pedidos de información, producción de prueba y notificaciones judiciales o extrajudiciales:

- Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (1992).
- Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Parte del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile (2002).
- Tratado de Montevideo de 1889 sobre Derecho Procesal Internacional y su protocolo adicional.
- Tratado de Montevideo de 1940 sobre Derecho Procesal Internacional y su protocolo adicional.

⁴¹ MUGILLO, Roberto Alfredo, Derecho societario, La Ley, Buenos Aires, (2017), 137.

- Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias.
- Protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias.
- Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero.
- Protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero.
- Convenio de La Haya sobre Procedimiento Civil de 1954.
- Convenio de La Haya de 1965 sobre Comunicación o Notificación de Documentos Judiciales o Extrajudiciales en materia Civil o Comercial.
- Convenio de La Haya de 1970 sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en materia Civil o Comercial.
- Convenio de Asistencia Judicial y de Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Materia Civil, firmada con la República Italiana.
- Tratado de Cooperación y Asistencia Judicial en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa firmada con la Federación de Rusia.
- Tratado de Asistencia Judicial Recíproca en materia Civil y Comercial entre la República Argentina y la República Tunecina.
- Tratado de Asistencia Judicial en materia Civil y Comercial entre la República Argentina y la República Popular China.

La regulación de fuente interna tanto del Código Civil y Comercial, como de los Códigos de procedimiento Civil y Comercial de la Nación y de las provincias cuentan con disposiciones suficientes para el diligenciamiento de pedidos de información, producción de pruebas y notificaciones, a los efectos de obtener información sobre la empresa matriz. Así, se observan los artículos 2611 CCCN (Cooperación jurisdiccional), 2612 CCCN (Asistencia procesal internacional), 132 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Comunicaciones a autoridades judiciales extranjeras o provenientes de ellas), 369 CPCCN (prueba a producir en el extranjero) y sus equivalentes en los códigos de procedimiento provinciales. La asistencia jurisdiccional internacional realizada sobre la base de estas disposiciones debe estar orientada por los principios de gratuidad del acto cooperación y de impulso procesal de oficio de la solicitud.

Así ha quedado incluido en la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación a partir de la introducción del art. 2611 y su deber general de

cooperación. La norma refuerza la importancia de la cooperación no solo aquella que surge como obligación de los vínculos convencionales y de forma amplia, a efectos de garantizar la tutela judicial⁴².

El artículo 2612 del Código establece al exhorto como instrumento principal para la comunicación y cooperación, exigiéndose requisitos de forma, procesales y sustanciales para su correcto diligenciamiento. En ese sentido se apunta que “cuando exista un marco normativo que indique el modo de transmisión de los exhortos, aquel deberá ajustarse a dicha vía, cuando se carezca de dicho marco o directiva deberá optarse por el medio disponible más expedito y, según las circunstancias del caso, que implique menores costos”⁴³.

El artículo mencionado introduce la posibilidad de que los tribunales nacionales deberán brindar auxilio de manera inmediata y gratuita, dejando a salvo los gastos que genera el diligenciamiento del pedido, que quedará a cargo de la parte requirente. Se establece, además, la posibilidad de realizar comunicaciones directas entre magistrados/as, en la medida en que no vulneren las garantías del debido proceso y siempre que la práctica sea admitida por el juez extranjero. Frente a la importancia trascendental que tiene la integración del mecanismo de comunicaciones directas en el ordenamiento jurídico nacional de fuente interna y atendiendo a sus múltiples beneficios, será necesario resguardar en todo momento el respeto por la garantía del debido proceso. Finalmente, es importante señalar que “la disposición se refiere a las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras no meramente judiciales, lo que importa un mayor margen para posibilitar la asistencia según cuales sean las autoridades a las que se deba solicitar auxilio”⁴⁴.

⁴² RUBAJA, Nieve, “Comentario al art 2611”, en: Herrera, Marisa / Carmelo Gustavo / Picasso, Sebastián (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo VI, Infojus, Buenos Aires, 2015, 345.

⁴³ Rubaja, Nieve, “Comentario al art 2612”, en: Herrera, Marisa / Carmelo Gustavo / Picasso, Sebastián (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo VI, Infojus, Buenos Aires, 2015, 346.

⁴⁴ Rubaja, Nieve, “Comentario al art 2612”, en: Herrera, Marisa / Carmelo Gustavo / Picasso, Sebastián (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo VI, Infojus, Buenos Aires, (2015) 342.

Al mismo tiempo, el artículo mencionado introduce la posibilidad de que los tribunales nacionales deberán brindar auxilio de manera inmediata y gratuita, dejando a salvo los gastos que genera el diligenciamiento del pedido, que quedará a cargo de la parte requirente. Se establece, además, la posibilidad de realizar comunicaciones directas entre magistrados/as, en la medida en que no vulneren las garantías del debido proceso y siempre que la práctica sea admitida por el juez extranjero. Frente a la importancia trascendental que tiene la integración del mecanismo de comunicaciones directas en el ordenamiento jurídico nacional de fuente interna y atendiendo a sus múltiples beneficios, será necesario resguardar en todo momento el respeto por la garantía del debido proceso. Finalmente, es importante señalar que “la disposición se refiere a las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras no meramente judiciales, lo que importa un mayor margen para posibilitar la asistencia según cuales sean las autoridades a las que se deba solicitar auxilio”⁴⁵.

Corresponde señalar la importancia que reviste el control de orden público y el resguardo del debido proceso, a los efectos de garantizar no sólo la obtención de la información requerida sino también para el aseguramiento de la efectividad de la sentencia. En todas las instancias de cooperación jurisdiccional internacional será necesario atender al límite impuesto por la afectación al orden público internacional argentino⁴⁶, que ordena la actividad de asistencia jurisdiccional en todos los niveles de cooperación⁴⁷.

En materia de sociedades extranjeras y a los efectos de garantizar el debido proceso, reviste particular importancia el art. 122 de la Ley General de Sociedades a los efectos de determinar el domicilio para el emplazamiento y las notificaciones de aquellas sociedades extranjeras que hubieran realizado actos aislados (conforme lo dispuesto en el artículo 118, inciso 2º LGS) o de ejercicio habitual (conforme lo dispuesto en el artículo 118, inciso 3º LGS).

⁴⁵ Rubaja, Nieve, “Comentario al art 2612”, en: Herrera, Marisa / Carmelo Gustavo / Picasso, Sebastián (directores), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, tomo VI, Infojus, Buenos Aires, (2015) 342.

⁴⁶ NAJURIETA, María Susana, “Orden público internacional”, *La Ley*, 1997-B, 1436; Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/11/1996, “Sola, Jorge Vicente s/sucesión ab intestato”, Fallos 319:2779.

⁴⁷ PINTO, Mónica, “La cooperación judicial y el orden público internacional”, LA LEY 2013-D, 369.

La jurisprudencia local ha entendido que las notificaciones recibidas en las personas del apoderado y del representante (según sea el caso) realizadas en la República Argentina, son suficientes para garantizar el derecho de defensa en juicio⁴⁸.

9.2. *En caso afirmativo, ¿existen ejemplos de decisiones judiciales que pueda compartir?*

Además de las sentencias reseñadas en la pregunta 4 de este informe se destaca la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 2013 en “Aguinda Salazar, María c. Chevron Corporation s. medidas precautorias”. En la decisión, el tribunal hizo lugar al recurso de apelación presentado contra la sentencia de Cámara que dictó el reconocimiento la solicitud de

⁴⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, 08/07/2015, “L. E. R. c. Facebook Inc y otros s/ incumplimiento de contrato”: “La ratio de la regulación del régimen de las sociedades extranjeras al permitir que su emplazamiento se realice en la persona del apoderado o representante -según cuál sea su actuación en el país-, ha sido efectivizar la citación en juicio de las sociedades extranjeras que de cualquier forma ejercen el comercio en la Argentina y de esa forma evitar elusiones o dilaciones formales o procesales basadas en la dificultad práctica y mayores costos de notificar a la sociedad extranjera fuera del país (arg art122 de la ley citada; Allende, Lisandro A. y Miglino, Mariana A, “Sociedad constituida en el extranjero. Domicilio apto para la notificación de la demanda”, La Ley 27/08/2010, La Ley 2010-E, 83); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 101/03/2016, “Prada Esteves, Henry Garay c Tempo Financial Cooperatief UA s/ diligencia preliminar” : “El supuesto del art. 123 de la ley 19.550 encuadra, a los fines del emplazamiento, en la hipótesis planteada por el art. 122, inc. b, de la misma normativa, pues cualquier notificación recibida en territorio nacional por un representante bien puede ser inmediatamente comunicada a la sociedad extranjera representada, cumpliendo el emplazamiento sus fines propios y evitándose los costosos y prolongados trámite”. A *contrario sensu*, la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, , señaló en “Golub, Gustavo c. International Vendome Rome-IVR SA s. ordinario” del 23/02/2010 indicó que: “la Sala advirtiendo que ni la demanda, ni la sentencia, fueron notificadas en el domicilio real de la demandada (art. 339, primer párrafo y concordantes del CPCCN), sino en un domicilio constituido en los términos del art 123 LGS, juzgó necesario para resguardar acabadamente el derecho de defensa en juicio, la debida notificación personal, a la parte demandada, respecto a la existencia y estado de la presente causa en sus domicilios reales exteriorizados en autos, ya sea en 24 Rue Jacques Ibert, 92300 Levallois Perret Francia (véase fs 3), ya en la calle Rome N° 35, París, Francia (véase fs. 181), diligencias que se ordenaron realizar conforme lo dispuesto por el Convenio de La Haya relativo a la Comunicación y Notificación en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil y Comercial (aprobado por Ley 25.097).

cooperación cautelar , y ordenó denegar el pedido de embargo requerido en los términos de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (CIDIP II). La medida fue impuesta contra los bienes de sociedades subsidiarias de Chevron Corporation, en particular las demandadas Chevron Argentina SRL e Ingeniero Roberto Priú, y los titulares de sus cuotas sociales, afirmando que: “la decisión de declarar inoponible la personalidad jurídica tiene carácter excepcional en nuestro derecho y solo puede ser tornada bajo ciertas condiciones establecidas por la ley (art. 54 de la Ley de Sociedades 19.550). Asimismo, en tanto la personalidad jurídica es un derecho de la sociedad que protege no solo su patrimonio, sino también atiende a los legítimos intereses de quienes han contratado con ella, este dispositivo excepcional no puede ser puesto en práctica sin la previa sustanciación, por vía principal o incidental, de un proceso contradictorio con efectiva posibilidad de defensa”⁴⁹.

III. RESPONSABILIDAD PENAL

10. ¿Prevé la legislación penal de su país la responsabilidad penal de las personas jurídicas?

Sí. Sin embargo, no todas ellas encuentran recepción en el Código penal, sino que en su mayoría se hallan dispersas en el ordenamiento jurídico.

La Ley de Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas N° 27.401⁵⁰ regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por conductas típicas y antijurídicas relacionadas con la función pública, es decir, con la corrupción pública⁵¹. Dicha norma modificó diversos artículos del

⁴⁹ La decisión completa, junto con el dictamen de la Procurado General de la Nación referenciado por la Corte Suprema, <<http://fallos.diprargentina.com/2014/06/aguinda-salazar-maria-c-chevron.html>>.

⁵⁰ Publicada en el Boletín Oficial (B.O.) el 01/12/2017, vig 01/03/2018, reglamentada por Dec 277/2018, publicado el 06/04/2018.

⁵¹ La sanción de dicha ley ocurrió más de diecisiete años después de que la Argentina aprobara, mediante la Ley nacional 25.319 – BO 18/10/2000-, la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales suscrita en París.

Código penal y fue la primera que consagró de manera expresa e integral⁵² este tipo de responsabilidad.

Además, existen diversos regímenes específicos que estipulan penas para personas jurídicas. Entre ellos, podemos destacar fundamentalmente la Ley de Régimen Penal Cambiario N° 19.359⁵³, el Código Aduanero sancionado por la Ley N° 22.415⁵⁴, la Ley de Residuos Peligrosos N° 24.051⁵⁵ y la Ley de Régimen Penal Tributario N° 24.769⁵⁶.

Sin perjuicio de lo que disponen las normas mencionadas, existe un amplio y disperso conjunto de normas jurídicas que determinan sanciones administrativas frente a infracciones que pueden cometer las personas jurídicas. Dado que el objeto del presente apartado se limita a la responsabilidad de naturaleza estrictamente penal de las personas jurídicas, se dejará fuera del análisis lo relativo a aquellas sanciones administrativas⁵⁷.

⁵² Se ha explicado que “esta norma establece el régimen jurídico aplicable, con disposiciones sustantivas y procesales que regulan el objeto y alcance de responsabilidad de las personas jurídicas frente a tales delitos, la extinción de la acción penal en caso de amnistía y prescripción, la independencia de las acciones, las penas principales y accesorias aplicables, su graduación y casos de exención de pena, así como también lo atinente a la situación procesal de la persona jurídica, con disposiciones sobre notificaciones, representación en el proceso, situación de rebeldía y conflicto de intereses y abandono de representación, entre otras”; lo que la diferencia del resto del ordenamiento jurídico que “da cuenta de una falta de sistematización en materia de imputación penal empresarial, que se evidencia tanto en una inadecuación de la Parte General del Código Penal -por carencia de normas que la recepten-, cuanto en una multiplicidad de leyes diversas que contemplan sanciones por la comisión de delitos” (PRADO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*)

⁵³ Publicada en el BO 22.317 del 10/12/1971, cuyo texto fue ordenado por el decreto 480/PEN/95.

⁵⁴ Publicada en el BO 24.633 del 23/03/1981.

⁵⁵ Publicada en el BO 27.307 del 17/01/1992.

⁵⁶ Publicada en el BO 28.564 del 15/01/1997.

⁵⁷ Las normas aquí identificadas como “estrictamente penales” lo son en virtud de una convergencia de criterios que permiten así clasificarlos, fundamentalmente derivados de la voluntad del legislador al denominar a dichos regímenes como penales (vg en títulos o subtítulos), al hacer referencia al Código Penal, al atribuir competencia a la justicia en lo penal o penal económico para dirimir las controversias suscitadas, al emplear la terminología penal (vg delitos y penas, en lugar de infracciones y sanciones), entre otros. Sin perjuicio de ello, no se desconoce la complejidad que implica la calificación y clasificación de estas normas, así como la diversidad de opiniones que al respecto pueden válidamente esgrimirse, según el prisma desde el cual se lo analice.

10.1. En caso afirmativo, por favor comparta las disposiciones jurídicas pertinentes.

Siguiendo el orden de la pregunta precedente, las disposiciones jurídicas pertinentes son:

- a) Ley de Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas N° 27.401 “*Sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal*”. Los delitos contemplados se encuentran previstos en el art. 1° (véase *infra* pregunta 11.1) y en el art. 7° se enumeran las penas aplicables a las personas jurídicas (véase *infra* pregunta 12).

Las personas jurídicas son responsables por dichos delitos, cuando intervienen, se realizan en su nombre, interés o beneficio, o la persona jurídica hubiera ratificado la gestión. Sólo podrá eximirse si la persona humana actuó en su exclusivo beneficio y no generó provecho para la persona jurídica (art. 2) aún ante la imposibilidad de identificar o juzgar a la persona humana, si se permite establecer que hubo tolerancia de los órganos de la persona jurídica (art. 6). En caso de modificación societaria, la responsabilidad se traslada a la personería jurídica resultante o aparente, cuando la persona jurídica continúa su actividad económica y se mantiene su identidad sustancial (art. 3).

El art. 4° **establece que** la extinción de la acción penal se produce por las causales enumeradas en los incisos 2 (amnistía) y 3 (prescripción) del artículo 59 CP. El segundo párrafo, por su parte, prevé que la extinción contra las personas humanas no afecta la vigencia de la acción contra la persona jurídica. Esta acción prescribe a los seis años de cometido el delito (art. 5).

Interesa mencionar que el art. 16 admite la celebración de un acuerdo de colaboración eficaz entre la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal, tendiente al esclarecimiento de los hechos, identificación de personas involucradas o recupero de lo producido o ganado del delito, y al cumplimiento de un programa de integridad (conf. art. 18, inc. g). Este programa deberá incluir mecanismos y procedimientos internos de promoción, supervisión y control respecto de los actos ilícitos previstos, guardando relación con los riesgos propios de la actividad, dimensión y capacidad económica de la

persona jurídica (art. 22). El art. 23 determina los elementos obligatorios y optativos que debe contener el referido programa de integridad.⁵⁸

Finalmente, cabe destacar que el art. 27 establece la aplicación complementaria del Código Penal y el art. 28 estipula que en los casos de competencia nacional y federal alcanzados por la ley, será de aplicación supletoria el Código Procesal Penal de la Nación.

b) Ley de Régimen Penal Cambiario N° 19.359 (t.o. 1995)

Mientras que en el art. 1° de la ley se enuncian las infracciones (véase *infra* pregunta 11.1), en el art. 5° de la Ley N° 19.359 se alude a las facultades de fiscalización e investigación a cargo del Banco Central de la República Argentina tanto respecto de personas físicas como jurídicas que operen en cambios.

Correlativamente, el art. 2° prevé las sanciones aplicables (véase *infra* pregunta 12).

c) Código Aduanero sancionado por la Ley N° 22.415, que rige en todo el ámbito terrestre, acuático y aéreo sometido a la soberanía de la Nación Argentina, así como también en los enclaves constituidos a su favor (art. 1°).

En su Sección XII, se establecen las disposiciones penales, que conforme el art. 860 comprenden tanto a los delitos (Título I – véase *infra* pregunta 11.1) como a las infracciones aduaneras (Título II).

El art. 876 establece las penas para estos delitos (véase *infra* pregunta 12)

d) Ley de Peligrosos N° 24.051

Conforme su art. 1°, esta ley regula lo atinente a la

⁵⁸ Mediante la Resolución 27/2018 de la Oficina Anticorrupción, publicada en el Boletín Oficial el 04/10/2018, se definieron “Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas”.

“generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos... cuando se tratare de residuos generados o ubicados en lugares sometidos a jurisdicción nacional o, aunque ubicados en territorio de una provincia estuvieren destinados al transporte fuera de ella, o cuando, a criterio de la autoridad de aplicación, dichos residuos pudieren afectar a las personas o el ambiente más allá de la frontera de la provincia en que se hubiesen generado, o cuando las medidas higiénicas o de seguridad que a su respecto fuere conveniente disponer, tuvieren una repercusión económica sensible tal, que tornare aconsejable uniformarlas en todo el territorio de la Nación, a fin de garantizar la efectiva competencia de las empresas que debieran soportar la carga de dichas medidas.”

El Capítulo IX contiene el Régimen Penal y allí se establecen en el art. 55 las conductas prohibidas y las penas previstas (véase *infra* preguntas 11.1 y 12).

En lo que aquí interesa, el art. 57 estipula la aplicabilidad de la pena “a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o, representantes de la misma que hubiesen intervenido”.

e) Ley de Régimen Penal Tributario N° 24.769

En la Ley N° 24.769 los delitos se clasifican en tres tipos: delitos tributarios (Título I), delitos relativos a los recursos de la seguridad social (Título II) y delitos fiscales comunes (Título III).

Dentro del primer grupo mencionado, se encuentran los delitos de evasión simple, evasión agravada, aprovechamiento indebido de subsidios, obtención fraudulenta de beneficios fiscales y apropiación indebida de tributos.

En el segundo grupo de delitos, se encuentran la evasión simple, la evasión agravada y la apropiación indebida de recursos de la seguridad social.

Finalmente, en el tercer grupo de delitos, se hallan: la insolvencia fiscal fraudulenta, la simulación dolosa de pago, y la alteración dolosa de registros.

Para estos delitos, además de las penas privativas de la libertad, el art. 14 dispone penas especiales cuando los hechos han tenido intervención de personas de existencia ideal (véase *infra* pregunta 12).

10.2. *En caso negativo, señale si se han llevado a cabo debates legislativos al respecto.*

No aplica.

11. En caso de que la legislación penal de su país prevea la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

11.1 *¿Por cuáles conductas puede ser una empresa sujeta de dicha atribución de responsabilidad?*

- a) Ley de Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas N° 27.401

“a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal;

b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal;

c) Concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal;

d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal;

e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal”.

Los delitos de los incisos a), b), c) y d) del art. 10 de la ley 27.401 son clasificados como “*Delitos contra la Administración Pública*” en el CP (Título XI), mientras que el del inciso e) se encuadra entre los “*Delitos contra la fe pública*” (Título XII).

- b) Ley de Régimen Penal Cambiario N° 19.359 (t.o. 1995)

El art. 1° de la Ley N° 19.359 alude a las siguientes infracciones:

“a) Toda negociación de cambio que se realice sin intervención de institución autorizada para efectuar dichas operaciones;

- b) Operar en cambios sin estar autorizado a tal efecto;
- c) Toda falsa declaración relacionada con las operaciones de cambio;
- d) La omisión de rectificar las declaraciones producidas y de efectuar los reajustes correspondientes si las operaciones reales resultasen distintas de las denunciadas;
- e) Toda operación de cambio que no se realice por la cantidad, moneda o al tipo de cotización, en los plazos y demás condiciones establecidos por las normas en vigor;
- f) Todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios”.

c) Código Aduanero sancionado por la Ley N° 22.415

El Código Aduanero establece en su Sección XII, Título I, los siguientes delitos: contrabando (Capítulo I), los actos culposos que posibilitan el contrabando y el uso indebido de documentos (Capítulo II), la tentativa de contrabando (Capítulo III) y el encubrimiento de contrabando (Capítulo IV).

d) Ley de Residuos Peligrosos N° 24.051

Esta ley tipifica la decisión de una persona jurídica que conllevara que una persona física, “utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general” (art. 55) y, específicamente, cuando ello “fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas...” (art. 56).

e) Ley de Régimen Penal Tributario N° 24.769

La Ley N° 24.769 tipifica delitos tributarios (Título I), delitos relativos a los recursos de la seguridad social (Título II) y delitos fiscales comunes (Título III). Dentro del primer grupo se encuentran los delitos de evasión simple, evasión agravada, aprovechamiento indebido de subsidios, obtención fraudulenta de beneficios fiscales y apropiación indebida de tributos. En el segundo grupo se encuentran la evasión simple, la evasión agravada y la apropiación indebida de recursos de la seguridad social. Finalmente, en el tercer grupo se hallan la insolvencia fiscal fraudulenta, la simulación dolosa de pago y la alteración dolosa de registros.

11.2. ¿Cuáles de esas conductas son equivalentes o equiparables a violaciones de derechos humanos?

En cuanto a la equiparación de estas conductas con violaciones de derechos humanos, cabe indicar que de los cinco ámbitos legislativos analizados y sus figuras penales y conductas prohibidas, especialmente la normativa relativa al mal uso de los residuos peligrosos es palmariamente equiparable a actividades que impiden la realización de los derechos fundamentales a la salud, al acceso a la información y a un ambiente sano. Las industrias tóxicas generan afectación a la salud y a la información respecto de ella y su cuidado⁵⁹ a través de la previa afectación al agua, la tierra, el aire, la flora y la fauna mediante contaminación. Conductas vinculadas a la quema de carbón, la quema de basura, plásticos y baterías, el vertido de metales pesados como mercurio, arsénico, cadmio, cromo, pesticidas y productos farmacéuticos en las industrias extractivas y agroganaderas⁶⁰, fundamentalmente, convierten a estas conductas en afectaciones de impacto a nivel no sólo local, sino que regional e incluso global.⁶¹

Las conductas relativas a los ámbitos de corrupción (a), contrabando (c) y evasión impositiva (e), por su parte, no resultan equiparables en forma directa a violaciones de derechos humanos, aunque sí su impacto puede generar la obstaculización en la realización de los derechos humanos. La normativa observada en forma estricta no permitiría esta equiparación, aunque sí lo

⁵⁹ United Nations Environment Programme, *Towards a pollution-free planet. Background Report*, (2017),27.

⁶⁰ Cfr United Nations Environment Programme, op cit, 15, 21-23; OMS, *La sostenibilidad del desarrollo a 20 años de la Cumbre para la Tierra: Avances, brechas y lineamientos estratégicos para América Latina y el Caribe*, 2017, p. 28.

⁶¹ PINTO, Mónica, *El derecho internacional*,129. Sobre mala gestión de desechos peligrosos y vulneración a derechos véase ONU. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. Distr. General A/HRC/30/40 de 8 de julio de 2015,41, expresado por el Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos (Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. Distr. General. A/HRC/RES/18/11 de 13 de octubre de 2011). Para un estudio en el contexto latinoamericano de análisis criminológico que vincula las distintas formas de afectación con contemplación de la perspectiva de la criminología verde y de la victimología, véase Böhm, *Empresas transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural en América Latina*.

hace un abordaje integral que considere el impacto a nivel estructural que se da a consecuencia de dichas conductas.⁶²

12. ¿Cuáles son los tipos de sanciones que pueden ser aplicadas a una empresa?

Ley de Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas N° 27.401

El art. 7 de la ley establece como sanciones posibles:

“1) Multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener;

2) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;

3) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;

4) Disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad;

5) Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere;

⁶² Cfr Böhm, *Empresas transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural en América Latina*; Böhm, *The Crime of Maldevelopment*. La metodología utilizada para el relevamiento de jurisprudencia en materia de Responsabilidad Penal de las personas jurídicas ha consistido en la búsqueda de sentencias a través del portal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación <<http://sjconsulta.Corte Suprema de Justicia de la Nación.gov.ar/sjconsulta/fallos/consulta.html>>; el sistema de consultas del Poder Judicial <<http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurispr/principal.htm>> y el buscador del Centro de Información Judicial [<https://www.cij.gov.ar/sentencias.html>]. Las voces utilizadas para la búsqueda fueron “27401”; “27.401”; “responsabilidad penal” + “empresarial” y “responsabilidad penal” + “personas jurídicas”. Información actualizada al 03/05/2020. Excepcional es el caso que tramitó ante la Sala A de la Cámara Federal de Córdoba, donde se investigó a la consultora de rentas de La Rioja “Legajo de apelación en autos KOLEKTOR S.A. por cohecho art. 258 bis del CP” – Expte N° 60540/2015, en el cual la aplicación de la Ley 27.401 se vinculó a la interpretación de cuestiones procesales de competencia.

6) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica”.

En cuanto a la graduación de la pena, el art. 8º prevé la consideración de incumplimiento de reglas y procedimientos internos, jerarquía y cantidad de personas involucradas, omisión de vigilancia y extensión del daño causado, así como el comportamiento posterior y disposición para mitigar o reparar el daño. Las sanciones de suspensión y disolución no serán aplicables cuando fuera indispensable la continuidad de la entidad, la obra o el servicio en particular.

No es aplicable para las personas jurídicas el art. 64 del Código Penal, que contempla la posibilidad de extinguir la acción penal cuando se pagare voluntariamente el mínimo de la multa correspondiente y se repararen los daños causados, siempre en el caso de delitos reprimidos por multa, siempre que ello se produjera en cualquier estado de la instrucción y mientras no se hubiera iniciado el juicio.

a) Ley de Régimen Penal Cambiario N° 19.359 (t.o. 1995)

En el art. 2º de la Ley se fijan las siguientes sanciones:

“a) Multa de hasta diez (10) veces el monto de la operación en infracción, la primera vez;...

e) En todos los supuestos anteriores podrá aplicarse conjuntamente, suspensión hasta diez (10) años o cancelación de la autorización para operar o intermediar en cambios e inhabilitación hasta diez (10) años para actuar como importador, exportador, corredor de cambio o en instituciones autorizadas para operar en cambios;

La multa se hará efectiva solidariamente sobre el patrimonio de la persona ideal y sobre los patrimonios particulares de los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia que hubiesen intervenido en la comisión del hecho punible;”

b) Código Aduanero sancionado por la Ley N° 22.415

El Código Aduanero contempla las siguientes penas, conforme su art. 876:

“a) el comiso de las mercadería objeto del delito...

b) el comiso del medio de transporte y de los demás instrumentos empleados para la comisión del delito; ...c) una multa de cuatro (4) a veinte (20) veces el valor en plaza de la mercadería objeto del delito, que se impondrá en forma solidaria;

d) la pérdida de las concesiones, regímenes especiales, privilegios y prerrogativas de que gozaren;

e) la inhabilitación especial de seis (6) meses a cinco (5) años para el ejercicio del comercio;...

g) la inhabilitación especial de tres (3) a quince (15) años para ejercer actividades de importación o de exportación ...

f), cuando una persona de existencia ideal fuere responsable del delito, la inhabilitación especial prevista en ellos se hará extensiva a sus directores, administradores y socios ilimitadamente responsables. No responderá quien acreditare haber sido ajeno al acto o haberse opuesto a su realización;...

i) el retiro de la personería jurídica y, en su caso, la cancelación de la inscripción en el Registro Público de Comercio, cuando se tratare de personas de existencia ideal...”.

c) Ley de Residuos Peligrosos N° 24.051

El art. 55 de la Ley 24.051 dispone que las conductas prohibidas (mediante los residuos envenenar, adulterar o contaminar de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general.) serán reprimidas “con las mismas penas establecidas en el art.200 del Código Penal”. Este artículo establece como sanción “reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años y multa ” (art. 200 CP).

El art. 55 de la ley agrega que “si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión o prisión.”

Por su parte, en cuanto a las conductas no dolosas, el art. 56 dispone que

“[cuando alguno de los hechos previstos en el artículo anterior fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión

o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá prisión de un (1) mes a dos (2) años” (art. 56, primer párr.)

“[si resultare enfermedad o muerte de alguna persona, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años” (art. 56, sgdo. párr.).

La Ley Nº 24.051, en su art. 57, estipula penas privativas de la libertad:

“a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la [persona jurídica] que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir”.

Asimismo, cabe destacar que el art. 11 consagra que ante la inadmisión en el Registro o posterior inhabilitación, la sociedad o sus integrantes (salvo accionistas de sociedades anónimas y cooperativistas que no participaron de la infracción) no podrán integrar otras sociedades que desarrollen actividades reguladas en esta ley.

d) Ley de Régimen Penal Tributario Nº 24.769

En la Ley Nº 24.769, el art. 14 prevé penas privativas de la libertad

“a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz”.

Asimismo, se impone a la persona jurídica sanciones conjuntas o alternativas de:

- “1. Multa de dos (2) a diez (10) veces de la deuda verificada.
2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder los cinco (5) años.
3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder los cinco (5) años.

4. Cancelación de la personería, cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad.

5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere.

6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona de existencia ideal”.

Finalmente, dicho artículo indica que

“para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica”.

13.1. ¿Existen decisiones judiciales en su país que hayan determinado la responsabilidad penal de una persona jurídica?

A la fecha, no existen sentencias condenatorias por imputaciones a personas jurídicas en el marco de los delitos contemplados en la *Ley de responsabilidad empresarial* (Ley 27.401). Dicha ausencia de antecedentes ha sido atribuida a tres factores: la reciente sanción de la Ley⁶³, la resistencia por parte de los tribunales de aplicar normas de responsabilidad penal a personas jurídicas⁶⁴ y en virtud de las políticas públicas adoptadas en el marco de la reglamentación e implementación de la Ley, en tanto estas ponen el énfasis en el esquema de integridad, previsto en la norma, de modo tal que, hasta el momento se ha decidido abarcar su implementación a través de políticas en materia no penal⁶⁵.

⁶³ Véase *supra* nota 1 y texto principal.

⁶⁴ A pesar de su reconocimiento en regímenes penales especiales, los tribunales son reticentes a reconocer la RPPJ en materia penal. Al respecto en el precedente “Fly Machine” la Cámara Federal de Casación Penal sostuvo que “no es posible la aceptación de la capacidad penal de una sociedad pues ello implicaría la derogación de los principios que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena” y aplicó medidas administrativas.

⁶⁵ Al respecto véanse las políticas elaboradas en el marco de la Oficina Anticorrupción en virtud de la reglamentación e implementación de la Ley 27.401. <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/lineamientos_para_la_implementacion.pdf>. El régimen esta-

Sin perjuicio de ello, previamente a la sanción de la Ley 27.401, en la República Argentina ya existían normas que preveían la aplicación de penas contra las personas jurídicas. En contraposición a lo sucedido con la Ley 27.401, se ha identificado una profusa jurisprudencia en materia aduanera, cambiaria⁶⁶ y tributaria⁶⁷, dando lugar al pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia.

Si bien las materias mencionadas precedentemente se alejan del objeto del presente informe por tratarse de sentencias en las cuales se abordan cuestiones particulares de las ramas pertinentes, corresponde realizar un breve sumario de la jurisprudencia existente en dicha materia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó por primera vez el instituto de responsabilidad penal de las personas jurídicas en 1895⁶⁸ por violación al Régimen de Derecho Penal Aduanero. A partir de allí, sostuvo la aplicación del instituto en materia de leyes especiales, en virtud de los hechos efectuados por un dependiente⁶⁹. En 1991, con el fallo “*Wakin*”, la Corte aplicó el instituto en virtud de una conducta perpetrada por la persona jurídica y no por sus dependientes⁷⁰.

La jurisprudencia de los tribunales inferiores dista de ser pacífica. Concretamente, en el fallo “*Peugeot Citroën Argentina S.A. s/recurso de casación*”, la

blece que las empresas deben organizarse adecuadamente haciendo énfasis en medidas preventivas. Al respecto véase: Montiel, *El Compliance y la fábula de los tres cerditos*.

⁶⁶ En 1977 la Corte sostuvo la atribución de responsabilidad penal a un ente ideal bajo el siguiente argumento: “...en esta materia, así como en otras de carácter penal administrativo, no se aplican las reglas comunes a la responsabilidad por los actos delictuosos, lo que permite dirigir la acción contra personas jurídicas a los efectos de su condena en forma prevista por leyes especiales”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 298:432.

⁶⁷ Cabe destacar que, a partir de su sanción, la Ley 27.401 ha sido citada en los procesos seguidos contra personas jurídicas en el marco de leyes especiales en materia aduanera, tributaria y cambiaria.

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 59:22. Allí la Corte sostuvo: “la legislación aduanera, a diferencia de la civil y criminal, responsabiliza a las personas jurídicas, en cuanto son capaces de mantener relaciones con la Aduana, por los fraudes o contravenciones de sus empleados y dependientes”.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 99:213; *Fallos*, 126:163; *Fallos*, 200:419; *Fallos*, 298:432.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 314:775.

Cámara Federal de Casación Penal concluyó que la legislación positiva y la jurisprudencia en la materia estipularon la aplicabilidad de sanciones penales a los entes de existencia ideal afirmando la existencia de una “voluntad social”. Dicho precedente resulta de especial relevancia en tanto asevera que en el orden socioeconómico las corporaciones, sociedades y personas jurídicas en general “pueden —y de hecho así ocurre en múltiples ocasiones— producir graves lesiones a bienes jurídicos penalmente tutelados, observación que resulta particularmente relevante cuando se trata de delitos ambientales y económicos”⁷¹. Dos años más tarde, en el fallo “*Fly Machine*” resolvió la imposibilidad de imputar a la persona jurídica tras sostener que “no es posible la aceptación de la capacidad penal de una sociedad pues ello implicaría la derogación de los principios que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena”.⁷² Al llegar el caso a la Corte, la disidencia del juez Zaffaroni sostuvo que no había responsabilidad penal en virtud de la aplicación del principio *nullum crimen sine conducta*. Allí, el juez disidente agregó como fundamento que las sanciones analizadas eran de carácter administrativo⁷³.

En conclusión, tal como lo sostuvo la Cámara Federal de Casación Penal, si bien la jurisprudencia no ha sido uniforme en el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, podemos afirmar que nuestra legislación sí ha adoptado finalmente y en forma firme la postura de adjudicar responsabilidad penal a las personas jurídicas⁷⁴.

13.2. En caso afirmativo, ¿dicha decisión tuvo relación con conductas equiparables o equivalentes a violaciones a derechos humanos?

La respuesta negativa a la primera parte de la pregunta nos eximirá de contestar esta segunda parte. Sin embargo, vale destacar la sentencia allí mencionada en último lugar y recaída en el fallo *Ford* de diciembre de 2018.⁷⁵ Si bien no es una condena a una persona jurídica, sí es una condena

⁷¹ CNCP, Sala III, causa 2984, reg 715, rta 16/11/2001.

⁷² CNCP, Sala I, causa 4951, reg 6368, rta 28/11/2003.

⁷³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 329:1974. La interrogación sobre si se trata de materia penal o administrativo sancionatorio ha sido planteada en la doctrina. Al respecto véase MONTIEL, *Apuntes sobre el nuevo régimen*, 124-150.

⁷⁴ CNCP, Sala III, *Peugeot Citroën Argentina S.A. s/recurso de casación—Causa 2984*, reg 715, rta 16/11/2001.

⁷⁵ Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de San Martín, Causas N° 2855 y 2358, rta en forma conjunta el 11/12/18.

por conductas equiparables a las actualmente tipificadas como crímenes internacionales en el Estatuto de Roma⁷⁶ y en la legislación interna que lo ha incorporado al orden normativo argentino⁷⁷, y que por ser calificados de *delitos de lesa humanidad* no fueron declarados prescriptos no obstante haber tenido lugar en el año 1976⁷⁸. Si bien las imputaciones y condenas lo fueron a título individual, la referencia al contexto empresarial, su actuación en el marco del golpe militar y en sofocamiento de las actividades gremiales, es directo.⁷⁹ En este sentido, la condena impuesta puede ser entendida en una corriente de justicia transicional innovadora en términos de responsabilidad empresarial por crímenes cometidos en tiempos de no derecho⁸⁰.

14. ¿Prevé la legislación penal de su país que una víctima pueda exigir una reparación civil dentro del proceso penal, o debe ser un procedimiento separado?

En Argentina rige en todo el país para los delitos federales un Código Procesal Penal de la Nación –en adelante CPPN–, y para los demás delitos cada una

⁷⁶ Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas.

⁷⁷ Ley 26.200. Ley de Implementación del Estatuto de Roma, aprobado por la Ley 25.390 y ratificado el 16 de enero de 2001, de la Corte Penal Internacional. Sanción: 13/12/2006. Publ BO 09/01/2007.

⁷⁸ Para un estudio profundizado del caso véase Basualdo, *Responsabilidad empresarial en la represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado, passim*. En general, con visiones desde la economía, la política, el derecho y la sociología, véase sobre el vínculo entre los actores económicos y la última dictadura argentina, Verbitsky y Bohoslavsky. *Cuentas pendientes: Los cómplices económicos de la dictadura*.

⁷⁹ “[L]as 24 víctimas cuyos casos se ventilaron en el juicio eran, a la época de los hechos, trabajadores en la empresa Ford Motor Argentina S.A., y que sus ilegítimas detenciones obedecieron a un denominador común que se vinculó a su participación en actividades gremiales. Del mismo modo hemos advertido que del total de hechos investigados, 22 ocurrieron en el lapso de un mes que va desde el mismo 24 de marzo de 1976 al 21 de abril de ese año, que 17 víctimas fueron aprendidas en el interior de la fábrica, durante su jornada de trabajo, y que la mayoría de ellas compartieron cautiverio en comisarías y/o en unidades del Servicio Penitenciario Federal o bonaerense.” (Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de San Martín, *Causas N° 2855 y 2358*, Fundamentos de la sentencia emitidos el 15 de marzo de 2019, Numeral III).

⁸⁰ Véase el análisis propuesto ya antes de la condena en Payne y Pereira, *Accountability for Corporate Complicity in Human Rights Violations, passim*.

de las 23 Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –en adelante CABA– dictan su propio Código Procesal Penal –en adelante CPP–.

Algunos de estos Códigos prevén la posibilidad de que la persona damnificada solicite en el proceso penal una reparación civil,⁸¹ y otros no contemplan esa posibilidad.⁸² A continuación se detallan las estipulaciones de cada jurisdicción:

	La acción civil se encuentra prevista sólo para ciertos delitos	Catamarca (CPP art. 16) y Mendoza (CPP art. 33).	
Con posibilidad de exigir una reparación civil en el proceso penal		Legitimación al damnificado, sus herederos, representantes legales o mandatarios para solicitar el reclamo civil	Buenos Aires (CPP art. 12), Catamarca (CPP art. 16), Chaco (CPP art. 25), Chubut (CPP art. 57), Corrientes (CPP art. 14), Entre Ríos (CPP art. 30), Jujuy (CPP art. 42), Salta (CPP art. 30), San Juan (CPP art. 30), Santiago del Estero (CPP art. 15), Tierra del Fuego (CPP art. 12) y Tucumán (CPP art. 24).
	Legitimación para ejercer la acción civil en el proceso penal	Legitimación también a la víctima para interponer la acción	Córdoba (CPP art. 24) y Mendoza (CPP art. 33).
		Legitimación al titular de la acción civil o legitimado por la Ley civil, sus representantes o mandatarios	Formosa (CPP art. 15), La Rioja (CPP art. 19), Misiones (CPP art. 15), Santa Cruz (CPP art. 15) y CPPN (art. 14). Las tres últimas incluyen también a los herederos.
		Legitimación a quien actuó como querrelante en el proceso penal	CABA (CPP art. 12) y Santa Fe (CPP art. 80.9).

⁸¹ Es el caso de CProvincia de Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Chubut, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Misiones, Salta, San Juan, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur –en adelante Tierra del Fuego–, Tucumán y el CPPN.

⁸² La Pampa, Neuquén, Río Negro y San Luis (prevé excepciones para el juicio oral, CPP art 313).

	La acción civil se encuentra prevista sólo para ciertos delitos	Catamarca (CPP art. 16) y Mendoza (CPP art. 33).	
	Requisito de constituirse como actor civil o querellante para poder ejercer la acción civil en el proceso penal	Exigencia de que la persona se constituya como actor civil	Buenos Aires (CPP art. 65), Catamarca (CPP art. 95), Chaco (CPP art. 95), Córdoba (CPP art. 97), Corrientes (CPP art. 84), Entre Ríos (CPP art. 89), Formosa (CPP art. 71), Jujuy (CPP art. 130), La Rioja (CPP art. 76), Mendoza (CPP art. 109), Misiones (CPP art. 85), Salta (CPP art. 113), San Juan (CPP art. 113), Santa Cruz (CPP art. 80), Santiago del Estero (CPP art. 76), Tierra del Fuego (CPP art. 75), Tucumán (CPP art. 98) y CPPN (art. 87).
		Exigencia de la constitución de querella	CABA (art. 12) y Chubut (CPP art. 107).
	Exclusión de la posibilidad de ejercer la acción civil en procedimientos penales especiales:	En los casos de flagrancia	La Rioja (art. 1 Ley 8.661), Mendoza (CPP art. 439 bis) y Tierra del Fuego (CPP art. 402 bis).
		En el proceso penal de menores	Catamarca (CPP art. 18), Chaco (CPP art. 28), Córdoba (CPP art. 26), Jujuy (CPP art. 42), San Juan (CPP art. 113), y Tucumán (CPP art. 26).
		En el procedimiento abreviado	Formosa (CPP art. 503) y Entre Ríos (art. 393, para el caso del procedimiento abreviado a partir de la intimación; sí lo permite en el procedimiento abreviado común cfr. Art. 480).
		En el procedimiento abreviado sólo si hay acuerdo de partes, y de lo contrario deja habilitada la posibilidad de deducir el reclamo civil en la sede respectiva	Buenos Aires (CPP art. 403), Chaco (CPP art. 416), Jujuy (CPP art. 385.7), Mendoza (CPP art. 419), Misiones (CPP art. 453), Salta (CPP art. 127), San Juan (CPP art. 519), Santiago del Estero (CPP art. 430), Tucumán (CPP art. 453) y CPPN (art. 431 bis.7).

	La acción civil se encuentra prevista sólo para ciertos delitos	Catamarca (CPP art. 16) y Mendoza (CPP art. 33).
	Previsión del ejercicio posterior de la acción civil en la sede correspondiente si el proceso penal no puede continuar	Buenos Aires (CPP arts. 14, 305), Catamarca (CPP art. 19), Chaco (CPP art. 29), Córdoba (CPP art. 27), Corrientes (CPP art. 17), Entre Ríos (CPP arts. 33, 95, 372), Formosa (CPP arts. 18, 267) Jujuy (CPP art. 44), La Rioja (CPP art. 23; art. 11 Ley 8.661), Mendoza (CPP art. 35), Misiones (CPP arts. 18, 295), Salta (CPP arts. 33, 119, 127, 233, 405, 512), San Juan (CPP art. 34), Santa Cruz (CPP arts. 18, 274), Santiago del Estero (CPP art. 17), Tierra del Fuego (CPP arts. 14, 263), Tucumán (CPP art. 27) y CPPN (art. 17).
	Previsión del ejercicio de la acción civil en la sede correspondiente pasada la oportunidad para constituirse como actor civil en el proceso penal	Buenos Aires (CPP art. 66), Entre Ríos (CPP art. 94), Formosa (CPP art. 74), Jujuy (CPP art. 131), Salta (CPP art. 118), Santiago del Estero (CPP art. 77), Tierra del Fuego (CPP art. 78) y CPPN (art. 90).
	Previsión del ejercicio posterior de la acción civil en la sede correspondiente tras el rechazo o exclusión del actor civil en el proceso penal	Buenos Aires (CPP art. 70), Catamarca (CPP art. 105), Chaco (CPP art. 104), Córdoba (CPP art. 106), Corrientes (CPP art. 87), Entre Ríos (CPP art. 101), La Rioja (CPP art. 87), Mendoza (CPP art. 117), Salta (CPP art. 124), Santiago del Estero (CPP art. 85) y Tucumán (CPP art. 107).
	Previsión del ejercicio posterior de la acción civil en la sede correspondiente por nulidad de notificación al demandado civil en el proceso penal	Buenos Aires (CPP art. 73), Catamarca (CPP art. 109), Chaco (CPP art. 110), Córdoba (CPP art. 111), Corrientes (CPP art. 98), Entre Ríos (CPP art. 110), Formosa (CPP art. 83), Jujuy (CPP art. 142), La Rioja (CPP art. 94), Mendoza (CPP art. 123), Misiones (CPP art. 100), Salta (CPP art. 133), Santa Cruz (CPP art. 92), Santiago del Estero (CPP art. 89), Tierra del Fuego (CPP art. 86), Tucumán (CPP art. 112) y CPPN (art. 99).
	Previsión de la posibilidad de deducir la acción civil en la sede correspondiente tras su desistimiento en el proceso penal	Buenos Aires (CPP art. 70), Entre Ríos (CPP art. 103), Jujuy (CPP art. 139), Salta (CPP art. 126) y San Juan (CPP art. 120).

	La acción civil se encuentra prevista sólo para ciertos delitos	Catamarca (CPP art. 16) y Mendoza (CPP art. 33).
	Posibilidad de que el querellante en delitos de acción privada que desiste del proceso penal pueda hacer reserva de la acción civil, si no la promovió conjuntamente con la acción penal	Buenos Aires (CPP art. 385), Catamarca (CPP art. 417), CABA (CPP art. 255) Córdoba (CPP art. 429), Entre Ríos (CPP art. 465), Formosa (CPP art. 388), La Rioja (CPP art. 452), Salta (CPP art. 496), San Juan (CPP art. 499), Santa Cruz (CPP art. 404), Santiago del Estero (CPP art. 412) y CPPN (art. 421).
Sin posibilidad de exigir una reparación civil en el proceso penal	La Pampa, Neuquén, Río Negro y San Luis (prevé excepciones para el juicio oral, CPP art. 313).	

Elaboración propia de los autores.

15. ¿Podría un tribunal penal ejercer jurisdicción sobre una persona jurídica de su país por actos delictivos cometidos en el extranjero?

Antes de responder sobre la aplicación extraterritorial de la ley penal argentina creemos importante formular algunas aclaraciones. En el derecho penal argentino, respecto de la validez de la ley penal en el espacio, prima el principio de aplicación territorial de la ley (Art. 1 inc. 1 del Código Penal, en adelante C.P.)⁸³, siendo la aplicación extraterritorial de la ley penal argentina una complementación subsidiaria de aquel principio a fin de cubrir eventuales

⁸³ Conf por todos: S SOLER, *Derecho Penal Argentino*, 192; L JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de Derecho Penal*, 162; ER ZAFFARONI / A ALAGIA / A. SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, 210; RC NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, 159-160; C FONTAN BALESTRA, *Derecho Penal*, 125; AJ D'ALESSIO -Dir-, *Código Penal Comentado y Anotado* - 4; C. CREUS, *Derecho Penal Parte General*, 111; E BACIGALUPO, *Manual de Derecho Penal*, 48; RR BALESTRA, *Derecho Internacional Privado* 237. En contra, afirmando la primacía de otros principios distintos del territorial, ver las obras citadas por SOLER, op cit, loc, cit, notas 7 y 8.

vacíos de punibilidad o en virtud del interés preponderante de la Estado Argentino de defender sus intereses nacionales mediante la aplicación de su propia ley penal⁸⁴. Dicho esto, las informaciones y soluciones que aquí se expondrán se encuentran circunscritas exclusivamente a aspectos relativos a la responsabilidad penal *de la persona jurídica*.

La pregunta nos remite al principio de nacionalidad o personalidad en su faz activa, es decir a aquel que señala que la ley nacional debe ser aplicable a los nacionales del estado de que se trate por los actos que cometan independientemente de donde aquello ocurra⁸⁵. Respecto a este principio se entiende pacíficamente que, salvo excepciones, no tiene mayor aplicación en el Derecho Argentino⁸⁶.

La excepción más relevante en favor de la aplicación del principio de nacionalidad activa está dada por el nuevo inc. 3° del Art. 1 del C.P. incorporado por la Ley 27.401⁸⁷. En dicha disposición se estableció que:

“Artículo 1°. Este código se aplicará... 3) Por el delito previsto en el artículo 258 bis cometido en el extranjero, por ciudadanos argentinos o personas jurídicas con domicilio en la República Argentina, ya sea aquel fijado en sus estatutos o el correspondiente a los establecimientos o sucursales que posea en el territorio argentino”.

⁸⁴ E RIGHI, op cit, 79; ER ZAFFARONI y otros, op cit, 211; SOLER, op cit, 192 y 207-208, RC NÚÑEZ, op it,160. En virtud de ese carácter alguna doctrina ha señalado que debe ser interpretada restrictivamente, ver: SOLER, op cit, 210-211; AJ D’ALESSIO, op cit, P. 10. Sin embargo ER ZAFFARONI y otros, op cit, 211 se han manifestado en contra de la interpretación restrictiva planteando una de tipo extensiva sobre el principio Real o de Defensa, señalando que: “...al no comprometer ningún ejercicio de la soberanía territorial, no tiene razón la interpretación restrictiva...”.

⁸⁵ Sobre este principio ver en detalle los autores y obras citados en la nota 1 de este texto.

⁸⁶ Conf AJ D’ALESSIO, o. cit,16.; SOLER, op cit,. 212; E RIGHI, *Derecho Penal Parte General*, 81

⁸⁷ Véase *supra* nota 1.

La afirmación de que esta norma importa la aplicación del principio de nacionalidad activa⁸⁸ aún no cuenta con sólido respaldo doctrinario⁸⁹, sin embargo, tal opción se ve apoyada por algunos antecedentes⁹⁰ y procesos legislativos concomitantes⁹¹. A este respecto, corresponde señalar que sin perjuicio de la dificultad existente para determinar la “nacionalidad” de una persona jurídica en los casos de empresas transnacionales⁹², que son aquellas a las que parece dirigirse la norma, lo cierto es que se ha variado el dato definitorio del principio en cuestión pues la norma atiende al domicilio de la empresa (sea el fijado en el estatuto, o el que corresponda a sus establecimiento o sucursales) y no a su nacionalidad⁹³. Sin embargo parece

⁸⁸ Conf GE ABOSO, *Responsabilidad Penal de la Empresa y Corrupción Pública*, 419 ss.; R DURRIEU (h), “Soborno transnacional empresario”, 817 ss. En contra RA GRISETTI (h), *Ley 27.401 de responsabilidad penal empresaria*, 899 ss, parece aludir al principio de jurisdicción universal al decir que: “...nuestra legislación contiene una figura penal que parece reflejar -en cierta medida- el interés de la comunidad internacional en perseguir determinadas modalidades delictivas”.

⁸⁹ Hasta el momento la doctrina se ha limitado a afirmar la consagración de la extraterritorialidad, sin indicar a que principio responde, así: LL HAIDEMPERGHER / M de ARTAZA, *La responsabilidad penal de la persona jurídica*, 687 ss; RG PAPA, *La Nueva Ley de Responsabilidad Penal Empresaria*, 853 ss; RG PAPA “Los pilares y elementos estructurales de la ley 27.401”, pp. 9 ss; R.P. BAUZÁ, *Liberté, Egalité... et Transparence*, 435 ss.; MA ARCE AGEO, J.C BAEZ y MA ASTURIAS (Dir), *Código Penal Comentado y Anotado*, 5 ss; JL ALVERO, *Ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 66 ss.

⁹⁰ Ver, por ejemplo: el “Informe de Evaluación Fase 3 bis sobre la Implementación de la Convención Anti-Cohecho de la OCDE en Argentina”; Punto 1° Recomendaciones para asegurar la investigación, el procesamiento y la sanción efectivos del cohecho extranjero, Apartado 2 señala “Respecto de la jurisdicción sobre casos de cohecho extranjero, el Grupo de Trabajo recomienda que la Argentina adopte la jurisdicción en base a la nacionalidad para procesar los casos de cohecho extranjero de forma prioritaria (Artículo 4(2) de la Convención; Recomendación V de 2009)” <https://archivo.consejo.org.ar/noticias17/files/ocde_recomendaciones.pdf>, visto el 06/05/2020.

⁹¹ Nos referimos al Art 1, inc 4° del proyecto de CP preparado por la “Comisión para la reforma del Código Penal” (Decreto 103/2017) encabezada por MH BORINSKY que ingresó al Congreso de la Nación el 25/03/2019; ver especialmente su exposición de motivos, 17 y 31-32 <www.argentina.gob.ar/sites/default/files/proyecto_de_nuevo_codigo_penal_de_la_nacion.pdf>, visto el 06/05/2020.

⁹² Ver M L BÖHM -Dir- *Empresas Transnacionales, Recursos Naturales y Conflicto En América Latina*.

⁹³ Sobre la posibilidad de tomar el domicilio en lugar de la nacionalidad como dato relevante para definir el principio de personalidad activa ver CJ LASCANO, *Derecho Penal Parte General*, 227. Sin embargo, dicha variante se presenta compleja cuando se la traslada al principio de personalidad pasiva, al respecto, ver *infra*.

claro que la ampliación de la jurisdicción que esto significa no está cubierta por ninguno de los otros principios.

No existen otras aplicaciones del principio de nacionalidad activa dentro del derecho argentino que puedan ser relevantes respecto de las personas jurídicas.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde señalar que existen, al menos teóricamente, otras dos posibilidades de que un tribunal penal argentino aplique la ley argentina sobre un hecho cometido en el extranjero por una persona jurídica argentina (o con domicilio en Argentina según el inc. 3° del Art. 1° C.P.).

Una de esas posibilidades está dada por principio de jurisdicción universal, a cuyo respecto remitimos *infra* al interrogante 17 donde abordamos esta cuestión.

La restante posibilidad, es el llamado principio real o de defensa o de protección de intereses⁹⁴ contenido en el Art. 1, inc. 1° del C.P. al señalar “*Artículo 1°. Este Código se aplicará: 1) Por delitos... cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción*”⁹⁵ y en el Art. 1. Inc. 2° del del C.P. que establece que: “*Artículo 1°. Este Código se aplicará: ...2) Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo*”⁹⁶. Entendemos

⁹⁴ Sobre este principio ver en detalle los autores y obras citados en la nota 1 de este texto.

⁹⁵ La doctrina más antigua entendía comprendidos dentro de esta norma, además de sus casos típicos, los llamados “delitos a distancia”, Ver S SOLER, op cit, 208; RC NÚÑEZ, op cit 170; C. FONTAN BALESTRA, op cit 130. La doctrina más actual admite su ubicación en esa norma pero rechaza que abarque los “delitos a distancia”, ver: AJ, D’ALESSIO, op it, 10. E RIGHI, op cit 79-80. Por el contrario rechaza esta posibilidad en forma expresa: E BACIGALUPO, op cit, 52. Crítico al respecto, pero sin rechazarlo, ER ZAFFARONI y otros, op cit, 211 precisa adecuadamente la cuestión explicando que “*Según el alcance que se otorgue a la voz efectos del art. 1° C.P., se considerará si la ley argentina, junto a la referida regla de la ubicación, adopta o no el principio real o de defensa como subsidiario del territorial. La cuestión no es pacífica, dadas las deficiencias técnicas de la expresión. De cualquier manera, la voz “efectos” es demasiado amplia como para pretender que se limita a resultados (que sólo abarcaría los llamados delitos a distancia), por lo cual resulta forzado no admitir que también comprende las consecuencias jurídicas lesivas para un bien jurídico garantizado territorialmente*” (énfasis del original).

⁹⁶ La doctrina es pacífica, la coincidencia cabal en los autores y otras citadas en la nota 1 de este texto.

que ambos supuestos, más allá de responder al mismo principio, presentan distinta aplicación respecto de las personas jurídicas.

En el primer supuesto, aunque su alcance puede cambiar mucho según la amplitud que se le acuerde, en todas las variantes es posible la aplicación de la ley nacional a los ilícitos cometidos en el extranjero por personas jurídicas, respecto de todos los tipos por las que aquellas son punibles según la legislación actual, en razón que los mismos recaen sobre bienes jurídicos públicos o relevantes para el interés del Estado en su conjunto⁹⁷. Por lo cual, respecto de los casos de responsabilidad penal de la persona jurídica siempre es admisible la aplicación de la ley argentina, a pesar de haber sido cometidos en el extranjero, con tal que sus efectos se produzcan en el territorio argentino o en los lugares sometidos a su jurisdicción, produciéndose así una notable extensión de la jurisdicción que busca proteger los intereses del Estado.

En cuanto al principio real o de defensa según el Art. 1, inc. 2º, del C.P., aun cuando se lo interprete funcionalmente⁹⁸, nos parece claro que el término “agentes” y “empleados” sólo puede referirse a personas humanas⁹⁹, pues solo aquellas pueden desempeñar un “cargo”. Sin embargo, consideramos posible que en base al mismo pueda aún establecerse aplicación de la ley argentina sobre hechos cometidos en el extranjero por personas jurídicas, cuando estas puedan ser responsabilizadas como coautoras o partícipes

⁹⁷ La doctrina mayoritaria exige el carácter público del bien jurídico lesionado para habilitar la aplicación extraterritorial de la ley penal en virtud del principio de Defensa, y si bien ese es poco claro, existe acuerdo en que deben ser entendidos dentro del mismo los ligados al poder, subsistencia, soberanía estatal, los que responden las funciones públicas del Estado y los supraindividuales (conf S SOLER, op cit, 207-208; RC Nuñez, op cit, 163 y 171-173; E RIGHI, op cit., 80; CJ LASCANO (h), op cit, 224-226; AJ D’ALESSIO, op cit, 13-14, ver también sus citas jurisprudenciales). En contra, postulando una mayor amplitud ER ZAFFARONI y otros, op cit, 211.

⁹⁸ Como propone la mayoría de la doctrina, así: S SOLER, op cit 212; RC NÚÑEZ, op cit, 176; E RIGHI, op cit, 81; AJ D’ALESSIO, op cit, 10; C CREUS, op cit, 112-113.

⁹⁹ Denominación utilizada por el Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde 2015 en su Art 19 y ss. El anterior Código Civil según Ley 340, las llamaba personas de existencia visibles en sus arts 32, 51 y 52. También es aceptado el término personas naturales usado por el Estatuto de Roma, art 25.

del delito por el cual resulte responsable un “agente” o “empleado” que desempeñe un “cargo” de aquellos a los que alude la norma¹⁰⁰.

16. En caso de que su legislación prevea el principio de personalidad pasiva –es decir, que un extranjero pueda ser juzgado incluso por actos cometidos en el extranjero contra nacionales–, ¿podría esta ser aplicable a personas jurídicas por actos que puedan constituir delitos?

Existe acuerdo doctrinario mayoritario en que el principio de nacionalidad o personalidad pasiva¹⁰¹ no es receptado por la legislación argentina¹⁰², por lo cual no puede ser aplicable a las personas jurídicas responsables por un delito. Sin perjuicio de lo cual, corresponde señalar que se ha advertido cierta similitud del principio de personalidad pasiva y el principio real o de defensa en virtud del cual, en determinados supuestos, un delito cometido en el extranjero, por un extranjero (incluso una persona jurídica en los casos en que son punibles), lesionando intereses nacionales argentinos, puede ser sometido a la ley argentina¹⁰³.

¹⁰⁰ La participación criminal entre personas jurídicas y personas humanas está expresamente prevista en los arts 4, 8 y 16 de la Ley 27.401. Se estaría ante un supuesto de lo que se ha llamado “delitos complejos” (conf RR BALESTRA, op cit, 241, citando a CM VICO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 271 ss; Sobre tal concepto, ver también C.A ALCORTA, “Principios de Derecho Penal Internacional”, 116 ss). Por demás, esta solución nos parece lógica por el carácter accesorio de la participación criminal.

¹⁰¹ También llamado principio de nacionalidad del ofendido o principio de protección de los nacionales, conf A.J. D’ALESSIO, op cit, 15.

¹⁰² R.C. NÚÑEZ, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2009, p. 97, es categórico al afirmar que “Este principio no está reconocido entre nosotros”; también lo es CJ LASCANO (h), op cit, 127-128, que dice: “Se trata de un criterio que no ha sido receptado por nuestro derecho positivo vigente” ver también S SOLER, op cit, 191 y 214, AJ D’ALESSIO, op cit, 16.

¹⁰³ Confrontando la similitud entre el principio de personalidad pasiva entendido ampliamente y el principio real o de defensa RC NÚÑEZ, op cit, 162 y nota 146; S SOLER, op cit 191-192, AJ D’ALESSIO, op cit, 12.

17. ¿Podría un tribunal de su país ejercer la jurisdicción universal contra una empresa? En caso afirmativo, señale las conductas delictivas sobre las que podría utilizarse

En Argentina, la cuestión de la jurisdicción universal¹⁰⁴ en los últimos años ha estado vinculada más a las violaciones de derechos humanos del pasado que a las del presente¹⁰⁵, y quizás por ello aún no se ha analizado suficientemente la cuestión respecto de la posibilidad de recurrir a la jurisdicción universal para determinar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁰⁶.

El Art. 118 de la Constitución Nacional establece que:

“Artículo 118.- Todos los juicios criminales ordinarios... se terminarán por jurados.... La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.¹⁰⁷”

¹⁰⁴ Sobre el Principio de Jurisdicción Universal, también llamado de Justicia Universal, o Principio Universal, o Mundial o Cosmopolita, en general ver los autores y obras indicados supra en nota 27 de este texto.

¹⁰⁵ Ver Secretaría de Derechos Humanos – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Argentina Combate la Impunidad*, 1ª Ed, Buenos Aires, Eudeba, 41-435 donde se compilan diversos fallos relevantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal relativos a la aplicación interna del *Ius Gentium* en relación a los crímenes de la dictadura Cívico-militar que usurpó el gobierno del estado entre 1976-1983 <http://www.jus.gob.ar/media/1128974/01-sdh-combate_a_la_impunidad.pdf> visto el 06/05/2020; Ver también las obras citadas *infra* en nota 57 de este texto sobre los casos de Jurisdicción Universal propiamente dichos.

¹⁰⁶ Sin perjuicio de lo cual, corresponde señalar que los llamados “Principios de Madrid – Buenos Aires de Jurisdicción Universal” elaborados desde la Fundación Internacional Baltazar Garzón (FIBGAR), la aceptan expresamente en su Artículo 6º; este documento si bien no cuenta con valor legal alguno, es una sólida propuesta elaborada por expertos internacionales. La misma puede ser consultada en <<https://fibgar.org/upload/proyectos/35/es/principios-de-jurisdiccion-universal.pdf>> (visto el 06/05/2020)

¹⁰⁷ Conf K Ambos, op cit 131; ER ZAFFARONI y otros, op cit, 213; S SOLER, op cit 220; C CREUS, op cit, 114; E DIEZ RODRÍGUEZ, op cit 165; E RIGHI, op cit., 82; CJ LASC GELLI, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, ANO (h), op cit, 129-13; MA 2ª Ed, Buenos Aires, La Ley, 2004, 835. Esa es también la conclusión que puede extraerse del Fallo del caso Mazzeo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (Fallos: 330:3248) En Contra NÚÑEZ, Op Cit, 165, nota 162, donde dice que: “Nada tiene que hacer con el principio de la validez de la ley penal en el espacio el art. 102 [hoy 118] de la Constitución”, postura evidentemente minoritaria.

Aunque la ley especial no ha sido sancionada por el Congreso, el principio constitucional abre la posibilidad de utilización de la figura. Así, en principio ello podría cubrir a las personas jurídicas, mientras tengan una posibilidad razonable de comparecer y estar a derecho¹⁰⁸.

Sin embargo, debido a que el catálogo de conductas criminales reconocido por la costumbre internacional es acotado¹⁰⁹ y ninguno de los hechos por los cuales la ley argentina reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas integra dicho catálogo¹¹⁰, no quedaría satisfecho el principio de legalidad¹¹¹, por lo que resultaría imposible perseguir

¹⁰⁸ Si bien nuestra Ley 27.401 en su Art 14 prevé la rebeldía de la persona jurídica, consideramos que ello es erróneo puesto que no existe en relación a la persona jurídica la necesidad de que sea habida para recibir la pena estatal, sino sólo para ejercer su derecho de defensa en juicio, lo cual puede asegurarse suficientemente por otros medios, como la designación de un representante forzoso, como ocurre en los procesos de concurso, quiebra o liquidación.

¹⁰⁹ La lista de delitos varía de autor en autor. Sin embargo, en general todos reconocen comprendidos los siguientes supuestos: Piratería (marítima o aérea), trata de personas, falsificación de moneda, rotura de cables submarinos, secuestro de menores, todos los relativos a la pornografía infantil, apoderamiento de aeronaves en vuelo, tráfico de estupefacientes (al que acotaríamos sólo cuando tenga carácter transnacional) apoderamiento de tesoros arqueológicos, crímenes contra el equilibrio ecológico, la tortura en cualquiera de sus formas (que incluiría los tratos crueles, inhumanos o degradantes a detenidos), toma de rehenes, *apartheid*, desaparición forzada de personas, genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, crimen de agresión. Al respecto K AMBOS; op cit, 131; S SOLER, op cit 219 ss; C FONTAN BALESTRA, op cit., 134-135; AJ D'ALESSIO, op cit, 20 y nota 102; C CREUS, op cit, 114. Particularmente problemática es la cuestión de la corrupción transnacional, ver *infra* nota 65.

¹¹⁰ Es una cuestión altamente discutible respecto del delito de *soborno transnacional*. Sin embargo, entendemos que Argentina no ha asumido la jurisdicción universal a ese respecto, puesto que de otro modo resultaría superflua y carente de sentido práctico la reforma introducida al Art 1 del CP agregando su in 3º justamente respecto de tal hecho (al respecto ver *supra*). De otra opinión, relacionándolo con la jurisdicción universal antes de la sanción de la ley 27.401, ver: AJ D'ALESSIO, op cit, 20.

¹¹¹ Al respecto recuerda ER ZAFFARONI y otros, op cit, 210 que "...el Estado que aprehende al autor le aplica **su ley**" (Énfasis agregado), por lo cual, sin ley nacional que aplicar no puede existir jurisdicción universal. Sobre el principio de legalidad como límite de la jurisdicción universal, ver: E DIEZ RODRÍGUEZ, op cit 119 ss. Distinta es la cuestión respecto de si la falta de existencia de esas normas nacionales puede determinar la responsabilidad internacional del estado por violación de los derechos humanos o si esas normas de *ius Cogens* internacional puede considerarse que formen parte del derecho interno de modo que determinen la ilegitimidad de otras normas (al respecto ver *supra* nota 51 con sentencias compiladas en la obra *Argentina Combate la Impunidad*).

penalmente a las personas jurídicas con fundamento en el principio de jurisdicción universal.

IV. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

A. Derecho Ambiental

18. Señale las disposiciones normativas que regulan la responsabilidad por daño ambiental

La responsabilidad por daño ambiental en Argentina posee rango constitucional, siendo el único tipo de daño presente en la Carta Magna.

En la reforma constitucional de 1994 se incorpora, dentro de los nuevos derechos y garantías, el artículo 41 que reconoce el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, aunque limitando las actividades productivas en el sentido de poder satisfacer las necesidades presentes, pero sin comprometer las de las generaciones futuras¹¹². Desde la doctrina se entiende que el daño ambiental puede ser directo o ecológico puro, o bien, ser indirecto cuando afecta la salud de las personas, lo que implica la articulación de diferentes regímenes legales¹¹³.

La Ley Nacional de Política Ambiental N° 25675 posee un apartado específico en el que se regula el daño ambiental. Su artículo 27 define al daño ambiental como *“toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”*. Esta descripción, en buena medida, repone las características fundamentales que se desarrollan en la teoría del daño ambiental a lo que puede agregarse su carácter complejo, acumulativo, atemporal, expansivo, todo lo cual torna compleja su recomposición así como la cuantificación del daño en caso que no sea posible recomponer.

¹¹² VVAA, “¿Veinte años no es nada? Un estudio de los debates constituyentes de 1994 sobre ambiente y patrimonio cultural”, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales N° 9, Nueva Época, Santa Fe, (2014), 65-81.

¹¹³ N CAFFERATTA, *Introducción al derecho ambiental*, México DF, Instituto Nacional de Ecología (INE-SEMARNAT), (2004),64.

Esta norma también refiere de modo expreso a otros presupuestos de la responsabilidad civil considerando que el daño ambiental puede ser causado por acciones u omisiones (art. 27) y que se trata de una responsabilidad de carácter objetivo (art. 28). Respecto de la antijuridicidad y de la causalidad no existen alusiones expresas pero se entienden aplicables los criterios generales que se prevén para ambos presupuestos en el derecho privado. Es decir que cualquier acción u omisión que cause un daño es antijurídica si no se encuentra justificada (art. 1717 CCC) y que se reparan las consecuencias dañosas que poseen un nexo adecuado de causalidad con el hecho que produjo el daño (art. 1726 CCC). Es importante señalar que este último presupuesto asume una complejidad central en los temas ambientales que ha sido señalada desde temprano por parte de la doctrina especializada en el área¹¹⁴.

A su vez, su artículo 30 prevé quiénes son los legitimados para presentar acción por daño ambiental indicando al afectado, al Defensor del Pueblo, a las asociaciones no gubernamentales cuyo objeto se vincule al tema, con lo que se sigue el contenido previsto por el artículo 43 de la Constitución Nacional a lo que se suma la posibilidad de actuar como legitimados del Estado nacional, provincial o municipal.

Finalmente, en el artículo 31 se establece que si han participado dos o más personas o no se puede determinar la medida del daño aportado por cada responsable se responde de manera solidaria.

A esta normativa cabe agregar el Código Civil y Comercial en vigencia que incorpora la dimensión colectiva del derecho privado (art. 14 CCC) y, por tanto, un concepto de daño que abarca no sólo las lesiones a derechos o intereses que tengan por objeto la persona o el patrimonio, sino también la lesión a derechos de incidencia colectiva (art. 1737).

A lo expuesto se agrega la limitación al ejercicio de derechos individuales sobre bienes en tanto no afecte el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, fauna, biodiversidad, agua, valores culturales, paisaje, etc. (art. 240 CCC).

¹¹⁴ I. GOLDENBERG, N. CAFFERATTA, *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, (2001).

Entonces a la hora de reponer la normativa en materia de daño ambiental se cuenta con, básicamente, tres cuerpos legales centrales como se ha reseñado: la Constitución Nacional, la Ley Nro. 25.675 conocida como “Ley general del ambiente” y el Código Civil y Comercial de la Nación.

19. ¿Exige la legislación ambiental de su país la realización de estudios de impacto ambiental o la aprobación de otros instrumentos de gestión ambiental? ¿A quién corresponde llevarlas a cabo?

Sí, en la Ley N° 25.675¹¹⁵. El artículo 11, establece que toda obra o actividad que sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes o afectar la calidad de vida de la población – con lo que se hace eco de la doble mirada sobre los riesgos ambientales que pueden afectar al ambiente o bien indirectamente a la salud humana – en forma significativa deberá sujetarse a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental previo a su ejecución.

Seguidamente, el art. 12 prevé que las personas tanto físicas como jurídicas deben dar inicio al procedimiento a través de una declaración jurada en la que se manifieste si la obra o actividad puede afectar el ambiente. Y estima que las autoridades competentes tendrán a su cargo determinar la presentación de un estudio de impacto ambiental. Conforme el art. 13 el estudio de impacto ambiental debe contener como mínimo una descripción detallada del proyecto de obra o de la actividad, las consecuencias que pudieran tener sobre el ambiente y las acciones destinadas a mitigar efectos negativos asociados.

Este estudio debe ser analizado por parte de las autoridades correspondientes que, luego de hecho el análisis, deben emitir una declaración de impacto ambiental en la que se apruebe o rechace la actividad o bien se soliciten modificaciones.

Así en la ley general del ambiente se establecen algunos parámetros básicos de este instituto: su carácter preventivo, su naturaleza como procedimiento

¹¹⁵ Sobre esta herramienta de gestión puede consultarse: A. FALBO, “Evaluación de impacto ambiental: concepto y caracteres”, Revista de Derecho Ambiental No 5, (2006), 3.

técnico-administrativo así como uno de sus elementos centrales que es el estudio de impacto ambiental.

Si bien ha habido intentos por lograr una ley de presupuestos mínimos específica sobre este tema, los mismos no han logrado el resultado buscado y, por tanto, se carece de mayores especificidades.

Para completar el tema se debe recurrir al sistema regulatorio que cada provincia establezca al respecto. En ese sentido, es importante señalar que, en general, las provincias adoptan este esquema mínimo y categorizan las actividades. En base a esa categorización se estipula qué tipo de actividad requiere o no la realización de este tipo de procedimiento. A su vez, también aparece en ciertos casos la articulación de este procedimiento con ciertos mecanismos de participación ciudadana, sobre todo mediante la incorporación de audiencias públicas.

Es importante señalar esto dado que cualquier empresa que quiera instalar una actividad, realizar una obra o bien ampliar actividades o realizar modificaciones deberá consultar la normativa vigente en cada provincia y cada localidad dado que, en muchos casos, existe una articulación entre el nivel local y provincial a los efectos de tramitar estos procedimientos.

20. ¿Qué sanciones se pueden imponer por llevar a cabo actividades empresariales¹¹⁶ sin cumplir con la normatividad ambiental?

No existe un catálogo unificado a nivel nacional de sanciones que puedan imponerse por llevar a cabo actividades empresariales que no cumplan con la normativa ambiental.

¿Para identificar las sanciones correspondientes también se debe analizar la normativa de cada provincia y de cada actividad lo que permitirá identificar la existencia de apercibimientos, multas, suspensiones, clausuras. A su vez, en el marco de algunas actividades específicas como, por ejemplo, la Ley de Residuos Peligrosos N° 24.051 se establecen sanciones penales.

¹¹⁶ Por actividades empresariales nos referimos a proyectos de infraestructura o desarrollo, proyectos extractivos o de agroindustria, o a toda aquella actividad empresarial que pueda generar afectaciones a gran escala.

21. ¿Es posible exigir una reparación de naturaleza civil en el marco de un daño ambiental?

Sí, en la Ley N° 25.675, el artículo 28 prevé que, en primer lugar, debe estarse al restablecimiento al estado anterior a la producción del daño, es decir, a la recomposición. Sin embargo, cuando no es técnicamente factible la justicia debe determinar una indemnización sustitutiva que debe ser depositada en el Fondo de Compensación Ambiental.

Este fondo es creado por el artículo 34 de la misma ley que establece: *“Créase el Fondo de Compensación Ambiental que será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción y estará destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales; asimismo, a la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente. Las autoridades podrán determinar que dicho fondo contribuya a sustentar los costos de las acciones de restauración que puedan minimizar el daño generado. La integración, composición, administración y destino de dicho fondo serán tratados por ley especial”*.

A su vez, la ley establece expresamente, en su artículo 29, que la responsabilidad civil o penal es independiente de la administrativa.

Desde el ámbito de la doctrina se vienen señalado las serias dificultades para llevar a cabo la operación de cuantificar daños de esta naturaleza¹¹⁷, lo que se nutre de debates más amplios como aquel que subyace a las perspectivas más o menos antropocéntricas en relación a la valoración de la naturaleza. Estas perspectivas, llevadas al plano de la cuantificación del daño ambiental, permiten la construcción de ciertos criterios que, en su mayoría, toman en cuenta la utilidad que determinados bienes ambientales poseen en relación a los humanos. Estas tesis suelen ser resistidas por parte de las perspectivas que se enfocan más fuertemente en el valor *per se* de la naturaleza y sus componentes.

Finalmente, es importante señalar que desde la doctrina se viene construyendo hace años el concepto de daño moral por afectación del ambiente. Este ha

¹¹⁷ E PERETTI, “Cuantificación del daño ambiental”, Revista de Derecho Ambiental No 60, (2019), 19.

sido entendido como aquel que sufre o padece una pluralidad determinada o determinable de sujetos, siendo su damnificado directo la colectividad, sociedad o grupo. Así el afectado es el conglomerado en cuanto tal¹¹⁸.

La categoría recibió traducción jurisprudencial en un caso que afectó el patrimonio cultural de la ciudad de Tandil, en la Provincia de Buenos Aires¹¹⁹. En este caso un ómnibus de la empresa La Estrella se desplaza sin conductor por una pendiente y termina colisionando con una fuente y grupo escultórico denominado “Las Nereidas”. En el caso no sólo se demanda por el daño patrimonial sufrido por la Municipalidad de Tandil sino también por el daño a los intereses de toda la comunidad tandilense que veía mermado su goce y disfrute estéticos.

Si bien este caso inaugura una línea jurisprudencial que se replica en otros casos de afectación del patrimonio cultural, también se aplica esta categoría a daños de índole ambiental. En este último campo, se destaca una sentencia de 2009 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en la que se manda a resarcir el daño moral que resultaba de la continua exposición de una familia a la contaminación ambiental generada por parte del basural municipal¹²⁰.

22. ¿Existen sanciones penales por daño ambiental?

No existe un cuerpo legal orgánico que disponga la penalización del daño ambiental como tal. Pero sí existen tipos penales dispersos que ponen conductas que atentan contra el ambiente. El caso más cercano a la punición del daño ambiental es la Ley de Residuos Peligrosos Nro. 24.051 que, en su artículo 55, penaliza a quien mediante residuos peligrosos envenene, adultere o contamine de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general.

¹¹⁸ Dentro de la doctrina posee un rol central en este tema el aporte de Jorge Galdos que, a su vez, en su voto en el caso “Las Nereidas” fue quien desarrolló, en su rol de camarista, gran parte de los primeros pasos de este instituto. Ver: J GALDOS, “Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa”, Revista de Derecho de Daños, Daño Moral, Rubinzal Culzoni, (1999).

¹¹⁹ Municipalidad de Tandil c/ TA La Estrella SA y otro, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala A, 22.10.1996.

¹²⁰ S M A y C, M y otro c/Municipalidad de Pergamino, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 25.02.2009.

23. ¿Señala explícitamente la legislación ambiental un vínculo con los derechos humanos?

La reforma constitucional llevada a cabo en 1994 reconoce el derecho a un ambiente sano en su artículo 41 que está ubicado dentro de los nuevos derechos y garantías.

Una cuestión también insoslayable es el análisis de las leyes de presupuestos mínimos. Si bien es difícil encontrar una referencia expresa al derecho ambiental en tanto derecho humano, existen una serie de referencias entre los objetivos de las leyes. Se señala la necesidad de “garantizar la calidad de vida de la población” (Ley de Residuos Industriales N° 25612), “promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras” (Ley de Política Ambiental N° 25.675), “lograr un adecuado y racional manejo de los residuos domiciliarios mediante su gestión integral, a fin de proteger el ambiente y la calidad de vida de la población” (Ley de Gestión de Residuos Domiciliarios N° 25.916), “garantizar que la gestión integral de los envases vacíos sea efectuada de un modo que no afecte a la salud de las personas ni al ambiente” (Ley de Envases de Productos Fitosanitarios N° 27.279).

Más recientemente, la última ley de este tipo sancionada, ley de presupuestos mínimos sobre Mitigación y Adaptación al Cambio Climático Global, N° 27.520, incorpora entre sus objetivos “garantizar el desarrollo humano” y, luego, establece en diferentes ocasiones la necesidad de priorizar a los grupos sociales más vulnerables a los efectos del cambio climático.

24. ¿Existen en su país tribunales ambientales, o es el cuidado del medio ambiente una función de fiscalización?

Sí en el caso de Argentina contamos con un sistema de justicia federal y otro de carácter provincial. En ambos se pueden identificar una pluralidad de iniciativas para visibilizar e institucionalizar la cuestión ambiental.

En el primer ámbito, a partir, por ejemplo, de la creación de la Comisión de Ambiente y Sustentabilidad (Acordada 16/2013), la Oficina de Justicia Ambiental (Acordada 1/2014), el Registro Público de Procesos Colectivos radicados ante los tribunales del Poder Judicial de la Nación (Acordada

32/2014), y la Secretaría de Juicios Ambientales (Acordada 8/2015) por parte de la Corte Suprema de Justicia¹²¹. Sin embargo, a nivel federal no se cuenta con juzgados especializados en el área.

En el segundo ámbito, es decir, a nivel provincial existe un primer–y por el momento único–antecedente de creación de tribunales ambientales en la Provincia de Jujuy.

En el año 2015, por medio de la Ley N° 5.899, se crea el fuero ambiental. El artículo 1 de la ley mencionada establece la creación de dos juzgados especializados en la materia con asiento en la ciudad de San Salvador de Jujuy y con competencia en todo el territorio provincial.

Conforme el artículo 4 posee competencia: “a) *En los amparos ambientales; b) En los juicios ordinarios por reparación y/o remediación de daños ambientales, incluida la faz resarcitoria privada; c) En los procesos cautelares ambientales; d) En todos los demás procesos judiciales de naturaleza ambiental y/o regidos por legislación específica vinculada al ambiente*”.

Los jueces que integran estos tribunales se designan de conformidad a las reglas de designación existentes.

A lo expuesto se suma la creación de tres secretarías (art. 4) así como un Cuerpo Interdisciplinario de Expertos (art. 5). Este último se conforma con cinco expertos profesionales universitarios en ciencias ambientales con al menos cinco años de ejercicio de la profesión lo cual da cuenta de una perspectiva más versada en la idea de expertos profesionales que de expertos científicos.

A su vez, se crean dos fiscalías ambientales ante los juzgados ambientales y ante los órganos competentes en materia penal (art. 7). Las fiscalías cuentan con atribuciones en materia extrajudicial, judicial, contravencional, penal y de gestión institucional. El artículo 8 crea un Cuerpo de Investigación Científica de las Fiscalías Ambientales también integrado por profesionales del área de las ciencias ambientales con cinco años de ejercicio profesional replicando así el sesgo profesional ya señalado.

¹²¹ S *SBDAR*, “Tribunales especializados para la tutela efectiva del ambiente”, Centro de Información Judicial, 16.03.2017. <<https://www.cij.gov.ar/nota-25245-Tribunales-especializados-para-la-tutela-efectiva-del-ambiente.html>> Fecha de acceso: 08.06.2020.

Es importante señalar que para la justicia que entiende en este tipo de casos – aun cuando la regla es la inexistencia de tribunales especializados por lo que aplican las reglas ordinarias de la competencia– que la propia Ley N° 25.675 contiene una serie de disposiciones a tener en consideración por parte de jueces y juezas al momento de decidir.

En primer lugar, el artículo 32 sostiene que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no debe admitir restricciones de ningún tipo o especie lo que coloca al/la juzgador/a en una especial situación al momento de analizar múltiples aspectos vinculados con las vías de tutela inhibitoria seleccionadas para judicializar un conflicto socio-ambiental.

A ello sigue el rol activo¹²² que se asigna a quienes intervienen en este tipo de causas: *“El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte”* (art. 32).

Esta serie de indicaciones permiten un obrar activo por parte de los tribunales lo que se completa con una referencia a los saberes expertos que puedan ingresar en las causas judiciales. En ese sentido, se establece que los dictámenes emitidos por organismos estatales en materia de daño ambiental que sean agregados al proceso poseen la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de impugnación de las partes (art. 33).

Esta manera de introducir conocimiento experto producido por parte del Estado permite considerar que existe una vía de comunicación posible, también, con los espacios estatales destinados especialmente a la producción de conocimiento como lo son las universidades nacionales o el Consejo de Investigaciones Científicas y Técnicas.

Finalmente, este mismo artículo 33, establece que la sentencia adoptada en este tipo de causas hará cosa juzgada y tendrá efectos erga omnes, salvo en

¹²² Ver: E MÜLLER, La prueba del daño ecológico, Revista de Derecho de Daños, 1999-4; N CAFFERATTA, “El tiempo de las cortes verdes”, La Ley, 2007-B, 423.

los casos en que hubiera sido total o parcialmente rechazada por razones probatorias.

25. En caso de que en su país existan tribunales ambientales, ¿han dictado sentencias donde se establezca un vínculo entre el daño medioambiental y violaciones a los derechos humanos?

Sí, la designación de la primera jueza, María Laura Flores, en uno de los tribunales ambientales de la Provincia de Jujuy se desarrolló el día 6 de marzo de 2019, con lo cual cuenta con una antigüedad de poco más de dos años.

En el sistema oficial de búsqueda aparecen cinco sentencias, la mayor parte de ellas vinculadas con acciones preventivas. De una lectura de las sentencias publicadas se puede identificar que, en particular, en una de resoluciones existe una vinculación entre daños ambientales devenidos de un trabajo de instalación de fibra óptica por parte de la empresa Telecom S.A. y violación de derechos de una comunidad indígena.

La Comunidad Indígena Angosto El Perchel decide presentar una acción de amparo en la que solicita *“se ordene la realización de la consulta indígena a efectos de prevenir mayores daños y perjuicios, ordenando a las demandadas arbitren los medios a efectos de dar apertura a la consulta con un acta en Asamblea Comunitaria para definir plazos e información a ser entregada para llegar a la etapa del consentimiento; solicita se condene a las demandadas a que estimen los medios necesarios a efectos de producir la consulta previa, libre e informada de la Comunidad Angosto El Perchel en el Proyecto de fibra óptica a realizarse sobre su territorio”*¹²³.

Entre los fundamentos de la Comunidad se encuentra el principio precautorio; la falta de consulta previa, libre e informada que establece el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas; la Constitución Nacional, tratados internacionales y jurisprudencia; el derecho de participación y el derecho a los recursos naturales e intereses que los afectan; la carencia de parámetros para la aprobación del estudio de impacto ambiental presentado por la empresa demandada.

¹²³ Comunidad Indígena Angosto El Perchel C/ Telecom Argentina SA y Estado Provincial s/amparo, Juzgado de Primera Instancia Ambiental, 19.07.2019.

El Juzgado decide hacer lugar parcialmente a la acción de amparo y condena a las demandadas, la empresa Telecom S.A y el Estado Provincial, para que aseguren a la Comunidad Indígena Angosto el Perchel una nueva instancia de participación ciudadana previo al reinicio de los trabajos efectuados para la instalación de la fibra óptica por parte de la empresa.

De forma general, en el campo de la jurisprudencia uno de los casos emblemáticos resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación versa sobre la contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo y tramitó a partir de una acción por daños y perjuicios¹²⁴.

El caso fue iniciado en 2004 directamente ante la Corte por un grupo de personas que habitan la cuenca contra los tres niveles del estado implicados (Nación, Provincia de Buenos Aires y Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y una serie de empresas consideradas responsables de las condiciones de existencia de una de las cuencas hídricas más contaminadas del mundo. A lo largo del proceso se sumaron como terceros interesados la Defensoría del Pueblo así como una serie de organizaciones no gubernamentales cuyos estatutos contenían un abordaje de problemas ambientales.

Luego de una serie de audiencias públicas en las que participaron las partes del proceso y que fueron organizadas en el marco de la causa, así como de la participación de expertos de diversas disciplinas para dictaminar sobre la viabilidad del plan de saneamiento que confeccionaron los tres niveles estatales, se dicta sentencia en 2008¹²⁵. En esta decisión se asigna prioridad a la recomposición y a la prevención del daño ordenando una serie de medidas entre las que se destaca la necesidad de producir información definitiva sobre las empresas radicadas en la cuenca que realicen actividades contaminantes.

En materia de evaluaciones de impacto ambiental, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó ver con claridad que existe un tema que aún requiere de

¹²⁴ En un trabajo anterior realizamos un análisis pormenorizado de esta causa: MV BERROS “Relatos sobre el río, el derecho de la Cuenca Matanza-Riachuelo”, Revista de Derecho Ambiental N° 1 Universidad de Palermo, Buenos Aires, (2012), 111-163.

¹²⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 08/07/2008, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)”.

regulación específica: las evaluaciones ambientales estratégicas¹²⁶. Este tipo de evaluaciones son las que miden los impactos ambientales acumulativos y deben ser consideradas a la hora de diseñar políticas, planes y proyectos. En el caso resuelto por la Corte se demostró la existencia de un número de autorizaciones para tala y desmonte en la Provincia de Salta que consideraban los impactos individuales pero no así los impactos acumulativos que resultaban de la totalidad de las autorizaciones otorgadas por parte del estado provincial. Así, la Corte ordenó suspender las autorizaciones hasta que se efectúe un estudio de los impactos acumulativos por parte de la Provincia de Salta y la entonces Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación dando amplia participación a las comunidades que habitan en el territorio. Como contenido del estudio se indicó que deberán considerarse especialmente los impactos sobre el clima, el paisaje, el ambiente y las condiciones de vida de los habitantes.

Con respecto a la cuantificación del daño ambiental, la problemática no ha sido muy abordada en la jurisprudencia. En el mencionado caso sobre contaminación de la Cuenca Matanza Riachuelo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aún no resolvió sobre este aspecto en particular.

26. ¿Qué tipo de reparación se pueden ordenar por afectaciones al medio ambiente?

Conforme ya se ha señalado, la Ley N 25.675 establece un tipo de destino específico para las reparaciones por afectaciones al ambiente en los casos en que no se pueda recomponer como manda la Constitución Nacional así como la legislación interna ya referida.

Ante la imposibilidad de volver las cosas al estado anterior, el artículo 28 de la Ley N 25.675 establece como destino de las indemnizaciones el Fondo de Compensación Ambiental creado por el artículo 34 de la misma normativa.

Cabe destacar que allí se determina que la administración del fondo corresponde a la autoridad competente de cada jurisdicción y se identifican una serie de destinos posibles para el uso del fondo: garantizar la calidad

¹²⁶ Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26.03.09.

ambiental; bregar por la prevención y la mitigación de efectos perjudiciales sobre el ambiente; atender emergencias ambientales; proteger, preservar, conservar o compensar los sistemas ecológicos o el ambiente. Cuando es posible minimizar los daños generados se estima que el fondo puede contribuir a sustentar los costos de las acciones de restauración.

B. Contratación pública

27. ¿Exige el marco jurídico de su país que se adopten medidas de debida diligencia en derechos humanos por las empresas en el contexto de concesiones, licitaciones o alguna otra forma de contratación pública?

Dentro del marco jurídico de la contratación pública en la República Argentina, puede mencionarse el artículo 3 inc. c) y f) del decreto n° 1023/01¹²⁷ -Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional- en el que se establecen, como principios generales, la transparencia y la igualdad de tratamiento para interesados y oferentes, respectivamente.

Con relación al primero de los principios, en el artículo 9 del citado cuerpo normativo, se establece que “[l]a contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas”.

En el decreto n° 1030/16¹²⁸- Reglamentación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional- se fija, en el artículo 68 inc. h) e i), y en la Disposición 63-E/16¹²⁹ de la Oficina Nacional de Contrataciones aprobatoria del

¹²⁷ BO 16.8.2001. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/68396/texact.htm>> acceso el día 10.7.2020.

¹²⁸ BO 16.9.2016. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/265506/texact.htm>> acceso el día 10.7.2020.

¹²⁹ BO 29.9.2016. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/265968/texact.htm>>, acceso el día 10.7.2020.

Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, artículo 27 inc. h) e i), como pautas para la inelegibilidad para la contratación pública: a) aquellos casos de personas jurídicas condenadas, con sentencia firme recaída en el extranjero, por prácticas de soborno o cohecho transnacional en los términos de la Convención de la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económicos (OCDE) para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, serán inelegibles por un lapso igual al doble de la condena; y b) aquellos supuestos de personas humanas o jurídicas incluidas en las listas de inhabilitados del Banco Mundial y/o del Banco Interamericano de Desarrollo, a raíz de conductas o prácticas de corrupción contempladas en la Convención de la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económicos (OCDE) para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales serán inelegibles mientras subsista dicha condición.

En materia de obra pública, la ley n° 13.064¹³⁰ y su decreto reglamentario 19324/49¹³¹ no prevén disposiciones relativas al deber de adopción de medidas de debida diligencia en derechos humanos. No obstante ello y más cerca en el tiempo, a través del decreto 1169/18¹³², el Poder Ejecutivo Nacional instruyó a la Oficina Nacional de Contrataciones a fin de que elabore y dé publicidad a un Programa de Gobernanza del sistema de contrataciones de Obra Pública y concesiones de Obra Pública que debe contener, según el artículo 4: a) diagnóstico y una evaluación del diseño y operatividad estos sistemas de contrataciones; b) identificación de las debilidades y de los factores de riesgo del sistema de contrataciones de Obra Pública y concesiones de Obra Pública en cada etapa del procedimiento de contratación ; y c) propuestas de modificaciones normativas y reformas de procedimientos que se estimen necesarias y/o convenientes a fin de diseñar un sistema de contrataciones de Obra Pública y concesiones de Obra Pública conforme a las mejores prácticas y estándares internacionales.

¹³⁰ BO 28.10.1947. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/38542/texact.htm>>, acceso el día 10.7.2020.

¹³¹ B.O 23.8.1949. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/314373/norma.htm>>, acceso el día 10.7.2020.

¹³² BO 26.12.2018. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/318039/norma.htm>>, acceso el día 10.7.2020.

En el Pliego de Bases y Condiciones Generales de la Obra Pública¹³³ Se establecen una serie de regulaciones vinculadas con el deber de diligencia en materia de derechos humanos.

En este sentido se dispone que se encuentran inhabilitadas para presentarse como oferentes “las personas jurídicas que no hubieren implementado, a la fecha del llamado, un adecuado ‘Programa de Integridad’, conforme a lo previsto en los artículos 22, 23 y 24 de la Ley n° 27.401 y sus normas complementarias y modificatorias. En el caso de personas que se presenten bajo la forma de Uniones Transitorias o cualquier otra forma de asociación permitida, deberán cumplir en forma individual, cada una de ellas, con la exigencia de contar con un adecuado ‘Programa de Integridad’ en los términos señalados” (art. 20, inciso m).

En materia de derecho al trabajo, por ejemplo, se dispone que no podrán concurrir como oferentes “[I] Los empleadores incluidos en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL), durante el tiempo que permanezcan en dicho registro” (art. 20 inciso g) del anexo de la Resolución N° 235/2018 MIOPyV).

En la misma línea de protección de los derechos de los trabajadores se prevé que “[e]l Contratista estará obligado a cumplir con todas las disposiciones de la legislación vigente en la República Argentina en materia laboral y previsional, así como las que establezcan las convenciones colectivas de trabajo, entendiéndose que todas las erogaciones que ello le ocasione están incluidas en su Oferta” (art. 85 del anexo de la Resolución N° 235/2018 MIOPyV) y, además, que “[e]l Contratista deberá dar estricto cumplimiento a la legislación vigente respecto de higiene y seguridad en el trabajo, bajo apercibimiento de aplicación de la multa que determine el PCP” (art. 86 del anexo de la Resolución N° 235/2018 MIOPyV). Además, se dispone que “[e]l Contratista abonará a todo su personal salarios iguales o superiores a los establecidos por las convenciones colectivas de trabajo en vigencia aprobadas por autoridad competente y dará cumplimiento a la totalidad de las obligaciones legales o emergentes de esas convenciones en materia de cargas sociales. El pago de cada certificado mensual de obra estará condicionado a la presentación

¹³³ Aprobado por resolución N° 235/2018 del entonces Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda (BO 17.5.2018). <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/310398/norma.htm>>, acceso el día 10.7.2020.

conjunta, por el Contratista, de los comprobantes de depósitos por aportes previsionales y fondo de desempleo correspondientes al mes precedente al de los trabajos certificados. La demora en el pago de certificados motivada por el incumplimiento del Contratista a esta obligación no dará derecho a éste a reclamación alguna, ni correrán intereses por el retardo” (art. 87 del anexo de la Resolución N° 235/2018 MIOPyV).

En materia de concesión de obras públicas, la ley n° 17.520¹³⁴ no establece regulaciones relativas a la debida diligencia en materia de derechos humanos de las empresas contratistas del Estado.

Con relación a los contratos de participación público-privada, la ley n° 27.328¹³⁵, en su artículo 4, asume como alguno de sus objetivos y en lo que aquí interesa: 1) la promoción de la inclusión social, en el área de desarrollo de los proyectos, de modo tal de optimizar el acceso a infraestructura y servicios básicos (inciso f); 2) el incentivo para la generación de nuevos puestos y fuentes de trabajo en el país, en el marco del desarrollo de proyectos de infraestructura, estableciéndose planes y programas de capacitación para los trabajadores, dando cumplimiento a las normas laborales y de la seguridad social vigentes (inciso g); 3) la aplicación de mecanismos de solidaridad intrageneracional, intergeneracional e interregional, en la financiación de los proyectos (inciso h); 4) La preservación del medio ambiente y a la sustentabilidad económico, social y ambiental del área donde éstos se ejecutarán, todo ello de conformidad con la legislación y los acuerdos internacionales vigentes en la materia (inciso k);

Respecto a este último punto, en la estructuración de proyectos de participación público-privada, la parte contratante deberá promover la protección y cuidado ambiental en el ámbito de estos, adoptando las medidas de prevención, mitigación, sanción o compensación, según el caso, de los impactos negativos o adversos que eventualmente se ocasionen al ambiente, conforme la normativa vigente y aplicable a cada proyecto (art. 5).

¹³⁴ BO 13.11.1967. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16942/norma.htm>>, acceso el día 10.7.2020.

¹³⁵ BO 30.11.2016. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/268322/texact.htm>>, acceso el día 10.7.2020.

Asimismo, la ley n° 27.328 dedica el capítulo VI a la regulación de esta modalidad contractual de cara a las políticas de transparencia y anticorrupción que será desarrollada en la pregunta vinculada con las sanciones que pueden imponerse en el marco de la contratación.

Es menester señalar que, por medio del decreto n° 944/17¹³⁶, el Poder Ejecutivo Nacional aprobó la reglamentación del procedimiento transparente de consulta previsto por el artículo 14 de la ley n° 27.328. De conformidad a la citada ley, cuando se trate de proyectos cuya complejidad o monto lo justifiquen –de acuerdo con los parámetros previstos en la reglamentación– la autoridad convocante podrá someter el anteproyecto de cualquiera de los documentos relacionados con el proyecto en cuestión (pliego de bases y condiciones generales, particulares, especificaciones técnicas, y demás) al Procedimiento Transparente de Consulta. Este procedimiento tiene por objeto posibilitar la contribución de los interesados al desarrollo y definición de la solución más conveniente para el interés público involucrado, mediante la recepción de opiniones, comentarios y la realización de debates o rondas de consultas relacionados con el proyecto. En caso de optar por someter el proyecto al Procedimiento Transparente de Consulta, la autoridad convocante debe efectuar ciertas publicaciones de la convocatoria y, junto con la Subsecretaría de Participación Público-Privada, publicarán en su sitio web los documentos sometidos a la consulta. Aquellos interesados en participar deberán inscribirse en el registro que la autoridad convocante habilitará a tales efectos. Las opiniones, observaciones, propuestas y/o sugerencias que se presenten durante el Procedimiento Transparente de Consulta no tendrán carácter vinculante y no generarán derecho ni tampoco determinarán preferencia o compensación alguna a favor del interesado participante.

En esta misma línea, la Subsecretaría de Participación Público-Privada confeccionó la Guía para la transparencia en la gestión de las contrataciones públicas realizadas en el marco de proyectos PPP¹³⁷ que recepta pautas y lineamientos con el propósito de identificar las mejores prácticas de transparencia y ética vigentes internacionalmente en materia de proyectos PPP.

¹³⁶ BO 21.11.2017. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/285000-289999/287400/norma.htm>>, acceso el día 10.7.2020.

¹³⁷ Disposición E 1/2017 de la Subsecretaría de Participación Público Privada. BO 21.11.2017. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/285000-289999/287414/norma.htm>>, acceso el día 10.7.2020.

En lo concerniente a compras públicas, la Oficina Nacional de Contrataciones elaboró un Manual de Compras Públicas Sustentables¹³⁸ en donde las define como “un proceso mediante el cual las organizaciones públicas pueden satisfacer sus necesidades de bienes, servicios, trabajos e insumos de manera que obtengan valor por su dinero a lo largo de todo el ciclo de vida con el objetivo de generar beneficios no solo para la organización, sino también para la sociedad y la economía, al tiempo que reducen de manera significativa los impactos negativos sobre el ambiente”.

Por otra parte, a través de la decisión administrativa 85/18¹³⁹, la Jefatura de Gabinete de Ministros elaboró los “Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria de Argentina” que, en materia de contratación pública, establece la relevancia de publicar los procesos y resultados de contratación de bienes y servicios; la implementación de portales web de compras que permitan la participación amplia y efectiva de proveedores y el conocimiento por parte de la sociedad de los participantes, sus antecedentes, y resultado final de la adjudicación; y la integridad en todas las etapas del proceso de compras y abastecimiento.

El Congreso Nacional sancionó la ley de acceso a la información pública n° 27.275¹⁴⁰. Dentro de los sujetos obligados al otorgamiento de la información pública se encuentran, según el artículo 7 inc. i), los concesionarios, permisionarios y licenciatarios de servicios públicos o concesionarios permisionarios de uso del dominio público, en la medida en que cumplan servicios públicos y en todo aquello que corresponda al ejercicio de la función administrativa delegada; y contratistas, prestadores y prestatarios bajo cualquier otra forma o modalidad contractual.

También en materia de acceso a la información pública, pero referido exclusivamente a la materia ambiental, el Congreso Nacional sancionó la ley

¹³⁸ < https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/manual_compras_publicas_sostenibles_0.pdf>, acceso el día 10.7.2020.

¹³⁹ BO 14.2.2018. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/305000-309999/306769/norma.htm>>, acceso el día 10.7.2020.

¹⁴⁰ BO 29.8.2016. < <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/265949/texact.htm>>, acceso el día 10.7.2020.

25.831¹⁴¹ de “libre acceso a la información ambiental”. Por información ambiental, según el artículo 2, se entiende toda aquella información en cualquier forma de expresión o soporte relacionada con el ambiente, los recursos naturales o culturales y el desarrollo sustentable.

Por último, es indispensable destacar que en lo que refiere a servicios públicos la Constitución Nacional contiene una disposición específica, que dispone: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control (art. 42).

La cláusula consagra una serie de derechos para los consumidores –y particularmente para los usuarios de servicios públicos– y, asimismo, un conjunto de obligaciones en cabeza de las autoridades referidas a la protección de esos derechos y a la regulación y control de la prestación de tales servicios.

Finalmente, la Ley n° 24240 de defensa del consumidor, contiene un capítulo completo destinado a la protección de los usuarios de “servicios públicos domiciliarios” (Capítulo VI)¹⁴².

¹⁴¹ BO 7.1.2004. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=91548>>, acceso el día 10.7.2020.

¹⁴² BO 13.10.1993. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>>, acceso el día 10.7.2020.>.

28. ¿Qué tipo de sanciones pueden imponerse cuando derivado de una contratación pública, la empresa contratista afecta los derechos humanos?

En cuanto a las sanciones prevista en materia de contratación pública, puede mencionarse que el artículo 28 del decreto n° 1023/01 establece la imposibilidad de contratar con la Administración Nacional si “las personas que se encuentren procesadas por delitos contra la propiedad, o contra la Administración Pública Nacional, o contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción”.

En el decreto reglamentario n° 118/17¹⁴³ de la referida ley, se aclara que las ofertas deberán ser rechazadas cuando el oferente se encuentre incluido en las listas de inhabilitados del Banco Mundial y/o del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), a raíz de conductas o prácticas de corrupción, o bien cuando se trate de personas condenadas, con sentencia firme recaída en el país y/o en el extranjero, por prácticas de soborno o cohecho transnacional en los términos de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

En materia de acceso libre a la información ambiental, el artículo 9 de la ley n° 25.831 establece que constituyen infracciones la obstrucción, falsedad, ocultamiento, falta de respuesta en el plazo establecido en el artículo 8, o la denegatoria injustificada a brindar la información solicitada, y todo acto u omisión que, sin causa justificada, afecte el regular ejercicio del derecho que esta ley establece. En estos casos, a todo funcionario y empleado público cuya conducta se encuadre en las prescripciones del artículo 9, se le podrán aplicar las sanciones previstas en la Ley n° 25.164¹⁴⁴ o de aquellas que establezca cada jurisdicción, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que pudieren corresponder. De igual manera, se prescribe que las empresas de servicios públicos que no cumplan con las obligaciones

¹⁴³ BO 20.2.2017. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/271968/texact.htm>>, acceso en fecha 10.7.2020.

¹⁴⁴ Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control. BO 29.10.1992. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/554/texact.htm>>, acceso en fecha 10.7.2020.

exigidas en la ley serán pasibles de las sanciones previstas en las normas o contratos que regulan la concesión del servicio público correspondiente.

29. ¿Qué medidas de reparación se contemplan por el marco jurídico en casos de afectaciones a derechos humanos en el marco de la contratación pública?

En nuestro ordenamiento jurídico no se establecen medidas de reparación específicas para supuestos de afectación a derechos humanos en el marco de la contratación pública.

En caso de afectación a derechos humanos en el contexto de una contratación pública, el interesado podrá acudir a la vía judicial a través de mecanismos de tutela urgente tales como el amparo -tanto individual, como colectivo- regulado por el artículo 43 de la Constitución Nacional y el decreto-ley n° 16.986¹⁴⁵; y las medidas cautelares reguladas por la ley n° 26.854¹⁴⁶ -en el caso que se demande al Estado-.

Sin perjuicio de cuestionar las conductas o comportamientos -tanto estatales como de agentes privados- en el marco de la contratación pública a través de procesos de conocimiento en donde la amplitud de debate y prueba es mayor que en los mecanismos de tutela urgente.

En materia de acceso a la información pública ambiental, en casos de denegatoria injustificada, la ley n° 25.831 establece la vía judicial directa, de carácter sumarísima ante los tribunales competentes.

En el mismo sentido se regula esta cuestión en la ley de acceso a la información pública n° 27.275.

¹⁴⁵ BO 20.10.1966. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/46871/norma.htm>>, acceso el día 10.7.2020.

¹⁴⁶ BO 30.4.2013. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/210000-214999/212680/norma.htm>>, acceso el día 10.7.2020.

30. ¿Se han dictado sentencias en contra de empresas contratistas por afectaciones a los derechos humanos? En caso afirmativo, por favor proporcione mayor información.

Sí. Se pueden mencionar: casos vinculados a aplicación de sanciones -rescisión contractual- en casos referidos a violaciones por parte de empresas concesionarias de servicio de transporte público de la ciudad de Salta al principio de igualdad -puntualmente igualdad laboral de las mujeres- para acceder a un empleo como conductora de colectivos¹⁴⁷; casos relacionados a la protección de usuarios de servicios públicos (en tanto sujetos particularmente vulnerables) de transporte público de pasajeros^{148, 149}-en lo referido a la obligación del prestador de garantizar un estándar mínimo de calidad que todo servicio público debe cumplir y a los derechos al trato digno y a la seguridad-; casos referidos a que una empresa pública provincial y el Estado provincial respectivo, dispongan lo necesario para adecuar la calidad y potabilidad del agua de uso domiciliario, según los parámetros establecidos por la Organización Mundial de la Salud en coincidencia con lo dispuesto en el Código Alimentario Argentino, debido a los

¹⁴⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20.5.2014 “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”, <<https://sjconsulta.Corte Suprema de Justicia de la Nación.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7113781>>, acceso el día 10.7.2020.

En relación al caso en comentario, resulta particularmente interesante ver el Dictamen de la entonces Procuradora General de la Nación, <<https://sjconsulta.Corte Suprema de Justicia de la Nación.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7113784&cache=1595296369563>>, acceso el día 10.7.2020.

¹⁴⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24.6.2014, “Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN-MO V E Inf-Sec Transporte-dto. 104/01 y otros s/ amp proc sumarísimo (art 321, inc 2º, CPCC)”, <<http://sjconsulta.Corte Suprema de Justicia de la Nación.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7123371&cache=1595297979572>>; y 24.6.2014, “Defensor del Pueblo de la Nación c/Trenes de Buenos Aires (TBA) y otro s/ amparo ley 16.986”, <<http://sjconsulta.Corte Suprema de Justicia de la Nación.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7123381&cache=1595299677549>>, ambos accesos el día 10.7.2020.

¹⁴⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11.12.2014, “Maules, Cecilia Valeria cl Unidad de Gestión Operativa de Emergencias S.A. s/ daños y perjuicios”, <<http://sjconsulta.Corte Suprema de Justicia de la Nación.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7171661&cache=1595300138465>>, acceso el día 10.7.2020.

niveles de arsénico del agua¹⁵⁰; y casos vinculados a la tutela del derecho constitucional a la participación de los usuarios de servicios públicos de transporte y distribución de gas natural en la determinación de las tarifas de tales servicios.¹⁵¹

C. Empresas Públicas

31. ¿Contempla el marco jurídico que regula a las empresas públicas obligaciones en materia de derechos humanos?

Sin perjuicio de las obligaciones generales de respetar los derechos humanos que surgen de las normas basales de nuestro ordenamiento jurídico

¹⁵⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2.12.2014, “Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros si amparo”, <<https://sjconsulta.Corte Suprema de Justicia de la Nación.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7175721&cache=1545250350891>>, acceso el día 10.7.2020.

¹⁵¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18.8.2016, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros e/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, <<http://sjconsulta.Corte Suprema de Justicia de la Nación.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7327882>>, acceso el día 10.7.2020. La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN sostuvo que en este precedente que “las actividades o servicios esenciales para la sociedad, reservados a la titularidad pública mediante la calificación de servicio público, son aquellos cuyas prestaciones se consideran vitales e indispensables para el conjunto de los ciudadanos, con el fin de asegurar su prestación. Se trata de sectores y actividades esenciales para la comunidad pues en ellos los ciudadanos satisfacen el contenido sustancial de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos” (considerando 30). Además, destacó que -en tal marco- “el Estado debe velar por la continuidad, universalidad y accesibilidad de los servicios públicos, ponderando la realidad económico-social concreta de los afectados por la decisión tarifaria con especial atención a los sectores más vulnerables, y evitando, de esta forma, el perjuicio social provocado por la exclusión de numerosos usuarios de dichos servicios esenciales como consecuencia de una tarifa que, por su elevada cuantía, pudiera calificarse de ‘confiscatoria’, en tanto detraiga de manera irrazonable una proporción excesiva de los ingresos del grupo familiar a considerar[...]” y que “resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos estos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad’ (Fallos: 327:3677)” (considerando 33).

que les corresponde en tanto persona jurídicas privadas, en el ámbito del Estado federal no existe un marco jurídico que contemple una regulación sistemática en materia de obligaciones de las empresas públicas en materia de derechos humanos.

No obstante ello se han desplegado una serie de esfuerzos vinculados con la actividad y contralor de las empresas estatales o con participación estatal.

En este sentido, en lo que hace a la materia específica vinculada al derecho de acceso a la información pública la ya citada Ley n° 27.275–del año 2016–incluyó entre los sujetos obligados a brindar información pública a “[l]as empresas y sociedades del Estado que abarcan a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias” (art. 7, inc. g) y a “[l]as empresas y sociedades en las cuales el Estado nacional tenga una participación minoritaria, pero sólo en lo referido a la participación estatal (art. 7, inc. h).

En 2018 la Jefatura de Gabinete de Ministros aprobó los denominados “Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria en Argentina”¹⁵², que resultan de aplicación a “las empresas y sociedades consignadas en el artículo 8º, inciso b) de la ley de administración financiera¹⁵³ y de los sistemas de control del sector público nacional 24.156 y para todos aquellos organismos descentralizados cuyo objetivo esencial sea la producción de bienes o servicios” (art. 2, decisión administrativa 85/2018). Los “Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria en Argentina” se instituyen como “un conjunto de buenas prácticas de gobernanza y gestión de empresas en donde el Estado es accionista”

¹⁵² Decisión Administrativa 85/2018, BO 14.2.2018.

¹⁵³ El inciso b), del artículo 8 de la ley de administración financiera y de los sistemas de control del sector público nacional 24.156 establece que el sector público nacional –a efectos de la aplicación de la norma, está integrado por “Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias”.

y su finalidad es “comunicar a las empresas las expectativas que el Estado tiene con relación a cómo las mismas deben organizarse y funcionar”. Los lineamientos enunciados son: 1) transparencia; 2) integridad; 3) sustentabilidad; 4) desempeño económico; 5) alta gerencia; 6) políticas de compras y abastecimientos; y 7) auditoría y control. De igual forma, se describen seis “principios de buen gobierno”, entre los que se incluyen: eficiencia, transparencia, integridad, generación de valor, estándar de empresa listada y roles diferenciados .

Por su parte, la Secretaría de Coordinación de Políticas Públicas de la Jefatura de Gabinete de Ministros creó en su propia órbita el “Comité asesor en buen gobierno de empresas de propiedad estatal”, con el objetivo de promover buenas prácticas de gobierno corporativo y la adopción por parte de las empresas de los referidos “lineamientos”¹⁵⁴.

Finalmente, en 2020 la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación dictó la Decisión Administrativa 1744/2020¹⁵⁵ por medio de la que se aprobaron los “Lineamientos para la igualdad de género en las Empresas y Sociedades del Estado” (art. 1º), los que “serán de aplicación para las empresas y sociedades consignadas en el artículo 8º, inciso b) de la Ley Nº 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y para todos aquellos Organismos Descentralizados cuyo objetivo esencial sea la producción de bienes o servicios” (art. 2º). En el Anexo I de la Decisión Administrativa de referencia se expresa que los lineamientos “constituyen un conjunto de buenas prácticas destinadas a la gestión de las empresas y sociedades con participación estatal”, que “[s]u principal objetivo es realizar un compendio de las expectativas que el Estado tiene en relación con la organización y funcionamiento de estas entidades para promover la transversalidad de la perspectiva de géneros” y que “son orientaciones para lograr estándares de igualdad de género en la organización interna de las empresas y sociedades con participación estatal”. Todo ello con base en los siguientes principios: a) igualdad de trato y oportunidades; b) no discriminación por motivos de género; c) prevención y erradicación de la violencia por motivos de género.

¹⁵⁴ Resolución 1/2018, BO 23.8.2018, <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/313721/norma.htm>>, acceso el día 10.7.2020.

¹⁵⁵ BO 24.9.2020, <<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/235305/20200924>>, acceso el día 1.11.2020.

Los lineamientos contemplados son: a) Generar espacios institucionales para incorporar la perspectiva de género y diversidad a las políticas de la empresa –Lineamiento 1, denominado “Áreas de Género”-; b) Adoptar medidas destinadas a la promoción de la corresponsabilidad de los trabajadores y las trabajadoras para el cuidado de personas dependientes a su cargo –Lineamiento 2, denominado “Tareas de cuidado”-; c) Adoptar políticas de promoción para la inclusión de mujeres y de personas LGTBI+ -Lineamiento 3, denominado “Inclusión”; y d) Adopción de medidas tendentes a prevenir y erradicar las violencias por razones de género dentro del ámbito laboral –Lineamiento 4, denominado “Prevención y erradicación de las violencias por razones de género”-.

32. ¿Cuál es la vía jurídica por la que una empresa pública puede ser demandada por afectaciones a derechos humanos?

Resultan de aplicación los mismos mecanismos y vías tanto administrativas como jurisdiccionales que al resto de los actores privados. En tal contexto -en igual sentido que lo señalado en materia de contrataciones públicas- el interesado podrá acudir a la vía judicial a través de mecanismos de tutela urgente tales como el amparo -tanto individual, como colectivo- regulado por el artículo 43 de la Constitución Nacional y el decreto-ley n° 16.986.

Todo ello no obstante la posibilidad de demandar a través de procesos de conocimiento en donde la amplitud de debate y prueba es mayor que en los mecanismos de tutela urgente.

En materia de acceso a la información pública ambiental, en casos de denegatoria injustificada, la ley n° 25.831 establece la vía judicial directa, de carácter sumarísima ante los tribunales competentes y de la misma manera se regula tal cuestión en la ley de acceso a la información pública n° 27.275.

33. ¿Existen sentencias que hayan sido dictadas en su país por violaciones a derechos humanos cometidas por empresas públicas?

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación --además del caso ya citado de la empresa pública provincial y el Estado provincial respectivo, dispongan lo necesario para adecuar la calidad y potabilidad del

agua de uso domiciliario, según los parámetros establecidos por la Organización Mundial de la Salud en coincidencia con lo dispuesto en el Código Alimentario Argentino, debido a los niveles de arsénico del agua -- es posible mencionar un precedente de singular importancia vinculado a la violación de derechos humanos por parte de empresas públicas.

En el caso, un ciudadano -que además era, al momento de interponer la acción, legislador nacional- promovió una acción de amparo con el objeto de que una empresa pública (Y.P.F. S.A.) proporcione de forma integral el contenido del acuerdo de proyecto de inversión que había celebrado con la firma Chevron Corporation para la explotación conjunta de hidrocarburos no convencionales en la provincia de Neuquén¹⁵⁶.

Al momento del inicio de la acción -y de la resolución por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- no se encontraba vigente en Argentina el régimen actual de acceso a la información pública aprobado por ley n° 27.275.

La Corte para resolver el caso analiza el derecho de buscar y recibir información tanto en la Constitución Nacional como en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional en Argentina, enfatizando en las dimensiones individual y social de tal derecho (considerandos 6 y 7).

En el punto que aquí nos interesa -aquel vinculado al análisis de la naturaleza jurídica de YPF S.A.- la Corte expresamente sostuvo que “una adecuada hermenéutica de esta previsión no puede desconocer el particular fenómeno producido en materia de organización administrativa, caracterizado por el surgimiento de nuevas formas jurídicas que no responden a las categorías conceptuales tradicionalmente preestablecidas, ya que presentan regímenes jurídicos heterogéneos en los que se destaca la presencia simultánea de normas de derecho público y derecho privado. Así, la experiencia permite apreciar que, con el objeto de desarrollar ciertos cometidos públicos, el Estado Nacional ha recurrido a la utilización de figuras empresariales o societarias, a las que se exime de las reglas propias

¹⁵⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10.11.2015, “Giustiniani, Rubén Héctor c/ Y.P.F. S.A. s/ amparo por mora”, <<https://sjconsulta.CorteSuprema.deJusticia.de.la.Nacion.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7264503&-cache=1534079974561>>, acceso en fecha 10.7.2020.

de la Administración y somete al derecho privado. Con su utilización se pretende agilizar la obtención de ciertos objetivos, relevando a estas personas jurídicas de algunas limitaciones procedimentales propias de la Administración Pública que podrían obstaculizar su actuación comercial. En este sentido las previsiones del citado artículo 15 ponen de manifiesto la decisión del legislador de dotar de flexibilidad y rapidez en la gestión y operatoria a YPF S.A. Para ello, y pese a someterla a la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional y asignarle por objeto una actividad de interés público, decidió que continuara operando como una sociedad anónima abierta, en los términos de la ley 19.550 y la eximió de la aplicación de la legislación administrativa” (considerando 19).

La Corte continuó señalando que “sin embargo, no parece posible extender los alcances de una previsión orientada claramente a la búsqueda de la eficiencia económica y operativa de la demanda hasta el extremo de sustraerla totalmente de las obligaciones de garantizar y respetar el derecho de acceso a la información que goza de protección constitucional y convencional (arg. considerando 12 de Fallos: 335:2393)” (considerando 20).

Finalmente, concluyó el Tribunal subrayando que “cabe recordar que, en un caso que guarda analogía con el presente, esta Corte afirmó que ‘el carácter estatal de la empresa, aún parcial, tiene como correlato la atracción de los principios propios de la actuación pública, derivados del sistema republicano de gobierno, basado en la responsabilidad de la autoridad pública, una de cuyas consecuencias es la publicidad de sus actos para aguzar el control de la comunidad ...’ (Fallos: 311:750)¹⁵⁷” (considerando 21).

Con base en tales fundamentos la Corte, declaró procedente el recurso extraordinario interpuesto, revocó la sentencia apelada e hizo lugar a la demanda.

¹⁵⁷ El precedente citado por la corte es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12.5.1988, “La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A. c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A.”, <<http://sjconsulta.Corte Suprema de Justicia de la Nación.gov.ar/sjconsulta/documentos/ver-DocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=2492>>, acceso en fecha 1.11.2020.

V. MECANISMOS DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

34. ¿Pueden los mecanismos de protección constitucional de su país ser utilizados contra omisiones del Estado que deriven en una violación a derechos humanos cometida por una empresa?

Los mecanismos constitucionales pueden ser usados contra omisiones del Estado que deriven en una violación a derechos humanos cometida por una empresa. Fundamentalmente mediante la vía del amparo, que tiene raigambre constitucional desde la reforma de 1994, a través del art. 43 de la Constitución nacional (en adelante, CN). Cabe señalar, que todas las constituciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contemplan el amparo.

Previo a la reforma constitucional de 1994, el único recurso de índole rápida, sencilla y eficaz admitido era el *habeas corpus*, destinado a proteger la libertad corporal o ambulatoria, que hallaba una implícita recepción en el art. 18 de la CN originaria de 1853. Es posible observar que la posibilidad de acudir a la justicia a través del amparo ha encontrado a lo largo de su evolución histórica una cierta resistencia específica cuando quien atentaba contra derechos constitucionales era un privado, y no el Estado.

34.1. En caso afirmativo, ¿cuáles son las sentencias más relevantes?

En el entendimiento de que el amparo judicial sólo procedía ante la violación de la libertad ambulatoria, los tribunales se negaban a otorgarlo para proteger otros derechos. Así, se entendía que los tribunales no podían crear por sí mismos vías procesales que no hubieran sido contempladas expresamente por el órgano legislativo. Señalaba la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) en el fallo “Benedicta”¹⁵⁸ que “el antecedente de que el derecho sobre que versa la cuestión de determinadas cláusulas constitucionales, no es bastante para determinar la procedencia del recurso, gobernado como está por normas jurídicas y disposiciones procesales que no varían y se modifican según la naturaleza especial de las materias que le dan causa (Fallos: tomo 156, pág. 5). La protección de los derechos garantizados por la Constitución

¹⁵⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Flores, Benedicta Dora”, 07/11/1930, Fallos: 159:69.

corresponde, sin duda, en último término a esta Corte, pero es indispensable que las acciones o los recursos llamados a hacer efectiva la garantía a esos derechos se ejerciten en el modo y términos señalados por las leyes de forma que son de orden público y por lo tanto de estricta observancia y de cumplimiento ineludible (Fallos: tomo 155, pág. 356; tomo 148, pág. 215”).

De igual modo, en el fallo “Bertotto”¹⁵⁹, la CSJN señaló: “[n]i en la letra, ni en el espíritu, ni en la tradición constitucional de la institución del hábeas corpus se encuentran fundamentos para aplicarlo a la libertad de propiedad, del comercio, de la industria, de la enseñanza, de transporte de correspondencia, etc.” El amparo fue creado pretorianamente por la CSJN, a partir de los *leading cases* “Siri”¹⁶⁰ y “Kot”¹⁶¹. La importancia de ambos fallos citados radica en que abrieron una puerta en materia de acceso a la justicia y protección judicial a través de un recurso rápido y sencillo ante violaciones manifiestas de derechos fundamentales, al tiempo que sentaron las bases para la elaboración de una doctrina nacional en torno al amparo que casi cuarenta años más tarde encontraría una recepción constitucional.

Otro antecedente jurisprudencial relevante en la materia es el conocido como “*Freddo*”¹⁶², un amparo por el cual una fundación dedicada a la lucha por la igualdad de entre varones y mujeres había denunciado que la empresa Freddo S.A. (dedicada a la heladería) incurría en prácticas discriminatorias contra las mujeres en la selección de su personal. La Cámara revocó la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda e hizo lugar a la misma, condenando a la empresa “*a que, en el futuro, sólo contrate personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida*”. Si bien la demanda había sido interpuesta contra una empresa privada y no contra el Estado, en los razonamientos que condujeron al

¹⁵⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Bertotto, José Guillermo c/Jefe de Correos y Telégrafos de la ciudad de Rosario”, 05/04/1933, Fallos: 168:15. El criterio allí sentado fue reiterado en diversos fallos posteriores (v. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Malvar, Alfredo c/Interventor de Aduana de la Capital”, 22/09/1933, Fallos: 169:103; “Cía. Sud Americana de Servicios Públicos S.A. c/Comisión de Fomento de Gálvez”, 29/11/1935, Fallos: 174:178; “Hinze, Ricardo A.”, 08/02/1939, Fallos: 183:44; “San Miguel, José S.”, 11/05/1950, Fallos: 216:606).

¹⁶⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Siri, Ángel”, 27/12/1957, Fallos: 239:459.

¹⁶¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Samuel, Kot S.R.L.”, 05/09/1958, Fallos: 241:291.

¹⁶² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “Fundación Mujeres en Igualdad y otro S./ Freddo S.A. s/amparo”, 16/12/2002, del voto de KIPER y GIARDULLI.

Tribunal a resolver de tal modo, se destacan numerosas referencias a las obligaciones que pesan sobre los Estados a la hora de garantizar derechos reconocidos en diversos tratados sobre derechos humanos a fin de evitar incurrir en responsabilidad internacional¹⁶³.

Tal como lo investigaron Maurino *et al.*, la ejecución de dicha sentencia no fue sencilla. En efecto, “[a] un año del dictado de la sentencia, y ante los informes presentados por la empresa, la parte actora denunció el incumplimiento de la sentencia debido a que: a.- La empresa había contratado a 133 empleados, de los cuales 107 eran hombres. b.- La convocatoria efectuada en el diario Clarín el 24/8/2003 fue hecha para ambos sexos y no sólo para mujeres, como ordenaba la sentencia”. De allí que “con fecha 13 de agosto de 2004, el juez de primera instancia dictó una resolución en la cual impuso una multa de \$4000 a la empresa por el incumplimiento denunciado correspondiente al año anterior. En dicha resolución, también se dispuso una sanción de \$300 diarios por cada día de retardo en el cumplimiento de su deber en el futuro.

Por último, se dispuso el paso de las actuaciones a la justicia penal a fin de que se investigue si existió delito de desobediencia a una orden judicial”¹⁶⁴.

Dichos autores, asimismo, han destacado el fallo citado como un hito en la historia judicial de la Argentina, “por ser el primero en el cual se condena a

¹⁶³ En tal sentido, afirmó que “la lucha contra la discriminación no depende solamente del dictado de disposiciones constitucionales y legales, que suelen ser de por sí insuficientes. Ocurre que los Estados parte se han comprometido, en materia de derechos humanos, a garantizar el goce de estos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción, lo que exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos” y que “[u]na de las consecuencias más importantes derivadas de la relación entre el Derecho Internacional de los derechos humanos y el Derecho Constitucional es la relativa a las obligaciones estatales. Esto es, determinar el alcance de las obligaciones asumidas por los Estados Partes en los tratados internacionales, respecto de los derechos humanos allí reconocidos... [las que] son ejecutables y exigibles de manera inmediata por los individuos frente al Estado”; ello con apoyo en doctrina autorizada y en las disposiciones contenidas en la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art 11); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art 2º), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts 1º y 2º), así como en las decisiones provenientes de los órganos de supervisión de dichos instrumentos.

¹⁶⁴ Maurino, Gustavo-Nino, Ezequiel – Sigal, Martin, *Las acciones colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, LexisNexis, Buenos Aires, (2005), 155.

una empresa privada a llevar a cabo una determinada política de contratación de personal, contemplando la equidad de género, y obligándola a cesar en una política de contratación discriminatoria”¹⁶⁵.

Con posterioridad, la CSJN dictó el fallo “*Trejo*”¹⁶⁶, que versaba sobre un reclamo indemnizatorio derivado de un accidente laboral padecido por el actor, contra la empresa empleadora y subsidiariamente contra la aseguradora de riesgos del trabajo, fundado en el derecho común (civil). La Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo había confirmado la sentencia de grado y rechazado la demanda, por considerar que el daño se había producido por culpa de la propia víctima. Por su parte, la mayoría de la CSJN, remitiéndose al dictamen fiscal, decidió revocar dicho pronunciamiento. A los efectos del presente, interesa remarcar que en el voto en disidencia de los Dres. FAYT y PETRACCHI, se consideró arbitraria la sentencia en revisión, por cuanto había omitido tener en cuenta el resto del ordenamiento jurídico que excede el ámbito del derecho común. En tal sentido, afirmaron que “en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares, y que los empleadores deben proteger y respetar los derechos de los trabajadores. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Esta obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares. `Dichos efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores´ (Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A N°18, párrs. 140, 146 y 151)”.

A ello, agregaron que “aun cuando es claro que, en principio, resulta imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por

¹⁶⁵ ídem,156.

¹⁶⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “*Trejo Jorge Elías c/Stema S.A. y otros s/ accidente y despido*”, 24/11/2009, Fallos: 332:2633.

su carácter oficial, no por ello se agotan allí las situaciones en las cuales aquél está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. Así, un hecho ilícito agravante de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del primero, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la citada Convención... A su vez, la obligación impuesta al Estado de respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros también se basa en que aquél es el que determina su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que debe también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de éstos... En suma, en las relaciones laborales del ámbito privado el Estado tiene un `rol importante´ que cumplir, ya que, entre otras finalidades, no debe permitir que los empleadores violen los derechos de los trabajadores, para lo cual habrá de velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a estos últimos, así como adoptar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias para ello..."¹⁶⁷.

Un año más tarde, la CSJN dictó el fallo "Álvarez"¹⁶⁸, donde un grupo de empleados de una empresa había sido despedido, presuntamente como un acto discriminatorio en represalia por sus actividades sindicales, por lo que reclamaba –mediante la vía del amparo– la reinstalación en sus cargos y una reparación económica. Aquí tampoco se había demandado al Estado, sin perjuicio de lo cual, la mayoría del Alto Tribunal reseñó las obligaciones que pesan sobre los Estados respecto de la actividad de los privados y enfatizó la responsabilidad por omisión que le compete¹⁶⁹. En tal sentido, indicó que "los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por ende, el derecho privado, de

¹⁶⁷ El destacado no pertenece al original.

¹⁶⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Álvarez Maximiliano y otros c/Cencosud S.A. s/ acción de amparo", 07/12/2010, Fallos: 333:2306.

¹⁶⁹ Aquí, a los Dres. FAYT y PETRACCHI, se sumaron los Dres. MAQUEDA y ZAFFARONI.

manera que deben también velar para que en esas relaciones se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado resultaría responsable de la violación de los derechos, y en un grado tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas `perentorias' del Derecho Internacional de los Derechos Humanos"¹⁷⁰.

Además, expresó que "pesa sobre el Estado, `independientemente de cualquier circunstancia o consideración', la obligación de no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de los trabajadores en las relaciones laborales privadas, ni permitir que los empleadores violen los derechos de los trabajadores o que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales"¹⁷¹. Puntualmente, afirmó que "garantizar la no discriminación configura para el Estado una `obligación fundamental mínima' y de cumplimiento `inmediato', cuya inobservancia, por acción u omisión, lo haría incurrir en un acto ilícito internacional (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general n° 18. El Derecho al Trabajo, 2005, E/C.12/GC/18...), cuanto más que aquél ha asumido la obligación de `proteger' los derechos humanos, lo cual le exige la adopción de `medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo'..."¹⁷².

Cuatro años más tarde, la CSJN emitió el fallo "*Sisnero*"¹⁷³ donde la Sra. Sisnero y la Fundación Entre Mujeres (FEM) interpusieron una acción de amparo colectivo contra la Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor (SAETA), la Autoridad Metropolitana de Transporte (AM1) y las siete empresas operadoras de SAETA que tienen a su cargo los ocho corredores del transporte público urbano de pasajeros en la ciudad de Salta, de la Provincia homónima¹⁷⁴, por la falta de contratación de choferes mujeres en el transporte público de pasajeros por parte de las empresas operadoras de SAETA, lo que a su entender constituía una violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del género, así

¹⁷⁰ Considerando 4º.

¹⁷¹ Considerando 4º.

¹⁷² Considerado 6º.

¹⁷³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "*Sisnero Mirtha Graciela y otros c/Taldelva S.R.L. y otros s/amparo*", 20/05/2014, Fallos: 337:611.

¹⁷⁴ Taldelva SRL; Ahynarca SA.; Alto Molino SRL.; Ale Hnos SRL; DTE Lagos SRL y San Ignacio SRL; DTE. Conevial SA, Conipa y Transal SRL; y El Cóndor SA.

como a elegir libremente una profesión o empleo. Articularon pretensiones individuales y colectivas . La Sala V de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la Ciudad de Salta hizo lugar a la demanda y ordenó el cese de la discriminación por razones de género. En concreto, ordenó a las empresas que contrataran personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes.

Sin embargo, la Corte de Justicia de Salta revocó lo decidido, pese a identificar `síntomas discriminatorios en la sociedad`. Finalmente, la CSJN revocó -por unanimidad- la sentencia recurrida . En particular, la CSJN hizo alusión al modo en que deben distribuirse las cargas probatorias y valorarse la prueba rendida en un caso de presunta discriminación, y en lo que aquí interesa, recordó los fundamentos brindados en los casos “Kot” y “Álvarez” ya reseñados¹⁷⁵.

Un planteo similar se dio en el caso “Borda”¹⁷⁶, donde la actora interpuso un amparo contra el Estado Nacional y contra diversas empresas de transporte público de pasajeros esgrimiendo dos pretensiones: una de naturaleza individual (obtener trabajo como chofer de las líneas de colectivo del área metropolitana); y otra colectiva (readecuación de las políticas de selección, contratación y selección de personal de las empresas demandadas para que cesaran sus prácticas discriminatorias; el establecimiento de un sistema de “cupos” para el acceso a puestos laborales de chóferes de transportes de pasajeros; y la adecuación de sus instalaciones para que las mujeres puedan trabajar en condiciones dignas en ese ámbito). En el plano colectivo, también se solicitó que se ordenara al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social cesar la vigencia del convenio colectivo de trabajo aplicable que excluía a las mujeres de la participación en dicho

¹⁷⁵ Además, resulta interesante señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación puso foco en “las manifestaciones de uno de los empresarios demandados ante un medio periodístico, quien, con relación a este juicio, señaló sin ambages y `entre risas` que `esto es Salta Turística, y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias [...] Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos [...] Se debe ordenar el tránsito de la ciudad, y [...] no es tiempo de que una mujer maneje colectivos [...]” (consid 6º).

¹⁷⁶ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II, “Borda, Érica c/Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seg. Social de la Nación) y otros s/Acción de amparo”, expediente n° 25952/2014, 11/10/2018, del voto de GONZÁLEZ y PIROLO.

sector. Para resolver, la Cámara afirmó las obligaciones que pesan sobre el Estado en materia de discriminación¹⁷⁷.

Más recientemente, en el caso “*Varela*”¹⁷⁸ sobre discriminación laboral, la CSJN sostuvo que “la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas, así como la obligación del Estado de realizar acciones positivas tendientes a evitar dicha discriminación y, en su caso, sancionarla, según se sigue de las consideraciones que anteceden, deben reflejarse en dos aspectos: la legislación, por un lado, y la interpretación que de esta hagan los tribunales, por el otro”¹⁷⁹.

Una mención particular merece el tema de los procesos colectivos. En tal sentido, cabe destacar que el primer antecedente jurisprudencial que reconoció la existencia de “intereses difusos” fue el fallo “*Kattan*”¹⁸⁰, en el cual se perseguía la prohibición de cazar o pescar toninas overas en el mar hasta tanto existieran estudios acabados acerca del impacto ambiental y faunístico que dicha caza podía provocar. Posteriormente, mediante la reforma constitucional de 1994, los derechos de incidencia colectiva fueron expresamente reconocidos tanto en el art. 43, segundo párrafo antes citado referido al amparo, así como los artículos 41 -referido al ambiente- y 42 -referido a los usuarios y consumidores.

¹⁷⁷ Recordando lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “*Álvarez*”, indicó: “[l]a realidad fáctica descripta exige la adopción de acciones positivas para revertir la segregación por razón de género, lo cual implica, inter alia, el ejercicio por parte de los Estados de un “deber especial” de protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias”. Sostuvo que “la obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la igualdad y a la no discriminación –consagrado en los arts 16 y 75 inc 23 e inc.22 de la Constitución Nacional a través de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional– recae sobre todos los poderes del Estado, pero también sobre los particulares”. En tal sentido, recordó que para el Comité CEDAW “los Estados Partes tienen la obligación de no discriminar a la mujer por acción u omisión; además están obligados a reaccionar activamente ante la discriminación contra la mujer, independientemente de que esas acciones u omisiones sean cometidas por el Estado o por actores privados” (ver párr 6º y, asimismo, párrs 18; 20 y 24 – Recomendación General No 28 Relativa a las obligaciones básicas de los Estados Partes con el art 2º de la CEDAW)”.

¹⁷⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Varela, José Gilberto c/Disco S.A. s/amparo sindical*”, 04/12/2018, Fallos: 341:1106.

¹⁷⁹ Consid 8º.

¹⁸⁰ Juzg. Nac. Primera Instancia Cont. Adm Fed Nº 2, “*A. E. Kattan c/Poder Ejecutivo nacional (Secretaría de Intereses Marítimos, Subsecretaría de Pesca) s/amparo*”, 10/05/1983.

Más recientemente, a raíz del *leading case* “*Halabi*”¹⁸¹, la CSJN estableció algunas pautas básicas para el ejercicio efectivo de las acciones colectivas, respecto de las cuales al día de hoy subsiste un vacío legislativo. Allí, se realizó una clasificación de derechos, a saber: (a) individuales; (b) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos; y (c) de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En cuanto a los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, explicó que para su protección “la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste le pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna”. En tal sentido, “la pretensión debe ser enfocada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede con el daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera”¹⁸².

Por último, respecto de los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos indicó que “[tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño. Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta Litis”¹⁸³.

¹⁸¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Halabi Ernesto c/ P.E.N. – Ley 25873 – Dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986*”, 24/02/2009, Fallos: 332:111.

¹⁸² Consid 11.

¹⁸³ Consid 12.

35. ¿Pueden los mecanismos de protección constitucional de su país ser utilizados directamente contra una empresa, por actos que constituyan violaciones de derechos humanos? ¿Incluye lo anterior a empresas públicas?

Sí. La redacción del art. 43 de la CN permite que “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo... contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”¹⁸⁴. Dichos derechos y garantías son los enumerados en la Primera parte de la CN, que comprende las “Declaraciones, derechos y garantías” -Capítulo primero- y los “Nuevos derechos y garantías” -Capítulo segundo-, así como los que emergen de los tratados sobre derechos humanos incorporados mediante el art. 75 inciso 22 -también introducido en 1994-, con jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia.

Ello incluye a las empresas públicas, en tanto no hay en el ordenamiento jurídico disposición alguna que expresamente las excluya del ámbito de aplicación de la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos de igual jerarquía que consagran derechos humanos. Una norma que así lo dispusiera entraría en contradicción con derechos y principios elementales del ordenamiento jurídico argentino.

35.1. En caso afirmativo, ¿cuáles son las sentencias más relevantes?

En el fallo “Kot”, la CSJN efectuó consideraciones relevantes en la materia, al decir que “además de los individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan, junto con el progreso material de la sociedad, una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales”. A ello agregó que “[s]i, en presencia de estas condiciones de la sociedad contemporánea, los jueces tuvieran que declarar que no hay protección constitucional de los derechos

¹⁸⁴ El destacado no pertenece al original.

humanos frente a tales organizaciones colectivas, nadie puede engañarse de que tal declaración comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución y, con ella, la del orden jurídico fundamental del país”.

Conviene recordar, a su vez, el fallo “*Ekmejdjian*” (1992)¹⁸⁵, dictado por la CSJN con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 (y por lo tanto antes de que se otorgue jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos suscriptos por Argentina¹⁸⁶).

En el caso, el actor interpuso un amparo contra el productor y director del programa “*La noche del sábado*”, y contra el canal de televisión donde el mismo se transmitía, a raíz de expresiones -a su criterio agraviantes de su fe cristiana- vertidas por un entrevistado, luego de un requerimiento infructuoso prejudicial a fin de que se leyera un texto de su autoría a manera de réplica, con fundamento en lo dispuesto en el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Rechazada la demanda en primera instancia y en Cámara, la CSJN, por mayoría, decidió revocar la sentencia y hacer lugar a la demanda.

Allí se afirmó que “la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento”¹⁸⁷, que “la Convención de Viena... confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno [y que] esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a una ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno”¹⁸⁸ y que “la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar

¹⁸⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Ekmejdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros*”, 07/07/1992. Fallos: 315:1492.

¹⁸⁶ En el caso, interesaba lo dispuesto en el art 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la Ley 23.054 y ratificada por nuestro país el 05/09/1984 y en el art 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por la Ley 19.865, ratificada el 05/12/1972.

¹⁸⁷ Considerando 16.

¹⁸⁸ Considerando 17.

disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27”¹⁸⁹.

De este fallo surge con claridad, desde una temprana jurisprudencia de la CSJN, la prioridad de que gozan las disposiciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos por sobre las del derecho interno y, consecuentemente también, por sobre las que emergen de acuerdos celebrados entre privados, que deben respetar y ajustarse al orden público consagrado en el bloque de constitucionalidad.

En el caso “Álvarez” también citado, la CSJN aclaró que “el mentado carácter erga omnes establece una obligación de respeto de los derechos humanos en los vínculos inter privados, la cual, desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, se especifica en el marco de la relación laboral en el deber del empleador de respetar los derechos humanos de sus trabajadores...”¹⁹⁰.

Vale la pena, en este punto, recordar el fallo “Vizzotti”¹⁹¹, vinculado con el alcance del derecho indemnizatorio por despido laboral sin causa, donde la CSJN, por unanimidad, señaló que: “el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad. Es perentorio insistir, ante la prédica señalada, que el trabajo humano ‘no constituye una mercancía’...”¹⁹²

En otro caso, “Aguilar”¹⁹³, un empleado que sufrió un accidente laboral a raíz del cual había quedado con secuelas, denunció el despido discriminatorio

¹⁸⁹ Considerando 19.

¹⁹⁰ Consid 4º.

¹⁹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Vizzoti Carlos Alberto c/AMSA S.A. s/antigüedad Art 245 LCT Modif Art 153 LE”, 14/09/2004, Fallos: 327:367.

¹⁹² Consid 11.

¹⁹³ Cámara 4ª del Trabajo de Mendoza (C4aTrabMendoza), “Aguilar, Alberto Gabriel c. Fa-
labella S.A.”, 07/09/2015, LLGran Cuyo2016 (febrero), 74, AR/JUR/47158/2015.

sufrido por la empresa en la que trabajaba. Allí se consideró que “[e]n la raíz de la segregación está el concepto de que el disminuido no cumplirá con las tareas esperadas, o bien que si lo hace será un esfuerzo demasiado gravoso para la empresa adaptarse. Pero justamente en ello reside el factor discriminador y por tanto ilegítimo, en considerar que no es posible adaptar las tareas, estructuras, herramientas, modalidades, etc. a las necesidades del discapacitado”. A partir de allí, consideró que “[l]a discriminación en el empleo ha sido reiteradamente sancionada por la jurisprudencia, a partir de la aplicación de la teoría alemana del *Drittwirkung der Grundrechte* que permite que los derechos humanos se sostengan no sólo vertical sino horizontalmente, no sólo frente al Estado, sino también contra los titulares de otros derechos fundamentales (debiendo coordinarse) (Von Münch, Ingo–“*Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania*”–en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, 1997, ps. 30 y ss.; Nipperdey, Thomas, *Grundrechte und Privatrecht*, Monaco, 1961)”.

Cabe mencionar que la doctrina nacional ha venido tomando nota sobre el impacto del derecho público sobre el derecho privado, recogiendo entre otras, la doctrina de la `eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales´ (*Drittwirkung der Grundrechte*)¹⁹⁴.

Finalmente, en lo que hace a empresas públicas, nos remitimos a la reseña del fallo “*Sisnero*” antes citado.

35.2. *En caso negativo, ¿se pueden utilizar teorías como la del “Drittwirkung der Grundrechte” (eficacia horizontal de los derechos humanos)?*

En suma a la respuesta del inciso anterior, cabe señalar que la teoría “*Drittwirkung der Grundrechte*” efectivamente ha sido invocada como argumento adicional y complementario (no alternativo) para atribuir responsabilidad a empresas.

¹⁹⁴ CAFFERATTA, Néstor A., “Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014* (Noviembre), 17/11/2014, 273, AR/DOC/3833/2014 y sus citas, en particular: MOSSET Iturraspe, Jorge, *Derecho Civil Constitucional*, Rubinzal Culzoni, 2011, 13; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Daños y Constitución Nacional” <http://nuevositio.cpacf.org.ar/files/inst_doctrina/derecho-civil/aida-carlucci.pdf> [fecha de consulta: 02/11/2020].

BRASIL

Antes de empezar a contestar el cuestionario, se hará una breve explicación del sistema de garantías de derechos en Brasil, en la que se abordarán las garantías para la realización de derechos frente a la actividad empresarial. La Constitución brasileña de 1988 fue ampliamente celebrada tanto por la extensión de la lista de derechos que contiene; por la disposición expresa de que son cláusulas pétreas¹, es decir que no pueden ser modificadas; y también por la claridad con la que asigna derechos. El país cuenta con instituciones estructuralmente sólidas, que sin embargo han sido constantemente puestas a prueba en los últimos años, con crisis económicas y políticas que resaltan las complejas relaciones políticas entre los poderes, y su mayor o menor sometimiento en diferentes contextos. La Constitución dispone que el Ministerio Público es la institución encargada de la defensa del orden jurídico, el régimen democrático y los intereses sociales e individuales, mismo que tiene la facultad de interponer la acción civil pública, uno de los principales instrumentos jurídicos que resultan útiles para el tema. Los derechos fundamentales se encuentran regulados del artículo 5 al 17, que abarcan aquellos reconocidos por la Carta Internacional de Derechos Humanos. Conforme a la interpretación del Supremo Tribunal Federal, la recepción de los derechos humanos reconocidos internacionalmente se produce de manera que los tratados internacionales de derechos humanos que hayan sido ratificados tienen rango de norma constitucional. Conforme a ello, los tratados de derechos humanos serán superiores a la ley pero inferiores a la Constitución.

¹ Cláusulas pétreas son aquellas que no pueden ser modificadas para socavar derechos ya conferidos.

Es importante señalar que la Constitución, además de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente, también otorga rango constitucional al derecho de propiedad. Sin embargo, este derecho es complementado por su función social. La función social de la propiedad aparece cuando se aborda el orden económico y financiero, incluyéndola entre los principios generales del orden económico brasileño, que se basa en la valorización del trabajo humano y la libre empresa. Este puede ser un marco importante para definición del significado y el contenido de los derechos que se otorguen a las personas.

Otro logro importante es la acción civil pública, Aunque no es una acción constitucional, ya que fue creada en 1985 por la ley 7347, está contemplada en el artículo 129.III de la Constitución, como competencia del Ministerio Público. Dicha figura jurídica ha dado lugar a varias sentencias relevantes en casos de abusos empresariales de los derechos humanos. Por ejemplo, una decisión de 2008 condenó a una empresa privada por la construcción de un sistema de drenaje de aguas pluviales;² otra impuso una condena a una empresa privada a pagar una indemnización por vender gasolina en incumplimiento del marco legal, en donde el tribunal señaló que el derecho del consumidor es considerado un derecho fundamental por la Constitución brasileña (art.5º, XXXII). Para efectos del presente estudio, es importante señalar que se encuentran *sub judice* las acciones civiles públicas interpuestas contra las empresas Samarco y Vale en las tragedias ambientales de Mariana y Brumadinho, respectivamente, en relación con los impactos ambientales causados por el vertido de los relaves de las presas de Fundão y Córrego do Feijão, en 2015 y 2019, y sus consecuencias para los derechos humanos.

A pesar de la existencia de instituciones como la Defensoría Pública, aún existen importantes obstáculos que impiden que la justicia llegue a las poblaciones cuyos derechos se ven impactados por la actividad económica. La lentitud de la justicia, combinada con la captura empresarial, son probablemente las cuestiones más difíciles de superar en la actualidad.

² Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Cível 1.0499.06.002275-7, DJ 03.10.2008.

I. DEBIDA DILIGENCIA EN DERECHOS HUMANOS

1. ¿Existe en el marco jurídico de su país alguna norma que establezca explícitamente una obligación empresarial de respetar los derechos humanos?

No, no existe.

1.1. *En caso afirmativo, ¿pertenece dicha norma al derecho mercantil o societario?*

No, no existe.

1.2. *En caso negativo, ¿han existido debates parlamentarios respecto a la adopción de legislación en ese sentido, u otras iniciativas?*

No, no se han presentado. Tampoco se han llevado a cabo discusiones en el Congreso para adoptar tal marco normativo. Las leyes que regulan determinados sectores productivos no mencionan la protección a derechos humanos, como el Código de Minería³ o el Código Forestal.⁴ Sin embargo, existen normas que establecen obligaciones específicas en materia de derechos humanos y que podrían eventualmente regular actividades empresariales. Un ejemplo es la Consolidación de las Leyes Laborales de 1943⁵, que define los derechos de los trabajadores que deben ser observados obligatoriamente por las empresas. Además, hay algunas normas que no imponen obligaciones, como se muestra a continuación.

Brasil cuenta actualmente con un decreto presidencial, publicado el 21 de noviembre de 2018, que establece las Directrices Nacionales sobre Empresas y Derechos Humanos (Decreto 9571/2018⁶, en adelante “Directrices Nacionales”), siguiendo los pilares desarrollados en los Principios Rectores

³ Código de Minas. Dec.-lei 227/1967. <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227.htm>

⁴ Código Florestal. Lei 12.651/2012. < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>

⁵ Consolidação das Leis do Trabalho, Dec.-lei 5452/1943. < https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/535468/clt_e_normas_correlatas_1ed.pdf>

⁶ Brasil, Decreto No. 9571/2018.< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm>

sobre las empresas y los derechos humanos de la ONU. El Decreto establece directrices de cumplimiento voluntario para empresas medianas y grandes, incluidas las empresas multinacionales con actividades en el país. En el sistema jurídico brasileño, los decretos son actos administrativos de competencia del jefe del Poder Ejecutivo, como establece el art. 84, IV de la Constitución Nacional. La Constitución brasileña prevé dos tipos de decretos, que son, de hecho, reglamentos. El tipo común es el que complementa la legislación en sentido estricto, es decir, el texto que fue discutido y aprobado por el parlamento. El segundo tipo es la regulación autónoma, que, por disposición constitucional expresa, sólo puede existir para regular materias específicas. El tema de las empresas y los derechos humanos no se encuentra entre los temas sobre los que se puede dictar normativa autónoma. Por ello, y también por disposición expresa del propio Decreto 9571/2018, todas sus disposiciones son de adopción voluntaria.

Por ello, este Decreto no puede considerarse un marco normativo de obligatorio cumplimiento. Además, no es posible identificar ningún vínculo entre el texto del decreto y las normas del derecho mercantil o societario. Sin embargo, en cuanto a la responsabilidad empresarial, las Directrices establecen que las empresas deberán respetar: (i) los derechos humanos protegidos en los tratados internacionales firmados por el Estado de origen de la empresa o desde donde se ejerce control de una subsidiaria extranjera, y (ii) los derechos y garantías fundamentales previstos en la Constitución brasileña.

2. ¿Establece el marco jurídico de su país la obligación de las empresas de contar con mecanismos o procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos?

2.1. En caso afirmativo, señale la norma correspondiente.

No, no existe un marco jurídico que regule la obligación de las empresas para ejercer una adecuada debida diligencia dentro de sus actividades, pero si hay lineamientos estatales no vinculantes que sugieren a las empresas su adopción, como las ya mencionadas Directrices Nacionales sobre Empresas y Derechos Humanos.

2.2. *En caso negativo, ¿existen obligaciones respecto de algunos elementos de la debida diligencia, como presentación de información extra-financiera, supervisión de las cadenas de suministro, etc.?*

Con relación a la debida diligencia, las Directrices Nacionales establecen que los Estados de la República deben estimular la adopción, por parte de las grandes empresas, de los procedimientos de debida diligencia en materia de derechos humanos⁷ (Art. 3, VII). En su artículo 5, I, se establece la responsabilidad de las empresas de “vigilar el respeto de los derechos humanos en la cadena de producción vinculada a la empresa”. En el artículo 6 de la misma norma se destaca también la responsabilidad de controlar los riesgos y “hacer frente a los efectos adversos para los derechos humanos en los que tengan alguna participación”, actuando de manera cautelosa y preventiva en sus esferas de actividad y evitando los efectos y los daños resultantes de sus actividades, entre otras medidas.

Específicamente sobre el tema, se destaca el artículo 9 de esta norma:

Art. 9 Corresponde a las empresas identificar los riesgos de impacto y violación de los derechos humanos en el contexto de sus operaciones, con la adopción de medidas preventivas y de control adecuadas y eficaces y, sobre todo, con la adopción de medidas de prevención y control:

I–llevar a cabo periódicamente procedimientos eficaces de reevaluación de los derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y contabilizar el riesgo, el impacto y la violación que se derivan de sus actividades, operaciones y relaciones comerciales;

II–desarrollar y mejorar permanentemente los procedimientos para controlar y vigilar los riesgos, las repercusiones y las violaciones, y reparar las consecuencias negativas para los derechos humanos que causan o han contribuido a causar;

⁷ Dice el art 3, VII, en el original: estímulo à adoção, por grandes empresas, de procedimentos adequados de dever de vigilância (due diligence) em direitos humanos. *Decreto No 9571/2018*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm>

III–la adopción de procedimientos para evaluar el respeto de los derechos humanos en la cadena de producción;

IV–rendir cuentas de forma clara, transparente y leal sobre los riesgos de la operación para los derechos humanos y las medidas adoptadas para prevenirlos, además de los impactos negativos y los daños a los derechos humanos que se han causado o que están directamente relacionados con sus operaciones, sus productos o los servicios prestados a través de sus relaciones comerciales y las medidas correctivas adoptadas;

V–Informar públicamente las medidas que han adoptado en el último ciclo para evitar riesgos, mitigar los impactos negativos sobre los derechos humanos y prevenir violaciones, sobre la base del compromiso asumido por la empresa, considerando las características de los negocios y territorios afectados por sus operaciones;

VI–divulgar públicamente e identificar a sus proveedores las normas de derechos humanos a las que están sujetos, a fin de permitir el control por parte de los trabajadores y la sociedad civil, con sujeción a la confidencialidad comercial; y

VII–garantizar, siempre que sea posible, la participación de los interesados, especialmente las personas y comunidades que puedan verse afectadas por las actividades, en el proceso de diligencia debida, desde la evaluación de los efectos hasta la rendición de cuentas de las medidas que se adopten, incluido el proceso de adopción de decisiones sobre cuáles son esas medidas y cómo se aplicarán.

Párrafo único. Las empresas que tienen numerosas entidades dentro de su esfera de influencia, lo que dificulta la auditoría dentro de cada entidad, darán prioridad a las áreas identificadas como de mayor riesgo de consecuencias negativas para los derechos humanos.

Cabe mencionar también que el artículo 11 exige que la información obtenida mediante los mecanismos de debida diligencia de las empresas se divulgue de manera transparente a través de los informes anuales o en respuesta a las peticiones de la sociedad civil.

Aunque este Decreto es una reproducción de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, su carácter no vinculante ha conllevado una falta de adhesión de un gran número de empresas, desalentando su interés por conocerlos. De ahí la falta de conocimiento de gran parte del sector económico del país sobre el tema, como señaló el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos en el Informe sobre su visita a Brasil a finales de 2015, donde afirmó que, si bien algunas empresas tienen políticas y orientaciones específicas en materia de derechos humanos en consonancia con los Principios Rectores, está claro que no es el caso de la mayoría de las empresas de Brasil⁸.

Las empresas que gestionan los residuos sólidos deben elaborar un Plan de Gestión de Residuos Sólidos. Ya era obligatorio para algunas empresas desde la publicación de la Ley N° 9605 de 12 de febrero de 1998. Sin embargo, fue a partir de la adopción de la Política Nacional de Residuos Sólidos (Ley N° 12.305/2010) que se convirtió en una condición para el otorgamiento de licencias ambientales. Otras empresas, certificadas por la ISO 14001, también tenían un plan publicado, incluso antes de la publicación de la Política Nacional.

Este plan es elaborado por la empresa con el fin de gestionar los materiales utilizados y dar el tratamiento adecuado a todos los residuos sólidos que se generen en su explotación, se considerarán los insumos utilizados, los métodos de transformación empleados, los residuos producidos y las formas de eliminación aplicables a cada uno de ellos.

Las empresas brasileñas que cotizan en la Bolsa de Valores de Nueva York (NYSE) deben presentar un informe anual de sostenibilidad, de conformidad con la legislación de los Estados Unidos. Sin embargo, no existe una obligación similar en el Brasil.

⁸ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión al Brasil, (2016). A/HRC/32/45/Add.1, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/096/46/PDF/G1609646.pdf?OpenElement>>, párr 12.

3. ¿Existen referencias a la noción de debida diligencia en derechos humanos conforme a los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos en las decisiones judiciales? En caso afirmativo, señale en cuáles, incluyendo la referencia correspondiente.

No se han localizado referencias en las decisiones judiciales.

4. ¿Cómo se ha abordado el “levantamiento” del velo corporativo en las decisiones judiciales de su país? ¿En qué casos es posible llevarlo a cabo?

En Brasil no existía ninguna ley que permitiera el levantamiento del velo corporativo; sin embargo, los tribunales han utilizado esta figura jurídica. Ha existido controversia en la definición de los requisitos para levantar el velo corporativo. Para algunos, debería aplicarse la “teoría menor”, que sólo requeriría la prueba del incumplimiento de una obligación o de la insolvencia de la empresa para autorizar que los bienes de sus socios sean responsables de la obligación. La segunda, llamada la “teoría mayor”, requiere la prueba de una desviación de la función de la empresa, es decir, la existencia de un fraude para permitir el desconocimiento, por lo que es llamada “teoría mayor subjetiva”; la otra, “teoría mayor objetiva”, requiere la prueba de la confusión de los bienes entre los socios y la persona jurídica o la insolvencia de ésta para autorizar el levantamiento del velo.

La primera ley que previó el levantamiento del velo corporativo fue el Código del Consumidor (Ley N° 8078/90), que es considerado un derecho fundamental en Brasil y que en su artículo 28 señala:

El juez podrá no tener en cuenta la personalidad jurídica de la empresa cuando, en perjuicio del consumidor, se produzca un abuso de derecho, un exceso de poder, una violación de la ley, un hecho o un acto ilícito, o una violación de los estatutos o del contrato de asociación. La inobservancia también será efectiva cuando se produzca una quiebra, un estado de insolvencia, un cierre o una inactividad de la persona jurídica causada por una mala administración⁹.

⁹ En el original: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei,

Como puede verse, existen varias hipótesis: abuso de derechos, exceso de poder, infracción de la ley, hecho o acto ilícito, violación de los estatutos o del acta constitutiva, o mala gestión que lleve a la quiebra o al cese de la actividad. Todas estas hipótesis permitirán el levantamiento del velo corporativo, siempre a favor del consumidor.

El Código del Consumidor adopta la “teoría menor”, permitiendo que el mero incumplimiento, la obstrucción o la dificultad de cumplimiento y el abuso de los derechos en relación con el consumidor sean motivos suficientes para que se elimine la personalidad jurídica y los socios sean responsables solidarios de la deuda en cuestión. Esto es pertinente en la medida en que no requiere un procedimiento especial para demostrar una mala conducta de los socios de la persona jurídica. Para esclarecerlo, en un litigio en materia de derechos de consumidores, se decretó el levantamiento del velo corporativo de la empresa para que el patrimonio de sus directivos responda también por la reparación de las pérdidas sufridas por los consumidores en el retraso de obras inmobiliarias. La Corte afirmó que, en el caso concreto, la existencia de la personalidad jurídica impedía la indemnización de los daños causados a los consumidores, lo que bastaba para que se ignorara la personalidad jurídica del recurrente:

“RECURSO ESPECIAL”. PROCEDIMIENTO CIVIL Y CONSUMIDOR. ACCIÓN COLECTIVA DE CONSUMO. EFECTO DEVOLUTIVO DEL RECURSO. SENTENCIA. TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES SIN EXAMEN DEL FONDO. ART. 515, § 3º, DEL CPC/73. APELACIÓN. CAUSA DE LA MADUREZ. REQUISITOS. PRESENCIA. REVISIÓN DE LOS HECHOS Y LAS PRUEBAS. DESCONSIDERACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. ...DIFERIDO CONTRADICTORIO. CPC/73. INCIDENCIA DEL CDC. SUFICIENTES MOTIVOS INEXPUGNABLES. SÚMULA 283/STF. COOPERATIVA DE VIVIENDA. SÚMULA 602/STJ. TEORIA MENOR. ART. 28, § 5º, CDC. OBSTÁCULO A LA COMPENSACIÓN DE LOS DAÑOS. SUFICIENCIA. 1. acción colectiva de consumo, en la que se decretó el desconocimiento de la personalidad jurídica de la cooperativa solicitante para que el patrimonio de sus directivos responda también por la reparación de las pérdidas sufridas por los consumidores en el retraso de la construcción

fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração” (Traducción de las autoras).

de las empresas inmobiliarias, en las que la demandante habría actuado como empresa de promoción inmobiliaria y, por tanto, como proveedora de productos. 2. recurso especial interpuesto el: 11/07/2012; conclusiones a la oficina el: 26/08/2016; Aplicación del CPC/73. 3. El objeto del recurso es determinar si: a) hubo una disposición judicial negativa; b) se respetaron los límites del efecto devolutivo del recurso; c) fue posible juzgar inmediatamente el núcleo de la controversia, a pesar de que la sentencia ha puesto fin al proceso sin resolución del fondo; d) el ejercicio del procedimiento contradictorio de los administradores debe ser previo al decreto de desconocimiento de la personalidad jurídica; e) el CDC es aplicable en el caso del expediente del caso; y f) están presentes los requisitos necesarios para desconocer la personalidad jurídica del solicitante. 4. no hay omisión, contradicción u oscuridad en el juicio que se está apelando. Por lo tanto, no se violó el artículo 535 del CPC/73. 5º-La apreciación del fondo de la acción por el Tribunal en la sentencia del recurso, en caso de reforma de la sentencia de extinción de la causa sin resolución del fondo, tiene en cuenta el alcance del efecto devolutivo en profundidad de dicho recurso, favorece el principio de celeridad procesal y no lesiona el derecho de defensa de la parte, si se dan las condiciones para que sea exclusivamente de derecho o el proceso esté maduro para el juicio, por la suficiencia o necesidad de presentación de pruebas. 6) La verificación de la presencia de los requisitos que configuran la causa madura -congruente con la circunstancia de que la instrucción probatoria sea completa o innecesaria- requeriría el reexamen de los hechos y las pruebas del expediente, prohibido por el precedente 7/STJ. Precedentes. 7 La ausencia de una decisión sobre las disposiciones legales que se indican como violadas, a pesar de la interposición de embargos sobre la declaración, impide el conocimiento del recurso especial, por incidencia del Precedente 211/STJ. 8-Bajo la égida del CPC/73, el desconocimiento de la personalidad jurídica puede ser decretado sin la previa citación de los socios afectados, a quienes se garantiza el ejercicio aplazado o diferido de la defensa contradictoria y amplia. Precedentes. 9) La existencia de un motivo de apelación de la sentencia recurrida-cuando es suficiente para mantener sus conclusiones-impide la evaluación del recurso especial. 10. El Código de Protección del Consumidor es aplicable a las promociones de viviendas promovidas por sociedades cooperativas. Precedente 602/STJ 11. Según

la Teoría del Menor, la incidencia del incumplimiento se justifica: a) por la prueba de la insolvencia de la persona jurídica para el pago de sus obligaciones, sumada a la mala administración de la empresa (art. 28, caput, del CDC); o b) por el mero hecho de que la persona jurídica represente un obstáculo para la indemnización de los daños causados a los consumidores, de conformidad con el § 5 del art. 28 del CDC. 12 En la hipótesis examinada, como se afirma en la sentencia recurrida, la existencia de la personalidad jurídica impide la indemnización de los daños causados a los consumidores, lo que basta para que se ignore la personalidad jurídica del recurrente, por aplicación de la teoría del menor, prevista en el art. 28, párrafo 5, del CDC. 13. llamamiento especial parcialmente conocido y, en esta parte, carente”¹⁰.

En el ámbito del derecho civil, el Código Civil (Ley n° 10.406/2002) regula en su artículo 50 el levantamiento del velo corporativo,¹¹ permitiendo que los efectos de ciertas y determinadas obligaciones sean extendidos a los bienes particulares de administradores y socios en caso de abuso de la personalidad jurídica, pudiendo el abuso ser demostrado por medio del: (i) desvío de la finalidad corporativa o (ii) confusión patrimonial. Bajo esas condiciones, se

¹⁰ Tribunal Superior de Justicia, (2018). Recurso Especial No 1735004 SP 2014/0025404-9, j. 29.06.2018.

¹¹ A redação original do Código Civil previa a desconsideração de um modo bastante genérico, tendo gerado muitas críticas da doutrina. Assim, em 2019, foi publicada a lei 13.874, alterando a redação, que passou a ser: “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I-cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (Incluído pela

II-transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III-outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial”.

presume el abuso, teniendo la empresa o sus socios la carga de la prueba para probar lo contrario. Esta medida excepcional es aplicada con cautela por los tribunales brasileños, siempre y cuando esté comprobado el desvío de finalidad o la confusión patrimonial, para que sea posible alcanzar el patrimonio particular de los administradores y socios para el cumplimiento de las deudas contraídas por la empresa.

Cabe señalar que, si se produce un levantamiento del velo corporativo, todos los socios implicados en la conducta son responsables de la deuda en su conjunto. Por otro lado, el levantamiento admite que se alcancen los activos de todas las empresas que están en el mismo grupo económico, lo que puede ser importante cuando las estructuras corporativas se utilizan para despojar de sus activos a la empresa que está directamente relacionada con el daño causado. Justamente para evitarlo, los tribunales reconocen al grupo económico, como se puede observar en la sentencia más abajo, donde se reconoció el uso indebido de la finalidad y el abuso del derecho, además de la insuficiencia de recursos del deudor. En ese sentido, las empresas que actúan bajo una unidad empresarial, patrimonial y laboral, y donde la existencia de entidades jurídicas distintas sea meramente formal, deben responder por los daños:

“Agravio de Instrumento”. DERECHO CIVIL. DERECHO DE NEGOCIOS. EMPRESAS DEL MISMO GRUPO ECONÓMICO. ABUSO DE LA LEY. MAL USO DEL PROPÓSITO. RECURSOS INSUFICIENTES. DESPRECIO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. POSIBILIDADES. Nulidad preliminar rechazada. El acto de desconocimiento de la personalidad jurídica puede concederse sin el motivo previo de la persona jurídica y sus socios, principalmente debido al aspecto cautelar de preservar cualquier bien capaz de satisfacer la demanda. Ejercicio de la defensa contradictoria y amplia realizada a través de los recursos aplicables. Precedentes de STJ y TJ/RJ. Inclusión de la primera parte agravante y sus socios, la segunda y tercera parte agravante, en el centro de responsabilidad de la ejecución. Aplicación del artículo 50 del Código Civil. Teoría principal de la falta de consideración de la entidad legal. Persona jurídica que integra el mismo grupo económico que el deudor. Prueba del uso indebido de la finalidad y del abuso del derecho, además de la insuficiencia de recursos del deudor. Empresas que actúan bajo unidad empresarial, patrimonial y laboral, siendo la existencia de entidades jurídicas distintas meramente formal.

Precedentes de STJ y TJ/RJ. Mantenimiento de la decisión. Rechazo de la apelación”. (TJRJ, 2011, en línea).¹²

Los tribunales civiles brasileños, en su mayoría, aplican la “teoría mayor”, de conformidad con el artículo 50 del Código Civil, donde la inexistencia de bienes para pagar las deudas y la alegación de cese de las actividades empresariales no son, por sí mismas, suficientes para conceder el levantamiento del velo corporativo, que requiere la demostración del abuso de la personalidad jurídica con el fin de causar daños a terceros y/o la confusión entre los bienes de la empresa y los socios:

“Agravo de instrumento. DESPRECIO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. TEORÍA MAYOR. REQUISITOS. FALTA DE DEMOSTRACIÓN. RECURSOS NO PROPORCIONADOS. 1. La aplicación de la teoría del desconocimiento de la personalidad jurídica adoptada por el Código Civil sólo es posible mediante la configuración de la desviación de la finalidad (teoría mayor subjetiva), o la confusión de los bienes entre la empresa y sus socios (teoría mayor objetiva). La inexistencia de bienes para pagar las deudas y la alegación de cese de las actividades empresariales no son, por sí mismas, suficientes para conceder el desprecio de la personalidad jurídica, que requiere la demostración del abuso de la personalidad jurídica con el fin de causar daños a terceros y/o la confusión entre los bienes de la empresa y los socios”¹³.

Los casos resueltos por los tribunales laborales admiten el levantamiento del velo corporativo, incluso sin una disposición legal específica al respecto. En Brasil existe una legislación específica que prevé los derechos de los trabajadores, la Consolidación de las Leyes Laborales. Aunque la ley no lo contempla, los tribunales suelen permitir que el empleado busque los bienes de los socios de la empresa para pagar las cantidades que se le adeudan. Para que esto ocurra, basta con demostrar en el proceso que la entidad jurídica no tiene activos para pagar la condena:

¹² Tribunal de Justiça de Rio de Janeiro, (2011), ‘Agravo de Instrumento No. AI 0059264-94.2010.8.19.0000 RJ, j. 20.5.2011’.

¹³ Tribunal de Justiça de Minas Gerais, (2013), ‘Agravo de Instrumento No. AI 0157603-51.2013.8.13.0000 MG, j. 06.06.2013’.

23054619–LA RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS SE LIMITA A LA PROPORCIÓN DE SUS CUOTAS. NO CABIMENTO. DERECHO DE REGRESO. El carácter proteccionista del Derecho del Trabajo da a la teoría del desconocimiento de la personalidad jurídica una interpretación acorde con sus principios tutelares. Por lo tanto, no hay necesidad, en este caso, de la configuración de fraude, abuso de derechos o exceso de poder. La simple demostración de la idoneidad de la persona jurídica por la insuficiencia de bienes para saldar las deudas laborales que la afectan ya autoriza la aplicación del instituto bajo comentario. Esto se debe a que el carácter fijo del salario recomienda que el empleado no asuma los riesgos de la empresa, considerando que tampoco participa en los ingresos respectivos (artículo 2 del Código de Trabajo). Por lo tanto, es perfectamente aplicable al presente caso la desconsideración de la persona jurídica, ya que los activos de esta son insuficientes para pagar la deuda laboral. Cabe destacar que la demanda ha durado más de doce años, que fue presentada el 18 de diciembre de 1996, y se aplica el embargo sobre los bienes personales de los socios. Aplicando esta teoría, se hace una excepción a la responsabilidad limitada del socio cuotista, que debe responder ilimitadamente por la satisfacción de la deuda, teniendo derecho a un recurso contra los demás socios de la Justicia Común.

Los casos de levantamiento del velo corporativo de las empresas para hacer frente a las obligaciones laborales son los más gravosos para la persona jurídica en el Brasil ya que, para levantar el velo corporativo, basta con el incumplimiento de una obligación demostrada en el propio proceso. Es decir, el acreedor no está obligado a aportar más pruebas de la desviación de la función empresarial, o del abuso de la personalidad jurídica con el fin de causar daños a terceros, o de la confusión entre los bienes de la empresa y los socios.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

5. Señale las disposiciones normativas que establecen la responsabilidad civil por actos ilícitos (responsabilidad civil extracontractual)

La responsabilidad civil por actos ilícitos está regulada en el artículo 927 del Código Civil, que establece la obligación de reparar los actos ilícitos, que se verifican en los artículos 186 y 187 de la misma norma.

Art. 186. Quien, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, infrinja la ley y cause daño a otro, aunque sólo sea moral, comete un acto ilícito.

[...]

Art. 927. El que, por un acto ilícito (artículos 186 y 187), causa daño a otro, está obligado a repararlo.

Párrafo único. Habrá obligación de reparar el daño, independientemente de la culpa, en los casos especificados por la ley, o cuando la actividad normalmente realizada por el autor del daño implique, por su naturaleza, un riesgo para los derechos de terceros.

Así pues, la acción u omisión voluntaria, la negligencia o la imprudencia pueden dar lugar a la violación de un derecho y, por consiguiente, causar daños a una persona. Esto es lo que la legislación establece como un acto ilícito (art. 186 *supra*). Al producirse un acto ilícito, surge la obligación de reparar el daño. El Código Civil no hace ninguna distinción en cuanto a la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas. Como se indica en el párrafo único del art. 927, se puede exigir responsabilidad independientemente de la culpa del agente, siendo suficiente la configuración del nexo causal entre el hecho y el daño causado.

El mismo párrafo, al final, prevé el caso de la responsabilidad por el riesgo de la actividad (teoría del riesgo total), que se refiere a la posibilidad de que la actividad realizada genere riesgos para la vida, la salud u otros bienes y derechos de las personas¹⁴.

A continuación, figura un ejemplo de sentencia que condena a un concesionario de servicios públicos cuando un vehículo sufrió daños por haber

¹⁴ Comisión Internacional de Juristas, *Acesso à Justiça: Violações de Direitos Humanos por Empresas. Brasil*, <<https://www.conectas.org/publicacoes/download/violacoes-por-empresas>>.

caído en un desnivel no señalado en una pista en que se hacían trabajos de reparación:

RECURSO. CONCESIONARIO DE SERVICIOS PÚBLICOS. RODOVIA. PEDIDO. TRABAJAR EN LA PISTA. CAÍDA DEL VEHÍCULO EN DESNIVEL. SEÑALIZACIÓN INSUFICIENTE. UN CONJUNTO DE PRUEBAS FAVORABLES A LA VERSIÓN DEL ACUSADO. ACTO OMISIVO. EL DESCUIDO DEL DEBER DE GARANTIZAR LA SEGURIDAD DE LOS CONDUCTORES Y LA TRANSITABILIDAD DE LA CARRETERA. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. DAÑOS MATERIALES CARACTERIZADOS. CUANTIFICACIÓN QUE DEBE OBSERVAR EL MÁS PEQUEÑO DE LOS PRESUPUESTOS PRESENTADOS POR EL AUTOR. INTERÉS VITAL. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. PLAZO INICIAL FIJADO EN LA FECHA DEL EVENTO. DAÑO MORAL NO DEMOSTRADO. APELACIÓN PARCIALMENTE CONCEDIDA. (AC 0006793-50.2018.8.16.0018, 2º T, sentencia TJPR 23/10/19).

Asimismo, se puede señalar el Código de Defensa del Consumidor, que en su artículo 6, inciso VI, establece como un derecho básico del consumidor la prevención e indemnización efectiva de los daños materiales y morales, individuales, colectivos y difusos, por lo que complementa, junto con el Código Civil, las disposiciones normativas que tratan del respeto de la responsabilidad civil extracontractual.

6. ¿Se ha abordado o desarrollado en la jurisprudencia de su país la noción de responsabilidad civil extracontractual?

6.1. En caso afirmativo, ¿se ha utilizado este mecanismo para abordar cuestiones de derechos humanos?

6.1.1. En caso afirmativo, ¿existen casos que aborden específicamente la responsabilidad empresarial por afectaciones a derechos humanos? De ser así, ¿Se usó el mecanismo de control de constitucionalidad o convencionalidad?

6.1.2. En caso negativo, ¿sería factible que los tribunales conocieran de casos de responsabilidad civil extracontractual por violaciones a derechos humanos relacionadas con empresas?

La jurisprudencia brasileña es abundante en relación con esto. Sin embargo, el debate se limita al texto constitucional y no trasciende las fronteras de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Por esta razón, y también porque todavía hay resistencia en la adopción del control de convencionalidad^{15,16}, no hay casos que discutan la reparación de los derechos humanos mediante la aplicación de la Convención Americana. Sin embargo, no se prevé que sea muy difícil que los tribunales brasileños reconozcan la responsabilidad civil extracontractual por las violaciones de los derechos humanos cometidas por las empresas o con su ayuda.

Cabe señalar, sin embargo, que el Supremo Tribunal Federal ya ha declarado que aunque este derecho no está incluido en la lista de derechos fundamentales de la Constitución brasileña, sino en el artículo 225, se considera como tal. En el juicio, de abril de 2020, el Tribunal va aún más lejos al declarar que el derecho a la reparación de los daños al medio ambiente es inaplicable:

RE 654833 Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES Sentencia: 20/04/2020 Publicación: 24/06/2020 Menú: RECURSO EXTRAORDINARIO. REPERCUSSION GENERAL. TEMA 999. CONSTITUCIONAL. ...EL DAÑO AMBIENTAL. REPARACIÓN. IMPRESCINDIBILIDAD. 1. En estos procedimientos se discute si debe prevalecer el principio de seguridad jurídica, que beneficia al autor del daño ambiental ante la inercia del Poder Público; o si deben prevalecer los principios constitucionales de protección, preservación y reparación del medio ambiente, que benefician a toda la comunidad. 2. En

¹⁵ É preciso esclarecer que o Supremo Tribunal Federal menciona o controle de convencionalidade várias vezes, na maioria delas para discordar da interpretação do Sistema Interamericano em relação à possibilidade de previsão do crime de desacato. Ainda não faz parte da cultura jurídica do Brasil a avaliação de manifestações prévias do Sistema Interamericano.

¹⁶ “... o Tribunal Superior do Trabalho vem se destacando na aplicação do controle de convencionalidade, principalmente ao se utilizar das Convenções Internacionais da OIT como fundamento para suas decisões. Foi assim ao reconhecer a possibilidade de percepção simultânea dos adicionais de insalubridade e periculosidade e, no caso analisado neste trabalho, ao julgar inconvencional norma ordinária que, em tese, permitia a terceirização de atividade fim.” Leal, Mônia Clarissa Hennig; Alves, Felipe Dalenogare, “O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax” *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol 4, n 1, 109-128, jan./abr. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i1.48212.

nuestro ordenamiento jurídico, la regla es la prescripción de la demanda de reparación. A su vez, la imprescriptibilidad es la excepción. Depende, por lo tanto, de factores externos, que el sistema jurídico considera inderogables por el tiempo. Aunque la Constitución y las leyes ordinarias no prevén la prescripción para la reparación de los daños ambientales civiles, siendo la norma la estipulación de un plazo para la reclamación de indemnización, la protección constitucional de ciertos valores impone el reconocimiento de las reclamaciones imprescriptibles. 4) El medio ambiente debe considerarse como patrimonio común de toda la humanidad, a fin de garantizar su plena protección, especialmente en relación con las generaciones futuras. Toda la conducta del Poder Público del Estado debe estar dirigida a la plena protección de la legislación interna y a la adhesión a los pactos y tratados internacionales que protegen este derecho humano fundamental de tercera generación, a fin de evitar que se perjudique a la comunidad ante la afectación de un determinado bien (recurso natural) a un fin individual. 5 La reparación de los daños al medio ambiente es un derecho fundamental del que no se dispone, y es imperativo reconocer la indispensabilidad de la restauración del daño ambiental. 6. Terminación del proceso, con juicio de mérito, en relación a la sucesión de Orleir Messias Cameli y Marmud Cameli Ltda., con base en el art. 487, III, b del Código de Proceso Civil de 2015, siendo perjudicado el Recurso Extraordinario. Afirmación de la tesis según la cual la demanda de reparación civil de los daños ambientales es imprescriptible.

Aunque en esta decisión no se discute el carácter extracontractual o no de los daños causados, es interesante destacar el reconocimiento del derecho al medio ambiente como derecho humano y luego extraer las posibles consecuencias en el futuro, en términos de responsabilidad extracontractual.

7. ¿Existe o podría existir un vínculo entre la responsabilidad civil extracontractual y la debida diligencia en derechos humanos?

Sí, este vínculo podría establecerse en la medida en que la responsabilidad civil extracontractual se produce en caso de negligencia y podría estar relacionado con la obligación de adoptar la debida diligencia para que la actividad

comercial no vulnere los derechos humanos. En un procedimiento judicial, sería posible utilizar el concepto de debida diligencia para demostrar que la empresa actuó con negligencia.

8. ¿Prevé la legislación civil de su país la responsabilidad vicaria, es decir, la responsabilidad por actos de un tercero subordinado?

Sí, la responsabilidad por el acto de un tercero subordinado en Brasil fue subjetiva hasta la llegada del Código Civil de 2002. Ahora, por lo tanto, es una responsabilidad objetiva. Lo que caracteriza a este segmento es el vínculo de legalidad obligatoria entre la persona que causa el daño y la que tiene el deber de indemnizar. En estos casos, cuando se forme el nexo causal entre el daño y la conducta y surja esta relación jurídica, un tercero, como el tutor legal, tendrá el deber de reparar el daño causado. Se trata de una violación del deber de vigilancia y el artículo 932 del Código Civil establece la responsabilidad objetiva en estos casos:

Art. 932. También son responsables de la reparación civil:

I-los padres, para los niños menores bajo su autoridad y en su compañía;

II-el guardián y el curador, para los alumnos y los curados, que están en la misma condición;

III-el empleador o el mandante, por sus empleados, criados y asalariados, en el ejercicio del trabajo del que son responsables, o por causa de él;

IV-los propietarios de hoteles, posadas, casas o establecimientos donde se alojan por dinero, incluso con fines educativos, por sus huéspedes, residentes y estudiantes;

V-los que han participado libremente en el producto del delito, hasta la cantidad del competidor.

Sin embargo, las posibilidades de que se produzcan no adolecen de una gran divergencia en la jurisprudencia. En el ejemplo que se señala a continuación, se demostró en el proceso que los empleados de una empresa que realizaba reparaciones en un edificio eran responsables del robo de

algunos objetos. Así, la empresa fue considerada responsable por los actos de sus empleados:

INDEMNIZACIÓN. PRELIMINAR. NULIDAD DE LA SENTENCIA Y REDUCCIÓN DE LA DEFENSA. ROBO EN UNIDAD INDIVIDUAL DE CONDOMINIO. RECOPIACIÓN DE PRUEBAS QUE INDICAN LA PARTICIPACIÓN DE LOS EMPLEADOS DE LA EMPRESA DE CONSTRUCCIÓN. RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR. SENTENCIA DE MANTENIMIENTO¹⁷.

9. ¿Prevé la legislación sustantiva y procesal de su país la posibilidad de atraer a su jurisdicción civil a una empresa matriz extranjera por daños ocasionados por su subsidiaria?

- 9.1. *En caso afirmativo, ¿es posible solicitar información sobre la empresa matriz a su Estado de origen por medio de la cooperación judicial internacional?*
- 9.2. *En caso afirmativo, ¿existen ejemplos de decisiones judiciales que pueda compartir?*

El Código de Procedimiento Civil define, en su artículo 21, inciso II, que la autoridad judicial brasileña es competente para demandar y juzgar las acciones cuya obligación debe cumplirse en el Brasil. Es el caso, por ejemplo, de la obligación de reparar los daños debido a la responsabilidad civil extracontractual en virtud del artículo 927 del Código Civil. Además, el mismo artículo establece que se puede entablar una acción contra los demandados de cualquier nacionalidad en el Brasil, siempre que estén domiciliados en el Brasil. El Código Civil establece que la persona jurídica extranjera que tenga una agencia, sucursal o filial en ella esté domiciliada en el Brasil.

Otra hipótesis se refiere a la competencia de la judicatura brasileña para demandar y juzgar demandas de alimentos, cuando el demandado mantiene vínculos en el Brasil, como la posesión o propiedad de sus bienes, la recepción de ingresos o la obtención de beneficios económicos. Así, cabe destacar, que se podría discutir la posibilidad de que una empresa extranjera sea demandada por el hecho de que su sucursal o filial le transfiera

¹⁷ Juzgados especiales civiles y penales, (2008), '20070710039475ACJ', 180.

beneficios económicos, en los casos en que la indemnización otorgada a la víctima configure la manutención, como, por ejemplo, la obligación de pagar cantidades mensuales para compensar el daño causado.

Además, en lo que respecta a la cooperación judicial internacional, el artículo 27 II del Código de Procedimiento Civil prevé la posibilidad de cooperación internacional para obtener información que esté en poder de órganos públicos en otros países, sin señalar ningún obstáculo en cuanto a las personas a las que se aplica dicha medida. Una innovación de la legislación es la posibilidad de asistencia directa, que se aplica cuando no hay necesidad de intervención de la autoridad judicial extranjera y puede aplicarse en el caso de la reunión de pruebas.

No fue posible encontrar decisiones relativas a la indemnización por derechos humanos frente a las empresas extranjeras. Sin embargo, a continuación, se presenta una decisión que establece la obligación de la empresa extranjera de responder por los daños causados al empleado brasileño de su sucursal en el Brasil, y la afirmación de la competencia del tribunal brasileño para juzgar el caso:

BARCO EXTRANJERO. JURISDICCIÓN Y EL DERECHO APLICABLE. Debemos diferenciar entre la competencia de la jurisdicción brasileña sobre el contacto mantenido por el autor, y la legislación aplicable a este mismo contrato de trabajo.....Incontrovertido que la empresa extranjera con la que el autor firmó el contrato de trabajo es la socia-propietaria de la segunda denunciada, MSC Cruzeiros do Brasil, esta última establecida en territorio brasileño, por lo que se considera su agencia o sucursal, atrayendo la incidencia del segundo párrafo del art. 651 de la CLT. Por lo tanto, el presente caso está sujeto a la jurisdicción nacional.

III. RESPONSABILIDAD PENAL

10. ¿Prevé la legislación penal de su país la responsabilidad penal de las personas jurídicas?

10.1. *En caso afirmativo, por favor comparta las disposiciones jurídicas pertinentes.*

10.2. En caso negativo, señale si se han llevado a cabo debates legislativos al respecto.

El párrafo 5 del artículo 173 de la Constitución, aplicable a empresas públicas, establece que 'La ley, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los administradores de la persona jurídica, establecerá su responsabilidad, sometiéndola a penas compatibles con su naturaleza, en los actos practicados contra el orden económico y financiero y la economía popular'. Esta disposición, sin embargo, requiere una norma secundaria, que aún no ha sido creada.

Los delitos ambientales pueden dar lugar a responsabilidad legal de las personas jurídicas. El artículo 225 de la Constitución establece:

'Toda persona tiene derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, un bien de uso común del pueblo y esencial para una calidad de vida sana, imponiendo al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras'.

Y su §3 se enfrenta al tema:

'Las conductas y actividades consideradas nocivas para el medio ambiente someterán a los infractores, ya sean personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar el daño causado'.

Así pues, las personas jurídicas pueden ser consideradas puntualmente responsables de la comisión de delitos penales, en los casos de conductas perjudiciales para el medio ambiente. El Tribunal Superior de Justicia presenta en su jurisprudencia una posición dominante en lo que respecta a la caracterización de la responsabilidad penal por parte de la persona jurídica, siempre que exista también la caracterización del delito cometido por su representante legal. Sin embargo, en una manifestación sobre el tema, el Supremo Tribunal Federal reconoció la posibilidad de enjuiciar a una persona jurídica incluso si no hay una acción penal en curso contra el individuo con relación al mismo delito. Esto ocurrió en el ámbito de la acción penal contra Petrobras, por delito ambiental de primera clase (RE 548181/PR, rel. Min. Rosa Weber, juzgado el 6/8/2013).

La Ley N° 9605/98 reguló la disposición constitucional, permitiendo la sanción penal de los delitos ambientales cometidos por las empresas. Su artículo 3 establece el marco jurídico cuando la infracción es cometida por un órgano vinculado a ellos, siendo requisitos esenciales para la atribución de la responsabilidad penal: que sea una persona jurídica de derecho privado (es decir, excluyendo la responsabilidad penal de la persona jurídica de derecho público); que el delito se cometa por decisión del representante legal o contractual; y que haya actuado en interés de la persona jurídica.

En cuanto a las penas aplicables, es el artículo 21 el que establece la multa, la pena que restringe los derechos y/o la prestación de servicios a la comunidad.

11. En caso de que la legislación penal de su país prevea la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿por cuáles conductas puede ser una empresa sujeta de dicha atribución de responsabilidad? ¿Cuáles de esas conductas son equivalentes o equiparables a violaciones de derechos humanos?

Dentro del marco legal establecido por la Ley 9605/98 existen cinco tipos de delitos que pueden dar lugar a la sanción de las empresas: i) delitos contra la fauna; ii) delitos contra la flora; iii) contaminación y otros delitos ambientales, como la propagación de plagas; iv) delitos contra la planificación urbana y el patrimonio cultural; y v) delitos contra la Administración Pública. Todos estos delitos, en mayor o menor grado, están relacionados con el derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado, regulado en el artículo 225 de la Constitución Federal de 1988.

12. ¿Cuáles son los tipos de sanciones que pueden ser aplicadas a una empresa?

Las sanciones que pueden imponerse a las empresas son proporcionales a su propia naturaleza jurídica. El artículo 23 de la Ley 9605/98 define así la posibilidad de aplicar tres tipos de sanciones: (i) multas; (ii) restricciones legales (como la suspensión de la actividad empresarial, la prohibición temporal de alguna actividad empresarial o la prohibición de contratar con

el Gobierno, véase el artículo 22 de dicha ley); (iii) prestación de servicios a la comunidad (que abarca el cálculo de los costos de programas y proyectos ambientales, la ejecución de obras de recuperación de zonas degradadas, el mantenimiento de espacios públicos o las contribuciones a entidades públicas ambientales o culturales).

13. ¿Existen decisiones judiciales en su país que hayan determinado la responsabilidad penal de una persona jurídica?

13.1. En caso afirmativo, ¿dicha decisión tuvo relación con conductas equiparables o equivalentes a violaciones a derechos humanos?

Sí, hay varias decisiones. Dado que en el Brasil se prevé la responsabilidad penal en los casos de delitos ambientales, existe equivalencia en la medida en que la protección del medio ambiente está cada vez más relacionada con la protección de los derechos humanos. A pesar de ello, las decisiones aún no hacen referencia a derechos humanos internacionalmente protegidos.

Un ejemplo de decisión, además de la mencionada en la pregunta anterior, es el Recurso Especial N° 1.847.097-PA del Tribunal Superior de Justicia, juzgado en 2020, en donde se refleja que el Tribunal decidió sobre la imprescriptibilidad de las acciones de contaminación ambiental llevadas a cabo por empresas que pueden causar daños a la población y al medio ambiente, un derecho protegido por el artículo 225 de la Constitución Federal. El siguiente es el resumen del Recurso Especial N° 1.847.097-PA:

AGRAVO REGIMENTAL EN RECURSO ESPECIAL. Y PROCEDIMIENTO PENAL. CONTAMINACIÓN AMBIENTAL CALIFICADA. ARTÍCULOS 54(1), I, II, III Y IV Y § 3 E 56(1), I E II, c/c 58, I, TODA LA LEY N. 9.605/98. TRANSPORTE Y ALMACENAMIENTO DE RESIDUOS TÓXICOS. MEDIDAS NO EFECTUADAS PARA REPARAR EL DAÑO CAUSADO. LA NATURALEZA PERMANENTE DE LA CONDUCTA. PRÁCTICA QUE HA PERDURADO EN EL TIEMPO. SIN CESAR LA ACTIVIDAD. IMPOSIBILIDAD DE MEDIR LA PRESCRIPCIÓN. PRECEDENTES. BIEN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE ALTO VALOR. DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. NO HAY OMISIÓN EN LA SENTENCIA QUE SE ESTÁ APELANDO. NO HAY QUEJAS DEL REGIMIENTO.

2. En el caso, la conducta delictiva puede resumirse en la acción de causar contaminación ambiental que cause daños a la población y al propio medio ambiente, en el desacuerdo con los requisitos establecidos en la legislación de protección, y en la omisión de adoptar medidas cautelares en casos de riesgo de daño grave o irreversible al ecosistema. De hecho, es difícil clasificar el tipo legal en cuanto al momento de su consumación, ya que es fácil ver definida la conducta inicial -causar la contaminación- que puede permanecer configurada simplemente en la primera acción u omisión del autor, o incluso perdurar en el tiempo.

3. En el caso del procedimiento, la empresa agravante almacenó sus desechos industriales en el municipio de Ulianópolis, y esta conducta provocó una grave contaminación de la zona degradada, y hasta el momento del juicio no habría tomado medidas para reparar el daño, lo que caracteriza la continuidad de la práctica de la infracción. Así pues, se observa que el delito de contaminación calificado en el examen es permanente, aunque por omisión de la parte solicitante, a la que se notificó con prontitud para reparar el daño causado.

4. Este Tribunal se ha posicionado por la imposibilidad de evaluar el curso de la prescripción del delito cometido en detrimento del medio ambiente, cuando se basa en la continuidad de las actividades ilícitas.

5. Esta posición ha ido cobrando fuerza y debe ser la pauta a seguir, teniendo en cuenta el bien jurídico-constitucional de alto valor al que se refiere la ley -el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado- que legitima la intervención del Estado en el control de las acciones que se practican contra él, y debe promoverse la aplicación efectiva de las normas penales.

7. Agravo regimental desechado.

14. ¿Prevé la legislación penal de su país que una víctima pueda exigir una reparación civil dentro del proceso penal, o debe ser un procedimiento separado?

Sí, Los procedimientos deben ser separados, ante diferentes instancias judiciales.

15. ¿Podría un tribunal penal ejercer jurisdicción sobre una persona jurídica de su país por actos delictivos cometidos en el extranjero?

No. Los casos de extraterritorialidad enumerados por el Código Penal, en su artículo 7, no plantean alguna posibilidad clara de que la justicia penal brasileña pueda ejercerse contra las empresas. No sólo falta una especificación clara, sino que el alcance muy limitado de la incidencia del derecho penal en las personas jurídicas, restringido a los delitos ambientales, dificulta la aparición de casos prácticos.

16. En caso de que su legislación prevea el principio de personalidad pasiva –es decir, que un extranjero pueda ser juzgado incluso por actos cometidos en el extranjero contra nacionales–, ¿podría esta ser aplicable a personas jurídicas por actos que puedan constituir delitos?

No, sin embargo el principio de la personalidad pasiva está previsto en el artículo 7 §3 del Código Penal. Dispone que el Brasil, en las condiciones enumeradas en el párrafo 2 de la misma disposición, podrá exigir responsabilidades penales a los extranjeros que cometan delitos contra nacionales en el extranjero. A pesar de la falta de disposición explícita al respecto, es posible mencionar que esta disposición podría aplicarse a las empresas, siempre y cuando la interpretación del §2.a del artículo 7, que enumera como condición para este ejercicio judicial el hecho de que el “agente entre en el territorio nacional”, pueda incluir el hecho de que la empresa tenga una sucursal en Brasil, como una condición para el ejercicio de la jurisdicción.

17. ¿Podría un tribunal de su país ejercer la jurisdicción universal contra una empresa? En caso afirmativo, señale las conductas delictivas sobre las que podría utilizarse.

Sí. Una posibilidad en la que los jueces pueden ejercer la jurisdicción universal son los casos de crímenes de lesa humanidad, por ejemplo, respecto de los delitos enumerados en el Estatuto de Roma. Sólo si es posible atribuir a una

persona jurídica la comisión de estos delitos se podría hablar del ejercicio de la jurisdicción universal.

IV. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Derecho ambiental

18. Señale las disposiciones normativas que regulan la responsabilidad por daño ambiental.

La disciplina jurídica de la responsabilidad civil, administrativa o penal es bastante difusa y la indicación de una disposición normativa no logra fundamentar la responsabilidad en el caso concreto, que siempre dependerá de la integración sistemática de distintos preceptos. Sin embargo, es posible afirmar que en términos de responsabilidad por daños ambientales la gran parte de las disposiciones que regulan la responsabilidad están en la Ley 9605/98¹⁸. Además, es importante hacer mención los artículos 225, párrafos 2º (actividades mineras) y 3º de la Constitución Federal (CF) de 1988 -que proporciona el sustento constitucional general a los dispositivos que atribuyen la responsabilidad por daños ambientales-; el artículo 7º, XXII de la CF (medio ambiente laboral); artículo 21, XXXIII, “d” de la CF (daños nucleares); arts. 14 y 15, con sus incisos e párrafos, la Ley 6938/81 (especialmente el párrafo 1º del artículo 14, relacionada a la responsabilidad civil) y por último, el artículo 2º, parágrafo 1º del “Código Forestal” (Ley 12.651/2012). Existen disposiciones similares en otras leyes, que se enfocan en aspectos del medio ambiente en las actividades que regulan, a saber: Ley 11.105/2005 (Ley de bioseguridad), Ley 12.305/2010 (Ley de Residuos Sólidos), Ley 7.092/83 (transporte por carretera); Ley 7.542/86 (seguridad de navegaciones); Ley 7.661/88 (recursos naturales y culturales en zonas costeras); Ley 7.802/89 (daños a la salud de personas y del medio ambiente); Ley 7.805/89 (actividades de minería); Ley 8.171/91 (responsabilidad civil en actividades agrícolas).

¹⁸ Brasil, Ley No. 9605 de 1998, (2018), Disposiciones sobre las sanciones penales y administrativas derivadas de conductas y actividades lesivas al medio ambiente y otras providencias, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>.

La Ley 6938/81, que establece la Política Nacional del Medio Ambiente, determina en su art. 3, IV, la responsabilidad objetiva de la persona física o jurídica considerada responsable, directa o indirectamente, de la actividad causante del deterioro del medio ambiente, estando obligada a restituir y/o indemnizar los daños causados. Las disposiciones anteriores se complementan con los elementos indicados en materia penal que fueron expuestos previamente.

19. ¿Exige la legislación ambiental de su país la realización de estudios de impacto ambiental o la aprobación de otros instrumentos de gestión ambiental? ¿A quién corresponde llevarlas a cabo?

Si, en la Ley 6.938/81 (Política Nacional del Medio Ambiente) está previsto como mecanismo de gestión ambiental la “Evaluación de Impactos Ambientales”, procedimiento que exige que las empresas que realizan diversas actividades que involucran al medio ambiente obtengan una licencia para operar. Una de esas exigencias es el “Estudio de Impacto Ambiental (EIA)” con su respectivo “Informe del Impacto Ambiental (RIMA, por sus siglas en portugués)”. De acuerdo con la Resolución del CONAMA n. 237 de 1997 (que es el órgano consultivo y deliberativo del Sistema Nacional del Medio Ambiente – SISNAMA), se establece la necesidad de contar con un EIA y un RIMA para los emprendimientos y actividades que puedan tener impactos ambientales. El órgano responsable para el estudio de impacto ambiental será distinto dependiendo de la localización y dimensión del emprendimiento, pudiendo recaer la competencia en los tres niveles de gobierno (federal, estatal o municipal). Por ejemplo, es de competencia de la Unión licenciar emprendimientos localizados en dos o más Estados. El Licenciamiento Ambiental será de competencia del IBAMA -*Instituto Brasileiro do Medio Ambiente e dos Recursos Naturales Renováveis*- siempre que la actividad tenga impacto de ámbito nacional o regional. La licencia ambiental será concedida después de considerar el examen técnico de los órganos estatales y municipales.

20. ¿Qué sanciones se pueden imponer por llevar a cabo actividades empresariales¹⁹ sin cumplir con la normatividad ambiental?

Pueden ser impuestas sanciones civiles, penales y administrativas. Entre las primeras, está la obligación de reparar el daño, independientemente de la culpa; las segundas incluyen multas, restricciones de derechos y privación de libertad. Las últimas comprenden multas, aprehensiones con destrucción o inutilización de productos, suspensión de ventas o fabricación de producto, embargos y suspensión de las actividades, y la prohibición de contratar con el Poder Público. La mayor parte de las sanciones aplicables están previstas en las Leyes n. 6.938/81 y 9.605/98. La Ley n. 9.605/98 establece que las personas jurídicas podrán ser responsables civil, penal y administrativamente por las conductas y actividades lesivas al medio ambiente y su responsabilidad no excluye la responsabilidad de las personas físicas, coautoras o partícipes del hecho. Además, la misma legislación prevé la posibilidad del levantamiento del velo corporativo, siempre que este constituya un obstáculo para garantizar la reparación del daño.

21. ¿Es posible exigir una reparación de naturaleza civil en el marco de un daño ambiental?

La responsabilidad civil en el marco de un daño ambiental está prevista en el artículo 225, párrafo 3 de la Constitución Federal de 1988 que dispone: 'las conductas y actividades consideradas nocivas para el medio ambiente someterán a los infractores, ya sean personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar el daño causado'.

La responsabilidad civil ambiental en Brasil es de modalidad objetiva, sin discusión de la existencia de culpa, a partir de dos criterios: la existencia del daño y el nexo de causalidad entre la actividad de la empresa y la ocurrencia del daño.

¹⁹ Por actividades empresariales nos referimos a proyectos de infraestructura o desarrollo, proyectos extractivos o de agroindustria, o a toda aquella actividad empresarial que pueda generar afectaciones a gran escala.

El artículo 14 de la Ley 6.938/81 hace la especificación de las sanciones que pueden ser aplicables y establece la necesidad de reparación e indemnización por los daños causados:

‘Artículo 14–Sin perjuicio de las sanciones previstas en la legislación federal, estadual y municipal, el incumplimiento de las medidas necesarias para preservar o corregir los inconvenientes y daños causados por la degradación de la calidad del medio ambiente someterá a los transgresores:

I–a una multa simple o diaria, en las cuantías correspondientes, como mínimo, a 10 (diez) y, como máximo, a 1.000 (mil) Bonos del Tesoro Nacional Reutilizables–ORTN, agravada en los casos de reincidencia específica, según lo previsto en el reglamento, quedando prohibida su recaudación por la Unión si ya fue aplicada por el Estado, el Distrito Federal, los Territorios o los Municipios.

II–la pérdida o restricción de los incentivos y beneficios fiscales concedidos por el Gobierno;

III–la pérdida o la suspensión de la participación en líneas de financiación en instituciones de crédito oficiales;

IV–la suspensión de su actividad.

§ Párrafo 1–Sin perjuicio de la aplicación de las sanciones previstas en este artículo, el contaminador está obligado, independientemente de la existencia de culpa, a indemnizar o reparar los daños causados al medio ambiente y a terceros, afectados por su actividad. El Ministerio Público de la Unión y los Estados estarán facultados para entablar acciones de responsabilidad civil y penal por los daños causados al medio ambiente.

§ Párrafo 2–En caso de omisión de la autoridad estatal o municipal, el secretario de Medio Ambiente se encargará de la aplicación de las sanciones pecuniarias previstas en el presente artículo²⁰.

²⁰ Brasil, Ley 6.938/81 (1981).

22. ¿Existen sanciones penales por daño ambiental?

El artículo 21 de la Ley 9.605/98 prevé para las personas jurídicas tres tipos de sanciones penales: multa, penas restrictivas de derechos y prestación de servicios a la comunidad. Las penas restrictivas de derechos pueden ser: la suspensión parcial o total de las actividades, cierre temporal de la empresa y el impedimento de contratar con el poder público. Los servicios a la comunidad podrán ser la financiación de programas y proyectos ambientales, obras para la recuperación de áreas con daños ambientales, cuidado de espacios públicos y contribuciones a las entidades ambientales o culturales públicas. La sentencia penal condenatoria deberá fijar el valor para la reparación de los daños.

23. ¿Señala explícitamente la legislación ambiental un vínculo con los derechos humanos?

No, no existe explícitamente un vínculo con los derechos humanos; a pesar de ello, es posible alegar una conexión ineludible del medio ambiente con el respeto de los derechos humanos en procedimientos judiciales.

24. ¿Existen en su país tribunales ambientales, o es el cuidado del medio ambiente una función de fiscalización?

No, en Brasil los temas ambientales en Brasil pueden ser analizados por vía administrativa o judicial, con una estricta separación de las dos esferas y *judicial review* de los actos administrativos. Aunque no exista un tribunal ambiental, algunos tribunales crean unidades judiciales especializadas en la materia en los distintos Estados de la federación (por ejemplo, existen circuitos en materia ambiental en los tribunales locales de Amazonas, Pará, Maranhão, Mato Grosso y Distrito Federal). Hay también juzgados especiales en la materia (para juicios de menor cuantía) en Cuiabá, Rondonópolis, Barra do Garça y Cáceres, en el estado de Mato Grosso; y nueve circuitos federales en la materia (Porto Alegre, Florianópolis, Curitiba, Manaus, Belém, Santarém, Marabá, São Luiz y Porto Velho).

25. En caso de que en su país existan tribunales ambientales, ¿han dictado sentencias donde se establezca un vínculo entre el daño medioambiental y violaciones a los derechos humanos?

La primera observación que hay que hacer es que el Supremo Tribunal Federal ya ha declarado que el derecho al medio ambiente es un derecho humano fundamental. Aunque el derecho al medio ambiente no está incluido en la Constitución brasileña en la lista de derechos fundamentales, sino en el art. 225, se considera como tal. En el juicio, de abril de 2020, el Tribunal va aún más lejos al declarar la imprescriptibilidad del derecho a la reparación de los daños al medio ambiente, afirmando que la protección constitucional de ciertos valores impone el reconocimiento de la imprescriptibilidad de las acciones para su protección²¹.

26. ¿Qué tipo de reparación se pueden ordenar por afectaciones al medio ambiente?

Desde el artículo 225 de la Constitución Federal existe una triple responsabilidad en materia ambiental: administrativa, penal y civil. Además, la lógica de las sentencias ha sido la recuperación de las afectaciones, dejando el medio ambiente más próximo de lo estado natural antes del daño. Así que las sanciones ambientales tienen la función de reconstrucción del equilibrio afectado.

La ley define cuáles son las conductas que pueden llevar a una condena criminal. La reparación de los daños al medio ambiente tiene como primer objetivo alcanzar la recomposición del patrimonio medioambiental dañado, lo que significa la restauración natural del bien dañado para detener la actividad dañina y restablecer la situación lo más cercanamente

posible al estado anterior al daño.²² Cuando se produzca una situación

²¹ Supremo Tribunal Federal, Sentencia 20/04/2020, (2020). Relator: Min Alexandre de Moraes.

²² Milare, 'Direito do Ambiente' en Revista do Tribunais [2013]. 328.

irreversible y no sea posible la reconstitución de los bienes dañados, se deberá solicitar una indemnización equivalente a los bienes medioambientales dañados.

Contratación pública

27. ¿Exige el marco jurídico de su país que se adopten medidas de debida diligencia en derechos humanos por las empresas en el contexto de concesiones, licitaciones o alguna otra forma de contratación pública?²³

No. Sin embargo, el Decreto No. 9751 de 2018 establece condiciones voluntarias aplicables a licitaciones y procedimientos de contratación pública, esto porque, el artículo 10 –mecanismos de denuncia que permitan la identificación de riesgos y mecanismos de reparación– establece expresamente el fomento de una cultura ética y respeto a las leyes, especialmente en lo que respecta a la transparencia en la contratación pública. Nuevamente en este caso, es importante señalar que el cumplimiento del Decreto mencionado por las empresas es de naturaleza voluntaria.

28. ¿Qué tipo de sanciones pueden imponerse cuando derivado de una contratación pública, la empresa contratista afecta los derechos humanos?

Teóricamente, mientras se encuentre previsto en las bases de la licitación y en el contrato, la afectación a derechos humanos podría llevar a la rescisión contractual y la imposición de multa, de advertencia, la suspensión por tiempo determinado del derecho de participar en las licitaciones públicas y, en los casos más graves, la declaración de falta de idoneidad para licitar o contratar con la Administración Pública, conforme a las disposiciones del artículo 87 de la Ley 8.666 de 1993. Sin embargo, como la ley de licitaciones no prevé penalidades por infracciones a derechos humanos, una resolución

²³ Esto se refiere tanto a la existencia previa de mecanismos de debida diligencia o equivalentes como requisito para participar en los procesos de contratación, como a la existencia de obligaciones de implementación de tales medidas durante la ejecución de los proyectos derivados de la contratación.

en tal sentido puede ser controvertida judicialmente con grandes posibilidades de éxito.

29. ¿Qué medidas de reparación se contemplan por el marco jurídico en casos de afectaciones a derechos humanos en el marco de la contratación pública?

No existen medidas de reparación contempladas en el marco específico de la contratación pública. Los caminos posibles serían las medidas judiciales de reparación por daños sociales o las acciones civiles disponibles, a saber, la acción civil pública o la acción popular. En caso de complicidad del administrador público, una acción de reparación civil en el marco de una acción de responsabilidad administrativa podría perseguir la reparación.

30. ¿Se han dictado sentencias en contra de empresas contratistas por afectaciones a los derechos humanos? En caso afirmativo, por favor proporcione mayor información.

No. Incluso, no existe todavía la exigencia de respeto a los derechos humanos en las bases de la contratación pública, a pesar de la disposición expresa del Decreto 9751 de 2018, que no es vinculante para las empresas, incluyendo para las empresas públicas.

Empresas públicas

31. ¿Contempla el marco jurídico que regula a las empresas públicas obligaciones en materia de derechos humanos?

En Brasil, las empresas públicas, sociedades de economía mixta y sus subsidiarias están reglamentadas en la Ley 13.303 de 2016. Dicha legislación no dispone de manera expresa las obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, esta establece reglas claras sobre la gobernanza corporativa, las prácticas de gestión de riesgos y mecanismos de transparencia. El artículo 27 de la Ley 13.303 prevé solamente la adopción de prácticas de

sostenibilidad ambiental y responsabilidad social corporativa compatibles con el mercado donde actúan.

32. ¿Cuál es la vía jurídica por la que una empresa pública puede ser demandada por afectaciones a derechos humanos?

Todas las acciones de reparación civil pueden ser utilizadas contra una empresa pública.

33. ¿Existen sentencias que hayan sido dictadas en su país por violaciones a derechos humanos cometidas por empresas públicas?

No.

V. MECANISMOS DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

34. ¿Pueden los mecanismos de protección constitucional de su país ser utilizados contra omisiones del Estado que deriven en una violación a derechos humanos cometida por una empresa?

34.1. En caso afirmativo, ¿cuáles son las sentencias más relevantes?

Los recursos constitucionales del país que pueden ser interpuestos contra entes no estatales son el habeas data, para asegurar el conocimiento o para solicitar la rectificación de la información relativa al autor, contenida en los registros o bases de datos de las entidades gubernamentales o públicas; el *mandado de segurança*, para proteger un derecho líquido y cierto, no protegido por el hábeas corpus o el hábeas data, cuando el responsable de la ilegalidad o del abuso de poder es una autoridad pública o un agente de una persona jurídica en el ejercicio de las facultades del Poder Público; y la acción popular, cuando se pretende la anulación de un acto perjudicial para el patrimonio público o para una entidad en la que participe el Estado, para la moral administrativa, para el medio ambiente y para el patrimonio histórico y cultural.

Es difícil prever la posibilidad de aplicar todos estos mecanismos en el caso indicado en la pregunta. Por ejemplo, debe entenderse que el hábeas corpus cabe en caso de ilegalidad o abuso de poder. Estos conceptos son bastante restringidos y no es evidente que la conducta de una empresa pueda conducir a una condena del Estado en este caso, por lo que el Estado tendría que violar el derecho humano por medio de la ilegalidad o el abuso de poder cometido por su agente. Los datos de hábeas data, a su vez, pueden utilizarse directamente frente a personas jurídicas. El mandato judicial sólo se admite cuando la autoridad estatal está involucrada.

En los casos en que se requiera que el Estado actúe, podría surgir la posibilidad de utilizar estos mecanismos en la línea establecida en la pregunta, siempre que la motivación del Estado esté estrechamente relacionada con el interés de la empresa. Sin embargo, esto nunca será la base de la solicitud.

35. ¿Pueden los mecanismos de protección constitucional de su país ser utilizados directamente contra una empresa, por actos que constituyan violaciones de derechos humanos? ¿Incluye lo anterior a empresas públicas?

35.1. En caso afirmativo, ¿cuáles son las sentencias más relevantes?

35.2 En caso negativo, ¿se pueden utilizar teorías como la del “Drittwirkung der Grundrechte” (eficacia horizontal de los derechos humanos)?

Como se explicó en la respuesta anterior esta posibilidad no es muy sencilla de llevar a cabo, o al menos debe evaluarse para cada uno de los instrumentos. En relación con las empresas públicas y las sociedades de economía mixta, por ejemplo, en los casos de actos empresariales que perjudican los derechos humanos, es posible recurrir a la acción popular, recurso que tiene por objeto proteger el patrimonio público de un acto perjudicial. Ello incluye, por ejemplo, actos que violan el derecho a un medio ambiente sano. La ley que regula la acción popular, n° 4.717/65, establece en su artículo primero que este recurso es exigible incluso contra las empresas públicas y las empresas de economía mixta.

La posibilidad de aplicar la teoría del drittwirkung sigue sin explorarse en la jurisprudencia nacional. Hay un caso decidido por el Tribunal Supremo que no se refiere a la cuestión de las empresas y los derechos humanos, sino a la relación entre una asociación y su miembro y los derechos procesales constitucionales que pueden reclamarse ante la asociación.

CHILE

Comentario preliminar sobre las particularidades del ordenamiento jurídico doméstico

Este estudio sobre reparaciones entiende la violación de derechos humanos como: (i) un hecho antijurídico vinculado estrechamente a una ausencia o falla regulatoria del Estado; y/o (ii) una infracción a la normativa interna por parte de una empresa que queda impune. La presente revisión no abarca las lagunas o brechas regulatorias, sino que se enfoca en la calidad de los mecanismos que permiten a las presuntas víctimas de tales violaciones denunciarlas, independientemente de si provienen de actores públicos o privados, y obtener justicia y reparación de conformidad con lo exigido por los tratados internacionales de derechos humanos que Chile ha ratificado.

En este sentido, es importante realizar algunas precisiones. En *primer lugar*, al momento de evaluar los mecanismos de reparación por violaciones a derechos humanos relacionadas con empresas en Chile, se debe considerar que existe un problema estructural radicado en el reconocimiento constitucional de las garantías fundamentales. El Estudio de Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos en Chile constató que:

“Del catastro de derechos fundamentales [reconocidos en la Constitución Política de la República de Chile], son muy pocos los numerales que vienen a resguardar los derechos de los más desventajados de la sociedad frente al impacto y riesgo que puedan generar las empresas, especialmente, no hay acceso a la justicia eficaz en temas de DESC, por falta de reconocimiento de estos derechos, fundamentalmente, el derecho al agua, a la vivienda adecuada, a la educación. En segundo término, del lenguaje constitucional del Capítulo III de la Constitución, se infiere que

lo que el constituyente se esmeró en resguardar fueron, más bien, las prerrogativas y derechos de los privados, entre ellos, las empresas, antes que los deberes de éstas en materia de derechos humanos. Por tanto, nuestra Constitución presenta brechas evidentes en orden a resguardar derechos humanos ante los particulares.”¹

En *segundo lugar*, a pesar de que la Constitución Política de la República incorpora al ordenamiento jurídico doméstico los derechos humanos contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile, los tribunales de justicia y el Tribunal Constitucional en un considerable número de casos no toman en cuenta estos derechos, o definen su alcance y contenido de forma diferente de lo que lo hacen los órganos internacionales. En este sentido, se ha constatado que

“[e]l Tribunal Constitucional decidió y luego confirmó los tratados internacionales de derechos humanos se incorporan con una jerarquía que los sitúa por encima de las leyes ordinarias, pero por debajo de la Constitución. Esta posición, sin embargo, sigue siendo controvertida en la doctrina y el congreso, incluso en algunos tribunales de jurisdicción ordinaria. Sólo algunos de los jueces del Tribunal Constitucional (posición minoritaria) reconocen el valor legal doméstico de las recomendaciones y comentarios generales, y decisiones de los órganos de tratados de la ONU y de la Corte IDH, respectivamente. La Corte Suprema está más preparada para incorporar el derecho internacional de los derechos humanos en parte de su jurisprudencia”.²

En *tercer lugar*, el catálogo de garantías fundamentales se encuentra fuertemente orientado a regular el denominado Orden Público Económico³. Esta

¹ Véase, por ejemplo, Schönsteiner, *Estudio Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos en Chile* (2016), <<https://derechoshumanos.udp.cl>>, 16.

² Schönsteiner, J., Contardo, J., ‘Chile’ en *Private International Law for Corporate Social Responsibility*, (2020), 225-256; 253.

³ “(...) [E]n relación a su contenido en materia económica, la Constitución de 1980 ha generado la frecuente discusión en la tradición jurídica acerca de su estructura y objetivos. Las posturas se definen entre decidir si las cartas fundamentales son textos polarizados y consagran opciones claras en materia de derechos; o, por el contrario, si éstas son cuerpos amplios y ajustables a las necesidades de cada tiempo. En este sentido se ha señalado que el Estado de Derecho exige la inexistencia de contenidos ideológicos en las reglas constitucionales. (...) [Sin embargo] la doctrina mayoritaria reconoce una

institución contiene el principio de subsidiariedad según la jurisprudencia y doctrina mayoritaria; y, además, el derecho de propiedad ampliamente detallado, con una definición e interpretación amplia y varios mecanismos para invocarlo. Esto genera un desbalance frente a derechos humanos que no encuentran un reconocimiento explícito en la Constitución Política de la República en forma de garantía fundamental e incluso respecto de garantías fundamentales que se encuentran menos desarrolladas en el texto.⁴

Dadas las precisiones descritas, si bien el ordenamiento jurídico puede dar una apariencia de solidez en cuanto a los mecanismos que existen para acceder a la justicia, en la práctica puede ser un desafío asegurar la plena vigencia de los derechos humanos. Como ocurre en cualquier estructura normativa piramidal, la Constitución influye directamente sobre el resto las leyes, decretos y reglamentos, y por ende en los procesos de hacer cumplir la ley o *enforcement*.

En este sentido, diferentes autores han señalado fallas estructurales en las labores de fiscalización del Estado hacia las empresas.⁵ Podríamos en este sentido estar en presencia de un fenómeno de captura del Estado, evidenciado, por ejemplo, por la aplicación de franquicias tributarias improcedentes a empresas,⁶ y la aplicación “diferenciada” del Estado de Derecho que trata

inspiración económica liberal, cuyas características principales son: la liberalización, la privatización y la desregulación. Para este sector de la academia, todos estos conceptos se han materializados en el conjunto de normas que han denominado Orden Público Económico (...).” Parra, A, *La propiedad y la administración de la Corporación Nacional del Cobre de Chile en razón de las innovaciones introducidas desde la vigencia de la Ley número 20.392 de 2009* (2017) 29 y 30..

⁴ Véase, por ejemplo, Guillof, M & Salgado, C, ‘Derecho de Propiedad’, en: *Curso de Derechos Fundamentales, Tirant lo Blanch* (2020) 636.

⁵ Véase Pardow, D., “¿Control o autonomía? El debate sobre agencias regulatorias independientes” [2018], *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol XXXI – N° 2 – Diciembre 2018, 193-209; Collado, R / Leyton, P, De garrotes y zanahorias: Derecho penal ambiental y compliance, *Revista de Derecho Ambiental* N° 13 (2020) 111-143; Soto, P, Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental, *Revista Ius et Praxis* Año 22 N° 2 (2016), pp. 189-226; Estudio Línea Base 2016, op cit.

⁶ En este sentido, por ejemplo, el Servicio de Impuestos Internos rebajó impuestos a una empresa en virtud de gastos por \$1.400 millones relacionados a honorarios de asesorías jurídicas. Dichas asesorías legales fueron contratadas para precisamente defender a los dueños de la empresa en cuestión de defraudación al fisco. Véase: CIPER, “Juicio por

a los delitos de “cuello y corbata” de menor gravedad.⁷ Durante las primeras semanas del estallido social de 2019, la Fiscalía llegó a acuerdos extrajudiciales en varios casos de corrupción y colusión, rebajando las multas en algunos casos a un valor menor que el obtenido a través del delito.⁸

Por último, es importante destacar que, si bien Chile publicó en agosto de 2017 el Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas, dicha política pública no fue formalizada en un instrumento jurídico, razón por la cual ninguna de las medidas allí enumeradas puede servir de base para la obtención de reparación a menos que ésta se implemente a través de un instrumento que permita su judicialización en tribunales o por vía administrativa. Además, con relación a las medidas vinculadas al acceso a la reparación a través del sistema de justicia, el Plan de Acción sólo contempla: (i) un análisis de tendencias jurisprudenciales por parte de la División de Estudios de la Corte Suprema y (ii) capacitaciones por parte del Ministerio del Medio Ambiente a los Tribunales Ambientales sobre materias atinentes.⁹ El Segundo Plan de Acción se encuentra en fase de elaboración.

En el proceso de elaboración de la Nueva Constitución, que será en una Convención Constituyente a partir de junio de 2021, la consagración explícita del derecho de acceso a la justicia y las correspondientes garantías, por ejemplo,

delito tributario y platas políticas: SII beneficia a Penta con rebaja de impuestos por su millonario gasto en abogados”, 27 de octubre de 2020. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2020/10/27/juicio-por-delito-tributario-y-platas-politicas-sii-beneficia-a-penta-con-rebaja-de-impuestos-por-su-millonario-gasto-en-abogados/>.

⁷ Véase diferencia entre delitos de hurto vs delitos de corbata, véase por ejemplo, Mera, A., Política Criminal y Derechos Humanos, en: Coddou, A, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012*, Ediciones UDP 2012, 195-2018. No hubo reformas significativas en esta materia, ya que el proyecto de un nuevo Código penal que introdujera una mayor proporcionalidad en la definición de las penas no prosperó.

⁸ Véase en este sentido: Colusión Caso Pollos (Causa n° 27181/2014 (Otros). Resolución n° 180315 de Corte Suprema, Sala Tercera (Constitucional) de 29 de Octubre de 2015) / Caso Colusión Farmacias (Causa n° 2578/2012 (Otros). Resolución n° 74239 de Corte Suprema, Sala Tercera (Constitucional) de 7 de Septiembre de 2012) / Caso Colusión Papel Tissue (Sentencia N° 160/2017 de Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

⁹ Véase para un análisis crítico, Aylwin, J. / Didier, M. / Guerra, F, Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas: análisis crítico desde la sociedad civil, Observatorio Ciudadano 2019. Schönsteiner, J, O Plano Nacional de Ação sobre Direitos Humanos e Empresas do Chile: um balanço sobre o seu impacto discursivo e real, en: *Revista de Direito Internacional / Brazilian Journal of International Law*, Vol 16 N° 3, (2019) 94-111.

de ayuda legal gratuita en casos de desigualdad de armas –también en casos económicos, ya sean en el foro administrativo o civil– podrían mejorar las reparaciones en materia de empresas y derechos humanos. Sin embargo, si no se proveen los respectivos presupuestos, o el apoyo a litigantes de la sociedad civil que representan víctimas de violaciones de derechos humanos por parte de las empresas, una garantía constitucional podría ser ilusoria.

OBSERVACIONES GENERALES SOBRE LA EFICACIA DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Junto con los desafíos que presenta el ordenamiento jurídico doméstico, existen una serie de barreras de acceso a la justicia que se manifiestan con ciertas particularidades en casos de empresas y derechos humanos.

En primer lugar, existe un problema determinado por la falta de asistencia jurídica gratuita en el país. El estado provee de asistencia jurídica a través de la Corporación de Asistencia Judicial. Sin embargo, los criterios de representación se rigen por parámetros estrictos vinculados principalmente a factores económicos y materias del pleito. De acuerdo con ello, es difícil para las víctimas de casos de empresas y derechos humanos cumplir los requisitos para ser beneficiarios de este mecanismo. Otra vía para obtener asesoría letrada es el trabajo *pro bono* que realizan ciertos estudios jurídicos. Esta tampoco es una alternativa viable en este tipo de casos, dado los conflictos de interés que tendrían los y las abogadas por la potencial pérdida de clientes societarios de relevancia para la sostenibilidad económica de sus oficinas.¹⁰ Dado lo expuesto, se ha reconocido que empíricamente, son las clínicas jurídicas de algunas universidades y las ONGs que llevan casos ambientales.¹¹ Sin embargo, este mecanismo no es suficiente en virtud de todos los conflictos que hoy en día existe.

En segundo lugar, el sistema de justicia está atochado y no es capaz de dar siempre una respuesta oportuna para este tipo de casos. Por ejemplo,

¹⁰ Estudio Línea Base 2016, y Dirección de Estudios Corte Suprema. “Respuesta a Cuestionario Empresas y derechos humanos: Acceso a mecanismos de reparación”. (2020), 19 ss.

¹¹ Espacio Público, 55, <https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2017/12/2017_12_21-IPP-Acceso-a-la-justicia-ambiental-digital-final-PDF.pdf>.

el sistema de justicia civil está copado con juicios ejecutivos de cobranza principalmente, del *retail* contra clientes deudores.¹² Esto significa que los casos más complejos como los referidos en este estudio, no cuentan con el tiempo suficiente de los tribunales para ser analizados (en la jurisdicción correspondiente a Santiago, por ejemplo, solo un 8% de los casos son de materias diferentes a las cobranzas o sus gestiones preparatorias)¹³.

En tercer lugar, existe un bajo nivel de desarrollo de remedios judiciales diferentes a la indemnización de perjuicios. Las reparaciones que se pueden obtener son principalmente la compensación económica, y solo en pocos casos se puede obtener la restitución (por ejemplo, en caso de daño ambiental).

I. DEBIDA DILIGENCIA EN DERECHOS HUMANOS

1. ¿Existe en el marco jurídico de su país alguna norma que establezca explícitamente una obligación empresarial de respetar los derechos humanos?

No, no existe. En el marco jurídico vigente en Chile, no existe ninguna norma explícita que contenga esta obligación como una genérica.

Dicho esto, los derechos constitucionales en Chile tienen efecto horizontal (*Drittwirkung*), y, por ende, se puede interponer una acción constitucional (*i.e.*, acción de protección) contra las empresas por la violación de derechos fundamentales. Por ejemplo, la Confederación Nacional de Federaciones de Pescadores Artesanales de Chile presentó esta acción contra el proyecto Bocamina II, por no haber realizado una evaluación de impacto ambiental con relación a modificaciones realizadas en el mismo (*i.e.*, Optimización de la Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad). Ante ello, la Corte Suprema en un fallo unánime ROL 3141-2012 acogió la acción y ordenó la realización de la evaluación de impacto¹⁴.

¹² Lillo, R (2020). La justicia civil en crisis. Estudio empírico en la ciudad de Santiago para aportar a una reforma judicial orientada hacia el acceso a la justicia (formal). *Revista Chilena De Derecho*, 47(1), 119-157.

¹³ *Ibíd.* 125.

¹⁴ Confederación Nacional de Federaciones de Pescadores Artesanales de Chile, <<http://www.confepach.cl/corte-suprema-ordena-que-bocamina-ii-se-someta-a-eia-articulo-noticias-1339975452-termoelectricas.html>>.

1.1. En caso afirmativo, ¿pertenece dicha norma al derecho mercantil o societario?

Las normas que existen pertenecen al derecho laboral y constitucional solamente.

1.2 En caso negativo, ¿han existido debates parlamentarios respecto a la adopción de legislación en ese sentido, u otras iniciativas?

No se han presentado debates parlamentarios o iniciativas de ley del ejecutivo con relación a la adopción de normas en el derecho societario o mercantil.

2. ¿Establece el marco jurídico de su país la obligación de las empresas de contar con mecanismos o procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos?

No, en el marco jurídico de Chile no se establece la obligación de las empresas de contar con mecanismos o procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos.

2.1. En caso afirmativo, señale la norma correspondiente.

No aplica.

2.2. En caso negativo, ¿existen obligaciones respecto de algunos elementos de la debida diligencia, como presentación de información extra-financiera, supervisión de las cadenas de suministro, etc.?

Información no-financiera

La Comisión para el Mercado Financiero, que es la agencia supervisora del mercado de valores, dictó en 2015 la Norma de Carácter General No. 385 que establece normas para la difusión de información respecto de las prácticas de gobierno corporativo adoptados por las sociedades anónimas abiertas.

La finalidad de esta norma es poner a disposición del mercado en general, y de los inversionistas en particular, información sobre prácticas de gobierno corporativo, responsabilidad social y desarrollo sostenible. La Norma señala que “[s]e entenderá que la sociedad adopta una práctica determinada, cuando

ella cuenta con las políticas aprobadas, y los procedimientos, mecanismos y sistemas completamente implementados y en funcionamiento (...).”

La norma pregunta expresamente si “[p]ara efectos de la definición de las políticas, indicadores y formato de reporte (...) se han seguido estándares internacionales (...) [tales como] ISO 26000:2010, o los Principios y Estándares de Reportes y Difusión de la “*Global Reporting Initiative*” o del “*International Integrated Reporting Council*”.¹⁵ Actualmente, esta norma está en proceso de ser actualizada por la Comisión para el Mercado Financiero.

Además, las empresas de propiedad del Estado deben cumplir parte de la Ley de Transparencia (transparencia activa). Sin embargo, no hay definición de materialidad¹⁶ que abarque los derechos humanos. Hay jurisprudencia incipiente que aplica también la transparencia pasiva (a partir de una solicitud de acceso a la información pública) a las empresas de propiedad del Estado. Finalmente, las empresas de propiedad del Estado también se ven obligadas de reportar a la Contraloría General de la República, en virtud del derecho administrativo.¹⁷

En 2015 se dictó, además, la Norma de Carácter General N° 386, sobre presencia de mujeres en las empresas, incluidos los directorios. Las empresas que reportan deben informar además sobre potenciales brechas salariales por género.

En esta misma línea, la Superintendencia de Pensiones (i.e., autoridad reguladora de las administradoras de fondos de pensiones y de cesantía) dictó en 2020 la Norma de Carácter General No. 276, para que sus entes regulados

¹⁵ Para un estudio sobre la implementación de la Norma, ver: Godoy, M. `Análisis del Primer Intento de Imponer Autorregulación sobre Gobierno Corporativo en Chile: Resultados de un Oxímoron [2010] en: *Revista Chilena De Derecho*, 45(1), 179.

¹⁶ El concepto de materialidad hace referencia al valor de la inversión, en términos de retorno, lucro, costos de capital y riesgo. En este sentido, todavía existen discusiones -aunque cada vez menos- que desconocen los riesgos de derechos humanos como riesgos materiales para una compañía. Para un estado actual de la discusión, véase: Bauer, J `Making Rights Material` (2021) en: *Rights Colab* < <https://rightscolab.org/making-rights-material/> >

¹⁷ Véase, por ejemplo, Contreras, M / Schönsteiner, J, `Derecho al agua, emergencias y responsabilidades del Estado y de las empresas sanitarias`, en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile* (2017) 99-162.

incorporen factores de cambio climático y ESG en políticas y procesos de inversión, y al momento de evaluar y gestionar riesgos.

Cadenas de suministro

No existe una obligación de brindar información sobre este aspecto. El servicio nacional de contratación pública, Chilecompra, establece ciertas prohibiciones de contratación con empresas sancionadas por cuestiones relacionadas a derechos laborales (ver acápite sobre contratación pública). Sin embargo, solo se controla a la empresa que presta el servicio y no a su cadena de valor.¹⁸ Además, actualmente existe una controversia pendiente de resolución judicial acerca de si todas las empresas de propiedad del Estado están sujetas a las reglas de contratación del mercado público.¹⁹

3. ¿Existen referencias a la noción de debida diligencia en derechos humanos conforme a los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos en las decisiones judiciales? En caso afirmativo, señale en cuáles, incluyendo la referencia correspondiente

No, no existen referencias a la noción de debida diligencia en derechos humanos conforme a los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos en las decisiones judiciales.

4. ¿Cómo se ha abordado el “levantamiento” del velo corporativo en las decisiones judiciales de su país? ¿En qué casos es posible llevarlo a cabo?

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido, a partir del caso Rol N° 1527-2008²⁰ y hasta 2017, la teoría del levantamiento del velo corporativo

¹⁸ Estudio Línea Base (2016), 121.

¹⁹ Este es el caso del juicio entre la Corporación Nacional del Cobre (“Codelco”) contra la Contraloría General de la República. El juicio se encuentra actualmente pendiente de casación y apelación en la Corte de Apelaciones de Santiago. El fallo de primera instancia resolvió que Codelco sí debe sujetarse a las reglas de la contratación pública. Ver autos Rol C-19.357-2017 sustanciado ante el 25 Juzgado Civil de Santiago.

²⁰ Corte Suprema, Rol N° 1527-2008. *Ultramar Agencia Marítima Ltda con AGF Allianz Compañía de Seguros Generales S.A* (2 de junio de 2009).

dos condiciones específicas: “(i) la identidad personal o patrimonial entre una sociedad y uno o más de sus socios, administradores o sociedades relacionadas; y segundo, (ii) la instrumentalización abusiva de una sociedad o persona jurídica para la consecución de un fraude a la ley o a los derechos de terceros”. El argumento se usó siempre como argumento a mayor abundamiento (*obiter dictum* o razonamiento secundario).²¹

Solo a partir del fallo Rol N° 18.236-2017,²² la Corte Suprema ha aplicado la teoría como raciocinio,²³ aunque siempre de manera excepcional, en casos en que existe “unidad patrimonial” y una instrumentalización de una persona jurídica de la unidad por otra que pertenece a la misma y es contraria a la buena fe.²⁴ Desde entonces, la Corte Suprema también aclaró que no es necesario entablar un procedimiento adicional para alegar el levantamiento del velo corporativo; se puede hacer en la acción principal que busca, por ejemplo, la compensación.²⁵

II. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

5. Señale las disposiciones normativas que establecen la responsabilidad civil por actos ilícitos (responsabilidad civil extracontractual).

La responsabilidad extracontractual se encuentra regulada en el artículo 2314 y siguientes del Código Civil. Además, el ordenamiento jurídico chileno reconoce algunas hipótesis de responsabilidad estricta (en las cuales no es necesario acreditar culpa ni dolo) en virtud del riesgo implícito que generan ciertas actividades. Los casos de responsabilidad estricta son: (i) el derrame

²¹ Carmona Fontaine, León, ‘La Doctrina del Levantamiento del Velo en el Derecho Privado Chileno. Comentario a Sentencia de la Corte Suprema de 16 de octubre de 2017’, *Revista de Derecho (Norte)* (2018), 281-293; 286.

²² Corte Suprema, *Neuroimagen S.A. con Megasalud S.A.* Rol N° 18.236-2017 (2017).

²³ Carmona Fontaine, León, ‘La Doctrina del Levantamiento del Velo en el Derecho Privado Chileno. Comentario a Sentencia de la Corte Suprema de 16 de octubre de 2017’, *Revista de Derecho (Norte)* (2018), 281-293; 286.

²⁴ *ibíd.*, 283.

²⁵ *ibíd.*, 291.

de hidrocarburos y otras sustancias nocivas al mar²⁶; (ii) la utilización de plaguicidas; (iii) la tenencia de animales fieros (art. 2327 Código Civil) y el daño causado por una cosa que se cae o arroja de un edificio (art. 2328 del Código Civil); y (iv) la infracción a ciertos instrumentos regulatorios medioambientales²⁷.

6. ¿Se ha abordado o desarrollado en la jurisprudencia de su país la noción de responsabilidad civil extracontractual?

Sí, para establecerla, primero, se requiere de una conducta, que puede ser una acción u omisión, atribuible a una persona natural o jurídica que haya actuado voluntariamente²⁸. Segundo, dicha conducta -por regla general- debe ser culposa o dolosa (la excepción son las hipótesis de responsabilidad estricta). Tercero, debe haber generado un daño a una persona o su patrimonio. Las categorías de daño que reconoce el ordenamiento jurídico chileno son el daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) y daño extra-patrimonial o moral. Estos daños deben generar perjuicios directamente a las personas o a sus bienes. En cuarto y último lugar, quien demanda debe acreditar la existencia de un nexo causal entre los tres elementos anteriores.

6.1. *En caso afirmativo, ¿se ha utilizado este mecanismo para abordar cuestiones de derechos humanos?*

Hasta ahora, los casos por violaciones de derechos humanos que han sido de conocimiento de los tribunales de justicia se relacionan principalmente a los crímenes de lesa humanidad cometidos en dictadura. En ese sentido, las demandas por indemnización de perjuicio se han presentado en ámbito de la responsabilidad del Estado, que utiliza supletoriamente las normas

²⁶ Véase Decreto Ley No 2.222 de 1978 que sustituye la Ley de Navegación, párr 2.

²⁷ La Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente establece en su artículo 52 que “se presume legalmente la responsabilidad del autor de daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias”.

²⁸ Los vicios del consentimiento que reconoce el ordenamiento jurídico chileno son el error, la fuerza y el dolo.

de la responsabilidad civil extracontractual, pues ambos estatutos de responsabilidad han sido entendidos como equiparables²⁹.

Sin embargo, se ha constatado que “[e]l Estado de Chile no ha sido proactivo en investigar los vínculos de empresas privadas a las violaciones graves de derechos humanos durante la dictadura militar”³⁰.

También han existido casos de indemnización por violencia policial³¹ y mala infraestructura en materia de vivienda³², negligencia médica en recintos públicos³³ en donde se sigue la misma lógica recién explicada.

En un estudio realizado por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema, se mencionan solo tres casos de responsabilidad civil extracontractual de personas jurídicas relacionados directamente con derechos fundamentales, todos ellos sobre el derecho a la honra.³⁴

6.1.1. En caso afirmativo, ¿existen casos que aborden específicamente la responsabilidad empresarial por afectaciones a derechos humanos? De ser así, ¿Se usó el mecanismo de control de constitucionalidad o convencionalidad?

Es aplicable el control de constitucionalidad previa a las leyes, y existe un mecanismo de inaplicabilidad de normas en caso de que su aplicación generaría situaciones inconstitucionales. Si hubiera tres inaplicabilidades sobre una misma norma, se puede ejercer un control de constitucionalidad a iniciativa de un(a) juez(a) ordinario/a, a decidirse por el Tribunal Constitucional.

²⁹ Barros, E *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (2007) 501 y ss.

³⁰ Estudio Línea Base (2016), 158 y 159. Véase también Collins, C, ‘Memoria en tiempos de cólera: Verdad, justicia, reparaciones y 23 garantías de no repetición por los crímenes de la dictadura chilena’, en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile* (2019), 101 y ss.

³¹ Véase, por ejemplo, Corte Suprema, Sala Tercera, Causa N° 27973/2016, Resolución n° 701760 (2016).

³² Véase, por ejemplo, Corte Suprema, Sala Tercera Causa N° 2024/2014, Resolución n° 29298 (2015).

³³ Véase, por ejemplo, Corte Suprema, Sala Tercera Causa N° 11523-2019, Casación Fondo, Corte Suprema (2020).

³⁴ Corte Suprema. Sentencia de 12 de junio de 2017, Rol N°65.403-2016 (2016); Corte Suprema. Rol N°22.835-2014. Sentencia de 19 de agosto de 2015 (2015); Corte Suprema. Rol N°26.515-2014. Sentencia de 23 de junio de 2015.

El control de convencionalidad no ha sido utilizado de manera sistemática o frecuente en Chile. A partir de un estudio de jurisprudencia, Henríquez señala que los tribunales, especialmente, la Corte Suprema, aplican un control de convencionalidad débil, limitado a casos cuando procede el control de constitucionalidad y a la interpretación de la Constitución a la luz del derecho internacional, siempre que éste último no estuviera en contradicción con la Constitución.³⁵

Adicionalmente, la Dirección de Estudios de la Corte Suprema identificó “(...) tres sentencias en las que esta [Primera] Sala se refirió expresamente a la afectación de derechos fundamentales al declarar la responsabilidad extracontractual de una empresa.”³⁶ Dos de éstas se encuentran relacionadas con el derecho a la honra y empresas cuya operación son los medios de comunicación. La tercera sentencia también se vincula al derecho a la honra y la propia imagen, pero en el contexto de empresa bancaria.

6.1.2. En caso negativo, ¿sería factible que los tribunales conocieran casos de responsabilidad civil extracontractual por violaciones a derechos humanos relacionadas con empresas?

No aplica.

7. ¿Existe o podría existir un vínculo entre la responsabilidad civil extracontractual y la debida diligencia en derechos humanos?

Sí, se pueden construir argumentos jurídicos basados en doctrinas que se han ido desarrollando jurisprudencialmente, pero que dado que no se encuentran reconocidas normativa o jurisprudencialmente aún son frágiles. El sistema jurídico chileno es en extremo legalista y formalista, por lo que es poco probable que una referencia a la debida diligencia en derechos humanos –si existiera– forme parte del raciocinio de una decisión, a menos que fuera mencionado en un contrato entre las partes de la contienda.

³⁵ Henríquez, M & Núñez, J I. ‘Control de Convencionalidad en Chile. Un Soliloquio en “el laberinto de la Soledad’ Henríquez, M & Morales, M (eds), El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs Chile (DER Ediciones 2017) 375.

³⁶ Dirección de Estudios Corte Suprema (2020).

En *primer lugar*, se podría construir el deber de cuidado de los directores y gerentes de empresas en Chile en relación con su deber de respetar los derechos humanos. De conformidad con el artículo 42 número 7 de la Ley de Sociedad Anónimas los directores no pueden realizar actos ilegales. En este sentido, se debería reforzar la idea que actualmente el mecanismo más idóneo para eximirse de una eventual responsabilidad por impactos negativos es la debida diligencia reconocida en los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos. Esto permitiría dotar de contenido una defensa frente a la construcción jurisprudencial de la regla del juicio de negocio para directores en Chile. Sin embargo, esto es complejo pues es un estándar extra normativo y no vinculante. Asimismo, como se dijo al comienzo de este documento, la política pública de empresas y derechos humanos en Chile no fue promulgada mediante un instrumento jurídico por lo que hace más débil el valor que el Estado le brinda a instrumentos como los Principios Rectores.

En *segundo lugar*, se podría elaborar un estándar de responsabilidad basada en la doctrina de los actos propios. Por ejemplo, si una empresa anunciara al mercado que entre sus fortalezas se encuentra el respeto a los derechos humanos, es posible sostener que un inversionista podría demandar en caso de algún hecho que genere una violación de derechos humanos.

Finalmente, en *tercer lugar*, existen decisiones del Servicio Nacional del Consumidor, SERNAC, (*i.e.*, ente administrativo encargado de proteger los derechos de los/las consumidores) que han reconocido responsabilidad por publicidad engañosa en materia ambiental, con base en el Art. 28f de la Ley del Consumidor. En estos casos podría abordarse el concepto de la debida diligencia en materia de derechos humanos, pero aún no existe antecedente alguno al respecto.³⁷

³⁷ Fernández, F & Schönsteiner, J, Comentario al Art 28f de la Ley del Consumidor, a publicarse 2021.

8. ¿Prevé la legislación civil de su país la responsabilidad vicaria, es decir, la responsabilidad por actos de un tercero subordinado?

Sí. Con relación a la culpa, el ordenamiento jurídico presume la culpa de los altos ejecutivos o de la persona jurídica por los hechos de sus dependientes (Artículo 2320 IV³⁸ y 2322³⁹ Código Civil)⁴⁰.

9. ¿Prevé la legislación sustantiva y procesal de su país la posibilidad de atraer a su jurisdicción civil a una empresa matriz extranjera por daños ocasionados por su subsidiaria?

Sí, en las hipótesis del levantamiento del velo, con la fragilidad que tiene al ser una doctrina no incorporada en la legislación. En este sentido, se ha dicho que

“[s]egún la ley chilena, los tribunales están obligados a aplicar la ley nacional, incluso si los hechos han ocurrido en el extranjero. Por ejemplo, en el caso *Catrilef v. Fishing Cisne SA*, el tribunal aplicó la doctrina de levantar el velo corporativo para determinar la responsabilidad civil en relación con una empresa con respecto a los actos cometidos por otra empresa del mismo holding que ocurrió en Australia. En este sentido, se puede argumentar que sería perfectamente posible en Chile perseguir

³⁸ Hace responsable de todo hecho mientras el dependiente esté bajo su cuidado, aunque haya un abuso sobre las mismas. La excusa de responsabilidad es más general, con alusión al deber de cuidado y la posibilidad de impedir el hecho.

³⁹ 2322: solo hace responsable al tiempo en que el dependiente se encuentra en ejercicio de sus funciones. Ello excluye su responsabilidad si hay un abuso de funciones o un delito o cuasidelito cometido con ocasión de ellas. Hay que probar que las funciones se ejercieron de un modo impropio, imprevisible por los amos.

⁴⁰ Requisitos de la presunción de culpa: que el dependiente haya incurrido en un delito o cuasidelito civil. Es un desafío individualizar al dependiente. Relación de cuidado o dependencia entre el autor del daño y el empresario: Es de hecho, no requiere vínculos formales y se expresa en la capacidad de impartir órdenes y de vigilar. Que el daño sea ocasionado en el ámbito de la dependencia o en el ejercicio de funciones. Responsabilidad directa por el hecho propio: Presunción de culpa en donde el daño se atribuye a deficiencias en la organización. Fundamentos en artículos 2329. Por ello, se ha aceptado la noción de culpa difusa, mediante la cual la culpa se atribuye a la organización empresarial en su conjunto.

la responsabilidad de las empresas matrices por actos contrarios a los estándares de RSE llevados a cabo por subsidiarias ubicadas en países extranjeros en la medida en que surjan daños bajo la ley civil, y cuando no sea obligatorio seguir los procedimientos ante los tribunales arbitrales internacionales, como sucedió en el caso Lucchetti Perú SA. Esto parece ser una excepción con respecto a la regulación comparativa, y abre caminos interesantes de litigio y defensa.”⁴¹

9.1. *En caso afirmativo, ¿es posible solicitar información sobre la empresa matriz a su Estado de origen por medio de la cooperación judicial internacional?*

Sí. Chile forma parte de acuerdos tales como el Protocolo Iberoamericano Sobre Cooperación Judicial Internacional, en el marco de la Cumbre Judicial Iberoamericana, el que constata la “la importancia que la cooperación jurisdiccional internacional reviste frente a las nuevas formas de delincuencia transnacional, los retos que en el tráfico comercial suscita el fenómeno de la globalización y la incidencia que en la esfera de los derechos de las personas trae aparejada una sociedad interrelacionada como la actual”⁴² y tratados interamericanos sobre cooperación judicial de la Organización de Estados Americanos.⁴³ Además, se han creado asociaciones de cooperación judicial internacional e incluso ha diseñado plataformas para ese fin.⁴⁴ En este sentido ha existido un foco intenso en crímenes de carácter transnacional como lo son, por ejemplo, la trata de personas con fines laborales y el lavado de activos, ambos penalizados en Chile.

9.2. *En caso afirmativo, ¿existen ejemplos de decisiones judiciales que pueda compartir?*

Referirse a la pregunta No. 9.

⁴¹ Schönsteiner, J, Comentario al Art 28f de la Ley del Consumidor, a publicarse 2021.

⁴² Justificación del Protocolo <<https://www.pj.gov.py/images/contenido/cumbre/protocolo-iberoamericano-coop-internac.pdf>>.

⁴³ <<http://www.oas.org/juridico/spanish/redesinteramericanas/tratadoscoop.htm>>.

⁴⁴ Para más información: <<http://www.cumbrejudicial.org/grupo-cooperacion-judicial-internacional>>.

III. RESPONSABILIDAD PENAL

10. ¿Prevé la legislación penal de su país la responsabilidad penal de las personas jurídicas?

10.1. *En caso afirmativo, por favor comparta las disposiciones jurídicas pertinentes.*

10.2. *En caso negativo, señale si se han llevado a cabo debates legislativos al respecto.*

Sí. La Ley 20.393 establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho privado y empresas de propiedad del Estado, para ciertos delitos previstos en la Ley General de Pesca y Acuicultura, Ley de lavado y blanqueamiento de activos, Ley que Determina Conductas Terroristas, y ciertos delitos del Código Penal.

El artículo 3º de la Ley 20.393 establece que los requisitos de atribución de responsabilidad de la persona jurídica son que el delito se haya cometido: (i) en interés o provecho de la persona jurídica; (ii) por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión. Además, por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de estos sujetos (iii) siempre que la comisión sea consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión.

Si el delito es cometido por personas naturales que se encuentran bajo la dirección o supervisión directa de dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, la persona jurídica también será responsable.

Existe un debate sobre la tipificación de delitos ambientales (penales), que incluiría a la responsabilidad penal de personas jurídicas en algunos casos, incluyendo un proyecto de ley al respecto.⁴⁵

⁴⁵ Collado, R & Leyton, P, 'De garrotes y zanahorias: Derecho penal ambiental y compliance' en, *Revista de Derecho Ambiental* N° 13 (2020) 111-143.

11. En caso de que la legislación penal de su país prevea la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿por cuáles conductas puede ser una empresa sujeta de dicha atribución de responsabilidad? ¿Cuáles de esas conductas son equivalentes o equiparables a violaciones de derechos humanos?

Las conductas típicas son:

- Introducir en el mar, ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de agua agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos que causen daño a los recursos hidrobiológicos
- El procesamiento, el apozamiento, la transformación, el transporte, la comercialización y el almacenamiento de recursos hidrobiológicos vedados, y la elaboración, comercialización y el almacenamiento de productos derivados de éstos.
- Realizar actividades extractivas en áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos, sin ser titular de derechos.
- El que procese, elabore o almacene recursos hidrobiológicos o productos derivados de ellos, respecto de los cuales no acredite su origen legal, y que correspondan a recursos en estado de colapsado o sobreexplotado
- Lavado de activos, financiamiento del terrorismo y soborno, tanto para funcionario público nacional como extranjero
- Receptación (Ley 20.931)
- Conductas corruptas (Ley 21.121)
 - apropiación indebida,
 - negociación incompatible,
 - los nuevos delitos de corrupción entre particulares,
 - el tráfico de influencias entre particulares y
 - la administración desleal.

Estas conductas en si mismas no son equivalentes o equiparables a violaciones de derechos humanos. Para definirlo hay que hacer un examen del caso concreto. Sin embargo, en todos estos delitos se puede encontrar una

convergencia sólida entre la conducta típica y una eventual vulneración de derechos humanos.

En el caso de los delitos vinculados a las actividades pesqueras y de acuicultura existe una clara vinculación con derechos medioambientales, y derechos vinculados a tierras y territorios indígenas.⁴⁶ En el caso de los delitos económicos, existe una vinculación a cuestiones como la desigualdad, la corrupción y la captura del Estado.

Por ejemplo, “en los últimos años se levantaron varios casos sobre financiamiento irregular por parte de las empresas a las campañas electorales. Se han iniciado diversos procesos judiciales y la mayoría de ellos todavía siguen en curso. Uno de los casos más emblemáticos fue el caso Corpesca, donde recientemente se falló condenando a la empresa por los delitos de cohecho cometidos por su gerente general, a dos los ex miembros del congreso⁴⁷.”

Con relación al actuar de la empresa, esta fue condenada de conformidad a la Ley N°20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que pese a contar con un modelo de prevención de delitos se estimó que su implementación fue deficiente. Algunos de los aspectos señalados por el Tribunal:

1. Incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión. El Gerente General de la compañía no estaba sujeto a ningún control o cuestionamiento ni auditoria, lo que le permitió la ejecución del delito de soborno(...)

2. Falta de Autonomía del Encargado de Prevención de Delitos. Se estimó que (...) no tenía las facultades suficientes o idoneidad para ejercer algún tipo de supervisión sobre el Gerente General, toda vez que el Encargado, quien a su vez ejercía el cargo de Subgerente de Administración, no contaba con autonomía para fiscalizarlo, al no tener acceso al Directorio ni al resto de los altos ejecutivos que dependían del Gerente General en la cadena de mando de la empresa (...)

⁴⁶ Ortega, D & Schönsteiner, J & Arias, F & Carmona, C & Varas, K, *Normativa aplicable a la industria del salmón en Chile: Brechas con los estándares internacionales en materia ambiental, laboral y de derechos humanos*, Centro de Derechos Humanos UDP (2021).

⁴⁷ Veredicto de fecha 02 de diciembre de 2020, 3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, Causa RUC 1410025253-9, (2020) RIT 309-2018.

3. *Falta de incorporación del Modelo de Prevención a los contratos de trabajo.(...) El tribunal agrega especialmente que los ejecutivos son los cargos más sensibles para incurrir en los ilícitos contemplados en la Ley 20.393.*

4. *Desconocimiento del Modelo de Prevención y falta de actividades destinadas a crear una verdadera cultura de prevención. Se logró acreditar que el Modelo no era, por regla general, debidamente conocido en la empresa. Asimismo, pese a reconocer hechos que podían implicar actividades ilícitas, se estableció que después de la renuncia del gerente general a la empresa, no sólo se agradeció su gestión en una carta, sino que se le pagó una indemnización de más de 300.000.000 de pesos y se le contrató en otra empresa de propiedad del grupo controlador. A juicio del Tribunal, esto denota negligencia, falta de cultura corporativa, falta de interés, compromiso y falta de resarcimiento del derecho⁴⁸.*

12. ¿Cuáles son los tipos de sanciones que pueden ser aplicadas a una empresa?

Las sanciones se encuentran establecidas en el artículo 8º de la Ley 20.393. Esto es, *en primer lugar*, disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica. Sin embargo, esta pena no es aplicable a las empresas de propiedad del Estado ni a las empresas que prestan servicios públicos "(...) cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena.

En segundo lugar, además, se podrá prohibirles la celebración de actos y contratos con el Estado, de manera temporal o perpetua; podrán perder beneficios fiscales; y, podrán ser multadas.

En tercer lugar, se les podrán aplicar otras penas accesorias contenidas en el artículo 13 de la misma ley relacionadas a la publicidad de la sentencia para terceros, aplicación de comisos a activos patrimoniales, entero en arcas

⁴⁸ Honorato & Delavau 'Alerta Legal/ Jurisprudencia en Materia de Compliance y Consejos Prácticos' (2021), <<https://www.hdycia.cl/jurisprudencia-compliance-consejos/>>; Schönsteiner, J & Ortega, D & Parra, A, 'Empresas y Derechos Humanos'. (2021) Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial.

fiscales de los montos invertidos en la comisión del delito cuando dichos montos excedan el valor de la persona jurídica.

13. ¿Existen decisiones judiciales en su país que hayan determinado la responsabilidad penal de una persona jurídica?

Sí. Además del caso Corpesca desarrollado en la pregunta 11, existen otros casos:

I. Caso Ceresita. El Ministerio Público inició una investigación por un presunto cohecho de Industrias Ceresita S.A. al Director de obras Públicas de la Municipalidad de Recoleta, con el objeto de obtener una autorización para la operación una fábrica en dicha comuna. En vista de que el delito fue realizado en interés directo de Ceresita, la empresa fue formalizada [(i.e., se le comunicó judicialmente que se le estaba investigando por un delito)] y la causa terminó mediante la salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento que implicó el compromiso de la empresa de efectuar obras evaluadas en 2,5 millones de dólares.

II. Caso Salmones Colbún. La Fiscalía obtuvo la condena por delito de cohecho de Sociedades Salmones Colbún Ltda. y Sociedad Agrícolas Mecanizado Ltda., empresas que gestionaron a su favor la falsificación de sentencias [judiciales que les otorgaban derechos de aguas] a fin de poder inscribir a su nombre [dichos] derechos de agua. La sentencia dictada en juicio abreviado dispuso multas de 500 UTM para cada empresa, pérdida de beneficios fiscales por un plazo de 3 años, la cancelación de las inscripciones obtenidas fraudulentamente y la publicación en el diario El Mercurio de un extracto de la sentencia.

III. Caso Áridos Maggi. En este caso, se condenó a Sociedad Áridos Maggi Ltda. a las penas de prohibición de contratar con el Estado por 2 años, y a la prohibición de recepción de beneficios fiscales por infracción de los deberes de dirección y supervisión contemplados en la Ley 20.393. Ello, porque personal de la empresa ofreció realizar pagos a encargados de Vialidad a fin de que éstos no informaran que las cantidades de material recibido eran menores a las señaladas en las guías de despacho.

IV. Caso CNA Universidades. Por delitos de cohecho perpetrados a fin de obtener la acreditación de parte del Consejo Nacional de Acreditación, la Universidad del Mar fue condenada a pagar una multa de 2000 UTM. La misma causa terminó con salidas alternativas para la Universidad SEK y la Universidad Pedro de Valdivia, envolviendo pagos de 25 y 50 millones de pesos respectivamente.

V. Caso Constructora Pehuenche. La empresa constructora fue acusada de realizar pagos al entonces sub director de pavimentación de la Municipalidad de Santiago con el objeto de que se retrasaran fechas de entrega de obras, evitando así la aplicación de las multas correspondientes e incluso la terminación del contrato por aplicación de multas reiteradas. En definitiva, Constructora Pehuenche fue condenada a la prohibición de celebrar contratos con el Estado por 4 años y a pagar una multa de 680 UTM.⁴⁹

13.1. En caso afirmativo, ¿dicha decisión tuvo relación con conductas equiparables o equivalentes a violaciones a derechos humanos?

Las conductas en sí no son equivalentes a violaciones de derechos humanos y no se han encontrado estudios empíricos que verifiquen una convergencia sólida entre los casos descritos e impactos negativos en derechos humanos derivadas de ellas. Lo que sí ocurre es que, en dos de los casos, Salmenes Colbún y CNA Universidades, las empresas manipularon instrumentos que posiblemente afectaron derechos fundamentales de terceros, particularmente, en relación con el derecho humano al agua potable y saneamiento y el derecho humano a la educación, respectivamente. Sin embargo, la jurisprudencia no tiene un enfoque de derechos humanos y, por lo tanto, las decisiones de este tipo podrían, eventualmente, conllevar una protección incompleta de los derechos humanos consagrados en el derecho internacional vigente para Chile.

⁴⁹ Jorge Boldt, análisis a feb (2018).

14. ¿Prevé la legislación penal de su país que una víctima pueda exigir una reparación civil dentro del proceso penal, o debe ser un procedimiento separado?

Sí. Si la acción civil es de naturaleza restitutoria, debe interponerse *durante* el procedimiento penal.⁵⁰ Todas las demás acciones civiles derivadas del hecho punible pueden también ser interpuestas durante el procedimiento penal. La víctima puede escoger si decide interponer las acciones en el procedimiento penal o en uno civil, ante el juez competente.⁵¹

Una vez formalizada la investigación en sede penal, la víctima puede solicitar diligencias para preparar su demanda civil. Esta preparación interrumpe la prescripción de la acción, solo si se deduce una demanda civil en el momento oportuno. Además, se pueden solicitar medidas cautelares de naturaleza real, esta diligencia también interrumpiría la prescripción en los términos antes dichos.⁵²⁻⁵³

La oportunidad para presentar la demanda es hasta 15 días antes de la audiencia de preparación del juicio oral.⁵⁴ En todo caso, esta debe ser deducida en el escrito de adhesión o acusación.⁵⁵

Si las acciones civiles originadas por el hecho punible se desean interponer por personas distintas a la víctima o en contra de otros sujetos diferentes del imputado deben interponerse en el tribunal civil competente.⁵⁶

15. ¿Podría un tribunal penal ejercer jurisdicción sobre una persona jurídica de su país por actos delictivos cometidos en el extranjero?

Sí, si la persona jurídica ya fue condenada en el extranjero, dicha sentencia tiene valor en Chile de conformidad con el artículo 13 del Código Procesal

⁵⁰ Chile, Código Procesal Penal, art 59.

⁵¹ *ibíd.*

⁵² *ibíd* art 61.

⁵³ Raúl Montero y Cristián Maturana, *Manual de Derecho Procesal Penal* (2017).

⁵⁴ Chile, Código Procesal Penal, art 261.

⁵⁵ *ibíd* art 60.

⁵⁶ *ibíd* art 59.

Penal. Excepcionalmente, un tribunal doméstico podrá conocer de los hechos punibles en un procedimiento interno, si el proceso en el extranjero buscaba en realidad sustraer al imputado de la responsabilidad por delitos de competencia de los tribunales domésticos, o si al imputado no se le respetaron las garantías de un debido proceso o no fue juzgado seriamente.⁵⁷

Además, de conformidad con el artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales los tribunales domésticos siempre podrán perseguir los crímenes o simples delitos cuando estos correspondan a: “1°) Los cometidos por un agente diplomático o consular de la República, en el ejercicio de sus funciones; 2°) La malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, la infidelidad en la custodia de documentos, la violación de secretos, el cohecho, cometidos por funcionarios públicos chilenos o por extranjeros al servicio de la República y el cohecho a funcionarios públicos extranjeros, cuando sea cometido por un chileno o por una persona que tenga residencia habitual en Chile; 3°) Los que van contra la soberanía o contra la seguridad exterior del Estado, perpetrados ya sea por chilenos naturales, ya por naturalizados, y los contemplados en el Párrafo 14 del Título VI del Libro II del Código Penal, cuando ellos pusieren en peligro la salud de habitantes de la República; 4°) Los cometidos, por chilenos o extranjeros, a bordo de un buque chileno en alta mar, o a bordo de un buque chileno de guerra surto en aguas de otra potencia; 5°) La falsificación del sello del Estado, de moneda nacional, de documentos de crédito del Estado, de las Municipalidades o de establecimientos públicos, cometida por chilenos, o por extranjeros que fueren habidos en el territorio de la República; 6°) Los cometidos por chilenos contra chilenos si el culpable regresa a Chile sin haber sido juzgado por la autoridad del país en que delinquiró; 7°) La piratería; 8°) Los comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias; 9°) Los sancionados por la ley 6.026 y las que la han modificado, cometidos por chilenos o por extranjeros al servicio de la República; 10°) Los sancionados en los artículos 366 quinquies, 367 y 367 bis N° 1, del Código Penal, cuando pusieren en peligro o lesionaren la indemnidad o la libertad sexual de algún chileno o fueren cometidos por un chileno o por una persona que tuviere residencia habitual en Chile; y el contemplado en el artículo 374 bis, inciso primero, del mismo cuerpo legal, cuando el material pornográfico objeto de la conducta hubiere

⁵⁷ Chile, Código Penal, art13.

sido elaborado utilizando chilenos menores de dieciocho años, y 11º) Los sancionados en el artículo 62 del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, cuando afectaren los mercados chilenos.”

16. En caso de que su legislación prevea el principio de personalidad pasiva –es decir, que un extranjero pueda ser juzgado incluso por actos cometidos en el extranjero contra nacionales–, ¿podría esta ser aplicable a personas jurídicas por actos que puedan constituir delitos?

Sí, siempre que se vincule a a alguno de los delitos base descritos en la pregunta 11.

17. ¿Podría un tribunal de su país ejercer la jurisdicción universal contra una empresa? En caso afirmativo, señale las conductas delictivas sobre las que podría utilizarse.

No, Chile no reconoce a una jurisdicción universal con relación a las personas jurídicas. Como el Estatuto de Roma excluyó a las personas jurídicas, a pesar de encontrarse ratificado e incorporado al derecho penal nacional, no es posible perseguir a personas jurídicas por responsabilidad penal internacional.

IV. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Derecho ambiental

18. Señale las disposiciones normativas que regulan la responsabilidad por daño ambiental.

El artículo 3º de la Ley 19.300, el cual establece que “todo el que culposa o dolosamente causa daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si esto es posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley”. Esta Ley de Bases Generales del Medioambiente debe ser concordada

con disposiciones sectoriales específicas para sectores sensibles como la pesca y acuicultura, la minería o la industria forestal.

Además, existen delitos específicos en el Código Penal. Estos son: propagación de enfermedades animales o vegetales,⁵⁸ propagación de elementos contaminantes que pudieran poner en peligro la salud animal o vegetal,⁵⁹ delito de maltrato animal⁶⁰, contaminación de aguas para consumo público mediante veneno o infecciones,⁶¹ delito de contaminación de aguas,⁶² y destrucción de bosques mediante incendios⁶³ junto con los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas expuestos en el acápite precedente.⁶⁴

19. ¿Exige la legislación ambiental de su país la realización de estudios de impacto ambiental o la aprobación de otros instrumentos de gestión ambiental? ¿A quién corresponde llevarlas a cabo?

Sí, existen y le corresponde a la empresa solicitante realizarlos y presentarlos ante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, organismo público encargado de revisar y aprobar o rechazar estos estudios. Esta institución abre un expediente administrativo, establece un consejo técnico y se le solicita participación a todo quien se encuentre interesado y distintas reparticiones públicas a nivel central, regional y local. El procedimiento se regula en el Decreto 40 del Ministerio del Medio Ambiente, e incluye un mecanismo de participación ciudadana y un mecanismo (deficiente en comparación con los estándares internacionales aplicables) de consulta indígena.⁶⁵

Sin perjuicio de lo expuesto, los mecanismos de participación ciudadana sustanciados ante la institucionalidad ambiental no siempre cumplen lo

⁵⁸ Chile, Código Penal, art 289.

⁵⁹ *ibíd* art 291.

⁶⁰ *ibíd*.

⁶¹ *ibíd* art 315.

⁶² *ibíd* art 317.

⁶³ *ibíd* art 476 .

⁶⁴ Véase Leyton / Collado *op cit*.

⁶⁵ Entre otros, Carmona, C. The road less travelled: the duty to consult and the special rule of article 15.2 of ILO Convention 169 in the case of geothermal energy concessions in Chile, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 35:4 (2017), 485-501.

estándares internacionales aplicable sobre los derechos de acceso a la participación e información. Esto se da especialmente en materia de consulta indígena⁶⁶. Sobre esto se ha señalado que:

“A partir de los casos identificados se puede concluir que las siguientes han sido las principales alegaciones presentadas por las comunidades indígenas ante los tribunales ambientales, al impugnar las correspondientes RCA: que las observaciones ciudadanas formuladas por personas y comunidades indígenas, no fueron debidamente consideradas por la autoridad correspondiente; que no se realizó el PCI conforme al Convenio 169 de la OIT, cuando era procedente; que el área de influencia de los proyectos, determinada por el titular y las autoridades, era menor al área efectivamente afectada por el proyecto; y la existencia de susceptibilidad de afectación directa. [...]

[L]os estándares internacionales de protección de comunidades indígenas no se condicen con el sistema implementado en la institucionalidad ambiental, por cuanto el cumplimiento del requisito de susceptibilidad de afectación directa tiene un estándar tan alto que impide que las comunidades puedan, en el contexto del SEIA, encontrar un reconocimiento a sus derechos garantizados por el Convenio 169.”⁶⁷

Sin embargo, existen ejemplos de litigio exitoso de parte de comunidades indígenas para exigir una consulta previa, libre e informada,⁶⁸ o por reparación de daños.⁶⁹ Ambos casos mencionados han sido resueltos por el Tribunal Ambiental de Antofagasta en 2021.

⁶⁶ ibíd.

⁶⁷ Hervé, D & Bascur, D, *La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por Parte de los Tribunales Ambientales: ¿Avance y/o Retroceso?* (2019) 219 y 229.

⁶⁸ Primer Tribunal Ambiental, Rol N° R-38-2020, Comunicad Colla del Rio Jorquera con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama, 21 de abril de 2021 (2021).

⁶⁹ Primer Tribunal Ambiental, en el marco de demanda por daño ambiental, minera Maricunga y comunidad indígena Colla del Rio Jorquera presentan protocolo de acuerdo, 29 de enero de 2021,(2021) <<https://www.1ta.cl/en-el-marco-de-demanda-por-dano-ambiental-minera-maricunga-y-comunidad-indigena-colla-del-rio-jorquera-presentan-protocolo-de-acuerdo/>>

20. ¿Qué sanciones se pueden imponer por llevar a cabo actividades empresariales⁷⁰ sin cumplir con la normatividad ambiental?

La potestad sancionadora se encuentra radicada en la Superintendencia del Medio Ambiente. Las sanciones se encuentran contenidas en la Ley 20.417. El artículo 38 las especifica, siendo estas: “a) Amonestación por escrito; b) Multa de una a diez mil unidades tributarias anuales; c) Clausura temporal o definitiva; d) Revocación de la Resolución de Calificación Ambiental.” El artículo 39 agrega que la sanción se determina según la gravedad de la infracción. Así, “a) Las infracciones gravísimas podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta diez mil unidades tributarias anuales. b) Las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales. c) Las infracciones leves podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales.

El sistema de sanciones está además regulado con mayor detalle en leyes sectoriales como, por ejemplo, la Ley de Pesca y Acuicultura.

Sin embargo, existen problemas de eficacia de los sistemas de fiscalización: presupuestos deficientes, colaboración con órganos fiscalizadores que están sujetos a la captura del Estado, insuficiente consideración de la probabilidad de ser descubierto, deficiencias en la graduación de las sanciones más severas (cierre/clausura). Falta de laboratorios de referencia en varios ámbitos, y falta de regulación de máximos de contaminación (ciertos contaminantes de aire, y suelos). En este sentido, el caso de Pascua Lama es emblemático. Tras 14 años de litigación orientada a paralizar el proyecto por temas ambientales, el Primer Tribunal Ambiental en septiembre de 2020 clausuró definitivamente el proyecto.⁷¹ Esto, considerando incluso que en enero de 2020 la Corte Suprema había autorizado la reanudación del proyecto.⁷²

⁷⁰ Por actividades empresariales nos referimos a proyectos de infraestructura o desarrollo, proyectos extractivos o de agroindustria, o a toda aquella actividad empresarial que pueda generar afectaciones a gran escala.

⁷¹ Primer Tribunal Ambiental en autos ROL 5-2018 acumulado con 6-2018 de 17 de septiembre de 2020 (2020).

⁷² Corte Suprema, Causa N° 2025-2019, (Civil) Casación Forma y Fondo, 06-01-2020 (2020).

21. ¿Es posible exigir una reparación de naturaleza civil en el marco de un daño ambiental?

Sí. Existen dos acciones posibles por responsabilidad extracontractual. Primero, una acción con finalidad reparatoria que procede al concurrir los cuatro elementos individualizados en el acápite precedente. Corresponde a una acción ordinaria de indemnización de perjuicios, que se rige por el Código Civil (artículos 2314 a 2334, ver arriba). De conformidad con la Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente de Chile, prescribe en cinco años a partir de la manifestación evidente del daño.

Una segunda acción corresponde a una dimensión preventiva. Esta acción es una acción popular, para hacer frente daños contingentes cuando exista una amenaza⁷³ a personas (in)determinadas⁷⁴.

Quiénes pueden demandar y quienes pueden ser demandados. La legitimación activa de la acción reparatoria la tienen las personas que hayan sufrido un menoscabo en su persona o en sus bienes producto de un daño⁷⁵. En el caso de la acción popular, la legitimación activa dependerá de las personas amenazadas. Si es un grupo indeterminado, la podrá ejercer cualquier persona

⁷³ Por amenazas, se ha entendido “para que proceda la acción del artículo 2333 se requiere adicionalmente que el daño contingente “amenace” a personas determinadas o indeterminadas. Ello implica, a nuestro entender, que deben existir indicios de estar inminente dicho daño, capaces de producir un justo motivo de temerlo. En tal sentido, la doctrina y jurisprudencia nacionales exigen una “inminencia clara y probada”, una “probabilidad razonable y concreta”, una “posibilidad o peligro inminente”, un “riesgo actual, real y comprobable”, una “situación de peligro de la cual puede derivarse razonablemente un daño resarcible (riesgo)” si no se imponen medidas destinadas a precaverlo. Como bien expresa Corral Talciani, no basta entonces que el daño sea “meramente hipotético o posible, es necesario que sea más que probable”. Díez Schwerter, J L, ‘La acción de daño contingente del artículo 2333 del Código Civil chileno: sus elementos y ámbito de aplicación’ en *Revista de derecho* (46), 137 < <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512016000100004>>.

⁷⁴ El artículo 2333 del Código Civil señala “Por regla general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”.

⁷⁵ Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, art 28.

de un territorio en virtud del interés común⁷⁶. Si es un grupo determinado, deberá ejercerla alguna de ellas.

Con relación a la legitimación pasiva, tanto para la acción reparatoria, como para la acción preventiva pueden ser personas naturales o jurídicas. Particularmente, en el caso de la acción preventiva, la legitimación pasiva es de quien pueda precaver el daño contingente, sin perjuicio a demandar a otros sujetos responsable en caso de que el daño se torne cierto⁷⁷.

22. ¿Existen sanciones penales por daño ambiental?

Sí. De manera directa, existen sanciones relacionadas a la protección de la biodiversidad, destrucción de ambientes naturales por el fuego, tráfico de residuos peligrosos a vertederos clandestinos. Indirectamente en la justicia criminal existen penas por delitos contra las personas y/o sus bienes, y por delitos que burlan al regulador.

Sin embargo, no existen sanciones penales por contaminación en sentido amplio, cuestión altamente controvertida. Hay iniciativas legislativas para tipificar, véase sección sobre derecho penal.

23. ¿Señala explícitamente la legislación ambiental un vínculo con los derechos humanos?

No existe un vínculo expreso (legislativo) entre la legislación ambiental y los derechos humanos. Sin embargo, la Constitución reconoce el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación (Art. 19) y se ha constatado que “la normativa chilena vigente en la materia permite concluir que efectivamente existen normas que tienen por objeto la protección y promoción de los derechos de los ciudadanos a la salud, medio ambiente y medios de vida, incluida, por ejemplo, agua potable, aire limpio y tierra cultivable.

En materia de derecho medioambiental contamos con una legislación que, junto con consagrar qué derechos se busca que terceros, incluidas las

⁷⁶ Díez Schwerter, J L, ‘La acción de daño contingente del artículo 2333 del Código Civil chileno: sus elementos y ámbito de aplicación’ en *Revista de derecho* (46), 144.

⁷⁷ *ibíd.*

empresas, no vulneren –o contaminen dentro de los límites establecidos por la ley⁷⁸ a la hora de desarrollar sus respectivas actividades, establece medidas de prevención para mitigar el impacto ambiental que resulta de las actividades desarrolladas por estos terceros.”⁷⁹

24. ¿Existen en su país tribunales ambientales, o es el cuidado del medio ambiente una función de fiscalización?

Sí. Fueron creados en 2012, son un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, y tiene por función, en virtud del artículo 1º de la Ley 20.600: “resolver las controversias ambientales de su competencia y ocupación de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento.”⁸⁰ Hasta la fecha, están en funcionamiento tres tribunales ambientales.

25. En caso de que en su país existan tribunales ambientales, ¿han dictado sentencias donde se establezca un vínculo entre el daño medioambiental y violaciones a los derechos humanos?

Sí. El caso más importante es Lizana vs. Municipalidad de Puente Alto, y fue conocido por la Corte Suprema.⁸¹

“En este caso, el Estado de Chile, el municipio de Puente Alto y una compañía de bienes raíces fueron encontrados responsables de permitir que un grupo de personas para instalar sus hogares en terrenos adyacentes a un antiguo vertedero, que había sido cerrado contraviniendo las normas ambientales vigentes. Como consecuencia, la gente estuvo expuesta a gases y malos olores, afectando su vida diaria, que se reflejó en el orden de compensación por el daño moral causado a la demandante. Este caso fue

⁷⁸ Estos límites son más permisivos que los límites limitados de la OMS. Ver para una revisión Mahu, V'Derecho a la Salud y Contaminación del Aire: Regulación en Chile y Estándares Internacionales', Tesis de Seminario (Pregrado), supervisada por Judith Schönsteiner, (2016).

⁷⁹ Estudio Línea Base, 30.

⁸⁰ Estudio Línea Base, 95.

⁸¹ Causa N° 10156-2010 (2010) y 7-05-2013 (2013).

innovador ya que otorgó daño moral colectivo, inexistente previamente. Se estimó que la comunidad estaba dañada y no solo en particular”⁸²

Este caso ha sido entendido por la doctrina como un caso de justicia ambiental, ya que: “los afectados son un grupo de personas especialmente vulnerables, que acceden a viviendas sociales (con indiferencia de la modalidad a la cual se accede a ellas y quien las construye), que el Estado aceptó su construcción, sabiendo que estaba al costado de un predio de propiedad estatal en donde se toleró su uso como vertedero, que afectó la salud de las personas y en donde la autoridad sanitaria intervino con su potestad sancionatoria.”⁸³

26. ¿Qué tipo de reparación se pueden ordenar por afectaciones al medio ambiente?

De conformidad con el artículo 3 de la Ley 19.300, se debe reparar materialmente el daño ambiental en caso de ser posible (acción reparatoria del artículo 53 del mismo cuerpo legal), e indemnizarlo (acción indemnizatoria también contenida en el artículo 53 del mismo cuerpo legal). Los daños que ocasionan un perjuicio a una persona o su patrimonio en el marco de conflictos socio ambientales deben ser analizados bajo los estándares de la responsabilidad extracontractual. Dicha responsabilidad surge de un deber de cuidado general y recíproco, establecido en el ordenamiento jurídico chileno.

Por ejemplo, en el caso Sociedad Molinera del Sur S.A. y otra con la Compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A., se dedujo conjuntamente la acción reparatoria e indemnizatoria del artículo 53. Ello con la finalidad de que COPEC repare material e íntegramente el daño ocasionado por el afloramiento de hidrocarburos en terrenos de la propiedad de la demandante. La Corte Suprema acogió la demanda.⁸⁴

⁸² Schönsteiner, J, Contardo, J, `Chile´ en *Private International Law for Corporate Social Responsibility*, (2020) <<https://doi.org/10.1007/978-3-030-35187-86>>.

⁸³ Véase Cordero, L. `Justicia Ambiental y Responsabilidad del Estado` (2013), <<https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/05/27/Justicia-Ambiental-y-Responsabilidad-del-Estado.aspx>>.

⁸⁴ Causa N° 62208-2016, 16-10-2016 (2016).

Contratación pública

27. ¿Exige el marco jurídico de su país que se adopten medidas de debida diligencia en derechos humanos por las empresas en el contexto de concesiones, licitaciones o alguna otra forma de contratación pública?⁸⁵

No, no hay ninguna referencia explícita a la debida diligencia a nivel legislativo. Sin embargo, existen algunas normas que tienden a reforzar el cumplimiento con los derechos humanos por parte de las empresas que contratan con el Estado (ver pregunta 28).

28. ¿Qué tipo de sanciones pueden imponerse cuando derivado de una contratación pública, la empresa contratista afecta los derechos humanos?

La Ley 19.886, sobre contratos administrativos de suministro y prestaciones de servicios, establece en relación a los contratos con la Administración que “quedarán excluidos quienes, al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trató de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hemos sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, dentro de los anteriores dos años”.

Del mismo modo, se establece que específicamente inhabilitados para inscribirse en el Registro de Proveedores que han sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, inhabilitación que dura dos años. La inhabilitación de la sociedad afectará también a quienes tengan la administración de esta, tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, incluidas las empresas individuales, así como colectivas y en comandita. En el caso de sociedades anónimas, la inhabilitación

⁸⁵ Esto se refiere tanto a la existencia previa de mecanismos de debida diligencia o equivalentes como requisito para participar en los procesos de contratación, como a la existencia de obligaciones de implementación de tales medidas durante la ejecución de los proyectos derivados de la contratación.

afectará a todos sus directores. En todos los casos, la inhabilidad afectará a todos los que tengan el uso de la razón social”.⁸⁶

Se cuenta con la Resolución Exenta No. 92 de 2 de febrero de 2018, que aprueba la directiva de contratación pública No. 31, Código de Ética para Proveedores del Estado. Esta resolución contiene recomendaciones para los proveedores. La recomendación A. número 2 se refiere a los Derechos Humanos trabajadores; la recomendación D. número 6 se refiere a los estándares mínimos de sustentabilidad.

Además, existe una directiva sobre la Contratación de Bienes y Servicios Incorporando Criterios de Eficiencia Energética. Ésta busca dar cumplimiento a los objetivos de uso eficiente de la energía y el uso racional de los recursos públicos, cuestión relevante para el gobierno. Por último, existen reglas de trato directo para municipios en aquellos casos en que la contratación no supera un umbral cercano a los USD 80.000.

Estas directivas de Compras Públicas que suelen ser incorporadas en las bases de licitación y los contratos con el Estado.⁸⁷ Cuando son incluidas en los contratos, pueden ser invocadas por la contraparte (el Estado), pero no por terceros, a menos que se les confieran explícitamente derechos. Si esto no ocurre, su única manera de demandar sería por responsabilidad extracontractual.

29. ¿Qué medidas de reparación se contemplan por el marco jurídico en casos de afectaciones a derechos humanos en el marco de la contratación pública?

No se contemplan medidas de reparación propiamente; la prohibición de ofertar en el mercado público por dos años que impone la Ley de Compras Públicas en caso de haber sido sancionada por la Dirección del Trabajo, es una sanción administrativa con efecto disuasivo. Ordenar la remediación de violaciones a los derechos laborales está a cargo de la Dirección del Trabajo, independiente del mecanismo de compras públicas. Ahora bien, si la empresa que obtenga una licitación o firme un convenio

⁸⁶ Estudio Línea Base, (2016), 147.

⁸⁷ Estudio Línea Base (2016).

con el Estado no haya pagado todas las remuneraciones o cotizaciones de seguridad social, no se le puede desembolsar el primer pago a menos que salde las deudas.⁸⁸

30. ¿Se han dictado sentencias en contra de empresas contratistas por afectaciones a los derechos humanos? En caso afirmativo, por favor proporcione mayor información.

No. Esto ha sido constatado por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema.⁸⁹

Empresas públicas

31. ¿Contempla el marco jurídico que regula a las empresas públicas obligaciones en materia de derechos humanos?

No hay obligaciones adicionales para las empresas de propiedad del Estado que no fueran aplicables a las empresas privadas. Sin embargo, la Contraloría ha reclamado jurisdicción sobre las empresas de propiedad del Estado, y por consecuencia, puede abarcar asuntos que de facto son materia de derechos humanos.⁹⁰ Además, el Sistema de Empresas Públicas, al igual que Codelco y ENAP, cuentan con referencias a los derechos humanos en sus códigos de conducta, y, en el caso de Codelco, con una política de comunidades indígenas que, en parte, refleja lo establecido en el Convenio 169.

32. ¿Cuál es la vía jurídica por la que una empresa pública puede ser demandada por afectaciones a derechos humanos?

Judicialmente, las empresas de propiedad del Estado pueden ser demandadas de igual manera que una empresa privada. En este sentido, tampoco

⁸⁸ Estudio Línea Base (2016), 47.

⁸⁹ Véase: Dirección de Estudios Corte Suprema, `Respuesta a Cuestionario Empresas y derechos humanos: Acceso a mecanismos de reparación` (2020).

⁹⁰ Schönsteiner, J & Martínez, V & Miranda, C, `Atribuibilidad al Estado de Chile de actos y omisiones de sus empresas públicas del sector extractivo a la luz de la jurisprudencia de tribunales regionales de derechos humanos`, en: *Revista Chilena de Derecho* (2020), 757-640.

podrían usarse en su contra denuncias por falta de servicio. Sin embargo, existe una acción adicional que se ha empleado para demandar a las empresas de propiedad del Estado: la acción de amparo económico⁹¹ que, en algunas ocasiones, conllevó una condena de EPes. La jurisprudencia, no obstante, no es unívoca.⁹²

33. ¿Existen sentencias que hayan sido dictadas en su país por violaciones a derechos humanos cometidas por empresas públicas?

Sí. Por ejemplo, la Empresa Nacional de Petróleos (ENAP) fue condenada por la Corte Suprema por un derrame de petróleo en la Bahía Quintero en 2014.⁹³ El fallo exige a la empresa informar sobre los riesgos que existen en la descarga de combustibles al Ministerio de Medio Ambiente, entre otros. Codelco ha sido condenada por prácticas anti-sindicales.⁹⁴ En dos reclamos de comunidades indígenas contra Codelco, decididos por el Tribunal Ambiental en 2018, éste dio la razón a Codelco.⁹⁵ En cambio, en un caso sobre derechos de aguas, la empresa pública perdió en 2014 cuando la Dirección General de Aguas reconoció derechos de aguas ancestrales reconocidos, en el caso de los pueblos indígenas del Norte de Chile, por el Código de Aguas.⁹⁶

⁹¹ La acción de amparo económico es una acción constitucional tendiente para tutelar el derecho que tienen los particulares en Chile a desarrollar cualquier actividad económica.

⁹² Schönsteiner, J & Martínez, V & Miranda, C, 'Atribuibilidad al Estado de Chile de actos y omisiones de sus empresas públicas del sector extractivo a la luz de la jurisprudencia de tribunales regionales de derechos humanos', en: *Revista Chilena de Derecho* (2020).

⁹³ Sentencia Corte Suprema, ROL 13.177-2018 de 25 de septiembre de 2019 (2019).

⁹⁴ Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, Sentencia n° S-5-2018, (2018).

⁹⁵ Tribunal Ambiental de Antofagasta, Rol N° 157-2017 acumulado 158-2017, Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu-Chiu y Esteban Araya Toroco con Codelco, 20 de agosto de 2018.

⁹⁶ Corte Suprema, Rol N° 14.003-13, Codelco con DGA, 15 de mayo de 2014 (2014).

V. MECANISMOS DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

34. ¿Pueden los mecanismos de protección constitucional de su país ser utilizados contra omisiones del Estado que deriven en una violación a derechos humanos cometida por una empresa?

Sí. El mecanismo idóneo es la acción de protección, que se interpone directamente ante la Corte de Apelaciones competente. En general ha ocurrido que quienes recurren mediante acciones constitucionales interpone la misma en contra de la empresa en cuestión y el regulador atingente. Otro mecanismo posible es recurrir de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de ciertas normas, ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, este recurso es complejo y se requiere de representación letrada.

Es importante tener presente que esta protección constitucional sólo tutela los derechos expresamente consagrados en la norma, y si bien de conformidad con el inciso 2º del artículo 5 de la Constitución, se incorporan a nuestra ordenación jurídica los derechos esenciales garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. La incorporación ha sido, sin embargo, restrictiva, especialmente, en relación con derechos sociales. Así, ciertos derechos no podrán ser tutelados vía acción de protección. De todos modos, ciertos tratados han sido utilizados para interpretar el alcance y la extensión de los derechos contenidos en el listado del artículo 19 de la Constitución. Usualmente, sin embargo, no se recurre a la interpretación de los órganos de tratado internacionales para la interpretación.

34.1. En caso afirmativo, ¿cuáles son las sentencias más relevantes?

Existe toda una línea jurisprudencial mediante la cual personas afiliadas a instituciones de salud previsional (“ISAPRES”) han podido reclamar para evitar el alza de sus planes de salud de manera unilateral y para lograr cobertura en relación con ciertas prestaciones médicas.⁹⁷

⁹⁷ Véase, por ejemplo, Allard Soto, R & Hennig Leal, M & Galdámez, L, ‘El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario’, en: *Estudios constitucionales*, (2016) 95-138.

Asimismo, ha existido algunas decisiones relevantes vinculadas especialmente a temas de contingencia pública⁹⁸. Sin embargo, en la práctica muchas veces las acciones constitucionales son declaradas inadmisibles por existir otras vías posibles para su conocimiento.⁹⁹ Esto dificulta el acceso a la justicia para quienes tienen insuficiente acceso a asesoría legal, porque el recurso de protección es el único recurso que se puede interponer sin abogado/a.

35. ¿Pueden los mecanismos de protección constitucional de su país ser utilizados directamente contra una empresa, por actos que constituyan violaciones de derechos humanos? ¿Incluye lo anterior a empresas públicas?

Sí, “tienen plena vigencia en las relaciones entre particulares, lo que en doctrina comparada se denomina como ‘eficacia horizontal de los derechos fundamentales’ y en nuestro derecho como principio de ‘vinculación directa de la Constitución’¹⁰⁰. En efecto, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se encuentra consagrada expresamente en el artículo 6.2, de la Constitución Política, al señalar que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”¹⁰¹. Se incluye a empresas de propiedad del Estado.

35.1. En caso afirmativo, ¿cuáles son las sentencias más relevantes?

La sentencia más relevante corresponde a la sentencia de la Corte Suprema de 28 de mayo de 2019, dictada en la protección constitucional del caso denominado “Complejo Industrial Quintero Puchuncaví” (Rol 5.888-2019). La acción de protección se presentó en virtud de episodios de contaminación persistente en una zona de sacrificio ambiental: “La Corte Suprema (...) concluye que se desconocen las causas precisas de los episodios [de con-

⁹⁸ Por ejemplo, en materia de servicio sanitarios, véase: Causa n° 1298/2019 (Protección). Resolución n° 53 de C.A. de La Serena, 16 de diciembre de 2019 (2019).

⁹⁹ Véase en este sentido, por ejemplo, Corte Suprema, Sala Tercera. Causa n° 58897/2016 (Apelación). Resolución n° 105833 de 13 de marzo de 2017 (2017).

¹⁰⁰ Véase, por ejemplo, Aguilar, G & Contreras, C, ‘El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile’, en *Revista Ius et Praxis*, v 13, n 1, (2007) 205-243.

¹⁰¹ Estudio Línea Base (2016) 14.

taminación], pero eso no le impide estimar que diversos órganos de la institucionalidad ambiental y del Ejecutivo -desde el Ministerio del Medio Ambiente hasta la Onemi- habrían incurrido, históricamente hablando, en una serie de omisiones ilegales.”¹⁰²

35.2. En caso negativo, ¿se pueden utilizar teorías como la del “Drittwirkung der Grundrechte” (eficacia horizontal de los derechos humanos)?

Sí, la teoría sí aplica, la cual es reconocida en la Constitución.

¹⁰² Publicado en diario El Mercurio, Fallo Judicial en caso Quintero, (31 de mayo de 2019)

COLOMBIA

I. DEBIDA DILIGENCIA EN DERECHOS HUMANOS

1. ¿Existe en el marco jurídico de su país alguna norma que establezca explícitamente una obligación empresarial de respetar los derechos humanos?

No, no existe. No obstante, en la Carta Política de 1991 se encuentra una expresión que instituye una obligación similar. En el artículo 333 se impone a las empresas una “función social”¹, por lo que reconoce un deber correlativo hacia la sociedad en la que desarrollan su actividad económica. Esta obligación, se ve a su vez complementada por otras disposiciones constitucionales entre las cuales se resalta el artículo 58 de la Carta Política, que establece una función social y ecológica de la propiedad privada², hecho que implica una serie de obligaciones y responsabilidades a sus titulares conforme a las características y naturaleza de los bienes, así como la posición económica de sus poseedores o propietarios³. Lo anterior, tiene especial aplicación en

¹ Colombia, Constitución Política de la República de Colombia 1991. Título XII, Cap 1, Art 333: “la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial”.

² Colombia, Constitución Política de la República de Colombia 1991. Título II, Cap 2, Art 58: “la propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”.

³ Sobre el particular la Corte Constitucional de Colombia ha dispuesto: “la función social de la propiedad presenta diversas y matizadas caracterizaciones, las cuales están determinadas por la naturaleza de los bienes, su clase, y la entidad que es titular de los derechos que de ella emanan, así como también por la posición económica de las personas que la poseen. La función social tiene, por una parte, el significado de moderar y restringir

materia de debida diligencia ya que establece un límite al ejercicio empresarial, complementado de manera general lo desarrollado en el artículo 333. Adicionalmente, el artículo 95 de la Constitución Política de Colombia establece los deberes generales de las personas que se encuentren en Colombia, donde se resalta el deber genérico de respetar la Constitución y las Leyes de la República, respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, obrar conforme al principio de solidaridad social y obrera en pro de la defensa los derechos humanos entre otros⁴.

Si bien y como se expuso, dentro del ordenamiento constitucional se encuentran otras referencias sobre empresas y derechos humanos⁵, y se incluyen mecanismos de protección y reparación⁶, no se estableció explícitamente la responsabilidad de las empresas por violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, el artículo 93 de la Constitución Política de 1991 dispone que los tratados internacionales sobre Derechos Humanos⁷, ratificados por el Estado Colombiano son herramientas de interpretación normativa⁸, los

el alcance del derecho de propiedad, mientras que por otra parte, le corresponde el de implicar una mayor afirmación de ciertas clases de propiedad". *Sentencia C- 595* de 1999, MP Carlos Gaviria Díaz.

⁴ Colombia, Constitución Política de la República de Colombia 1991. Título II, Cap 5, Art 95: "la calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; (...); 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; 4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica (...)" ; *Sentencia C-386* de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁵ Colombia, Constitución Política de la República de Colombia 1991. Título II, Cap 2, Arts 53, 54, 55, 56, 57 y título III, Cap 4, Art 88.

⁶ Sobre el particular se puede resaltar a la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales por excelencia. No obstante, la tutela cuenta con limitaciones específicas como por ejemplo la vocación de reparación o la subsidiariedad que imprime la obligación al accionante a acudir a otros medios de defensa. En igual sentido, se encuentran acciones de índole civil que permiten el resarcimiento de perjuicios cuando se configura un daño.

⁷ Colombia, Constitución Política de la República de Colombia 1991. Título II, Cap 4, Arts 93 y 94.

⁸ Colombia, Constitución Política de la República de Colombia 1991. Título II, Cap. 2, Art 53 (Convenio de la Organización Internacional de Trabajo), Título VII, Cap 5, Art 214 (Tratados sobre Derecho Internacional Humanitario).

cuales tienen, conforme a la figura del bloque de constitucionalidad⁹, el alcance de una norma constitucional¹⁰. Bajo esta figura se logra integrar dentro del ordenamiento jurídico colombiano una serie de disposiciones internacionales en materia de derechos humanos con la salvedad de que muchos instrumentos tienen un rango meramente legal¹¹.

Con base en lo anterior, algunas de las disposiciones relativas a la obligación empresarial de respetar los Derechos Humanos que se encuentra vigentes en Colombia y hacen parte del Bloque de Constitucionalidad¹², esto es, que cuentan con un rango equivalente al de una norma constitucional con fundamento en el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia. Sin embargo

⁹ La doctrina del bloque de constitucionalidad ha sido definida por la Corte Constitucional Colombiana “[...] como aquella unidad jurídica compuesta “por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu”. *Sentencia C-067 de 2003*. M.P. Marco Gerardo Monroy, Manuel Eduardo Góngora, *La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la Constitución del ius constitutionale comune Latinoamericano, en Ius Constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos* (Edn UNAM, 2016).

¹⁰ La Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado el alcance de las disposiciones del bloque de constitucionalidad y su relación con otros instrumentos internacionales ratificados por Colombia que no ostenten o desarrollen temas relativos a Derechos Humanos. En este sentido, y al ser ratificados por el Congreso de la República, los tratados e instrumentos internacionales que no encajen en lo dispuesto por el artículo 93 de la Carta Constitucional tendrán rango de Ley y estarán sometidos a la supremacía de la Carta Constitucional y sus normas complementarias según el bloque de constitucionalidad en el sentido lato y estricto. Ver Corte Constitucional de Colombia, Auto 228 de 2010, M P Jorge Iván Palacio (2010).

¹¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-582 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero (1999).

¹² Se debe tener en cuenta que la República de Colombia ha ratificado diferentes tipos de instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos. Igualmente, es importante considerar que en casos particulares la Corte Constitucional ha otorgado el alcance a derechos como parte del bloque de constitucionalidad como sucedió en la Sentencia C-1490 de 2000 donde al analizar disposiciones internacionales en materia de protección de derechos de autor que fueron adoptadas por Colombia con ocasión a su vinculación con la CAN el alto tribunal declaró que este tipo de derechos eran de carácter fundamental y por ende humano dentro del territorio nacional.

es preciso aclarar que en Colombia puede que no exista un cuerpo normativo único que hable de manera específica sobre el cumplimiento de parámetros de debida diligencia de derechos humanos en el contexto empresarial.

1.1. *En caso afirmativo, ¿pertenece dicha norma al derecho mercantil o societario?*

No aplica.

1.2. *En caso negativo, ¿han existido debates parlamentarios respecto a la adopción de legislación en ese sentido, u otras iniciativas?*

Sí. Por un lado, el Proyecto de Ley 153 de 2006 *“Por la cual se reglamenta la Responsabilidad Social de las empresas, y se dictan otras disposiciones”*¹³ tenía dicho propósito, pero fue archivado el 18 de diciembre de 2007. De otro lado, el Proyecto de Ley 031 de 2007 *“Por la cual se definen normas sobre la Responsabilidad Social y Medio Ambiental de las Empresas y se dictan otras disposiciones”*¹⁴, y los Proyectos de Ley 058 de 2009 y 070 de 2010 *“Por el cual se definen normas sobre la Responsabilidad Social Empresarial, la protección infantil y se dictan otras disposiciones”*, fueron infructuosos a la hora de lograr la adopción de un marco regulatorio específico frente al tema, e igualmente archivados.

De otro lado, desde 2014¹⁵ y bajo el Gobierno de Juan Manuel Santos, se inició la adopción del *Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas (2014-2018)* cuyo objetivo es armonizar la protección de derechos humanos con el desarrollo económico de actividades que el Estado promueve por

¹³ Proyecto de ley 153 de 2006 (2006) <<https://www.javeriana.edu.co/personales/hbermude/Novitas120/FileNovitas120/Pl153-2006.htm>>

¹⁴ “El objeto de la presente ley es la promoción de comportamientos voluntarios, socialmente responsables, por parte de las organizaciones aquí comprendidas, a partir del diseño, desarrollo y puesta en servicio de políticas, planes, programas, proyectos y operaciones, de tal manera que tiendan al logro de objetivos sociales y ambientales responsables basados en la prevención y la reparación de los daños ambientales”. Proyecto de Ley 031 de 2007 (2007) <<http://www.senado.gov.co/index.php/az-legislativo/proyectos-de-ley>> .

¹⁵ Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH. ‘Lineamientos para una política pública de derechos humanos y empresas’ (2014) <http://www.derechoshumanos.gov.co/Observatorio/Publicaciones/Documents/2014/140724-lineamientos-politica_web.pdf>.

medio de instrumentos de política pública y acciones específicas¹⁶. Durante los últimos dos periodos del Gobierno Santos, (2014-2018), y luego de la adopción del Plan Nacional, se identificaron distintas problemáticas en la eventual adopción de los instrumentos de política pública en materia de empresas y derechos humanos como eran los costos de implementación, la falta de atribución de responsabilidades directas en entidades públicas por falta de concordancia con su objeto misional, entre otros¹⁷. Según la Alta Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, en 2018 se habría implementado un total de 74 acciones de las 86 presupuestadas por el Gobierno Nacional para ser adoptadas en un periodo de 3 años¹⁸.

La aproximación del Plan Nacional de Derechos Humanos y Empresas fue modificada por el Gobierno de Iván Duque con la adopción del Plan Nacional de Acción en Empresas y Derechos Humanos 2019-2022, priorizando su adopción en los sectores de agroindustria, minería, energía e infraestructura y bajo a la coordinación de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales¹⁹.

Por último y frente a los planes anteriormente expuestos, se debe hacer una salvedad. Estos planes son mapas o guías generales que no presentan ninguna fuerza vinculante, mas deben ser paulatinamente adoptados tanto por agentes privados, como por entidades públicas²⁰. Ahora bien, esta adopción no es necesariamente obligatoria y no existen datos de que tantas empresas, a la fecha, han implementado las recomendaciones descritas en los planes de protección en sus políticas internas o sus esquemas contractuales y comerciales.

¹⁶ Consejería Presidencial para los Derechos Humanos. 'Colombia Avanza. Derechos Humanos y Empresa: Plan de Acción de Derechos Humanos y Empresas' (2016).

¹⁷ Alta Consejería Presidencial para los Derechos Humanos. '2do Informe de seguimiento del Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas' (2018).

¹⁸ *ibíd.*

¹⁹ Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y los Asuntos Internacionales. 'Juntos construimos el país desde el Diálogo: Plan Nacional de Acción en Empresas y Derechos Humanos 2019-2022' (2019).

²⁰ Algunos ejemplos de esto son disposiciones adoptadas por los sectores Minero y de Hidrocarburos para hacer cumplir programas de prevención y atención a riesgos sociales y comunitarios. Ver: Resolución No 708 de 2016, entre otras. Adicionalmente, se deben revisar algunas disposiciones de los Planes Nacionales de Desarrollo.

2. ¿Establece el marco jurídico de su país la obligación de las empresas de contar con mecanismos o procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos?

No, en el marco jurídico de Colombia no se ha establecido la obligación de las empresas de contar con mecanismos o procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos. Sin embargo, el ordenamiento jurídico colombiano ha establecido normas que desarrollan algunos de los elementos de la debida diligencia, especialmente en sectores o actividades específicas. Ejemplo de lo anterior se puede apreciar, de manera incipiente, en el marco de la industria extractiva de hidrocarburos. La Agencia Nacional de Hidrocarburos, como autoridad encargada de proferir las licencias de exploración y explotación de este tipo de bienes en Colombia, ha adoptado normas donde se define y establece a la debida diligencia en miras de constituir un esquema de prevención, mitigación y corrección de impactos reales y potenciales a los derechos humanos con ocasión a actividades extractivas²¹.

En materia ambiental, y sin perjuicio de que, por ejemplo, la existencia de obligaciones en materia de consulta previa se encuentra vigente en Colombia desde 1991, se han adoptado ciertos esquemas reglamentarios

²¹ Sobre el particular, se puede apreciar la Norma Técnica Colombiana No CGT 250 de 2014, la cual establece diferentes parámetros aplicables al relacionamiento de la industria Petrolera con las comunidades, entre los cuales se resalta a la debida diligencia. Cabe aclarar que sobre la protección de Derechos Humanos, ha manifestado la autoridad de hidrocarburos Colombiana: “La operación de la industria de hidrocarburos entiende que los derechos humanos son un asunto de carácter prioritario para los grupos de interés como para la continuidad de la operación. Desde la experiencia ANH, se reconoce que cuando las compañías y el Estado no realizan acciones en clave de derechos humanos, se pueden tener impactos negativos, que afectan a las personas, y conllevan a gastos para la organización reflejados en: retrasos operacionales, fallos judiciales adversos, reducción de la satisfacción de los empleados, pérdida de oportunidades de nuevas inversiones y daños a la reputación. Esta no es una preocupación menor, teniendo en cuenta la importancia que tiene el sector de hidrocarburos en el desarrollo económico y en el PBI nacional de Colombia. Es por ello, que en 2018, la ANH realizó un piloto con 11 compañías que, fue fundamental para que las compañías que hacen parte de la iniciativa liderada por la ANH, continúen generando oportunidades de mejora en sus procesos y continuar sumando. De esta manera, la ANH de la mano del Ministerio de Minas y Energía, bajo el esquema común de la política de DD.HH. del sector minero energético, se constituyó un marco de acción y la oportunidad para fortalecer nuestra contribución en la prevención, promoción, protección y garantía de los Derechos Humanos con enfoque diferencial”.

en pro de proteger y mitigar eventuales afectaciones directas o indirectas al ambiente. Lo anterior tiene especial relevancia en materia de la debida diligencia, como quiera que el derecho al medio ambiente sano, en algunos escenarios particulares, se le ha dado el carácter de derecho fundamental y, a su vez, cuenta con la característica general de ser un derecho colectivo por expresa disposición constitucional²². Así, se han establecido disposiciones como la adopción, por parte de los interesados en realizar la actividad con consecuencias ambientales, de esquema de licenciamiento, Planes de Manejo y Prevención Ambiental y los estudios de impacto ambiental, entre otras disposiciones²³.

El artículo 3 de la Ley 1328 de 2009 en materia financiera, que desarrolla aspectos en materia de seguros y del mercado de valores, establece que la debida diligencia es uno de los principios orientadores que rigen las relaciones entre las entidades financieras y los consumidores:

“a) Debida diligencia. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta,

²² Por ejemplo, en casos donde el medio ambiente sano se ha relacionado como conexo con otros derechos fundamentales como la vida o la salud, es que se ha reconocido el carácter fundamental del derecho al medio ambiente. Ver: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-325 de 2017. M.P. Aquiles Arrieta Gómez (2017). Por otro lado, el artículo 79 de la Constitución Política establece “todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”.

²³ Ley 99 de 1993, Diario Oficial No 41.146 (22 de diciembre de 1993): “por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del Medio Ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones”; Decreto 1076 de 2015, Diario Oficial No 49.523 (26 de mayo de 2015): “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible”.

*compromiso y obligaciones acordadas. Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros”.*²⁴

Por su parte, el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, modificado por el artículo 35 de la Ley 1778 de 2016, prevé que frente a los delitos contra la administración pública, las sanciones monetarias aplicables a las empresas se graduarán teniendo en cuenta lo siguiente:

“a) la existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos anticorrupción al interior de la sociedad domiciliada en Colombia o sucursal de sociedad extranjera;

b) la realización de un proceso adecuado de debida diligencia, en caso de que la sociedad domiciliada en Colombia o la sucursal de sociedad extranjera haya sido adquirida por un tercero y que

*c) la persona jurídica haya entregado pruebas relacionadas con la comisión de las conductas enunciadas en este artículo por parte de sus administradores o empleados” (Negrilla fuera de texto)*²⁵.

Por lo anterior, si bien legalmente las empresas no tienen la obligación de adoptar procesos integrales de debida diligencia en materia de derechos humanos, el Estado otorga una tasación sancionatoria especial a aquellas empresas que bajo el marco de “autorregulación” no contemplen procesos de debida diligencia, advirtiéndose que no se encuentran obligadas de manera específica frente a la debida diligencia en derechos humanos, sino a su definición de manera general.

En materia de protección de datos personales, el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia reconoce el derecho al *Habeas Data* como un

²⁴ Ley 1328 de 2009, Diario Oficial No 47.411 (15 de julio de 2009). “Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”. Título I Cap I Art 3.

²⁵ Ley 1474 de 2011, Diario Oficial No 48.128 (12 de julio de 2011). “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública” Cap II Art 34.

derecho fundamental²⁶. Así, se adoptó un régimen especial de protección por medio de la Ley 1281 de 2012. Lo relevante frente a la debida diligencia, y al ser el *Habeas Data* un derecho internacionalmente reconocido como derecho humano²⁷, es que la legislación colombiana establece una serie de obligaciones especiales en cabeza de las personas naturales o jurídicas que, por sus actividades, tengan que tratar datos personales sensibles, entre las cuales se resaltan los deberes de información, la garantía de modificación, sustracción o eliminación de datos personales, y el registro de la política de protección de datos ante la autoridad competente²⁸.

Bajo esa misma esfera el marco jurídico de la debida diligencia en materia de derechos humanos recoge estándares privados que tienden a ser adoptados por las organizaciones empresariales voluntariamente, como sucede con la norma guía ISO 26000.²⁹ La integración de estas normas en las políticas empresariales cubija un proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos y vislumbran un nuevo criterio que permita llenar los vacíos legislativos en la materia. Con relación al concepto de la debida diligencia la ISO 26000 señala que se trata de un “*proceso exhaustivo y proactivo para identificar los impactos negativos reales y potenciales de carácter social, ambiental y económico de las decisiones y actividades de una organización a lo largo del ciclo de vida completo de un proyecto o de una actividad de la organización, con el objetivo de evitar y mitigar dichos impactos negativos*”³⁰, en cumplimiento de ello las empresas deben respetar y reconocer los derechos humanos y a su vez ser garantes de su cumplimiento inclusive cuando la ley no proporcione la protección adecuada.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-176^a de 2014 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (2014).

²⁷ Ley 16 de 1972, Diario Oficial No. 33.780 (05 de febrero de 1973): “Por medio del cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969” Art 11; Víctor Bazán, *El hábeas data, su autonomía respecto del amparo y la tutela del derecho fundamental de autodeterminación informativa. Anuario de derecho constitucional Latinoamericano* (2012) 37-76.

²⁸ Ley 1581 de 2012, Diario Oficial No 48.578 (18 de octubre de 2012). “Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”.

²⁹ Organización Internacional de normalización ISO, ‘Guía de Responsabilidad Social’ (2010): <<https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:es>>

³⁰ *ibíd.*

A lo anterior se suma la adhesión de Colombia en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)³¹, que a través de sus líneas directrices para empresas multinacionales establece recomendaciones para la protección de los derechos humanos con ocasión de la actividad empresarial, así como el bienestar económico y social en el contexto global. Destacándose que es un instrumento que promueve una filosofía empresarial para el funcionamiento sostenible del sector productivo. No obstante, estas recomendaciones no son vinculantes, existiendo una mera expectativa de cumplimiento por parte de los miembros de la organización³².

2.1. *En caso afirmativo, señale la norma correspondiente.*

No aplica.

2.2. *En caso negativo, ¿existen obligaciones respecto de algunos elementos de la debida diligencia, como presentación de información extra-financiera, supervisión de las cadenas de suministro, etc.?*

No, no existen.

3. ¿Existen referencias a la noción de debida diligencia en derechos humanos conforme a los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos en las decisiones judiciales? En caso afirmativo, señale en cuáles, incluyendo la referencia correspondiente.

Sí. En particular, este concepto ha estado ligado principalmente al derecho a la consulta previa³³, que debe analizarse desde la perspectiva de los dere-

³¹ Ley 1479 de 2011. Diario Oficial No 48.206 (28 de septiembre de 2011): “Por medio de la cual se aprueba la “Decisión del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico–OCDE, que establece un centro de desarrollo de la organización”, adoptada por el Consejo en su vigésima novena reunión, en París, el 23 de octubre de 1962, y el “Acuerdo mediante Canje de Notas entre el Gobierno de Colombia y la Secretaría General de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE, para la vinculación de Colombia como miembro del Centro de Desarrollo de la OCDE”, concluido el 24 de julio de 2008”.

³² Raúl Saéz. *La OCDE y el ingreso de Chile. Estudios Internacionales* (2010) 93-112.

³³ Colombia, Constitución Política de la República de Colombia 1991, Título XI, Cap 4, Art 330.

chos humanos y las libertades fundamentales de las comunidades étnicas afectadas por intervenciones en su territorio³⁴. Esto implica que las decisiones tanto del Estado como de los particulares deben estar orientadas hacia prevenir y mitigar impactos adversos en las comunidades, por lo que la consulta previa es una herramienta necesaria y efectiva para proteger y fortalecer su integridad cultural.

La Corte Constitucional de Colombia, en sentencia SU-123 de 2018 de los Magistrados Uprimny y Rojas Ríos, advierte que las empresas deben hacer uso de un estándar en debida diligencia en particular frente a la consulta previa:

*“las empresas deben seguir el estándar de “diligencia debida” en materia de derechos humanos, con base en el cual deberán celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de las instituciones representativas de los pueblos indígenas a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de iniciar actividades. Esas consultas deben permitir la identificación de los posibles efectos negativos de las actividades y de las medidas a fin de mitigarlos y contrarrestarlos. También deben propiciar la creación de mecanismos de participación en los beneficios derivados de las actividades (...)”*³⁵.

En la misma sentencia, se mencionan los Principios Rectores sobre las Empresas y los derechos humanos³⁶, advirtiendo que las empresas deben actuar con la debida diligencia para no vulnerar los derechos humanos, y que por el contrario deben contribuir a la identificación, prevención y mitigación de las consecuencias negativas. En tal sentido, *“para la Sala Plena al utilizar el estándar de debida diligencia de las empresas en relación con el respeto de los derechos de los Pueblos Indígenas es posible determinar si se vulneró el derecho a la consulta previa de una comunidad étnicamente diferenciada,*

³⁴ En la sentencia T-025/04, la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional frente al desplazamiento forzado en Colombia, mediante el Auto 004 de 2019 se realizó seguimiento frente a las políticas implementadas por el Gobierno Nacional que contribuyen al mejoramiento de la calidad de vida de las víctimas de desplazamiento forzado de los 34 pueblos indígenas en grave riesgo de extinción.

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU123/18 (2018), M.P Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

³⁶ Organización de las Naciones Unidas (2011). Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Nueva York y Ginebra: ONU. Ver: Consejo de Derechos Humanos, Resolución No A/HCR/17/31 y 17/4 de 16 de julio de 2011.

para, posteriormente, valorar la posibilidad de ordenar el remedio judicial correspondiente. Para el efecto resulta necesario, primero, verificar si el comportamiento de las empresas fue diligente para la protección los derechos de los pueblos tradicionales, con base en los estándares expuestos anteriormente. Una vez verificado el cumplimiento del deber de diligencia por parte de las empresas, corresponde al juez constitucional, en segundo lugar, verificar, a través del principio de proporcionalidad si es procedente o no adoptar determinada medida frente a las actividades de exploración y explotación (...)”³⁷.

Es así como cobra relevancia la *debida diligencia* de las empresas con relación al territorio donde se planea ejecutar alguna actividad económica, pues el Estado determinará si se cumple o no con las condiciones para su operación con el objeto de evitar que ocurran afectaciones a los Derechos Humanos de las comunidades indígenas. En efecto frente a un régimen sancionatorio reducido, su cumplimiento depende de que tanto las empresas respondan a su deber de actuar diligentemente.

Otro de los principios rectores abordados dentro de la jurisprudencia colombiana es el No. 25³⁸, relacionado con el acceso a los mecanismos de reparación³⁹. Es así que en sentencia SU-095/18, la Corte Constitucional Colombiana ordena al Ministerio de Minas y Energía, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), a la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) y a la Agencia Nacional de Minería (ANM), a la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME),

³⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU123/18, M.P Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

³⁸ Organización de las Naciones Unidas. *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos* (2011). El principio 25 contempla que: “(...) como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces”.

³⁹ A este respecto, el artículo 80 de la Constitución Política de 1991 señala frente al manejo de los recursos naturales que el Estado “deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados”, esta norma ha sido el insumo para el desarrollo jurisprudencial en relación con la debida diligencia en materia de derechos humanos que deben aplicar las empresas de hidrocarburos y mineras.

al Servicio Geológico Colombiano, robustecer las estrategias y cláusulas contractuales de participación ciudadana y exigir a las empresas del sector minero energético que respeten los derechos humanos y que realicen acciones de debida diligencia para la gestión de los riesgos ambientales y sociales con ocasión de las operaciones de sus actividades.

“Igualmente, la Corte Constitucional hace también un llamado a las personas y empresas que han suscrito o suscribirán contratos de concesión del subsuelo o de RNNR para que en sus operaciones respeten los derechos humanos, e introduzcan en sus políticas corporativas estrategias que conduzcan al cumplimiento de los principios constitucionales de participación ciudadana (...) Ello por cuanto es indispensable que quienes realicen actividades encaminadas a la exploración y explotación de recursos del subsuelo y RNNR actúen con debida diligencia para prevenir, reducir y mitigar los impactos sociales, ambientales y económicos en territorio de sus operaciones y con ello, desplegar todas las labores y gestiones necesarias para tales fines, en el marco de sus obligaciones constitucionales, legales y contractuales, con la finalidad de que las operaciones del sector minero energético al realizarse en forma sostenible conjuren sus efectos negativos, generando un aprovechamiento benéfico de recursos que, son incluso imprescindibles para la realización de las actividades humanas”⁴⁰.

Se reafirma que es el Estado, que desde sus funciones particulares, tiene la obligación de ejercer control y vigilancia sobre el sector minero en Colombia, mientras que las empresas deben comprometerse a prevenir y mitigar los efectos negativos ambientales y sobre los derechos humanos que la explotación minera pueda generar.

4. ¿Cómo se ha abordado el “levantamiento” del velo corporativo en las decisiones judiciales de su país? ¿En qué casos es posible llevarlo a cabo?

Las autoridades judiciales o algunas autoridades administrativas en ejercicio de función jurisdiccional en Colombia pueden “levantar” el velo corporativo

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU95/18 (2018) M.P Cristina Pardo Schlesinger.

de las empresas “cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta”⁴¹, en los casos previstos en las siguientes disposiciones:

Ley 222 de 1995	Disposición normativa
Título I. Capítulo VIII. Artículo 71. PARÁGRAFO ÚNICO	<i>“Cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados”.</i>
Título II. Capítulo II. Sección XIV. Artículo 148. PARÁGRAFO ÚNICO	<i>“Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente”.</i>
Título II. Capítulo III. Sección XIII. Artículo 207	<i>“Cuando los bienes de la liquidación sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos y se demuestre que los socios utilizaron la sociedad para defraudar a los acreedores, serán responsables del pago del faltante del pasivo externo, en proporción a los derechos que cada uno tenga en la sociedad. La demanda deberá promoverse por el acreedor respectivo y se tramitará por el proceso ordinario”.</i>

* Elaboración propia de los autores

En Colombia, el marco legal le otorga facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades frente a la declaratoria de nulidad⁴² de las

⁴¹ Ley 190 de 1995. Diario Oficial No 41.878 (6 de junio de 1995): “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”. Sección III Art 44.

⁴² Ley 1564 de 2012. Diario Oficial No 48.489 (12 de julio de 2012): “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Título I Cap I Art 24. Numeral 5 Ordinal d.

sociedades involucradas en actos defraudatorios que violen la ley o afecten a terceros, mediante un proceso de desestimación de la personería jurídica o el “levantamiento” del velo corporativo. A través de un concepto reciente, el oficio 220-121488 del 03 de agosto de 2018, la Superintendencia de Sociedades se pronunció al respecto:

“(...) el levantamiento del velo corporativo o la desestimación de la personalidad jurídica, supone prescindir de la limitación de la responsabilidad para hacer a los socios o accionistas responsables directos de las obligaciones de la persona jurídica, “cuando se vulnera el principio de la buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosas, desleal o deshonestas de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido”. Teniendo en cuenta que el legislador guarda silencio sobre las circunstancias que pueden dar lugar al levantamiento del velo corporativo o la desestimación de la personalidad jurídica, corresponde al juez analizar en el caso concreto y con base en las pruebas allegadas al expediente, si los hechos objeto del proceso implican la utilización de la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros (...)”⁴³.

Adicionalmente a lo contenido en el artículo 24 del Código General del Proceso⁴⁴, la figura legal de la desestimación de la personería jurídica frente a las sociedades por acciones simplificada tiene un reconocimiento expreso en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008⁴⁵, si bien no se usa la expresión de “levantamiento del velo corporativo”, su contenido y finalidad si se aproximan y son consideradas en la normatividad colombiana como una misma figura cuyo reconocimiento se puede dar a través de vías administrativas o judiciales.

⁴³ Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-121488 (3 de agosto de 2018).

⁴⁴ Ley 1564 de 2012. Diario Oficial No 48.489 (12 de julio de 2012):“Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Título I Cap I Art24. Numeral 5 Ordinal d.

⁴⁵ ibíd Cap VII Art 42.

Por su parte la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-865 de 2004, abordó el tema del “levantamiento del velo corporativo”, estableciendo que “(...) En nuestro ordenamiento jurídico se consagran algunos instrumentos que cumplen la misma función de la teoría del levantamiento del velo corporativo, prevista expresamente en otros ordenamientos, al respecto, se pueden destacar: (i) El deber constitucional y legal de no hacer daño a otro (*neminem laedere*), de acuerdo con los artículos 58 y 83 de la Constitución y con el artículo 2341 del Código Civil; (ii) la responsabilidad por el abuso del derecho según el artículo 830 del Código de Comercio; (iii) la responsabilidad subsidiaria en casos de concordato o liquidación de sociedades subordinadas, conforme al parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995; y (iv) la responsabilidad por actos defraudatorios prevista en el artículo 207 de la misma ley (...) Por consiguiente, la limitación de riesgo de las sociedades de capital, no es un derecho absoluto que pueda ser utilizado de manera indiscriminada por los asociados, pues si a partir de su uso se defraudan los intereses legítimos de terceros, entre estos, los derechos de los trabajadores y pensionados, se pueden acudir a las herramientas legales propias del levantamiento del velo corporativo, para obtener la reparación del daño acontecido”⁴⁶.

En la misma providencia se relaciona que la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha expresado, respecto del “Levantamiento” del velo corporativo que “(...) Pese a que la personalidad es un privilegio que la ley le otorga a la sociedad exclusivamente para el fin concreto y determinado que se propuso al momento de su creación, cuando en su desarrollo práctico propicia abusos y fraudes se hace necesario prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para desvelar las personas e intereses ocultos tras ella. Es así como la doctrina ha elaborado la teoría del levantamiento del velo de la sociedad o *lifting the veil*, conocida también en el derecho anglosajón como *disregard of legal entity*, que son medios instrumentales o técnicas de aplicación de los tribunales, cuando la personalidad jurídica es utilizada para lograr fines ajenos a aquellos para los cuales se creó, caso en el cual debe prescindir de tal persona y tomar en consideración los hombres y los intereses que detrás de ella se esconden. (...) Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de una manera abusiva, el juez puede descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue, por lo cual ha de romper con el hermetismo

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-865/04 (2004), MP Rodrigo Escobar Gil

que la caracteriza, esto es, con la radical separación entre persona jurídica y sus miembros componentes. Este abuso tiene lugar cuando la persona jurídica se utiliza para burlar la ley, para quebrantar obligaciones, para conseguir fines ilícitos y en general para defraudar” (...) En la legislación colombiana se acepta el allanamiento de la personalidad jurídica en el ámbito de la contratación estatal en el ya citado artículo 8 ordinal literal i) de la ley 80 de 1993. (...)”⁴⁷.

Con relación a las providencias puntuales donde se haya levantado el velo corporativo, la Superintendencia de Sociedades mediante sentencia 800-55 del 16 de octubre de 2013⁴⁸ realizó la desestimación de la personería jurídica de las sociedades demandadas pertenecientes al grupo empresarial Mónica Colombia S.A.S por cometer fraude a la ley. Al probarse que el grupo constituyó diversas empresas para acceder en varias ocasiones a un incentivo rural otorgado por el Estado. El levantamiento del velo corporativo se realizó con el objeto de que se restituyeran los valores de los incentivos recibidos irregularmente con su correspondiente actualización monetaria.

La misma entidad mediante sentencia 800-122 del 11 de diciembre de 2017⁴⁹, desestimó la personalidad jurídica de las empresas demandadas al encontrar plenamente probado que se realizaron acciones fraudulentas previo a la liquidación de una de las sociedades, al transferir activos sociales en perjuicio de sus acreedores. La Superintendencia de Sociedades realizó el levantamiento del velo corporativo al declarar a los accionistas solidariamente responsables por la reducción injustificada del pago al acreedor.

Si bien existen pocos pronunciamientos judiciales y administrativos frente a la figura del “levantamiento” del velo corporativo o la desestimación de la personería jurídica como se conoce en el ordenamiento legal colombiano, ello no implica que el mecanismo y sus medidas no hayan sido efectivas. El desarrollo en la materia evidencia que el Estado sí cuenta con un mecanismo legal para la protección de terceros acreedores e inclusive los accionistas por actos defraudatorios de las empresas. Cabe aclarar que se debe analizar

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad No 10641, (19 de agosto de 1999). Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

⁴⁸ Superintendencia de Sociedades, Sentencia No 800-55. (16 de octubre de 2013). Fondo para el Financiamiento del sector Agropecuario contra Mónica Colombia SAS.

⁴⁹ Superintendencia de Sociedades, Sentencia No 800-55. (11 de diciembre de 2017). Panavias Ingeniería & Construcciones SA en Reorganización contra Agropuestos SAS y otros.

si las violaciones a los derechos humanos pueden encajar en los supuestos establecidos para la procedencia del levantamiento del velo corporativo, particularmente en la defraudación de terceros o abuso del derecho en desconocimiento de la función social de la actividad empresarial.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

5. Señale las disposiciones normativas que establecen la responsabilidad civil por actos ilícitos (responsabilidad civil extracontractual)

Las disposiciones normativas que establecen la responsabilidad civil por actos ilícitos se encuentran en la Ley 84 de 1873, o Código Civil,⁵⁰ desde el artículo 2341 hasta el artículo 2356. El artículo cardinal en responsabilidad civil extracontractual es el artículo 2341, como cláusula general de responsabilidad para todo aquel que genere un daño antijurídico.⁵¹ Se debe precisar que el ordenamiento colombiano no contempla una lista exhaustiva de actos ilícitos que generen responsabilidad, estableciéndose una obligación general de reparar.⁵²

6. ¿Se ha abordado o desarrollado en la jurisprudencia de su país la noción de responsabilidad civil extracontractual?

Sí, los sistemas de cláusula general dejan en manos de la jurisprudencia el desarrollo de los intereses tutelados o protegidos por el derecho de daños y también las teorías respecto de la atribución del daño. Sobre el particular, ha manifestado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

En relación con el mencionado precepto [el de Responsabilidad Civil extracontractual], cardinal en el régimen del derecho privado por cuanto

⁵⁰ Congreso de Colombia, *Código Civil Colombiano* (1987).

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia ref.: 19001-3103-003-2005-00058-01 (16 de septiembre de 2011). MP Arturo Solarte Rodríguez.

⁵² Diego Alejandro Sandoval Garrido. *Reparación integral y responsabilidad civil: El concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas* (2013).

constituye la base fundamental de la responsabilidad civil extracontractual, debe recordarse que cuando un sujeto de derecho, a través de sus acciones u omisiones, causa injustamente un daño a otro, y existe, además, un factor o criterio de atribución, subjetivo por regla general y excepcionalmente objetivo, que permita trasladar dicho resultado dañoso a quien lo ha generado -o a aquél que por éste deba responder-, surge a su cargo un deber de prestación y un derecho de crédito en favor de la víctima, que tiene por objeto la reparación del daño inferido, para que quien ha sufrido el señalado detrimento quede en una situación similar a la que tendría si el hecho ilícito no se hubiera presentado, es decir, para que se le repare integralmente el perjuicio padecido.

De conformidad con lo anteriormente reseñado, es menester tener presente que para que se pueda despachar favorablemente una pretensión de la mencionada naturaleza, en línea de principio, deben encontrarse acreditados en el proceso los siguientes elementos: una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica; un daño o perjuicio, esto es, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva; una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación; y, finalmente, un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva (v.gr. riesgo).⁵³

Un ejemplo de la labor del juez en el desarrollo de la noción de responsabilidad civil extracontractual se encuentra en la sentencia del 30 de junio de 1962,⁵⁴ donde la Corte Suprema de Justicia adoptó una teoría respecto de la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas.⁵⁵ En dicha

⁵³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 16 de septiembre de 2011 Exp Rad 20050005801 (2011).

⁵⁴ Los hechos de este caso se relacionaban con un accidente de tránsito producido por un automotor del cuerpo de Bomberos de Bogotá que fue conducido en contravía por un empleado de esa empresa, y atropelló a dos transeúntes ocasionándoles lesiones corporales.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de junio de 1962 (1962). MP José J Gómez.

ocasión se señaló que aquella es directa, sin importar el rango o posición que ocupe en la organización el agente productor del daño.⁵⁶

6.1. *En caso afirmativo, ¿se ha utilizado este mecanismo para abordar cuestiones de derechos humanos?*

Sí, en el sentido que se desarrolla en el acápite subsiguiente.

6.1.1. En caso afirmativo, ¿existen casos que aborden específicamente la responsabilidad empresarial por afectaciones a derechos humanos? De ser así, ¿Se usó el mecanismo de control de constitucionalidad o convencionalidad?

Aunque el derecho de daños no aborda directamente cuestiones de derechos humanos, es importante anotar que, en el contexto de Empresas y Derechos Humanos, en 2016 CSJ estableció la posibilidad de la culpa organizacional de personas jurídicas. Esta permite identificar que no solo una conducta individual puede ser el origen de un daño, sino también el conjunto de falencias de planeación, control, organización, coordinación, utilización de tecnología, organización o deficiencia en políticas de prevención de una empresa.⁵⁷ En esa línea, en el marco de procesos de responsabilidad civil extracontractual se han mencionado cuestiones de derechos, tales como la creación de categorías autónomas de daño extrapatrimonial que cubren lesiones o vulneraciones a derechos fundamentales.⁵⁸

Un ejemplo de las anteriores consideraciones es la creación de categorías de daño indemnizable, como el “daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional”, la cual busca cubrir lesiones o vulneraciones a “derechos humanos fundamentales”.⁵⁹ Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia ha resuelto algunos casos en materia de daños ambientales entre

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC9193/2017 (28 de junio de 2017). M.P. Ariel Salazar Ramírez.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC13925-2016 de 30 de septiembre de 2016. MP Ariel Salazar Ramírez.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC10297-2014 (5 de agosto de 2014). MP Ariel Salazar Ramírez.

⁵⁹ ibíd 34 y 38.

particulares, los cuales, más allá de afectar el interés colectivo del medio ambiente, generan menoscabos a otros intereses o derechos de particulares.⁶⁰

En el compendio jurisprudencial colombiano de responsabilidad civil,⁶¹ que comprende decisiones desde 1886 hasta 2019, no se encuentran menciones directas a responsabilidad empresarial por afectaciones a derechos humanos como una categoría independiente. Sin embargo, la CSJ ha resuelto casos en donde los daños causados por empresas afectan derechos humanos. Puede mencionarse como ejemplo el caso “Machuca” o caso “Ocensa”. Éste, se remonta a los hechos ocurridos el 18 de octubre de 1998 en el corregimiento de Machuca, donde, una fracción del grupo guerrillero ELN detonó cargas explosivas en el oleoducto Cusiana-La Belleza-Vasconia-Coveñas. La explosión produjo un derrame de cerca de 22.000 barriles de petróleo que terminaron en el cauce del río Pocuné. Por medio del río, el crudo en llamas llegó al corregimiento en horas de la noche, provocando la muerte de ochenta y cuatro personas. Los familiares de las víctimas y algunas de ellas, buscaron la declaración de responsabilidad civil extracontractual contra la Sociedad Oleoducto Central S.A. (Ocensa) confirmando en casación el pago de nueve mil cuatrocientos millones de pesos en total⁶².

⁶⁰ “Justamente, para la Sala, daño ambiental sólo es el inferido a los bienes ambientales y, por tanto, al ambiente, o sea, a un derecho, colectivo, valor o interés público, cuyo titular exclusivo es la colectividad, y cuya reparación versa sobre éste, sin mirar al interés individual sino al de toda la comunidad, así en forma indirecta afecte a cada uno de sus integrantes. Contrario sensu, cuando el daño ambiental, ocasiona también un daño a intereses singulares, particulares y concretos de un sujeto determinado o determinable, el menoscabo atañe y afecta estos derechos, a su titular y su reparación versa sobre los mismos, o sea, mira al interés particular y no colectivo. En este supuesto, no se trata de daño ambiental, sino del detrimento de otros derechos, es decir, la conducta a más de quebrantar bienes ambientales, lesiona la esfera jurídica individual de una persona o grupo de personas, ya determinadas, o determinables. Compréndase, por ende, la nítida diferenciación del daño ambiental y el inferido a otros intereses particulares como consecuencia directa o indirecta, inmediata, consecuente, refleja, conexas o de rebote del mismo evento dañoso. Ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC2758-2018 (16 de julio de 2018). Exp Rad 73001310300419990022701. MP Luis Alonso Rico Puerta.

⁶¹ Nubia Cristina Salas Salas, *Responsabilidad Civil Compendio Jurisprudencial, Relatoría De La Sala De Casación Civil De La Corte Suprema de Justicia* (2019).

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC5686-2018. (19 de diciembre de 2018). MP Margarita Cabello Blanco.

6.1.2. En caso negativo, ¿sería factible que los tribunales conocieran de casos de responsabilidad civil extracontractual por violaciones a derechos humanos relacionadas con empresas?

Como se manifestó al inicio del acápite, conforme a la cláusula general de responsabilidad civil establecida en el artículo 2341 del Código Civil sería posible considerar que, de acreditarse los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual desarrollados por la jurisprudencia por un daño a derechos humanos, se podría causar la obligación de indemnizar. No obstante, esta es una obligación genérica que no desarrolla aspectos particulares frente a la debida diligencia, particularmente el relativo al acceso de los mecanismos de reparación⁶³. En igual sentido, la obligación genérica de reparar solo aplica en el caso de la causación efectiva del daño, hecho que impediría la aplicación de tutela judicial en materia civil para casos de mitigación de riesgos.

7. ¿Existe o podría existir un vínculo entre la responsabilidad civil extracontractual y la debida diligencia en derechos humanos?

Sí, en el análisis de un caso de responsabilidad, en cierto punto será relevante revisar el factor de su atribución. Este factor puede ser objetivo (*e.g.* riesgo) o subjetivo (*e.g.* culpa). Cuando se trate del primero, la conducta del agente dañador será comparada con un estándar esperado. Es decir, el acto culposo debe ser analizado comparándose con un estándar de conducta esperado. Y si la debida diligencia es el proceso que deben llevar a cabo las empresas para poder identificar, prevenir y mitigar cualquier tipo de impactos negativos reales o potenciales a derechos humanos,⁶⁴ parece oportuno anotar que el estándar contra el cual se comparará la conducta del sujeto o del agente, será definido por la debida diligencia. En consecuencia, siguiendo en el supuesto de los casos donde se trate de un factor de atribución como la culpa (regla general), el agente dañador se exonerará probando que actuó de manera diligente. Esto último, nuevamente, podrá ser determinado por los procesos de debida diligencia.

⁶³ OACNUDH. *Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”* (2011).

⁶⁴ OCDE. *Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable* (2018) <<https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>>.

Como consecuencia de fijar el estándar, lo que exonera al demandado en ese caso, es mostrar que actuó de acuerdo con los criterios de cuidado que le fueran exigibles a un sujeto colocado en las mismas circunstancias⁶⁵ y que a pesar de haber actuado debidamente, ocasionó el daño. Circunstancia que no servirá cuando la responsabilidad del actor sea objetiva.

En el ámbito de la teoría de la culpa organizacional, se ha establecido que en la actividad empresarial contemporánea, un daño a un bien jurídico ajeno no sólo puede originarse como resultado de la ejecución de las decisiones administrativas o del despliegue de conductas adoptadas por la cadena jerárquica, sino que puede deberse a falencias de planeación, de control, de organización, de coordinación, de disposición de recursos, de utilización de la tecnología, de flujos en la comunicación, de falta de políticas de prevención, entre otras variables que deben quedar plenamente identificadas para efectos de asignación de responsabilidad, pero que no siempre son atribuibles a uno o varios individuos determinados, por lo que el funcionamiento de la organización no se mide según las nociones tradicionales extraídas del paradigma de la conciencia y la voluntariedad moral del ser humano.⁶⁶ Las anteriores consideraciones muestran que la debida diligencia también podrá ser consultada al atribuir responsabilidad a una persona jurídica, en virtud de errores de planeación, o deficiencias en políticas de prevención que, se puedan haber reflejado en un evento dañoso para uno o varios sujetos. En conclusión, se puede afirmar que la debida diligencia, en los escenarios en donde haya un factor subjetivo de responsabilidad puede estar estrechamente relacionada con la responsabilidad civil extracontractual.

8. ¿Prevé la legislación civil de su país la responsabilidad vicaria, es decir, la responsabilidad por actos de un tercero subordinado?

Sí, como se vio en este cuestionario, en Colombia, las personas jurídicas no responden civilmente de manera indirecta (vicaria), sino directa, y su

⁶⁵ Universidad de los Andes. *Debida diligencia como causal de exoneración* (2011) <https://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/doku.php?id=debida_diligencia_como_causal_de_exoneracion>.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC13925-2016 (30 de septiembre de 2016). MP Ariel Salazar Ramírez.

fundamento es la regla general del artículo 2341 del Código de Comercio.⁶⁷ No obstante, como la pregunta no se refiere a este caso concreto, sino en general, la respuesta debe ser afirmativa, al comprender varios otros escenarios.

El art. 2347 del Código Civil establece que las personas, además de responder por su propio hecho, deben responder por el hecho dañoso de las personas que tuvieran a su cuidado. De otro lado, el art. 2349 contempla la responsabilidad del empleador por los daños causados por los trabajadores (criterio que no es aceptado, como sí lo era antes de 1962, como fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas)⁶⁸.

9. ¿Prevé la legislación sustantiva y procesal de su país la posibilidad de atraer a su jurisdicción civil a una empresa matriz extranjera por daños ocasionados por su subsidiaria?

No. La sola relación de subordinación⁶⁹ no se traduce en responsabilidad solidaria de la matriz o controlante frente a las obligaciones que contraiga la controlada.⁷⁰ Aunque variará según el tipo de sociedad, la regla general es que existe una limitación de responsabilidad entre la sociedad y sus socios. Esto aplica igual cuando alguno de sus socios es otra sociedad que ocupa una posición de controlante.

En últimas, el reclamo de responsabilidad civil generaría un débito resarcitorio en el patrimonio de la subsidiaria, y por estar diferenciado del patrimonio de la matriz, ésta no podría ser vinculada.⁷¹ Este tipo de separación justifica el llamado de la Relatoría de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC13630 2015 (7 de octubre de 2015). MP Ariel Salazar Ramírez.

⁶⁸ ibíd.

⁶⁹ Una subsidiaria es entendida como una sociedad cuyo poder de decisión está sometido a la voluntad de otra u otras personas, que serán su matriz o controlante. Cuando lo anterior se haga por intermedio de las subordinadas de la matriz, se llama subsidiaria (Código de Comercio, art 260).

⁷⁰ Superintendencia de Sociedades. Oficio 125-6581 del 5 de marzo de 2001 (2001) <https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/24453.pdf>.

⁷¹ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-170770 del 12 de diciembre de 2019 (2019).<https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-170770_DE_2019.pdf>.

Medioambientales (REDESCA) de la CIDH para la implementación de regímenes jurídicos de responsabilidad compartida de la matriz o del grupo empresarial,⁷² pues en algunas ocasiones, el mal estado financiero de la subsidiaria podría dejar indeterminada la reparación civil de las víctimas.

Entonces, como regla general, no podrá responder la matriz por la subsidiaria (sin embargo, excepcionalmente y según el tipo social esto podrá suceder).⁷³ Y si materialmente no está obligada a responder, con mayor razón no podrá ser “atraída” procesalmente a la jurisdicción civil colombiana. No obstante, hay un escenario donde, de manera nuevamente excepcional la matriz o controlante responderá de forma subsidiaria (no directa) por la controlada. Se trata del artículo 61 de la Ley 1116 de 2006⁷⁴ que regula y reforma el régimen de insolvencia empresarial en Colombia. Esta norma dispone que cuando la situación de insolvencia o liquidación se haya causado con ocasión a las actuaciones de la matriz o controlante, “en virtud de la subordinación”, en su interés y en contra del beneficio de la sociedad; la matriz responderá de forma subsidiaria por las obligaciones de su controlada. Estas obligaciones, que podrán ser de distinta índole para la sociedad, podrán contener un débito resarcitorio originado en una afectación a derechos humanos. La misma ley dispone en su artículo 82⁷⁵ otra excepción al beneficio de la limitación de responsabilidad de los socios,⁷⁶ administradores o revisores fiscales, quienes deberán responder por el faltante del pasivo externo de la sociedad cuando la prenda común de la subsidiaria o simplemente de la sociedad sufra detrimento por conductas suyas de carácter culposo o doloso. Como puede verse, es en escenarios de insolvencia y en particular de

⁷² CIDH y Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales (REDESCA). ‘Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos’ (2019) <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>>.

⁷³ Para efectos de su representación, debe seguirse el art. 58 del Código General del Proceso, donde se detalla la representación de personas jurídicas extranjeras y organizaciones sin ánimo de lucro. Haciendo la distinción en los casos en donde aquellas tengan o no negocios permanentes en Colombia.

⁷⁴ Congreso de Colombia. ‘Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia. Ley 1116 de 2006. Diciembre 27 de 2006’ (2006) <https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Ley_1116_2006.pdf>.

⁷⁵ ibíd.

⁷⁶ Una sociedad extranjera, se insiste, podrá ser socia mayoritaria, y controlante de la sociedad que cometa el daño. Entablando una relación de subordinación a la luz del art. 260 del código de comercio.

liquidación que puede responder la matriz por obligaciones de la subsidiaria. En conclusión, a pesar de la existencia de ambas posibilidades excepcionales, no se trata de normas que hablen particularmente de responder por daños y menos por daños a derechos humanos.

Distinto sería si se preguntara no por una subsidiaria sino por una sucursal de una matriz extranjera.⁷⁷ En este caso, cuando una sociedad extranjera busque desarrollar actividades permanentes en Colombia, deberá constituir una sucursal en el país.⁷⁸ La sucursal, al tener la calidad de establecimiento de comercio, para todos sus efectos, no tiene personería jurídica y por lo tanto no separa o diluye la responsabilidad de la sociedad extranjera.⁷⁹ En este caso, las obligaciones y derechos que contraiga o adquiera respectivamente la sucursal, serán de la sociedad extranjera. Como las obligaciones de reparar que surjan de daños ocasionados a terceros. Asimismo, la demanda se debe dirigir contra el mandatario⁸⁰ o representante legal de la sucursal que tiene la personería de la sociedad para todos los efectos legales, aunque formalmente es la sociedad extranjera quien tiene la capacidad procesal para demandar y ser demandada.⁸¹

9.1. En caso afirmativo, ¿es posible solicitar información sobre la empresa matriz a su Estado de origen por medio de la cooperación judicial internacional?

A pesar de que la anterior pregunta no se respondió afirmativamente, se puede hacer una breve mención a los medios existentes que se sirven de la cooperación judicial internacional.

⁷⁷ Decreto 410 de 1971. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de julio de 1971 (1971): "Por el cual se expide el Código de Comercio".

⁷⁸ *ibíd.*

⁷⁹ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-115939 del 14 de julio de 2020 (2020) https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-115939_DE_2020.pdf.

⁸⁰ Quien también podrá comprometer civilmente a la sociedad. Sin embargo, en estos casos solo se compromete la responsabilidad de la sociedad cuando el representante obra dentro del ámbito de las atribuciones que le otorgue el órgano de dirección de la matriz, por lo que no podría ser cualquier reclamación por cualquier afectación a derechos humanos, naturalmente debe revisarse caso por caso.

⁸¹ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-054732 del 18 de abril de 2018 (2018) <https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-054732.pdf>

En primer lugar, se encuentra la figura de la comisión en el exterior, regulada en el art. 41 del Código General del Proceso. Esta permite a un juez colombiano, comisionar al cónsul o agente diplomático de Colombia en el país respectivo, con el fin de que lleve a cabo una diligencia y que posteriormente se la remita directamente. La comisión en el exterior, por supuesto, está condicionada a la existencia de tratados internacionales de cooperación judicial que existan entre Colombia y el país donde se desarrolla la diligencia. Para este fin será de utilidad revisar caso a caso la existencia⁸² de convenciones que impliquen la cooperación. En el caso de Colombia, regionalmente se encuentran ratificadas las convenciones interamericanas sobre: Exhortos o Cartas Rogatorias; Recepción de Pruebas en el Extranjero; Ejecución de Medidas Cautelares; Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros; Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero; y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias.⁸³

Además de la especial mención a la comisión en el exterior, se destaca la existencia de las figuras que responden a las necesidades de cooperación judicial internacional: el exhorto o despacho comisorio; las cartas rogatorias y las notas suplicatorias. La segunda se caracteriza, en contraste con la primera, por la ausencia de un convenio de cooperación judicial internacional.⁸⁴

9.2. *En caso afirmativo, ¿existen ejemplos de decisiones judiciales que pueda compartir?*

No aplica.

⁸² Para ver los demás convenios bilaterales o multilaterales que facilitan la cooperación judicial internacional, véase la biblioteca de tratados de la Cancillería de Colombia: <http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/SitePages/BuscadorExternoForm.aspx>.

⁸³ Departamento de Derecho Internacional de la OEA. 'Resumen de estado de firmas y ratificaciones – Estados miembros de la organización de los Estados americanos' (2020). <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/derecho_internacional_privado_resumen_estado_firmas_ratificaciones.pdf>.

⁸⁴ Cancillería de Colombia, 'Cooperación judicial internacional' <https://www.cancilleria.gov.co/tramites_servicios/cooperacion_judicial>; Cancillería de Colombia, 'Exhorto o despacho comisorio'. https://www.cancilleria.gov.co/tramites_servicios/cooperacion_judicial/exhorto_despacho_comisorio>; Cancillería de Colombia, 'Cartas rogatorias', <https://www.cancilleria.gov.co/tramites_servicios/cooperacion_judicial/cartas_rogatorias> .

III. RESPONSABILIDAD PENAL

10. ¿Prevé la legislación penal de su país la responsabilidad penal de las personas jurídicas?

No, en la actualidad, el Código Penal colombiano no contempla la posibilidad de aplicar sanciones penales de forma directa a las personas jurídicas a través de las cuales se desarrollen comportamientos delictivos. Sin embargo, en virtud de la cláusula del actuar por otro, incluida en el artículo 29 de dicho instrumento, existen otras disposiciones del ordenamiento jurídico penal que establecen que las personas jurídicas implicadas en delitos podrían ser sancionadas a través de las denominadas medidas accesorias, y que se desarrollan en el siguiente apartado.

10.1. En caso afirmativo, por favor comparta las disposiciones jurídicas pertinentes.

Artículo 65 de la Ley 600 de 2000: cancelación de Personería Jurídica de Sociedades u Organizaciones dedicadas al desarrollo de actividades delictivas, o cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público.

Artículo 91 de la Ley 906 de 2004: Suspensión y cancelación de la personería jurídica. La naturaleza de la medida contenida en el art. 91 del Código de Procedimiento Penal colombiano es todavía objeto de discusión: de conformidad con la sentencia C-558 de 2004, para la Corte Constitucional la medida de suspensión o cancelación de la personería jurídica de un ente colectivo no corresponde a un régimen de responsabilidad penal para estos, sino a una medida de carácter procesal, empleada para procurar que cesen los efectos del delito; sin embargo, en la Cartilla del Ministerio del Interior – gestor del proyecto 10 – sobre el Estatuto Anticorrupción (2011), se considera que la misma constituye una herramienta que extiende la responsabilidad penal de los entes colectivos.

Artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, modificado por el artículo 35 de la Ley 1778 de 2016. Se adoptó medidas contra personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o

indirectamente. En este sentido, se aplicarán las disposiciones del artículo 91 del Código de Procedimiento Penal tendientes a la cancelación de la persona jurídica o del establecimiento de comercio, esto, sin perjuicio de medidas de índole administrativo que puedan llegar a ser adoptadas por autoridades como la Superintendencia de Sociedades.

10.2. En caso negativo, señale si se han llevado a cabo debates legislativos al respecto

El proyecto de Ley No. 117 de 2018, “Por la cual se adoptan medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortalecer el Ministerio Público y se dictan otras disposiciones”, planteó la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico colombiano. En concreto, se propone que las personas jurídicas de derecho privado deben responder penalmente por los delitos contra la administración pública, contra el medio ambiente, contra el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada y por todos aquellos delitos que afecten el patrimonio público. Esta responsabilidad se determinará con aplicación de los principios y reglas generales del derecho penal, cuando estos sean compatibles con su naturaleza, y con arreglo a lo previsto de manera especial en esta ley. Adicionalmente, se plantea que dicha responsabilidad debe ser autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales, así como de la responsabilidad administrativa que surja por la participación en actos de soborno activo transnacional, con arreglo a lo previsto en la Ley 1778 de 2016.

El proyecto de ley No. 117 de 2018 fue archivado en el Senado, conforme al artículo 162 de la Constitución Política, el cual establece que los proyectos de ley que no hubieren completado su trámite en una legislatura y que hubieren recibido primer debate en alguna de las cámaras, continuarán su curso en la siguiente, en el estado en que se encuentren. Ningún proyecto podrá ser considerado en más de dos legislaturas.

Sumado a lo mencionado, en noviembre de 2019 se presentó una “proposición aditiva” que buscaba crear la responsabilidad penal de las personas

jurídicas en Colombia, y se planteó incluirla dentro del Proyecto de Ley 05 de 2019⁸⁵.

El proyecto de Ley 05 de 2019 fue archivado conforme lo establecido en el artículo 375 de la Constitución Política, el cual indica que el proyecto tendrá lugar en dos periodos ordinarios y consecutivos.

11. En caso de que la legislación penal de su país prevea la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿por cuáles conductas puede ser una empresa sujeta de dicha atribución de responsabilidad? ¿Cuáles de esas conductas son equivalentes o equiparables a violaciones de derechos humanos?

No aplica.

12. ¿Cuáles son los tipos de sanciones que pueden ser aplicadas a una empresa?

Las sanciones (medidas accesorias) que pueden ser aplicadas a una empresa pueden ser multas, la suspensión o disolución definitiva de su personalidad jurídica, la difusión de la sanción en un medio de amplia difusión y el cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público conforme al artículo 91 de la Ley 906 de 2004.

13. ¿Existen decisiones judiciales en su país que hayan determinado la responsabilidad penal de una persona jurídica?

No. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en varias oportunidades se ha pronunciado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de la siguiente forma:

- *Sentencia C-320 de 1998*. La Corte Constitucional analizó las objeciones presidenciales al proyecto de Ley 235/96 Senado-154/96 Cámara, “por el cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal”, indicando que “Es evidente que las sanciones a ser aplicadas a

⁸⁵ Congreso de Colombia, ‘Gaceta No. 1165’ (2019), <<https://www.infolaft.com/wp-content/uploads/2019/12/gacetacongreso1165.pdf?x58473>>.

las personas jurídicas serán aquellas susceptibles de ser impuestas a este tipo de sujetos y siempre que ello lo reclame la defensa del interés protegido. En este sentido, la norma examinada se refiere a las sanciones pecuniarias, a la cancelación del registro mercantil, a la suspensión temporal o definitiva de la obra y al cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones. Esta clase de sanciones—que recaen sobre el factor dinámico de la empresa, su patrimonio o su actividad—pertenece a la naturaleza de la persona jurídica y, en modo alguno, resulta contraria a las funciones de la pena. La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva”.

- *Sentencia C-843 de 1999.* La Corte Constitucional avocó conocimiento de la demanda de inconstitucionalidad del art. 26 de la Ley 491 de 1991 (Ley de seguro ecológico), precisando aspectos como el principio de legalidad en materia penal y el debido proceso en cuanto a la persona jurídica, así: Si el delito es cometido por la persona jurídica, la norma enuncia varias sanciones, como la multa, la cancelación del registro mercantil, la suspensión temporal o definitiva de la obra o actividad, o el cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones. Sin embargo, como bien lo señala la Vista Fiscal, en ningún momento la disposición señala cuándo debe el juez aplicar una u otra sanción, ni especifica sus límites, pues no establece cuál es el término máximo de la suspensión de la obra o actividad, o del cierre, ni el monto máximo o mínimo de la multa. Por consiguiente, la Corte coincide con el Procurador en que esa mera enunciación de sanciones penales, sin definir límites y elementos ciertos de aplicación de las distintas penas, viola el principio de legalidad, pues será el fallador, con criterios subjetivos, quien determine, con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, cuál es la pena aplicable.
- *Sentencia C-559 de 1999.* La Corte Constitucional estudió la constitucionalidad del art. 68 de la Ley 488 de 1998, sobre las importaciones a través de sociedades aduaneras y almacenes generales de depósito, precisando que la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma se realiza en virtud de la ambigüedad de la misma y no propiamente

porque la Corte no esté de acuerdo con la penalización del delito de contrabando, cuando se adelante por personas naturales o jurídicas: Por último, la Corte precisa que esta declaración de exequibilidad deriva de la ambigüedad de la descripción penal, pero no implica en sí misma **un cuestionamiento a la posibilidad de que se penalicen conductas ligadas al contrabando, sean éstas adelantadas por personas naturales o por personas jurídicas.**

- **Sentencia C-009 de 2013.** La Corte Constitucional al conocer de la demanda de inconstitucionalidad del art. 402 del Código Penal, en el que se tipifica el delito de omisión de agente retenedor o autorretenedor, indicó que “el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 establece: i) El sujeto activo cualificado y el pasivo de la conducta punible como son, respectivamente, el agente retenedor o autorretenedor y el responsable del IVA (personas naturales o jurídicas) y el Estado”

13.2. En caso afirmativo, ¿dicha decisión tuvo relación con conductas equiparables o equivalentes a violaciones a derechos humanos?

En las decisiones anteriormente mencionadas no se determinó la responsabilidad penal de una persona jurídica, sino que se trata de pronunciamientos jurisprudenciales respecto de la constitucionalidad de algunas disposiciones normativas.

14. ¿Prevé la legislación penal de su país que una víctima pueda exigir una reparación civil dentro del proceso penal, o debe ser un procedimiento separado?

Sobre el particular, se debe hacer una precisión respecto de dos regímenes procesales penales. El primero, de la Ley 600 de 2000, vigente hasta el año 2005 y aplicable a aforados y la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal vigente.

Efectivamente, en vigencia de la Ley 600 de 2000, el artículo 45 dispone:

“Artículo 45. Titulares. La acción civil individual o popular para el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por la conducta punible, podrá ejercerse ante la jurisdicción civil o dentro del proceso penal, a elección de las personas naturales o jurídicas per-

judicadas, por los herederos o sucesores de aquellas, por el Ministerio Público o por el actor popular cuando se trate de lesión directa a bienes jurídicos colectivos. En este último evento, sólo podrá actuar un ciudadano y será reconocido quien primero se constituya. El actor popular gozará del beneficio de amparo de pobreza de que trata el Código de Procedimiento Civil (...).

En ese sentido, la Sentencia T-589 de 2005, indicó que *“el ordenamiento procesal penal conforme a la modalidad de daño: personal o colectivo, distingue a la parte civil en individual o popular. Esto significa que cuando existe una afectación a un interés jurídico personal de alcance moral o patrimonial, se legitima por parte de la ley procesal, la participación de las víctimas o de los perjudicados a título de actor civil individual, a contrario sensu, cuando el daño tiene ocurrencia sobre un derecho colectivo, se otorga dicha capacidad procesal al Ministerio Público o a cualquier ciudadano interesado en preservar su defensa, éste último, según la ley, en calidad de actor civil popular”*.

Sumado a lo anterior, el artículo 137 de la Ley 600 de 2000, establece:

“Artículo 137. Definición. (Para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528) Con la finalidad de obtener el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado por la conducta punible, el perjudicado o sus sucesores, a través de abogado, podrán constituirse en parte civil dentro de la actuación penal.”

En todo proceso en el que se estudie la comisión de delitos contra la administración pública, será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada. Si el representante legal de esta última fuera el mismo sindicato, la Contraloría General de la República o las Contralorías Territoriales, según el caso, deberán asumir la constitución de parte civil; en todo caso, cuando los organismos de control fiscal lo estimen necesario en orden a la transparencia de la pretensión podrán intervenir como parte civil. Cuando la perjudicada sea la Fiscalía General de la Nación, estará a cargo del Director Ejecutivo de la Administración Judicial o por el apoderado especial que designe.

En lo que respecta a la Ley 906 de 2004, se estableció la figura del incidente de reparación integral. Esta figura, que se aplica cuando existe una sentencia

condenatoria en firme, tiene como objeto que se de reparación completa e íntegra a la víctima reconocida por los daños causados con ocasión a la conducta punible⁸⁶.

El artículo 102 de la Ley 906 de 2004 establece:

“Artículo 102. Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral. En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal.”

Sobre la naturaleza del incidente de reparación, ha manifestado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“El incidente de reparación integral adoptado en la sistemática de la Ley 906 de 2004, es un mecanismo procesal encaminado a viabilizar de manera efectiva y oportuna la reparación integral de la víctima por el daño causado con el delito, por parte de quien o quienes puedan ser considerados civilmente responsables o deban sufragar los costos de tales condenas (el declarado penalmente responsable, el tercero civilmente responsable y la aseguradora), trámite que tiene lugar una vez emitido el fallo que declara la responsabilidad penal del acusado, agotadas, por supuesto, las etapas procesales de investigación y juicio oral. Se trata, entonces, de un mecanismo procesal independiente y posterior al trámite penal propiamente dicho, pues el mismo ya no busca obtener esa declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito—reparación en sentido lato—y cualesquiera otras expresiones encaminadas a obtener la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia, todo lo cual está cobijado por la responsabilidad civil (...)”⁸⁷

⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C.250 de 2011 (2011), MP Mauricio González Cuervo.

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 13 de abril de 2011, Exp Rad 34145 (2011).

Nótese que esta figura, fundamentada en la vocación de reparación integral, verdad y justicia de las víctimas, cumple una finalidad esencial dentro del proceso penal. No obstante, y a diferencia de la Ley 600 de 2002, el incidente de reparación integral no se trata de una nueva acción de tipo civil, sino de un trámite particular dentro del proceso penal, esto, sin perjuicio que apliquen las normas y jurisprudencia civil para la tasación de perjuicios⁸⁸.

15. ¿Podría un tribunal penal ejercer jurisdicción sobre una persona jurídica de su país por actos delictivos cometidos en el extranjero?

En la Sentencia C- 1189/00, la Corte Constitucional indicó que el principio de nacionalidad es aquel en virtud del cual el Estado puede asumir jurisdicción sobre sus propios ciudadanos, donde quiera que estos se encuentren. Este principio tiene dos manifestaciones: el de “nacionalidad activa” que habilita al Estado para dictar normas de conducta de obligatoria observancia para sus nacionales, así estén en el exterior, y el de “nacionalidad pasiva” según el cual el Estado puede ejercer jurisdicción sobre personas, actos o cosas que lesionen los intereses de uno de sus nacionales en el territorio extranjero.

Así mismo, la Corte Constitucional hizo alusión al principio real o de protección, que faculta a los Estados para ejercer jurisdicción sobre personas, actos o situaciones que, si bien se encuentran o se generan en el exterior, lesionan bienes jurídicos que son de importancia crucial para su existencia y su soberanía, como la seguridad nacional, la salud pública, la fe pública, el régimen constitucional.

16. En caso de que su legislación prevea el principio de personalidad pasiva –es decir, que un extranjero pueda ser juzgado incluso por actos cometidos en el extranjero contra nacionales–, ¿podría esta ser aplicable a personas jurídicas por actos que puedan constituir delitos?

No. Si bien en Colombia se prevé el principio de “nacionalidad pasiva”, este hace referencia a la jurisdicción del Estado sobre personas, actos o cosas que

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP133002017-50034, Exp Rad 50034 (2017). MP Fernando Alberto Castro.

lesionen los intereses de uno de sus nacionales en el territorio extranjero, sin contemplar que este pueda ser aplicado a personas jurídicas.

17. ¿Podría un tribunal de su país ejercer la jurisdicción universal contra una empresa? En caso afirmativo, señale las conductas delictivas sobre las que podría utilizarse.

Según la Sentencia C-1189 de 2000⁸⁹, el principio de jurisdicción universal atribuye a todos los Estados del mundo la facultad de asumir competencia sobre quienes cometan ciertos delitos que han sido especialmente condenados por la comunidad internacional, tales como el genocidio, la tortura o el terrorismo, siempre que tales personas se encuentren en su territorio nacional, aunque el hecho no haya sido cometido allí. Este principio, ha sido consagrado expresamente en varios convenios internacionales que vinculan a Colombia, por ello, puede afirmarse que, en este punto del desarrollo del derecho internacional, el principio de jurisdicción universal opera cuando consta en un tratado.

El principio de jurisdicción universal está amparado legalmente en Colombia porque su aplicación se hace imperativa en la medida en que tratados y convenios internacionales, son de aplicación por vía del llamado bloque de constitucionalidad.

El Código Penal Colombiano⁹⁰ en sus artículos 14, 15 y 16 establece que la ley penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional. A la persona que cometa la conducta punible a bordo de nave o aeronave del Estado o explotada por este, que se encuentre fuera del territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en los tratados o convenios internacionales ratificados por Colombia, y a la persona que cometa en el extranjero delito contra la existencia y seguridad del Estado, contra el régimen constitucional, contra el orden económico social excepto la conducta definida en el artículo 323 del Código Penal, contra la administración pública, o falsifique moneda nacional o incurra en el delito de financiación de terrorismo y administración

⁸⁹ Corte Constitucional, Referencia: expediente D-2858 (13 de septiembre de 2000) MP: Dr Carlos Gaviria Díaz.

⁹⁰ Ley 599 de 2000. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. "Por la cual se expide el Código Penal"(2020).

de recursos relacionados con actividades terroristas, aun cuando hubiere sido absuelta o condenada en el exterior a una pena menor que la prevista en la ley colombiana. Normatividad que, si bien contempla el ejercicio del principio de la jurisdicción universal, hace referencia a personas naturales, no a personas jurídicas.

IV. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Derecho ambiental

18. Señale las disposiciones normativas que regulan la responsabilidad por un daño ambiental.

En términos generales, las disposiciones normativas que regulan la responsabilidad por daño ambiental en Colombia se encuentran en la Constitución Política de Colombia de 1991. Los artículos 8, 58, 79, 80, 81, 90 y 334 regulan el manejo y la conservación de los recursos naturales y el medio ambiente. Allí se destaca el principio de “desarrollo sostenible” y como conjunto normativo, las disposiciones ambientales se conocen como la Constitución Ecológica⁹¹.

Por su parte, la Ley 23 de 1973 (Responsabilidad Ambiental de Carácter Civil), que específicamente en su artículo 16 contiene el fundamento normativo singular, concreto o específico de la responsabilidad civil ambiental, el Decreto 2811 de 1974. (Código de Recursos Naturales Renovables), la Ley 99 de 1993, el Decreto 2150 de 1995, la Ley 1252 de 2008 y Ley 1333 de 2009 (Responsabilidad Ambiental de Carácter Administrativo) compilan los principios fundamentales que regulan la responsabilidad por daño ambiental.

Se adicionó un proceso sancionatorio ambiental independiente por medio del Decreto 1541 de 1978 (reglamentó el tema de aguas), el Decreto 948 de 1995, el Decreto, 1608 de 1978 que se ocupa de la fauna silvestre, el Decreto 1681 de 1978 que trata de recursos hídricos, el Decreto 2858 de 1981 que trata de usos del agua y residuos líquidos y el Decreto 1594 de 1984.

⁹¹ Colombia, Constitución Política de Colombia (1991), Art 80 “El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados”.

19. ¿Exige la legislación ambiental de su país la realización de estudios de impacto ambiental o la aprobación de otros instrumentos de gestión ambiental? ¿A quién corresponde llevarlas a cabo?

Sí. En Colombia, es la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) quien está a cargo, de forma principal, de la evaluación y el seguimiento de las licencias, permisos y trámites ambientales. El estudio de impacto ambiental, por ejemplo, es un instrumento básico para obras o actividades que requieran licencia ambiental según la normatividad. En virtud del Decreto 1076 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible”, los estudios de impacto ambiental incluyen los derechos y deberes que integran los fundamentos de una política ambiental.

La legislación ambiental del país exige la realización de estudios de impacto ambiental o la aprobación de otros instrumentos de gestión ambiental desde la Constitución política de Colombia en su artículo 288, ordenamiento territorial, la Ley 152 de 1994, el Decreto Ley 2811 de 1974 Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, hasta en la Ley 99 de 1993 que define precisamente los principios de la gestión ambiental del país, crea el Ministerio del Medio Ambiente y organiza el Sistema Nacional Ambiental -SINA-, creando además la Licencia Ambiental como instrumento de gestión y planificación para que desde la etapa inicial de los proyectos se contemplen las medidas de prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de efectos ambientales.

El instrumento administrativo con el cual la autoridad ambiental autoriza la ejecución de una obra, un proyecto o una actividad es la Licencia Ambiental, en el Decreto 2820 de 2010, en desarrollo de la Ley 99 de 1993, se determinan explícitamente los proyectos que requieren licencias y las autoridades a las cuales les compete otorgarlas, en la Ley 1450 de 2011 se regula el tiempo promedio para el trámite de la licencia ambiental, en la Resolución 1503 de 2010 se regulan los estudios de Impacto Ambiental.

20. ¿Qué sanciones se pueden imponer por llevar a cabo actividades empresariales⁹² sin cumplir con la normatividad ambiental?

El Decreto 1299 de 2008 da cuenta de las obligaciones que tienen las organizaciones respecto del cumplimiento de las normas ambientales. Según la Ley 1333 de 2009, en el ámbito de la generación de perjuicios al medio ambiente e independientemente de si aquellos se dan por una acción u omisión, las sanciones por el incumplimiento de la normatividad ambiental cumplen tres funciones básicas: prevención, corrección y compensación. Por su parte, el Decreto 3678 de 2010 establece una serie de criterios para el inicio del procedimiento sancionatorio correspondiente. Las sanciones aplicadas dan cuenta del desconocimiento de la normatividad y la falta de prevención. Se calculan de acuerdo con el daño, e incluyen multas pecuniarias, el cierre temporal de las actividades, el desarrollo de trabajo comunitario dirigido por la autoridad ambiental, hasta la revocatoria o caducidad de licencia ambiental.

En la Ley 99 de 1993, se habla de las sanciones y se establecen en términos de salarios mínimos legales mensuales vigentes y con la Ley 1333 de 2009 se estableció el procedimiento sancionatorio ambiental para Colombia, en cual se define la implementación del Registro Único de Infractores Ambientales (RUIA).

En el Decreto 3678 de 2010 se establecen los criterios para la imposición de sanciones, en la Resolución 2086 de 2010, se establece la metodología para la tasación de multas y las fórmulas a aplicar de acuerdo a los criterios definidos en el decreto anterior; por último, según la Ley 1466 de junio 30 de 2011, se instaura en el territorio nacional, la aplicación del Comparendo Ambiental a los infractores de las normas de aseo, limpieza y recolección de escombros, situación que afecta ostensiblemente el medio ambiente, aplicable también a empresas.

⁹² Por actividades empresariales nos referimos a proyectos de infraestructura o desarrollo, proyectos extractivos o de agroindustria, o a toda aquella actividad empresarial que pueda generar afectaciones a gran escala.

21. ¿Es posible exigir una reparación de naturaleza civil en el marco de un daño ambiental?

Sí. La Ley 1333 de 2009 estableció el procedimiento sancionatorio ambiental para Colombia, el cual es de naturaleza administrativa, se debe aclarar que la sanción administrativa no es obstáculo para que se inicien investigaciones penales o de responsabilidad civil extracontractual; se puede sancionar de manera administrativa, penal y civil.

El daño constituye la razón de ser de la responsabilidad y por ello, es básica la determinación de sus distintos aspectos y su cuantía. La Ley 23 de 1973 estableció una definición amplia de daño ambiental, señalando que se consideraba como tal, cualquier tipo de “alteración” al medio ambiente producto de una actividad humana o incluso de la misma naturaleza, que tuviera la potencialidad de interferir tanto en el bienestar de los seres humanos como en el de los recursos naturales.

Aun en los escenarios, cuando ya se ha producido el daño, el plan de reparación debe vincularse con una finalidad preventiva, buscando reorientar la conducta del infractor para que jamás vuelva a incurrir en ella. La reparación así entendida constituye un elemento integrante del principio de prevención. El efecto disuasivo de la sanción o de la medida de protección ordenada, así como la restauración del ecosistema afectado contribuyen al propósito final de preservar el medio ambiente y sus recursos.

Si bien, en la actualidad no existe un sistema uniforme de establecimiento de responsabilidad y reparación ecológica, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el artículo 16 de la Ley 23 de 1973 “contiene el fundamento normativo singular, concreto o específico de la responsabilidad civil ambiental en cuanto norma jurídica posterior, especial y de preferente aplicación a la disciplina general consagrada a propósito en el Código Civil, y también a otras disposiciones legales ulteriores sobre materias diferentes, verbi gratia, la Ley 1333 de 2009”⁹³.

En la Ley 23 de 1973 donde se consagran los elementos esenciales de la responsabilidad se estableció: “El Estado será civilmente responsable por los

⁹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de mayo de 2011 Exp Rad 52835-3103-001-2000-00005-01 (2011),MP William Námén Vargas.

daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generan contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado”.

22. ¿Existen sanciones penales por daño ambiental?

Sí, en virtud de la Ley 1453 de junio de 2011, que modifica el artículo 329 del Código Penal Colombiano, se establecen sanciones penales por daño ambiental en el ámbito de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Las sanciones incluyen tanto la privación de la libertad como el pago de multas, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar. Así mismo, a través de la Resolución 0-3438 de 2011 del Fiscal General de la Nación, se creó un cuerpo especializado para combatir los delitos contra el medio ambiente en la Fiscalía General de la Nación: la Unidad Nacional de Fiscalías de Delitos contra los Recursos Naturales y el Medio Ambiente.

23. ¿Señala explícitamente la legislación ambiental un vínculo con los derechos humanos?

Sí, la Constitución Política de 1991 reconoce el derecho a un medio ambiente sano, y lo cataloga como un derecho colectivo conforme al artículo 79. La Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha construido una doctrina de la cual surge el carácter fundamental de dicho derecho. Se pueden evidenciar varios pronunciamientos en sede constitucional donde se estima el derecho al medio ambiente sano, sin perjuicio de su derecho de carácter colectivo, como un derecho fundamental y por ende se asimila a un derecho humano.

Ahora bien, es importante mencionar que varios Estados de América latina y el Caribe adoptaron el Acuerdo de Escazú, el primer tratado y único de su tipo en contener disposiciones específicas para la protección de los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales.

En ese sentido, tras varias semanas de discusión sobre si el Acuerdo de Escazú se ratificaba o no en Colombia, el Congreso de la República pospuso su estudio y se dio a conocer que se adelantarán dos nuevas audiencias antes de someterlo a ratificación. Sin embargo, el Gobierno nacional reafirmó el compromiso con la protección del medioambiente, el desarrollo ambiental y la protección a los derechos humanos.

24. ¿Existen en su país tribunales ambientales, o es el cuidado del medio ambiente una función de fiscalización?

No, en el país no existen tribunales ambientales especializados. En efecto, el cuidado del ambiente se torna más una función de fiscalización. Los conflictos de licencias ambientales, ordenamiento ambiental, declaratoria de áreas protegidas, sanciones a empresas que transgredan la normatividad vigente sobre el tema, entre otras cosas, son tratados por autoridades ambientales administrativas o jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Teniendo en cuenta la Ley 99 de 1993, el Sistema Nacional Ambiental (SINA) está conformado por las “Autoridades ambientales” que son las entidades del poder ejecutivo del sector público, también se atribuye competencias a los Ministerios, a las Corporaciones Autónomas Regionales y a las entidades territoriales para la protección del medio ambiente y el control del aprovechamiento de los recursos naturales renovables.

La Resolución 1478 de 2003 en la que se adoptó las metodologías de valoración de costos ambientales aplicables en el país y el artículo 54 del Decreto Ley 267 de 2000 que reglamenta el Control Fiscal, establece las funciones de la Contraloría Delegada para el Medio Ambiente relacionadas con la función de fiscalización.

25. En caso de que en su país existan tribunales ambientales, ¿han dictado sentencias donde se establezca un vínculo entre el daño medioambiental y violaciones a los derechos humanos?

No aplica.

26. ¿Qué tipo de reparación se pueden ordenar por afectaciones al medio ambiente?

La Ley 1333 de 2019 consagra un procedimiento sancionatorio ambiental. En tal sentido, prevé una serie de medidas compensatorias que tienen como finalidad la restauración de los daños ambientales. En ese sentido, la sentencia T-080/15 establece que los planes de reparación por daños ambientales tienen una finalidad preventiva. Entre las medidas más destacadas se encuentran las siguientes:

- Las que están dirigidas, única y exclusivamente, a restaurar in natura el medio ambiente afectado.
- Las que se encuentran a cargo de organismos técnicos de naturaleza administrativa, y solo resultan imponibles si se demuestra la existencia de la infracción ambiental y del daño ocasionado al medio ambiente o a los recursos naturales.
- Las medidas compensatorias a adoptar, deben ser proporcionales al daño ambiental, pudiendo, ser objeto de los respectivos controles administrativo y judicial.

Contratación pública

27. ¿Exige el marco jurídico de su país que se adopten medidas de debida diligencia en derechos humanos por las empresas en el contexto de concesiones, licitaciones o alguna otra forma de contratación pública?⁹⁴

No, el marco jurídico de Colombia no exige de forma directa la adopción de medidas de debida diligencia en materia de derechos humanos para las empresas, en el contexto de la contratación pública.

De acuerdo con el Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas, adoptado por el país para el período 2020-2022, la Agencia de Contratación (Colombia Compra Eficiente) acompañará la implementación de la Guía de Compras Públicas Socialmente Responsables para las entidades estatales que se encuentran adelantando procesos de contratación⁹⁵.

Al respecto, la Agencia Nacional de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente” ha venido adoptando directrices generales aplicables a los procesos de contratación pública, en donde se resalta la adopción de esquemas de

⁹⁴ Esto se refiere tanto a la existencia previa de mecanismos de debida diligencia o equivalentes como requisito para participar en los procesos de contratación, como a la existencia de obligaciones de implementación de tales medidas durante la ejecución de los proyectos derivados de la contratación.

⁹⁵ República de Colombia. *Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos 2020-2022 “Juntos lo Hacemos Posible Resiliencia y Solidaridad”* (2020).

debida diligencia en el diseño y estructuración de contratos. La entidad ha manifestado que:

“La debida diligencia en derechos humanos en el Sistema de Compra Pública reduce el riesgo de violación de derechos humanos en la ejecución de los contratos y de futuras acciones judiciales, brinda transparencia a los procesos y contribuye al desarrollo sostenible en términos sociales y económicos. Adicionalmente, permite a los proveedores demostrar que tomaron todas las medidas razonables para evitar cualquier participación en la vulneración de los derechos humanos. Los proveedores deben cumplir con el deber de debida diligencia en la elaboración de sus propuestas y los riesgos en materia de derechos humanos identificando y evaluando las consecuencias negativas o potenciales que pueda tener su actividad como resultado de la adjudicación de un contrato estatal y las medidas que adoptarán para mitigarlos.”⁹⁶

Lo anterior exige el desarrollo de obligaciones de protección y garantía de los derechos humanos respecto de las compras públicas, donde no solo participan las entidades públicas sino los contratistas. Esto, teniendo en cuenta el deber de protección en cabeza del estado, de modo que las faltas de un agente privado pueden extenderse a la omisión de las autoridades públicas. En ese sentido, se ha señalado que “como medidas de prevención, las Entidades Estatales deben: Enunciar claramente en los pliegos de condiciones que los proponentes y proveedores deben respetar los derechos humanos en todas las actuaciones que realicen con ocasión del Proceso de Contratación”⁹⁷.

28. ¿Qué tipo de sanciones pueden imponerse cuando derivado de una contratación pública, la empresa contratista afecta los derechos humanos?

El tipo de sanciones que se pueden interponer en este ámbito busca compensar las consecuencias que se generaron bajo el contexto de un proceso de contratación pública en el que se produjeron violaciones a los derechos humanos. En particular, la imposición de multas se da en el ámbito de los contratos estatales, y tienen como finalidad advertir al contratista de las

⁹⁶ Colombia Compra Eficiente. ‘Guía de compras públicas socialmente responsables’, <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_gui%C3%A1_cp_socialmente_responsables.pdf>.

⁹⁷ ibíd.

obligaciones que se asumen al momento de desarrollar las actividades para las cuales fue contratado.

Según la Ley 1150 de 2007, la obligación que nace de la multa es el pago de una obligación dineraria liquidada en el respectivo acto. Esta obligación de pagar una suma de dinero es distinta (adicional) de las obligaciones contractuales propiamente dichas, pues representa una carga adicional originada en una situación de incumplimiento, por la que el contratista debe responder. Así, el contratista sigue obligado a cumplir el contrato, pero además, si es multado, debe pagar al Estado la suma de dinero correspondiente a la multa.

29. ¿Qué medidas de reparación se contemplan por el marco jurídico en casos de afectaciones a derechos humanos en el marco de la contratación pública?

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia determina la articulación y responsabilidad del Estado relacionada a la contratación pública: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”, por lo que se desprende como medida de reparación pecuniaria.

Es importante mencionar que según el Decreto 931 de 2009: *“Las entidades estatales deberán incluir en sus contratos una cláusula de indemnidad, conforme a la cual se pacte la obligación del contratista de mantenerla libre de cualquier daño o perjuicio originado en reclamaciones de terceros y que se deriven de sus actuaciones o de las de sus subcontratistas o dependientes, salvo que justifiquen en los estudios y documentos previos, que atendiendo el objeto y las obligaciones contenidas en cada contrato y las circunstancias en que este deberá ejecutarse, no se requiere la inclusión de dicha cláusula”.*

30. ¿Se han dictado sentencias en contra de empresas contratistas por afectaciones a los derechos humanos? En caso afirmativo, por favor proporcione mayor información.

No, de forma directa, no se han dictado sentencias en contra de empresas contratistas por afectaciones a los derechos humanos. Sin embargo, a través del ejercicio de la Acción de Tutela, la jurisdicción constitucional colombiana ha amparado los derechos fundamentales de la ciudadanía en el contexto de

la actividad de empresas contratistas. Los siguientes son ejemplos de esta dinámica de salvaguarda judicial:

Sentencia T-348 de 2012: Acción de Tutela instaurada por la Asociación de Pescadores de las Playas de Comfenalco-ASOPESCOMFE en la que el Consorcio Vía al Mar es uno de los accionados. Amparo de los derechos fundamentales a la participación, a la alimentación, al trabajo, la libre escogencia de profesión u oficio y a la dignidad humana de los miembros de la Asociación con ocasión de los impactos generados por el desarrollo de un proyecto vial.

Sentencia T-824 de 2007: Acción de tutela insaturada por Marina Chica Orozco contra la Central Hidroeléctrica de Caldas CHEC. Protección de los derechos fundamentales de la actora a la vida y a la seguridad personal, con ocasión de las afectaciones producidas por la operación de la hidroeléctrica sobre el lugar de habitación de la accionante.

Sentencia T-769 de 2009: Acción de tutela instaurada por miembros de la comunidad indígena Coredicito para el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la consulta previa y a la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social. Suspensión de las actividades de exploración y explotación en desarrollo del contrato de concesión minera denominado Mandé Norte, para la exploración y explotación de cobre, oro, molibdeno y otros minerales, en los departamentos de Antioquia y Chocó.

Empresas públicas

31. ¿Contempla el marco jurídico que regula a las empresas públicas obligaciones en materia de derechos humanos?

No, no se contempla marco jurídico que especifique obligaciones en materia de derechos humanos de manera taxativa.

32. ¿Cuál es la vía jurídica por la que una empresa pública puede ser demandada por afectaciones a derechos humanos?

En materia netamente administrativa, existen como vía que puede ser utilizada por los afectados para lograr la reparación de un daño:

Acción de reparación directa: El artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en desarrollo de la causalidad

general de responsabilidad por acciones u omisiones del Estado que generen daños, establece la posibilidad de interponer el medio de control de acción de reparación directa cuyo objeto es la reparación de los daños antijurídicos causados por la acción u omisión del Estado⁹⁸. En este sentido, y según las tipologías del daño causado por la administración es que el particular podrá obtener una reparación por parte de la autoridad⁹⁹. Se debe aclarar que esta acción puede ser ejercida por cualquier persona que considere fue sujeta a un daño causado por la administración¹⁰⁰.

33. ¿Existen sentencias que hayan sido dictadas en su país por violaciones a derechos humanos cometidas por empresas públicas?

Sí, existen sentencias emitidas por la Corte Constitucional en la que se ha dado cuenta de violaciones a derechos humanos de ciudadanos colombianos en el contexto de la actividad de las empresas públicas. Las siguientes son algunas decisiones ilustrativas en tal sentido:

Sentencia T-134/15: Acciones de Tutela Instauradas por Oswaldo Díaz Gómez contra Banco Agrario de Colombia y Paula Andrea David contra el Banco Agrario de Colombia. MP Martha Victoria Sánchez Méndez. Violación de derechos fundamentales a la dignidad humana, a la vida, a la igualdad, al mínimo vital y al debido proceso de población desplazada por la violencia.

Sentencia T-907/10: Demandante: Modesto Durán Suarez, Demandado: Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Violación de derechos fundamentales a la vivienda digna, al debido proceso y a la igualdad de pensionados.

⁹⁸ Ley 1474 de 2011 Publicado en el Diario Oficial No 47.956 de 18 de enero de 2011, “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”.

⁹⁹ El Código de Procedimiento Administrativo, establece: “*Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.*”

¹⁰⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 4 de marzo de 2019. Exp. Rad. 68001233100020100059701(48110) (2019) CP Carlos Alberto Cabrera Morelos.

V. MECANISMOS DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

34. ¿Pueden los mecanismos de protección constitucional de su país ser utilizados contra omisiones del Estado que deriven en una violación a derechos humanos cometida por una empresa?

Sí, en Colombia gozamos de los mecanismos de protección constitucional cuando se presenten omisiones del Estado que derivan en la violación de derechos humanos cometida por empresas. La Constitución Política de 1991, consagra el mecanismo de la acción de tutela para proteger de manera inmediata los derechos fundamentales que puedan ser vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad sea pública o privada. Así mismo, la Carta Política prevé otros mecanismos, como la acción popular y la acción de grupo.

34.1. En caso afirmativo, ¿cuáles son las sentencias más relevantes?

La sentencia del Río Bogotá, como popularmente se conoce, es una de las sentencias más relevantes. Los hechos se resumen en la presentación de una Acción Popular en contra de varias entidades del Estado¹⁰¹ y algunas empresas de servicios públicos¹⁰² debido a la contaminación ambiental causada por el bombeo y almacenamiento de aguas negras por parte de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá (EEB) en el “Embalse del Muña”, afectando las cercanías del Río Bogotá y la región aledaña (municipio de Sibaté). Como consecuencia se generó un foco de infecciones en perjuicio de la salud de los residentes, entre ellos la población infantil. Ante esta situación, la EEB ordenó la construcción de plantas de tratamiento de aguas negras antes de ser depositadas en el Embalse del Muña, sin embargo, hasta la fecha (presentación de la demanda) no se habían iniciado dichas obras. Sobre este caso, el Consejo de Estado decidió declarar la responsabilidad solidaria de todos los actores mencionados

¹⁰¹ Ministerios del Medio Ambiente, Hacienda y Crédito Público, Agricultura y Desarrollo Rural, Salud, Desarrollo Económico, Minas y Energía, Educación Nacional, el Departamento de Planeación Nacional, DNP, el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, Ideam, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, CAR, el departamento de Cundinamarca, la Beneficencia de Cundinamarca, el municipio de Sibaté, y el municipio de Soacha.

¹⁰² Empresa Generadora de Energía SA, Emgesa SA, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, EPS.

por la catástrofe ecológica causada y declaró dos tipos de responsabilidad: la primera, por acción a los habitantes e industrias que realizaron vertimientos domésticos e industriales en dicho sector. La segunda, por omisión al Estado por el control de los vertimientos de las aguas residuales. De esta manera y por medio de la Acción Popular se logró amparar los derechos colectivos al ambiente sano, a la salubridad pública y a la eficiente prestación de servicios públicos (*Sentencia 2001-90479 de marzo 28 de 2014*, 2014).

Adicionalmente se tiene la Sentencia de Unificación SU-123-2018, mediante la cual se ampararon los derechos fundamentales a la consulta previa y al ambiente sano de la Comunidad AWÁ “La Cabaña”, vulnerados con las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos que generaron una afectación directa. La Corte Constitucional determinó que la comunidad Awá “La Cabaña” se había visto afectada directamente con el proyecto de exploración y explotación de “Desarrollo de los Campos Quinde, Cohembi y Quillacinga”. En particular, verificó que no se respetaron los estándares de debida diligencia que deben seguir el Estado y las empresas en materia de consulta previa, en particular los que establecen (i) el deber de debida diligencia en el reconocimiento de las comunidades, (ii) el deber de diligencia sobre las tierras, territorios y recursos naturales, y (iii) el deber de diligencia en consultar a la colectividad. Igualmente, determinó que la actividad petrolera causa impactos ambientales negativos que menoscaban la vida de la comunidad y su estructura cultural, y que vulnera el derecho al ambiente sano, pues afecta las tierras y los recursos naturales indispensables para que la comunidad reproduzca sus prácticas sociales y su identidad cultural y atienda su salud y su seguridad alimentaria. Dada la trascendencia del asunto, la Sala Plena unificó la jurisprudencia en torno al contenido y alcance del derecho a la consulta previa¹⁰³.

35. ¿Pueden los mecanismos de protección constitucional de su país ser utilizados directamente contra una empresa, por actos que constituyan violaciones de derechos humanos? ¿Incluye lo anterior a empresas públicas?

Si, los mecanismos de protección constitucional en Colombia pueden ser utilizados directamente contra una empresa por actos que constituyan

¹⁰³ Corte Constitucional, Sentencia SU-123-2018 (2018). MMPP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

violaciones de derechos humanos. Como se explicó previamente, se han consagrado tres medios constitucionales, la Acción de Tutela, las Acciones Populares y las Acciones de Grupo. Por medio de estas se puede declarar la responsabilidad, proteger los derechos fundamentales y en caso excepcionales buscar una indemnización por dichas violaciones.

El primer mecanismo es la Acción de Tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución y en el decreto ley 2591 de 1991. Por medio de esta herramienta cualquier persona podrá reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos han sido vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o particular, mediante un proceso especial y sumario, con el objetivo de evitar un perjuicio irremediable¹⁰⁴. Este medio es sin duda uno de los ideales al momento de requerir la protección de los derechos humanos cuando estos se vean desprotegidos, es un mecanismo expedito y sencillo que puede ser presentado por todas las personas. Sin embargo, las características de este mecanismo sugieren el agotamiento de las vías procesales, esto quiere decir que es una herramienta subsidiaria, en donde el afectado deberá agotar las vías procesales o deberá estar en una situación en donde no dispone de otro medio de defensa judicial, estos son los casos en donde se quiere evitar un perjuicio irremediable¹⁰⁵.

El segundo mecanismo son las Acciones Populares o Protección de los derechos e intereses colectivos, esta figura se encuentra regulada en el artículo 88 de la Constitución y en la ley 472 de 1992. Tienen como objetivo la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza. Así mismo, cuando la vulneración de los derechos provenga de la actividad de una entidad pública derivada de un acto administrativo o de un contrato, se podrán solicitar las medidas necesarias para cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, con el fin de evitar el daño contingente o restituir las cosas a su estado anterior¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Colombia, Constitución Política de Colombia, Art 86.

¹⁰⁵ Presidente de la República de Colombia, `Decreto 2591 de 1991: por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política`, (1991), <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2591_1991.html>.

¹⁰⁶ Colombia, Congreso de la República, `Ley 472 de 1998: Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones

Por último, las Acciones de Grupo, tendientes a la reparación de los perjuicios causados a un grupo se encuentra consagrada en el artículo 88 de la Constitución, al igual que las Acciones Populares, y en el artículo 3 de la ley 472 de 1998. Son aquellas acciones interpuestas por un número plural de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dicho grupo de personas¹⁰⁷. Por medio de esta acción se busca declarar la responsabilidad patrimonial del Estado para el pago de una indemnización por los perjuicios causados. Una de las características principales de esta figura es el número de personas afectadas, este no puede ser un grupo menor a 20 personas, a las cuales se les debieron perjudicar sus derechos supraindividuales e intereses individuales, hasta sus derechos humanos¹⁰⁸.

A través de sentencias expedidas por las altas cortes nacionales, se ha encontrado que estos mecanismos se han usado en contra del Estado, en primera medida, sin embargo, también son numerosos los casos en que se han implementado los mecanismos en contra de empresas privadas y públicas.

35.1. En caso afirmativo, ¿cuáles son las sentencias más relevantes?

La primera sentencia relevante versa sobre una Acción Popular presentada por Fedepesca y el Consejo Comunitario de Los Delfines en contra de varias entidades y empresas del Estado¹⁰⁹ con el fin de proteger los derechos colectivos al goce de un ambiente sano y a la existencia del equilibrio ecológico, esto en razón a las afectaciones generadas a los ecosistemas marinos del Departamento del Chocó como consecuencia de las actividades de pesca industrial, la sobreexplotación de los recursos pesqueros y la captura de especies. Por medio de esta sentencia, se puede reflejar la utilización de los mecanismos de protección constitucional contra empresas públicas del Estado.

populares y de grupo y se dictan otras disposiciones', (1998) <http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html>. Art 2.

¹⁰⁷ ibíd Art 3.

¹⁰⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-241-09 (2009). MP Nilson Pinilla Pinilla..

¹⁰⁹ Nación-Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (M.ADS); Parques Nacionales Naturales de Colombia; Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (MADR); Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural (INCODER); Instituto Colombiano Agropecuario (ICA); Autoridad Nacional de Agricultura y Pesca-AUNAP; Corporación Autónoma Regional para el desarrollo sostenible del Chocó (CODECHOCÓ); Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Armada y Procuraduría delegada para asuntos ambientales y agrarios.

Los hechos del caso se pueden resumir en la actividad de pesca industrial que se desarrollaba en la costa pacífica chocoana, la cual tuvo como consecuencia la alteración de los ecosistemas y de la diversidad biológica marina. De igual manera, dicha actividad tuvo afectaciones de carácter económico, social y cultural de los habitantes, sobre todo para los pescadores artesanales que usan técnicas sencillas de pesca mientras las embarcaciones industriales se valen de herramientas tecnológicas, generando desigualdad y desventaja entre ellos. Por estas razones, los actores decidieron interponer una Acción Popular con el fin de que se protejan los derechos colectivos y se le atribuya al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (M.A.D.S) la afectación a dichos derechos, en consideración a que las actividades desarrolladas en ejercicio de sus competencias fueron insuficientes para garantizar la protección del ecosistema marino del Chocó, afectando también la pesca artesanal.

En este caso, el Consejo de Estado después de haber estudiado las normas nacionales, convenios y tratados internacionales pertinentes, determinó que el M.A.D.S tiene las competencias legales y reglamentarias por medio de las cuales debe gestionar de forma responsable las zonas y recursos acuáticos, marinos y costeros de la región. Por esta razón se les impuso al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y demás empresas públicas demandadas, la elaboración conjunta, para su posterior adopción, del proyecto integral en donde se estipulen las actividades concretas, idóneas y necesarias para prevenir, controlar y sancionar los impactos ambientales derivados de la práctica de pesca industrial en el Chocó, esto con el fin de prevenir la vulneración o amenaza de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano y a la existencia del equilibrio ecológico¹¹⁰.

¹¹⁰ Colombia, Consejo de Estado, Sección Primera, Radicación No 25000-23-24-000-2012-00078-01 (AP). Actor: Federación de trabajadores de la pesca artesanal de la costa pacífica chocoana-FEDEPESCA- y Consejo Comunitario de los delfines. Demandado: Nación-Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS); Parques Nacionales Naturales de Colombia; Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (MADR); Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural (INCODER); Instituto Colombiano Agropecuario (ICA); Autoridad Nacional de Agricultura y Pesca-AUNAP-; Corporación Autónoma Regional para el desarrollo sostenible del Chocó (CODECHOCÓ); Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Armada y Procuraduría delegada para asuntos ambientales y agrarios. Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés (11 de junio de 2020).

El segundo ejemplo es una Tutela (Sentencia T-693/11) instaurada en contra del Ministerio del Interior y de Justicia, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la empresa Meta Petroleum Limited. En este caso, el Gobernador del Cabildo Indígena Resguardo Turpial- La Victoria, el señor Marcos Arrepiche solicitó la protección a los derechos fundamentales a la consulta previa, reconocida en instrumentos internacionales, a otras formas de participación democrática, a la integridad étnica y a la igualdad de culturas. Los hechos se resumen en la otorgación por parte del Ministerio de Ambiente a la empresa Meta Petroleum Limited para la realización del Oleoducto de los Llanos, sin cumplir con la consulta previa a que tiene derecho el Pueblo Indígena Achagua y Piapoco del Resguardo Turpial- La Victoria, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT.

Sobre esta situación, la Corte Constitucional determinó que la consulta previa era necesaria pues los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a ser consultados respecto de las medidas que les conciernen, especialmente cuando se trata de explotación de recursos naturales ubicados en sus territorios. Entendiendo éstos como los lugares en donde está el resguardo y aquellos ocupados ancestralmente, que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas, religiosas y espirituales. La Corte expone, además, que existían los instrumentos probatorios para determinar que las actividades de construcción del oleoducto estaban ubicadas en el territorio de la comunidad Achagua, razón por la cual la consulta previa era un procedimiento obligatorio antes de ejecutar la construcción. Por otro lado, se reconoció una segunda violación por parte de las empresas y autoridades al lesionar con la intervención misma del territorio indígena el derecho a la integridad cultural. Así, la Corte ordenó la realización de una consulta a la comunidad Achagua con la finalidad de que se adoptaran medidas de compensación cultural, en razón a que se estuvo frente a un daño consumado pues la construcción del oleoducto ya había culminado y la suspensión del funcionamiento de éste resultaría peligrosa para el medio ambiente¹¹¹.

35.2. En caso negativo, ¿se pueden utilizar teorías como la del “Drittwirkung der Grundrechte” (eficacia horizontal de los derechos humanos)?

No aplica.

¹¹¹ Colombia, Corte Constitucional, T-693-11 (2011) MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

ECUADOR

I. DEBIDA DILIGENCIA EN DERECHOS HUMANOS

1. ¿Existe en el marco jurídico de su país alguna norma que establezca explícitamente una obligación empresarial de respetar los derechos humanos?

No, no existe en Ecuador una norma que mencione de manera específica la obligación empresarial de respetar los derechos humanos. Sin embargo, la Constitución de la República en su artículo 319 menciona que:

“se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas. El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza; alentará la producción que satisfaga la demanda interna y garantice una activa participación del Ecuador en el contexto internacional”¹.

En esta línea, el artículo 320 especifica que “en las diversas formas de organización de los procesos de producción se estimulará una gestión participativa, transparente y eficiente. La producción, en cualquiera de sus formas, se sujetará a principios y normas de calidad, sostenibilidad, productividad sistémica, valoración del trabajo y eficiencia económica y social”².

¹ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, art 319.

² ibid, art 320.

La Constitución estipula que los tratados internacionales de derechos humanos que contemplen cualquier norma más favorable serán de aplicación directa y prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público³. Esto significa que, respecto de la responsabilidad empresarial debe también considerarse los tratados internacionales de derechos humanos.

1.1. En caso afirmativo, ¿pertenece dicha norma al derecho mercantil o societario?

No, es de carácter constitucional.

1.2. En caso negativo, ¿han existido debates parlamentarios respecto a la adopción de legislación en ese sentido, u otras iniciativas?

A pesar de que actualmente existe un proceso intergubernamental para regular esta materia a través de un tratado internacional, que ha sido liderado por las autoridades ecuatorianas, recién a finales de 2020, el Estado ecuatoriano realizó el lanzamiento del proceso de Elaboración del Plan de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos (PAN) en el Ecuador. Con ello, el país oficializó su compromiso de trabajar en una estrategia política para continuar fomentando las inversiones de calidad y proteger los derechos de las personas que podrían verse afectadas por la realización de las actividades empresariales⁴.

2. ¿Establece el marco jurídico de su país la obligación de las empresas de contar con mecanismos o procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos?

No, sin embargo, el concepto de debida diligencia empresarial se ha desarrollado brevemente y de manera muy restringida en dos áreas específicas:

1. Normas de prevención del lavado de activos en el ámbito societario y

³ ibíd, arts 424 y 426.

⁴ Sobre esto, ver: 'Ecuador Plan de acción de empresas y derechos humanos', <<https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/actualidad/44/ecuador-plan-accion-empresas-derechos-humanos>>

bancario⁵; y, 2. Normas relativas al intercambio de información en el ámbito tributario⁶. El problema con ambas normativas es que más allá de desarrollar una política específica que busca la observancia de derechos humanos, elaboran una serie de requisitos que se deben observar en las relaciones tributarias y bancarias a fin de identificar posibles fraudes fiscales o lavados de activos.

Así también, el concepto de debida diligencia empresarial aparece respecto de las acciones que deben tomar las empresas que ejercen actividades acuícolas, pesqueras y conexas, a fin de constatar la trazabilidad de toda la cadena productiva (...) con el fin de que se garantice la seguridad alimentaria y la legalidad de los productos se incorporen a la cadena acuícola y pesquera⁷.

2.1. En caso afirmativo, señale la norma correspondiente.

No aplica.

2.2. En caso negativo, ¿existen obligaciones respecto de algunos elementos de la debida diligencia, como presentación de información extra-financiera, supervisión de las cadenas de suministro, etc.?

Sí, en Ecuador existen una serie de instrumentos normativos, en particular resoluciones y reglamentos, que consideran en alguna medida los elementos de la debida diligencia. Entre dichos instrumentos cabe destacar:

- a. La Superintendencia de Compañías⁸, mediante Resolución 13 del 25 de septiembre de 2020, promulgó las Normas Ecuatorianas para el

⁵ Sobre esto, ver: Registro Oficial Suplemento 96, Resolución de la Superintendencia de Compañías 20: Normas de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, 09 de diciembre de 2019. Así también, ver: Registro Oficial Edición Especial 44, Resolución de la Junta de Política Monetaria y Financiera 385, 24 de julio de 2017.

⁶ Registro Oficial Suplemento 45, Resolución del SRI 45, Estándar Común de Comunicación de Información y Debida Relativa al Intercambio Automático de Información sobre Cuentas Financieras (2019).

⁷ Ecuador, `Ley Orgánica para el desarrollo de la Acuicultura y Pesca', art 36.

⁸ La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros es el organismo técnico, con autonomía administrativa y económica, que vigila y controla la organización, actividades, funcionamiento, disolución y liquidación de las compañías y otras entidades en las circunstancias y condiciones establecidas por la Ley.

Buen Gobierno Corporativo. Si bien, estas normas representan un avance en la obligación empresarial de respetar los derechos humanos, las mismas mencionan que su cumplimiento es de carácter voluntario y por autorregulación corporativa, y que las mismas serán obligatorias solamente cuando exista un pronunciamiento de una autoridad competente como obligatoria⁹. Estas normas desarrollan las siguientes obligaciones:

- b. Transparencia. Sobre la misma, se menciona lo siguiente: “La transparencia consiste en la obligación de informar, debe entenderse no sólo como un derecho del accionista, sino también como una necesidad y un deber de la compañía, mediante la emisión de un mecanismo de revelación de información y comunicación que vaya más allá de la información dispuesta por la normativa legal y reglamentaria, tanto a nivel interno como en las relaciones con terceros. Los agentes de Gobierno Corporativo deben rendir cuentas por sus actos, asumiendo total responsabilidad de las consecuencias de sus acciones y omisiones. No se debe restringir al desempeño económico financiero sino contemplar también los demás factores (incluso intangibles) que guían la acción gerencial y que conducen a la creación de valor”¹⁰.
- c. La responsabilidad corporativa, señalando que “el Gobierno Corporativo velará por la sustentabilidad de la compañía, procurando su sostenibilidad en el largo plazo, incorporando los aspectos de orden social y ambiental en la definición de los negocios y operaciones”¹¹.

Además, estas normas observan como obligación usar la debida diligencia durante el otorgamiento de actos societarios, adquisiciones y demás contrataciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las compañías involucradas”¹².

⁹ Superintendencia de Compañías, Resolución 13/20: Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo. Registro Oficial (25 de septiembre de 2020).

¹⁰ ibíd.

¹¹ ibíd.

¹² ibíd.

3. ¿Existen referencias a la noción de debida diligencia en derechos humanos conforme a los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos en las decisiones judiciales? En caso afirmativo, señale en cuáles, incluyendo la referencia correspondiente.

No, no existen.

4. ¿Cómo se ha abordado el “levantamiento” del velo corporativo en las decisiones judiciales de su país? ¿En qué casos es posible llevarlo a cabo?

La normativa aplicable para este caso se encuentra en la Ley de Compañías. La Ley de Compañías regula de manera explícita el levantamiento del velo societario en su artículo 17:

Art. 17.- Por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables: 1. Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar; 2. Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y, 3. Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución. Salvo los casos excepcionales expresamente determinados en la ley, la inoponibilidad de la personalidad jurídica solamente podrá declararse judicialmente, de manera alternativa, o como una de las pretensiones de un determinado juicio por colusión o mediante la correspondiente acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la compañía deducida ante un juez de lo civil y mercantil del domicilio de la compañía o del lugar en que se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso, a elección del actor. La acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica seguirá el trámite especial previsto en el Código de Procedimiento Civil¹³.

Este artículo contempla algunas de las características señaladas en lo que concierne a la doctrina como consecuencia de “fraudes, abusos o vías de hecho” que tiene como consecuencia la responsabilidad personal y solidaria de quienes se encuentren involucrados en los supuestos de los numerales primero, segundo y tercero antes citados. Además, en el último inciso del

¹³ ibíd, art 17.

artículo prescribe que la “inoponibilidad de la personalidad jurídica solamente podrá declararse judicialmente”¹⁴, dentro de juicio de colusión o siguiendo la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica¹⁵.

Además, mediante la disposición reformativa novena del Código Orgánico General de Procesos, se señala que la acción de desvelamiento societario seguirá un procedimiento de tipo ordinario, y que además, existe la posibilidad de solicitar como providencias preventivas desde la prohibición de enajenar o gravar bienes hasta la suspensión de cualquier proceso de liquidación u orden de cancelación de inscripción en el Registro Mercantil, las mismas que serán ordenadas antes de la citación con la demanda¹⁶.

Existen tres sentencias relevantes en Ecuador respecto al levantamiento del velo societario:

a. Sindicato General de Choferes del Guayas:

La primera sentencia que se refiere al levantamiento del velo societario en el Ecuador se da en el año 1999 a propósito de un juicio ordinario por daño moral accionado por Rubén Morán Buenaño en contra de Antonio Onofre González y Leopoldo Morán. En esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia, basándose en una cita del jurista Ricardo de Ángel Yágüez acerca del uso de la figura y la facultad de los jueces como intérpretes del Derecho, concluye que “aunque los casos más frecuentes de utilización indebida de la personalidad jurídica se da en el campo societario, sin embargo no debe excluirse la posibilidad de que el incorrecto empleo de la figura (personalidad jurídica) se dé respecto de las personas jurídicas sin finalidad de lucro, sea porque se simula su constitución para eludir el cumplimiento de un contrato, burlar los derechos de un tercero o eludir la ley”¹⁷.

b. Diners Club del Ecuador S.A. v. Mariscos de Chupadores Chupamar S.A.:
Un caso altamente mencionado por la doctrina ecuatoriana es el

¹⁴ ibíd.

¹⁵ ibíd.

¹⁶ Ecuador, Código Orgánico General de Procesos. Disposición transitoria novena. Registro Oficial Suplemento 506 (22 de mayo de 2015).

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil, `Causa No 1152-95, de 09 de septiembre de 1999’, (1999) 2.

de Diners Club del Ecuador S.A. Sociedad Financiera, en contra de María Isabel Baquerizo Luque, representante legal de Mariscos de Chupadores Chupamar S.A. y Leonel Baquerizo Luque dentro de juicio verbal sumario por cobro de dinero que llegó a ser conocido por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en virtud de un recurso de casación interpuesto por este último. El levantamiento del velo societario es analizado por la Corte ya que se estima que el recurrente ha actuado con mala fe al obstaculizar el proceso por no contestar la demanda y no presentarse a la audiencia de conciliación.

En este caso se estima la mala fe procesal dentro del juicio como supuesto fraudulento que permite desestimar la personalidad de Mariscos de Chupadores Chupamar. Sobre esto, la Corte señala: “frente a estos abusos, hay que reaccionar desestimando la personalidad jurídica, es decir, descorriendo el velo que separa a los terceros con los verdaderos destinatarios finales de los resultados de un negocio jurídico llegar hasta éstos, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros. Estas son situaciones extremas, que deben analizarse con sumo cuidado, ya que no puede afectarse la seguridad jurídica, pero tampoco puede a pretexto de proteger este valor, permitir el abuso del derecho o el fraude a la ley mediante el abuso de la institución societaria”¹⁸.

- c. Ángel Mesías Puma Shagüi v. Importadora Terreros Serrano Cía. Ltda: La segunda sentencia que se refiere al pronunciamiento del caso Chupamar sobre el levantamiento del velo es el recurso de casación de fecha 28 de enero de 2003 dentro de juicio ordinario por cumplimiento contractual iniciado por Ángel Mesías Puma Shagüi en contra de Mario Santiago Terreros Serrano como Gerente propietario de “Importadora Terreros Serrano S.A.” La sociedad fue demandada en virtud de que no se perfeccionó el contrato de compraventa mercantil de lubricantes automotrices celebrado por el actor y la compañía a través de un vendedor en calidad de benefactor del establecimiento.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. `Serie 17. Gaceta Judicial 5 de 21 de marzo de 2001', (2001) 4.

Sobre esto, la Corte se remite a la doctrina para determinar los casos que pueden estimarse como abuso de la persona jurídica. Señala que “[e]xiste abuso cuando con la ayuda de la persona jurídica se trata: a) de burlar la ley, b) de quebrantar obligaciones contractuales, o c) de perjudicar fraudulentamente a terceros” para de esta forma subsumir el caso presentado al literal b antes citado. De los hechos del caso se desprende que el Sr. Mario Terreros decidió no entregar la mercadería al deudor exigiéndole cerca del doble del valor contratado como condición de la entrega¹⁹.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

5. Señale las disposiciones normativas que establecen la responsabilidad civil por actos ilícitos (responsabilidad civil extracontractual)

La responsabilidad civil extracontractual está regulada en el Título XXXIII del Libro IV del Código Civil ecuatoriano. Precisamente, el artículo 2214 establece que “[e]l que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”²⁰. Junto con los artículos 2215 y 2216 -sobre legitimación activa y pasiva, respectivamente-, la Corte Nacional de Justicia²¹ (en adelante, CNJ) ha señalado que estas normas “[...] consagran principios sustantivos o materiales, por los cuales se determina el derecho que tienen las personas a demandar el pago de las indemnizaciones por daños y perjuicios originados en los delitos y cuasidelitos (responsabilidad extracontractual)”²². Esta afirmación se puede entender tanto para personas naturales como jurídicas²³, siendo ambas capaces de responder

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. ‘Causa No 67-2002, de 09 de abril de 2003’, (2003),1.

²⁰ Ecuador, Código Civil. Registro Oficial Suplemento No 46 de 24 de junio de 2005 (2005).

²¹ Hasta el año 2008, la Corte Nacional de Justicia era la llamada Corte Suprema de Justicia (ver Constitución de la República. Artículo 182. Registro Oficial No 449 de 20 de octubre de 2008). Los casos mencionados en esta investigación se refieren a ambas cortes.

²² Corte Nacional de Justicia. ‘Juicio No 54-2007 SDP ex 2da Sala. Resolución No. 040-2011. Fundación Proyecto Chiriboga c Empresa Estatal Petroecuador’.

²³ Ecuador, Código Civil. Registro Oficial Suplemento No 46 de 24 de junio de 2005 (2005), arts 564 y 1462.

civilmente por cualquier daño inferido en virtud del cometimiento de un delito o cuasidelito, ambos como fuentes de obligaciones civiles²⁴.

En virtud del contexto de esta investigación, desde la legislación ecuatoriana es posible que una empresa responda civilmente por un daño causado a un tercero, toda vez que “una persona jurídica es una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”²⁵. Por ello, “para actuar en el comercio jurídico, la persona jurídica se sirve de personas naturales o humanas; pero es la persona jurídica, no las personas humanas que actúan por ella, la que asume la responsabilidad por tales actuaciones”²⁶. Cabe aclarar que la responsabilidad de una empresa no desaparece si es que ella cambia de razón social o denominación porque “la variación de uso de denominación (...) no implica que surja una nueva persona jurídica”²⁷, evitando lo que la doctrina conoce como abuso de la persona jurídica²⁸.

En este sentido, dado que las empresas pueden responder jurídicamente de manera directa, la CNJ ha dicho que lo hacen por los daños causados tanto a sus trabajadores como a terceros ajenos a ellas. En el recurso de casación 290-2003, la empresa demandada alegaba la imprevisibilidad de la acción por daños toda vez el actor no tenía una relación de dependencia y, por tanto, él mismo fue quien se expuso al daño por voluntad propia. La Corte Suprema de Justicia determinó la existencia de un daño a pesar de la falta de vinculación directa con la empresa²⁹, lo que permite intuir que las personas jurídicas deben procurar cuidar sus actuaciones tanto para sus empleados como con terceros.

²⁴ Ecuador, Código Civil. Registro Oficial Suplemento No 46 de 24 de junio de 2005 (2005), art 1463.

²⁵ Ecuador, Código Civil. Registro Oficial Suplemento No 46 de 24 de junio de 2005 (2005), art 564.

²⁶ Ecuador, Corte Suprema de Justicia. Primera Sala Civil y Mercantil. Juicio ordinario No. 209-2003 de 5 de febrero de 2004. Registro Oficial No 411 de 1 de septiembre de 2004 (2004). En este sentido, véase también el Código Civil. Artículo 571. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005 (2005).

²⁷ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. ‘Juicio No. 124-2011 de 6 de febrero de 2013’, sección 6.1.2.3, (2011).

²⁸ *ibíd.*

²⁹ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala Civil y Mercantil. Juicio ordinario No. 209-2003 de 5 de febrero de 2004. Registro Oficial No. 411 de 1 de septiembre de 2004, (2004).

También cabe hacer una breve mención a los artículos que regulan al daño moral [*infra* § 6.1], pues este es, en muchas ocasiones, la consecuencia natural de una violación a los derechos humanos, independientemente del actor del perjuicio (el Estado o una persona jurídica). El artículo 2232 del Código Civil establece que “[...] podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta [...]”³⁰. La jurisprudencia ecuatoriana ha entendido que “[...] la acción por daños morales es independiente de los resultados de las acciones provenientes del incumplimiento de contratos, o de las acciones penales [...]”³¹, siendo dicha acción procedente en casos de responsabilidad extracontractual.

6. ¿Se ha abordado o desarrollado en la jurisprudencia de su país la noción de responsabilidad civil extracontractual?

La jurisprudencia y la doctrina han desarrollado ampliamente los presupuestos de los elementos del daño, que son: a) existencia de un hecho, es decir un acto de voluntad, b) un perjuicio, que exista un daño a los intereses de una persona, c) dolo, es decir, intención de causar el daño, o culpa que es un error en la conducta de una persona que pudo evitarse de haber sido mas cuidadoso en su actuación; y, d) relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio que consiste en la conexión del hecho dañoso en relación con el sujeto que se le atribuye³².

Con respecto al daño como un elemento de la responsabilidad extracontractual, este debe ser cierto; es decir, debe haber una “afectación probada a un interés jurídicamente protegido”³³. El daño puede ser, además, material o moral. El daño material “es aquel que se ocasiona al patrimonio material de la víctima, como conjunto de valores económicos. El daño material, con

³⁰ Ecuador, Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005 (2005), art 2232.

³¹ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. ‘Juicio No 104-2008 de 28 de abril de 2008’, sección tercera, (2008).

³² Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Civil y Mercantil. Juicio No 17711-2016-0345 (2016), 6.

³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Juicio No 62-2005 de 11 de abril de 2007 (2007), 6.

menoscabo del patrimonio material en sí mismo, puede dividirse en daño emergente y lucro cesante³⁴. En materia de derechos humanos, naturalmente puede darse esta clase de daño como producto de una violación; sin embargo, en esta materia tiene particular importancia el desarrollo jurisprudencial y doctrinario del daño moral para el resarcimiento de derechos vulnerados (*infra* § 6.1).

Por otra parte, “el hecho debe ser el antecedente, la causa del daño y, por tanto, el detrimento o menoscabo aparece como el efecto o la consecuencia ese obrar”³⁵. En este sentido, la jurisprudencia ecuatoriana ha considerado que el hecho debe ser ilícito, principalmente en consideración del artículo 2184 del Código Civil³⁶. Así, la CNJ ha resuelto varios casos bajo esta premisa de la ilicitud; sin embargo, llama la atención que en algunos de ellos las partes procesales y jueces han tenido que acudir a normas rebuscadas para justificar la ilicitud de la conducta (estrictamente, una conducta contraria al ordenamiento jurídico).

Por ejemplo, en el caso Gutiérrez c. Molinos Champión S.A., la alegación del hecho ilícito se basó en el Código Civil, Código de Salud, Ley de Aguas y su Reglamento, y Ley de Prevención y Control Ambiental³⁷. Pero, dada la extensa cantidad de normas jurídicas en el Ecuador regadas a través de leyes, reglamentos, ordenanzas, decretos, entre otros³⁸, muchas veces puede ser complicado encontrar una norma que prevea literalmente la conducta que causó un daño específico. En el caso en mención, la empresa demandada “construyó en un terreno aledaño al de la propiedad del actor un criadero porcino sin sujetarse a las más elementales normas de higiene, atentando gravemente contra la salud de los ecuatorianos (...) y contaminando el entorno”³⁹. Pero ¿qué pasaba si es que las normas consideradas como infringidas

³⁴ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Caso Comité Delfina Torres c Petroecuador de 29 de octubre de 2002, (2002).

³⁵ Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Civil y Mercantil. Juicio No 17711-2016-0345, (2016), 6.

³⁶ Ecuador, Código Civil. Registro Oficial Suplemento No 46 de 24 de junio de 2005, (2005), art 2184.

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Gutiérrez c. Champión. Gaceta Judicial. Año XCIV. Serie XVI. No 1,(1994)11.

³⁸ Constitución de la República del Ecuador, (2008), art 425.

³⁹ Corte Suprema de Justicia. Gutiérrez c. Champión. Gaceta Judicial. Año XCIV Serie XVI No 1, (1994), 11.

no eran parte del ordenamiento jurídico? Considerando la tesis de la ilicitud de la conducta, probablemente la empresa demandada no hubiese cometido un ilícito y, por tanto, no se configuraba el daño -cuando, lógicamente, este es un caso de un daño jurídicamente resarcible .

Toda vez que en el Derecho Civil no existe una lista de delitos y cuasidelitos civiles (mucho menos cuando se trata de responsabilidad extracontractual en donde el espectro es mucho más amplio), es interesante analizar al principio *alterum non laedere*. Conforme Cerutti, “el *alterum non laedere*, o deber de no dañar puede ser afirmado como una norma implícita en los ordenamientos jurídicos que comparten ciertas normas explícitas y ciertos entramados conceptuales” (énfasis añadido)⁴⁰. De esta forma, la discusión del hecho ya no girará en torno a su licitud o ilicitud, sino a si éste ha sido antijurídico (o contrario al deber general de no dañar). Naturalmente, la consideración del hecho como antijurídico junto con el principio *alterum non laedere* es una cuestión que va más de la mano con los derechos humanos; pues en algunas ocasiones un daño puede ser lícito conforme el ordenamiento jurídico y, consecuentemente, no ser jurídicamente resarcible. Cuando, por otro lado, desde la perspectiva del *alterum non laedere*, hay que analizar cómo una conducta (lícita o ilícita) pudo generar un daño que la víctima no estaba obligada a soportar.

Sobre la relación de causalidad, “está considerada como el elemento esencial de la responsabilidad civil; de ahí, la importancia de que la acción antijurídica no es punible si no media entre el hecho imputable y el daño, el nexo de causalidad para que el autor de ese comportamiento deba indemnizar el perjuicio”⁴¹. Por último, hay que considerar también si realmente es importante la determinación de la culpabilidad si no existirá una diferencia en la reparación del daño⁴². En este punto es importante tomar en cuenta la discusión que se da en los tribunales al momento del análisis de la culpa del sujeto obligado, pues en la responsabilidad subjetiva, el actor deberá probar: (i) la existencia de dolo; o, (ii) si es que se trata de culpa, la falta

⁴⁰ María del Carmen Cerutti. *Derecho de daños. Análisis de algunos problemas conceptuales* (2011).

⁴¹ Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Civil y Mercantil. Juicio No 17711-2016-0345, (2016), 6.

⁴² En Ecuador no existe graduación de la culpa para compensaciones punitivas, pues solamente son compensatorias.

de diligencia del demandado en sus actuaciones. Paralelamente, cuando se trata de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba⁴³, el demandado es quien deberá probar su diligencia; y, la responsabilidad objetiva opera a pesar del nivel de diligencia del demandado.

6.1. En caso afirmativo, ¿se ha utilizado este mecanismo para abordar cuestiones de derechos humanos?

Existen muy pocos casos en la jurisprudencia ecuatoriana que abordan directamente cuestiones de violaciones de derechos humanos por parte de empresas desde la responsabilidad civil extracontractual. Uno de los que más llama la atención en este sentido es el conocido caso Chevron-Texaco. En jurisdicción ecuatoriana, el juicio civil se presentó en 2003 en Lago Agrio, provincia de Sucumbíos en donde los accionantes alegaron una conducta dolosa y negligente por parte de la petrolera que afectó “[...] no solo al agua potable y los cultivos, sino también a los medios de vida, la cultura y a la salud general de la población, pues se evidenció un incremento en los casos de cáncer, malformaciones congénitas, así como otras enfermedades”⁴⁴. Frente a ello, en primera y segunda instancia, las autoridades judiciales buscaron reparar el daño inmaterial causado al ecosistema de los grupos humanos de la región “cuya identidad cultural está firmemente asociada con la salud del territorio”⁴⁵.

La petrolera interpuso recurso extraordinario de casación ante la Corte Nacional de Justicia, la cual casó parcialmente la sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos al encontrar que gran parte de la reparación económica por daños inmateriales se basó en la figura del daño punitivo, la cual no se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por lo que se redujo la sentencia en poco más de USD 9,5 mil millones de dólares americanos⁴⁶. No obstante, en agosto de 2018 la Corte Permanente de Arbi-

⁴³ Ecuador, Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005, (2005).

⁴⁴ Procuraduría General del Estado. Caso Chevron: Defensa del Ecuador frente al uso indebido del arbitraje de inversión (2015), 45-47, < http://www.pge.gob.ec/images/publicaciones/libro_Caso_CHEVRON.pdf>

⁴⁵ Corte Constitucional del Ecuador: Sentencia No. 230-18-SEP-CC de 27 de junio de 2018, caso No. 0105-14-EP, (2018),127.

⁴⁶ Procuraduría General del Estado. Caso Chevron: Defensa del Ecuador frente al uso indebido del arbitraje de inversión (2015), 45-47, < http://www.pge.gob.ec/images/publicaciones/libro_Caso_CHEVRON.pdf>.

traje dictó un laudo favorable a Chevron por denegación de justicia en sede ecuatoriana puesto que se encontró un soborno en el marco del proceso de primera instancia en Lago Agrio. Con ello, “las sentencias posteriores de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional del Ecuador, que ratificaron y ordenaron la ejecución de la sentencia de Lago Agrio, constituirían actos violatorios del derecho internacional por violación de justicia”⁴⁷.

Por otro lado, en el marco del caso del Comité “Delfina Torres Viuda de Concha” c. Petroecuador, Petrocomercial, Petroindustrial y Petroproducción, un derrame de petróleo en los ríos Teaone y Esmeraldas causó un incendio en el barrio Delfina Torres Viuda de Concha. Como consecuencia de la explosión en la Refinería Estatal de Esmeraldas, los desechos desembocaron en los ríos mencionados, lo que produjo daños en la salud de los habitantes del barrio afectado⁴⁸. Se presentó un juicio civil de indemnización por daños y perjuicios, el cual en su etapa de casación, a pesar del convencimiento de los jueces de los daños sufridos en la salud de los moradores del barrio por los hechos ocurridos⁴⁹, “la parte actora no pretende indemnizaciones individuales sino la ejecución de obras de infraestructura básicas, en beneficio de la comunidad”⁵⁰, por lo que se acoge dicha pretensión, sin existir un pronunciamiento sobre las vulneraciones de derechos verificadas.

Cabe recalcar que ambos casos mencionados en este apartado provienen directamente de demandas civiles por daño ambiental, por lo que el tratamiento de las violaciones de derechos humanos en este contexto ocurre como consecuencia del daño ambiental sufrido, que es realmente el principal foco de análisis. El desarrollo de jurisprudencia de responsabilidad civil extracontractual directamente relacionada con la debida diligencia de las empresas, sin la vinculación de un componente ambiental, aún está pendiente en el ordenamiento ecuatoriano.

⁴⁷ Instituto Ecuatoriano de Arbitraje. ‘Ecuador fue condenado por denegación de justicia en el caso Chevron’, (2018) < <https://iea.ec/noticias/ecuador-fue-condenado-por-denegacion-de-justicia-en-el-caso-chevron/>>.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Caso Comité Delfina Torres c Petroecuador de 29 de octubre de 2002. Expediente de Casación No 229, (2002).

⁴⁹ ibíd.

⁵⁰ ibíd.

6.2. *En caso negativo, ¿sería factible que los tribunales conocieran casos de responsabilidad civil extracontractual por violaciones a derechos humanos relacionadas con empresas?*

No aplica.

7. **¿Existe o podría existir un vínculo entre la responsabilidad civil extracontractual y la debida diligencia en derechos humanos?**

Para responder esta pregunta, es preciso remitirse al elemento de la culpabilidad, pues es donde la diligencia del causante del daño se analiza a detalle. La culpabilidad se estudia en función de la responsabilidad subjetiva, objetiva, o subjetiva con inversión de la carga de la prueba. Particularmente, en la responsabilidad subjetiva y subjetiva con inversión de la carga de la prueba⁵¹, el nivel de diligencia del demandado será el objeto de discusión principal, pues si se llega a probar que actuó con la debida diligencia, probablemente no sea necesaria una condena indemnizatoria. Pero, en la responsabilidad objetiva, por temas de orden público, el elemento de culpabilidad se presupone configurado y no es realmente importante el nivel de diligencia del demandado, pues de todas formas será considerado como responsable.

Así, por ejemplo, en el recurso de casación 290-2003, la Sala discutió la diferencia entre la responsabilidad subjetiva y objetiva porque “[e]n la responsabilidad objetiva [...] ya no será únicamente responsable quien obró con malicia, negligencia o impericia, sino también el individuo que creó la actividad peligrosa o utilizó el bien riesgoso [sin considerar la previsión o intención que haya tenido]”⁵². Precisamente, este caso era uno de responsabilidad objetiva de acuerdo con el artículo 225 del Código Aeronáutico de ese entonces, lo cual era claro para la Sala. Sin embargo, no se casó la

⁵¹ En cada una de ellas, la prueba de los cuatro elementos del daño (ver pregunta 6) es distinta. En la responsabilidad subjetiva, que opera como regla general en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la parte actora de la demanda de responsabilidad extracontractual es quien debe probar los cuatro elementos del daño. Y, en la responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba, se presume la culpa, y la inversión de la carga de la prueba se aplica para que la parte demandada desvirtúe aquella presunción.

⁵² Corte Suprema de Justicia. Primera Sala Civil y Mercantil. Juicio ordinario No 209-2003 de 5 de febrero de 2004. Registro Oficial No 411 de 1 de septiembre de 2004, (2004).

sentencia porque la acción había prescrito procesalmente⁵³. En este recurso de casación, la Corte realiza un análisis bastante amplio sobre la procedencia de la responsabilidad objetiva vs. la responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba (considerando que probablemente una empresa de aviación realiza constantemente actividades de riesgo); pero, la diligencia de AECA como empresa prestadora de servicios aeronáuticos nunca fue analizada por la procedencia de la responsabilidad objetiva.

Cabe preguntarse entonces ¿qué precedente hubiera sentado la Corte al analizar -a pesar de la responsabilidad objetiva- la diligencia de dicha empresa? Esa es la pregunta que realmente deberían hacerse los tribunales (no solamente la Corte Nacional de Justicia en recursos de casación). Resultaría sumamente valioso un análisis de la diligencia en las actuaciones de la empresa demandada, no necesariamente para la determinación de responsabilidad, pero sí para sentar precedentes en la misma sentencia sobre qué es lo que una empresa, en función del respeto y garantía de derechos, debería hacer y considerar en sus conductas.

Para ejemplificar esta premisa, se pueden tomar tres casos importantes, cada uno con un tipo de responsabilidad distinta. En el recurso de casación de Pedro Gabriel Haz Alvarado c. Chemlok del Ecuador S.A. se cuestionaba si la empresa demandada utilizó dolosamente el nombre del actor para un trámite administrativo. Siendo, por tanto, un caso de responsabilidad subjetiva, la Sala discutió si la conducta de Chemlok fue dolosa, o simplemente un error involuntario. La Corte concluyó que

“es claro que no existió conducta ilícita que genere el deber de indemnizar. Si bien la utilización no autorizada de los elementos distintivos de una persona podría llegar a constituir una infracción tipificada y sancionada en la Ley Penal, [...] en la especie, de las constancias procesales, queda claro que la inclusión del nombre del actor en la solicitud formulada al Ministerio de Agricultura y Ganadería, se trató de un error, de un *lapsus calami*, que de ninguna manera puede evidenciar la intención de provocar un daño al actor y generar para la demanda, en consecuencia, la obligación de indemnizar”⁵⁴.

⁵³ ibíd.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Juicio No 119-2008 de

Si bien desde la perspectiva del voto mayoritario de la Corte, el uso de un nombre ajeno sin autorización no demuestra necesariamente dolo; hubiera sido interesante que la Corte explique que es parte de una conducta diligente revisar detenidamente la documentación de la empresa antes de hacer uso de ella. Probablemente no hubo dolo, pero eso no quiere decir que la empresa puede repetir una conducta similar por ser un simple “error involuntario”. El voto salvado, sin mencionar a la debida diligencia, se alinea a la tesis de la existencia de un daño más allá de la licitud o ilicitud de la conducta de la empresa, basándose en el derecho al nombre previsto en la Constitución Política vigente entonces⁵⁵: “Por consiguiente, nadie, absolutamente nadie, puede hacer uso del nombre de una persona con fin alguno; y si lo hace, indudablemente, le lesiona y le causa daño moral conforme lo expresado en este considerando”⁵⁶, alineándose con la tesis de la antijuridicidad de la conducta y el principio *alterum non laedere*.

Por otro lado, en el recurso de casación del caso del Comité “Delfina Torres Viuda de Concha” c. Petroecuador, Petrocomercial, Petroindustrial y Petroproducción, la Corte definió al caso como uno de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba, debiendo las demandadas relevar la presunción de responsabilidad mediante el eximente de caso fortuito o fuerza mayor⁵⁷. Por las pruebas aportadas, para la Corte “[e]s incuestionable [...] que el derrame de petróleo y diésel ocurrido el 26 y 27 de febrero de 1998 y su discurrimiento por los ríos Teaone y Esmeraldas se originaron en un caso fortuito o fuerza mayor [considerando principalmente el fenómeno climático de la corriente El Niño]”⁵⁸. No obstante, el derrame no fue el único daño causado, y las empresas demandadas no han probado debidamente la operación de la eximente de responsabilidad en relación al posterior incendio ocasionado por dicho derrame⁵⁹. Por tanto, no se probó el eximente de caso fortuito o fuerza mayor.

21 de mayo de 2008, (2008).

⁵⁵ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, art 23.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Juicio No 119-2008 de 21 de mayo de 2008. Voto salvado del Dr. Viterbo Zevallos Alcívar, (2008).

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Caso Comité Delfina Torres c Petroecuador de 29 de octubre de 2002. Expediente de Casación No 229, (2002).

⁵⁸ *ibíd.*

⁵⁹ *ibíd.*

En esta sentencia, por ser precisamente la actividad petrolera considerada como riesgosa, la discusión de la Sala -además de girar en torno a la prueba de la procedencia o no de la eximente de responsabilidad- debía tratar a la diligencia de las empresas petroleras para evitar este tipo de derrames. Las demandadas tuvieron que haber tomado las precauciones necesarias, siendo una de las consideraciones -por ejemplo- la corriente de El Niño, un fenómeno natural previsible en Ecuador⁶⁰. La misma sentencia menciona una entrevista al doctor Rafael Almeida, exministro de Energía, quien “[...] concluye señalando que se han registrado 160 derrames de petróleo desde 1970, es decir, 4 derrames al mes y uno por semana, notándose negligencia y daños incalculables a la comunidad. [...] Según el doctor Almeida, hay corrupción vertical y horizontal en el manejo del petróleo, afirma que él experimentó en carne propia”⁶¹.

Por último, retomando nuevamente el caso 290-2003 para ejemplificar la operación de la responsabilidad objetiva, la Corte omitió completamente el análisis de debida diligencia en virtud de este tipo de responsabilidad. Probablemente dicha omisión pueda ser considerada, por una parte, como un tema de economía procesal; pero también hay que tomar en cuenta el papel importante que pueden tener las cortes para dejar claras las obligaciones de derechos humanos que tienen las empresas, siendo el análisis de debida diligencia una gran oportunidad para ello.

La empresa demandada argumentaba, entre otras excepciones, falta de causa lícita de la acción por las condiciones adversas a la naturaleza que no pudo superar el piloto (fuerza mayor)⁶². La Corte descarta el análisis de este eximente; pero, en concordancia con la línea planteada en esta pregunta, lo que pudo haber analizado es que, siendo AECA una empresa aeronáutica, resulta desatinado pensar en la alegación de este eximente de responsabilidad, pues es parte del giro del negocio conocer si es viable realizar un vuelo pese a la presencia de condiciones adversas.

⁶⁰ El Comercio, ‘La corriente y fenómeno de El Niño, (2009).

⁶¹ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Caso Comité Delfina Torres c Petroecuador de 29 de octubre de 2002. Expediente de Casación No 229, (2002).

⁶² Corte Suprema de Justicia. Primera Sala Civil y Mercantil. Juicio ordinario No 209-2003 de 5 de febrero de 2004, (2004).

8. ¿Prevé la legislación civil de su país la responsabilidad vicaria, es decir, la responsabilidad por actos de un tercero subordinado?

Sí, el artículo 2220 del Código Civil es la norma que permite a la víctima, con el fin de que sea resarcida, demandar a un tercero por el hecho de otro⁶³; siendo -en este caso- las empresas quienes son responsables por las actuaciones de sus empleados o dependientes. Cabe resaltar que esta norma, en su último inciso, indica que “cesará la obligación de esas personas [responsables por las acciones de quienes estuvieren a su cuidado] si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”⁶⁴, incluyendo tácitamente en la prueba al estándar de la debida diligencia.

9. ¿Prevé la legislación sustantiva y procesal de su país la posibilidad de atraer a su jurisdicción civil a una empresa matriz extranjera por daños ocasionados por su subsidiaria?

La Ley de Compañías indica que el lugar en donde ellas funcionen será considerado como su domicilio para efectos judiciales o extrajudiciales⁶⁵; lo que significa que -más allá del Estado de constitución de la persona jurídica-, “toda compañía extranjera que opere en el Ecuador está sometida a las leyes de la República en cuanto a los actos y negocios jurídicos que hayan de celebrarse o surtir efectos en el territorio nacional”⁶⁶.

9.1. *En caso afirmativo, ¿es posible solicitar información sobre la empresa matriz a su Estado de origen por medio de la cooperación judicial internacional?*

No aplica.

9.2. *En caso afirmativo, ¿existen ejemplos de decisiones judiciales que pueda compartir?*

No aplica.

⁶³ Ecuador, Código Civil. Registro Oficial Suplemento No 46 de 24 de junio de 2005, (2005), art 2220.

⁶⁴ ibíd.

⁶⁵ Ley de Compañías. Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre de 1999, (1999), art 4.

⁶⁶ ibíd, artículo 418.

III. RESPONSABILIDAD PENAL

10. ¿Prevé la legislación penal de su país la responsabilidad penal de las personas jurídicas?

Sí, desde la promulgación del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) en 2014⁶⁷.

10.1. En caso afirmativo, por favor comparta las disposiciones jurídicas pertinentes.

Dentro del COIP las disposiciones pertinentes en relación con la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas son:

Art. 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.-En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, [...] y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. [...]

- Art. 50.- Concurrencia de la responsabilidad penal.-La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas han fallecido o eludido la acción de la justicia;

Art. 440.- Persona procesada.-Se considera persona procesada a la persona natural o jurídica, contra la cual, la o el fiscal formule cargos.

⁶⁷ Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, (2014), art 49.

10.2. En caso negativo, señale si se han llevado a cabo debates legislativos al respecto.

No aplica.

11. En caso de que la legislación penal de su país prevea la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿por cuáles conductas puede ser una empresa sujeta de dicha atribución de responsabilidad? ¿Cuáles de esas conductas son equivalentes o equiparables a violaciones de derechos humanos?

Existe una cantidad considerable de conductas típicas por las que personas jurídicas pueden ser penalmente responsables en Ecuador. Excluyendo aquellas que podrían ser equiparables a violaciones de derechos humanos (incluidos en la Figura 2), la Figura 1 incluye todos los tipos relacionados a personas jurídicas.

Conductas típicas por las que pueden ser penalmente responsables las personas jurídicas (excluyendo los tipos considerados en la Figura 2)	
Delitos relacionados al tráfico de órganos	
Extracción y tratamiento ilegal de órganos y tejidos	Artículo 95
Tráfico de órganos	Artículo 96
Publicidad de tráfico de órganos	Artículo 97
Realización de procedimientos de trasplante sin autorización	Artículo 98
Turismo para la extracción, tratamiento ilegal o comercio de órganos	Artículo 99
Delitos contra el derecho a la propiedad	
Ocupación, uso ilegal de suelo o tráfico de tierras	Artículo 201
Insolvencia fraudulenta	Artículo 205
Falsificación de marcas y piratería lesiva contra los derechos de autor	Artículo 208-A
Tráfico ilícito de migrantes	Artículo 213
Producción, fabricación, comercialización y distribución de medicamentos e insumos caducados	Artículo 217
Desatención del servicio de salud	Artículo 218
Engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos	Artículo 235
Destrucción de bienes del patrimonio cultural	Artículo 237
Retención ilegal de aportación a la seguridad social	Artículo 242

Conductas típicas por las que pueden ser penalmente responsables las personas jurídicas (excluyendo los tipos considerados en la Figura 2)	
Delitos contra el ambiente y la naturaleza o Pacha Mama	
Invasión de áreas de importancia ecológica	Artículo 245
Incendios forestales y de vegetación	Artículo 246
Delitos contra la flora y fauna silvestres	Artículo 247
Delitos contra los recursos del patrimonio genético nacional	Artículo 248
Maltrato o muerte de mascotas o animales de compañía	Artículo 249
Peleas o combates entre perros	Artículo 250
Delitos contra el agua	Artículo 251
Delitos contra suelo	Artículo 252
Contaminación del aire	Artículo 253
Gestión prohibida o no autorizada de productos, residuos, desechos o sustancias peligrosas.	Artículo 254
Falsedad u ocultamiento de información ambiental	Artículo 255
Delitos contra los recursos mineros	
Actividad ilícita de recursos mineros	Artículo 260
Financiamiento o suministro de maquinarias para extracción ilícita de recursos mineros	Artículo 261
Paralización del servicio de distribución de combustibles	Artículo 262
Adulteración de la calidad o cantidad de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles	Artículo 263
Almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal o mal uso de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles	Artículo 264
Almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de hidrocarburos en las provincias fronterizas, puertos marítimos o fluviales o mar territorial	Artículo 265
Sustracción de hidrocarburos	Artículo 266
Delitos contra la eficiencia de la administración pública	
Cohecho	Artículo 280
Tráfico de influencias	Artículo 285
Defraudación tributaria	Artículo 298
Delitos económicos	
Pánico económico	Artículo 307

Conductas típicas por las que pueden ser penalmente responsables las personas jurídicas (excluyendo los tipos considerados en la Figura 2)	
Agiotaje	Artículo 308
Usura	Artículo 309
Divulgación de información financiera reservada	Artículo 310
Ocultamiento de información	Artículo 311
Falsedad de información	Artículo 312
Defraudaciones bursátiles	Artículo 313
Falsedad documental en el mercado de valores	Artículo 314
Autorización indebida de contrato de seguro	Artículo 315
Operaciones indebidas de seguros	Artículo 316
Lavado de activos	Artículo 317
Incrimación falsa por lavado de activos	Artículo 318
Omisión de control de lavado de activos	Artículo 319
Simulación de exportaciones o importaciones	Artículo 320
Actos ilegales tendientes al alza de precios de productos sujetos a precio oficial.	Artículo 321
Pánico financiero	Artículo 322
Captación ilegal de dinero	Artículo 323
Falsedad de información financiera	Artículo 324
Financiación del terrorismo	
Financiación del terrorismo	Artículo 367

Figura 1. Elaboración propia de los autores

En cuanto a las conductas que son equiparables a violaciones de derechos humanos, el COIP contempla expresamente graves violaciones de derechos humanos, como se puede observar en la Figura 1.

Conductas equiparables a violaciones de derechos humanos	
Genocidio	Artículo 79
Etnocidio	Artículo 80
Exterminio	Artículo 81
Esclavitud	Artículo 82

Conductas equiparables a violaciones de derechos humanos	
Deportación o traslado forzoso de población	Artículo 83
Desaparición forzada	Artículo 84
Ejecución extrajudicial	Artículo 85
Persecución	Artículo 86
Apartheid	Artículo 87
Agresión	Artículo 88
Delitos de lesa humanidad	Artículo 89
Trata de personas	Artículo 91
Explotación sexual de personas	Artículo 100
Prostitución forzada	Artículo 101
Pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes	Artículo 104
Comercialización de pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes	Artículo 105
Trabajos forzados u otras formas de explotación laboral	Artículo 106
Promesa de matrimonio o unión de hecho servil	Artículo 107
Adopción ilegal	Artículo 108
Empleo de personas para mendicidad	Artículo 109

Figura 2: Elaboración propia de los autores.

12. ¿Cuáles son los tipos de sanciones que pueden ser aplicadas a una empresa?

El COIP contempla distintas formas de sanción para personas jurídicas, dependiendo del tipo penal cometido. Inclusive, incluye las siguientes medidas cautelares reales, que buscan asegurar el cumplimiento de las sanciones, estas son: “1. El secuestro 2. Incautación 3. La retención 4. La prohibición de enajenar”⁶⁸.

Por un lado, el COIP contempla sanciones de carácter pecuniario a través de multas que se calculan en base a salarios básicos unificados, es decir, están sujetas a cambios anuales. Se pueden observar ejemplos de este tipo de

⁶⁸ Ecuador, Código Civil. Registro Oficial Suplemento No 46 de 24 de junio de 2005, (2005), art 549.

sanción en el artículo 258 del COIP, donde se contempla una lista de multas según el tipo penal cometido que incluyen una comparación con años de penas privativas de la libertad: “Multa de cien a trescientos salarios básicos unificados del trabajador en general, si el delito tiene prevista una pena de privación de libertad de uno a tres años.”

Asimismo, el Código prevé el comiso penal como posible sanción para la persona jurídica. Esta sanción está prevista bajo los siguientes parámetros: Los actos y contratos existentes, relativos a los bienes objeto de comiso penal cesan de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Los bienes declarados de origen ilícito no son susceptibles de protección de ningún régimen patrimonial”⁶⁹.

También, existen sanciones que buscan atacar los negocios de la persona jurídica encontrada penalmente responsable. Cuando la sanción ataca el funcionamiento de la empresa, el COIP contempla la posibilidad de la clausura temporal o definitiva de sus almacenes basándose en: “[...] el lugar en el que se ha cometido la infracción penal, según la gravedad de la infracción o del daño ocasionado.”⁷⁰ Del mismo modo, el tribunal penal puede imponer una restricción para que la persona jurídica no contrate temporal o definitivamente con el Estado.

En esta misma línea, existen sanciones que buscan atacar directamente la personería de la empresa. Es decir, el tribunal penal puede extinguir la persona jurídica, arrebatando la posibilidad de reactivación a futuro de esta. Esta sanción está ligada con delitos especialmente serios y muchas veces relacionados a la dignidad humana, como son las graves violaciones a los derechos humanos, tipificadas en la primera sección del título IV del COIP⁷¹.

Por otro lado, existen sanciones que implican que la persona jurídica haga algo, es decir responde a la obligación jurídica de hacer. Por un lado, se contemplan las sanciones que implican: “Realizar actividades en beneficio de la comunidad sujetas a seguimiento y evaluación judicial”⁷². Mientras que, también se positiviza la obligación objetiva de remediar el medio ambiente, al respecto la Constitución contempla: “Todo daño al ambiente, además de las sanciones

⁶⁹ ibíd, art 71.2.

⁷⁰ ibíd,art 71.3.

⁷¹ ibíd, art 90.

⁷² ibíd, art 71.4.

correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas”⁷³.

13. ¿Existen decisiones judiciales en su país que hayan determinado la responsabilidad penal de una persona jurídica?

Actualmente no hay decisiones jurídicas que encuentren la responsabilidad penal de una persona jurídica. No obstante, la normativa es relativamente nueva, por lo que se está comenzando a seguir investigaciones previas y procesos penales a personas jurídicas como procesados.

13.1. En caso afirmativo, ¿dicha decisión tuvo relación con conductas equiparables o equivalentes a violaciones a derechos humanos?

No aplica.

14. ¿Prevé la legislación penal de su país que una víctima pueda exigir una reparación civil dentro del proceso penal, o debe ser un procedimiento separado?

Sí, en la legislación ecuatoriana la obligación de indemnizar por cuando se ha ocasionado un daño existe de forma separada a la pena, como establece el artículo 2214 del Código Civil, “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”⁷⁴ Entonces, la indemnización se debe de forma separada a cualquier proceso declarativo de responsabilidad tanto penal como civil. Esto ha sido apoyado por la jurisprudencia, que reconoce que no se necesita prejudicialidad penal para iniciar un proceso civil para conseguir una indemnización, ni viceversa⁷⁵.

Adicionalmente, el COIP ha establecido la posibilidad de exigir una reparación civil dentro del proceso penal a través de los derechos de las víctimas. Debido a que tienen derecho a que se adopten los mecanismos necesarios para alcanzar la reparación integral, incluyendo la indemnización de ser el caso⁷⁶.

⁷³ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, artículo 396.

⁷⁴ Ecuador, Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005, (2005), art 2214.

⁷⁵ Caso Eva Cedeño c Leopoldo Pontón.

⁷⁶ Ecuador, Código Civil. Registro Oficial Suplemento No 46 de 24 de junio de 2005, (2005), art 11.

15. ¿Podría un tribunal penal ejercer jurisdicción sobre una persona jurídica de su país por actos delictivos cometidos en el extranjero?

Sí, el artículo 14 del COIP reconoce instancias donde se extiende la jurisdicción espacial para infracciones cometidas fuera del territorio ecuatoriano.

En principio, se revisa el efecto de las infracciones cometidas en el exterior, es decir, si fue cometida en territorio extranjero, pero despliega sus efectos en el Ecuador⁷⁷. También, se extiende la jurisdicción para delitos cometidos contra nacionales ecuatorianos, pero necesariamente estas circunstancias no deben haber sido juzgadas por otro Estado⁷⁸. Asimismo, el Ecuador puede conocer casos que afecten “bienes jurídicos protegidos por el Derecho Internacional, a través de instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, siempre que no se haya iniciado su juzgamiento en otra jurisdicción”⁷⁹. En esta línea, también se contempla una extensión a la jurisdicción espacial para graves violaciones a los derechos humanos, delitos que sí pueden cometer personas jurídicas según el COIP⁸⁰. Esto, concatenado con el precepto de jurisdicción universal, que será analizado posteriormente en cuanto a sus posibles aplicaciones a personas jurídicas.

16. En caso de que su legislación prevea el principio de personalidad pasiva –es decir, que un extranjero pueda ser juzgado incluso por actos cometidos en el extranjero contra nacionales–, ¿podría esta ser aplicable a personas jurídicas por actos que puedan constituir delitos?

Sí, la legislación ecuatoriana sí prevé el principio de personalidad pasiva en el artículo 14 inciso b, que contempla “Cuando la infracción penal es cometida en el extranjero, contra una o varias personas ecuatorianas y no ha sido juzgada en el país donde se la cometió.”⁸¹

⁷⁷ ibíd, art 14.

⁷⁸ ibíd, art 14.

⁷⁹ ibíd, art 14, inciso d.

⁸⁰ ibíd, art 14, inciso e.

⁸¹ ibíd, art 14, inciso b.

17. ¿Podría un tribunal de su país ejercer la jurisdicción universal contra una empresa? En caso afirmativo, señale las conductas delictivas sobre las que podría utilizarse.

La jurisdicción universal está contemplada en el artículo 401 del COIP que establece: “Los delitos contra la humanidad pueden ser investigados y juzgados en la República del Ecuador,”⁸² Las conductas delictivas sobre las que se puede ejercer jurisdicción universal se encuentran identificadas como tales en el Código y desglosadas en la figura 1.

Considerando que este cuerpo normativo reconoce la posibilidad que personas jurídicas puedan cometer delitos contra la humanidad, al establecer una sanción específica en relación con estos delitos para personas jurídicas en el artículo 90. Entonces, al incluir esta posibilidad, se entiende que el Ecuador sí podría ejercer jurisdicción universal contra una empresa.

DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD TIPIFICADOS EN EL COIP	
Genocidio	Artículo 79
Etnocidio	Artículo 80
Exterminio	Artículo 81
Esclavitud	Artículo 82
Deportación o traslado forzoso de población	Artículo 83
Desaparición forzada	Artículo 84
Ejecución extrajudicial	Artículo 85
Persecución	Artículo 86
Apartheid	Artículo 87
Agresión	Artículo 88
Delitos de lesa humanidad	Artículo 89

Figura 3: Elaboración propia de los autores.

⁸² Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero de 2014, (2014), art 401.

IV. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Derecho Ambiental

18. Señale las disposiciones normativas que regulan la responsabilidad por un daño ambiental.

Las siguientes disposiciones regulan la responsabilidad por un daño ambiental en Ecuador:

a. *Constitución de la República del Ecuador:*

La responsabilidad en materia ambiental, dentro de la legislación ecuatoriana, está regulada en el Título VII, Capítulo II de la Constitución, específicamente en los artículos 396 y 397⁸³. El artículo 396 prescribe que la responsabilidad por daños ambientales es objetiva y las acciones para investigar y sancionar daños ambientales son imprescriptibles. También establece que el daño ocasionado implica, además de las sanciones correspondientes, las obligaciones de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a la o las personas y comunidades afectadas. Cada persona (natural o jurídica), que sea parte del ciclo de comercialización y uso de bienes o servicios, tiene la responsabilidad directa de prevenir impactos ambientales, mitigar y reparar los daños causados y mantener un sistema de control ambiental permanente.

Frente a la potencialidad de daño ambiental (o un daño ambiental verificado) existe una legitimación activa amplia (*actio popularis*) puesto que busca defender intereses colectivos o difusos. Esto permite iniciar acciones judiciales para prevenir el daño ambiental (o buscar su reparación) sin la necesidad de que el sujeto activo demuestre una afectación personal.

Además, sobre la prueba en materia de daños ambientales es importante recalcar que existe, como principio constitucional positivado en el artículo 397, una inversión de la carga de la prueba. De esta forma es el gestor de la actividad quien tendrá que probar su inocencia

⁸³ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador (2008), arts 396 y 397.

(debida diligencia). En caso de daños ambientales el Estado actúa como un garante pues tiene la obligación de actuar “de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y restauración de los ecosistemas”. Esto permite que el Estado repita contra el operador de la actividad que ha producido el daño y establece que la responsabilidad también recaerá sobre las o los servidores públicos que han sido responsables de realizar el control ambiental.

b. *Código orgánico del Ambiente, COAm.*

Sobre la carga de la prueba, el Código Orgánico del Ambiente (en adelante, COAm) establece en su artículo 313⁸⁴ que, para el procedimiento de las infracciones administrativas previstas en este Código, “la carga de la prueba sobre la existencia del daño ambiental potencial o real, recaerá sobre el operador o gestor de la actividad, quien podrá utilizar todos los elementos probatorios legales para desvirtuarla”. Esto quiere decir que existe una presunción de derecho (*iuris tantum*) contra el presunto responsable siempre que éste no haya demostrado su inocencia. La responsabilidad debe basarse en una relación de causalidad o nexo causal entre la actividad y el daño.

19. ¿Exige la legislación ambiental de su país la realización de estudios de impacto ambiental o la aprobación de otros instrumentos de gestión ambiental? ¿A quién corresponde llevarlas a cabo?

Sí, para que las actividades puedan ser efectivamente regularizadas, el proponente del proyecto, obra o actividad deberá utilizar el Sistema Único de Información Ambiental, donde tendrá que ingresar la información referente a las características particulares de la actividad que pretende llevar a cabo. Una vez que haya realizado este paso, el Ministerio de Ambiente y Agua deberá observar la siguiente información de acuerdo con lo previsto en el artículo 422 del Reglamento al Código Orgánico del Ambiente (en adelante RCOAm): (1) cuál será la Autoridad Ambiental Competente para regular el trabajo o proyecto específico, (2) la determinación del tipo de impacto según

⁸⁴ Código Orgánico del Ambiente. Registro Oficial Suplemento 983 de 12 de abril de 2017, (2017), art 313.

las características del proyecto, obra o actividad y (3) el tipo de autorización administrativa ambiental requerido⁸⁵.

De acuerdo con la categorización del impacto o riesgo ambiental se definirá el tipo de autorización administrativa ambiental. En caso de actividades de bajo impacto, deberán obtener un registro ambiental y en el caso de actividades de mediano y alto impacto ambiental, tendrán que obtener una licencia ambiental⁸⁶.

Por lo tanto, las actividades se clasifican, según sus impactos ambientales en: (1) no significativos, (2) bajo y (3) mediano y alto impacto. Cada una de estas categorías cuenta con un instrumento distinto como proceso de regularización ambiental.

- a. *Certificado Ambiental*: emitido por la Autoridad Ambiental Competente a aquellas actividades con impacto ambiental no significativo (que no conllevan la obligación de regularizarse). Aún así, deberán observar las guías de buenas prácticas ambientales que la Autoridad Ambiental Nacional emita según la actividad que realice.⁸⁷
- b. *Registro Ambiental*: el registro ambiental se otorga para actividades con bajo impacto ambiental⁸⁸.

Los requisitos para su obtención son: (1) registro del proyecto, obra o actividad a regularizarse; (2) certificado de intersección; (3) pagos por servicios administrativos; (4) Informe del proceso de participación en caso de que sea necesario conforme a la norma sectorial; y, (5) los que la Autoridad Ambiental Nacional⁸⁹ determine en la normativa expedida para el efecto.⁹⁰

⁸⁵ Reglamento al Código Orgánico del Ambiente. Registro Oficial Suplemento 507 de 12 de junio de 2019, (2019), art 422.

⁸⁶ *ibíd*, art 426.

⁸⁷ *ibíd*, art 427.

⁸⁸ *ibíd*, art 428.

⁸⁹ El Ministerio del Ambiente y Agua es la Autoridad Ambiental Nacional.

⁹⁰ Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, Registro Oficial Suplemento 507 de 12 de junio de 2019, (2019), art 429.

- c. *Licencia Ambiental*: se exige para aquellos proyectos o actividades de mediano y alto impacto ambiental.

La obtención de la licencia ambiental requiere la presentación de los siguientes documentos: “a) Certificado de intersección; b) Estudio de impacto ambiental; c) Informe de sistematización del Proceso de Participación Ciudadana; d) Pago por servicios administrativos; y, e) Póliza o garantía por responsabilidades ambientales”⁹¹. Todo lo concerniente a la Licencia Ambiental se trata en el Título II, Capítulo IV del COAm. esto es desde el artículo 431 – 444.

- d. *Estudio de Impacto Ambiental, EIA*: la obtención de la licencia ambiental, requiere que se presenten las características del proyecto que representen interacción con el medio circundante además de una caracterización de las condiciones ambientales previas a la ejecución del proyecto.

También debe contar con un análisis de riesgos y la descripción de las medidas específicas para prevenir, mitigar y controlar las alteraciones ambientales que resulten de la implementación del proyecto y un plan de manejo ambiental.

Los EIA deberán ser elaborados por consultores ambientales calificados y/o acreditados por la Autoridad Ambiental Nacional de acuerdo con lo establecido en el artículo 433 del RCOAm⁹². Para más detalle sobre los contenidos mínimos de los EIA se debe revisar el artículo 434 del RCOAm. Es así que el artículo 179 del COA prescribe que el EIA deberá ser elaborado aún en los casos donde exista riesgo de mediano y alto impacto ambiental para poder hacer una adecuada y fundamentada evaluación, predicción, identificación e interpretación de dichos riesgos e impactos.

- e. *Plan de manejo ambiental*: Son instrumentos de cumplimiento obligatorio para el operador de la actividad a realizarse y es uno de los requisitos mínimos del EIA establecidos en el artículo 434 del RCOAm. El plan de manejo ambiental requiere, al menos, de:

⁹¹ ibíd, art 432.

⁹² ibíd art 433.

- a) Plan de prevención y mitigación de impactos;
- b) Plan de contingencias;
- c) Plan de capacitación;
- d) Plan de manejo de desechos;
- e) Plan de relaciones comunitarias;
- f) Plan de rehabilitación de áreas afectadas;
- g) Plan de rescate de vida silvestre, de ser aplicable;
- h) Plan de cierre y abandono; y,
- i) Plan de monitoreo y seguimiento.⁹³

Es importante tomar en cuenta que, según el artículo 181 del COA la finalidad del plan de manejo ambiental será “establecer en detalle y orden cronológico, las acciones cuya ejecución se requiera para prevenir, evitar, controlar, mitigar, corregir, compensar, restaurar y reparar, según corresponda. Además, contendrá los programas, presupuestos, personas responsables de la ejecución, medios de verificación, cronograma y otros que determine la normativa secundaria.”⁹⁴

Quien deba obtener los permisos será la persona que va a establecer su proyecto y deberá hacerlo frente a la Autoridad Ambiental Competente o frente a la Autoridad Ambiental Nacional.

20. ¿Qué sanciones se pueden imponer por llevar a cabo actividades empresariales⁹⁵ *sin cumplir con la normatividad ambiental?*

Encontramos la lista de sanciones administrativas en el artículo 320 del COAm. y son las siguientes:

1. Multa económica;
2. Decomiso de las especies de vida silvestre, nativas, exóticas o invasoras, herramientas, equipos, medios de transporte y demás instrumentos utilizados para cometer la infracción;

⁹³ ibíd art 435.

⁹⁴ Código Orgánico del Ambiente. Registro Oficial Suplemento 983 de 12 de abril de 2017, (2017), art 181.

⁹⁵ Por actividades empresariales nos referimos a proyectos de infraestructura o desarrollo, proyectos extractivos o de agroindustria, o a toda aquella actividad empresarial que pueda generar afectaciones a gran escala.

3. Destrucción de los productos, medios de transporte, herramientas o bienes utilizados para cometer la infracción;
4. Suspensión temporal de la actividad o del aval oficial de actuación;
5. Revocatoria de la autorización, terminación del contrato y del aval oficial de actuación;
6. Devolución, suspensión, o pérdida de incentivos; y,
7. El desalojo de personas del área donde se está cometiendo la infracción, con garantía plena de sus derechos, así como el desmontaje y la demolición de infraestructura o instrumentos utilizados para cometer la infracción.

La obligación de la reparación integral se impondrá en todas las infracciones en las que exista la responsabilidad y ocurrencia de daños ambientales, de conformidad con las disposiciones establecidas en el COAm. Además, se impondrá la clausura definitiva de establecimientos, edificaciones o servicios cuando los daños ambientales no han cesado por el incumplimiento de las medidas correctivas ordenadas.⁹⁶

Así mismo el RCOAm incluye un título entero para infracciones y sanciones que es el Título IV, Capítulo II (Aplicación de sanciones) desde el artículo 840 – 845 y el Capítulo III (Decomiso y retención) desde el artículo 846 – 850.⁹⁷

21. ¿Es posible exigir una reparación de naturaleza civil en el marco de un daño ambiental?

Sí, es posible. El artículo 396 de la Constitución de la República establece que existe: “la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas”. Cabe destacar que esta norma no cubre y protege únicamente a las personas y comunidades indígenas sino a toda persona sin excepción. Según el artículo 57 de la Constitución, se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas los siguientes derechos colectivos (además de los estipulados en instrumentos internacionales): “7. La consulta previa, libre e informada (..)

⁹⁶ Código Orgánico del Ambiente. Registro Oficial Suplemento 983 de 12 de abril de 2017, (2017), art 320.

⁹⁷ Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, Registro Oficial Suplemento 507 de 12 de junio de 2019, (2019), arts 840–850.

sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen (...)”⁹⁸.

El Artículo 38 del Código Orgánico General de Procesos, COGEP, en su último inciso, estipula que las acciones por daño ambiental y el producido a las personas o a su patrimonio como consecuencia de este se ejercerán de forma separada e independiente⁹⁹. El artículo 40 del mismo cuerpo normativo estipula que existe una prohibición de “doble recuperación de indemnizaciones si los terceros afectados han sido reparados a través de la acción de daños ambientales”¹⁰⁰.

El COAm, en su artículo 9 especifica los principios ambientales, entre los cuales encontramos al número 4 denominado “El que contamina paga” donde expresa que “quien contamine estará obligado a la reparación integral y la indemnización a los perjudicados, adoptando medidas de compensación a las poblaciones afectadas y al pago de las sanciones que correspondan”¹⁰¹. El artículo 292 que trata sobre las medidas de prevención y reparación integral de los daños ambientales explica que “cuando los daños ambientales hayan ocurrido, el operador responsable deberá adoptar sin demora y sin necesidad de advertencia, requerimiento o de acto administrativo previo, las siguientes medidas en este orden: 1. contingencia, mitigación y corrección; 2. remediación y restauración; compensación e indemnización; y, 4. seguimiento y evaluación”¹⁰².

El RCOAm estipula en su artículo 812 que, en caso de que “mediante resolución administrativa se determine, la existencia de daño ambiental la Autoridad Ambiental Competente ordenará al operador la presentación del Plan de Reparación Integral sin perjuicio de otras medidas de contingencia, mitiga-

⁹⁸ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador (2008), art 328.7.

⁹⁹ Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015, (2015), art 38.

¹⁰⁰ ibíd art 40.

¹⁰¹ Código Orgánico del Ambiente. Registro Oficial Suplemento 983 de 12 de abril de 2017, (2017), art 9.4.

¹⁰² ibíd art 292.

ción, remediación, restauración y/o reparación que hubieren sido ordenadas anteriormente (...)”¹⁰³. El Plan de Reparación Integral es el conjunto de procesos, acciones y medidas que ejecutados completamente tienen el objetivo de revertir daños y pasivos ambientales. Estos procesos deben estar destinados a facilitar la restitución de los derechos de las personas y comunidades afectadas, a compensar sus pérdidas, y a garantizar la no repetición del daño¹⁰⁴.

Entre los requisitos mínimos del Plan de Reparación Integral está “la identificación de los impactos negativos al componente social juntamente con las medidas de compensación colectiva e indemnización individual, conforme sea el caso” y el “cronograma y costos de los trabajos de remediación y/o restauración, así como de la compensación colectiva e indemnización individual, conforme sea el caso”.¹⁰⁵

Conviene, en este punto, revisar el Título I (de la reparación integral de daños ambientales) en su Capítulo IV (compensación colectiva e indemnización a personas) que desde el artículo 819 habla de la compensación e indemnización y explica que la indemnización opera a nivel individual frente a las personas afectadas en su salud, bienestar o patrimonio y es de carácter pecuniario.¹⁰⁶ La compensación a comunidades, colectivos y grupos sociales, así como la indemnización a personas que no hayan sido acordados dentro del Plan de Reparación Integral, podrán ser demandados por vía judicial¹⁰⁷. La determinación del cálculo del costo de la compensación deberá realizarse bajo los criterios metodológicos desarrollados por la Autoridad Ambiental Nacional.¹⁰⁸

Por último, en el glosario de términos incluido en el COAm (después de la disposición final única) especifica que las Medidas de indemnización socioambiental se refieren al “resarcimiento pecuniario, equivalente a las pérdidas ocasionadas por daños ambientales irreversibles provocados a la propiedad privada e individual”¹⁰⁹.

¹⁰³ Reglamento al Código Orgánico del Ambiente. Registro Oficial Suplemento 507 de 12 de junio de 2019, (2019), art 812.

¹⁰⁴ *ibíd* art 813.

¹⁰⁵ *ibíd* art 814.

¹⁰⁶ *ibíd* art 819.

¹⁰⁷ *ibíd* art 820.

¹⁰⁸ *ibíd*.

¹⁰⁹ Reglamento al Código Orgánico del Ambiente. Registro Oficial Suplemento 507 de 12 de junio de 2019, (2019).

22. ¿Existen sanciones penales por daño ambiental?

Sí, vale recalcar que, el ámbito temporal de la aplicación de las acciones legales por daños ambientales es imprescriptible tanto en la acción como en la condena según lo prescribe el artículo 16, número 4 del COIP.

El artículo 49 del COIP establece que las personas jurídicas pueden ser responsables de ciertos delitos. El Código Orgánico Integral Penal, COIP, en su Título IV (Infracciones en particular) destina un capítulo entero a los delitos contra el Ambiente y la Naturaleza o Pacha Mama (Capítulo IV).

Este capítulo se divide, a su vez en 5 secciones:

1. Delitos contra la biodiversidad;
2. Delitos de acción privada contra animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana.
3. Parágrafo único: Contravenciones contra animales que formen parte de la Fauna Urbana;
4. Delitos contra los recursos naturales;
5. Delitos contra la gestión ambiental;
6. Disposiciones comunes;
7. Delitos contra los recursos naturales no renovables.
 - a) Parágrafo primero: Delitos contra los recursos mineros;
 - b) Parágrafo segundo: Delitos contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles.

Teniendo en cuenta esta estructura, nos vamos a enfocar en diversas secciones, comenzando por los delitos contra los recursos naturales (sección 3), que incluye los delitos contra el agua, el suelo y el aire.

- *Agua*: quien contamine en general recursos hidrobiológicos o realice descargas en el mar ocasionando graves daños será sancionado con pena privativa de libertad de 3 – 5 años.¹¹⁰
- *Suelo*: quien cambie el uso del suelo, dañe su capa fértil, cause erosión o desertificación provocando daños graves será sancionado con pena privativa de libertad de 3 – 5 años.¹¹¹

¹¹⁰ ibíd art 251.

¹¹¹ ibíd art 252.

- *Aire*: La persona que contamine el aire en niveles tales que resulten daños graves a los recursos naturales, biodiversidad y salud humana será sancionado con pena privativa de libertad de 3 – 5 años.¹¹²

Encontramos, en la sección 4 (Delitos contra la gestión ambiental), el artículo 255 sobre la falsedad u ocultamiento de información ambiental. Este tipo penal prescribe que “la persona que emita o proporcione información falsa u oculte información que sea de sustento para la emisión y otorgamiento de permisos ambientales, estudios de impactos ambientales, auditorías y diagnósticos ambientales, permisos o licencias de aprovechamiento forestal, que provoquen el cometimiento de un error por parte de la autoridad ambiental, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”¹¹³.

En la Sección 5 se encuentra el artículo 258 que trata sobre las penas para las personas jurídicas y engloba a todos los artículos previstos en este capítulo (lo que quiere decir desde el artículo 245 – 267. Este artículo 258 explica las reglas que se aplicarán para imponer las penas, sanciones y multas siempre que se haya determinado la responsabilidad de las personas jurídicas.

Duración de la pena prevista	Multa	Clausura		Comiso	Remediación de daños ambientales
		Temporal	Definitiva		
1 – 3 años.	100 – 300 SBU.	X		X	X
3 – 5 años.	200 – 500 SBU.	X		X	X
5 años en adelante.	500 – 1.000 SBU.		X	X	X

Tabla 1: Diagramación del artículo 258 del COIP. Elaboración propia.

En la Sección 6 sobre delitos contra los recursos naturales no renovables encontramos dos párrafos y, especialmente en el segundo (delitos contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles encontramos el artículo 267 sobre la sanción a la persona jurídica y especifica que si se determina la responsabilidad penal de la persona jurídica por cualquier acción de las tipificadas en esta sección (sección 6) será sancionada con multa de 500 – 1.000 SBU.¹¹⁴

¹¹² ibíd art 253.

¹¹³ ibíd art 255.

¹¹⁴ ibíd art 267.

23. ¿Señala explícitamente la legislación ambiental un vínculo con los derechos humanos?

No explícitamente. A pesar de esto, la Constitución reconoce a la naturaleza derechos intrínsecos como el respeto integral de su existencia, el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos y el derecho a la restauración.

El artículo 14 de la Constitución reconoce “el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *Sumak Kawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad (...)”¹¹⁵. Cuando se estipula el derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas se toma en consideración la posible afectación ambiental y cultural que pudieran sufrir. Esta afectación está directamente ligada con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

El artículo 74 constitucional determina que “las personas tienen derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir”¹¹⁶.

Otros derechos que tienen estrecha relación con los derechos humanos son los derechos a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el derecho a la vivienda adecuada y digna, derecho al hábitat, derecho al agua, al buen vivir, al disfrute pleno de la ciudad, el derecho a la propiedad guiado hacia el cumplimiento de su función social y ambiental.

24. ¿Existen en su país tribunales ambientales, o es el cuidado del medio ambiente una función de fiscalización?

No, pese a esto, a través del control constitucional, los jueces constitucionales y la Corte Constitucional observan temas ambientales relacionados con los derechos de la naturaleza, medio ambiente y buen vivir. La función de fiscalización engloba el cuidado del medioambiente y la Defensoría del

¹¹⁵ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, (2008) art.14.

¹¹⁶ *ibíd* art 74.

Pueblo, debido a su ámbito y naturaleza, tiene la obligación de velar por la promoción, protección y tutela de los derechos humanos y de la naturaleza.¹¹⁷

25. En caso de que en su país existan tribunales ambientales, ¿han dictado sentencias donde se establezca un vínculo entre el daño medioambiental y violaciones a los derechos humanos?

A pesar de que no existen tribunales especializados, la Corte Constitucional ha emitido importantes sentencias en favor de la efectiva vigencia de los derechos humanos ligadas al medioambiente. Por ejemplo, la sentencia número 20-12-IN/20 sobre la consulta prelegislativa de actos normativos de autoridades administrativas que afecten derechos de los Pueblos Indígenas declaró vulnerados los derechos que asisten a las comunidades, pueblos y nacionalidades a la consulta previa, el derecho a la limitación de actividades militares en territorios ancestrales y el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades a la adjudicación gratuita de territorios ancestrales.¹¹⁸ En esta sentencia se reconoce que existe un régimen *sui generis* pues existe una relación intrínseca entre las tierras indígenas y los recursos naturales, que son vitales para la vida y desarrollo de sus comunidades.

Así mismo, en sentencia número 6-20-CP/20 sobre la consulta sobre explotación minera en zonas de recarga hídrica del GAD (Gobierno Autónomo Descentralizado) de Cuenca la Corte hace un interesante análisis guiado hacia la protección de los derechos de participación con un enfoque ambiental.¹¹⁹

En esta línea, la sentencia No. 001-10-SIN-CC trata el otorgamiento de concesiones mineras sin la consulta a los pueblos y nacionalidades. La sentencia declaró vulnerados los principios de: plena justiciabilidad de los derechos, no restricción del contenido de los derechos, no exclusión de los derechos derivados de la dignidad y el derecho de las comunidades pueblos y nacionalidades a la consulta previa¹²⁰.

¹¹⁷ Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. Registro Oficial Suplemento No 481 de 6 de mayo de 2019, (2019), artículo 2.

¹¹⁸ Corte Constitucional de Ecuador, Acción Pública de Inconstitucionalidad 20-12, (2012), <<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=20-12-IN/20>>

¹¹⁹ *ibíd.*

¹²⁰ Corte Constitucional de Ecuador, Acción Pública de Inconstitucionalidad 001-10, (2010), <<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=001-10-SIN-CC>>

26. ¿Qué tipo de reparación se pueden ordenar por afectaciones al medio ambiente?

Para una efectiva reparación integral es necesaria la implementación de un Plan de Reparación integral en los términos previstos en los artículos 813 – 818 del RCOAm. y, dependiendo de los daños incurridos, se deberá atacar al daño de la forma más adecuada para revertir el daño ambiental causado. Podemos aseverar que, virtualmente, estamos frente a una infinidad de posibilidades siempre y cuando estas puedan generar una regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos respetando su derecho a la restauración.

Contratación pública

27. ¿Exige el marco jurídico de su país que se adopten medidas de debida diligencia en derechos humanos por las empresas en el contexto de concesiones, licitaciones o alguna otra forma de contratación pública?

No, las normas que regulan el ejercicio de la contratación pública en el Ecuador –entiéndase estas como Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP), Reglamento General a Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante RLOSNCP), Codificación de Resoluciones del Sistema Oficial de Contratación Pública y Acuerdo Comercial Multipartes Suscrito con la UE ACM–, no consideran medidas específicas respecto de la debida diligencia en derechos humanos.

28. ¿Qué tipo de sanciones pueden imponerse cuando derivado de una contratación pública, la empresa contratista afecta los derechos humanos?

La normativa mencionada anteriormente, tiene como eje central el cumplimiento taxativo de procedimientos para alcanzar la suscripción de un contrato de prestación de servicios, adquisición de bienes y ejecución de obras a precios justos.

Las principales sanciones contenidas en la suscripción de los contratos tienen que ver con la falta de cumplimiento de las obligaciones del objeto

contratado que derivan en sanciones pecuniarias. Por lo que si estas exceden en cierto monto terminan dejando fuera del sistema real de participación al contratista incumplido. Además, se sanciona al contratista por el incumplimiento de infracciones expresas dentro de procedimientos. Ergo el centro de la relación se enmarca en el cumplimiento de procedimientos, entrega de requerimientos y la erogación de fondos. En este escenario la figura de los derechos humanos queda en la periferia y junto con ellos una posible sanción en el caso de que estos se vean afectados. Lo que les interesa a los sujetos inmersos en la relación contractual es que aparezca el objeto contratado en beneficio del bien común. El contenido de la periferia solo aparecerá en el caso de que la afectación provocada sea demasiado evidente. Muestra de todo lo mencionado es la estructura de la LOSNCP y su reglamento general.

LOSNCP/RLOSNCP	Creación del SERCOP	Revisa el cumplimiento de los procedimientos.
	Creación de herramientas del sistema	Procedimiento informático de contratación.
	Procedimientos de contratación	Establecidos de acuerdo a montos, cumplimiento de ciertas condiciones y determinación del objeto.
	Determinación de las etapas de contratación.	Etapas previas, precontractual y contractual.
	Contratos	Capacidades, inhabilidades o nulidades
	Garantías	Protección del recurso público.
	Registro de incumplimientos	Procedimiento
	Solución de controversias	Procedimiento
	Infracciones de proveedores	Sanción por faltas a los procedimientos.

Elaboración propia de los autores.

En una ley estructurada desde una concepción eminentemente técnica la figura de los derechos humanos no aparece y con ella como es evidente la de una sanción. Los derechos del buen vivir; de los pueblos y nacionalidades indígenas; derechos de libertad; y derechos de la naturaleza que se relacionan directamente con la contratación pública tendrán que buscar otras garantías no contenidas en estas normas para sus defensas.

Ahora bien, es necesario también decir que las entidades contratantes en la construcción de las condiciones de la contratación, en las cláusulas específicas son las responsables de establecer protección de derechos y sanciones sobre todo en la parte de ejecución contractual. Pero, por la escasa existencia de las obligaciones relacionadas con derechos humanos, el tema se convierte en algo ínfimo. Por lo que las sanciones establecidas por afectación de derechos humanos de forma discrecional quedan a lo mucho en meras expresiones.

29. ¿Qué medidas de reparación se contemplan por el marco jurídico en casos de afectaciones a derechos humanos en el marco de la contratación pública?

En el marco jurídico del sistema nacional de contratación pública ecuatoriano no se establece directamente medidas de reparación específicas en el caso de afectación a los derechos humanos. Sin embargo, como se observará en la siguiente pregunta a nivel judicial, al verificar algún tipo de vulneración en el marco de contratación pública, los jueces han emitido reparaciones directas a las personas afectadas.

En la práctica, el ente rector de la contratación pública en el Ecuador ha dado ciertos despuntes al establecer cláusulas de protección de derechos humanos en las condiciones generales de los contratos de ejecución de obra, adquisición de bienes o prestación de servicios.¹²¹ En ese documento se obliga al contratista al cumplimiento de lo establecido en la legislación ambiental, de seguridad industrial y salud ocupacional, seguridad social, laboral, etc. Así mismo, a través de oficios circulares, se ha establecido ciertas directrices que los administradores de contratos en el caso de la prestación de servicios de seguridad y vigilancia por ejemplo deben tener en cuenta. Resultando imperante que los trabajadores que laboren en las compañías de vigilancia y seguridad privada deben gozar efectivamente de todos los derechos consagrados en la Constitución de la República, en los Convenios con la Organización Internacional del Trabajo –OIT ratificados por el Ecuador, en el Mandato Constituyente Nro. 8, en el Código del Trabajo, en la Ley de Seguridad Social y demás disposiciones normativas conexas.¹²²

¹²¹ Condiciones Generales de los Contratos Versión SERCOP 2.1.

¹²² Oficio SERCOP-SERCOP-2019-0010-C de 13 de agosto de 2019, (2019).

Es decir, en los procedimientos de contratación pública existe afectación a los derechos humanos, pero no se establecen mecanismos que reparan esas afectaciones, sino que se remite a otras normas para que desde allí se restaure los derechos que han sido vulnerados.

Los únicos mecanismos de reparación que tienen que ver de forma indirecta con la afectación a los derechos humanos en la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios son: 1) la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato y 2) la aplicación de multas. El contratista paga cierta penalidad por no permitir que los sujetos gocen de los objetos contratados como: escuelas, centros de salud, vías, etc. Es decir que, la actuación de la administración no se queda únicamente en la protección del recurso público. Sino que, resguarda el derecho que tienen los grupos sociales de hacer uso y servirse de los productos finales entregados a tiempo y con las características solicitadas a través de sanciones pecuniarias que son proporcionales al valor de la falta. Por lo que, podría ser que, de alguna manera se pretende reparar la afectación a los derechos de los sujetos a través de las sanciones antes mencionadas.

30. ¿Se han dictado sentencias en contra de empresas contratistas por afectaciones a los derechos humanos? En caso afirmativo, por favor proporcione mayor información.

En el Ecuador no se han dictado sentencias en contra de empresas contratistas por vulneración de los derechos humanos. Pero si existen decisiones en el marco de la contratación de obras, mediante las cuales las instituciones públicas han sido demandadas. En este sentido, los contratistas han ejecutado contratos sin que la contratante cumpla con requisitos básicos, hecho que ha provocado la afectación a derechos fundamentales.

El caso típico que se presenta en la práctica es la ejecución de obras en propiedad privada sin haber realizado el procedimiento de expropiación previo. En el año 2019, en el caso seguido por Noriega Pérez Vicente Williams y Vaca Guevara Carmen en contra de la abogada del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Pichincha se emitió una sentencia, en la que se declaró vulnerados los derechos al debido proceso, a la seguridad jurídica

y a la propiedad privada¹²³. Mediante esta sentencia, se ordenó: “1) El pago a los accionantes de todos los gastos en los que han incurrido a efecto de las reclamaciones que han debido emprender por efecto de la vulneración al debido proceso y a la seguridad jurídica 2) Que se presente disculpas públicas, a los accionados, por las vulneraciones a sus derechos constitucionales, y 3) Que la entidad pública emprenda un proceso de capacitación a los funcionarios respecto del cumplimiento de los procedimientos legales que deben observarse para la plena vigencia de lo mandado en el Art. 323 de la Constitución a la República, y Art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en los procedimientos de declaratoria pública y expropiación.”¹²⁴ En este sentido, la responsabilidad estatal surge, debido a que, la empresa contratista, sin que la entidad contratante cuente con requisitos básicos, emprende en la ejecución de una obra destruyendo plantaciones, cultivos e inclusive impidiendo el acceso a una propiedad específica. De ahí que, los jueces observen la responsabilidad estatal, desconociendo cualquier tipo de obligación del contratista.

Empresas públicas

31. ¿Contempla el marco jurídico que regula a las empresas públicas obligaciones en materia de derechos humanos?

La Ley Orgánica de Empresas Públicas tiene como uno de sus objetivos la protección de los derechos de las generaciones futuras sobre los recursos renovables y no renovables, para coadyuvar con ello al buen vivir.¹²⁵ Es decir, la ley presenta una forma sui generis de obligación que busca proteger derechos como el derecho a un ambiente sano, hábitat y vivienda, agua, trabajo etc. se hagan efectivos. Así también, en las disposiciones generales, se acentúa el derecho que tienen los usuarios y consumidores de las empresas prestadoras de servicios públicos para dirigir solicitudes y requerimientos relacionados con la prestación de servicios de conformidad con el marco constitucional establecido.¹²⁶

¹²³ Caso No 17292-2019-01065 por Noriega Perez Vicente Williams y Vaca Guevara Carmen Marcolfa gobierno autónomo descentralizado provincial de pichincha.

¹²⁴ *ibíd.*

¹²⁵ Ley Orgánica de Empresas Públicas. Registro Oficial Suplemento 48 de 16-oct-2009, (2009), art1.

¹²⁶ *ibíd.*

Así también, es interesante observar cómo esta norma enuncia que las empresas públicas deben contribuir en forma sostenida al desarrollo humano y buen vivir de la población ecuatoriana.¹²⁷ Pero, no se desarrollan obligaciones específicas que permitan efectuar la protección de los derechos de los sujetos. En el siguiente cuadro, se puede observar ciertas obligaciones que establece el marco jurídico en materia de derechos humanos y su aplicabilidad.

Ley de Empresas Pública	Derecho en el marco de DDHH	Aplicabilidad
Protección de los recursos renovables y no renovables	Derecho del buen vivir	Entelequia inalcanzable. Mero enunciado.
Derechos de usuarios y consumidores	Derecho de petición	Afirmación redundante.
Principio	Buen vivir	Enunciado filosófico. No se establecen los mecanismos para hacerlos efectivos.
Derecho de las personas con capacidades especiales	Derecho al trabajo	Cumplimiento de la norma vigente.

Elaboración propia

32. ¿Cuál es la vía jurídica por la que una empresa pública puede ser demandada por afectaciones a derechos humanos?

Usualmente, la vía jurídica que los ciudadanos utilizan para demandar afectaciones a los derechos humanos es la acción de protección. La Constitución estableció que la acción de protección tiene por objeto el amparo directo de los derechos constitucionales.¹²⁸

Por regla general las empresas públicas son creadas para la prestación de servicios que van relacionados directamente con el diario vivir de las personas, por lo que resulta idónea su aplicación. De conformidad con el catálogo de instituciones y entidades operativas del sector público del Ministerio de Finanzas del Ecuador¹²⁹ publicado con fecha de 30 de septiembre de

¹²⁷ ibíd art 3.

¹²⁸ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, (2008)

¹²⁹ Sobre esto: <<https://www.finanzas.gob.ec/catalogo-de-instituciones-y-entidades-operativas-desconectadas-del-sector-publico/>>

2020, existen 316 empresas públicas registradas que prestan servicios de: vivienda, comunicación, entrenamiento, consultoría, agua, educación, bienes y servicios, electricidad, correos, ferrocarriles, etc.

Frente a la prestación de servicios también se aplica como vía jurídica la medida cautelar¹³⁰. Así también, otra vía que puede ser accionada frente a la vulneración de derechos por empresas públicas es la acción extraordinaria de protección¹³¹. A diferencia de las dos anteriores que buscan la protección de los derechos de forma directa, esta acción tiene por objeto, la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, basado en las características de excepcionalidad, especialidad, independencia y residualidad. Esta acción tiene como fin realizar un control de constitucionalidad. Así también, frente a la vulneración que tienen que ver con la transparencia de la información, se aplica la acción de acceso a la información pública¹³².

En el siguiente cuadro detalla las vías jurídicas que se pueden accionar frente a la vulneración de derechos humanos:

Vía jurídica	Características
<i>Medida cautelar</i>	Evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales.
<i>Acción de Protección</i>	Amparo directo de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales.
<i>Acción Extraordinaria de Protección</i>	La protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución
<i>Acción de acceso a la información pública</i>	Garantizar el acceso a la información pública, cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, cuando se creyere que la información proporcionada no es completa o ha sido alterada o cuando se ha negado al acceso físico a las fuentes de información.

Elaboración propia

¹³⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, art 26.

¹³¹ ibíd art 58.

¹³² ibíd art 47.

33. ¿Existen sentencias que hayan sido dictadas en su país por violaciones a derechos humanos cometidas por empresas públicas?

La Universidad Andina Simón Bolívar, a través de su observatorio de Justicia Constitucional, ha logrado consolidar en un determinado rango de tiempo un número de sentencias y dictámenes de la Corte Constitucional, por sector y subsector, respecto de las empresas públicas.¹³³ En una investigación de los últimos años, se puede observar las siguientes sentencias en las que han sido accionadas mencionadas instituciones:

2 Sector Accionado	2 Subsector Accionado	Año publicación	Número de registros
2 Público	8 Empresa Pública	2016 (junio)	1
2 Público	8 Empresa Pública	2015	1
2 Público	8 Empresa Pública	2014	3
2 Público	8 Empresa Pública	2013	1
2 Público	8 Empresa Pública	2012	4
2 Público	8 Empresa Pública	2010	3
2 Público	8 Empresa Pública	2009	1

Fuente: <https://www.uasb.edu.ec/observatorio-de-justicia-constitucional-del-ecuador/>

En los datos se puede observar que existen 14 sentencias que han llegado a conocimiento de la Corte Constitucional en el periodo propuesto.

Los temas tratados en éstas son los siguientes:

- a. Inconstitucionalidad en cobro de tasas aeroportuarias;
- b. Supuesto incumplimiento de sentencia por la empresa eléctrica Quito;
- c. Incumplimiento de reintegro de trabajo por la Corporación Eléctrica de Los Ríos;
- d. Rechazo de acción por incumplimiento de mandato no. 8 por Petroproducción;

¹³³ Sobre esto: <<https://www.uasb.edu.ec/web/observatorio-de-justicia-constitucional-del-ecuador/datos-estadisticos>>

- e. Rechazo de acción por incumplimiento de resolución defensorial;
- f. Rechazo de acción de incumplimiento de sentencia que ordena reintegración de trabajadores a Petroproducción;
- g. Rechazo acción de incumplimiento sobre reliquidación supuesto incumplimiento mandato constituyente n2;
- h. Supuesto incumplimiento de sentencia constitucional por Quiport S.A.; y,
- i. Regla jurisprudencial sobre inejecutabilidad de una sentencia incumplimiento parcial de sentencia sobre derechos de los trabajadores de Emaseo-EP.

V. MECANISMOS DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

34. ¿Pueden los mecanismos de protección constitucional de su país ser utilizados contra omisiones del Estado que deriven en una violación a derechos humanos cometida por una empresa?

Sí, la Constitución de la República del Ecuador y, también, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establecen cuatro tipos de mecanismos de protección constitucional que pueden ser utilizados frente a omisión estatal que ha generado la violación de derechos humanos cometidos por una empresa. En este sentido, usualmente y en la mayoría de los casos, estas acciones de protección constitucional se encuentran dirigidas al Estado Ecuatoriano, en cuanto la obligación de garantizar y respetar derechos humanos recae principalmente en el Estado. Es decir, no se menciona de manera directa una acción que relacione la omisión estatal con el actuar empresarial.

Ahora bien, en el siguiente cuadro los mecanismos de protección que pueden ser utilizados frente a las omisiones del Estado que deriven en una violación de derechos humanos cometidos por una empresa:

Mecanismo de Protección	Objeto	Particularidad
Acción de protección ¹³⁵	El amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos	Se dirige a: 1. todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial; 2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías; 3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías; 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias: a) Presten servicios públicos impropios o de interés público; b) Presten servicios públicos por delegación o concesión; c) Provoque daño grave; d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo. 5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.
Acción de acceso a la información pública ¹³⁶	Garantizar el acceso a la información pública, cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando se ha negado al acceso físico a las fuentes de información.	Esta acción cabría, en los casos en los que el Estado omita brindar información pública que se encuentra bajo el poder de entidades privadas. Sobre esto, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional considerará información pública toda aquella que emane o que esté en poder de entidades del sector público o entidades privadas que, para el tema materia de la información, tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste.

¹³⁵ Ver Constitución de la República del Ecuador y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

¹³⁶ *ibíd.*

Mecanismo de Protección	Objeto	Particularidad
Acción de habeas data	Garantizar judicialmente a toda persona el acceso a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, estén en poder de entidades públicas o de personas naturales o jurídicas privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo, toda persona tiene derecho a conocer el uso que se haga de dicha información, su finalidad, el origen y destino, y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.	En este sentido, cabe señalar que esta acción puede ser utilizada: <ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando se niega el acceso a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que consten en entidades públicas o estén en poder de personas naturales o jurídicas privadas; 2. Cuando se niega la solicitud de actualización, rectificación, eliminación o anulación de datos que fueren erróneos o afecten sus derechos; 3. Cuando se da un uso de la información personal que viole un derecho constitucional, sin autorización expresa, salvo cuando exista orden de jueza o juez competente.
Acción por incumplimiento ¹³⁷	Garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos. Esta acción procederá cuando la norma, sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible	La acción por incumplimiento procederá en contra de toda autoridad y contra de personas naturales o jurídicas particulares cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, o presten servicios públicos. Procederá contra particulares también en el caso de que las sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos impongan una obligación a una persona particular determinada o determinable.

¹³⁷ ibíd.

Mecanismo de Protección	Objeto	Particularidad
Medida Cautelar ¹³⁸	Evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos.	Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho. En este sentido, la omisión estatal en sí podría constituir el hecho vulneratorio.
Acción Extraordinaria de Protección ¹³⁹	La protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.	Sin embargo, el problema con esta medida es que requiere demostrar haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado.

Así también, cabe resaltar que la normativa nacional reconoce el derecho a recibir una reparación integral en el caso de declararse la vulneración de derechos¹³⁹. Esta reparación integral se ordenará por la reparación del daño material e inmaterial. Además, la reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación¹⁴⁰. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud¹⁴¹.

¹³⁸ *ibíd.*

¹³⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, art 85.

¹⁴⁰ *ibíd.*

¹⁴¹ *ibíd.*

35.1. En caso afirmativo, ¿cuáles son las sentencias más relevantes?

Es difícil reconocer las sentencias más relevantes en cuanto, tanto a nivel doctrinario como a nivel judicial, existen algunas decisiones judiciales que observan omisiones del Estado que deriven en una violación a derechos humanos cometida por una empresa. En este sentido, considerando que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia¹⁴², se ha decidido destacar la única sentencia emitida por esta Corte.

- Sentencia No. 023-18-SIS-CC- en el caso 0047-09-IS¹⁴³.

Los hechos se desarrollan alrededor Iván Garzón y Mónica Freire Ortiz, que como propietarios de una granja de cerdos llamada la Isla, presentaron una acción de incumplimiento en contra de la sentencia dictada el 14 de mayo de 2009, por la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, dentro de la acción de protección signada con el N.º 0042-2009, en donde a fin de garantizar el medio ambiente sano la Corte Provincial analiza la importancia que tiene el derecho al agua, y el interés colectivo sobre el particular en este caso; por lo que rechaza la acción de protección y dispone continuar con las medidas dispuestas por la autoridad ambiental del municipio.

En este sentido, al analizar el cumplimiento de esta sentencia, la Corte Constitucional de Ecuador declara el incumplimiento de la decisión judicial y acepta la acción de incumplimiento de sentencia constitucional planteada. Así también, ante el evidente daño del ecosistema del río Alpayacu declarar la vulneración al derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza y como medidas de reparación integral dispone los siguientes:

- a. Que el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Mera, a través de su representante legal, disponga el inicio del procedimiento administrativo pertinente a efectos de establecer la responsabilidad de los servidores que estaban a cargo de otorgar permisos, licencias

¹⁴² Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, (2008), art 429.

¹⁴³ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No 023-18-SIS-CC. Caso 0047-09-IS. 16 de mayo de 2018, (2018).

ambientales, permiso de uso de suelos, quienes por acción u omisión habrían permitido que la Granja Porcina La Isla, se instale y funcione desde el año 2006 hasta su cierre. El representante legal del GAD de Mera deberá informar a esta Corte sobre el inicio de dicho proceso dentro del término máximo de veinte (20) días a partir de la notificación con la presente sentencia, así como cada 30 días, bajo las prevenciones de aplicación del artículo 86 numeral 4 de la Constitución de la República.

- b. Que el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Mera, a través de su representante legal coordine conjuntamente con el Ministerio del Ambiente, Ministerio de Salud y Ministerio de Agricultura, Acuacultura y Pesca una campaña masiva de información dirigida a los propietarios de granjas avícolas, porcinas, agrícolas y establecimientos en general que se asienten en zonas cercanas al Río Alpayacu en el cantón de Mera para que realicen una campaña de difusión masiva sobre las ordenanzas existentes acerca de la regulación de estos establecimientos, les informen el trámite previsto para supervisar la actividad de dichos establecimientos y conjuntamente elaboren planes de remediación ambiental.
- c. Que el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Mera publique un informe en donde indique a los habitantes de Mera sobre el estado de conservación de los recursos hídricos de la provincia; además, que informe sobre los planes de remediación ambiental existentes y su ejecución. Este informe deberá realizarse en el plazo de 3 meses desde la notificación con esta sentencia y se enviará un ejemplar a esta Corte Constitucional.
- d. Que el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Mera difunda esta sentencia en el banner principal de su página web.

En este sentido, lo interesante de esta resolución es que, a pesar de que observaba el incumplimiento de la sentencia dictada el 14 de mayo de 2009, por la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, dentro de la acción de protección signada con el N.º 0042-2009, observa que la omisión estatal, al no verificar estas condiciones ambientales desde el año 2006, generó una

afectación al medio ambiente sano.¹⁴⁴ Por tanto, dispone de establecer la responsabilidad de los servidores que estaban a cargo de otorgar permisos, licencias ambientales, permiso de uso de suelos, quienes por acción u omisión habrían permitido que la Granja Porcina La Isla, se instale y funcione desde el año 2006 hasta su cierre.¹⁴⁵

De ahí, cabe señalar que la Corte Constitucional ha emitido muy pocas sentencias que relacionen la omisión estatal derivada de la violación de derechos por parte de una empresa, y que la mayoría de las sentencias siguen esta lógica de protección al medio ambiente y ocurren bajo el accionar o la omisión estatal en el otorgamiento de permisos ambientales.

A nivel nacional, existen muy pocas sentencias que observen la omisión estatal frente a vulneraciones de derechos humanos. Como un ejemplo interesante, se debe observar la acción de protección presentada por la Defensoría del Pueblo del Ecuador, conjuntamente con las organizaciones campesinas FECAOL y Centro Agrícola de Quevedo.

Esta demanda fue presentada ante la vulneración de derechos por omisión del Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG) por la falta de control de las semillas y cultivos transgénicos, lo cual contradice el art. 401 de la Constitución que reconoce al Ecuador como un país libre de transgénicos. El juez basó su sentencia en el respeto al derecho a la vida, la salud, la alimentación, el trabajo y los derechos a la Naturaleza y Pachamama. Cabe indicar que el impacto que provoca el uso de semilla transgénica en zonas de cultivo implica el uso masivo de glifosato. Esta acción de protección fue aceptada por el juez constitucional de Quevedo mediante una sentencia, que marca un referente claro en la protección frente a los transgénicos, pues dispone como medidas reparatorias:

- a. Que el Ministerio de Agricultura y Ganadería de manera URGENTE proceda al decomiso, retiro e incineración de la soya transgénica en todos los lugares en donde se identificaron transgénicos, dispone que se inicie el proceso investigativo de los responsables que por acción u omisión permitieron la introducción de semillas transgénicas.

¹⁴⁴ *ibíd.*

¹⁴⁵ *ibíd.*

- b. Como reparación simbólica que se coloque en el portal WEB del MAG la frase “Ecuador libre de transgénico”; que el MAG lleve a cabo un programa de capacitación al sector agrícola sobre la inconstitucionalidad de introducir semilla transgénica en el Ecuador y sus riesgos; que el realice un control de semillas a comercializarse en la próxima temporada de siembra; que el Ministerio de Agricultura y Ganadería realice capacitaciones a todos su personal sobre el respeto a los derechos que establece la CRE en su artículo 401 respecto de la semilla transgénica.

35. ¿Pueden los mecanismos de protección constitucional de su país ser utilizados directamente contra una empresa, por actos que constituyan violaciones de derechos humanos? ¿Incluye lo anterior a empresas públicas?

Sí, los mecanismos de protección constitucional en Ecuador pueden ser utilizados directamente contra una empresa por actos que constituyan violaciones de derechos humanos. En este particular, algunos de los mecanismos de protección constitucional mencionados anteriormente, pueden ser utilizados directamente contra una empresa por actos que constituyan violaciones de derechos humanos. Los siguientes mecanismos pueden ser utilizados:

Mecanismo de Protección	Acción ocasionada por la empresa
Acción de protección ¹⁴⁶	<p>Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:</p> <p>a) Presten servicios públicos impropios o de interés público;</p> <p>b) Presten servicios públicos por delegación o concesión;</p> <p>c) Provoque daño grave;</p> <p>d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.</p> <p>5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.</p>
Acción de acceso a la información pública ¹⁴⁷	Esta acción cabría, en los casos en los que una empresa privada no brinde información de carácter público que se encuentra bajo su poder.
Acción de habeas data	<p>Esta acción cabe cuando una empresa:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando se niega el acceso a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que consten en entidades públicas o estén en poder de personas naturales o jurídicas privadas; 2. Cuando se niega la solicitud de actualización, rectificación, eliminación o anulación de datos que fueren erróneos o afecten sus derechos; 3. Cuando se da un uso de la información personal que viole un derecho constitucional, sin autorización expresa, salvo cuando exista orden de jueza o juez competente.
Acción por incumplimiento ¹⁴⁸	La acción por incumplimiento procederá en contra de toda autoridad y contra de personas naturales o jurídicas particulares cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, o presten servicios públicos. Procederá contra particulares también en el caso de que las sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos impongan una obligación a una persona particular determinada o determinable.
Medida Cautelar ¹⁴⁹	Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona natural o jurídica que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho.

Elaboración propia

¹⁴⁶ Ver Constitución de la República del Ecuador y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

¹⁴⁷ *ibíd.*

¹⁴⁸ *ibíd.*

¹⁴⁹ *ibíd.*

Asimismo, al realizar un análisis sobre las sentencias expedidas por los jueces constitucionales, cabe destacar que la mayoría de estos mecanismos se han usado principalmente en contra del Estado, y de empresas públicas.

36.1. En caso afirmativo, ¿cuáles son las sentencias más relevantes?

Ahora bien, en virtud de que existe una diversidad de sentencias sobre este particular, se han categorizado las mismas respecto de ciertas temáticas recurrentes, exponiendo una sentencia base para cada categoría:

a. Sentencias relacionadas con actos discriminatorios:

Por ejemplo, la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha aceptó la apelación que presentó la Defensoría del Pueblo, en una Acción de Protección a favor de un ciudadano portador de VIH que aplicó a un puesto de trabajo en una empresa privada de la ciudad y que fue excluido en el proceso de contratación al conocer el médico de seguridad y salud ocupacional que el aspirante es portador del virus. En este sentido, el dictamen de la Sala determinó que se vulneró el derecho al trabajo de esta persona que forma parte de un grupo de atención prioritaria y como medidas de reparación integral dispuso que la empresa ofrezca disculpas públicas guardando confidencialidad y privacidad de los datos personales del ciudadano portador; que la empresa realice un taller de capacitación a su personal directivo y en especial, a los servidores encargados de la contratación de personal; y, la elaboración de protocolos que obliguen a la empresa remitir a Recursos Humanos el certificado de Aptitud Médica.¹⁵⁰

b. Sentencias relacionadas a los derechos de los consumidores

La Corte Provincial de Justicia de Pichincha aceptó acción de protección presentada por Defensoría del Pueblo a favor de personas afectadas por comercialización de cocinas de inducción, en contra del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable y la empresa comercializadora ICESA. En la decisión, el juez observó cómo al

¹⁵⁰ Sobre esto, ver: Defensoría del Pueblo, 'Acción de protección garantiza el trabajo en una empresa privada a persona portadora de VIH', (2019), <<https://www.dpe.gob.ec/accion-de-proteccion-garantiza-el-trabajo-en-una-empresa-privada-a-persona-portadora-de-vih/>>.

menos 2407 personas afectadas han presentado su denuncia, por haber recibido una cocina de inducción bajo engaños, sin información veraz e incluso argumentando que serían favorecidos por políticas sociales si aceptaban el electrodoméstico. Además, 485 son personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria, es así que, 328 son personas adultas mayores (68%), 62 son personas con algún tipo de discapacidad (13%), 93 de estos casos son personas con doble condición de vulnerabilidad (adulto mayor y con algún tipo de discapacidad), lo cual representa el 19%. Por tanto, al observar la vulneración de derechos del consumidor de estas personas, la Corte Provincial dispone como medidas de reparación, que en el plazo de sesenta días el Ministerio de Electricidad implemente y ejecute mecanismos accesibles, efectivos y oportunos de protección y reclamo para los consumidores, respecto del derecho a la información precisa y no engañosa, para que estas puedan elegir con libertad.¹⁵¹

c. Sentencias relacionadas al derecho a un medio ambiente sano y buen vivir:

La sentencia más conocida respecto de responsabilidad empresarial en Ecuador, tanto a nivel nacional, es la decisión judicial respecto del Caso Texaco-Chevron. Sin embargo, en los últimos años se ha dado un desarrollo muy interesante de intentos de litigio estratégico que buscan la responsabilidad empresarial por afectaciones relacionadas con el medio ambiente sano, el buen vivir y los derechos de la naturaleza.

Por ejemplo, en un caso que está próximo a ser revisado por la Corte Constitucional del Ecuador es el de la hidroeléctrica “Hidrotambo”. En este caso, la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos, presentó una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional, con el objetivo de que este alto tribunal analice de manera adecuada las violaciones de derechos que viene sufriendo la comunidad San Pablo de Amalí, ubicada en el cantón Chillanes de la provincia

¹⁵¹ Sobre esto, ver: El Universo, ‘Corte acepta acción de protección por cocinas de inducción; hay 2.407 denuncias de afectados’, (2018), <<https://www.eluniverso.com/noticias/2018/03/15/nota/6667648/corte-acepta-accion-proteccion-cocinas-induccion-hay-2407-afectados>>.

de Bolívar. La comunidad se encuentra en un proceso constante de exigibilidad de sus derechos desde el año 2006, basado en la construcción inconsulta de la hidroeléctrica “Hidrotambo”, que ha puesto en riesgo a sus habitantes por el desvío del río Dulcepamba y ha acaparado el uso del agua, mermando el caudal para uso humano y riego en la zona¹⁵².

La organización solicita a la Corte Constitucional, a través de esta garantía jurisdiccional, que analice integralmente la situación en la que se encuentra la comunidad y que se puedan emitir medidas de reparación tendientes a alcanzar el pleno goce y ejercicio de sus derechos individuales y colectivos. En particular el derecho a la salud y el medio ambiente sano¹⁵³. En este sentido, cabe destacar que la acción fue presentada en contra de la empresa hidroeléctrica Hidrotambo S.A y el Ministerio del Ambiente.

d. Sentencias relacionadas con el derecho al agua

Si bien, estas acciones se dirigen principalmente en contra de Empresas Públicas, que claramente no tienen carácter privado, muchos de los argumentos observados por los jueces aplicarían a empresas privadas. En este sentido, por ejemplo, la Unidad Judicial de Violencia contra la Mujer No. 6 de Quitumbe aceptó la acción de protección interpuesta por la Defensoría del Pueblo en contra de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento (en adelante EPMAPS), cuyo fin era tutelar el derecho constitucional al agua de más de 70 personas afrodescendientes que habitan un bien inmueble en la parroquia de El Quinche. En la decisión, la vulneración del derecho al agua surgió cuando la EPMAPS se negó a instalar un medidor de agua potable en el inmueble donde habitan los accionantes, argumentando que no se les podrá instalar el servicio básico en cuanto no tengan escrituras públicas de titularidad inscritas a su favor, sin considerar que el bien inmueble es objeto de

¹⁵² Sobre esto, ver: Defensoría del Pueblo, ‘Se solicita a la Corte Constitucional tutela efectiva de los derechos de la comunidad de San Pablo, (2019), <<https://www.dpe.gob.ec/se-solicita-a-la-corte-constitucional-tutela-efectiva-de-los-derechos-de-la-comunidad-de-san-pablo-de-amali/>>.

¹⁵³ *ibíd.*

contendias legales por más de 10 años. Por tanto, en virtud de que no es posible limitar un derecho humano tan fundamental como el agua, ni supeditar su ejercicio al cumplimiento de formalidades; se observó la vulneración al derecho al agua y se concretó un acuerdo reparatorio que garantizó la instalación del servicio al agua de las más de 70 personas que habitan el inmueble.¹⁵⁴

35.2. En caso negativo, ¿se pueden utilizar teorías como la del “Drittwirkung der Grundrechte” (eficacia horizontal de los derechos humanos)?

No aplica.

¹⁵⁴ Sobre esto, ver: Defensoría del Pueblo, `Defensoría del Pueblo interpuso una acción de protección en contra de la empresa pública metropolitana de agua potable y saneamiento – EPMAPS, (2018), <<https://www.dpe.gob.ec/defensoria-del-pueblo-interpuso-una-accion-de-proteccion-en-contra-de-la-empresa-publica-metropolitana-de-agua-potable-y-saneamiento-epmaps/>>.

MÉXICO

I. DEBIDA DILIGENCIA EN DERECHOS HUMANOS

1. **¿Existe en el marco jurídico¹ de su país alguna norma que establezca explícitamente una obligación empresarial de respetar los derechos humanos?**

No, en la actualidad, el marco jurídico mexicano no contempla normas que establezcan de forma explícita una obligación general de las empresas de respetar los derechos humanos. Sin embargo, y como se explicará más adelante, existen elementos normativos que hacen presumir la posibilidad de determinar dicha obligación en un caso concreto, mediante una resolución judicial.

1.1. En caso afirmativo, ¿pertenece dicha norma al derecho mercantil o societario?

No, no existen normas del derecho mercantil o societario que prevean de forma explícita tal obligación.

1.2. En caso negativo, ¿han existido debates parlamentarios respecto a la adopción de legislación en ese sentido, u otras iniciativas?

Sí. En octubre de 2020, se presentó en el Senado una iniciativa legislativa para crear una Ley General de Responsabilidad Empresarial y Debida

¹ La anterior referencia abarca todas las ramas del derecho.

Diligencia Corporativa,² que establezca la obligación empresarial de llevar a cabo procesos de debida diligencia. Aunque se encuentra pendiente de discusión, la iniciativa legislativa pretende introducir al sistema jurídico mexicano elementos normativos actualmente en discusión o revisión en Europa, incluyendo la presentación de informes extra-financieros, funciones de fiscalización a cargo de la Secretaría de Economía, la emisión de políticas públicas anuales sobre empresas y derechos humanos, entre otras.

2. ¿Establece el marco jurídico de su país la obligación de las empresas de contar con mecanismos o procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos?

No, no se prevé esa obligación expresamente, aunque existen distintas normas de las que se desprenden elementos que podrían conducir a una exigencia indirecta para las empresas de contar con mecanismos preventivos, y a la potencial existencia de riesgos jurídicos y de otra índole por no tomar medidas preventivas.

2.1. En caso afirmativo, señale la norma correspondiente.

No existen actualmente normas que de forma expresa impongan una obligación a las empresas de respetar los derechos humanos.

2.2. En caso negativo, ¿existen obligaciones respecto de algunos elementos de la debida diligencia, como presentación de información extra-financiera, supervisión de las cadenas de suministro, etc.?

Sí, como se verá más adelante, existen normas de carácter general en los marcos de derecho civil, penal y administrativo de las que podría derivar un deber de prevención, que se equipare al objetivo que persigue la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos conforme al Pilar II de los Principios Rectores de la ONU, que es la prevención de impactos adversos en los derechos humanos. Además de esas normas de carácter general, existen algunas normas sustantivas especializadas que prevén algunos elementos de la debida diligencia.

² *Iniciativa con proyecto de decreto mediante el cual se crea la Ley General de Responsabilidad Empresarial y Debida Diligencia Corporativa*, presentada por el Senador Germán Martínez Cázares, 6 de octubre de 2020.

En particular, tanto la Ley de la Industria Eléctrica (artículos 118-120) como la Ley de Hidrocarburos (artículos 119-121) plantean la obligación de llevar a cabo estudios y evaluaciones de impacto social, cuando las operaciones de empresas en esos rubros puedan afectar los derechos de pueblos indígenas, así como de garantizar el derecho a la consulta previa, libre e informada.

No obstante, no existen obligaciones jurídicas similares a las que actualmente se discuten en otras jurisdicciones, como la presentación de información extra-financiera, supervisión de las cadenas de suministro, entre otras.

3. ¿Existen referencias a la noción de debida diligencia en derechos humanos conforme a los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos en las decisiones judiciales? En caso afirmativo, señale en cuáles, incluyendo la referencia correspondiente.

En contextos en que propiamente se involucre la relación entre empresas y derechos humanos, existen pocas decisiones judiciales en donde se aluda expresamente a la debida diligencia. Sin embargo, se pueden constatar algunas tendencias jurisprudenciales interesantes sobre el concepto, principalmente en cuestiones de negligencia médica y en temas de acoso escolar (bullying).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que en contexto de litigios donde se alude la responsabilidad civil y el deber de reparar el daño, más allá de que la persona afectada debe probar el daño sufrido, corresponde a la parte demandada “probar que actuó con la debida diligencia y de acuerdo con los estándares de su profesión”,³ especialmente en contextos especializados como el ejercicio de la medicina. Derivado de la contradicción de tesis 93/2011, en el mismo contexto de la responsabilidad civil de los profesionistas médico-sanitarios, la Suprema Corte consideró que corresponde a dichos profesionistas “probar su debida diligencia (el elemento de culpa), mientras que la demandante debe acreditar el resto de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual: daño y nexos causal.” En tal contexto, la Corte señala que “se actualiza lo que se denomina

³ Tesis 1a XXII/2014 (10a) (febrero de 2014),683. *Responsabilidad civil. El artículo 7.170 del Código Civil del Estado de México, que permite a quien se le causa un daño exigir su reparación directamente del responsable, no vulnera el derecho de igualdad.*

una reinversión de la carga de la prueba a favor de la actora en el juicio, en la que a los profesionales médico-sanitarios o a la institución hospitalaria les corresponde acreditar su debida diligencia en la atención médica del paciente que sufrió el referido evento dañoso, en atención a los principios de facilidad y proximidad probatoria. La razón principal para optar por esta incidencia en las reglas estrictas de la carga de la prueba proviene de las circunstancias particulares en las que se desarrolla un caso de atención médica; por lo general, el conocimiento científico-técnico y las pruebas pertinentes para acreditar la debida diligencia o desacreditar la supuesta culpa o violación de un deber de cuidado las detentan los profesionales médico-sanitarios o las instituciones hospitalarias, por lo que exigir de una forma irrestricta que sea la actora la que demuestre por sí sola y sin lugar a dudas la negligencia en la atención médica podría provocar lo que en la doctrina se denomina como una carga probatoria diabólica.”⁴

En un caso distinto, relativo al bullying escolar, la Corte determinó también que para probar la negligencia de un centro educativo (es decir, que hubo omisiones de cuidado), tendrá que demostrarse “que la escuela omitió cumplir con la debida diligencia que le exige prestar un servicio educativo a menores de edad; esto es, con sus deberes de proteger la dignidad e integridad del menor garantizando el ejercicio efectivo de su derecho a la educación en un ambiente libre de violencia o acoso escolar.”⁵ En un caso similar y contemporáneo, la Corte determinó, en un sentido diverso, que la carga de la prueba en contextos de incumplimiento de los deberes de protección recaería en la institución educativa: “en atención al principio de facilidad probatoria y a la dificultad de la víctima de probar un hecho negativo –esto es, que la escuela no cumplió con los deberes que tenía a su cargo–, será la escuela quien tendrá que demostrar que efectivamente cumplió con los deberes que demanda tener menores bajo su cuidado.”⁶

De estos dos elementos, derivan dos cuestiones relevantes para la temática de la debida diligencia empresarial en derechos humanos: en primer lugar,

⁴ Tesis 1a CCXXVII/2016 (10a) (septiembre de 2016), 514. *Responsabilidad civil extracontractual en materia médico-sanitaria. Distribución de la carga de la prueba.*

⁵ Tesis 1a CCCXXIII/2015 (10a) (noviembre de 2015), 955. *Bullying escolar. Estándar para acreditar la negligencia de un centro escolar.*

⁶ Tesis 1a CCCXXI/2015 (10a) (noviembre de 2015), 958. *Bullying escolar. Los centros escolares tienen la carga de la debida diligencia.*

la necesidad de identificar una norma que establezca una obligación, general o específica, a cargo de un sujeto, para efectos de determinar si existió previsibilidad,⁷ y en consecuencia, si una falta derivó en un incumplimiento de la obligación, que pueda dar lugar a una responsabilidad; y en segundo término, que en ciertos contextos, podrá ser viable la reversión de la carga de la prueba, a fin de evitar una inequidad procesal (*probatio diabolica*), en particular cuando el conocimiento técnico lo detente una de las partes y que ello dificulte o imposibilite a la contraparte probar su acción. Estos conceptos pueden ser extrapolables a las cuestiones vinculadas a la responsabilidad empresarial en derechos humanos, pues abordan los mismos elementos y facilitarían una comprensión de los alcances e interrelación entre estas cuestiones generales y casos concretos.

4. ¿Cómo se ha abordado el “levantamiento” del velo corporativo en las decisiones judiciales de su país? ¿En qué casos es posible llevarlo a cabo?

Las sentencias de distintos tribunales del ámbito federal han considerado viable el levantamiento del velo corporativo para evitar un fraude a la ley o el abuso de la figura societaria en perjuicio de terceros, acreedores, el Estado o la sociedad. En una jurisprudencia de 2008, se señaló que en ciertas ocasiones se utilizan los privilegios de los que gozan las personas morales para incurrir en conductas abusivas de los derechos o constitutivas de fraude o de simulación ante la ley. Por ello, se planteó la necesidad de implementar instrumentos que permitan conocer si el origen y fin de los actos son lícitos, a través de la penetración de la forma externa de la persona jurídica para “apreciar los intereses reales y efectos económicos o negocio subyacente que existan”.⁸ De forma posterior, otros tribunales federales han reiterado

⁷ Tesis XXVII.3o.42 P (10a) (agosto de 2017), 2916. *Lesiones causadas a la víctima por una descarga eléctrica mientras se encontraba dentro del jacuzzi del área común de un condominio. La omisión del administrador y del jefe de mantenimiento de dicho inmueble en el deber de cuidado que les era exigible y que a la postre originó aquéllas en el pasivo, les es atribuible a título de culpa, derivado de su calidad de garantes, y consiste en no haber acatado la disposición legal de una norma en específico (legislación del estado de Quintana Roo).*

⁸ Tesis I.4º.A J/70 (noviembre de 2008), 1271. *Técnica del “levantamiento del velo de la persona jurídica o velo corporativo”. Su sustento doctrinal y la justificación de su aplicación en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas.*

la posibilidad de levantar el velo corporativo en ciertos contextos de abuso de derecho. Por ejemplo, se ha señalado que esa doctrina se diseñó para “facultar a la judicatura a prescindir de esta ficción del derecho, cuando la persona jurídica es una simple pantalla de protección de quienes, a través de ella, realizan actos de fraude civil en perjuicio de acreedores, o incumplimiento de obligaciones, derivadas de otra persona moral.”⁹

Una de las tesis jurisprudenciales más recientes en la materia, de 2018, confirma la viabilidad del levantamiento del velo corporativo. Al respecto, un tribunal colegiado señaló que la justificación para llevar a cabo esa práctica dependerá del contexto fáctico, cuando denote la posibilidad del ejercicio abusivo de un derecho, a fin de vigilar el cumplimiento de un “mínimo de ética social” y con ello evitar daños a otros (*alterum non laedere*).¹⁰

II. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

5. Señale las disposiciones normativas que establecen la responsabilidad civil por actos ilícitos (responsabilidad civil extracontractual).

México es una república federal y en esa medida, conforme con los artículos 40, 41, 43, 73 y 116, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuenta con legislación federal y estatal.

Sobre esa base, la responsabilidad civil extracontractual se establece -en su aspecto general y de fondo- en el Código Civil Federal y en los Códigos Civiles de cada una de las entidades federativas que son 32 en total. Por su parte, el proceso para su reclamación por vía judicial se sigue de acuerdo con lo establecido por el correspondiente Código Federal de Procedimientos Civiles y los códigos procesales civiles de cada entidad, a través de la vía ordinaria.

⁹ Tesis I.5º.C.72 C (10a) (agosto de 2013), 1750. *Velo corporativo. Su levantamiento es de aplicación restrictiva y subsidiaria.*

¹⁰ Tesis I.3o.C.340 C (10a) (noviembre de 2018), 2637. *Velo corporativo. Justificación de su levantamiento.*

Es necesario apuntar que en México también se ha seguido la línea que la doctrina identifica como la *descodificación* de la responsabilidad civil,¹¹ o bajo otro término, su especialización,¹² esto es, su regulación a través de leyes especiales además de lo establecido por los códigos civiles. Sobre este último punto para dar respuesta a la pregunta nos enfocaremos solo en leyes de carácter federal.

Otra cuestión por destacar es el reconocimiento normativo expreso a nivel federal de la independencia entre el daño patrimonial o material y el daño moral, de manera que la procedencia de uno no determina la del otro e incluso pueden seguirse en acciones separadas, esto que podemos denominar parte del modelo federal,¹³ se sigue esencialmente en la mayoría de las entidades federativas, 30 en total.¹⁴

También, es necesario aclarar que en México, la responsabilidad civil extracontractual, al menos en su vertiente de daño moral, abarca la posibilidad de condena al pago de daños punitivos.

Lo anterior, según lo estableció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,¹⁵ a partir de la resolución del amparo directo 30/2013 y su relacionado 31/2013,¹⁶ en un caso que involucra al Hotel Mayan Palace, ubicado en Acapulco, Guerrero. Ahí, la Sala reiteró su doctrina respecto de la aplicación del derecho a la justa indemnización en relaciones entre particulares, derivado de los artículos 1 de la Constitución y 63.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (véase la respuesta a la pregunta 6.1.).¹⁷

¹¹ Díez-Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Civitas Ediciones, S.LMadrid, España, (1999), 127.

¹² Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Los dilemas de la responsabilidad civil*, Revista Chilena de Derecho, Vol 28, No 4 (Octubre / Diciembre 2001), 677.

¹³ Mendoza Martínez, Lucía Alejandra, *La acción civil del daño moral*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, (2014),73-79.

¹⁴ Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Ciudad de México, Coahuila de Zaragoza, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Michoacán de Ocampo, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz de Ignacio de la Llave y Yucatán.

¹⁵ Encargada de las materias Civil y Penal, de acuerdo con el artículo 37 del Reglamento Interior de la Suprema Corte De Justicia De La Nación.

¹⁶ En sesión de 26 de febrero de 2014, por unanimidad de 5 votos.

¹⁷ 83-91.

Además, precisó la Sala, que el carácter punitivo de la reparación del daño moral se puede derivar desde la interpretación del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal,¹⁸ cuya redacción es idéntica al Código Civil Federal y la establecida en 20 entidades federativas¹⁹, mientras que es esencialmente igual en otras 9 entidades.²⁰

Por otra parte, se debe precisar que en México se contempla un régimen especial de responsabilidad cuando los actos se cometen por órganos o agentes del Estado, esto es, la Responsabilidad Patrimonial del Estado, que se reconoce como un derecho en el artículo 109 de la Constitución y garantiza a través de un procedimiento especial por la vía administrativa, a través de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, si la responsabilidad se atribuye a entes público federales, en el caso de las entidades federativas se atenderán conforme a su régimen interno. Para esta respuesta solo nos centraremos en la legislación de carácter federal.

Es necesario aclarar que respecto de la Responsabilidad Patrimonial del Estado no procede la condena o el establecimiento de daños punitivos, según lo determinó la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,²¹ al resolver el amparo directo en revisión 5612/2017,²² sin embargo, sí se consideran tanto el daño patrimonial o material, como el daño extrapatrimonial o moral para configurar el monto de la indemnización, éste último de acuerdo con las reglas generales establecidas en el Código Civil Federal.

En cuanto a empresas propiedad del Estado o con participación estatal, el régimen legal en el país contempla a las Empresas Productivas del Estado y a las Empresas de participación Estatal, como parte de la Administración Pública Federal, además, de la posibilidad de crear asociaciones público-privadas.

¹⁸ *ibíd.*

¹⁹ Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila de Zaragoza, Colima, Chihuahua, Durango, Guerrero, Michoacán de Ocampo, Morelos, Nayarit, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas y Yucatán.

²⁰ Chiapas, Estado de México, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Oaxaca, Quintana Roo, Tlaxcala y Veracruz de Ignacio de la Llave.

²¹ Encargada de las materias Administrativa y Laboral, de acuerdo con el artículo 37 del Reglamento Interior de la Suprema Corte De Justicia De La Nación.

²² En sesión de 21 de febrero de 2018, por unanimidad de 5 votos.

Al respecto, si bien la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado indica en su artículo segundo que le es aplicable a cualquier ente público de carácter federal, no se advierte actualmente en la jurisprudencia unanimidad sobre si un reclamo seguido en contra de empresas productivas del estado, de acuerdo a sus características, debe seguirse por la vía civil (vía ordinaria), o bien, administrativa (responsabilidad patrimonial del estado), mientras que no se encuentran precedentes suficientes para definir esa cuestión en relación a las empresas de participación estatal.

Sobre el primer punto, por ejemplo, tratándose de la Comisión Federal de Electricidad,²³ cuando la responsabilidad extracontractual que se le atribuye deriva de accidentes vinculados al servicio de transmisión y distribución de energía eléctrica, existen a la fecha en la Suprema Corte de Justicia de la Nación cinco contradicciones de criterios entre los sustentados por la Primera y Segunda Sala, que habrá de resolver el Pleno del Tribunal.²⁴

En esencia, ambas Salas coinciden en que la Comisión Federal de Electricidad es un ente público federal que en principio se encuentra sujeto a la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, sin embargo, discrepan sobre la naturaleza del servicio de transmisión y distribución de energía eléctrica prestado por dicha Comisión, la Primera Sala considera que se trata de un servicio público al que le sigue una naturaleza administrativa,²⁵ mientras que la Segunda Sala indica que con motivo de su régimen actual esa función es de naturaleza mercantil.²⁶

Así, arriban a conclusiones distintas sobre la vía que debe seguirse para elevar el reclamo, es decir que no solo es la calidad del ente la que determi-

²³ Que junto a Petróleos Mexicanos agota a las empresas productivas del estado.

²⁴ Identificadas bajo los números de expediente: 46/2019, 51/2019, 138/2019, 195/2019 y 198/2019. Se aclara que conforme al sistema mexicano existen diversas personas o entidades facultadas para denunciar una contradicción, de ahí se trate de varios expedientes, sin embargo, todos versan sobre los mismos casos.

²⁵ Amparo directo en revisión 2731/2018, resuelto el 28 de noviembre de 2018, por mayoría de 3 votos y amparo directo en revisión 2600/2018, resuelto el 28 de noviembre de 2018, por mayoría de 4 votos.

²⁶ Amparo en revisión 1131/2017, resuelto el 30 de mayo de 2018, por mayoría de 3 votos; Amparo directo 19/2018, resuelto el 09 de agosto de 2018, por mayoría de 3 votos; Amparo directo 3/2018, resuelto el 04 de julio de 2018, por mayoría de 03 votos; y Amparo en revisión 1352/2017, resuelto el 09 de agosto de 2018, por mayoría de 3 votos.

na la vía administrativa, sino la naturaleza de la función que realiza, por lo que será relevante la decisión que se tome al resolver la contradicción, ya que también puede definir cuál sería la vía de reclamo frente a empresas de participación estatal no consideradas como productivas del Estado.

De acuerdo a las anteriores precisiones, se desarrollan las siguientes tablas, la primera correspondiente al ámbito federal que señala en específico los artículos del Código Civil Federal, así como, de las leyes especiales enlistadas que establecen o reconocen la responsabilidad civil.

La segunda tabla relaciona únicamente los artículos del Código Civil de cada Entidad Federativa que establecen o reconocen la responsabilidad civil.

Federal

Normativa	Artículos
Código Civil Federal	1910 a 1937
Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado	1 a 35
Ley de Aeropuertos	76
Ley de Aguas Nacionales	96 bis y 96 bis 1.
Ley de Aviación Civil	62, 70, 71, 72 y 73
Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados	121
Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal	38 y 62
Ley de Energía Geotérmica	45
Ley de Instituciones de Crédito	91
Ley de la Comisión Federal de Electricidad	93
Ley de Navegación y Comercio Marítimos	175
Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas	67
Ley de Petróleos Mexicanos	91
Ley de Productos Orgánicos	44
Ley de Puertos	28
Ley de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares	1 a 31
Ley de Vertimientos en las Zonas Marinas Mexicanas	57
Ley de Vías Generales de Comunicación	127
Ley Federal de Protección al Consumidor	41

Normativa	Artículos
Ley Federal de Responsabilidad Ambiental	1 a 56
Ley Federal de Competencia Económica	134
Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable	133
Ley General de Educación	73
Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano	108
Ley General de Vida Silvestre	106
Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente	203
Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos	42, 70, 68, 91
Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia	51
Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.	119
Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario	50 y 53

Estatal

Normativa	Artículos
Código Civil del Estado de Aguascalientes	1784 a 1808
Código Civil para el Estado de Baja California	1788 a 1812
Código Civil para el Estado libre y soberano de Baja California Sur	1815 a 1843
Código Civil del Estado de Campeche	1805 a 1829
Código Civil para el Distrito Federal	1910 a 1937
Código Civil Para el Estado de Coahuila de Zaragoza	1851 a 1898
Código Civil para el Estado de Colima	1801 a 1828
Código Civil para el Estado de Chiapas	1886 a 1910
Código Civil del Estado de Chihuahua	1795 a 1819
Código Civil del Estado de Durango	1794 a 1818
Código Civil para el Estado de Guanajuato	1399 a 1424
Código Civil del Estado libre y soberano de Guerrero	1735 a 1774
Código Civil para el Estado de Hidalgo	1894 a 1919
Código Civil del Estado de Jalisco	1387 a 1430
Código Civil del Estado de México	7.145 a 7.178
Código Civil para el Estado de Michoacán de Ocampo	1076 a 1102
Código Civil para el Estado libre y soberano de Morelos	1342 a 1365

Normativa	Artículos
Código Civil para el Estado de Nayarit	1283 a 1310
Código Civil para el Estado de Nuevo León	1807 a 1831
Código Civil para el Estado de Oaxaca	1782 a 1807
Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla	1955 a 2003
Código Civil del Estado de Querétaro	1790 a 1822
Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo.	87 a 134, 2299 y 2299 bis
Código Civil para el Estado de San Luis Potosí	1746 a 1770
Código Civil para el Estado de Sinaloa	1794 a 1819
Código Civil para el Estado de Sonora	2081 a 2114
Código Civil para el Estado de Tabasco	2023 2061 y 2070 a 2074
Código Civil para el Estado de Tamaulipas	1164 a 1166 y 1388 a 1417
Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala	1374 a 1411 y 1420 a 1424
Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave	1843 a 1870
Código Civil del Estado de Yucatán	1097 a 1123

Elaboración propia de los autores

6. ¿Se ha abordado o desarrollado en la jurisprudencia de su país la noción de responsabilidad civil extracontractual?

Sí, principalmente a través de la doctrina desarrollada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al ser la encargada de atender los casos en materias civil y penal.

6.1. *En caso afirmativo, ¿se ha utilizado este mecanismo para abordar cuestiones de derechos humanos?*

Sí, la doctrina referida principalmente puede exponerse a través de los siguientes ejes y casos:

- 1) La aplicación del derecho a la justa indemnización en relaciones entre particulares derivado de los artículos 1 de la Constitución y 63.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos:

Amparo Directo en Revisión 1068/2011, resuelto el 19 de octubre de 2011, por unanimidad de 5 votos.

Amparo Directo 30/2013, resuelto el 26 de febrero de 2014, por unanimidad de 5 votos.

Elaboración propia de los autores.

- 2) Con base en lo anterior, la inconstitucionalidad de los artículos que fijan límites (tanto mínimos como máximos), para determinar el monto de la indemnización derivada de la responsabilidad civil extracontractual:

Amparo Directo en Revisión 1068/2011, resuelto el 19 de octubre de 2011, por unanimidad de 5 votos.

Amparo Directo en Revisión 5826/2015, resuelto el 08 de junio de 2016, por unanimidad de 4 votos.

Amparo Directo en Revisión 4332/2018, de veintiuno de noviembre de 2018, resuelto por unanimidad de 5 votos.
--

Amparo Directo en Revisión 5097/2018, resuelto el 08 de mayo de 2019, por mayoría de 4 votos.

Elaboración propia de los autores

- 3) La función de la responsabilidad civil para conseguir la reparación del daño:

Amparo Directo en Revisión 10/2012, resuelto el 11 de abril de 2011, por unanimidad de 5 votos.

Amparo Directo 47/2013, resuelto el 07 de febrero de 2014, por unanimidad de 5 votos.

Amparo Directo en Revisión 5490/2016, resuelto el 07 de marzo de 2018, por unanimidad de 5 votos.

Elaboración propia de los autores.

- 4) La posibilidad de condena por daños punitivos:

Amparo Directo 30/2013, resuelto el 26 de febrero de 2014, por unanimidad de 5 votos.

Elaboración propia de los autores

- 5) El cómputo del plazo para que opere la prescripción de acciones civiles donde se reclama responsabilidad civil extracontractual, si el daño causado afecta a su vez un derecho fundamental de contenido no patrimonial (por ejemplo integridad personal y salud):

Amparo Directo en Revisión 4227/2014, resuelto el 23 de septiembre de 2015, por mayoría de 4 votos.

Amparo Directo en Revisión 4865/2015, resuelto el 15 de noviembre de 2017, por mayoría de 4 votos.

Elaboración propia de los autores

- 6.1.1. En caso afirmativo, ¿existen casos que aborden específicamente la responsabilidad empresarial por afectaciones a derechos humanos? De ser así, ¿Se usó el mecanismo de control de constitucionalidad o convencionalidad?

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha reconocido a la responsabilidad civil extracontractual un fin o función indemnizatoria, a diferencia, por ejemplo, de la responsabilidad penal que guarda un objeto sancionador, aunque la reparación del daño deba ser analizada en ese proceso.²⁷

Sobre esa base, a partir del amparo directo en revisión 1068/2011, resuelto el 19 de octubre de 2011, por unanimidad de 5 votos, que versa sobre la inconstitucionalidad del límite a la responsabilidad civil fijada para accidentes aéreos en la Ley de Aviación Civil, la Corte afirmó que el derecho a una *justa indemnización* reconocido por el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, guarda vigencia en las relaciones entre particulares y debe permear a las indemnizaciones relativas a la responsabilidad civil. Esto es que se usó el control de convencionalidad para este primer precedente que guardó un impacto en los siguientes.

En otro caso la Primera Sala estableció que si bien un acto o hecho determinado puede dar origen a distintas vías de reclamo o responsabilidades de naturaleza distinta, una vez elegida cuál se va a perseguir, el estudio y

²⁷ Amparo Directo en Revisión 10/2012, resuelto el 11 de abril de 2011, por unanimidad de 5 votos.

procedencia debe seguirse de acuerdo a las reglas fijadas para ello, en el caso, los elementos de la acción de responsabilidad civil extracontractual, como lo es la acreditación del daño.²⁸

Por su parte, en cuanto a la posibilidad de ejercer la vía civil como medio para conseguir la indemnización de afectaciones a derechos humanos cometidas por particulares, la Sala se pronunció de manera destacada en el amparo directo en revisión 5490/2016, resuelto el 07 de marzo de 2018, por unanimidad de 5 votos, en el sentido que ante la ausencia de procedimientos especiales puede utilizarse la vía civil para dicho finalidad, en el entendido que su ejecución solo permite indemnizaciones económicas y no otras medidas de reparación.

En esencia, compaginando los precedentes descritos, en México no existe un proceso especial para reclamar una reparación económica por violaciones a derechos humanos cometidas por particulares, sin embargo, puede intentarse su indemnización a través de la vía civil u ordinaria.

Lo anterior, hace que la acción quede sometida a las reglas de la acción civil de responsabilidad extracontractual y sobre todo a sus elementos de procedencia, así, se debe demostrar: (i) un hecho ilícito;²⁹ (ii) la existencia de daños; y (iii) el vínculo causal entre los primeros 2 elementos.

Así, cuando un acto u omisión (negligencia) cometido por una persona o empresa genera un daño que se relaciona o impacta derechos humanos distintos de aquellos de naturaleza exclusivamente patrimonial, se tomará en cuenta esa cuestión para determinar: (a) la ilicitud de la conducta, si de ella se deriva un deber; (b) el monto de la reparación de acuerdo con el derecho de que se trate; o (c) ambas cuestiones.

De esta forma, el análisis al momento de dictar sentencia parte de la acreditación del daño y sus consecuencias, por lo que de no demostrarse el mismo, será improcedente la acción intentada, esto es que aún probada la afectación

²⁸ Amparo directo 47/2013, resuelto el 07 de febrero de 2014, por unanimidad de 5 votos.

²⁹ Contrario a disposiciones de orden público y/o las buenas costumbres, de acuerdo con el artículo 1910 del Código Civil Federal.

a un derecho humano esta no será sancionada en la vía civil si no se acredita el daño (patrimonial o extra patrimonial) resentido.³⁰

En tales condiciones, no se demanda por la vía civil la violación en estricto sentido cometida por un particular a un derecho humano, como si se haría, por ejemplo, en la acción de amparo frente a actos de autoridad, sino que se intenta la reparación del daño resentido que tuvo un impacto frente a los derechos humanos del reclamante, a través de una indemnización, bien porque de ellos se deriva un deber a cargo del demandado (prestación de servicios de salud o educativos, etcétera), o porque se requiere su análisis para lograr efectivamente una reparación integral de la afectación resentida, aplicación del derecho a la *justa indemnización*.

Establecido lo anterior, podemos mencionar algunos casos resueltos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, vinculados con la actividad empresarial.

El amparo directo 30/2013, resuelto el 26 de febrero de 2014, por unanimidad de 5 votos, ya referido, versa sobre el fallecimiento de una persona con motivo de la falta de mantenimiento a una atracción en el hotel Mayan Palace, de Acapulco, Guerrero, este caso es el que se pronunció por primera ocasión sobre los daños punitivos en México.

El amparo en revisión 584/2013, resuelto el 05 de noviembre de 2014, por unanimidad de 5 votos, trata sobre la responsabilidad civil de los hospitales por actos de negligencia médica que sucedan en ellos, ya sea a través de su propio personal, o de médicos que representen a la institución aún de manera aparente.

En el amparo directo en revisión 992/2014, resuelto el 12 de noviembre de 2014, por mayoría de 4 votos, se pronunció la Corte sobre la discriminación en el proceso de contratación de empleados con motivo de publicaciones en rubros de la industria restaurantera que señalaban un rango de edades como requerimiento para acceder al empleo.

³⁰ Véase, por ejemplo, el criterio consultable bajo los siguientes datos: décima época, registro 2008260, Primera Sala, tesis aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 14, enero de 2015, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Laboral, Civil, tesis: 1a III/2015 (10a), 757, de rubro: "Discriminación en el ámbito laboral. La fijación de una indemnización por parte del juzgador estará condicionada a la existencia de un daño."

Por último, el amparo directo 35/2014, resuelto el 15 de mayo de 2015, por unanimidad de 4 votos, versa sobre la responsabilidad solidaria de un plantel educativo por el acoso escolar o *bullying* que recibió uno de sus alumnos al cursar su segundo año de estudios.

6.1.2. En caso negativo, ¿sería factible que los tribunales conocieran de casos de responsabilidad civil extracontractual por violaciones a derechos humanos relacionadas con empresas?

Referirse a la respuesta 6.1.1.

7. ¿Existe o podría existir un vínculo entre la responsabilidad civil extracontractual y la debida diligencia en derechos humanos?

No, debido a que la legislación de México no contempla o reconoce actualmente hacia las empresas una obligación de seguir una debida diligencia, no se considera que la posibilidad de reclamo de responsabilidad civil por actos dañosos que puedan impactar la esfera de derechos humanos sea equivalente a reconocer un proceso directo o indirecto de debida diligencia en materia de derechos humanos en estricto sentido, aunque resulta factible advertir la relación entre ambas figuras.

La Primera Sala ha destacado que de acuerdo con la teoría de la responsabilidad civil, el que causa un daño a otro está obligado a repararlo. Daño que puede derivar del incumplimiento de un contrato o de la violación al deber genérico de toda persona de no dañar a otra.

Así, indica que en la responsabilidad extracontractual las partes no tienen un vínculo previo (como sucede con un contrato) sino que nace por la realización de los hechos dañosos. Esto es, que la responsabilidad extracontractual deriva del incumplimiento del deber genérico de no afectar a terceros.

Sobre esa base, apunta que la responsabilidad extracontractual puede ser objetiva o subjetiva. La segunda está fundada en un elemento psicológico, ya sea porque existe la intención de dañar o porque se incurre en descuido o negligencia, mientras que la segunda no requiere la culpa o negligencia.³¹

³¹ Contradicción de tesis 93/2011, resuelta el 06 de octubre de 2011, por unanimidad de 5 votos, 1415.

A ese tenor, apunta que sería irrazonable exigir que todas las personas tuvieran que evitar siempre y a toda costa que se le cause un daño a otra, por lo que no en todos los casos en los que la conducta cause un daño se generará responsabilidad extracontractual, sino que es necesario que en dicho actuar haya mediado, como se dijo, culpa o negligencia.

La negligencia, expone también la Corte a través de la Primera Sala, se da en aquellos casos en los que el responsable no deseaba la realización del perjuicio, no obstante, causa un daño incumpliendo con una obligación de cuidado a su cargo. Por lo tanto, para que exista responsabilidad es necesario que el daño ocasionado esté acompañado de un deber de cuidado del responsable sobre la víctima.

Así, la diligencia que debe ser tenida en cuenta es: “...la ordinaria de un hombre medio o de una persona razonable...”, y solamente en aquellos casos en los que el daño se produce como consecuencia de la prestación de un servicio, la diligencia que se debe esperar es la de un profesional, es decir, de una persona con las capacidades promedio para ejercer esa profesión.³²

En esa medida, la ilicitud puede derivar de dos fuentes distintas, a saber, que la responsable: (i) haya estado obligada a actuar de acuerdo a alguna norma y que incumpla con esa obligación, o (ii) haya incumplido con un deber genérico de cuidado que exige la prestación del servicio,³³ o bien, que se espera de una persona razonable.

Esta expectativa o noción de diligencia esperada de una “*persona razonable*”, se puede derivar o trazar hasta el derecho romano, cuya influencia impactó la noción civil actual de diligencia tanto en el derecho continental como anglosajón.³⁴

Cabe destacar que al presentar John Ruggie, como Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las Empresas

³² Amparo directo 30/2013, resuelto el 26 de febrero de 2014, por unanimidad de 5 votos, 61, 62.

³³ Amparo directo 35/2014, resuelto el 15 de mayo de 2015, por unanimidad de 4 votos, 56, 57.

³⁴ Bonnitcha Jonathan y Mcquorcodale Robert, *The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, *The European Journal of International Law*, Vol 28 no 3, 902, 903.

transnacionales el marco de las Naciones Unidas para “*proteger, respetar y remediar*”, hace alusión a esa definición “tradicional” de diligencia, mediante la cita del Black’s Law Dictionary,³⁵ lo que incluso se repite en la Guía para la interpretación de los Principios Rectores publicada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos;³⁶ sin embargo, aclara que el ámbito de la debida diligencia se determina en el contexto que opera una empresa.

Así, se ha discutido la conceptualización de la debida diligencia adoptada en última instancia por los Principios Rectores, que puede tener distintas nociones o acepciones de acuerdo al contexto en el que se implemente, lo que puede dar lugar a confusiones en su aplicación.³⁷ No obstante, sin pretender agotar aquí el debate, el propio John Ruggie indica que si bien los Principios Rectores buscaron nutrirse de prácticas y literatura relacionada al tema, ellos establecen su propio esquema de debida diligencia empresarial sobre derechos humanos, derivado de una norma social transnacional ajena a la legislación nacional.³⁸

De esta forma, nos parece entonces que la debida diligencia en materia de derechos humanos se debe considerar como una figura propia que debe implementarse debido a sus características especiales, sin que se advierta aplicable *directamente* hacia las empresas en el marco de la legislación mexicana actual por medio de la responsabilidad civil extracontractual, a pesar de que compartan una noción de diligencia, esto particularmente de acuerdo a las características destacadas en este apartado y al atender la pregunta 6.1.1. En virtud de esa noción compartida, existe un potencial riesgo jurídico en caso de que exista un riesgo previsible y no se tomen las medidas adecuadas para su prevención.

³⁵ Consejo de Derechos Humanos, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, A/HRC/8/5 (07 de abril de 2008), 9.

³⁶ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos Humanos: guía para la interpretación*, Nueva York y Ginebra, (2012), 7.

³⁷ Véase Bonniticha Jonathan y Mcquorcodale Robert, *ob cit.*

³⁸ Ruggie John Gerard y Sherman John F. III, *The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonniticha and Robert McCorquodale*, *The European Journal of International Law*, Vol 28 no 3, 923- 925.

8. ¿Prevé la legislación civil de su país la responsabilidad vicaria, es decir, la responsabilidad por actos de un tercero subordinado?

Sí, el Código Civil Federal de acuerdo con la teoría tradicional de la responsabilidad civil, reconoce en específico los siguientes supuestos.³⁹

- 1) Las empresas son responsables por actos de sus representantes en ejercicio de sus funciones.
- 2) Quien ejerce la patria potestad responde por los actos de los menores bajo su cuidado y habitación, a menos que se encuentre bajo vigilancia y autoridad de otra persona (directores de colegios, talleres, etcétera), o bien, si prueban que no fue posible evitarlos, es decir, que ejercieron suficiente vigilancia.
- 3) Los tutores son responsables respecto de personas bajo su cuidado, con la mismas salvedades del punto anterior.
- 4) Los maestros artesanos son responsables por actos de sus operaciones.
- 5) Los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles deben responder de daños causados por sus obreros a dependientes, en el ejercicio de sus funciones.
- 6) Los jefes de casa o los dueños de hoteles o casas de hospedaje están obligados a responder por sus sirvientes en el ejercicio de su encargo.
- 7) El dueño de un animal pagará el daño causado por éste, si no probare que: (i) lo guardaba y vigilaba con el cuidado necesario; (ii) el animal fue provocado; (iii) hubo imprudencia del ofendido; (iv) caso fortuito o de fuerza mayor.
- 8) El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten por la ruina de todo o parte de él, si sobreviene por falta de reparaciones o vicios de construcción, también por: (i) explosión de máquinas o inflamación de substancias; (ii) humo o gases que sean nocivos a las personas o a las propiedades; (iii) caída de árboles, salvo fuerza mayor; (iv) emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes; (v)

³⁹ arts 1918- 1937.

depósitos de agua que humedezcan la pared del vecino o derramen sobre esa propiedad de éste; (vi) peso o movimiento de las máquinas, aglomeraciones de materias o animales nocivos a la salud.

- 9) Los jefes de familia que habiten una casa o parte de ella, son responsables de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma.
- 10) Los patrones son responsables de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores sufridas con motivo o en el ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten, a menos que el accidente de trabajo lo haya producido el trabajador de manera voluntaria.

Por su parte, en cuanto a las leyes especiales que reconocen la responsabilidad civil extracontractual, se encuentran los siguientes supuestos de responsabilidad vicaria:

- A) El artículo 41 de la Ley de Aviación Civil señala que el concesionario o permisionario, o bien, el dueño o poseedor de una aeronave, es solidariamente responsable junto con el comandante o piloto de la aeronave de cualquier orden dictada en contravención a la ley.
- B) El artículo 38 de la Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal, indica que los permisionarios de los vehículos son solidariamente responsables con sus conductores, de los daños que causen en la prestación del servicio de transporte de pasajeros.
- C) El artículo 91 de la Ley de Instituciones de Crédito, indica que esas instituciones responderán directa e ilimitadamente de los actos realizados por sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus funciones, así como por los actos celebrados por quienes ostenten algún cargo, mandato, comisión o cualquier otro título jurídico que aquéllas hubieren otorgado para la realización de sus operaciones, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que dichas personas incurran en lo individual.
- D) El artículo 24 de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, señala que las empresas serán responsables del daño al ambiente ocasionado por sus representantes, administradores, gerentes, directores, empleados y quienes ejerzan dominio funcional de sus operaciones, cuando sean

omisos o actúen en el ejercicio de sus funciones, en representación o bajo el amparo o beneficio de la empresa, o bien, cuando ordenen o consientan la realización de las conductas dañosas. A su vez, las personas que se valgan de un tercero, lo determinen o contraten para realizar la conducta causante del daño serán solidariamente responsables.

- E) El artículo 42 de la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, indica que la responsabilidad del manejo y disposición final de los residuos peligrosos corresponde a quien los genera, a menos que contrate los servicios de manejo y disposición final de residuos peligrosos por empresas autorizadas por la Secretaría correspondiente y los residuos sean entregados a dichas empresas, sin embargo, el generador debe cerciorarse de las autorizaciones respectivas y vigencia, en caso contrario será responsable de los daños que ocasione el manejo.
- F) El artículo 119 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, señala que para su constitución se requiere de un convenio entre la sociedad controladora y cada una de las entidades integrantes, que debe contener, entre otros puntos, que la sociedad controladora responderá subsidiaria e ilimitadamente del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las entidades integrantes del grupo, correspondientes a las actividades que, conforme a las disposiciones aplicables, le sean propias a cada una de ellas.

9. ¿Prevé la legislación sustantiva y procesal de su país la posibilidad de atraer a su jurisdicción civil a una empresa matriz extranjera por daños ocasionados por su subsidiaria?

- 9.1. *En caso afirmativo, ¿es posible solicitar información sobre la empresa matriz a su Estado de origen por medio de la cooperación judicial internacional?*
- 9.2. *En caso afirmativo, ¿existen ejemplos de decisiones judiciales que pueda compartir?*

La legislación civil federal de México, tanto sustantiva como procesal, no reconoce o desarrolla expresamente esa posibilidad, sin embargo, a través de la argumentación en determinados casos pudiera elevarse esa petición con base en las disposiciones generales que rigen los procedimientos civiles,

aunque cabe aclarar que ello quedaría sujeto a decisión y/o interpretación judicial, sin que se identifique un amplio o claro desarrollo jurisprudencial al respecto en la actualidad.

En relación con lo anterior, se pueden destacar los casos siguientes que, si bien no se resolvieron por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se analizaron por Juzgados o Tribunales Federales en revisión constitucional de decisiones adoptadas por los poderes judiciales de las entidades federativas.

- 1) Juicio de amparo indirecto 422/2016, resuelto por el Juez Décimo Primero de Distrito en Materia Civil de la Ciudad de México, el 21 de septiembre de 2016.

El caso conocido como *Richter vs. Google*,⁴⁰ versa sobre la demanda de responsabilidad civil por daño moral iniciada por el abogado Ulrich Richter Morales, en contra de Google, Inc., junto con dos de sus subsidiarias en México, Google México, S. de R.L. de C.V. y Google Operaciones de México, S. de R.L. de C.V., así como del entonces director general Lino Esteban Cattaruzzi.

La demanda deriva de la existencia de un blog considerado difamatorio en la plataforma “Blogger”, donde se publicaban entradas sobre la parte actora Richter Morales.

En principio las empresas mexicanas se sometieron a la jurisdicción del juez nacional, sin embargo, Google, Inc. discutió la competencia de esa autoridad, refiriendo principalmente que, dado que su domicilio se encuentra en el estado de California, Estados Unidos, el juicio debe seguirse ante esa potestad, además que Richter Morales se encontraba dado de alta en la plataforma “Blogger”, cuyos términos y condiciones remiten a la jurisdicción de California.

El Juez decidió confirmar la determinación de la Octava Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, al señalar que son las normas de carácter nacional las que sirven para determinar la competencia de la autoridad jurisdiccional, mismas que deben analizarse de conformidad con el principio *pro persona*

⁴⁰ Para más información sobre el caso puede verse: Gabuardi, Carlos A, *Richter c Google, Inc ¿La gestión jurisprudencial de una nueva regla en materia de competencia?*, Ius Actual, revista bimestral de la Barra Mexicana, colegio de Abogados, A.C., capítulo Nuevo León, vol 2, junio 2018, 5- 14. Consultable en: https://bma-nl.org/wp-content/uploads/2018/06/IusActual_Jun18.pdf (fecha de última consulta 25 de junio de 2020).

contenido en el artículo 1° Constitucional. En esa medida, debido a que al menos una de las partes demandadas tiene su domicilio en México y que el actor se sometió a su decisión, debía seguirse la controversia en la forma planteada, con motivo también del posible impacto en los derechos al honor y propia imagen referidos en la demanda de origen.

Inconforme con esa decisión, Google, Inc. promovió un recurso de revisión del que conocería la Suprema Corte de Justicia de la Nación; sin embargo, Google, Inc. decidió desistirse del recurso, lo que confirmó la decisión indicada en el párrafo anterior.

Cabe aclarar que esta decisión involucra solo el llamamiento y continuación del juicio en contra de Google, Inc., sin embargo, la cuestión de fondo, esto es el estudio sobre la responsabilidad civil y el daño moral reclamado, no se ha realizado a la fecha, pues continua en trámite el proceso respectivo.

2) Amparo directo 740/2020, resuelto por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en sesión de 15 de diciembre de 2011.

El caso trata sobre la condena de responsabilidad civil extracontractual impuesta a una empresa extranjera, por actos propios y de su filial o subsidiaria en México, derivados de dos contratos, uno para instalación de infraestructura y otro de depósito. Esencialmente, la empresa extranjera, constituida y establecida en Delaware, Estados Unidos de América, constituyó una empresa en México y diseñó un plan de inversión para ampliar sus actividades hacia nuestro país.

Con base en ello, activamente negoció con la empresa mexicana actora la suscripción de un contrato que, sin embargo, solo firmó la empresa filial o subsidiaria, a pesar que respecto de esta última entidad la empresa Estadounidense era accionista en un 99.9%, además que era quien financiaba, suministraba fondos y pagaba la nómina de su filial. A su vez, los empleados de ella reportaban directamente al corporativo en Estados Unidos, y su director era empleado de ambas empresas.

Ahora bien, durante la ejecución del contrato, la empresa estadounidense decidió unilateralmente terminar sus operaciones en México, despedir a todos sus empleados e incumplir con todas las obligaciones tanto contractuales

como de pago. Por lo anterior, la contratante mexicana inició la acción en contra de ambas empresas. Debido a que la estadounidense no participó en el contrato, su responsabilidad se estimó como extracontractual.

Al resolver el caso, la Tercera Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México decidió que sobre los actos de la empresa estadounidense sería aplicable la legislación del estado de Delaware, que jurisprudencialmente prevé la teoría del alter ego, o el levantamiento del velo corporativo, demostrándose esa cuestión en juicio, mientras que sobre los daños y perjuicios reclamados se aplicaría la ley nacional, de manera que, de acuerdo con las características ya apuntadas, le correspondía responder por los daños y perjuicios causados por su subsidiaria o filial.

El Tribunal Colegiado validó esa decisión, pero además, apuntó que aún de no aplicarse el derecho de Delaware, conforme a la legislación mexicana era posible construir y configurar el levantamiento del velo corporativo y responsabilizar de los daños y perjuicios conjuntamente a ambas empresas.

III. RESPONSABILIDAD PENAL

10. ¿Prevé la legislación penal de su país la responsabilidad penal de las personas jurídicas?

Sí.

10.1. En caso afirmativo, por favor comparta las disposiciones jurídicas pertinentes.

El Capítulo II del del Título X del Código Nacional de Procedimientos Penales prevé un procedimiento especial para imputar a personas jurídicas. Se transcriben los artículos correspondientes.

Artículo 421. Ejercicio de la acción penal y responsabilidad penal autónoma

Las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además

existió inobservancia del debido control en su organización. Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho.

El Ministerio Público podrá ejercer la acción penal en contra de las personas jurídicas con excepción de las instituciones estatales, independientemente de la acción penal que pudiera ejercer contra las personas físicas involucradas en el delito cometido.

No se extinguirá la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando se transformen, fusionen, absorban o escindan. En estos casos, el traslado de la pena podrá graduarse atendiendo a la relación que se guarde con la persona jurídica originariamente responsable del delito.

La responsabilidad penal de la persona jurídica tampoco se extinguirá mediante su disolución aparente, cuando continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores, empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

Las causas de exclusión del delito o de extinción de la acción penal, que pudieran concurrir en alguna de las personas físicas involucradas, no afectará el procedimiento contra las personas jurídicas, salvo en los casos en que la persona física y la persona jurídica hayan cometido o participado en los mismos hechos y estos no hayan sido considerados como aquellos que la ley señala como delito, por una resolución judicial previa. Tampoco podrá afectar el procedimiento el hecho de que alguna persona física involucrada se sustraiga de la acción de la justicia.

Las personas jurídicas serán penalmente responsables únicamente por la comisión de los delitos previstos en el catálogo dispuesto en la legislación penal de la federación y de las entidades federativas

Artículo 422. Consecuencias jurídicas

A las personas jurídicas, con personalidad jurídica propia, se les podrá aplicar una o varias de las siguientes sanciones:

- I. Sanción pecuniaria o multa;
- II. Decomiso de instrumentos, objetos o productos del delito;

- III. Publicación de la sentencia;
- IV. Disolución, o
- V. Las demás que expresamente determinen las leyes penales conforme a los principios establecidos en el presente artículo.

Para los efectos de la individualización de las sanciones anteriores, el Órgano jurisdiccional deberá tomar en consideración lo establecido en el artículo 410 de este ordenamiento y el grado de culpabilidad correspondiente de conformidad con los aspectos siguientes:

- a) La magnitud de la inobservancia del debido control en su organización y la exigibilidad de conducirse conforme a la norma;
- b) El monto de dinero involucrado en la comisión del hecho delictivo, en su caso;
- c) La naturaleza jurídica y el volumen de negocios anual de la persona moral;
- d) El puesto que ocupaban, en la estructura de la persona jurídica, la persona o las personas físicas involucradas en la comisión del delito;
- e) El grado de sujeción y cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, y
- f) El interés público de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños que pudiera causar a la sociedad, la imposición de la pena.

Para la imposición de la sanción relativa a la disolución, el órgano jurisdiccional deberá ponderar además de lo previsto en este artículo, que la imposición de dicha sanción sea necesaria para garantizar la seguridad pública o nacional, evitar que se ponga en riesgo la economía nacional o la salud pública o que con ella se haga cesar la comisión de delitos.

Las personas jurídicas, con o sin personalidad jurídica propia, que hayan cometido o participado en la comisión de un hecho típico y antijurídico, podrá imponérseles una o varias de las siguientes consecuencias jurídicas:

- I. Suspensión de sus actividades;
- II. Clausura de sus locales o establecimientos;

- III. Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido o participado en su comisión;
- IV. Inhabilitación temporal consistente en la suspensión de derechos para participar de manera directa o por interpósita persona en procedimientos de contratación del sector público;
- V. Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, o
- VI. Amonestación pública.

En este caso el Órgano jurisdiccional deberá individualizar las consecuencias jurídicas establecidas en este apartado, conforme a lo dispuesto en el presente artículo y a lo previsto en el artículo 410 de este Código.

Artículo 423. Formulación de la imputación y vinculación a proceso

Cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de la posible comisión de un delito en los que se encuentre involucrada alguna persona jurídica, en los términos previstos en este Código, iniciará la investigación correspondiente.

En caso de que durante la investigación se ejecute el aseguramiento de bienes el Ministerio Público, dará vista al representante de la persona jurídica a efecto de hacerle saber sus derechos y manifieste lo que a su derecho convenga.

Para los efectos de este Capítulo, el Órgano jurisdiccional podrá dictar como medidas cautelares la suspensión de las actividades, la clausura temporal de los locales o establecimientos, así como la intervención judicial.

En la audiencia inicial llevada a cabo para formular imputación a la persona física, se darán a conocer, en su caso, al representante de la persona jurídica, asistido por el Defensor, los cargos que se formulen en contra de su representado, para que dicho representante o su Defensor manifiesten lo que a su derecho convenga.

El representante de la persona jurídica, asistido por el Defensor designado, podrá participar en todos los actos del procedimiento. En tal virtud se les notificarán todos los actos que tengan derecho a conocer, se les citarán a las audiencias, podrán ofrecer medios de prueba, desahogar pruebas, promover incidentes, formular alegatos e interponer los recursos procedentes en contra de las resoluciones que a la persona jurídica perjudiquen.

En ningún caso el representante de la persona jurídica que tenga el carácter de imputado podrá representarla.

En su caso, el Órgano jurisdiccional podrá vincular a proceso a la persona jurídica.

Artículo 424. Formas de terminación anticipada

Durante el proceso, para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas a que se refiere este Capítulo, se podrán aplicar las soluciones alternas y las formas anticipadas de terminación del proceso y, en lo conducente los procedimientos especiales previstos en este Código.

Artículo 425. Sentencias

En la sentencia que se dicte el Órgano jurisdiccional resolverá lo pertinente a la persona física imputada, con independencia a la responsabilidad penal de la persona jurídica, imponiendo la sanción procedente.

En lo no previsto por este Capítulo, se aplicarán en lo que sea compatible, las reglas del procedimiento ordinario previstas en este Código.

De igual manera, el artículo 11 Bis del Código Penal Federal establece los delitos que pueden ser imputados a las personas jurídicas.

Artículo 11 Bis.- Para los efectos de lo previsto en el Título X, Capítulo II, del Código Nacional de Procedimientos Penales, a las personas jurídicas podrán imponérseles algunas o varias de las consecuencias jurídicas cuando hayan intervenido en la comisión de los siguientes delitos:

A. De los previstos en el presente Código:

- I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;
- II. Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 Bis;
- III. Contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero;
- IV. Corrupción de personas menores de 18 años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201;
- V. Tráfico de influencia previsto en el artículo 221;

- VI. Cohecho, previsto en los artículos 222, fracción II, y 222 bis;
- VII. Falsificación y alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237;
- VIII. Contra el consumo y riqueza nacionales, prevista en el artículo 254;
- IX. Tráfico de menores o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 Ter;
- X. Comercialización habitual de objetos robados, previsto en el artículo 368 Ter;
- XI. Robo de vehículos, previsto en el artículo 376 Bis y posesión, comercio, tráfico de vehículos robados y demás comportamientos previstos en el artículo 377;
- XII. Fraude, previsto en el artículo 388;
- XIII. Encubrimiento, previsto en el artículo 400;
- XIV. Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis;
- XV. Contra el ambiente, previsto en los artículos 414, 415, 416, 418, 419 y 420;
- XVI. En materia de derechos de autor, previsto en el artículo 424 Bis.

B. De los delitos establecidos en los siguientes ordenamientos:

- I. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 Bis y 84, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;
- II. Tráfico de personas, previsto en el artículo 159, de la Ley de Migración;
- III. Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 Bis, de la Ley General de Salud;
- IV. Trata de personas, previsto en los artículos 10 al 38 de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos;
- V. Introducción clandestina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 84 Bis, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;
- VI. De la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los previstos en los artículos 9, 10, 11 y 15;
- VII. Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105 del Código Fiscal de la Federación;

- VIII. Defraudación Fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109, del Código Fiscal de la Federación;
- VIII Bis. Del Código Fiscal de la Federación, el delito previsto en el artículo 113 Bis;
- IX. De la Ley de la Propiedad Industrial, los delitos previstos en el artículo 223;
- X. De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111; 111 Bis; 112; 112 Bis; 112 Ter; 112 Quáter; 112 Quintus; 113 Bis y 113 Bis 3;
- XI. De la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los previstos en los artículos 432, 433 y 434;
- XII. De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, los previstos en los artículos 96; 97; 98; 99; 100 y 101;
- XIII. De la Ley del Mercado de Valores, los previstos en los artículos 373; 374; 375; 376; 381; 382; 383 y 385;
- XIV. De la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, los previstos en los artículos 103; 104 cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal; 105; 106 y 107 Bis 1;
- XV. De la Ley de Fondos de Inversión, los previstos en los artículos 88 y 90;
- XVI. De la Ley de Uniones de Crédito, los previstos en los artículos 121; 122; 125; 126 y 128;
- XVII. De la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, los previstos en los artículos 110; 111; 112; 114 y 116;
- XVIII. De la Ley de Ahorro y Crédito Popular, los previstos en los artículos 136 Bis 7; 137; 138; 140 y 142;
- XIX. De la Ley de Concursos Mercantiles, los previstos en los artículos 117 y 271;
- XX. Los previstos en el artículo 49 de la Ley Federal para el Control de Sustancias Químicas Susceptibles de desvío para la fabricación de Armas Químicas;
- XXI. Los previstos en los artículos 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Hidrocarburos.
- XXII. En los demás casos expresamente previstos en la legislación aplicable.

Para los efectos del artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se estará a los siguientes límites de punibilidad para las consecuencias jurídicas de las personas jurídicas:

- a) Suspensión de actividades, por un plazo de entre seis meses a seis años.
- b) Clausura de locales y establecimientos, por un plazo de entre seis meses a seis años.
- c) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido o participado en su comisión, por un plazo de entre seis meses a diez años.
- d) Inhabilitación temporal consistente en la suspensión de derechos para participar de manera directa o por interpósita persona en procedimientos de contratación o celebrar contratos regulados por la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, así como por la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas, por un plazo de entre seis meses a seis años.
- e) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores en un plazo de entre seis meses a seis años.

La intervención judicial podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. Se determinará exactamente el alcance de la intervención y quién se hará cargo de la misma, así como los plazos en que deberán realizarse los informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención judicial se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Público. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica, así como a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. La legislación aplicable determinará los aspectos relacionados con las funciones del interventor y su retribución respectiva.

En todos los supuestos previstos en el artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales, las sanciones podrán atenuarse hasta en una cuarta parte, si con anterioridad al hecho que se les imputa, las personas jurídicas contaban con un órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables para darle seguimiento a las políticas internas de prevención delictiva y que hayan realizado antes o después del hecho que se les imputa, la disminución del daño provocado por el hecho típico.

Estos son los artículos más relevantes en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los del Código Nacional de Procedimientos Penales tienen aplicación a nivel federal y local. El del Código Penal Federal sólo tiene aplicación a nivel federal. Por ello, cada entidad federativa debe elaborar un catálogo de delitos imputables a las empresas. A la fecha muy pocas lo han hecho, por lo que es una tarea pendiente para la correcta implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a nivel local.

11. En caso de que la legislación penal de su país prevea la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿por cuáles conductas puede ser una empresa sujeta de dicha atribución de responsabilidad? ¿Cuáles de esas conductas son equivalentes o equiparables a violaciones de derechos humanos?

Como se expuso en la respuesta anterior, a nivel federal, los delitos que pueden ser imputados a las empresas se encuentran en el artículo 11 Bis del Código Penal Federal. No obstante, no todos ellos son equiparables a violaciones a derechos humanos como se muestra en la siguiente tabla:

DELITO	BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	DERECHO HUMANO
Terrorismo	Diversos	Diversos
Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo	Tránsito aéreo	N/A
Contra la salud.	Salud pública	Salud pública
Corrupción de menores e incapaces	Libre desarrollo de la personalidad	Libre desarrollo de la personalidad
Tráfico de influencia	Correcto desempeño del servicio público	N/A
Cohecho	Correcto desempeño del servicio público	N/A
Falsificación y alteración de moneda	Sistema monetario	N/A
Contra el consumo y riqueza nacionales	Consumo y riqueza nacionales	N/A
Tráfico de menores e incapaces	Diversos	Diversos
Comercialización de objetos robados	Propiedad	Propiedad
Robo de vehículos	Propiedad	Propiedad
Fraude	Propiedad	Propiedad
Encubrimiento	Procuración de justicia	N/A
Lavado de dinero	Diversos de índole económica	N/A
Contra el ambiente	Medio ambiente	Medio ambiente
Contra el derecho de autor	Derecho de autor	Derecho de autor
Acopio y tráfico de armas	Seguridad nacional	N/A
Tráfico de personas	Diversos	Diversos
Tráfico de órganos	Diversos	Diversos
Trata de personas	Diversos	Diversos
Secuestro	Diversos	Diversos
Contrabando	Hacienda pública	N/A
Defraudación fiscal	Hacienda pública	N/A
Emisión y compra ilegal de facturas	Hacienda pública	N/A
Contra la propiedad industrial	Propiedad	Propiedad

DELITO	BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	DERECHO HUMANO
Terrorismo	Diversos	Diversos
En materia de Instituciones de Crédito	Sistema financiero	N/A
En materia de títulos y operaciones de crédito	Sistema financiero	N/A
En materia de organizaciones y actividades auxiliares del crédito	Sistema financiero	N/A
En materia del mercado de valores	Sistema financiero	N/A
En materia de sistemas de ahorro para el retiro	Sistema financiero	N/A
En materia de fondos de inversión	Sistema financiero	N/A
En materia de uniones de crédito	Sistema financiero	N/A
En materia de cooperativas de ahorro y préstamo	Sistema financiero	N/A
En materia de ahorro y crédito popular	Sistema financiero	N/A
En materia de concursos mercantiles	Intereses patrimoniales de acreedores	Propiedad
En materia de fabricación de armas químicas	Seguridad nacional	N/A
En materia de hidrocarburos	Seguridad nacional	N/A

Elaboración propia de los autores.

En suma, la mayoría de los delitos atribuibles a las empresas no protegen directamente un derecho humano, al ocuparse de la protección de la seguridad nacional, la hacienda pública, el sistema financiero o el propio funcionamiento del Estado. Algunos otros protegen la propiedad privada, y sólo una minoría tutela derechos humanos como la dignidad, la libertad personal, el libre desarrollo de la personalidad, la salud o el medio ambiente.

Esta es la regulación que rige a nivel federal. Sin embargo, las entidades federativas tienen la libertad de incluir en sus catálogos los delitos que localmente decidan. Por ello, podrían incorporar los delitos de homicidio,

lesiones, discriminación, despojo, acoso sexual, entre muchos otros, que comúnmente son cometidos a través de la actividad empresarial.⁴¹

12. ¿Cuáles son los tipos de sanciones que pueden ser aplicadas a una empresa?

Las penas aplicables a las empresas por la comisión de un delito están establecidas en el artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales. En el mismo se distinguen entre sanciones y consecuencias jurídicas, dependiendo de si se trata de personas jurídicas con o sin personalidad jurídica. Para las personas jurídicas con personalidad jurídica se establecen las siguientes sanciones:

- Sanción pecuniaria o multa.
- Decomiso de instrumentos, objetos o productos del delito.
- Publicación de la sentencia.
- Disolución.

Y para las personas jurídicas con o sin personalidad jurídica se prevén las siguientes consecuencias jurídicas:

- Suspensión de actividades.
- Clausura de locales o establecimientos.
- Prohibición de realizar actividades específicas.
- Inhabilitación temporal consistente en la suspensión de derechos para participar de manera directa o por interpósita persona en procedimientos de contratación del sector público.
- Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.
- Amonestación pública.

Adicionalmente, el Código Penal Federal prevé la reparación integral del daño como pena a imponerse a cualquier persona por cualquier tipo de delito. Se transcriben los artículos correspondientes:

⁴¹ Actualmente el catálogo más desarrollado de delitos imputables a personas jurídicas es el contemplado por el artículo 18 Nonies del Código Penal para el Estado de Quintana Roo.

Artículo 30. La reparación del daño debe ser integral, adecuada, eficaz, efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación sufrida, comprenderá cuando menos:

- I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma, a su valor actualizado;
- II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo la atención médica y psicológica, de los servicios sociales y de rehabilitación o tratamientos curativos necesarios para la recuperación de la salud, que hubiere requerido o requiera la víctima, como consecuencia del delito. En los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, la libertad y el normal desarrollo psicosexual y en su salud mental, así como de violencia familiar, además comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima;
- III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados;
- IV. El pago de la pérdida de ingreso económico y lucro cesante, para ello se tomará como base el salario que en el momento de sufrir el delito tenía la víctima y en caso de no contar con esa información, será conforme al salario mínimo vigente en el lugar en que ocurra el hecho;
- V. El costo de la pérdida de oportunidades, en particular el empleo, educación y prestaciones sociales, acorde a sus circunstancias;
- VI. La declaración que restablezca la dignidad y reputación de la víctima, a través de medios electrónicos o escritos;
- VII. La disculpa pública, la aceptación de responsabilidad, así como la garantía de no repetición, cuando el delito se cometa por servidores públicos.

Los medios para la rehabilitación deben ser lo más completos posible, y deberán permitir a la víctima participar de forma plena en la vida pública, privada y social.

Artículo 31 Bis. En todo proceso penal, el Ministerio Público estará obligado a solicitar, de oficio, la condena en lo relativo a la reparación del daño y el juez está obligado a resolver lo conducente.

El incumplimiento de esta disposición se sancionará conforme a lo dispuesto por la fracción VII y el párrafo segundo del artículo 225 de este Código.

En todo momento, la víctima deberá estar informada sobre la reparación del daño.

13. ¿Existen decisiones judiciales en su país que hayan determinado la responsabilidad penal de una persona jurídica?

Hay poca información disponible sobre este tema. De la revisión realizada se identificaron casos con cierta resonancia, pero ninguno de ellos ha concluido con una sentencia condenatoria. Sólo se encontró uno que finalizó con un acuerdo reparatorio en favor de las víctimas. De los demás procesos detectados en contra de personas jurídicas, la mayoría se encuentra en la etapa de investigación inicial a cargo del Ministerio Público.⁴² De igual forma, los pocos asuntos que han sido judicializados se han sobreesido durante el proceso o han terminado con una sentencia absolutoria. A continuación, se detalla el caso en el que se llegó a un acuerdo reparatorio y los dos asuntos que llegaron a las etapas procesales más avanzadas.

a) Explosión de una pipa de gas en el Hospital Materno Infantil de Cuajimalpa.

El 29 de enero de 2015 una pipa de la empresa Gas Express Nieto explotó mientras abastecía al Hospital Materno Infantil de Cuajimalpa, Ciudad de México.⁴³ Esto ocasionó la muerte de siete personas y lesiones en decenas de otras. La entonces Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México abrió diversas investigaciones en contra de Gas Express Nieto y el chofer de la pipa. El 11 de agosto de 2015, una de esas investigaciones se cerró al haberse celebrado un acuerdo reparatorio entre Gas Express Nie-

⁴² Muchos de ellos iniciados por la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente con el fin de perseguir delitos en materia de actividades peligrosas y contra de la biodiversidad, como la pesca ilegal y daños a arrecifes.

⁴³ Periódico El Financiero, *Finaliza litigio contra Gas Exprés Nieto por explosión en Cuajimalpa*, < <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/finaliza-litigio-contra-gas-expres-nieto-por-explosion-en-cuajimalpa#:~:text=Tras%20la%20indemnizaci%C3%B3n%20de%2066.5,el%20GDF%20contra%20la%20empresa>>, (visitado el 1 de junio de 2020).

to y algunas víctimas del incidente, por una cantidad de sesenta y seis millones quinientos mil pesos. Este acuerdo fue aprobado por el Juez 38 de Control de la Ciudad de México, con lo que concluyó ese proceso. Todavía hay procesos abiertos en contra de Gas Express Nieto en relación con otras víctimas, pero los mismos aún no han sido resueltos.

b) GRADESA S.A. de C.V. contra CHS INC.

El 1 de agosto de 2018, dentro de la carpeta judicial 009/260/2017, tramitada ante el Juez de Control del Sistema Penal Acusatorio en la Ciudad de México, se vinculó a proceso a CHS INC y a dos personas físicas por el delito de fraude procesal cometido en agravio de GRADESA, S.A. de C.V. y la sociedad.⁴⁴ Lo anterior, por haber iniciado un juicio ejecutivo mercantil para demandar el cobro de unos títulos de crédito a sabiendas de que ya habían sido pagados.⁴⁵

Ante la falta de comparecencia de la persona jurídica, el proceso continuó contra las personas físicas y, el 11 de enero de 2019, se dictó el auto de apertura a juicio.⁴⁶ No obstante, el proceso terminó con el dictado de una sentencia absolutoria en favor de las personas físicas, con la cual posteriormente se logró el sobreseimiento en favor de la persona jurídica. En este caso estaba relacionado el derecho humano al debido proceso y a la propiedad privada.

c) Fideicomisarios contra HSBC México, S.A., Institución de Banca Múltiple.

En el 2008, Inmobiliaria Rancho Santa Fe, S.A. de C.V., demandó por la vía civil a HSBC México, S.A., Institución de Banca Múltiple, por incumplimiento a sus obligaciones de administración de un fideicomiso creado para el desarrollo del Fraccionamiento Las

⁴⁴ Acta mínima del auto de vinculación a proceso dictado dentro de la carpeta judicial 009/260/2017, tramitada ante el Juez de Control del Sistema Penal Acusatorio en la Ciudad de México.

⁴⁵ *ibid.*

⁴⁶ Auto de apertura a juicio, dictado en la carpeta judicial 260/2017 por el Juez 84 de Control del Sistema Procesal Acusatorio de la Ciudad de México.

Misiones en Santa Fe, Ciudad de México.⁴⁷ El 20 de enero de 2015, HSBC México, S.A., Institución de Banca Múltiple, presentó ante el Juez Civil de la causa un convenio de transacción celebrado con Inmobiliaria Rancho Santa Fe, S.A. de C.V., por medio del cual daban por terminada la controversia.⁴⁸ En virtud de que se tildó de falso dicho convenio, así como la firma del representante legal de Inmobiliaria Rancho Santa Fe, S.A. de C.V., los fideicomisarios presentaron una denuncia por fraude procesal en contra de HSBC México, S.A., Institución de Banca Múltiple, y su apoderado legal.⁴⁹ Después de la investigación inicial, el 14 de enero de 2019, el Juez de Control del Sistema Procesal Penal Acusatorio de la Ciudad de México, adscrito a la Unidad de Gestión Judicial Ocho, del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, dictó en contra de HSBC México, S.A., Institución de Banca Múltiple, y su apoderado legal, un auto de vinculación a proceso.⁵⁰ Sin embargo, contra esta resolución, el 1 de febrero de 2019 los imputados promovieron los juicios de amparo 59/2019 y 60/2019, radicados ante el Juzgado Tercero de Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México, en los que, el 6 de septiembre de 2019, se concedió la protección constitucional solicitada por los quejosos y se dejó sin efecto el auto de vinculación dictado en su contra.⁵¹ En este caso también estaba relacionado el derecho humano al debido proceso y a la propiedad privada.

13.1. En caso afirmativo, ¿dichas decisiones tuvieron relación con conductas equiparables o equivalentes a violaciones a derechos humanos?

⁴⁷ Periódico Reforma, *Vinculan por fraude de 1.2 mdd a HSBC*, disponible en <https://www.reforma.com/aplicacioneslibre/articulo/default.aspx?id=1584519&md5=189ad4ebfcac75be47969869c6d0cb72&ta=0dfdbac11765226904c16cb9ad1b2efe> (visitado el 1 de junio de 2020).

⁴⁸ *ibid.*

⁴⁹ *ibid.*

⁵⁰ *ibid.*

⁵¹ Consejo de la Judicatura Federal, *Sentencia pública de los juicios de amparo 59/2019 y 60/2019, radicados ante el Juzgado Tercero de Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México*, <http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=764/07640000243235470028022.docx_1&sec=Claudia_Ramos_Gonz%C3%A1lez&svp=1> (visitado el 2 de junio de 2020).

Los tres casos anteriores involucraban derechos humanos como la vida, la integridad corporal, el debido proceso y la propiedad privada. No obstante, en dos de ellos no hubo una declaración judicial de responsabilidad. Por ello, sólo el relacionado con Gas Exprés Nieto podría equipararse a una violación a derechos humanos, ante la cual la empresa celebró un acuerdo reparatorio con algunas de las víctimas.

14. ¿Prevé la legislación penal de su país que una víctima pueda exigir una reparación civil dentro del proceso penal, o debe ser un procedimiento separado?

De conformidad con el artículo 30 del Código Penal Federal, la reparación integral del daño es una pena que se puede imponer a través del propio proceso penal, sin que para ello sea necesario agotar un procedimiento adicional. La reparación del daño comprende los siguientes rubros:

Artículo 30. La reparación del daño debe ser integral, adecuada, eficaz, efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación sufrida, comprenderá cuando menos:

- I.** La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma, a su valor actualizado;
- II.** La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo la atención médica y psicológica, de los servicios sociales y de rehabilitación o tratamientos curativos necesarios para la recuperación de la salud, que hubiere requerido o requiera la víctima, como consecuencia del delito. En los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, la libertad y el normal desarrollo psicosexual y en su salud mental, así como de violencia familiar, además comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima;
- III.** El resarcimiento de los perjuicios ocasionados;
- IV.** El pago de la pérdida de ingreso económico y lucro cesante, para ello se tomará como base el salario que en el momento de sufrir el delito tenía la víctima y en caso de no contar con esa información, será conforme al salario mínimo vigente en el lugar en que ocurra el hecho;

- V. El costo de la pérdida de oportunidades, en particular el empleo, educación y prestaciones sociales, acorde a sus circunstancias;
- VI. La declaración que restablezca la dignidad y reputación de la víctima, a través de medios electrónicos o escritos;
- VII. La disculpa pública, la aceptación de responsabilidad, así como la garantía de no repetición, cuando el delito se cometa por servidores públicos.

Los medios para la rehabilitación deben ser lo más completos posible, y deberán permitir a la víctima participar de forma plena en la vida pública, privada y social.

Asimismo, el artículo 31 Bis del Código Penal Federal establece la obligación del Ministerio Público de solicitar la condena a la reparación del daño, así como el deber del órgano jurisdiccional de resolver sobre la misma, en cualquier caso.

Artículo 31 Bis. En todo proceso penal, el Ministerio Público estará obligado a solicitar, de oficio, la condena en lo relativo a la reparación del daño y el juez está obligado a resolver lo conducente.

El incumplimiento de esta disposición se sancionará conforme a lo dispuesto por la fracción VII y el párrafo segundo del artículo 225 de este Código.

En todo momento, la víctima deberá estar informada sobre la reparación del daño.

De igual manera, el contenido de la reparación del daño que se puede obtener a través del proceso penal se complementa con lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley General de Víctimas, que establece:

Artículo 27. Para los efectos de la presente Ley, la reparación integral comprenderá:

- I. La restitución busca devolver a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito o a la violación de sus derechos humanos;
- II. La rehabilitación busca facilitar a la víctima hacer frente a los efectos sufridos por causa del hecho punible o de las violaciones de derechos humanos;

- III. La compensación ha de otorgarse a la víctima de forma apropiada y proporcional a la gravedad del hecho punible cometido o de la violación de derechos humanos sufrida y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Ésta se otorgará por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables que sean consecuencia del delito o de la violación de derechos humanos;
- IV. La satisfacción busca reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas;
- V. Las medidas de no repetición buscan que el hecho punible o la violación de derechos sufrida por la víctima no vuelva a ocurrir;
- VI. Para los efectos de la presente Ley, la reparación colectiva se entenderá como un derecho del que son titulares los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hayan sido afectadas por la violación de los derechos individuales de los miembros de los colectivos, o cuando el daño comporte un impacto colectivo. La restitución de los derechos afectados estará orientada a la reconstrucción del tejido social y cultural colectivo que reconozca la afectación en la capacidad institucional de garantizar el goce, la protección y la promoción de los derechos en las comunidades, grupos y pueblos afectados.

Las medidas colectivas que deberán implementarse tenderán al reconocimiento y dignificación de los sujetos colectivos victimizados; la reconstrucción del proyecto de vida colectivo, y el tejido social y cultural; la recuperación psicosocial de las poblaciones y grupos afectados y la promoción de la reconciliación y la cultura de la protección y promoción de los derechos humanos en las comunidades y colectivos afectados.

Las medidas de reparación integral previstas en el presente artículo podrán cubrirse con cargo al Fondo o a los Fondos Estatales, según corresponda.

15. ¿Podría un tribunal penal ejercer jurisdicción sobre una persona jurídica de su país por actos delictivos cometidos en el extranjero?

Sí. El artículo 4 del Código Penal Federal establece que los delitos cometidos en el extranjero por un mexicano pueden ser sancionados en México, a través de las leyes y autoridades federales. Lo anterior, siempre y cuando el imputado se encuentre en México, no haya sido juzgado definitivamente

en el país en donde lo cometió y la conducta se encuentre tipificada como delito tanto en el país extranjero como en México.

Artículo 4o.- Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes:

- I. Que el acusado se encuentre en la República;
- II. Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquiró, y
- III. Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República.

Esta cláusula de extraterritorialidad no contempla expresamente la comisión de un delito en el extranjero por parte de una empresa mexicana. Sin embargo, podría ser aplicable a las personas jurídicas, pues no se hace ninguna distinción a este respecto.⁵²

16. En caso de que su legislación prevea el principio de personalidad pasiva –es decir, que un extranjero pueda ser juzgado incluso por actos cometidos en el extranjero contra nacionales–, ¿podría esta ser aplicable a personas jurídicas por actos que puedan constituir delitos?

Sí. El mismo artículo 4 del Código Penal Federal dispone que los delitos cometidos en el extranjero, por un extranjero, en contra de mexicanos, pueden ser sancionados en México a través de las leyes y autoridades federales.

Artículo 4o.- Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes:

⁵² En similar sentido, la obligación de los mexicanos de contribuir al gasto público, establecida en el artículo 31 fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se aplica por igual a personas físicas y morales.

- I. Que el acusado se encuentre en la República;
- II. Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquiró, y
- III. Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República.

Para este caso también se requiere que el imputado se encuentre en México, no haya sido juzgado definitivamente en el país donde se cometió el delito y que la conducta se encuentre tipificada como tal tanto en el país extranjero como en México. De igual forma, como se expuso en la respuesta anterior, si bien no hay una referencia expresa a delitos cometidos por personas jurídicas mexicanas, al no haber distinción al respecto, esta cláusula de extraterritorialidad les podría ser aplicable.

17. ¿Podría un tribunal de su país ejercer la jurisdicción universal contra una empresa? En caso afirmativo, señale las conductas delictivas sobre las que podría utilizarse.

Conforme a los Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal, ésta se basa únicamente en la naturaleza del crimen, sin necesidad de que haya una relación con el Estado que la ejerza.⁵³ Si bien la legislación penal mexicana contempla supuestos de extraterritorialidad,⁵⁴ los mismos dependen de la existencia de un vínculo con el país, ya sea por territorio, nacionalidad del sujeto activo, nacionalidad del sujeto pasivo o por la afectación de los intereses estatales. Por ello, un tribunal no podría ejercer en contra de una empresa la jurisdicción universal, ya que ésta no tiene plena vigencia en México.⁵⁵

Por otro lado, la jurisdicción universal se encuentra reservada para delitos graves bajo el derecho internacional.⁵⁶ En el caso de México, el catálogo de

⁵³ Naciones Unidas, Asamblea General, “Nota verbal de fecha 27 de noviembre de 2001 dirigida al Secretario General por las Misiones Permanentes del Canadá y de los Países Bajos ante las Naciones Unidas”, A/56/677 (4 de diciembre de 2001). Anexo a este documento se encuentran los Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal.

⁵⁴ Como los previstos en los artículos 2, 3, 4 y 5 del Código Penal Federal.

⁵⁵ Aunque han habido algunos avances para la adopción de la jurisdicción universal en México, como la autorización de la extradición de Ricardo Miguel Cavallo para que fuera juzgado en España por crímenes internacionales cometidos en Argentina.

⁵⁶ Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal, numeral 2.

delitos imputables a personas jurídicas es muy restringido y no contempla el genocidio, ni los crímenes de guerra ni el crimen de agresión. En todo caso, los delitos de terrorismo y trata de personas (que sí están contemplados en el catálogo) podrían configurar crímenes de lesa humanidad, siempre y cuando se trate de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil. En este sentido, aún y cuando la jurisdicción universal tuviera aplicación en México, la misma estaría acotada a esos dos delitos.

IV. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Derecho ambiental

18. Señale las disposiciones normativas que regulan la responsabilidad por daño ambiental.

El derecho a un medio ambiente sano está previsto en el marco constitucional mexicano. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce en el artículo 4 al medio ambiente sano en su interconexión con el desarrollo y bienestar de las personas y en consecuencia, sustenta la responsabilidad por daño ambiental.⁵⁷ En 2012, el artículo 4 de la Constitución fue reformado para introducir el principio de responsabilidad ambiental como mecanismo para hacer efectivo el derecho humano a un medio ambiente adecuado.⁵⁸ En esa tesitura, se reconoce como un derecho que debe ser garantizado por los agentes del Estado, que deben determinar las consecuencias jurídicas para quien lo dañe.⁵⁹

⁵⁷ CPEUM, Artículo 4°, 5° párrafo: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.”

⁵⁸ DECRETO por el que se Declara reformado el párrafo quinto y se adiciona un párrafo sexto recorriéndose en su orden los subsecuentes, al artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de febrero del 2012. < http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_200_08feb12.pdf. >.

⁵⁹ “MEDIO AMBIENTE SANO. PRINCIPIOS APLICABLES A SU PROTECCIÓN, CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDA”. Décima Época, Registro: 2017254, TCC [TA] Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 55, Junio de 2018, Tomo IV, Materia(s): Constitucional, Tesis: XXVII.3o.15 CS (10a),3092.

La Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (LFRA),⁶⁰ de 2013, es reglamentaria del artículo 4 constitucional y, por tanto, su objetivo es regular el procedimiento judicial para la determinación de la responsabilidad ambiental de las personas morales y físicas, la reparación o compensación, los mecanismos alternativos de solución de controversias y los aspectos relacionados con los delitos contra el ambiente. Esta Ley es aplicable únicamente cuando coinciden dos circunstancias: a) la existencia de un daño al ambiente, y b) que esa responsabilidad y reparación sean exigibles a través de los procesos judiciales federales previstos por el artículo 17 constitucional, es decir a través de acciones colectivas; de los mecanismos alternativos de solución de controversias; de los procedimientos administrativos; y de aquellos que correspondan a la comisión de delitos contra el ambiente y la gestión ambiental.

La LFRA define el daño ambiental en el artículo 2, fracción tercera como “[p]érdida, cambio, deterioro, menoscabo, afectación o modificación adversos y mensurables de los hábitats, de los ecosistemas, de los elementos y recursos naturales, de sus condiciones químicas, físicas o biológicas, de las relaciones de interacción que se dan entre éstos, así como de los servicios ambientales que proporcionan. Para esta definición se estará a lo dispuesto por el artículo 6 de esta Ley”. No obstante, el artículo 6 dispone que no se considerará que hay daño ambiental cuando los menoscabos, pérdidas, afectaciones, modificaciones o deterioros no sean adversos, en virtud de: I) haber sido expresamente manifestados por el responsable y explícitamente identificados, delimitados en su alcance, evaluados, mitigados y compensados mediante condicionantes, y autorizados por la Secretaría, previamente a la realización de la conducta que los origina, mediante la evaluación del impacto ambiental o su informe preventivo, la autorización de cambio de uso de suelo forestal o algún otro tipo de autorización análoga expedida por la Secretaría; o de que, II) no rebasen los límites previstos por las disposiciones que en su caso prevean las leyes ambientales o las normas oficiales mexicanas. En estos dos supuestos, aunque exista un daño ambiental, el sistema de responsabilidad que la LFRA regula no será aplicable.

⁶⁰ Ley Federal de Responsabilidad Ambiental. Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2013. < <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRA.pdf>>.

La legislación mexicana considera la responsabilidad ambiental como independiente de la responsabilidad civil o penal que pueda generar un mismo hecho dañino al medio ambiente; pues este específicamente pretende garantizar la preservación y restauración del ambiente y el equilibrio ecológico.⁶¹ En ese sentido, las afectaciones al medio ambiente podrán ser constitutivas de delitos, los cuales se regulan en el Código Penal Federal,⁶² o de responsabilidad civil de acuerdo con el Código Civil Federal.

El artículo 1 de la LFRA demuestra que el bien jurídicamente tutelado es el medio ambiente; por lo tanto, los daños patrimoniales los considera independientes a los daños ambientales. Así, la responsabilidad ambiental es la que surge de los actos u omisiones que causan daños directos o indirectos al ambiente (artículo 10). Las obligaciones derivadas de la responsabilidad ambiental son: 1) reparar los daños y 2) evitar que los daños se incrementen. Sólo en caso de que los daños sean de imposible reparación, o que así lo prevea la legislación, el responsable podrá compensarlos.

La LFRA contempla que la responsabilidad ambiental puede ser subjetiva (artículo 11) u objetiva (artículo 12). Será objetiva la responsabilidad ambiental, cuando los daños ocasionados al ambiente devengan directa o indirectamente de:

- I. Cualquier acción u omisión relacionada con materiales o residuos peligrosos;
- II. El uso u operación de embarcaciones en arrecifes de coral;
- III. La realización de las actividades consideradas como Altamente Riesgosas, y
- IV. Aquellos supuestos y conductas previstas por el artículo 1913 del Código Civil Federal.

Para el caso de las empresas, también se genera responsabilidad ambiental por los daños ocasionados por sus representantes, administradores, gerentes, directores, empleados y quienes ejerzan dominio funcional de sus

⁶¹ "Procedimiento judicial de responsabilidad ambiental previsto en la ley federal de la materia. Su finalidad y características." Tesis: II.2o.A.5 A (10a.)Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Registro IUS: 2018250, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 59, Octubre de 2018, Tomo III, 2442, Tesis Aislada (Administrativa).

⁶² Véase Título Vigésimo Quinto. Delitos Contra el Ambiente y la Gestión Ambiental.

operaciones, cuando sean omisos o actúen en el ejercicio de sus funciones, en representación o bajo el amparo o beneficio de la persona moral, o bien, cuando ordenen o consientan la realización de las conductas dañosas (artículo 24), y puede ser solidaria cuando la afectación sea ocasionada por dos o más personas actuando con dolo (artículo 26).

La LFRA establece en el Capítulo Tercero un procedimiento seguido en forma de juicio para determinar la responsabilidad ambiental. Dicho procedimiento, de acuerdo con el artículo 4, es independiente de los procesos que puedan determinar otro tipo de responsabilidades como la penal,⁶³ civil⁶⁴ o administrativa.

19. ¿Exige la legislación ambiental de su país la realización de estudios de impacto ambiental o la aprobación de otros instrumentos de gestión ambiental? ¿A quién corresponde llevarlas a cabo?

En México, la legislación ambiental requiere tanto la realización previa de estudios de impacto ambiental, como la autorización de estos. Los dos principales instrumentos de política ambiental para la prevención y evaluación de los impactos de una obra o actividad sobre el medio ambiente son la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) y la Manifestación de Impacto Ambiental (MIA), contemplados en los artículos 28 al 35 Bis 3 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA) y en el Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en materia de Evaluación del Impacto Ambiental (Reglamento LGEEP AEIA).

La EIA es un instrumento por medio del cual la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) evalúa el impacto que tendrá una obra o actividad sobre el medio ambiente. En este sentido, según el artículo 30 de la LGEEPA, la EIA es *“el procedimiento a través del cual la Secretaría establece las condiciones a que se sujetará la realización de obras y actividades que puedan causar desequilibrio ecológico o rebasar los límites y condiciones establecidos en las disposiciones aplicables para proteger el*

⁶³ Referirse a la pregunta no 22.

⁶⁴ Referirse a la pregunta no 21.

ambiente y preservar y restaurar los ecosistemas, a fin de evitar o reducir al mínimo sus efectos negativos sobre el medio ambiente". Asimismo, esta disposición establece la obligatoriedad de la autorización previa en materia de impacto ambiental para la realización de obras y actividades que generen o puedan generar efectos significativos sobre el ambiente o los recursos naturales, y que no puedan ser reguladas en forma adecuada a través de otros instrumentos.

El artículo 28 de la LGEEPA indica que las siguientes obras o actividades requerirán previamente la autorización en materia de impacto ambiental:

- Obras hidráulicas, vías generales de comunicación.
- Oleoductos, gasoductos, carboductos, poliductos.
- Industria del petróleo, petroquímica, química, siderúrgica, papelera, azucarera, del cemento y eléctrica.
- Exploración, explotación y beneficio de minerales y sustancias reservadas en la legislación a la Federación.
- Instalaciones de tratamiento, confinamiento o eliminación de residuos peligrosos, así como residuos radiactivos.
- Aprovechamientos forestales en selvas tropicales y especies de difícil regeneración.
- Cambios de uso del suelo en áreas forestales, así como en selvas y zonas áridas.
- Parques industriales donde se prevea la realización de actividades altamente riesgosas.
- Desarrollos inmobiliarios que afecten los ecosistemas costeros.
- Obras y actividades en humedales, manglares, lagunas, ríos, lagos y esteros conectados con el mar, así como en sus litorales o zonas federales;
- Obras y actividades en las áreas naturales protegidas.
- Actividades pesqueras, acuícolas o agropecuarias que puedan poner en peligro la preservación de una o más especies o causar daños a los ecosistemas.
- Obras o actividades que correspondan a asuntos de competencia federal, que pueda causar desequilibrios ecológicos graves e irreparables,

daños a la salud pública o a los ecosistemas, o rebasar los límites y condiciones establecidos en las disposiciones jurídicas relativas a la preservación del equilibrio ecológico y la protección del ambiente.

El artículo 5 del Reglamento de la LGEEPA detalla lo relacionado con las obras o actividades que requieren autorización en la materia, así como las excepciones.

Para que la SEMARNAT otorgue la autorización de las obras, el interesado deberá realizar y someter a evaluación una Manifestación de Impacto Ambiental (MIA). El artículo 30 de la LGEEPA señala que para obtener la autorización en materia de impacto ambiental a la que se refiere el artículo 28 de dicha Ley, *“los interesados deberán presentar a la Secretaría una MIA, la cual deberá contener, por lo menos, una descripción de los posibles efectos en el o los ecosistemas que pudieran ser afectados por la obra o actividad de que se trate, considerando el conjunto de los elementos que conforman dichos ecosistemas, así como las medidas preventivas, de mitigación y las demás necesarias para evitar y reducir al mínimo los efectos negativos sobre el ambiente”*.

La MIA es un instrumento con función informativa y de gestión ambiental realizada por particulares. Consiste en un estudio técnico-científico que indica los efectos que puede ocasionar una obra o actividad sobre el medio ambiente, y señala las medidas preventivas que podrían minimizar dichos efectos negativos producidos por la ejecución de las obras o actividades. Este estudio permite evaluar la factibilidad ambiental para la ejecución de proyectos de inversión industrial, de infraestructura, manufactura, comercios o servicios.

La MIA se presenta ante la SEMARNAT por los interesados (personas físicas o morales) responsables de una obra o actividad que pueda causar un desequilibrio ecológico o rebasar los límites y condiciones establecidos. Según el artículo 10 del Reglamento de la LGEEPA en materia de Evaluación del Impacto Ambiental, las MIA deberán presentarse en la modalidad regional o modalidad particular.

La MIA particular se compone de lo siguiente:

“1. Datos generales del proyecto, del promovente y del responsable del estudio de impacto ambiental;

II. Descripción del proyecto;

III. Vinculación con los ordenamientos jurídicos aplicables en materia ambiental y, en su caso, con la regulación sobre uso del suelo;

IV. Descripción del sistema ambiental y señalamiento de la problemática ambiental detectada en el área de influencia del proyecto;

V. Identificación, descripción y evaluación de los impactos ambientales;

VI. Medidas preventivas y de mitigación de los impactos ambientales;

VII. Pronósticos ambientales y, en su caso, evaluación de alternativas, y

VIII. Identificación de los instrumentos metodológicos y elementos técnicos que sustentan la información señalada en las fracciones anteriores.”⁶⁵

Aunque existen diversas metodologías que los interesados pueden emplear, la MIA debe realizarse con un alto estándar de profesionalismo y metodología científica, tal como lo requiere el artículo 35 Bis 1 de la LGEEPA y el artículo 36 del Reglamento de la LGEEPA en Materia de Evaluación del Impacto Ambiental. Lo anterior resulta necesario puesto que va encaminada a proporcionar datos fidedignos, que puedan ser evaluados por la autoridad competente, para pronunciarse sobre su viabilidad y su alineación al desarrollo sostenible.

La MIA es un instrumento de gestión ambiental en cuanto a que contiene acciones de mitigación que deberá ejecutar la empresa (o particular) interesada en la realización del proyecto, “*para atenuar los impactos y restablecer o compensar las condiciones ambientales existentes antes de la perturbación que se causare con la realización de un proyecto en cualquiera de sus etapas.*”⁶⁶ Esto implica el diseño de medidas para evitar que se produzcan impactos negativos, o bien, que existan mecanismos para aminorar dichas afectaciones.

⁶⁵ Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Evaluación del Impacto Ambiental en el artículo 12.

⁶⁶ *ibid*, artículo 3.

El artículo 146 de la LGEEPA señala que hay actividades altamente riesgosas, en virtud de *las características corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables o biológico-infecciosas para el equilibrio ecológico o el ambiente, de los materiales que se generen o manejen en los establecimientos industriales, comerciales o de servicios, considerando, además, los volúmenes de manejo y la ubicación del establecimiento.*

Cuando las obras sujetas a autorización son actividades altamente riesgosas, además deberá presentarse un estudio de riesgo.

El Reglamento de la LEEGPA en Evaluación de Impacto Ambiental indica que ese estudio consiste en incorporar a la manifestación de impacto ambiental la siguiente información:

- I. Escenarios y medidas preventivas resultantes del análisis de los riesgos ambientales relacionados con el proyecto;
- II. Descripción de las zonas de protección en torno a las instalaciones, en su caso, y
- III. Señalamiento de las medidas de seguridad en materia ambiental.

La SEMARNAT reportó que, de diciembre de 2018 a junio de 2019, ingresaron 112 Estudios de Riesgo Ambiental de plantas en operación con actividades consideradas altamente riesgosas. Por sector de actividad, la distribución fue: 20 del sector químico; uno del sector petroquímicos; ocho del metalúrgico; cuatro de generación de energía; 27 de alimentos, y 52 de otros sectores que incluyen maquiladoras.⁶⁷

El proceso de evaluación de impacto ambiental también comprende la posibilidad de ser consultada de forma particular (artículo 39) o consulta pública a petición de algún interesado de la comunidad (artículo 40).

El proceso de evaluación del impacto ambiental, de acuerdo con el artículo 45 del Reglamento, concluye con la resolución de la SEMARNAT, en la que podrá:

- I. Autorizar la realización de la obra o actividad en los términos y condiciones manifestados;

⁶⁷ Primer Informe de labores de la SEMARNAT, 80.

- II. Autorizar total o parcialmente la realización de la obra o actividad de manera condicionada. En este caso la Secretaría podrá sujetar la realización de la obra o actividad a la modificación del proyecto o al establecimiento de medidas adicionales de prevención y mitigación que tengan por objeto evitar, atenuar o compensar los impactos ambientales adversos susceptibles de ser producidos en la construcción, operación normal, etapa de abandono, término de vida útil del proyecto, o en caso de accidente, o
- III. Negar la autorización

Ese mismo Reglamento señala en el artículo 55 que será la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA) quien realice actos de inspección y vigilancia del cumplimiento de las medidas de impacto ambiental autorizadas.

La SEMARNAT reportó que de diciembre de 2018 a junio de 2019, realizó 360 EIA. De los proyectos evaluados, 139 corresponden a MIA modalidad particular, 201 a modalidad regional, 1 informe preventivo y 19 a trámites unificados de cambio de uso de suelo forestal. Los proyectos incidieron en el desarrollo de obras de los sectores comunicaciones, desarrollo urbano, energía-electricidad, forestal, hidráulico, industrial, minero, pesquero-acuícola y turístico. De los 360 proyectos resueltos, 270 fueron autorizados y 90 no obtuvieron autorización por carecer de viabilidad ambiental.⁶⁸

20. ¿Qué sanciones se pueden imponer por llevar a cabo actividades empresariales⁶⁹ sin cumplir con la normatividad ambiental?

En México, la legislación ambiental emana principalmente del derecho administrativo. Por tanto, de conformidad con el artículo 21 de la Constitución mexicana, compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en

⁶⁸ Primer informe de labores de la SEMARNAT, < https://dsiappsdev.semarnat.gob.mx/Datos/portal/transparencia/2019/Medio_Ambiente_Primer_informe_de_Labores.pdf,80.>.

⁶⁹ Por actividades empresariales nos referimos a proyectos de infraestructura o desarrollo, proyectos extractivos o de agroindustria, o a toda aquella actividad empresarial que pueda generar afectaciones a gran escala.

trabajo a favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

La disposición general que contempla las sanciones en materia ambiental se encuentra en el artículo 171 de la LGEEPA. Entre ellas se incluyen: multa; clausura temporal o definitiva, total o parcial; arresto administrativo hasta por 36 horas; decomiso de los instrumentos, ejemplares, productos o sub-productos directamente relacionado con infracciones relativas a recursos forestales, especies de flora y fauna silvestre o recursos genéticos; y la suspensión o revocación de las concesiones, licencias, permisos o autorizaciones correspondientes.

La imposición de las sanciones en materia ambiental a las empresas no necesariamente depende de que se cause un daño material, sino también pueden originarse por la violación de un mandato o una orden administrativa.

21. ¿Es posible exigir una reparación de naturaleza civil en el marco de un daño ambiental?

Sí. El artículo 10 de la LFRA señala que toda persona física o moral que con su acción u omisión ocasione directa o indirectamente un daño al ambiente, será responsable y estará obligada a la reparación de los daños. El artículo 14 de la LFRA remite al Código Civil Federal para la reclamación de los daños. En este sentido, el artículo 1910 del Código Civil Federal dispone que el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause un daño a otro, está obligado a repararlo. Se trata, por tanto, de una responsabilidad subjetiva o por culpa que se alinea con la disposición del artículo 11 de la LFRA, que contempla que la responsabilidad por daños ocasionados al ambiente será subjetiva, y nace de actos u omisiones ilícitas. La responsabilidad civil subjetiva presupone la existencia de un hecho ilícito, de un daño y de un nexo de causalidad. El artículo 1830 del Código Civil Federal señala que el hecho ilícito es aquel que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Las leyes ambientales de México son consideradas de orden público y contienen deberes jurídicos cuya contravención es considerada

un hecho ilícito.⁷⁰ En consecuencia, cualquier daño sobre las personas o sus bienes que se genere por la degradación ambiental causada por las actividades empresariales puede dar lugar a la acción civil por responsabilidad subjetiva. En relación con el vínculo entre el daño y el hecho ilícito del sujeto imputables, la carga probatoria recae sobre el lesionado.

Cabe matizar que el hecho de que las actividades empresariales respeten los límites o requerimientos de la legislación ambiental, es decir, que se actúe lícitamente, no exime de responsabilidad en caso de que se produzca un daño a las personas o a sus bienes, dado que el Código Civil también incluye el régimen de responsabilidad objetiva y del ejercicio abusivo de derechos.

El abuso de derechos se encuentra contemplado en el artículo 1912 del Código Civil Federal, que se refiere a cuando alguien ejercita un derecho y causa un daño a otro, caso en el cual sería obligatorio indemnizar si se demuestra que el derecho solo se ejerció con el fin de causar el daño, sin ninguna utilidad para el titular del mismo. Mientras tanto, la responsabilidad objetiva está regulada en el artículo 1913 del Código Civil Federal, que dispone que:

Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

La responsabilidad objetiva resulta aplicable a los daños producto de actividades riesgosas, independientemente de si entre la acción u omisión ha mediado negligencia o culpa. El artículo 1913 del Código Civil Federal tiene un alcance más amplio que el del artículo 12 de la LFRA, lo que permite

⁷⁰ Al respecto la SCJN ha señalado que “la protección del medio ambiente y los recursos naturales es de tal importancia que significa el “interés social” de la sociedad mexicana e implica y justifica, en cuanto resulten indisponibles, restricciones estrictamente necesarias y conducentes a preservar y mantener ese interés, precisa y puntualmente, en las leyes que establecen el orden público”. Tesis I.4o.A.447 (9a) (enero de 2005), 1799. *Medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar. Concepto, regulación y concreción de esa garantía.*

ampliar los supuestos en que la responsabilidad civil por daños ambientales será considerada objetiva.⁷¹

Para el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en el estudio de la responsabilidad objetiva en el caso de afectaciones ambientales, debe atenderse a las circunstancias materiales del evento, pues se trata de afectaciones causadas por un riesgo creado que conllevan consecuencias y obligaciones al que los genera. El Tribunal plantea que específicamente para la manipulación de materiales peligrosos que produzcan consecuencias negativas al ambiente, atendiendo al artículo 152 Bis de la LEEGPA, la autoridad investigadora debe determinar el responsable de la creación del riesgo y las circunstancias que lo incrementaron, como la negligencia o casos fortuitos.⁷²

22. ¿Existen sanciones penales por daño ambiental?

Sí, en diciembre de 1996 se adicionó al Código Penal Federal el título vigésimo quinto que incluyó los tipos penales del fuero federal enfocados a la protección del medio ambiente, que anteriormente estaban dispersos en la LGEEPA y en otras leyes sectoriales.⁷³ Actualmente, el título vigésimo quinto sobre los “Delitos Contra el Ambiente y la Gestión Ambiental” contiene el Capítulo Primero de las actividades tecnológicas y peligrosas (artículos 414-416), el Capítulo Segundo de la biodiversidad (artículo 417-420bis), el Capítulo Tercero de bioseguridad (artículo 420ter) y el Capítulo Cuarto de los delitos contra la gestión ambiental (artículos 420cuáter).⁷⁴

⁷¹ Referirse a la pregunta no 18.

⁷² “Responsabilidad ambiental por contaminación del suelo. Su naturaleza es objetiva, ya que el presupuesto legal para su actualización es la manipulación de materiales peligrosos” Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito Tesis Aislada, Décima Época, Libro 20, Julio de 2015, Tomo II, Materia(s): Administrativa, Tesis: I.1o.A.101 A (10a.),1758. Registro: 2009576.

⁷³ DECRETO por el que se reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_ref69_13dic96.pdf>.

⁷⁴ Código Penal Federal. Nuevo Código Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931. Última reforma publicada en el DOF 24-01-2020. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_240120.pdf>.

Según el artículo 11bis del Código Penal Federal, que enlista las conductas imputables a las personas jurídicas en México,⁷⁵ a las empresas podrán imponérseles algunas o varias de las consecuencias jurídicas cuando hayan intervenido en la comisión de delitos contra el ambiente, de acuerdo con lo previsto en los artículos 414, 415, 416, 418, 419 y 420 del Código Penal Federal.⁷⁶ Las principales sanciones contempladas para estos delitos son la pena privativa de libertad en un margen de uno a nueve años de prisión y la multa, que es una de las sanciones aplicables a las personas jurídicas, según el artículo 422 del Código Nacional e Procedimientos Penales.⁷⁷

Artículo	Sanción aplicable a las empresas	Sanción al tipo agravante
Art. 414	Multa de trescientos a tres mil días.	La multa incrementa mil días.
Art. 415	Multa de trescientos a tres mil días.	La multa incrementa mil días.
Art. 416	Multa de trescientos a tres mil días.	La multa incrementa mil días.
Art. 418	Multa de cien a tres mil días.	La multa incrementa mil días.
Art. 419	Multa de trescientos a tres mil días.	La multa incrementa mil días.
Art. 420	Multa de trescientos a tres mil días.	La multa incrementa mil días.

Elaboración propia de los autores.

El artículo 414 del Código Penal Federal, por ejemplo, establece que se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de *trescientos a tres mil días multa* al que ilícitamente, o sin aplicar las medidas de prevención o seguridad, realice actividades de producción, almacenamiento, tráfico, importación o exportación, transporte, abandono, desecho, descarga, o realice cualquier otra actividad con sustancias consideradas peligrosas por sus características corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables, radioactivas u otras análogas, lo ordene o autorice, que cause un daño o cause un riesgo de daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua, al suelo, al subsuelo o al ambiente. En el caso de que el daño o el riesgo de daños se lleven a cabo en un área natural protegida,

⁷⁵ Referirse a las preguntas no 10 y 11.

⁷⁶ Véase artículo 11 bis A (XV) del Código Penal Federal.

⁷⁷ Véase pregunta no 12.

la pena de prisión se incrementará hasta en tres años y la *pena económica hasta en mil días multa*.

Según el artículo 415, se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de *trescientos a tres mil días multa*, a quien sin aplicar las medidas de prevención o seguridad emita, despida, descargue en la atmósfera, lo autorice u ordene, gases, humos, polvos o contaminantes que ocasionen daños u ocasionen un riesgo a los recursos naturales, a la fauna, a la flora, a los ecosistemas o al ambiente, siempre que dichas emisiones provengan de fuentes fijas de competencia federal, conforme a lo previsto en la LGEEPA, o bien, genere emisiones de ruido, vibraciones, energía térmica o lumínica, provenientes de fuentes emisoras de competencia federal, conforme al ordenamiento señalado en la fracción anterior; que ocasionen daños u ocasionen riesgos a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas o al ambiente. En el caso de que los daños o los riesgos de daños se lleven a cabo en un área natural protegida, la pena de prisión se incrementará hasta en tres años y la *pena económica hasta en mil días multa*.

El artículo 416 prevé pena de uno a nueve años de prisión y de *trescientos a tres mil días multa*, al que ilícitamente descargue, deposite, o infiltre, lo autorice u ordene, aguas residuales, líquidos químicos o bioquímicos, desechos o contaminantes en los suelos, subsuelos, aguas marinas, ríos, cuencas, vasos o demás depósitos o corrientes de agua de competencia federal, que cause un riesgo de daño o dañe a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a la calidad del agua, a los ecosistemas o al ambiente. Cuando se trate de aguas que se encuentren depositadas, fluyan en o hacia un área natural protegida, la prisión se elevará hasta tres años más y la *pena económica hasta mil días multa*.

A las empresas, o en su defecto, a sus directivos, que ilícitamente desmonten o destruyan la vegetación natural; corte, arranque, derribe o tale algún o algunos árboles; o, cambien el uso del suelo forestal se les impondrá pena de seis meses a nueve años de prisión y por equivalente de *cien a tres mil días multa*, según el artículo 418. La pena de prisión deberá aumentarse hasta en tres años más y la *pena económica hasta en mil días multa* cuando se afecte un área natural protegida.

De acuerdo con el artículo 419, a quien ilícitamente transporte, comercie, acopie, almacene o transforme madera en rollo, astillas, carbón vegetal, así como cualquier otro recurso forestal maderable, o tierra procedente de suelos forestales en cantidades superiores a cuatro metros cúbicos o, en su caso, a su equivalente en madera aserrada, se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y *de trescientos a tres mil días multa*. La misma pena se aplicará aun cuando la cantidad sea inferior a cuatro metros cúbicos, si se trata de conductas reiteradas que alcancen en su conjunto esta cantidad. La *pena económica se incrementará hasta en mil días multa*, cuando los recursos forestales maderables provengan de un área natural protegida.

Finalmente, el artículo 420 contempla pena de uno a nueve años de prisión y por el equivalente de *trescientos a tres mil días multa*, a quien ilícitamente capture, dañe o prive de la vida a algún ejemplar de tortuga o mamífero marino, o recolecte o almacene de cualquier forma sus productos o subproductos; capture, transforme, acopie, transporte o dañe ejemplares de especies acuáticas declaradas en veda; de manera dolosa capture, transforme, acopie, transporte, destruya o comercie con las especies acuáticas denominadas abulón, camarón, pepino de mar y langosta, dentro o fuera de los periodos de veda, sin contar con la autorización que corresponda, en cantidad que exceda 10 kilogramos de peso; realice actividades de caza, pesca o captura con un medio no permitido, de algún ejemplar de una especie de fauna silvestre, o ponga en riesgo la viabilidad biológica de una población o especie silvestres; realice cualquier actividad con fines de tráfico, o capture, posea, transporte, acopie, introduzca al país o extraiga del mismo, algún ejemplar, sus productos o subproductos y demás recursos genéticos, de una especie de flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas en veda, considerada endémica, amenazada, en peligro de extinción, sujeta a protección especial, o regulada por algún tratado internacional del que México sea parte; o, dañe algún ejemplar de las especies de flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas señaladas en la fracción anterior. Se aplicará una pena adicional hasta de tres años más de prisión y hasta *mil días multa adicionales*, cuando las conductas descritas en el artículo 420 se realicen en o afecten un área natural protegida, o cuando se realicen con fines comerciales.

Además de las sanciones previstas en las disposiciones anteriores, el artículo 421 del Código Penal Federal contempla las siguientes sanciones y medidas de seguridad que el juez podrá imponer de manera adicional: reparación y en

su caso, la compensación del daño al ambiente; la suspensión, modificación o demolición de las construcciones, obras o actividades; la reincorporación de los elementos naturales, ejemplares o especies de flora y fauna silvestre, a los hábitat de que fueron sustraídos; el retorno de los materiales o residuos peligrosos o ejemplares de flora y fauna silvestre amenazados o en peligro de extinción, al país de origen; inhabilitación, cuando el autor o partícipe del delito tenga la calidad de servidor público y finalmente los trabajos a favor de la comunidad. El objetivo de estas sanciones y medidas de seguridad adicionales no solo es la reparación y compensación del daño, sino también eliminar las fuentes de daños o peligros hacia el medio ambiente. Asimismo, cabe destacar que estas sanciones y medidas de seguridad coinciden con algunas de las consecuencias jurídicas previstas para las personas jurídicas que hayan cometido o participado en la comisión de un hecho típico y antijurídico, según el artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Finalmente, cabe destacar que la responsabilidad penal de las empresas por delitos ambientales es independiente de su responsabilidad administrativa. La sentencia penal debe dictarse sin menoscabo de las sanciones administrativas que pudieran corresponder, como sería la inhabilitación, clausura temporal o definitiva, multa, entre otras.

En el fuero común, algunos estados han incluido otros tipos penales al catálogo de los delitos ambientales en los que pueden incurrir las personas jurídicas. En Durango, Jalisco y Estado de México,⁷⁸ por ejemplo, se incluyen delitos de maltrato animal,⁷⁹ que en algunos casos incluye la prohibición de la organización, promoción, difusión y realización de peleas de animales.⁸⁰ Para estos delitos están contempladas la pena privativa de libertad y la multa. En estas entidades federativas se les podrán imponer adicionalmente a las personas jurídicas las siguientes sanciones penales: suspensión,

⁷⁸ En estos estados la responsabilidad penal de las personas jurídicas está reconocida en el artículo 27 del Código Penal del Estado Libre y Soberano de Durango, en el artículo 21 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco y en el artículo 11 bis del Código Penal del Estado de México.

⁷⁹ Véase artículos 275 bis 6-275 bis 7 del Código Penal del Estado Libre y Soberano de Durango; artículos 305-308 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco; artículos 235 bis-275 quáter del Código Penal de Estado de México.

⁸⁰ Véase artículo 275 bis 7 del Código Penal del Estado Libre y Soberano de Durango y artículo 306 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.

disolución, prohibición de realizar determinadas operaciones, remoción e intervención.⁸¹ En el Estado de México también se contempla la clausura de locales y establecimientos; la multa por el doble de la cantidad que por el delito cometido corresponda a la persona física que sea autor o partícipe; la inhabilitación temporal, consistente en la suspensión de derechos para participar de manera directa o por interpósita persona en procedimientos de contratación, o celebrar contratos regulados por la Ley de Contratación Pública del Estado de México y Municipios relacionados con las mismas; decomiso de los instrumentos, objetos o productos del delito; y, la nulidad de operaciones ilícitas realizadas (artículo 11 ter Código Penal de Estado de México).

En el Estado de Chiapas, el artículo 457 de su Código Penal estatal contempla el ecocidio entendido como la conducta dolosa, consistente en causar un daño grave al ambiente, por la emisión de contaminantes, la realización de actividades riesgosas o la afectación de recursos naturales de la competencia del Estado de Chiapas. Para este delito se contempla una prisión de cinco a doce años y de dos mil a veinte mil días de salario mínimo. No obstante, según el artículo 18, para los efectos del Código Penal de Chiapas, únicamente pueden ser penalmente responsables las personas físicas, por lo que únicamente contempla consecuencias accesorias para las empresas del artículo 59: intervención, remoción, prohibición de realizar determinadas operaciones, suspensión y disolución de las personas jurídicas (artículo 59).

Las consecuencias accesorias se replican en la mayoría de los códigos penales de las entidades federativas y están contempladas en los casos en que un miembro o representante de una persona jurídica, con excepción de las instituciones públicas, cometa algún delito (ambiental) con los medios que para tal objeto la misma persona jurídica le proporcione, de modo que resulte cometido a nombre, bajo el amparo o en beneficio de ésta. En estos casos el juez impondrá en la sentencia, previo juicio correspondiente y con la intervención del representante legal, las consecuencias jurídicas accesorias

⁸¹ Véase artículos 32 del Código Penal del Estado Libre y Soberano de Durango y artículo 54 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.

previstas en los códigos penales estatales, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieren incurrido las personas físicas.⁸²

23. ¿Señala explícitamente la legislación ambiental un vínculo con los derechos humanos?

Las leyes federales que conforman la legislación ambiental en México son: Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente (LGEEPA), Ley de Aguas Nacionales, Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, Ley General de Vida Silvestre, Ley de Desarrollo Rural Sustentable, Ley General para la Prevención y Gestión Integral de Residuos, Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados, Ley de Productos Orgánicos, Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables, Ley de Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos, LFRA y la Ley General de Cambio Climático, cada una con sus reglamentos. De estas leyes y sus respectivos reglamentos se derivan una serie de normas sectoriales en materia de agua, suelo, aire, desarrollo rural y residuos, entre otros.

Algunas leyes federales en materia ambiental contienen una referencia explícita a la protección de uno o varios derechos humanos contemplados en instrumentos internacionales de los que México es parte. En su defecto, contienen disposiciones vinculadas a la protección de los derechos humanos, particularmente a la salvaguarda del derecho a la salud.

La LGEEPA⁸³ tiene como objetivo principal garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano para su desarrollo, salud y bienestar, según el artículo 1 fracción I. Por tanto, esta ley incluye las medidas necesarias para la plena efectividad del derecho a un medio ambiente sano contemplado en el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención

⁸² Véase, por ejemplo, artículos 75 y 161 del Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza; artículos 18 y 69 del Código Penal para el Estado de Colima; artículos 29 y 70 del Código Penal del Estado Libre y Soberano de Guerrero, artículos 27 y 70 del Código Penal del Estado de San Luis Potosí; artículos 27 y 36 del Código Penal para para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala.

⁸³ <Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1988. Última reforma publicada DOF 05-06-2018. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/148_050618.pdf>

Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).⁸⁴

Por otra parte, varias de las disposiciones de la LGEEPA hacen referencia explícita a la protección de la salud de la población, salud humana o salud pública. Por ejemplo, el artículo 134 fracción V señala que la utilización de plaguicidas, fertilizantes y sustancias tóxicas debe ser compatible con el equilibrio de los ecosistemas y considerar sus efectos sobre la salud humana, a fin de prevenir los daños que pudieran ocasionar. De manera similar, el artículo 136 estipula que los residuos que se acumulen o puedan acumularse y se depositen o infiltren en los suelos deberán reunir las condiciones necesarias para prevenir o evitar riesgos y problemas de salud. Asimismo, el artículo 154 indica que la exploración, explotación y beneficio de minerales radioactivos, el aprovechamiento de los combustibles nucleares, los usos de la energía nuclear y en general, las actividades relacionadas con la misma, se llevarán a cabo con apego a las normas oficiales mexicanas sobre seguridad nuclear, radiológica y física de las instalaciones nucleares o radioactivas, de manera que se eviten riesgos a la salud humana. Por tanto, a pesar de que no hay una referencia expresa al derecho a la salud, se puede inferir que esta ley contribuye a garantizar dicho derecho contemplado en varios instrumentos de los que es parte el Estado mexicano, por ejemplo, en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador o en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁸⁵

De manera similar, la Ley de Aguas Nacionales⁸⁶ contempla algunas disposiciones vinculadas a la protección del derecho de la salud. Por ejemplo, el artículo 14 bis 5 fracción XIV establece que el Ejecutivo Federal establecerá las medidas necesarias para mantener una adecuada calidad del agua para consumo humano y con ello incidir en la salud pública. Asimismo, el artículo 29 Bis 2 fracción IV estipula que se suspenderá la concesión o asignación

⁸⁴ México ratificó el Protocolo de San Salvador el día 16 de abril de 1996. Véase, <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/4538.pdf>>.

⁸⁵ México ratificó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el día 23 marzo 1981. Véase, <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=112&Lang=SP>.

⁸⁶ Ley de Aguas Nacionales. Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1º de diciembre de 1992. Última reforma publicada DOF 06-01-2020. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/16_060120.pdf>.

para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas y bienes nacionales a cargo del Ejecutivo Federal, cuando el usufructuario del título descargue aguas residuales que afecten o puedan afectar fuentes de abastecimiento de agua potable o a la salud pública. Por su parte, el artículo 29 Bis 4 fracción X señala que la concesión, asignación o permiso de descarga podrán revocarse en los casos de realizar descargas de aguas residuales que contengan materiales o residuos peligrosos que ocasionen o puedan ocasionar daños a la salud.

Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable,⁸⁷ por su parte, contiene una referencia explícita a la protección de los derechos humanos, e incluso, a los derechos de las comunidades indígenas. Según el artículo 3 fracción XXIX, se trata de uno de los objetivos de esta ley. Asimismo, el artículo 8 señala que en el Marco de Implementación y Cumplimiento se integrará el conjunto de principios, lineamientos y procedimientos para garantizar el respeto y aplicación de las salvaguardas y los derechos humanos, bajo el principio de protección más amplia a las personas, para reducir al mínimo los riesgos sociales y ambientales. El artículo 29 fracción X estipula que la política nacional en materia forestal promoverá el desarrollo forestal sustentable observando la protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, así como de ejidatarios, comuneros, pequeños propietarios y los legítimos poseedores de recursos forestales. En un sentido similar, el artículo 31 fracción I establece que el respeto a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y equiparables y la participación plena y efectiva de ellos y sus organizaciones es un criterio obligatorio de política forestal de carácter social.

La Ley General de Vida Silvestre⁸⁸ no señala explícitamente la protección a los derechos humanos. No obstante, al igual que otras leyes ambientales, contiene disposiciones que contribuyen a salvaguardar el derecho a la salud. El artículo 27 Bis 1 contempla que no se autorizará la importación de

⁸⁷ Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable. Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de junio de 2018. < http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDFS_050618.pdf>.

⁸⁸ Ley General de Vida Silvestre. Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de julio de 2000. Última reforma publicada DOF 19-01-2018. < http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/146_190118.pdf>.

especies exóticas invasoras o especies silvestres que sean portadoras de dichas especies invasoras que representen una amenaza para la biodiversidad, la economía o salud pública. Mientras tanto, el artículo 47 Bis 4 fracción VII indica que son causas de revocación de la autorización de aprovechamiento en las Unidades de Manejo para la Conservación de Vida Silvestre, de fauna silvestre, la omisión de presentación el informe de contingencias o emergencias que ponga en riesgo a la vida silvestre, su hábitat natural o la salud de la población humana.

La Ley de Desarrollo Rural Sustentable⁸⁹ incluye una referencia a los derechos humanos y a los derechos de los pueblos indígenas. Por un lado, el artículo 154 del Capítulo VX sobre el Bienestar Social y la Atención Prioritaria a las Zonas de Marginación estipula que los programas del Gobierno Federal, impulsarán una adecuada integración de los factores del bienestar social como son la salud, la seguridad social, la educación, la alimentación, la vivienda, la equidad de género, la atención a los jóvenes, personas de la tercera edad, grupos vulnerables, jornaleros agrícolas y migrantes, los derechos de los pueblos indígenas, la cultura y la recreación; mismos que deberán aplicarse con criterios de equidad. Por otro lado, el artículo 163 del mismo capítulo señala que la Comisión Intersecretarial para el Desarrollo Rural Sustentable, con la participación del Consejo Mexicano para el Desarrollo Rural Sustentable, propondrá programas especiales para la defensa de los derechos humanos y el apoyo a la población migrante, así como medidas tendientes a su arraigo en su lugar de origen.

La Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos⁹⁰ establece de manera clara y explícita que sus disposiciones son de orden público e interés social y tienen por objeto garantizar el derecho de toda persona al medio ambiente sano. Asimismo, otro de los objetivos de esta ley es determinar los criterios que deberán de ser considerados en la generación y gestión integral de los residuos para la protección de la salud humana

⁸⁹ Ley de Desarrollo Rural Sustentable. Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de diciembre de 2001. Última reforma publicada DOF 12-04-2019. < http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/235_120419.pdf>.

⁹⁰ Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos. Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de octubre de 2003. Última reforma publicada DOF 19-01-2018 < http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/263_190118.pdf>.

(artículo 1). En relación con el derecho a la información contemplado en el artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos humanos y en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la ley contiene un capítulo cuyas disposiciones establecen que las autoridades de los tres órdenes de gobierno, en el ámbito de sus respectivas competencias, integrarán el Sistema de Información sobre la Gestión Integral de Residuos, que contendrá la información relativa a la situación local, los inventarios de residuos generados, la infraestructura disponible para su manejo, las disposiciones jurídicas aplicables a su regulación y control y otros aspectos que faciliten el logro de los objetivos de la ley y los ordenamientos que de ella deriven y de la LGEEPA; la Ley de Transparencia y de Acceso a la Información Pública y demás disposiciones aplicables.

La Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados⁹¹ tiene por objeto regular las actividades de utilización confinada, liberación experimental, liberación en programa piloto, liberación comercial, comercialización, importación y exportación de organismos genéticamente modificados, con el fin de prevenir, evitar o reducir los posibles riesgos que estas actividades pudieran ocasionar a la salud humana o al medio ambiente (artículo 1). En este sentido, el artículo 9 fracción II estipula que la formulación y conducción de la política de bioseguridad observara la obligación del Estado de garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente adecuado para su alimentación, salud, desarrollo y bienestar. Por su parte, el Título Quinto se enfoca en la Protección de la Salud Humana en relación con los OGMs.

El Título Décimo Primero de la Sanidad, Inocuidad y Calidad de la Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables⁹² contiene disposiciones que garantizan el derecho a la salud. El Capítulo II sobre Medidas Sanitarias del Título Décimo Primero incluye una serie de medidas sanitarias que tienen por objeto prevenir, controlar, combatir y erradicar enfermedades y plagas de las especies acuáticas vivas, con la finalidad de proteger su salud del

⁹¹ Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados. Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de marzo de 2005 < <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LBOGM.pdf>>.

⁹² Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables. Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de julio de 2007. Última reforma publicada DOF 24-04-2018. < http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPAS_240418.pdf>.

hombre (artículo 109). En este sentido, el artículo 112 señala que el Servicio Nacional de Sanidad, Inocuidad y Calidad Agroalimentaria podrá proponer a la SEMARNAT la prohibición de la importación de especies acuáticas por razones sanitarias y de protección de la salud pública. Por su parte, el Capítulo II sobre Medidas Sanitarias del Título Décimo Primero contempla la adopción de medidas de inocuidad⁹³ de los productos acuícolas y pesqueros en normas oficiales.

El artículo 1 de la LFRA⁹⁴ señala que los preceptos de este ordenamiento tienen por objeto la protección, la preservación y restauración del ambiente y el equilibrio ecológico, para garantizar los derechos humanos a un medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar de toda persona, y a la responsabilidad generada por el daño y el deterioro ambiental.

Finalmente, cabe hacer mención a la Ley General de Cambio Climático⁹⁵ que estipula en su artículo 26 que al adoptar medidas para hacer frente al cambio climático, se deberán respetar irrestrictamente los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones de vulnerabilidad y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional.

24. ¿Existen en su país tribunales ambientales, o es el cuidado del medio ambiente una función de fiscalización?

El artículo 30 de la LFRA (2013)⁹⁶ dispone que el Poder Judicial de la Federación contará con juzgados de Distrito con jurisdicción especial en materia

⁹³ Según el artículo 4 fracción XXII de la Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables, la inocuidad es la garantía de que el consumo de los recursos pesqueros y acuícolas no cause daño en la salud de los consumidores.

⁹⁴ Ley Federal de Responsabilidad Ambiental. Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2013. < <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRA.pdf>>.

⁹⁵ Ley General de Cambio Climático. Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2012. tima reforma publicada DOF 13-07-2018. < http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGCC_130718.pdf>.

⁹⁶ Ley Federal de Responsabilidad Ambiental. Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2013. < <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRA.pdf>>.

ambiental. El artículo tercero transitorio contempla un término máximo de dos años contados a partir de la entrada en vigor de la Ley para el establecimiento de estas instancias especiales. Asimismo, esta disposición transitoria que la jurisdicción especializada en materia ambiental podrá otorgarse a los Juzgados de Distrito en funciones en cada circuito jurisdiccional o de acuerdo a lo que disponga el Consejo de la Judicatura Federal, sin que esto implique la creación de nuevos órganos jurisdiccionales. El personal de cada uno de dichos Juzgados de Distrito recibirá capacitación especializada en materia de normatividad ambiental.

En cumplimiento en tiempo de esta disposición, en 2015, se publicó el Acuerdo General 27/2015 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que precisa la competencia de los Juzgados de Distrito mixtos, especializados y semi-especializados de la República Mexicana, que actualmente tienen competencia en juicios administrativos, para atender los asuntos ambientales señalados en la LFRA.⁹⁷ El Acuerdo General otorga jurisdicción especializada en materia ambiental a los tribunales que integran el Poder Judicial de la Federación que, en razón de su competencia originalmente asignada, conocen de juicios administrativos. Por tanto, no se ha optado por la creación juzgados federales dedicados totalmente a la materia ambiental, pero tampoco se descartan en un futuro.

Independientemente de lo anterior, la función de inspección y fiscalización del cumplimiento de la normatividad federal ambiental y los acuerdos y tratados internacionales en los que México recae en la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA), órgano administrativo desconcentrado de la SEMARNAT con autonomía técnica y operativa.⁹⁸ Para ello, cuenta con 32 Delegaciones en las entidades federativas de la República. Entre las principales competencias de la PROFEPA se encuentra llevar a cabo actos de inspección, verificación y vigilancia, así como imponer sanciones administrativas a las personas físicas y jurídicas que incurran en infracciones a

⁹⁷ Acuerdo General 27/2015 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que precisa la competencia de los Juzgados de Distrito mixtos, especializados y semiespecializados de la República Mexicana, que actualmente tienen competencia en juicios administrativos, para atender los asuntos ambientales señalados en la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental. < http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5399391&fecha=03/07/2015 >.

⁹⁸ En el caso de la legislación en materia de agua la función de inspección y fiscalización está a cargo de la Comisión Nacional del Agua.

las normas ambientales federales.⁹⁹ Al ser la PROFEPA un órgano administrativo inmerso en la Administración Pública Federal, los procedimientos de inspección y vigilancia iniciados por la PROFEPA se desahogan conforme a las reglas del procedimiento administrativo.¹⁰⁰

25. En caso de que en su país existan tribunales ambientales, ¿han dictado sentencias donde se establezca un vínculo entre el daño medioambiental y violaciones a los derechos humanos?

Sí, a pesar de que no existen tribunales ambientales en México, las instancias competentes del Poder Judicial de la Federación han adoptado importantes pronunciamientos que reafirman la obligación del Estado de proteger el medio ambiente para evitar la vulneración del derecho a un medio ambiente sano, así como de otros derechos humanos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno que requieren, como una precondition necesaria para su ejercicio, una calidad ambiental mínima. En este sentido, el Tercer Tribunal Colegiado de Vigésimo Séptimo Circuito se ha pronunciado sobre el vínculo entre un medio ambiente sano y el desarrollo sustentable y otros derechos fundamentales, señalado que:

[E]l principio constitucional de protección al medio ambiente sano y la obligación de garantizar su pleno ejercicio, conllevan incorporar un entendimiento central del concepto de sustentabilidad ecológica con trascendencia jurídica, a fin de garantizar la utilización de los recursos naturales para las generaciones presentes y futuras, en la inteligencia de que su importancia vital radica en evitar su deterioro, como una condición necesaria para el disfrute de otros derechos fundamentales.¹⁰¹

⁹⁹ Reglamento Interior de la Secretaría de Desarrollo Social. DOF: 04/06/1992. < http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4669762&fecha=04/06/1992>; Reglamento Interior De La Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. < <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regla/n25.pdf>>.

¹⁰⁰ Ley Véase Diagrama del Procedimiento de Inspección. < https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/222227/DIAGRAMA_DE_PROCEDIMIENTO.pdf>.

¹⁰¹ Amparo en revisión 88/2017. Araceli Domínguez Rodríguez y otras. 8 de junio de 2017. Mayoría de votos, unanimidad en relación con el sentido de la tesis. Disidente: Jorge Mercado Mejía. Ponente: Juan Ramón Rodríguez Minaya. Secretaria: Graciela Bonilla González. < <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=2017255>>.

En un criterio similar, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito ha señalado que:

La protección del medio ambiente y los recursos naturales son de tal importancia que significan el “interés social” e implican y justifican, en cuanto resulten indispensables, restricciones estrictamente necesarias y conducentes a preservar y mantener ese interés, sin pasar por alto lo que prevé el artículo 25, párrafos primero, segundo y sexto, constitucional, referente a que el desarrollo sustentable es de interés general, lo que determina la conexión funcional y dinámica con el marco de libertades constitucionales. Bajo estos presupuestos, los derechos fundamentales como el mencionado y los de libertad de trabajo y seguridad jurídica que prevé la propia Carta Magna, deben concebirse actuando y funcionando de modo complementario, en una relación de sinergia, con equilibrio y armonía, pues el orden jurídico es uno solo con la pretensión de ser hermenéutico; de ahí los principios de interpretación y aplicación sistemática, que se orientan a conseguir la unidad, coherencia, plenitud, eficacia y coexistencia inter-sistémica de los varios bienes jurídicos tutelados, reconociendo la interpretación de los derechos humanos conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, previstos en el artículo 1o. de la Constitución Federal.¹⁰²

El reconocimiento del vínculo entre el medio ambiente y los derechos humanos en decisiones de las autoridades federales supone la obligación del Estado mexicano de actuar diligentemente frente a posibles daños al medio ambiente que afecten el goce de múltiples derechos humanos, como los derechos a la vida, a la integridad personal, la salud y el propio derecho a un medio ambiente sano. Un criterio asentado en la jurisprudencia mexicana en relación con el derecho a la salud y a un medio ambiente es que “[I] a eficacia en el goce del nivel más alto de los mencionados derechos, conlleva obligaciones para el Estado, hasta el máximo de los recursos de que disponga [...]”.¹⁰³ Por tanto, la jurisprudencia mexicana reconoce que el Estado tiene

¹⁰² Amparo directo 167/2011. Desarrollo Marina Vallarta, SA de CV 29 de septiembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Alma Flores Rodríguez. < <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=160000>>.

¹⁰³ Queja 95/2016. Secretaría del Medio Ambiente de la Ciudad de México. 18 de abril de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Sergio González Bernabé. Secretario:

la obligación de tomar las medidas positivas tendientes a protegerlo. En este sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nacional ha señalado que:

Todas las autoridades del Estado [tienen la obligación] de garantizar la existencia de un medio ambiente sano y propicio para el desarrollo humano y el bienestar de las personas. Tal mandato vincula tanto a los gobernados como a todas las autoridades legislativas, administrativas y judiciales, quienes deben adoptar, en el marco de sus competencias, todas aquellas medidas necesarias para la protección del ambiente.¹⁰⁴

Por otra parte, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo el Décimo Primer Circuito advierte que *“la protección al medio ambiente es de tal importancia al interés social que implica y justifica, en cuanto resulten disponibles, restricciones para preservar y mantener ese interés en las leyes que establecen el orden público.”*¹⁰⁵ Esta tesis aislada presupone que las autoridades competentes del Estado deben sancionar cualquier infracción, conducta u omisión en contra del medio ambiente.

La obligación del Estado del mexicano de proteger el medio ambiente y sancionar posibles daños ambientales que afecten el disfrute de otros derechos

Alejandro Lucero de la Rosa; Queja 98/2016. Israel Mercado García. 20 de abril de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Olvera García. Secretario: Carlos Ferreira Herrera; Queja 99/2016. Isabel Isela Marín Pérez. 20 de abril de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco García Sandoval. Secretario: Ismael Hinojosa Cuevas; Queja 105/2016. Ricardo Moreno García. 27 de abril de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Sergio González Bernabé. Secretario: Gustavo Naranjo Espinosa; Queja 108/2016. Jorge Alejandro Bayona Sánchez. 2 de mayo de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Olvera García. Secretaria: Martha Izalia Miranda Arbona. < <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=2012127>>..

¹⁰⁴ Amparo directo en revisión 5452/2015. Inammi, SA de CV 29 de junio de 2016. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ausente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olgúin. < <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=2015825>>.

¹⁰⁵ Amparo en revisión 193/2011. Armando Martínez Gallegos y otros. 15 de marzo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Juan García Orozco. Secretario: Edgar Díaz Cortés. < <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=2001686>>.

humanos implica la supervisión y fiscalización de actividades de agentes no estatales, incluidas las empresas, que pudieran causar daños significativos al medio ambiente. Respecto a esta cuestión, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nacional ha pronunciado que:

El derecho humano [a un medio ambiente sano] no se agota con el simple mandato de que las autoridades estatales se abstengan de afectar indebidamente el ambiente -deber de “respetar”-, sino que conlleva también la diversa obligación de tomar todas las medidas positivas tendientes a protegerlo contra los actos de agentes no estatales que lo pongan en peligro -deber de “proteger”-. En efecto, el deber del Estado de ofrecer protección contra los abusos cometidos por agentes no estatales, forma parte del fundamento mismo del régimen internacional de derechos humanos, y dicho deber exige que el Estado asuma una función esencial de regulación y arbitraje de las conductas de los particulares que afecten indebidamente el medio ambiente, por ejemplo, adoptando medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. Sobre esa base, se concluye que el Estado mexicano tiene el deber de proteger a las personas no sólo mediante una legislación ambiental adecuada y aplicada de manera efectiva, sino también ofreciendo protección contra posibles actuaciones nocivas de agentes privados, pues permitir que terceros puedan incidir de manera desmedida en el medio ambiente, no se encuentra a la altura de la conducta mínima esperada de un gobierno.¹⁰⁶

En la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del amparo en revisión 641/2017¹⁰⁷ no solo se aborda el vínculo

¹⁰⁶ Amparo en revisión 641/2017. Abel Núñez Ramírez y otros. 18 de octubre de 2017. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas y Margarita Beatriz Luna Ramos; votó en contra de consideraciones Margarita Beatriz Luna Ramos. Disidente: Eduardo Medina Mora I. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Isidro Emmanuel Muñoz Acevedo. <<http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=2016009>>.

¹⁰⁷ Amparo en revisión 641/2017. 18 de octubre de 2017. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Alberto Pérez Dayán y Javier Laynez Potisek; voto en contra de Eduardo Medina Mora I. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Isidro Emmanuel Muñoz Acevedo. <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=218790>>.

entre el daño ambiental y violaciones a los derechos humanos, sino también la obligación del Estado de vigilar el cumplimiento de las normas ambientales y, en su caso, sancionar o limitar las acciones de los particulares. En este caso, los promoventes de amparo señalaban como acto reclamado la omisión de varias autoridades de la Ciudad de México y de carácter federal de adoptar todas las medidas a su alcance para restaurar ecológicamente y sanear los canales del pueblo de San Andrés Mixquic, concretamente los canales del Barrio de San Miguel, que son parte de su actividad económica, por el daño generado a dichos canales, sobre todo, por el vertimiento de aguas residuales provenientes del Río Ameca.

En este caso, la Segunda Sala hace hincapié en que “la contaminación del agua también pone en peligro el disfrute de otros derechos humanos.”¹⁰⁸ Asimismo, añade que “[l]a gestión inadecuada de las aguas residuales limita el desarrollo, pone en peligro los medios de vida y aumenta la pobreza, al incrementar los gastos de atención de la salud y reducir la productividad y las oportunidades educativas.”¹⁰⁹ Por tanto, quedó acreditado que los altos niveles de contaminación del agua (de los canales de San Andrés Mixquic) violan el derecho de los quejosos a una existencia digna dadas las afectaciones especiales del derecho a la salud, del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia, que impactan de manera aguda en el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural.¹¹⁰ Respecto a esta cuestión, cabe señalar que:

El Estado Mexicano cuenta con un mandato no sólo de prevenir la contaminación, sino de “reducir los efectos de la contaminación mediante la recogida y el tratamiento”, y de ser posible, reutilizar las aguas residuales. Máxime cuando la contaminación del agua se presenta como un factor de riesgo latente, no sólo para el ecosistema, sino para la salud y vida del ser humano.

Por otra parte, la Segunda Sala señala que “los grandes problemas y riesgos a la protección del ambiente derivan, precisamente, de las conductas que

¹⁰⁸ *ibid*, 53.

¹⁰⁹ *ibid*, 54.

¹¹⁰ *Ibíd*, 13.

puedan adoptar los particulares”.¹¹¹ Esto supone, según el pronunciamiento de la Segunda Sala, que el Estado “no puede adoptar una postura de pasividad cuando los particulares se encuentren realizando actos que afecten negativamente al medio ambiente y a los derechos humanos que se deriven de la pérdida de la sustentabilidad y salvaguarda de los ecosistemas”. Por ello, alude a la función esencial del Estado de regular las conductas de los particulares que afecten indebidamente el medio ambiente y pone como referencia los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, señalando que:

*En los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en dos mil once, se afirmó que los Estados deben, entre otras cosas, “proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros”, por ejemplo adoptando “medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.”*¹¹²

Asimismo, señala que:

*Muchos otros órganos de derechos humanos han vinculado expresamente el deber de los Estados de proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas por actores no estatales con las violaciones resultantes de la contaminación u otros daños ambientales. Por ejemplo, en el contexto del derecho al agua, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dejado claro que el deber de proteger este derecho se “extiende a la adopción y aplicación de medidas eficaces para impedir que terceros vulneren este derecho mediante la contaminación de las fuentes de agua.”*¹¹³

En suma, este caso clarifica y confirma la obligación del Estado para adoptar acciones positivas, concretas y deliberadas para prevenir la degradación del medio ambiente, como la contaminación del agua, que pueda afectar otros derechos humanos. Esto presupone que las autoridades competen-

¹¹¹ *ibid*, 67.

¹¹² *ibid*, 68.

¹¹³ *Idem*.

tes del Estado mexicano tienen el deber de proteger a su ciudadanía, no sólo mediante una legislación adecuada aplicada de manera efectiva, sino también ofreciendo protección contra posibles actuaciones nocivas contra el medio ambiente de agentes privados, que puedan afectar el disfrute de otros derechos humanos.

En el amparo directo 3/2017¹¹⁴ derivado de un procedimiento administrativo de un derrame de emulsión (agua/gasolina), resultado de una presunta toma clandestina descontrolada, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación también reconoce de manera explícita el vínculo entre los derechos humanos y el medio ambiente y señala que *“las condiciones ambientales en un ecosistema influyen directamente en la salud de quienes lo habitan.”*¹¹⁵ Para asegurar tales condiciones ambientales los tribunales nacionales se encuentran posibilitados para revisar si, efectivamente, las acciones u omisiones de la autoridad resultan conformes a la plena realización del derecho humano al medio ambiente sano. En este sentido, la Segunda Sala añade que *“[e]s innegable que el Estado debe garantizar un medio ambiente sano, de modo que prevé la responsabilidad de cualquiera que provoque daño o deterioro ambiental.”*¹¹⁶

En un sentido similar, la sentencia histórica del amparo en revisión 365/2018 también reconoce el vínculo entre el medio ambiente y los derechos humanos:

*La importancia del derecho humano al medio ambiente radica en que existe una relación innegable entre su protección y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental afecta su goce efectivo [...].*¹¹⁷

En este caso, la Segunda Sala se pronuncia sobre la participación de personas interesadas en los asuntos ambientales que no se relacionen con la protección de derechos de comunidades indígenas, y reconoce que la legislación ordinaria es insuficiente para garantizar el derecho de participación de las

¹¹⁴ Amparo directo 3/2017. 31 de mayo de 2017. Mayoría de tres votos de los Ministros José Fernando Franco González Salas, Alberto Pérez Dayán y Eduardo Medina Mora I.; votó en contra de Javier Laynez Potisek; sin voto de Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Claudia Mendoza Polanco. < <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=209531>>..

¹¹⁵ *ibid*, 28.

¹¹⁶ *ibid*, 26.

¹¹⁷ *ibid*, 25.

comunidades no indígenas en asuntos ambientales. Por tanto, reconoce un derecho de participación pública en la discusión relativa a actividades y proyectos que podrían afectar al medio ambiente, ya que constituyen asuntos de evidente interés público donde la participación pública requiere la aplicación de principios de publicidad y transparencia y, sobre todo, debe ser respaldado por el acceso a la información que permite el control social mediante una participación efectiva y responsable. En consecuencia, la Segunda Sala concibe el derecho de participación pública en asuntos ambientales como esencial para prevenir daños ambientales que afecten el disfrute de otros derechos humanos. En este sentido, señala que:

[L]a participación del público interesado permite efectuar un análisis más completo del posible impacto ambiental que puede ocasionar la realización de un proyecto o actividad determinada y permite analizar si afectará o no derechos humanos, de modo que es relevante permitir, principalmente, que la personas que pudieran resultar afectadas tengan la posibilidad de presentar sus opiniones o comentarios sobre el tema que les atañe al inicio de procedimiento, pues es cuando todas las opciones y soluciones son aún posibles y pueden ejercer una influencia real.

Por tanto, este caso sugiere que la omisión de consultar a las personas afectadas por los impactos ambientales derivados de la planeación o desarrollo de un proyecto no solo vulnera seriamente su derecho a un medio ambiente sano, sino también aquellos derechos con los que se interrelaciona.

En el amparo en revisión 201/2016,¹¹⁸ la quejosa y recurrente alegan que la omisión de varias autoridades responsables de implementar políticas preventivas para evitar la contaminación de los ríos Salado y Atoyac en Estado de Oaxaca ha afectado su derecho a un medio ambiente sano, así como el derecho a la vida, a la salud y al buen vivir de los ciudadanos oaxaqueños. En su pronunciamiento, la Segunda Sala señala que:

¹¹⁸ Amparo en revisión 201/2016. 14 de junio de 2017. Mayoría de tres votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Javier Laynez Potisek, y Eduardo Medina Mora I.; votó en contra de José Fernando Franco González Salas; sin voto de Alberto Pérez Dayán. Ponente: Eduardo Medina Mora I. Secretaria: Juvenal Carbajal Díaz. <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=194795>>.

En efecto, es claro que el derecho al medio ambiente sano guarda una clara interdependencia con la realización de otros derechos humanos y que las afectaciones al ambiente pueden repercutir, aunque de manera diferenciada, en los seres vivos en general. Sin embargo, la Constitución Federal no posibilita a cualquier individuo o colectividad para combatir cualquier acción u omisión del Estado que pueda resultar violatoria del referido derecho, sino que exige, al menos, una afectación cualificada, es decir, que se distinga del interés con el que cuenta el resto de la población respecto del mandato estatal de lograr la plena eficacia del referido derecho fundamental.¹¹⁹

La Segunda Sala, por tanto, matiza que el eventual incumplimiento por parte del Estado a sus obligaciones de promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente, no es motivo suficiente para que cualquier persona o grupo pueda acceder al juicio de amparo para reclamar esas violaciones, ya que debe acreditarse un agravio diferenciado al resto de los demás integrantes de la sociedad. Anteriormente, la Segunda Sala había abordado esta cuestión en el amparo en revisión 779/2014.¹²⁰ En este caso, se aborda, por un lado, el vínculo entre el medio ambiente y los derechos humanos¹²¹ y, por otro lado, la justiciabilidad del derecho a un medio ambiente sano. Respecto a esta última cuestión, la Segunda Sala señala que no toda violación al derecho humano a un medio ambiente puede ser exigible por cualquier persona o grupo de la población. Por tanto, incide en que:

[E]n estos casos el juzgador deberá determinar si las acciones u omisiones imputadas al Estado impactan al quejoso o grupo colectivo -sea o no destinatario de las mismas- en un grado suficiente para afirmar que genera una afectación jurídicamente relevante; lo cual implica un escrutinio de razonabilidad y no sólo de mera probabilidad, es decir, que conforme a las particularidades del caso -y sin perjuicio de que en las etapas subsecuentes del juicio se pueda acreditar la violación al derecho humano al medio am-

¹¹⁹ *ibid*, 20.

¹²⁰ Amparo en revisión 779/2014. 3 de febrero de 2016. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Javier Laynez Potisek, Alberto Pérez Dayán y Eduardo Medina Mora I.; votó en contra de José Fernando Franco González Salas. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Georgina Laso De La Vega Romero. <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=172793>>.

¹²¹ *ibid*, 13-19.

*biente y el alcance de la afectación concreta al particular o grupo colectivo, mediante el material probatorio respectivo -, considere si resulta razonable la existencia de tal afectación, de tal suerte que de la eventual concesión del amparo se traduzca en un beneficio determinado.*¹²²

Finalmente, cabe destacar que los pronunciamientos de las instancias del Poder Judicial de la Federación han incidido en que la obligación de proteger el derecho humano a un medio ambiente sano corresponde no solo al Estado, sino también a los particulares, lo que incluye, sin lugar a dudas, a las empresas debido a los impactos de sus actividades sobre el medio ambiente. Sobre esta cuestión, la tesis aislada del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa de Primer Circuito señala que:

*A partir de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de junio de 1999, rige un nuevo marco normativo que reconoce el derecho humano a un medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar de la persona, al incorporarlo al párrafo quinto del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En consecuencia, atento a la eficacia horizontal de los derechos humanos, la obligación correlativa de su respeto no sólo se dirige a las autoridades, sino también a los gobernados; tan es así que en 2012 se elevó a rango constitucional el diverso principio de responsabilidad para quien provoque daño o deterioro ambiental; de ahí que la importancia del nuevo sistema de justicia ambiental y su legislación secundaria, que reglamenta la figura de responsabilidad por daño al entorno, es evidente desde la óptica de los derechos humanos, pues no sería posible avanzar a la tutela efectiva de las prerrogativas reconocidas por el Texto Constitucional, sin su aplicación.*¹²³

En un sentido similar, la tesis aislada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que:

[E]l derecho humano a un medio ambiente sano, reconocido por los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y

¹²² *ibid.*, 25-26.

¹²³ Amparo directo 575/2015. Pastor Vázquez García. 14 de abril de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco García Sandoval. Secretaria: Perla Fabiola Estrada Ayala. < <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesis-BL&ID=2012846>>.

*11 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", así como del principio 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente de 1972 y principios 1 y 11 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, no sólo implica el cumplimiento de las obligaciones en materia ambiental por parte del Estado, sino también por los particulares. De ahí que, en el contexto del derecho humano referido, concebido como un derecho-deber, el artículo 4.46 del Código para la Biodiversidad del Estado de México, protege el derecho aludido a través de la vinculación de los particulares.*¹²⁴

26. ¿Qué tipo de reparación se pueden ordenar por afectaciones al medio ambiente?

El artículo 10 de la LFRA estipula que toda persona física o moral que con su acción u omisión ocasione directa o indirectamente un daño al ambiente, será responsable y estará obligada a la reparación de los daños, o bien, cuando la reparación no sea posible a la compensación ambiental que proceda, en los términos de esa Ley. La LFRA contiene, por tanto, tres tipos de consecuencias para la responsabilidad ambiental: la reparación, la compensación y la sanción económica.

La reparación consiste en restituir al "Estado Base" (artículo 13), lo que implica devolver las cosas al estado en que se encontraban antes de que el daño se produjera. Como señala el artículo 13 de la LFRA, la reparación del daño ambiental consistirá en restituir a su Estado Base los hábitats, los ecosistemas, los elementos y recursos naturales, sus condiciones químicas,

¹²⁴ Amparo directo en revisión 5452/2015. Inammi, S.A. de C.V. 29 de junio de 2016. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ausente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fd8f8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,Localizacion&TA_TJ=&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=4144&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=2015823&Hit=7&IDs=2016005,2016098,2016050,2015990,2015676,2015696,2015823,2015720,2015790,2015856,2015818,2015599,2015611,2015616,2015622,2015623,2015624,2015625,2015626,2015630&tipoTesis=&Semana=0&tabla=&Referencia=ADM&Tema=190>.

físicas o biológicas y las relaciones de interacción que se dan entre estos, así como los servicios ambientales que proporcionan.

Sobre la reparación del daño ambiental, los Tribunales Colegiados de Circuito han determinado que:

A diferencia de lo que sucede con los daños causados en materia de responsabilidad civil contractual y extracontractual, el daño ambiental no puede ser estudiado sólo desde una perspectiva meramente económica e individualista; por consiguiente, en tanto implica un impacto sucesivo al equilibrio ambiental, atento a lo cual, la indemnización por daños y perjuicios debe incluir la remediación del medio ambiente afectado. Al respecto, el artículo 3o., fracción XXXIII, de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, establece el concepto de reparación o remediación del medio ambiente afectado como: "El conjunto de actividades tendentes a la recuperación y restablecimiento de las condiciones que propician la evolución y continuidad de los procesos naturales.". Por lo tanto, resulta que la reparación del impacto ambiental no sólo incluye una dimensión económica, sino también se traduce en actividades de remediación, recuperación o mitigación de las consecuencias causadas por la actividad económica desplegada.¹²⁵

El artículo 13 de la LFRA señala una serie de principios que rigen a la reparación del daño ambiental, a saber:

- a) La reparación deberá llevarse a cabo en el lugar en el que fue producido el daño.
- b) Los propietarios o poseedores de los inmuebles en los que se haya ocasionado un daño al ambiente, deberán permitir su reparación, de conformidad a esta Ley. El incumplimiento a dicha obligación dará lugar a la imposición de medios de apremio y a la responsabilidad penal que corresponda.
- c) Los propietarios y poseedores que resulten afectados por las acciones de reparación del daño al ambiente producido por terceros,

¹²⁵ Amparo directo 167/2011. Desarrollo Marina Vallarta, SA de CV 29 de septiembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Alma Flores Rodríguez.

tendrán derecho de repetir respecto a la persona que resulte responsable por los daños y perjuicios que se les ocasionen.

El ordenamiento jurídico mexicano contempla que, ante los daños ambientales, se priorice su reparación sobre la indemnización. El Séptimo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito sostuvo el criterio que *“(...)los daños ambientales son de difícil reparación y, en algunas ocasiones, por ejemplo si se trata de la pérdida de especies, son irreparables, también lo es que cuando ya se produjeron, bien porque se ha actuado de forma ilícita, superando los límites máximos previstos en las normas jurídicas, debido a un accidente, o por otras causas, el principio de la reparación del daño ambiental, conocido también como reparación in natura, exige que se prefiera esta opción en lugar de la tradicional indemnización (...).”*¹²⁶ Aunque se da prioridad a la reparación sobre la compensación económica, el ordenamiento jurídico mexicano no define ningún criterio para determinar cuándo el daño ambiental ha sido reparado.

La compensación ambiental procede por excepción en los casos en que resulte material o técnicamente imposible la reparación total o parcial del daño (artículo 14). Según el artículo 17 de la LFRA, la compensación del daño ambiental consistirá en la inversión o las acciones que el responsable haga a su cargo, que generen una mejora ambiental, sustitutiva de la reparación total o parcial del daño ocasionado al ambiente, según corresponda, y equivalente a los efectos adversos ocasionados por el daño. Al igual que en el caso de la reparación, se establecen algunos criterios que rigen la compensación ambiental:

- a) La inversión o las acciones deberán hacerse en el ecosistema o región ecológica en donde se hubiese ocasionado el daño.
- b) De resultar esto materialmente imposible, la inversión o las acciones se llevarán a cabo en un lugar alternativo, vinculado ecológica y geográficamente al sitio dañado y en beneficio de la comunidad afectada.

¹²⁶ “Daños ambientales. Debe preferirse su reparación, en lugar de la indemnización” Décima Época, Registro: 2012840, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 35, Octubre de 2016, Tomo IV, Materia(s): Administrativa, Tesis: I.7o.A.142 A (10a), 2855.

- c) En este último caso, serán aplicables los criterios sobre sitios prioritarios de reparación de daños, que en su caso expida la Secretaría en términos de lo dispuesto por la Sección Cinco, Capítulo Tercero del presente Título.
- d) El responsable podrá cumplir con la obligación prevista en el presente artículo, mediante la contratación de terceros.

Además, la Ley contempla sanciones económicas accesorias a la reparación o compensación del daño ocasionado, para las personas morales, responsables ambientalmente. El artículo 19 incluye una sanción económica de mil a seiscientos mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de imponer la sanción, cuando la responsable sea una persona moral. (Fracción II)

Asimismo, el artículo 39 de la LFRA detalla los recursos que debe considerar el juzgador para dictar las medidas de reparación o compensación ambiental, siendo las siguientes:

- I. El criterio de equivalencia recurso-recurso o servicio-servicio;
- II. Las acciones que proporcionen recursos naturales o Servicios Ambientales del mismo tipo, calidad y cantidad que los dañados;
- III. Las mejores tecnologías disponibles;
- IV. Su viabilidad y permanencia en el tiempo;
- V. El costo que implica aplicar la medida;
- VI. El efecto en la salud y la seguridad pública;
- VII. La probabilidad de éxito de cada medida;
- VIII. El grado en que cada medida servirá para prevenir daños futuros y evitar riesgos como consecuencia de su aplicación;
- IX. El grado en que cada medida beneficiará al ecosistema dañado;
- X. El grado en que cada medida tendrá en cuenta los correspondientes intereses sociales, económicos y culturales de la localidad;

- XI. El periodo de tiempo requerido para la recuperación de los ciclos biológicos que fueron afectados por el daño causado al ecosistema;
- XII. El grado en que cada una de las medidas logra reparar el lugar que ha sufrido el daño ambiental, y
- XIII. La vinculación geográfica con el lugar dañado.

La LFRA no es el único ordenamiento jurídico en México que se ocupa de la reparación del daño ambiental, ya que otras leyes ambientales también contemplan disposiciones sobre esta cuestión. Por ejemplo, el artículo 68 de la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos señala que quienes resulten responsables de la contaminación de un sitio, así como de daños a la salud como consecuencia de esta, estarán obligados a reparar el daño causado, conforme a las disposiciones legales correspondientes.

La LGEEPA, por su parte, establece un estándar de reparación del daño ambiental distinto al que contiene la LFRA. El artículo 152 bis de la LGEEPA dispone que cuando la generación, manejo y disposición final de materiales y residuos produzca contaminación del suelo, los responsables de dichas operaciones deberán llevar a cabo las acciones necesarias para recuperar y restablecer las condiciones del mismo, con el propósito de que éste pueda ser destinado a alguna de las actividades previstas en el programa de desarrollo urbano o de ordenamiento ecológico que resulte aplicable, para el predio o zona respectiva.

Asimismo, el artículo 127 de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable contiene una disposición sobre reparación ambiental, que estipula que cuando se presenten procesos de degradación o desertificación, o graves desequilibrios ecológicos en terrenos forestales o preferentemente forestales, la Comisión formulará y ejecutará, en coordinación con los propietarios, programas de restauración ecológica con el propósito de que se lleven a cabo las acciones necesarias para la recuperación y restablecimiento de las condiciones que propicien la evolución y continuidad de los procesos naturales que en ellos se desarrollaban, incluyendo el mantenimiento del régimen hidrológico y la prevención de la erosión y la restauración de los suelos forestales degradados.

En relación con la legitimación activa para ejercer la acción judicial para exigir la reparación, compensación o la sanción económica por los daños ocasionados al ambiente, cabe señalar que la la reforma constitucional de 2010 adicionó al artículo 17 de la Constitución una disposición que introduce en la legislación mexicana las acciones colectivas orientadas a proteger intereses colectivos y difusos:

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces Federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

En virtud de dicha reforma constitucional se modificó la regla tradicional del artículo 1 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que concede la legitimación para interponer acciones de daños únicamente a las personas directamente afectadas por los daños. Así, el artículo 1 exceptúa dicha regla tradicional cuando el derecho o interés de que se trate sea difuso, colectivo o individual de incidencia colectiva. En estos casos, se podrá ejercitar en forma colectiva, en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto del Código, que dispone que la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos será ejercida ante los tribunales de la Federación y sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente (artículo 578).

El Código Federal de Procedimientos reconoce a la vía procesal de las acciones colectivas para tutelar derechos e intereses cuya titularidad corresponda a una colectividad de personas, así como para el ejercicio de las pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a los miembros de un grupo de personas (artículos 579 y 580) y reconoce en el artículo 585 la legitimación activa para dichas acciones a las siguientes:

- I. La Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia;
- II. El representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros;

- III. Las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en este Código, y
- IV. El Procurador General de la República.

En suma, el ordenamiento jurídico prevé que las colectividades afectadas por daños ambientales pueden demandar reparaciones a través de las acciones colectivas; ya sea por sí mismos, por asociaciones civiles o por el mismo órgano fiscalizador en materia ambiental (PROFEPA).

En 2014, un derrame de petróleo afectó los ejidos del Mexiquito, La Hacienda, La Fragua, Soledad, Herrera, Santa Isabel, Hacienda Dolores, La Concepción y San Juan en el municipio de Cadereyta Jiménez, Nuevo León. Los afectados interpusieron una acción colectiva de responsabilidad ambiental en contra de las empresas responsables, alegando que se produjo un *“daño ambiental en dichas comunidades, debido que los animales se están muriendo, los sembradíos de naranjas y mandarinas se secaron, y la tierra quedó infértil para cosechar; con motivo del derrame del citado líquido.”* No obstante, la sentencia del Juzgado Tercero de Distrito en Materias Civil y de Trabajo en el Estado de Nuevo León¹²⁷ determinó que no se actualizó el requisito de ley de contar con por lo menos treinta miembros de una colectividad para iniciar la acción y en consecuencia se absolvió a dos empresas productivas del Estado de las prestaciones reclamadas.

En otro caso, el Tribunal Colegiado del Vigésimo Sexto Circuito, al resolver sobre una demanda de afectaciones ambientales por la caza furtiva del borrego cimarrón en Baja California Sur,¹²⁸ señaló las siguientes diferencias entre las acciones colectivas previstas en el Código Federal de Procedimientos Civiles y las de responsabilidad ambiental:

“Las acciones colectivas previstas en el Código Federal de Procedimientos Civiles, se refieren a la defensa y protección de los derechos e intereses

¹²⁷ Sentencia definitiva de la acción de responsabilidad ambiental 30/2014 del 2 de enero de 2017.

¹²⁸ Sentencia definitiva del amparo directo 674/2015 de fecha 9 noviembre de 2016.

colectivos en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados o medio ambiente y de forma concreta dos tipos de derechos o intereses:

I) los difusos y colectivos (aquellos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes), y

II) los individuales de incidencia colectiva (aquellos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad determinable de personas relacionadas por circunstancias de hecho).

Esos dos tipos de derechos se podían ejercer a través de las siguientes acciones colectivas:

Acción	Derechos tutelados	Titular	Objeto	Sentencia
Difusa	Derechos e intereses difusos.	Colectividad indeterminada.	La reparación del daño, sin que necesariamente exista vínculo jurídico con la colectividad.	Restitución de las cosas o cumplimiento sustituto.
Colectiva en estricto sentido	Derechos e intereses colectivos.	Colectividad determinada en circunstancias comunes.	La reparación del daño común y los individuales de los miembros de la colectividad.	Cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo. Los miembros de la colectividad
Individual homogénea	Derechos e intereses individuales de incidencia colectiva.	Individuos agrupados con base en circunstancias comunes.	Reclamar de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable.	podrán promover el incidente de liquidación en el que deberán probar el daño sufrido.

Elaboración propia de los autores.

Mientras que la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, señaló el Ad quem, regula la responsabilidad ambiental que nace de los daños ocasionados al ambiente, así como la reparación y compensación de dichos daños.

Esto es, si nos encontramos ante dos acciones distintas con reglas particulares que las distinguen entre sí”.

En ese sentido, el Primer Tribunal Unitario del Décimo Segundo Circuito, en el amparo directo 816/2019, al resolver sobre un caso de afectación ambiental por arrojar aguas negras crudas tratadas indebidamente al Río Baluarte, en El Rosario, Sinaloa, señaló que el sistema jurídico mexicano provee procedimientos diferenciados de protección al medio ambiente, que conllevan pretensiones distintas:

“la acción colectiva difusa, sólo puede pretenderse la restitución de las cosas al estado que guardaban antes de la afectación, o en su caso, el cumplimiento sustituto, de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad; en lo cual no entra la exigencia de prestaciones de carácter material para cubrir los daños individuales a la colectividad, por no ser pretensiones de carácter difuso.”

De tal forma, la condena a reparaciones derivadas de las acciones colectivas, en términos del artículo 605, pueden consistir, por una parte, en la ejecución de determinadas acciones o abstenerse de realizarlas y, por otra, en cubrir los daños individuales a los miembros del grupo, en cuyo caso, cada persona probará el daño sufrido a través de un incidente de liquidación para la determinación judicial del importe al que tenga derecho.

Contratación pública

27. ¿Exige el marco jurídico de su país que se adopten medidas de debida diligencia en derechos humanos por las empresas en el contexto de concesiones, licitaciones o alguna otra forma de contratación pública?¹²⁹

¹²⁹ Esto se refiere tanto a la existencia previa de mecanismos de debida diligencia o equivalentes como requisito para participar en los procesos de contratación, como a la

Las principales leyes federales que regulan la contratación pública¹³⁰ en México no contemplan un proceso de debida diligencia como tal.

En materia de energía e hidrocarburos, como ya se ha señalado previamente, se contempla que los proyectos de infraestructura atiendan principios de sostenibilidad y “respeto a los derechos humanos de comunidades y pueblos de las regiones en los que se pretendan desarrollar”¹³¹. Asimismo, se contempla que los interesados en obtener un permiso o autorización para desarrollar proyectos en materia de hidrocarburos o industria eléctrica deberán presentar una evaluación de impacto social que deberá contener la identificación, caracterización, predicción y valoración de los impactos sociales que podrían derivarse de las actividades, así como las medidas de mitigación y los planes de gestión social correspondientes cuya implementación es vigilada por las autoridades competentes.¹³²

28. ¿Qué tipo de sanciones pueden imponerse cuando derivado de una contratación pública, la empresa contratista afecta los derechos humanos?

No se contempla ninguna sanción por la violación a derechos humanos ocasionada por una empresa contratista privada.

Podría haber sanciones en el caso de que el incumplimiento de respetar derechos humanos fuera incorporado como parte de las obligaciones contractuales de la contratista. En este caso, las sanciones derivarían del incumplimiento del contrato y no por virtud de la disposición legal, pudiendo incluso ser la empresa inhabilitada para ser contratada por el Estado por determinado tiempo. Por otra parte, también se establecen sanciones

existencia de obligaciones de implementación de tales medidas durante la ejecución de los proyectos derivados de la contratación.

¹³⁰ Se realizó una revisión de 14 leyes federales: Ley de Asociaciones Público-Privadas; Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público; Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas; Ley de Aeropuertos; Ley de Aviación Civil; Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal; Ley de navegación y comercio marítimos; Ley de Puertos; Ley reglamentaria del servicio ferroviario; Ley de Contribución de Mejoras por Obras Públicas Federales de Infraestructura Hidráulica; Ley de Hidrocarburos; Ley de CFE; Ley de la Industria Eléctrica; Ley de PEMEX.

¹³¹ Ley de la Industria Eléctrica, artículo 117 y Ley de Hidrocarburos, artículo 118.

¹³² Ley de la Industria Eléctrica, art 121 y Ley de Hidrocarburos, art 119.

legales para los casos en que la empresa deje de prestar el servicio para la que estaba contratada sin causa justificada, o exceda los precios mínimos a cobrar que están regulados en el caso de la contratación pública para la prestación de servicios en materia de transporte, por ejemplo.¹³³

29. ¿Qué medidas de reparación se contemplan por el marco jurídico en casos de afectaciones a derechos humanos en el contexto de la contratación pública?

Las medidas de reparación por afectaciones por parte de empresas a los derechos humanos están separadas del proceso de contratación pública y su ejecución. Es decir, para lograr una reparación se deben iniciar los reclamos a través de los mecanismos existentes, sin que exista algún tipo de reparación que derive por ley de la contratación como tal, ni sanciones relacionadas a los derechos u obligaciones de la empresa contratada establecidos en el contrato, aunque las violaciones a derechos humanos deriven de las actividades empresariales contratadas.

30. ¿Se han dictado sentencias en contra de empresas contratistas por afectaciones a los derechos humanos? En caso afirmativo, por favor proporcione más información.

No se han dictado sentencias en contra de empresas contratistas por afectaciones directas a los derechos humanos, aunque existen resoluciones judiciales vinculadas al comportamiento de empresas contratistas del Estado que podrían tener implicaciones en los derechos humanos. No obstante, los organismos jurisdiccionales no realizan un análisis de fondo ni se pronuncian respecto a dichos impactos, la responsabilidad que le corresponde a las empresas, ni sobre los potenciales efectos que tiene sobre el contrato.

¹³³ La resolución definitiva número RES/2590/2017 de fecha dieciséis de noviembre de dos mil diecisiete, emitida por la Comisión Reguladora de Energía, dentro del procedimiento administrativo de imposición de sanción PAS/GPL/035/2017, iniciado con motivo de la resolución RES/1928/2017 de fecha treinta y uno de agosto de dos mil diecisiete, donde se impuso a la empresa (quejosa en el Amparo en Revisión) una sanción consistente en multa por la cantidad de \$1,095,600.00 por el incumplimiento de la regulación de precios o tarifas máximas. Amparo en Revisión 107/2019, SCJN.

Asimismo, se han emitido sentencias que abordan sanciones contra empresas contratistas por brindar información falsa en el proceso de contratación respecto al origen de fabricación¹³⁴ y registro sanitario¹³⁵ de productos médicos y medicamentos suministrados con defectos o mala calidad, que en consecuencia -aunque no se menciona en la sentencia- podrían generar o haber generado afectaciones de derechos humanos de los consumidores o usuarios. Asimismo, existen pronunciamientos judiciales respecto a violaciones a las obligaciones de la empresa contratista con sus trabajadores,¹³⁶ y contra el Estado por determinaciones relacionadas con actividades de sus contratistas en materia de construcción de infraestructura relacionada con transporte.¹³⁷

¹³⁴ Amparo en revisión 615/2015, donde la SCJN negó el amparo a Distromed, SA de CV contra la resolución del Órgano Interno de Control del IMSS que impuso una multa e inhabilitó por 2 años y 2 meses a la empresa para celebrar contratos con las dependencias y entidades de la Administración Pública federal y entidades federativas que utilicen recursos federales. El motivo fue que la empresa suministró ‘tubos endotraqueales’ defectuosos, y tras una investigación, se encontró que la empresa declaró con falsedad durante la licitación para suministrar material de curación, radiológico y de laboratorio para el IMSS, SEDENA e ISSSTE. Asimismo, la empresa manifestó que los productos eran fabricados en Alemania, país con el que México tiene un tratado libre de comercio y que era un requisito el procedimiento de licitación; no obstante, los productos fueron fabricados en Malasia por la empresa Teleflex Medical Sdn Bhd, información que fue ocultada por la empresa colocando una sobre-etiqueta con la leyenda “Fabricado por: Willy Rush AC”.

¹³⁵ Amparo directo en revisión 2885/2016, por el que negó a la empresa Savi Distribuciones SA de CV la solicitud de nulidad de resolución del IMSS mediante el cual se determinó la rescisión de un contrato para el suministro de medicamentos debido a que la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios reportó que la empresa presentó un registro sanitario falso de un medicamento, por lo que se actualizaban uno de los supuestos de rescisión del contrato.

¹³⁶ Del amparo directo en revisión 619/2015 se desprende que la empresa Espinosa Ingenieros Constructores, SA de CV, celebró con la Secretaría de Obra Pública del Estado de Guanajuato un contrato de obra para la conservación rutinaria de puentes. El IMSS determinó que la empresa tenía diversos créditos fiscales por irregularidades en la mano de obra, base de cotización, cuotas obrero-patronales omitidas por los seguros que cubre el régimen obligatorio del Seguro Social por las obras comprendidas del 24 de marzo de 2011 al 29 de abril de 2013, y multas.

¹³⁷ Del amparo en revisión 471/2013 se desprende el juicio de amparo indirecto promovido por comunidades contra la operación del tren de Ciudad Juárez en un horario distinto y la puesta en operación de cinco puentes a desnivel sobre y debajo de las vías del tren de la ciudad, lo cual generaba distintas afectaciones ambientales y sociales. El juicio se sobreesó al no acreditar un interés legítimo de los quejosos.

Empresas públicas

31. ¿Contempla el marco jurídico que regula a las empresas públicas obligaciones en materia de derechos humanos?¹³⁸

En materia de las empresas productivas del Estado (CFE y Pemex, a las que les son aplicables reglas especiales en materia de contratación), se prevén cuatro medidas principales relacionadas con la debida diligencia.

- 1) El Consejo de Administración tiene la obligación de emitir disposiciones y políticas necesarias para que la empresa y sus productivas subsidiarias “cuenten con mecanismos que les permitan prevenir, identificar, subsanar y sancionar actos u omisiones irregulares, ilícitos, negligentes o cualesquiera otros que en el marco de los procedimientos de contratación y de la implementación y ejecución de los contratos pudieran afectar o repercutir en la operación de las empresas.”¹³⁹
- 2) Establece requisitos mínimos que dichas disposiciones y políticas deben prever; que son “los mecanismos y procedimientos para identificar, sistematizar y administrar los factores o puntos de riesgo que puedan presentarse o actualizarse durante los procesos de contratación o en la ejecución de los contratos, así como los procedimientos y acciones que deban seguirse ante la detección de irregularidades en ambos casos, incluyendo su suspensión.”¹⁴⁰
- 3) Establece que las bases generales para determinar los requisitos mínimos que deben cumplir los interesados en contratar con la empresa y con sus productivas y subsidiarias deben considerar “el estado de sus obligaciones fiscales y laborales.”¹⁴¹
- 4) Finalmente, se deberá realizar invitación restringida o adjudicación directa en el caso de CFE si se encuentra en el supuesto en el que se requieran trabajos que estén vinculados directamente con incidentes en materia eléctrica que pongan en riesgo a los trabajadores, a la población,

¹³⁸ Se hizo una revisión del siguiente marco jurídico: Ley PEMEX; Ley CFE; Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

¹³⁹ Ley de CFE, art 84, y Ley de Pemex, art 82.

¹⁴⁰ Ley de CFE, art 85, fracción I y Ley de Pemex, art 83, fracción I.

¹⁴¹ Ley de CFE, artículo 85, fracción II, inciso c, y Ley de Pemex art 83, fracción II, inciso c.

al medio ambiente o a las instalaciones utilizadas por la empresa, que sean consecuencia de accidentes, sabotajes, robo, otros actos dolosos u otros eventos que requieran de atención inmediata,¹⁴² y se trate de trabajos que requieran fundamentalmente de mano de obra campesina o urbana marginada, y que se contraten directamente con los habitantes beneficiarios de la localidad o del lugar donde deban realizarse los trabajos, ya sea como personas físicas o morales.¹⁴³ En el caso de Pemex, ocurrirá cuando se trate de trabajos vinculados directamente con la remediación de derrames, emisión de gases tóxicos o peligrosos, vertimiento irregular de hidrocarburos o cualquier otro incidente que ponga en riesgo a los trabajadores, a la población, al medio ambiente o a las instalaciones utilizadas por la empresa, que sean consecuencia de accidentes, sabotajes, robo, otros actos dolosos u otros eventos que requieran de atención inmediata.¹⁴⁴

Además de lo anterior, puede derivarse de su interpretación siete principales disposiciones relacionadas con obligaciones en materia de derechos humanos en las actividades de ambas empresas.

- 1) La Ley de la CFE establece que la actuación de la empresa deberá ser “con sentido de equidad y responsabilidad social y ambiental, procurando el mejoramiento de la productividad con sustentabilidad para minimizar los costos de la industria eléctrica en beneficio de la población.”¹⁴⁵
- 2) El Consejo de Administración tiene la obligación de emitir, a propuesta del Comité de Auditoría, los lineamientos que regulen el sistema de control interno aplicable a la empresa y sus empresas productivas subsidiarias y empresas filiales, mismo que incluirá la administración de riesgos, y vigilar su implementación, con base en la información presentada por el propio Comité, el Director General, la Auditoría Interna o el auditor externo, dando especial atención a los principales riesgos estratégicos.¹⁴⁶

¹⁴² Ley de CFE, art 80, fracción XVIII.

¹⁴³ Ley de CFE, art 80, fracción XIX.

¹⁴⁴ Ley de Pemex, art 78, fracción XVI.

¹⁴⁵ Ley de CFE y Pemex art 4.

¹⁴⁶ Ley de CFE, art 12, fracción XX y Ley Pemex art 13, fracción XX.

- 3) El Plan de Negocios de la empresa debe actualizarse cada 5 años y contener cuando menos “los principales escenarios de riesgos estratégicos y comerciales de la empresa.”¹⁴⁷
- 4) El Director General tiene la obligación de implementar, con base en los lineamientos que apruebe el Consejo de Administración, el sistema de control interno en la empresa, sus empresas productivas subsidiarias y, en su caso, empresas filiales, el cual tendrá dentro de sus objetivos establecer mecanismos que permitan prever, identificar, administrar, dar seguimiento y evaluar los riesgos que puedan derivarse del desarrollo de las actividades de las empresas.¹⁴⁸
- 5) El Consejo de Administración tiene la obligación de emitir un Código de Ética aplicable al personal de la empresa, sus empresas productivas subsidiarias y empresas filiales, en el que se establecerán los principios y directrices de ética corporativa que les sean aplicables. El propio Consejo determinará las instancias responsables de supervisar su cumplimiento y de imponer las medidas disciplinarias que al efecto determine.¹⁴⁹
- 6) La Ley de la CFE y Pemex establecen otras obligaciones vinculadas con la identificación y mitigación de riesgos en materia de contratación.
- 7) Tanto la Ley de Pemex como de CFE establecen que ambas empresas, así como sus empresas productivas subsidiarias, serán responsables por los daños y perjuicios que llegare a causar a éstas o a empresas en las que tengan alguna participación, derivado de actos, hechos u omisiones contrarios a la ley, que será solidaria entre las personas que hayan adoptado la decisión o participado en el hecho u omisión de que se trate.

Asimismo, la CFE y Pemex están sujetas a la protección de datos personales y transparencia conforme a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

¹⁴⁷ Ley de CFE art 13 fracción IV y Ley de Pemex art 14, fracción IV.

¹⁴⁸ Ley de CFE art 54, fracción I y Ley de Pemex art 56, fracción I.

¹⁴⁹ Ley de CFE art 97 y Ley de Pemex art 95.

32. ¿Cuál es la vía jurídica por la que una empresa pública puede ser demandada por afectaciones a derechos humanos?

Limitándose esta respuesta a las dos principales empresas públicas de México, debido a los diferentes tipos de impactos que pueden generar, existen diversas vías por las que pueden ser demandadas. Comenzando por PEMEX, los tribunales colegiados de circuito han determinado que, en particular en el contexto de contaminación ambiental producida por fugas de petróleo, PEMEX puede ser sujeta a una responsabilidad ambiental de carácter objetivo,¹⁵⁰ conforme a la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, incluso en contextos en que no haya sido responsabilidad de la empresa, sino resultado de actos de terceros.

Por el contrario, en virtud de que la CFE en general puede entablar relaciones con particulares para el contrato de suministro de electricidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha estimado que en general la vía para demandar a tal empresa con motivo de la prestación de un servicio público deficiente es la administrativa,¹⁵¹ conforme al procedimiento previsto en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.¹⁵² Sin embargo, cuando una afectación a los derechos humanos ocurra por fuera de la relación contractual, como se explica más adelante, podría ser procedente el juicio de amparo.¹⁵³

¹⁵⁰ Tesis I.18o.A.76 A (10a) (abril de 2018), 2070. *Responsabilidad ambiental por tomas clandestinas de hidrocarburos. A Petróleos Mexicanos corresponde una responsabilidad de tipo objetivo, incluso frente a actos ilícitos de un tercero.*

¹⁵¹ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2731/2018 (28 de noviembre de 2018), párr 149-150.

¹⁵² *ibíd*, párr 158.

¹⁵³ Tesis 2a./J. 30/2018 (10a.) (28 de febrero de 2018). *Comisión Federal de Electricidad. No es autoridad para efectos del juicio de amparo contra actos previstos en el contrato de suministro de energía.*

33. ¿Existen sentencias que hayan sido dictadas en su país por violaciones a derechos humanos cometidas por empresas públicas?

Existen sentencias contra la CFE por su responsabilidad en cuanto a violaciones a la vida e integridad de las personas,¹⁵⁴ en general por descargas eléctricas que resultaron de una instalación irregular de los cables de electricidad. La principal controversia sobre esta cuestión ha girado sobre cuál es la vía idónea para reclamar la responsabilidad de la CFE, pues han existido debates sobre la aplicabilidad de la vía civil, la administrativa, e incluso el amparo.¹⁵⁵

V. MECANISMOS DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

34. ¿Pueden los mecanismos de protección constitucional de su país ser utilizados contra omisiones del Estado que deriven en una violación a derechos humanos cometida por una empresa?

En el sistema jurídico mexicano, la Constitución plantea en sus artículos 103 y 107 que se podrá utilizar el juicio de amparo contra actos u omisiones de la autoridad que conlleven una violación de los derechos humanos

¹⁵⁴ Amparo directo 3/2018 donde la SCJN ejerció su facultad de atracción en contra de un amparo directo presentado en contra de actos de la CFE. La CFE tenía un contrato de suministro de energía con una empresa subsidiaria quien instaló de forma irregular las líneas de conducción eléctrica y propiciaron una descarga a una persona causándole la muerte. La ley de la CFE ni la Ley de la Industria Eléctrica regulan la vía para exigir el pago indemnizatoria a la empresa productiva del Estado y se resolvió que la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado no era aplicable al caso de la CFE aunque esta se considere como un 'ente público de carácter federal', y aunque se reconozca que la prestación del servicio público de transmisión y distribución energía eléctrica son áreas estratégicas, de las cuales, el Estado mantiene su titularidad así como que el mandato de la CFE tenga su origen en normas de derecho público. Se resolvió que de acuerdo con la ley que regula la CFE, todos los actos que desempeñe dentro del procedimiento de contratación hasta el momento del fallo son administrativos, pero una vez firmado el contrato éste y todos los aspectos que deriven del mismo se consideran mercantiles por lo que se rigen por leyes de derecho privado. Por tanto, se niega el amparo y se resuelve que el mecanismo de reclamación contra afectaciones de CFE es por la vía civil y no administrativa.

¹⁵⁵ Amparo Directo 18/2018, 19/2018, 24/2018, 26/2018 y amparo en revisión 1131/2017 y 1352/2017. Pero en el amparo directo en revisión 2731/2018 considera que la vía idónea es la administrativa.

reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución, o en los tratados internacionales de los que el Estado sea parte. En efecto, ese tipo de acciones de protección constitucional han sido utilizadas contra distintas autoridades del Estado por afectaciones a los derechos humanos que han sido ocasionadas directa o indirectamente por la actividad empresarial. Debe señalarse, sin embargo, que para efectos de la reparación, dicha figura jurídica únicamente tiene capacidad de cubrir los elementos de restitución o de satisfacción de forma limitada, pues su objetivo es prevenir o detener una situación que genere un impacto adverso, para devolverlo a su estado anterior (restitución), y reconocer la transgresión de normas de carácter constitucional o convencional por una autoridad responsable.

34.1. En caso afirmativo, ¿cuáles son las sentencias más relevantes?

Existen numerosos casos en donde los mecanismos de protección constitucional, y en particular el amparo, han sido herramientas útiles para la interpretación judicial en materia de empresas y derechos humanos. Aunque se tratan en este informe diversas situaciones en donde los distintos tribunales federales han abordado diferentes elementos de esta cuestión, a continuación se señalan algunas decisiones recientes que han sido de gran trascendencia, ya sea por la interpretación restrictiva de los tribunales –que no necesariamente tiene efectos de precedente, salvo que se trate de una reiteración de criterios–, o por la amplitud interpretativa para la protección de los derechos humanos en el contexto de la actividad empresarial.

Caso Río Sonora: Como resultado de un derrame en las instalaciones mineras de Buenavista del Cobre, S.A. de C.V. ocurrido el 6 de agosto de 2014 en los ríos Sonora y Bacánuchi, las comunidades aledañas sufrieron diversas afectaciones en sus derechos al agua, a la salud, a la alimentación, y en general a la vida. Derivado de la construcción de una nueva presa por esa misma empresa, los pobladores promovieron un juicio de amparo “en contra de la omisión de realizar una consulta a los integrantes de la comunidad antes de otorgar la autorización para construir y operar una nueva presa de jales mineros”, en virtud de la alteración del camino tradicional que une la comunidad de Bacánuchi con la ciudad de Cananea.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, Amparo en revisión 365/2018 (5 de septiembre de 2018).

Tras dos instancias, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerció su facultad de atracción sobre el juicio de amparo, y en su análisis, revisó las características del procedimiento de evaluación del impacto ambiental. Consideró que, conforme al marco legal, solamente en aquellas obras que requieran de una manifestación de impacto ambiental podrá la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales llevar a cabo una consulta pública, misma que deberá ser publicitada en la Gaceta Ecológica que la misma Secretaría publica. No obstante y en pleno ejercicio de un control de convencionalidad, determinó que se infringieron distintos tratados internacionales en la materia al no consultar a la comunidad previo a la autorización otorgada a la empresa para la construcción y operación de la presa.¹⁵⁷

Una lectura interesante que hizo la Corte fue extender el derecho a la consulta más allá de los pueblos indígenas,¹⁵⁸ sobre la base del derecho a la participación política conforme al artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, utilizando para fundamentar su decisión instrumentos internacionales vinculantes y no vinculantes (tanto por su carácter como en relación con el Estado mexicano), determinó que el derecho a la participación "...no se restringe a participar en asuntos políticos... sino que incluye la posibilidad de incidir en la discusión relativa a políticas y proyectos medioambientales, especialmente, cuando estos les afecten a los ciudadanos."¹⁵⁹ Además, expresamente señaló la existencia de indicios para afirmar que "la omisión de consultar a la comunidad de Bacanuchi respecto de la construcción de una presa de jales mineros por parte de la tercera interesada, impidió que pudieran influir en el proceso de adopción de decisiones respecto de un proyecto que podría afectar su derecho al medio ambiente sano..."¹⁶⁰ resaltando la vinculación sobre el riesgo de degradación ambiental que podría derivar de la actividad empresarial, y su potencial afectación tanto al derecho a un medio ambiente sano como a otros derechos interrelacionados.

¹⁵⁷ *ibíd*, párr 50.

¹⁵⁸ *ibíd*, párrs 66-73.

¹⁵⁹ *ibíd*, párr 83.

¹⁶⁰ *ibíd*, párr 94.

Caso Juchitán: En dos expedientes similares¹⁶¹ estudiados por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la empresa Energía Eólica del Sur, S.A.P.I. de C.V. obtuvo de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales una autorización de impacto ambiental para la generación de energía eléctrica, bajo la condición a la realización y resultado de una consulta a la comunidad indígena de Juchitán de Zaragoza, Oaxaca. En julio de 2015, luego de nueve meses del proceso de consulta, se otorgó el consentimiento para la ejecución del proyecto. Una cantidad importante de personas que se ostentaron como indígenas promovieron un juicio de amparo indirecto, argumentando que no se respetó el derecho a la consulta previa, pues esta se desarrolló una vez que las autorizaciones habían sido otorgadas.

La Primera Sala de la Suprema Corte estudió las diferentes etapas desarrolladas en el contexto de las operaciones de la empresa, y tras analizar los diferentes elementos de prueba en el expediente, determinó que la consulta se realizó de forma previa, libre, informada, culturalmente adecuada y de buena fe, con miras a obtener el consentimiento de las comunidades indígenas, mismo que fue otorgado. En virtud de lo anterior, la Corte declaró infundados e inoperantes los argumentos vertidos por los representantes de la comunidad indígena. Destaca en particular de esta sentencia la detallada revisión e interpretación de los parámetros normativos y jurisprudenciales aplicables al caso concreto, especificando el significado del carácter previo de la consulta (que se realice lo antes posible, es decir, en las primeras etapas el proyecto; que se realice con un tiempo adecuado para la discusión, a fin de que resulte efectiva y significativa; y que se lleve a cabo antes de realizar actos de ejecución del proyecto).¹⁶²

¹⁶¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo en revisión 213/2018 (14 de noviembre de 2018); Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo en revisión 601/2018 (21 de noviembre de 2018).

¹⁶² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo en revisión 601/2018 (21 de noviembre de 2018), párrs 270-293.

35. ¿Pueden los mecanismos de protección constitucional de su país ser utilizados directamente contra una empresa, por actos que constituyan violaciones de derechos humanos? ¿Incluye lo anterior a empresas públicas?

Existe una posibilidad limitada en el derecho mexicano de utilizar el juicio de amparo directamente contra empresas por afectaciones a los derechos humanos. Conforme a la fracción II del artículo 5 de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, “los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.” Para efectos de la definición de cuándo un particular ostenta ese carácter, el propio artículo 5 especifica que ocurre cuando esa persona “dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.” Ello implica que en principio sí pueden tener la calidad de autoridad responsable los particulares, incluyendo una empresa, aunque sólo para ciertas cuestiones o actos,¹⁶³ y no de forma general, como ocurre en otros países. Lo mismo ocurre con las empresas públicas, que pueden ser consideradas autoridades responsables cuando la afectación a derechos humanos ocurra como resultado de actos ilícitos, o de actos no amparados por una relación contractual.¹⁶⁴

¹⁶³ Aunque no se aborda con detalle la dimensión planteada en este estudio, véase Barrios González, Boris, “El amparo contra actos de particulares (Conforme a la Nueva Ley de Amparo)” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio (coords), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/IIJ-UNAM, (2017), 83-89.

¹⁶⁴ Tesis 2a./J. 30/2018 (10a) (28 de febrero de 2018). *Comisión Federal de Electricidad. No es autoridad para efectos del juicio de amparo contra actos previstos en el contrato de suministro de energía.*

35.1. En caso afirmativo, ¿cuáles son las sentencias más relevantes?

Debido a la forma en que se emiten y sistematizan las decisiones judiciales en México, además de criterios de privacidad, no es sencillo identificar de forma expresa las características de los casos que subyacen a las decisiones judiciales. En ese sentido, los siguientes párrafos resumen el contenido de las decisiones judiciales que han dado lugar a tesis aisladas o tesis jurisprudenciales, y que abordan la posibilidad de ampliar el alcance del juicio de amparo para interponerse contra particulares. Algunas de ellas se han orientado a confirmar y refinar el supuesto señalado en la pregunta 35, sobre la utilización del amparo de forma directa contra empresas –tanto privadas como públicas–, dentro de las limitaciones establecidas por la ley reglamentaria correspondiente.

Por ejemplo, se ha señalado que “para determinar si un particular encuadra en la categoría de autoridad responsable, no sólo debe analizarse su acto u omisión en sí, sino además, si afecta derechos y deriva de las facultades u obligaciones establecidas en una norma.”¹⁶⁵ Además, se ha considerado que “para que los actos de particulares puedan ser considerados equivalentes a los de autoridad, deben reunir las características de unilateralidad, imperio y coercitividad, además de derivar de una relación de supra a subordinación; por exclusión, la realización de actos entre particulares en un plano de igualdad, que no impliquen una relación en los términos apuntados, impide que pueda atribuírsele a cualquiera de ellos el carácter de autoridad responsable.”¹⁶⁶

De interés resulta la determinación de que “cuando el actuar del particular derive de un plano de igualdad (sea por una relación laboral o de carácter contractual) con otros particulares, no existe sustento constitucional ni legal

¹⁶⁵ Tesis XI.1o.A.T.25 K (10ª) (octubre de 2015), 3823. *Autoridad responsable en el amparo para determinar si un particular encuadra en esa categoría, no sólo debe analizarse su acto u omisión en sí, sino además si afecta derechos y deriva de las facultades u obligaciones establecidas en una norma.*

¹⁶⁶ Tesis XVI.1o.A.22 K (10a) (junio de 2015), 1943. *Actos de particulares. Para considerarlos equivalentes a los de autoridad conforme al artículo 5o, fracción II, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, deben reunir las características de unilateralidad, imperio y coercitividad, además de derivar de una relación de supra a subordinación.*

para su impugnación mediante el juicio de amparo.¹⁶⁷ Ello, ciertamente, abre la puerta para situaciones en donde la relación jurídica derive de actos ilícitos que den lugar a una relación extracontractual, en donde sin existir una relación de coordinación, se afecten derechos entre particulares.

En cuanto a las empresas públicas, y en particular la Comisión Federal de Electricidad (CFE), la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que, en el contexto de un contrato de suministro de electricidad, no se puede considerar a la CFE como una autoridad responsable, pues dicha relación jurídica se da en un plano horizontal. Sin embargo, en la misma sentencia, destaca la Suprema Corte que “cuando la empresa realice actos que vulneren derechos humanos fuera de lo estipulado y aceptado por las partes, o cuando aplique normas que se estimen inconstitucionales, se le pudiera señalar como autoridad responsable. Cuestión que deberá ser analizada en cada caso concreto por el juzgador de amparo.”¹⁶⁸

Es justamente en el segundo contexto, cuando se lleven a cabo actos que vulneren derechos humanos fuera de una relación contractual, en donde la Primera Sala de la SCJN ha desarrollado criterios interesantes para el contexto que se discute. En particular, al analizar un recurso de revisión que derivó de un caso planteado por la responsabilidad objetiva de la CFE, ante una falta de cuidado para prevenir afectaciones provocadas por sus redes de electricidad, y en donde un ayudante de carpintero sufrió lesiones como resultado de una electrocución, la Corte se planteó determinar tanto la naturaleza de la CFE, como la vía adecuada para exigir su responsabilidad por daños.¹⁶⁹ En ese sentido, considerando que la CFE es una empresa productiva del Estado que desempeña diversas actividades empresariales, y que está sujeta simultáneamente a normas de carácter público y privado,¹⁷⁰ la Corte consideró que su actuación irregular –por ejemplo, por incumplir con las normas aplicables respecto a la ubicación y características de las redes eléctricas– puede dar

¹⁶⁷ Tesis XV.5o.3 K (10a) (marzo de 2014), 1500. *Actos de particulares. Características que deben revestir para considerarlos como provenientes de autoridad, para efectos de la procedencia del juicio de amparo.*

¹⁶⁸ Tesis 2a./J. 30/2018 (10a) (28 de febrero de 2018). *Comisión Federal de Electricidad. No es autoridad para efectos del juicio de amparo contra actos previstos en el contrato de suministro de energía.*

¹⁶⁹ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2731/2018 (28 de noviembre de 2018).

¹⁷⁰ *ibíd.*, párr 137.

lugar a una indemnización, siendo una responsabilidad directa y objetiva.¹⁷¹ Sin embargo, la resolución en sí no resulta útil para efectos de la reparación del daño a la víctima, más allá del componente de satisfacción, al determinarse la conducta irregular de la empresa pública que derivó en una afectación a los derechos humanos de la persona correspondiente.

35.2. En caso negativo, ¿se pueden utilizar teorías como la del “Drittwirkung der Grundrechte” (eficacia horizontal de los derechos humanos)?

Aunque progresivamente se ha avanzado en la posibilidad de utilizar el amparo contra particulares por actos que violen derechos reconocidos constitucional o convencionalmente, los tribunales mexicanos, y especialmente la SCJN, han indicado en diferentes resoluciones y sentencias que los particulares también se encuentran sujetos a los parámetros establecidos por las normas constitucionales y convencionales de derechos humanos. En ese sentido, la Corte se ha pronunciado por la importancia de garantizar que la autonomía de la voluntad en materia contractual no limite la vigencia y exigibilidad de los derechos humanos –especialmente en cuestiones como la construcción de vivienda.¹⁷² Lo anterior es significativo, pues implica un papel de tutela de los derechos humanos en las relaciones privadas, complementando el papel que puede tener el amparo y otros mecanismos jurisdiccionales para garantizar su vigencia horizontal.

¹⁷¹ *ibíd*, párr 139.

¹⁷² SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3516/2013 (22 de enero de 2014), 49-54.

PERÚ

I. DEBIDA DILIGENCIA EN DERECHOS HUMANOS

1. **¿Existe en el marco jurídico¹ de su país alguna norma que establezca explícitamente una obligación empresarial de respetar los derechos humanos?**

- 1.1. *En caso afirmativo, ¿pertenece dicha norma al derecho mercantil o societario?*
- 1.2. *En caso negativo, ¿han existido debates parlamentarios respecto a la adopción de legislación en ese sentido, u otras iniciativas?*

2. **¿Establece el marco jurídico de su país la obligación de las empresas de contar con mecanismos o procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos?**

- 2.1. *En caso afirmativo, señale la norma correspondiente.*
- 2.2. *En caso negativo, ¿existen obligaciones respecto de algunos elementos de la debida diligencia, como presentación de información extra-financiera, supervisión de las cadenas de suministro, etc.?*

En el marco jurídico peruano, no se establece explícitamente la responsabilidad empresarial de respetar derechos humanos ni se encuentra una referencia específica a la responsabilidad de las empresas de contar con procedimientos de debida diligencia. Sin embargo, en 2018, el tercer Plan

¹ La anterior referencia abarca todas las ramas del derecho.

Nacional de Derechos Humanos en Perú (PNDH) incluyó como Lineamiento Estratégico N° 5 la “implementación de estándares internacionales sobre empresas y derechos humanos”². Es en base a este objetivo que se planteó la implementación de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (PR) en el Perú, a partir de la adopción de un Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos (PNA)³. Dicho PNA incluye, como uno de sus lineamientos, la “Promoción y diseño de procedimientos de diligencia debida para asegurar el respeto de las empresas a los derechos humanos”⁴. Sin perjuicio de ello, como se observa a continuación, es posible identificar ciertas normas que contienen obligaciones empresariales de respeto a determinados derechos en los distintos ámbitos bajo análisis.

i. Derecho Comercial

Dentro del ámbito comercial, destaca la Ley General de Sociedades–Ley N° 26887, que dispone en sus artículos 33⁵ y 38⁶ la nulidad del pacto social y/o

² Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH). Plan Nacional de Derechos Humanos (2018 – 2021), 164 y ss.

³ Si bien el PNDH estableció como meta contar con la metodología, diagnóstico y línea de base para el PNA para 2018, la coyuntura e inestabilidad política en el país, además de las condiciones originadas por el Covid-19, han implicado un retraso en el proceso, por lo que el PNA aún se encuentra en proceso de elaboración. A la fecha, se ha instalado un Grupo de Trabajo del Poder Ejecutivo, se ha aprobado una metodología, y se encuentra en proceso el diagnóstico y línea de base que permitan identificar brechas de implementación de los PR en el país. Asimismo, se han comenzado las mesas multiactor para discutir los documentos diagnósticos que han sido elaborados; y se prevé iniciar la elaboración del PNA propiamente a través de la delimitación de acciones estratégicas, indicadores y metas y que, en abril de 2021, este sea aprobado por el Consejo de Ministros y Presidente de la República. Ver: MINJUSDH. *Avanzar en la agenda de Derechos Humanos y Empresa: Conducta Empresarial Responsable en el marco de la Pandemia* [diapositivas]. Lima: MINJUSDH, 2020.

⁴ Lineamiento N° 4 del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos.

⁵ “Artículo 33- Nulidad del pacto social

Una vez inscrita la escritura pública de constitución, la nulidad del pacto social sólo puede ser declarada:

(...) 2. Por constituir su objeto alguna actividad contraria a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 410 (...).”

⁶ “Artículo 38- Nulidad de acuerdos societarios

Son nulos los acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas, contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios (...).”

de los acuerdos societarios siempre que sean contrarios al orden público o lesionen los intereses de la sociedad en beneficio de algún socio. De esta manera, podría interpretarse que existe una exigencia a que las actividades de las sociedades no estén dirigidas a vulneraciones de derechos humanos en la medida en que se entienda este tipo de actos como una afectación al orden público⁷.

Una interpretación similar puede obtenerse a partir de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada–Decreto Legislativo N° 757, que señala en su artículo 3⁸ que la libre iniciativa privada debe ejercerse en concordancia con las leyes, Constitución y tratados ratificados por el Perú, lo que incluye tratados en materia de derechos humanos. Esta misma ley establece algunas disposiciones vinculadas al derecho a la salud -aunque no se refiere explícitamente a este derecho- mediante la exigencia de certificaciones de calidad para las empresas y el establecimiento de procedimientos de inspección para productos de consumo humano como agua potable o productos farmacéuticos⁹. Por otra parte, la referida ley también aborda el tema de protección ambiental, aunque lo plantea como una obligación estatal¹⁰; sin embargo, también se promueve la participación de empresas o instituciones privadas en actividades destinadas a protección del medioambiente y disminución de la contaminación ambiental.

⁷ Se entiende por “orden público” al conjunto de “principios fundamentales y de interés general (aunque no se trate de normas concretas) sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado, en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observarse inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas (perfectas)”. Ver MESSINEO, F. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducido por Sentís Melendo. Tomo II. Buenos Aires: EJE, 1979, 480, citado por Espinoza, J. “El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional”. *Ius et veritas* N° 24, (1998), 302.

⁸ “Artículo 3.- Se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las Leyes”.

⁹ Ver Art 53 y primera disposición transitoria.

¹⁰ Art 49 de la Ley Marco de para el Crecimiento de la Inversión Privada y Art 4 de la Ley N° 27037 – Ley de Promoción de la Inversión Privada en la Amazonía.

Por otro lado, se identifican normas que establecen cláusulas anticorrupción en contratos de asociación público-privadas¹¹ o el impedimento de acceso a beneficios tributarios por vinculación a delitos tributarios o aduaneros¹².

ii. Inversión Privada

En esta área es posible identificar diversas normas que declaran de interés nacional el desarrollo de determinadas industrias, pero bajo criterios de responsabilidad socio-ambiental¹³. Incluso, hay otro grupo de normas que establecen la obligación de respetar la regulación específica en materia ambiental¹⁴ y la responsabilidad de personas jurídicas en el caso de haber ocasionado un daño o pasivo ambiental¹⁵.

Asimismo, el artículo 8¹⁶ del Decreto Legislativo N° 1014 – Decreto Legislativo que establece medidas para propiciar la inversión en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura, señala que las empresas prestadoras de servicios públicos asumirán la responsabilidad por daños y perjuicios que pueda ocasionar la instalación de infraestructura para la prestación de sus servicios, aun cuando esta hubiera sido realizada por terceros. La misma lógica opera para las empresas del subsector hidro-

¹¹ Decreto Supremo N° 240-2018-EF–Aprueban Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público-privadas y proyectos en activos.

¹² Ley N° 27344 – Ley que establece un Régimen Especial de Fraccionamiento Tributario y su Reglamento–Decreto Supremo N° 110-2000-EF.

¹³ Ley N° 29163 – Ley de Promoción para el Desarrollo de la Industria Petroquímica; Ley N° 29164 – Ley de Promoción del Desarrollo Sostenible de Servicios Turísticos en los Bienes Inmuebles, integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación; Decreto Legislativo N° 1195 – Decreto Legislativo que Aprueba Ley General de Acuicultura; Decreto Ley N° 25844 – Ley de concesiones eléctricas.

¹⁴ Decreto Legislativo N° 1014 – Decreto Legislativo que establece medidas para propiciar la inversión en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura; Decreto Ley N° 25844 – Ley de concesiones eléctricas.

¹⁵ Ley N° 29134 – Ley que regula los pasivos ambientales del subsector hidrocarburos; Decreto Supremo N° 039-2014-EM; Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente; Ley N° 27651 – Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal.

¹⁶ “Artículo 8 Deberes de las empresas prestadoras de servicios públicos.
(...) d) Asumir la responsabilidad por los daños y perjuicios que se ocasionen como consecuencia de la instalación y operación de infraestructura necesaria para la prestación de sus servicios, aun cuando tales obras sean realizadas por contratistas externos”.

carburos, pues deben asumir responsabilidad por los pasivos ambientales generados por ellos mismos y por terceros con los que hayan contratado¹⁷.

En esa misma línea, se exige a las empresas de hidrocarburos presentar un Plan de Abandono de Área que contemple las acciones que se comprometen a efectuar para la descontaminación, restauración, reforestación, retiro de instalaciones y otras necesarias para remediar pasivos ambientales generados¹⁸. Una disposición similar se encuentra en la Ley General del Ambiente que señala que el titular de operaciones debe adoptar medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos, así como demás medidas de conservación y protección ambiental en cada una de las etapas de sus operaciones¹⁹.

En materia de inversión, se incluyen también normas del sector turismo. Al respecto, existe un Código de Conducta contra la Explotación Sexual de Niñas, Niños y Adolescentes (ESNNA) en el Ámbito del Turismo para Prestadores de Servicios Turísticos, que recoge el principio de interés superior del niño y deberes de las empresas para la prevención del ESNNA²⁰. Este Código, de obligatorio cumplimiento, exige, a los prestadores de servicios, una especial diligencia en mantener una política ética de rechazo a ESNNA, denunciar cualquier acto vinculado a ESNNA ante la autoridad competente, colocar información visible respecto a ESNNA y presentar informes anuales sobre acciones realizadas en torno a la prevención de ESNNA ante las oficinas regionales de Comercio Exterior y Turismo²¹. No obstante, aunque se ha dispuesto un plazo obligatorio para la suscripción del Código para agencias de viajes y turismo²², este en realidad es descrito como una iniciativa de adhesión voluntaria que apela a la responsabilidad social empresarial²³. El

¹⁷ Art 3 del Decreto Supremo N° 039-2014-EM – Reglamento para la protección ambiental en las actividades de hidrocarburos.

¹⁸ Art 6 de la Ley N° 29134 – Ley que regula los pasivos ambientales del subsector hidrocarburos.

¹⁹ Art 75.1 de la Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente.

²⁰ Resolución Ministerial N° 430-2018-MINCETUR.

²¹ Resolución Ministerial N° 430-2018-MINCETUR.

²² Decreto Supremo N° 005-2020-MINCETUR.

²³ Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR). Prevención de la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes – ESNNA. Consulta: 8 de julio de 2020. <<https://www.mincetur.gob.pe/turismo/lineas-de-intervencion/cultura-turistica/prevencion-esnna/>>.

monitoreo del cumplimiento del Código está a cargo de las Gerencias Regionales de Comercio Exterior y Turismo o la Dirección Regional de Comercio Exterior y Turismo, en el caso de regiones; y la Dirección General de Políticas de Desarrollo Turístico del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, en el caso de Lima Metropolitana.

iii. Sistema financiero y de seguros

En esta área, se establecen algunas obligaciones empresariales ligadas a la lucha contra delitos como el lavado de activos o el tráfico ilícito de drogas. Por ejemplo, las empresas del sistema financiero están obligadas a comunicar de cualquier movimiento sospechoso de lavado de dinero o activos entre sus clientes²⁴. Además, tendrán sanciones más severas ante su participación o la de sus empleados o representantes en un delito de tráfico ilícito de drogas²⁵.

Asimismo, el artículo 380 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, dispone la obligación, para las empresas del sistema financiero, de adoptar programas, normas y procedimientos para prevenir y detectar delitos vinculados al lavado de activos²⁶. Una obligación similar se establece en la Ley N° 29038-Ley que incorpora la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú

²⁴ Art 140 de la Ley N° 26702 – Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

²⁵ Art 379^o de la Ley N° 26702 – Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

²⁶ “Artículo 380.- Programas de cumplimiento obligatorio por parte de las empresas del sistema financiero

1. Las empresas del sistema financiero, deben adoptar, desarrollar y ejecutar programas, normas, procedimientos y controles internos para prevenir y detectar los delitos previstos en el artículo 296-B del Código Penal. Esos programas incluyen, como mínimo: a) El establecimiento de procedimientos que aseguren un alto nivel de integridad del personal y un sistema para evaluar los antecedentes personales, laborales y patrimoniales del mismo; b) Programas permanentes de capacitación del personal, tal como “conozca a su cliente” e instruirlo en cuanto a las responsabilidades señaladas en los artículos 375 al 378; c) Un mecanismo de auditoría independiente para verificar el cumplimiento de los programas.

2. Las empresas del sistema financiero deben asimismo designar funcionarios a nivel gerencial encargados de vigilar el cumplimiento de los programas y procedimientos internos, incluido el mantenimiento de registros adecuados y la comunicación de transacciones sospechosas. Dichos funcionarios sirven de enlace con las autoridades competentes”.

(UIF-PERÚ) a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, que dispone en su artículo 3 la obligación de proporcionar información e implementar un sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento de terrorismo²⁷.

iv. Protección al consumidor

En este campo, destaca el Código de Protección y Defensa del Consumidor, que impone exigencias relativas al derecho a la salud, pues establece una serie de disposiciones vinculadas a la prevención del riesgo para la salud o seguridad en productos o servicios ofertados en el mercado²⁸. En esa misma línea, en el Código se dispone que es el proveedor quien responde por la idoneidad y calidad del producto o servicio ofrecido²⁹; y que, ante la existencia de riesgos no previstos en productos o servicios colocados en el mercado, este está obligado a adoptar medidas razonables para eliminar o reducir el riesgo en el plazo inmediato, y la prueba de la adopción de estas medidas le corresponde exclusivamente a él³⁰. Asimismo, establece que el proveedor será civilmente responsable por los daños y perjuicios que ocasione a los

²⁷ “Artículo 3- De los sujetos obligados a informar

3.1. Son sujetos obligados a informar y, como tal, están obligados a proporcionar la información a que se refiere el artículo 3 de la Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera-Perú e implementar el sistema de prevención de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, las personas naturales y jurídicas siguientes:

1) Las empresas del sistema financiero y del sistema de seguros y las demás comprendidas en los artículos 16 y 17 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702 y los corredores de seguros (...)

²⁸ Arts 25, 26, 27 y 30 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

²⁹ Art 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Por ejemplo, recientemente el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) abrió un proceso sancionador contra la empresa Clorox Perú por la presunta infracción del deber de idoneidad del Art 19º de la Ley de Protección al Consumidor. Ello en tanto se dio una alerta sanitaria de que los productos Poett estarían contaminados con la bacteria *Pseudomona*, frente a lo cual la empresa no estableció canales de comunicación adecuados para brindar información a los consumidores. Véase, al respecto: Diario Gestión. Caso Poett: Indecopi inicia procedimiento sancionador contra Clorox. 16 de julio de 2020. <https://gestion.pe/economia/empresas/poett-contaminado-indecopi-inicia-procedimiento-sancionador-contra-clorox-noticia/>

³⁰ Art 28 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

consumidores, con lo que está obligado a indemnizarlos³¹. Esta misma norma dispone también la prohibición de discriminación entre consumidores y el trato preferencial a aquellos que se encuentren en una situación particular (gestación, discapacidad, niñez, adultos mayores)³².

A partir de lo anterior, es posible concluir que: (1) existen referencias puntuales en los diferentes ámbitos analizados que exigen el respeto empresarial por ciertos derechos fundamentales; (2) no se establece una disposición general sobre la responsabilidad empresarial de respetar derechos humanos, ni normas que exijan concretar la debida diligencia, más allá de las disposiciones referidas a la prevención de algunos delitos y daños o perjuicios ambientales; (3) tampoco se exige a las empresas la implementación de un proceso de debida diligencia que incluya contribuir a reparar adecuadamente vulneraciones a derechos humanos; y (4) uno de los vacíos más significativos se refiere a las relaciones público-privadas pues no se identificaron normas que permitan reservar el acceso a ciertos beneficios tributarios o a contrataciones estatales a empresas que no hayan incurrido en actuaciones reñidas con los derechos humanos.

3. ¿Existen referencias a la noción de debida diligencia en derechos humanos conforme a los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos en las decisiones judiciales? En caso afirmativo, señale en cuáles, incluyendo la referencia correspondiente.

No se identificaron decisiones judiciales que se refieren expresamente al concepto, aunque se identificaron ciertos fallos que en cierta medida aluden a nociones cercanas. Para mayor detalle, puede verse la sección correspondiente a procesos constitucionales, en particular, los casos Bustamante Johnson, en el que el Tribunal Constitucional indicó que los particulares estaban obligados a abstenerse de realizar acciones que afecten el ambiente equilibrado y adecuado, y tenían las tareas de conservar, prevenir y reparar o compensar los daños producidos; y Chura Arcata, en el que el Tribunal Constitucional, pronunciándose respecto a la actuación de una empresa estatal, enfatizó que los órganos estatales debían abstenerse de prácticas

³¹ Arts 100 y 101 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

³² Arts 38 y 41 de la Ley N° 29571–Código de Protección y Defensa del Consumidor.

lesivas a los derechos humanos y debían tener especial cuidado a la hora de diseñar y elaborar sus políticas.

4. ¿Cómo se ha abordado el “levantamiento” del velo corporativo en las decisiones judiciales de su país? ¿En qué casos es posible llevarlo a cabo?

A continuación, se aborda la pregunta refiriéndonos, en primer lugar, a la normativa más relevante en materia de libertad empresarial y posibles límites a esta, incluyendo las disposiciones que sustentarían un levantamiento de velo corporativo. Posteriormente, se hace mención a las escasas decisiones que fue posible identificar a partir de los textos académicos seleccionados.

i. Normas relevantes

La regulación de la persona jurídica en el Perú parte principalmente de dos disposiciones constitucionales: artículo 2.13³³, referido al derecho a la libre asociación; y el artículo 59³⁴, referido a la libertad de empresa. A estos debe añadirse la Ley General de Sociedades que estipula en su artículo 6³⁵, que el momento de adquisición de personalidad jurídica inicia a partir de la inscripción en el registro; y, en su artículo 31³⁶, regula el principio de responsabilidad limitada para sociedades de este tipo. Asimismo, se encuentra

³³ “Artículo 2- Toda persona tiene derecho:

(...) 13. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa (...).”

³⁴ “Artículo 59- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

³⁵ “Artículo 6- Personalidad jurídica

La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción”.

³⁶ Artículo 31- El patrimonio social

El patrimonio social responde por las obligaciones de la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los socios en aquellas formas societarias que así lo contemplan”.

el artículo 78³⁷ del Código Civil, que dispone el principio de separación de patrimonios entre la persona jurídica y las personas que la conforman. Con base en ello, se entiende que “de la lectura conjunta de ambos principios, es posible señalar que toda persona que constituya una persona jurídica de responsabilidad limitada no será responsable a título individual por los actos que esta realice en el mercado”³⁸. Además, el artículo 3³⁹ del Decreto Ley N° 21612 – Ley que norma la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada refuerza la consagración de este precepto en las empresas de este tipo.

Ahora bien, existen determinadas normas que sustentan limitaciones a la separación de patrimonios y responsabilidad limitada. Una de ellas es el artículo 103^o de la Constitución, que establece que no se ampara el abuso de derecho en nuestro ordenamiento⁴⁰. Dicha prohibición también aparece regulada en el artículo 2 del Título Preliminar del Código Civil⁴¹. Asimismo, debe tenerse en cuenta el principio de buena fe contractual regulado en el artículo 1362 del Código Civil⁴². Destaca también el principio de primacía de la realidad, que implica que “ante una discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que rige en los documentos formales, debe siempre privilegiarse los hechos constatados”⁴³. Por su parte, el artículo 105 del Código Penal establece, en sus últimas líneas⁴⁴, la intervención de la persona jurídica

³⁷ “Artículo 78- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas”.

³⁸ Gómez, H “El levantamiento del velo societario y los presupuestos para su aplicación”. *Informativo Caballero Bustamante* N° 793, 2014.

³⁹ “Artículo 3- La responsabilidad de la Empresa está limitada a su patrimonio. El Titular de la Empresa no responde personalmente por las obligaciones de ésta, salvo lo dispuesto en el artículo 41”.

⁴⁰ “Artículo 103- Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho (...) La Constitución no ampara el abuso del derecho”.

⁴¹ “Artículo II- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.

⁴² “Artículo 1362^o- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

⁴³ Art 2.2^o de la Ley N° 28806 – Ley General de Inspección del Trabajo.

⁴⁴ “Art 105^o Medidas aplicables a las personas jurídicas (...) Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un período de dos años.

para salvaguardar intereses de trabajadores y acreedores en caso de que se hayan aplicado consecuencias accesorias a la empresa por un hecho punible.

ii. Decisiones judiciales y arbitrales

En los textos académicos seleccionados fue posible identificar ciertas decisiones judiciales o casos de arbitraje referidas. En particular, se identificó la sentencia de vista recaída en el expediente N° 7172-2006-BE(A), emitida por la Segunda Sala Laboral de Lima. El caso se refiere a un proceso laboral por concepto de pago de beneficios laborales seguido por un ex trabajador en contra de Virginia Adriana Cruzado Delgado y el Restaurant Peña Surquillana E.I.R.L. Apelando al principio de primacía de la realidad y al Art. 103º de la Constitución, la Sala aplicó la doctrina del levantamiento del velo societario argumentando que la demandada realizó un uso abusivo de su derecho a constituir una empresa, pues tuvo la intención de “burlar el pago de sus obligaciones laborales, lo cual contraviene la *ratio legis* del Decreto Ley 21621, Ley de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada que señala que se reconoce la limitación de responsabilidad del titular porque lo que se pretende es fomentar y estimular las inversiones, capacidad empresarial y la movilización de capitales”⁴⁵. Por lo tanto, señaló que “al no contar la demandada Restaurant Peña Surquillana E.I.R.L. con recursos que permitan cumplir la obligación de pago de la acreencia laboral del actor, es acorde a derecho que en el presente caso este Órgano Jurisdiccional aplique la figura del levantamiento del Velo Societario”⁴⁶.

Un razonamiento similar fue seguido en el proceso recaído en el expediente N° 5005-2011 BE(S), ante la Sala Transitoria Laboral de Lima y donde intervino el mismo juez. En la sentencia de vista de dicho proceso, seguido en base a hechos similares al anterior, se advirtió, nuevamente, el abuso de derecho mediante la constitución de una empresa individual de responsabilidad limitada. De esta manera, se expresó que:

El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas.

⁴⁵ Toledo, T y T Arauco “El levantamiento del velo societario en el proceso laboral peruano”. *Revista Soluciones Laborales* N° 110, 2017, p. 47-54. Consulta: 16 de julio de 2020. <<http://omartoledotoribio.blogspot.com/2017/03/el-levantamiento-del-velo-societario-en.html>>.

⁴⁶ Gómez, H op cit.

[...] el Colegiado llega a la convicción que la demandada ha realizado tal abuso, proscrito en el artículo 103° de la Constitución Política, porque en ejercicio de su derecho ha constituido una persona jurídica unipersonal con un capital formado por bienes de su propiedad personal con el objeto de no asumir la obligación contraída con un tercero que en este caso es el trabajador (...) en ese sentido, mediante la aplicación de la figura del Levantamiento del Velo Societario y Primacía de la Realidad al presente caso este Colegiado determina que la actora ha prestado servicios a favor de la señora Norka Enders Zamora, de forma continua e interrumpida⁴⁷.

En materia arbitral, se encuentra la controversia suscitada por *Technology Service Group* (en adelante, TSG) contra Pesquera Industrial Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C. En el caso, a pesar de haber mantenido TSG un convenio arbitral solo con Chicama y Caleta Dorada, demandó también a las otras empresas argumentando que entre todas ellas existía vinculación económica y una serie de acciones fraudulentas de transferencia de activos con la finalidad de burlar una deuda existente a su favor⁴⁸. En 2009, el tribunal arbitral le dio la razón a TSG, indicando que las demandadas formaban parte del arbitraje y tenían responsabilidad solidaria frente a TSG. En el laudo sostiene que “la doctrina indica que dicha situación no puede dejarse pasar en los tribunales judiciales y tampoco en los tribunales arbitrales, por tanto éstos –y en consecuencia el nuestro también– se encuentran autorizados a correr el velo societario, a fin de constatar la verdadera voluntad de las empresas involucradas, con el objeto de proteger a la contraparte que se vería perjudicada con tales acciones”⁴⁹.

Este laudo arbitral fue anulado posteriormente por la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima⁵⁰, órgano que señaló que la teoría de incorporación de partes no signatarias no tiene fundamento legal en nuestro ordenamiento. Esta decisión fue a su vez anulada

⁴⁷ Toledo, T y T Arauco op cit.

⁴⁸ Cantuarias, F “El levantamiento del velo societario en el Perú: comentarios al caso TSG”. *Lima Arbitration* N° 6, 2014, 173-184. Consulta: 16 de julio de 2020. <http://www.limaarbitration.net/LAR6/Fernando_Cantuarias.pdf>.

⁴⁹ Ídem, 175.

⁵⁰ Sentencia que resuelve el recurso de anulación del laudo arbitral recaído en el Expediente No 00451-2009.

por la Corte Suprema, que señaló que “se evidencia el error de la Sala Superior, al haber colocado a la jurisdicción arbitral en un estado de inferioridad a la jurisdicción ordinaria, inferioridad para no poder pronunciarse sobre determinadas situaciones tales como los grupos de sociedades, situaciones de fraude, y develamiento del velo societario, elemento último sobre el que la doctrina nacional ha elaborado sendos estudios, basta con recordar los de juristas tales como Juan Morales Godo, y Juan Espinoza Espinoza, y la reconducción de tal tópico a figuras tales como el abuso del derecho, y el fraude a la ley; esto último se menciona solo a manera de ilustración”⁵¹.

De otro lado, resulta interesante el trabajo de Zamora, quien recogió perspectivas de operadores de justicia a través de entrevistas a tres jueces civiles y comerciales de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque sobre la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en su trayectoria⁵². A partir del análisis de las respuestas de los operadores judiciales, Zamora llega a las siguientes conclusiones: 1) los jueces entrevistados, guiados por el principio de legalidad, se rigen por normas formales positivizadas en el ordenamiento para resolver los casos que llegan a sus despachos; 2) parece ser que no tenían un conocimiento fehaciente sobre el levantamiento de velo corporativo y se encasillaban en los temas que habían visto durante años; 3) no se puede descartar que en algunos casos, se han presentado situaciones en las que se hubiera podido aplicar el levantamiento de velo; y, 4) en nuestro medio, no existe un desarrollo jurisprudencial sobre el tema⁵³.

⁵¹ Casación N° 4624-2010 emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la Justicia de la República.

⁵² Zamora, J *El velo societario su rompimiento como control y fiscalización a las personas jurídicas*. Tesis para optar por el grado de maestro en Derecho con mención en civil y comercial. Lambayeque: Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, 2018. Cabe notar que el primero de ellos sostuvo que, en ocho años a cargo del Octavo Juzgado Civil Comercial, nunca aplicó la teoría del levantamiento del velo societario porque no conoció ningún caso en donde pudiera ser empleada, y tampoco alguna de las partes litigantes se lo solicitó. Por su parte, el segundo juez, a cargo del Primer Juzgado Civil, también señaló que no había tenido la oportunidad de aplicar el levantamiento del velo, y que las materias de los casos que veía estaban más ligadas a lo civil (responsabilidad contractual y extracontractual) y no tanto a las personas jurídicas, que eran vistas por el Octavo Juzgado Comercial. Finalmente, el tercer juez, a cargo del Cuarto Juzgado Civil, coincidió en señalar que sus casos se ceñían al área civil.

⁵³ Ídem, 120.

Más allá de las referencias citadas, la mayoría de textos no contiene mención a decisiones concretas. De Trazegnies, por ejemplo, se refiere al desarrollo de corrientes jurisprudenciales y doctrina arbitral para sustentar diversos criterios de aplicación de la teoría del levantamiento del velo; no obstante, no menciona concretamente ninguna sentencia ni laudo peruano⁵⁴. El texto de Figueroa, aunque no refiere ningún caso concreto, sostiene que en Perú, el velo ha sido levantando judicialmente con frecuencia en casos que involucran grupos económicos, principalmente en materias laborales, incluso si las decisiones judiciales no mencionan explícitamente la doctrina del levantamiento del velo⁵⁵.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

5. Señale las disposiciones normativas que establecen la responsabilidad civil por actos ilícitos (responsabilidad civil extracontractual).

La responsabilidad civil extracontractual (RCE) en el Perú se encuentra regulada en el Código Civil, el cual fue adoptado por el Decreto Legislativo No. 295 del 25 de julio de 1984. Si bien este Código ha sido objeto de varias reformas, la sección relativa a la RCE no ha tenido mayores modificaciones⁵⁶. La RCE se encuentra regulada en la sección sexta del Libro VII del Código Civil, titulado “De la Fuente de las Obligaciones” y comprende desde el Art. 1969 hasta el Art. 1988.

A continuación, se presenta una tabla con el título de las normas contenidas en la sección relativa a la RCE.

⁵⁴ De Trazegnies, F “El rasgado del velo societario dentro del arbitraje”. *Ius et veritas* N° 29, (2005), 12-22.

⁵⁵ Figueroa, D Levantamiento del velo corporativo latinoamericano. Aspectos comparados con el derecho estadounidense. Santiago de Chile: Editorial El Jurista, (2011), 132.

⁵⁶ Ver: Revista Themis, *Treinta Aniversario del Código Civil*, No 66, (2014).

Artículo	Contenido
Art. 1969	Indemnización por daño moroso y culposo
Art. 1970	Responsabilidad por riesgo
Art. 1971	Inexistencia de Responsabilidad
Art. 1972	Irresponsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor
Art. 1973	Reducción judicial de la indemnización
Art. 1974	Irresponsabilidad por estado de inconsciencia
Art. 1975	Responsabilidad de incapaces con discernimiento
Art. 1976	Responsabilidad de representantes de incapaces sin discernimiento
Art. 1977	Indemnización equitativa
Art. 1978	Responsabilidad por incitación o autoría
Art. 1979	Responsabilidad por daño causado por animal
Art. 1980	Responsabilidad por caída de edificio
Art. 1981	Responsabilidad por daño del subordinado
Art. 1982	Responsabilidad por denuncia calumniosa
Art. 1983	Responsabilidad solidaria
Art. 1984	Daño moral
Art. 1985	Contenido de la indemnización
Art. 1986	Nulidad de límites de la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable
Art. 1987	Responsabilidad del asegurador
Art. 1988	Determinación legal del daño sujeto a seguro

Elaboración propia de los autores.

Para efectos del presente cuestionario, las principales normas sobre la RCE están establecidas en el Art. 1969 y el Art. 1970 del Código Civil, las cuales establecen lo siguiente:

Indemnización por daño moroso y culposo

Artículo 1969º.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

Responsabilidad por riesgo

Artículo 1970º.- Aquel que, mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

Los elementos de la RCE, desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional, son (i) la antijuridicidad de la conducta; (ii) el daño, que puede ser patrimonial o extrapatrimonial; (iii) el nexo causal; y (iv) los factores de atribución de responsabilidad. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia⁵⁷, el régimen civil peruano reconoce tanto la RCE subjetiva y objetiva.

La RCE subjetiva, regulada por el Art. 1969, establece la determinación de la culpa y del dolo tanto por acción como por omisión. En el caso de la RCE objetiva, “no se requiere que medie una conducta dolosa o culposa, basta que exista un nexo causal entre el desarrollo de la actividad peligrosa con el daño causado al agraviado a consecuencia de dicha actividad”⁵⁸.

6. ¿Se ha abordado o desarrollado en la jurisprudencia de su país la noción de responsabilidad civil extracontractual?

Tanto la jurisdicción civil como el fuero constitucional han desarrollado la RCE. En el caso del fuero constitucional, la mayoría de los casos que han llegado al Tribunal Constitucional se han centrado en temas relativos a la presunta violación del derecho de defensa⁵⁹, a la falta de motivación de decisiones judiciales⁶⁰ o revisión del contenido de indemnizaciones⁶¹. Sin embargo, la mayoría de estos casos han sido declarados improcedentes puesto que las solicitudes iban más allá de las competencias del Tribunal Constitucional en procesos de amparo.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia- Sala Civil Permanente. *Casación No.13-2017 Lima*. Sentencia del 24 de abril de 2018.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia- Sala Civil Permanente *Casación No 13-2017 Lima*. párr 2, 10.

⁵⁹ Ver: Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia No. 0578-2002-AI/TC*. Sentencia del 28 de mayo de 2004.

⁶⁰ Ver: Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia Interlocutoria No 01375-2019-PA/TC*. Sentencia del 26 de septiembre de 2018.

⁶¹ Ver: Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia Interlocutoria No 00418-2017-PA/TC*. Sentencia del 12 de octubre de 2016.

6.1. *En caso afirmativo, ¿se ha utilizado este mecanismo para abordar cuestiones de derechos humanos?*

En el fuero civil, el caso más relevante con implicancia al régimen de empresas y derechos humanos fue el que recayó en la sentencia de Casación N° 1465-2007-Cajamarca, el cual constituyó el pleno casatorio civil de la Corte Suprema de Justicia⁶². Esta sentencia tenía todos los elementos para convertirse en un caso emblemático en temas de empresas y derechos humanos, así como en RCE. Sin embargo, el análisis de la Corte Suprema de Justicia se centró en temas procesales sobre transacciones extrajudiciales⁶³ y la titularidad para el ejercicio de intereses difusos en el fuero civil⁶⁴.

El caso se remonta al año 2000. La empresa de transportes Ransa estaba transportando, de Cajamarca a Lima, mercurio de propiedad de la minera Yanacocha. Debido a un accidente de tránsito, aproximadamente 152 kg de mercurio se derramaron. Las personas habitantes de la zona recogieron el derrame sin ningún tipo de protección, almacenando este material tóxico en sus hogares⁶⁵.

Una de las afectadas por el derrame de mercurio demanda la RCE de la empresa Yanacocha, pidiendo USD\$1.800.000 dólares de Estados Unidos de Norteamérica por el concepto de daños materiales y morales, así como el pago de seguro de salud y otros gastos médicos⁶⁶. La empresa Yanacocha alegó la conclusión del proceso por transacción extrajudicial. De acuerdo con los documentos presentados por la empresa, la empresa acordó con la demandante una compensación para ella y sus hijos de aproximadamente 31,000 soles (aproximadamente USD\$9.000)⁶⁷.

⁶² Corte Suprema de Justicia- *Pleno Casatorio Civil. Casación N° 1465-2007-Cajamarca*. Sentencia del 22 de enero de 2008.

⁶³ Para una crítica sobre este punto, ver: Espinoza Espinoza, J. "Responsabilidad civil por daño ambiental ¿Tutela efectiva de los derechos de los dañados o simplemente un lirismo?". *Anuario de Derecho Civil* No 10, Año Académico 2005-2006, 13-48.

⁶⁴ Para una crítica sobre este punto, ver: Ledesma Narvaez M "Primer Pleno Casatorio Civil: ¿El Fin Justifica los Medios?". *Derecho y Sociedad*, No 32, (2009), 315-325.

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia- *Pleno Casatorio Civil. Casación N° 1465-2007-Cajamarca*. Introducción- párrs 2-3, 4.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia- *Pleno Casatorio Civil. Casación N° 1465-2007-Cajamarca*. Introducción- párr 1, 2-3.

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia- *Pleno Casatorio Civil. Casación N° 1465-2007-Cajamarca*. Introducción- párr 6, 7.

La sentencia es innecesariamente extensa y se centra en la validez de las transacciones extrajudiciales y aplicación de normas procesales relativas a excepciones preliminares. Finalmente, la decisión de la Corte Suprema de Justicia se centra en la teoría de los actos propios⁶⁸. La Corte desecha el argumento de la demanda alegando que la demandante nunca hizo referencia a la realización de estas transacciones extrajudiciales o cuestionó la invalidez de los mismos⁶⁹.

La parte demandante alegó que el derecho a la salud es un derecho extrapatrimonial pero la Corte Suprema de Justicia desestima ese argumento al considerar que no se está actuando en defensa del derecho a la salud en general sino en el impacto a la salud que tuvo el derrame del mercurio en la persona y su familia⁷⁰. Por lo tanto, la Corte desestima las pretensiones de la demandante⁷¹, declara infundado el recurso de casación⁷² y, a su vez, establece el siguiente precedente vinculante⁷³:

1.- La Transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como Excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso 10 del artículo 446° e inciso 4 del artículo 453 del Código Procesal Civil, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre la Transacción.

Entendiéndose que las transacciones extrajudiciales homologadas por el Juez, se tramitan de acuerdo a las reglas del Código Procesal Civil, al tener regulación expresa. Ocurriendo lo mismo en cuanto a las transacciones celebradas con relación a derechos de menores de edad, las mismas que deben ser autorizadas por el juez competente conforme a ley, (voto en mayoría).

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia- *Pleno Casatorio Civil. Casación N° 1465-2007-Cajamarca. Consideraciones- párrs 40-50, 46-53.*

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia- *Pleno Casatorio Civil. Casación N° 1465-2007-Cajamarca. Consideraciones- párrs 65- 81, 62-69.*

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia- *Pleno Casatorio Civil. Casación N° 1465-2007-Cajamarca. Consideraciones- párrs 69-70, 63-64.*

⁷¹ Corte Suprema de Justicia- *Pleno Casatorio Civil. Casación N° 1465-2007-Cajamarca. Conclusiones- párrs 1-4, 72-74.*

⁷² Corte Suprema de Justicia- *Pleno Casatorio Civil. Casación N° 1465-2007-Cajamarca. Fallo- párrs a), 74.*

⁷³ Corte Suprema de Justicia- *Pleno Casatorio Civil. Casación N° 1465-2007-Cajamarca. Fallo- párrs b)-1, 74-75.*

Para efectos del cuestionario, esta sentencia es importante por tres motivos. En primer lugar, la demanda de RCE se presenta contra una empresa minera en la que se solicita la compensación del daño patrimonial y moral ocasionado por el derrame de mercurio. En ningún momento se cuestiona la validez de la demanda contra una persona jurídica o incluso contra su contratista (en este caso la empresa de transportes Ransa). Esto significa que las normas del Código Civil sobre RCE pueden ser usadas para la protección o compensación por abusos a los derechos humanos por parte de las empresas.

En segundo lugar, se puede utilizar el fuero civil para demandar por RCE y solicitar la compensación por daños ambientales o daños a la salud, entre otros derechos. La limitante en este caso es con respecto a la legitimidad para obrar, particularmente en la protección de intereses difusos. El Art. 40 de la Ley General del Ambiente en el Perú permite la posibilidad de cualquier persona de demandar por la protección del ambiente, pero en otros casos, la legitimidad para obrar está limitada a ciertas instituciones establecidas en el Art. 82 del Código Procesal Civil.

En tercer y último lugar, el precedente vinculante plantea algunas interrogantes de suma importancia para el campo de empresas y derechos humanos. Por un lado, reconoce la posibilidad de que una persona o colectivo de personas puedan transar directamente con la empresa ante la realización de un daño. Esto va en la línea de lo establecido en el tercer pilar de los PR de promover un acceso a un remedio y/o compensación efectiva.

Sin embargo, y esta es la principal preocupación de la doctrina nacional, es que este precedente desconoce o minimiza la inequidad de armas entre las partes. Si bien se debe analizar las particularidades de cada caso, se puede asumir la hipótesis de que difícilmente habrá igualdad en un proceso de negociación entre una empresa y una comunidad rural o indígena y sus integrantes. Esto no es menospreciar los intereses o la capacidad de las personas, sino reconocer que las partes no están en igualdad de condiciones.

En el presente caso, la demandante solicitó USD\$1,800,000 millones de dólares luego de haber recibido un poco menos de USD\$9,000 dólares por daños materiales y morales a toda su familia por parte de la empresa. El análisis de la Corte Suprema de Justicia, independientemente de que esta fue adoptada antes de la adopción de los PR o aún en pleno desarrollo del

concepto de control de convencionalidad, debió haber establecido ciertos criterios para proteger a las partes que, en una transacción extrajudicial, se encuentren en una situación de desigualdad.

Para el campo de empresas y derechos humanos en el Perú, el fuero civil y las demandas por RCE es un campo prácticamente por desarrollar, puesto que se ha preferido el fuero constitucional para dirimir estos conflictos. Esto tiene sentido dado que, en muchos casos relativos a proyectos extractivos en nuestro país, se ha cuestionado la violación de derechos fundamentales como el derecho a la vida, el derecho a la consulta previa, el derecho al territorio y el derecho al medio ambiente, entre otros.

Hay también un problema de costos y de respuestas procesales oportunas. Los procesos constitucionales como el amparo son más accesibles formalmente y –teóricamente– deberían dar una respuesta más rápida a las personas o entidades peticionarias. Lamentablemente los plazos establecidos en el Código Procesal Constitucional no se cumplen e incluso procesos de habeas corpus tardan años en ser resueltos por las autoridades judiciales. Asimismo, hay un problema de pago de reparaciones. Dado que el mandato del fuero constitucional es la protección de derechos fundamentales, esta no tiene la competencia de ordenar el pago de reparaciones. Esto es competencia del fuero ordinario. Por lo tanto, en el caso que una persona gane un proceso constitucional y quiera ser indemnizada, esta deberá iniciar un nuevo proceso en el fuero ordinario.

La conclusión es que el marco legislativo peruano establece todos los elementos para presentar casos de RCE en materia de empresas y derechos humanos pero la jurisprudencia en este campo es escasa y se ha centrado en otros temas paralelos como legitimación para obrar o el valor de las transacciones judiciales.

6.1.1. En el caso afirmativo, ¿existen casos que aborden específicamente la responsabilidad empresarial por afectaciones a derechos humanos? De ser así, ¿Se usó el mecanismo de control de constitucionalidad o convencionalidad?

Retomando lo descrito en la sentencia de Casación N° 1465-2007-Cajamarca de la Corte Suprema de Justicia, cabe destacar que este caso fue decidido

cuando el concepto de control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) recién estaba en pleno desarrollo⁷⁴. Sin embargo, nada en el Código Civil establece límites a que los juzgados civiles utilicen el control de constitucionalidad o de convencionalidad en casos relativos a RCE.

En el caso de Perú, el control difuso de constitucionalidad está regulado por el Art. 138 de la Constitución y el Art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁷⁵, facultando a todas las autoridades judiciales la tutela y protección de derechos constitucionales. A modo de ejemplo, la Corte Suprema de Justicia del Perú ha adoptado una serie de decisiones aplicando el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad para interpretar normas de derechos humanos relativos a la motivación de resoluciones judiciales, el derecho a la propiedad o el derecho a la salud, entre otros temas⁷⁶.

En el fuero constitucional, si bien no es un caso de responsabilidad empresarial, es importante resaltar la sentencia 0001-2005-AI/TC⁷⁷ del Tribunal Constitucional del Perú. Este fallo tiene incidencia directa sobre la libertad contractual y los límites constitucionales válidos como medio para proteger a la vida, integridad y salud de la persona⁷⁸. La sentencia utilizó el concepto

⁷⁴ Ver: Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C No 154.

⁷⁵ Código Procesal Constitucional, *Ley No 28.237 del 31 de mayo de 2004*.

“Artículo VI- Control Difuso e Interpretación Constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

⁷⁶ El Poder Judicial del Perú ha sistematizado temáticamente algunas de estas decisiones, las cuales pueden ser accedidas, aquí: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_consultas_sobre_control_difuso>.

⁷⁷ Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia No 0001-2005-PIITC*. Resolución del 6 de junio de 2005.

⁷⁸ Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia No 0001-2005-PIITC*. Resolución del 6 de junio de 2005, párr 26.

de prevención de riesgo del Art. 1970 del Código Civil para determinar la constitucionalidad y necesidad de establecer un Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT).

La justificación del Tribunal Constitucional es la necesidad de adoptar medidas de protección a situaciones que involucren un riesgo especial, independiente de la voluntad de la autora o autor de causar un daño. De ahí la importancia de aplicar la RCE establecida en el Art. 1970 pues esta aplica directamente ante el uso de un bien riesgoso como es la conducción de un automóvil.⁷⁹ De acuerdo al Tribunal Constitucional:

“La noción de riesgo creado alude a la idea de que todos los bienes que se utilizan en la vida moderna para la satisfacción de las necesidades suponen un riesgo común u ordinario; empero, también hay actividades que suponen un riesgo adicional, como es el caso de los vehículos automotores, para lo cual no es necesario examinar la culpabilidad del autor, pues bastará con acreditarse el daño causado, la relación de causalidad y que se ha tratado de un daño producido mediante un bien o actividad riesgosa”.⁸⁰

Un elemento importante de esta sentencia es el énfasis en la labor de prevención que puede tener los seguros obligatorios, amparada en el Art. 1970 del Código Civil y con fundamento en los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Si bien este caso no se refiere expresamente a la actividad empresarial, sí establece un marco amplio de aplicación de la RCE, tanto como medio indemnizatorio⁸¹ como una forma de prevenir un daño mayor a la víctima⁸².

⁷⁹ Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia No 0001-2005-PIITC*. Resolución del 6 de junio de 2005, párr 25.

⁸⁰ Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia No 0001-2005-PIITC*. Resolución del 6 de junio de 2005, párr 23.

⁸¹ Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia No 0001-2005-PIITC*. Resolución del 6 de junio de 2005, párr 28.

⁸² Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia No 0001-2005-PIITC*. Resolución del 6 de junio de 2005, párr 34.

6.1.2. En caso negativo, ¿sería factible que los tribunales conocieran de casos de responsabilidad civil extracontractual por violaciones a derechos humanos relacionadas con empresas?

Sí. El texto del Código Civil es general y no establece ninguna limitante sobre las personas o entidades que pueden responder extracontractualmente, incluyendo personas jurídicas. En este sentido, la propia Corte Suprema de Justicia ha establecido expresamente que la RCE aplica a personas jurídicas⁸³. El texto de dicha sentencia establece lo siguiente:

[...] la sanción jurídica de la conducta dañosa consiste en sujetar al autor a una responsabilidad que se traduce en una obligación de indemnizar, se crea esta institución cuando se viola el deber social y genérico de no dañar, dentro de la convivencia social, **incluso aun cuando se trate de persona jurídica**; siendo que los límites y diferencias de la responsabilidad contractual y extracontractual se han atenuado tanto por el movimiento doctrinario como por la corriente legislativa contemporánea, en búsqueda de un sistema unitario de la responsabilidad civil cuyo núcleo gira en torno a la prevención del daño y reparación de la víctima⁸⁴.

Por lo tanto, no habría ninguna limitante para que los tribunales civiles conozcan y decidan sobre demandas contra empresas por RCE por afectación a derechos humanos.

7. ¿Existe o podría existir un vínculo entre la responsabilidad civil extracontractual y la debida diligencia en derechos humanos?

El Código Civil peruano reconoce la debida diligencia en una serie de disposiciones. En lo que respecta al cumplimiento o extinción de obligaciones, esto se encuentra en el Art. 1314, el Art. 1315, el Art. 1320, el Art. 1327 y el Art. 1329 de dicho Código.

⁸³ Corte Suprema de Justicia- Sala Civil Permanente. *Casación No. 4748-2017 Lambayeque*. Sentencia del 24 de julio de 2018, párr 2, 19-20.

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia- Sala Civil Permanente. *Casación No. 4748-2017 Lambayeque*. Sentencia del 24 de julio de 2018, párr 2, 19-20, Resaltado propio, citas omitidas.

Inimputabilidad por diligencia ordinaria

Artículo 1314º.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Caso fortuito o fuerza mayor

Artículo 1315º.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Culpa leve

Artículo 1320º.- Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Liberación del resarcimiento

Artículo 1327º.- El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario.

Presunción de la culpa leve del deudor

Artículo 1329º.- Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

El concepto de la debida diligencia en el Código Civil se centra en elementos externos para el incumplimiento de una obligación como fuerza mayor o caso fortuito⁸⁵. La única excepción es con respecto a vicios ocultos y la formación o conocimiento personal de la persona contratante⁸⁶.

Sobre las normas del Código Civil, se pueden establecer dos comentarios. En primer lugar, la concepción de debida diligencia viene de los elementos clásicos del Derecho Civil, con el fin de minimizar o extinguir el pago por el incumplimiento de una obligación. Dado el lenguaje amplio del Art. 1314, el

⁸⁵ Ver: Castillo Freyre, M y G Rivas Caso. "La diligencia y la inejecución de las obligaciones". *Revista Ius et Veritas*, No 28, 2014, 130-141.

⁸⁶ Ídem, 133.

reto en el marco del régimen de empresas y derechos humanos sería determinar cuáles son las obligaciones concretas de debida diligencia aplicables a las empresas operando en el Perú. Si bien no existe mayor desarrollo jurisprudencial sobre este tema, sería factible introducir progresivamente el concepto de debida diligencia establecido en el Principio 17 de los Principios Rectores de la ONU en el marco jurídico nacional.

El segundo comentario a las normas del Código Civil sobre debida diligencia se centra en lo establecido en el Art. 1329. Esta norma establece en la práctica que la persona o entidad que alegue un actuar diligente para no ser imputable del cumplimiento de una aprobación, deberá probarlo. En el campo de empresas y derechos humanos, particularmente en lo referido al acceso a remedios, esta disposición es de suma importancia pues revierte la carga de la prueba. Para futuros casos de RCE en la cual se argumente que una empresa no actuó diligentemente, se podría invocar esta disposición en el proceso.

Cómo se ha establecido anteriormente, el concepto de debida diligencia en los Principios Rectores es más amplio que el establecido en el fuero civil. Una alternativa que se plantea es que, a través del control de convencionalidad, progresivamente se vaya precisando el concepto de debida diligencia desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual podría servir de medio para precisar el contenido de estas normas civiles bajo un enfoque de empresas y derechos humanos.

8. ¿Prevé la legislación civil de su país la responsabilidad vicaria, es decir, la responsabilidad por actos de un tercero subordinado?

Sí. En el régimen de debida diligencia se encuentra igualmente regulada en el Art. 1981 del Código Civil del Perú la responsabilidad vicaria, el cual establece lo siguiente:

Responsabilidad por daño del subordinado

Artículo 1981º.- Aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

En la sentencia de Casación N° 1465-2007-Cajamarca de la Corte Suprema de Justicia ya analizada, el caso contra Yanacocha se da por el derrame de mercurio ocasionado por una empresa contratista, demostrando que esta responsabilidad por daño del subordinado, se puede demandar a la entidad que contrató sus servicios. Sin embargo, la doctrina nacional ha resaltado que el Código Civil peruano no limita esta forma de responsabilidad a una relación contractual, sino que ésta también se aplicaría si la entidad actuase “bajo sus órdenes”⁸⁷.

9. ¿Prevé la legislación sustantiva y procesal de su país la posibilidad de atraer a su jurisdicción civil a una empresa matriz extranjera por daños ocasionados por su subsidiaria?

De acuerdo con el Código Civil, es posible llevar a cabo procesos contra personas, tanto naturales como jurídicas, en los que versen sobre derechos reales.

Competencia sobre personas domiciliadas en el Perú

Artículo 2057º.- Los tribunales peruanos son competentes para conocer de las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional.

Competencia en acciones patrimoniales

Artículo 2058º.- Los tribunales peruanos tienen competencia para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial aun contra personas domiciliadas en país extranjero, en los casos siguientes: 1.- Cuando se ventilen acciones relativas a derechos reales sobre bienes situados en la República. Tratándose de predios dicha competencia es exclusiva.

2.- Cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en el territorio de la República o que deriven de contratos celebrados o de hechos realizados en dicho territorio. Tratándose de acciones civiles derivadas de delitos o faltas perpetrados o cuyos resultados se hayan producido en la República, dicha competencia es exclusiva.

⁸⁷ Ver: Patrón, C “¿Amo o Sirviente? Consideraciones funcionales en torno a la responsabilidad vicaria a propósito del artículo 1981 del Código Civil”. *Revista Themis No. 50*, (2005), 283-294.

3.- Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción. Salvo convención en contrario, contemporáneo o anterior a la sumisión, la elección del tribunal es exclusiva.

Este artículo se aplica exclusivamente a la competencia de tribunales judiciales y no afecta la facultad que tienen las partes para someter a arbitraje acciones de contenido patrimonial.

9.1. *En caso afirmativo, ¿es posible solicitar información sobre la empresa matriz a su Estado de origen por medio de la cooperación judicial internacional?*

Sí. La regla general en materia civil está en el Art. 150 del Código Procesal Civil, la cual establece la competencia de un juez de remitir un oficio a otros países mediante la Cancillería. En materia penal, una solicitud judicial está a cargo de la oficina de cooperación del Poder Judicial. En temas de investigación penal, la oficina de cooperación internacional de la Fiscalía es el ente rector. En todas estas situaciones, la Cancillería es la entidad encargada de acompañar este proceso.

9.2. *En caso afirmativo, ¿existen ejemplos de decisiones judiciales que pueda compartir?*

Uno de los problemas que se tiene en el Perú es la dificultad de acceder a la totalidad de las sentencias del Poder Judicial. No todos los fallos están disponibles, lo que dificulta hacer una investigación a profundidad de su jurisprudencia. Eso no aplica para la jurisdicción del Tribunal Constitucional, la cual está plenamente accesible y es de fácil acceso.

Es importante tener en cuenta esto pues, en la búsqueda realizada hasta la fecha, no se conocen decisiones judiciales en las que un tribunal peruano haya solicitado información relativa a una empresa cuya sede esté en el extranjero. Sin embargo, los tribunales peruanos están obligados, por tratados internacionales, a cooperar con autoridades judiciales del extranjero. Un ejemplo con relevancia para este cuestionario es el caso de Elmer Campos vs. Yanacocha por la contratación de la policía para contrarrestar protestas

sociales. En este caso, se usó las normas de Estados Unidos para obtener información de la matriz Newmont relativas a este caso.⁸⁸

III. RESPONSABILIDAD PENAL

10. ¿Prevé la legislación penal de su país la responsabilidad penal de las personas jurídicas?

10.1. En caso afirmativo, por favor comparta las disposiciones jurídicas pertinentes.

10.2. En caso negativo, señale si se han llevado a cabo debates legislativos al respecto.

En el Perú, sí existe legislación que prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Antes de mencionar cuáles son las disposiciones jurídicas que la contienen, es importante señalar que existen dos principios con los que se discute la posibilidad de imponer sanciones de carácter penal a las personas jurídicas: i) el principio *societas delinquere non potest*, el cual no admite responsabilidad penal sobre las personas jurídicas, pues sostiene que estas no tienen capacidad de acción y no pueden ser declaradas culpables; y, ii) el principio *societas delinquere potest*, el que cual sí acepta la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁸⁹.

En el Código Penal peruano se tiene en cuenta el principio *societas delinquere non potest*; por ello, esta norma no hace referencia a la responsabilidad penal de personas jurídicas y solo prevé la aplicación de consecuencias accesorias. Las cuales se encuentran en los artículos 104 (Privación de beneficios obtenidos por infracción penal a personas jurídicas) y 105 (Medidas aplicables a las personas jurídicas). Para su aplicación es necesaria la identificación y sanción penal de una persona natural como autora del delito en el que también resulte conectada un ente colectivo⁹⁰.

⁸⁸ Ver: <<https://earthrights.org/how-we-work/litigation-and-legal-advocacy/legal-strategies/foreign-legal-assistance/>>.

⁸⁹ Villavicencio Terreros, F Derecho Penal básico. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima, 59 y 60.

⁹⁰ Fundamento 12. Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116

Por otro lado, la Ley N° 30424 – Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional sí admite el principio *societa delinquere potest*. A su vez, está el Decreto Legislativo N° 1352 y la Ley N° 30835, que amplían el catálogo de delitos por los que se le puede imputar responsabilidad administrativa a una persona jurídica.

Si bien la dos últimas normas jurídicas expresan que se trata de responsabilidad administrativa, esto en realidad se trata de responsabilidad penal, pues, tal como lo menciona Villavicencio, el procedimiento para la aplicación, las garantías que se establecen y las sanciones que se aplican son de naturaleza penal⁹¹; además, la decisión la toma un juez penal con la intervención del Ministerio Público en un proceso penal⁹².

11. En caso de que la legislación penal de su país prevea la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿por cuáles conductas puede ser una empresa sujeta de dicha atribución de responsabilidad? ¿Cuáles de esas conductas son equivalentes o equiparables a violaciones de derechos humanos?

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley N° 30424, una persona jurídica será responsable penalmente si comete los siguientes delitos:

- Colusión simple y agravada (Art. 384 del Código Penal)
- Cohecho activo genérico (Art. 397 del Código Penal)
- Cohecho activo transnacional (Art. 397-A del Código Penal)
- Cohecho activo específico (Art. 398 del Código Penal)
- Tráfico de influencias (Art. 400 del Código Penal)
- Actos de conversión y transferencia (Art. 1 del Decreto Legislativo 1106 – Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y el crimen organizado)

⁹¹ Villavicencio Terreros, F op cit; 62

⁹² *ibid.*

- Actos de ocultamiento y tenencia (Art. 2 del Decreto Legislativo 1106 – Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y el crimen organizado)
- Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito (Art. 3 del Decreto Legislativo 1106 – Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y el crimen organizado)
- Colaboración con el terrorismo (Art. 4-A del Decreto Ley 25475 – Decreto Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio).

En el caso de las consecuencias accesorias (Art. 105 del CP), no se especifica en qué delitos se aplica, pues son aplicables a las personas jurídicas cuando esta se encuentre vinculada o beneficiada con la comisión de cualquier delito tipificado por nuestra legislación penal.

Respecto a la pregunta sobre las conductas que son equivalentes o equiparables a violaciones de derechos humanos, es importante resaltar que, a primera vista, no se mencionan delitos que le otorguen responsabilidad penal de derechos humanos por parte de empresas. Sin embargo, los delitos de corrupción, al romper un mandato normativo, generan un impacto institucional y no se agota en las consecuencias económicas, pues, tal como lo señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, existe una inescindible relación entre corrupción y afectación de derechos humanos, puesto que mediante aquel fenómeno criminal se imposibilita que los ciudadanos puedan recibir de manera eficiente e igualitaria los servicios públicos que garantizan diversos derechos fundamentales como la salud, educación, etc.⁹³. De esta manera, el Estado no logra garantizar que todos sus ciudadanos hagan efectivos sus derechos.

12. ¿Cuáles son los tipos de sanciones que pueden ser aplicadas a una empresa?

Las sanciones, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley N° 30424 son:

⁹³ CIDH “Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos” (Documento 236) OEA, (2019).

- Multa no menor al doble ni mayor al séxtuplo del beneficio obtenido o que se espera obtener con la comisión del delito.
- Suspensión de las actividades sociales por un plazo no menor de seis meses ni mayor de dos años.
- Prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será menor de un año ni mayor de cinco años.
- Inhabilitación para contratar con el Estado de carácter definitivo.
- Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.
- Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal es no menor de un año ni mayor de cinco años.
- Disolución de la persona jurídica.

La medida complementaria, expresada en el artículo 6 de la Ley N° 30424, señala:

La intervención de la persona jurídica que resulte responsable, a fin de salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores hasta por un período de dos años.

La intervención puede afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El juez debe fijar exactamente el contenido y alcances de la intervención y determinar la entidad a cargo de la intervención y los plazos en que esta debe cursar informes a fin de efectuar el seguimiento de la medida.

La intervención se puede modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y disposición del Ministerio Público. El interventor está facultado para acceder a todas las instalaciones y locales de la entidad y recabar la información que estime necesaria para el ejercicio de sus funciones, debiendo guardar estricta confidencialidad

respecto de la información secreta o reservada de la persona jurídica, bajo responsabilidad.

Las consecuencias accesorias estipuladas en los artículos 104 y 105 del Código Penal son:

- El Juez decretará la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquéllos, si sus bienes fueran insuficientes (Art. 104).
- Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes (Art. 105):
 - Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
 - Disolución y liquidación.
 - Suspensión de las actividades por un plazo no mayor de dos años.
 - Prohibición de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.
 - Multa no menor de cinco ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias.

13. ¿Existen decisiones judiciales en su país que hayan determinado la responsabilidad penal de una persona jurídica?

13.1. En caso afirmativo, ¿dicha decisión tuvo relación con conductas equiparables o equivalentes a violaciones a derechos humanos?

En el Perú no hay sentencias que hayan determinado a una persona jurídica como responsable penal de un delito, pero sí existen sentencias en las que se aplicaron consecuencias accesorias. Cabe resaltar que estas decisiones

son anteriores a la Ley 30424 de 2017, la cual regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

Por ejemplo, se puede hacer referencia al caso CROUSILLAT (EXP. N° 011 – 2001), el cual versa sobre el delito de peculado por apropiación. En este caso se le aplicó a la empresa Radiodifusión Sociedad Anónima–Canal cuatro, el artículo 105 del Código Penal. En primera instancia⁹⁴, la empresa quedó permanentemente prohibida de concertar con algún funcionario público la entrega de su línea editorial a cambio de caudales estatales; sin embargo, en segunda instancia se anuló dicho extremo de la sentencia.

Otro ejemplo es el caso BTR, el cual versa sobre el delito contra la libertad –violación del secreto de las comunicaciones (Interceptación Telefónica). En este caso, en primera instancia⁹⁵, se estableció que la empresa Business Track S.A.C. sirvió de punto de referencia para que se realicen las actividades delictivas. Por ello, se dispuso la disolución de la empresa Business Track, medida estipulada en el artículo 105 del Código Penal. En segunda instancia⁹⁶, se confirmó la sentencia y no se esgrime ningún argumento adicional sobre las consecuencias accesorias.

Asimismo, se encuentra el caso Utopía, este versa sobre los delitos de homicidio culposo, lesiones culposas y estragos culposos que se produjeron dentro de la Discoteca Utopía, la cual no contaba con autorización para funcionar, ya que no cumplía con las normas mínimas de Defensa Civil. En este caso, se decidió disolver y liquidar la empresa Inversiones García North S.A.C. (propietaria de la Discoteca Utopía)⁹⁷.

En este último caso, es posible observar que las conductas son equiparables a violaciones directas de derechos humanos por la gravedad de los hechos producidos dentro de la discoteca, donde se afectaron los derechos a la vida e integridad de las personas (muertes y lesiones de los asistentes).

⁹⁴ Sentencia de primera instancia recaída en el expediente N° 011-2001, de fecha 8 de agosto de 2006, emitida por la Segunda Sala Penal Especial.

⁹⁵ Sentencia recaída en el expediente N° 99-09 (527-09) del 23 de marzo de 2012, emitida por la Segunda Sala especializada en lo Penal para procesos con reos en cárcel.

⁹⁶ Sentencia recaída en el expediente N° 1317-2012 del 14 de septiembre de 2012, emitida por la Sala Penal Permanente.

⁹⁷ Información citada por García Caveró, P “Las medidas aplicables a las personas jurídicas en el proceso penal peruano”. Revista de Derecho. Universidad de Piura. Vol 7-(2006), 105.

Por otro lado, existen algunas casaciones como la N° 134-2015 y la N° 864-2017, en las que se ha debatido el tema de las consecuencias accesorias de las personas jurídicas. En ambas se señala que se aplicaran las consecuencias accesorias cuando el injusto típico haya sido cometido en el ejercicio de la actividad de una persona jurídica o cuando se haya utilizado su organización para favorecerlo o encubrirlo.

14. ¿Prevé la legislación penal de su país que una víctima pueda exigir una reparación civil dentro del proceso penal, o debe ser un procedimiento separado?

El perjudicado por el delito tiene la facultad de elegir la vía legal para reclamar los perjuicios originados por el delito, ya sea la reparación civil (en el mismo proceso penal) o la indemnización por daños y perjuicios (en un proceso civil autónomo).

Por un lado, según el artículo 101 del Código Procesal Penal, en caso de que el agraviado realice el reclamo de la reparación civil en el proceso penal necesariamente debe constituirse en actor civil antes de la culminación de la etapa de investigación preparatoria. Así, al constituirse se le otorga diversas facultades en el proceso como por ejemplo deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación dentro del proceso penal, participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el juicio oral, interponer recursos impugnatorios, entre otros.

Por otro lado, si recurre a la indemnización por daños y perjuicios mediante proceso civil, la normativa aplicable son los artículos 1969 y 1970⁹⁸ del Código Civil, es decir, la demanda será fundamentada por responsabilidad civil extracontractual.

Por último, el artículo 106 del CPP señala que la constitución en actor civil impide que se presente alguna demanda indemnizatoria en la vía extrapenal; es decir, que dichos procesos son excluyentes, una vez se elija una de las vías,

⁹⁸ “Artículo 1969- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.
Artículo 1970- Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

ya no se podrá reclamar en la otra, a menos que, eligiendo la vía penal, la víctima se desista de constituirse en actor civil antes de la acusación fiscal.

15. ¿Podría un tribunal penal ejercer jurisdicción sobre una persona jurídica de su país por actos delictivos cometidos en el extranjero?

Según el artículo 2 del Código Penal, la ley peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero cuando:

- 1) El agente es funcionario o servidor público en desempeño de su cargo;
- 2) Atenta contra la seguridad o la tranquilidad pública o se traten de conductas tipificadas como lavado de activos, siempre que produzcan sus efectos en el territorio de la República;
- 3) Agravia al Estado y la defensa nacional; a los Poderes del Estado y el orden constitucional o al orden monetario;
- 4) Es perpetrado contra peruano o por peruano y el delito esté previsto como susceptible de extradición según la Ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingresa de cualquier manera al territorio de la República;
- 5) El Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales.

Por ello, si la persona jurídica domiciliada en el Perú comete delitos relacionados a los supuestos anteriores, el tribunal peruano podría juzgar dichos hechos, aun así se hayan cometido en el extranjero.

Asimismo, respecto a delitos de corrupción realizado por empresas nacionales, la Convención Interamericana contra la Corrupción señala que cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas a un funcionario público de otro Estado por parte de sus nacionales y de ***empresas domiciliadas en él***, a cambio de que dicho funcionario realice u omite cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial. Por ello, siendo que el Perú ha tipificado el cohecho activo transnacional (artículo 397-A)

y el soborno internacional pasivo (artículo 393-A⁹⁹) en el Código Penal, se interpreta que las empresas domiciliadas en el país que realicen sobornos a funcionarios extranjeros pueden ser sancionados por la jurisdicción peruana.

16. En caso de que su legislación prevea el principio de personalidad pasiva –es decir, que un extranjero pueda ser juzgado incluso por actos cometidos en el extranjero contra nacionales–, ¿podría esta ser aplicable a personas jurídicas por actos que puedan constituir delitos?

El principio de personalidad pasiva está regulado en el inciso 4) del artículo 2 del Código Penal y permite aplicar la ley peruana por hechos punibles cometidos en el extranjero contra ciudadanos peruanos. Para que se aplique dicho principio es necesario cumplir con los siguientes requisitos: 1) que el delito sea susceptible de extradición, 2) doble incriminación y 3) que el sujeto ingrese de cualquier modo en el territorio de la República.

Dado que la legislación peruana reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no existiría problemas en procesar a directivos o funcionarios y a la misma persona jurídica, siempre y cuando haya un tratado de extradición con el país correspondiente que lo permita.

⁹⁹ “Artículo 393-A Soborno internacional pasivo.- El funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones Oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales (...)”.

“Artículo 397-A Cohecho activo transnacional.- El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales (...)”

17. ¿Podría un tribunal de su país ejercer la jurisdicción universal contra una empresa? En caso afirmativo, señale las conductas delictivas sobre las que podría utilizarse.

El principio de jurisdicción universal faculta al Estado a sancionar mediante sus respectivos órganos de administración de justicia hechos delictivos que lesionen bienes jurídicos reconocidos por la humanidad, independiente del lugar de la comisión y la nacionalidad del autor o de víctima del delito¹⁰⁰. Asimismo, en el inciso 5) del artículo 2 del Código Penal señala que el Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales.

IV. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Derecho ambiental

18. Señale las disposiciones normativas que regulan la responsabilidad por daño ambiental.

Lo primero es establecer una definición de **daño ambiental**. En el ámbito jurídico, la Ley 28611–Ley General del Ambiente (LGA) lo define de la siguiente manera:

Artículo 14.2. Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

Siguiendo esta definición, la LGA considera tres elementos del daño ambiental:

- **Menoscabo material:** se exige la certeza de la existencia del daño. Así, la legislación diferencia riesgo ambiental y un daño ambiental. Ambos generan responsabilidad, pero no son lo mismo.
- **Efectos negativos actuales o potenciales:**

Negativo: La existencia del menoscabo material no determina, necesariamente, que existan efectos negativos en el ambiente. Para el

¹⁰⁰ Villavicencio, Felipe. Derecho penal básico Lima: Fondo Editorial, (2019), 46-47.

derecho, la presencia de efectos negativos y su ilicitud dependerá de la magnitud y del grado de severidad que hacen intolerable el menoscabo para la sociedad.

Actualidad y potencialidad: el menoscabo debe ser actual y evidente; el ordenamiento legal requiere certidumbre respecto del daño, por lo que el menoscabo debe ser cierto.

- **Antijuricidad implícita:** la antijuricidad, al igual que el daño, el nexo causal y los factores de atribución, son elementos de la responsabilidad civil extracontractual. En el marco de la LGA, implica que el ejercicio regular de un derecho no exime de responsabilidad por daño ambiental.

En materia ambiental, el daño ambiental ha sido el tema central del trabajo del ente rector en materia de evaluación y fiscalización ambiental. El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)¹⁰¹ es la entidad pública encargada de determinar la existencia de infracciones, así como de imponer sanciones y medidas correctivas¹⁰², de acuerdo a la Ley 29325 – Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental SINEFA. De acuerdo con esta norma, el OEFA se convierte en el ente rector del SINEFA, sistema que además tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables por parte de los administrados, así como supervisar y garantizar que las funciones de evaluación, supervisión y fiscalización ambiental -a cargo de las entidades del Estado- se realicen de forma independiente, imparcial, ágil y eficiente. La mencionada ley del SINEFA establece lo siguiente:

Artículo 6: El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, que constituye un pliego presupuestal. Se encuentra adscrito al MINAM y se encarga de la fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción en materia ambiental, así como de la aplicación de los incentivos y ejerce las funciones previstas en el Decreto Legislativo 1013 y la presente Ley. El OEFA es el ente rector del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

¹⁰¹ Creado mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1013, “Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio de Ambiente”.

¹⁰² Artículo 6 de la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Ley del SINEFA).

El OEFA establece definiciones y pautas sobre cómo abordar el daño ambiental en los Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el literal d. del numeral 22.2 del artículo 22 de la Ley 29325. Para comenzar, denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente o alguno de sus componentes, que puede ser causado en contravención, o no, de alguna disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales. El daño ambiental vulnera el derecho fundamental de toda persona a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para su pleno desarrollo. Ello en atención a que afecta la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica y los ecosistemas y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. El daño ambiental bajo esta normativa puede ser:

- **Daño real:** detrimento, pérdida, impacto negativo o perjuicio actual y probado causado al ambiente y/o alguno de sus componentes como consecuencia del desarrollo de actividades humanas.
- **Daño potencial:** contingencia, riesgo, peligro, proximidad o eventualidad de que ocurra cualquier tipo de detrimento, pérdida, impacto negativo o perjuicio al ambiente y/o alguno de sus componentes como consecuencia de fenómenos, hechos o circunstancias con aptitud suficiente para provocarlos, que tienen su origen en el desarrollo de actividades humanas.

Sin embargo, en los últimos meses se ha generado un cambio en el enfoque. El Reglamento de Evaluación del OEFA¹⁰³, establece parámetros y alcances sobre el contenido de la Ley del SINEFA. Un primer punto a considerar es que la fiscalización ambiental debe basarse en evidencia para que sea óptima. La OECD recomendó al OEFA que implemente gradualmente un sistema que facilite el desarrollo de la fiscalización ambiental que se base en un análisis integral de los riesgos en todo el territorio nacional, usando información sobre la calidad ambiental recolectada como evidencia que sirva para asegurar el cumplimiento en materia ambiental¹⁰⁴.

¹⁰³ Resolución 013-2020-OEFA/CD del 19 de julio del 2020.

¹⁰⁴ OECD Cumplimiento Regulatorio y Fiscalizaciones en el sector Ambiental de Perú, Julio 2017.

En ese marco, se emite el Reglamento de Evaluación indicado, que establece que la evaluación ambiental debe permitir recoger información (evidencia) sobre la situación ambiental actual (que incluye acciones de vigilancia, monitoreo y otras acciones similares tales como estudios especializados que se desarrollen) para asegurar el cumplimiento de normas ambientales. Bajo esa lógica, se cambia el enfoque de buscar evidencia del daño a buscar evidencia para que no se genere riesgo. La orientación al riesgo entonces implicará que la programación y planificación de evaluaciones ambientales en el marco del SINEFA, tomará en consideración el riesgo ambiental que pueda generarse con el desarrollo de actividades sujetas a fiscalización ambiental, teniendo en cuenta el nivel de sus consecuencias, así como la probabilidad de su ocurrencia. Siendo así, el monitoreo será para la obtención espacial y temporal de información específica sobre el estado de los componentes ambientales. Así, antes de esperar se genere un daño, se viene implementando una mirada de prevención ante posibles riesgos.

Entre las principales normas relacionadas a la fiscalización ambiental tenemos:

- Ley N° 28804 (21.07.2006) Ley que regula la Declaratoria de emergencia ambiental.
- Ley N° 29325 (05.03.2009) Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
- Decreto Legislativo N° 1013 (14.06.2008) aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente.
- Decreto Legislativo N° 1055 (27.06.2008) modifica la Ley 28611, Ley General del Ambiente.
- Decreto Supremo N° 059-2005-EM (08.12.2005) aprueban Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera.
- Decreto Supremo N° 033-2007-PCM (05.04.2007) aprueban el procedimiento para la aprobación de los estándares de calidad ambiental (ECA) y los Límites máximos permisibles (LMP) de contaminación ambiental.
- Decreto Supremo N° 039-2007-MTC (13.11.2007) aprueban el Reglamento de la Ley 29022 Ley para la expansión de infraestructura en Telecomunicaciones.

- Decreto Supremo N° 037-2008-PCM (14.05.2008) establecen límites máximos permisibles de efluentes líquidos para el sub sector hidrocarburos.
- Decreto Supremo N° 028-2008-EM (27.05.2008) aprueban el Reglamento de Participación ciudadana en el Subsector Minero
- Decreto Supremo N° 007-2008-MINAM (06.12.2008) aprueban Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente
- Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM (17.01.2009) aprueba el Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales
- Decreto Supremo N° 008-2009-MINAM (24.04.2009) Establecen disposiciones para la elaboración de los Planes Maestros de las Áreas Naturales Protegidas
- Decreto Supremo N° 012-2009-MINAM (23.05.2009) Aprueba la Política Nacional del Ambiente
- Decreto Supremo N° 078-2009-EM (08.11.2009) Implementan medidas de remediación ambiental a cargo del titular minero que haya realizado actividades y/o ejecutado proyectos relacionados con actividades mineras previstas en la Ley General de Minería.
- Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM (15.12.2009) aprueban Reglamento de Organización y Funciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA.
- Decreto Supremo N° 003-2010-MINAM (17.03.2010) aprueba Límites Máximos Permisibles para los efluentes de Plantas de Tratamiento de Aguas Residuales Domésticas o Municipales.
- Decreto Supremo N° 007-2010-MINAM (13.07.2010) aprueban el Texto Único de Procedimientos Administrativos-TUPA del Ministerio del Ambiente.
- Decreto Supremo N° 014-2010-MINAM (07.10.2010) aprueban los Límites Máximos Permisibles para las Emisiones Gaseosas y de Partículas de las Actividades del Sub Sector Hidrocarburos.
- Decreto Supremo N° 025-2011-EF (16.02.2011) aprueban monto por concepto de Dietas para los Miembros del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA.

- Decreto Supremo N° 004-2011-EM (19.02.2011) aprueban el Reglamento de la Ley que regula los Pasivos Ambientales del Subsector Hidrocarburos.
- Decreto Supremo N° 011-2011-MINAM (17.06.2011) autoriza la constitución del Fideicomiso para la administración de recursos recaudados por concepto de multas impuestas por infracciones a normas ambientales.
- Decreto Supremo N° 015-2011-MINAM (09.07.2011) aprueban el Reglamento Interno del Tribunal de Solución de Controversias Ambientales.
- Decreto Supremo N° 015-2012-VIVIENDA (14.09.2012) aprueban Reglamento de Protección Ambiental para proyectos vinculados a las actividades de Vivienda, Urbanismo, Construcción y Saneamiento.
- Decreto Supremo N° 008-2012-MINAM (14.11.2012) aprueban Reglamento de la Ley que establece la moratoria al ingreso y producción de organismos vivos modificados al territorio nacional por un período de 10 años.
- Decreto Supremo N° 018-2012-AG (14.11.2012) aprueban Reglamento de Participación Ciudadana para la Evaluación, Aprobación y Seguimiento de Instrumentos de Gestión Ambiental del Sector Agrario.
- Decreto Supremo N° 237-2012-EF (01.12.2012) aprueban Escala Remunerativa del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA.
- Decreto Supremo N° 271-2012-EF (21.12.2012) aprueban monto por concepto de dietas para los vocales del Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA.
- Decreto Supremo N° 006-2013-MINAM (19.06.2013) aprueban Disposiciones Complementarias para la aplicación de Estándar de Calidad Ambiental (ECA) de Aire.
- Decreto Supremo N° 008-2013-MINAM (22.08.2013) Decreto Supremo que aprueba disposiciones reglamentarias del artículo 20 A de la Ley 29325–Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

- Decreto Supremo N° 009-2013-MINAM (04.09.2013) Aprueban Reglamento del numeral 149.1 del artículo 149 de la Ley No 28611–Ley General del Ambiente.

Normas estrictamente vinculadas a la tipificación de infracciones por incumplimiento de obligaciones ambientales aplicables a los sectores bajo el ámbito de competencia del OEFA.

- Decreto Supremo N° 005-2010-MINAM (03.06.2010) aprueban Reglamento de la Ley No 29419, Ley que regula la Actividad de los Recicladores.
- Decreto Supremo N° 020-2011-PRODUCE (06.12.2011) aprueban Reglamento de Ordenamiento Pesquero de las Actividades Extractivas Artesanales y de Menor Escala del Ámbito Marítimo Adyacente al departamento de Tumbes.
- Decreto Supremo N° 001-2012-MINAM (27.06.2012) aprueban el Reglamento Nacional para la Gestión y Manejo de los Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos.
- Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM (10.11.2012) aprueban Cuadro de Tipificación de infracciones ambientales y escala de multas y sanciones aplicables a la gran y mediana minería respecto de labores de Explotación, Beneficio, Transporte y Almacenamiento de Concentrados de Minerales.
- Decreto Supremo N° 016-2012-AG (14.11.2012) aprueban Reglamento de Manejo de los Residuos Sólidos del Sector Agrario.
- Decreto Supremo N° 008-2012-PRODUCE (05.12.2012) establece medidas para la conservación del Recurso Hidrobiológico.
- Decreto Supremo N° 003-2013-VIVIENDA (08.02.2013) aprueban Reglamento para la Gestión y Manejo de los Residuos de las Actividades de la Construcción y Demolición.
- Resolución Ministerial N° 288-2003-PRODUCE (11.08.2003) establecen disposiciones complementarias sobre protección ambiental para el desarrollo de actividades de la industria manufacturera.
- Resolución Ministerial N° 055-2005-PRODUCE (03.03.2005) disponen presentación de informes ambientales a cargo de titulares de activi-

dades industriales manufactureras textil, fundición y cerámica y otras en cuyos procesos utilicen plomo o compuestos de plomo.

- Resolución Ministerial N° 702-2008-MINSA (12.10.2008) aprueban “Norma Técnica de Salud que guía el manejo selectivo de residuos sólidos por segregadores”.
- Resolución Ministerial N° 373-2010-MINSA (30.04.2010) aprueban Documento Técnico “Plan Nacional de Gestión y Manejo de Residuos Sólidos en establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo a nivel nacional 2010–2012”.
- Resolución Ministerial N° 019-2013-PRODUCE (12.01.2013) auspenden actividades extractivas de anchoveta y anchoveta blanca en área del dominio marítimo.
- Resolución Ministerial N° 213-2013-PRODUCE (26.06.2013) autorizan continuación de actividad extractiva del recurso anchoveta y anchoveta blanca realizada con embarcaciones pesqueras de mayor escala, menor escala y artesanales en zona del litoral.
- Resolución Ministerial N° 351-2013-PRODUCE (14.12.2013) autorizan reinicio de actividades extractivas del recurso merluza en área marítima.
- Resolución Ministerial N° 360-2013-PRODUCE (24.12.2013) establecen Régimen Provisional de Extracción del Recurso Anguila para el año 2014.
- Resolución Ministerial N° 366-2013-PRODUCE (28.12.2013) establecen veda reproductiva del recurso arahuana en la cuenca media y baja del río Putumayo del departamento de Loreto.

19. ¿Exige la legislación ambiental de su país la realización de estudios de impacto ambiental o la aprobación de otros instrumentos de gestión ambiental? ¿A quién corresponde llevarlas a cabo?

En un inicio el modelo adoptado para institucionalizar el rol central del Estado en la evaluación de impacto ambiental fue el “modelo sectorial”. En 1991, mediante el artículo 51 del Decreto Legislativo N° 757, Ley marco para el crecimiento de la inversión privada, se estableció que la autoridad

sectorial competente fuera la responsable de la certificación ambiental; bajo ese esquema los ministerios aprobaron sus propios reglamentos y normas ambientales sectoriales, que regularon entre otras cosas los procedimientos y criterios técnicos de la evaluación de impacto ambiental para los proyectos bajo su ámbito. Esta situación cambia posteriormente.

Para articular los procedimientos y dar un tratamiento homogéneo a la evaluación de impacto ambiental se crea el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) mediante la Ley N° 27446 en el año 2001. Esta norma estableció un procedimiento uniforme que comprende los requerimientos, etapas, y alcances de la evaluación del impacto ambiental de proyectos de inversión, y que a su vez cuenta con mecanismos que aseguren la participación ciudadana. En el 2009 se emite el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley N° 27446, que obliga a una adecuación progresiva de todos los sectores. Es así que se pasa de un modelo sectorial a uno especializado, donde los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) y otros instrumentos de gestión ambiental serán aprobados por un ente técnico rector, de tal manera que el resto de sectores debían transferir este ámbito de sus competencias.

En el año 2012 se crea el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles SENACE, organismo especializado e independiente a cargo de la aprobación de los EIA. Recién a finales del 2015 inicia funciones en el marco de un cronograma de transferencias que permitió ir fortaleciendo la evaluación de impacto ambiental de proyectos de inversión de cada sector de una manera ordenada. Para fortalecer este esquema institucional, ese mismo año el Congreso de la República aprobó la Ley N° 30327, Ley de Promoción de la Inversiones para el Desarrollo Económico y el Desarrollo Sostenible, que crea la Certificación Ambiental Global – llamada IntegrAmbiente- a ser implementada por el SENACE. Esta herramienta integra y optimiza un conjunto de permisos ambientales durante el procedimiento de evaluación del EIA-d, de manera que puedan emitirse y evaluarse en simultáneo, reduciendo tiempos totales de inicio de operaciones de las inversiones.

Toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, nacional o extranjera, que pretenda desarrollar un proyecto de inversión susceptible de generar impactos ambientales negativos de carácter significativo, debe gestionar una Certificación Ambiental ante el SENACE. De acuerdo con

la significancia de los impactos negativos que generen los proyectos de inversión, los instrumentos de gestión ambiental (IGA) pueden calificarse como categoría I, II o III. Estas categorías sirven para establecer el nivel de profundidad del análisis que tendrá el instrumento. Un proyecto categoría III le corresponde un EIA detallado.

Un proyecto de inversión tiene varias etapas que van desde la planificación, construcción, operación hasta el mantenimiento y cierre. El SENACE interviene en una etapa específica del proceso, que es cuando el proyecto está diseñado a un nivel de factibilidad, en lo que comprende a la elaboración y evaluación de estudios ambientales y sus modificaciones. De acuerdo con la Ley del Procedimiento Administrativo General, el SENACE no puede cuestionar la validez de un estudio aprobado o expedido por otras entidades, salvo que una norma especial así lo exprese.

La certificación ambiental solo declara la viabilidad ambiental de un proyecto; es un instrumento preventivo de gestión y requisito para obtener otros permisos, pero no es el acto administrativo que otorga el permiso o autoriza el inicio de operaciones definitivo de un proyecto. Así, la aprobación de un EIA no autoriza el inicio ni la ejecución del proyecto de inversión. El SENACE evalúa si los impactos ambientales y sociales que generaría el proyecto están bien identificados en el estudio y que las medidas de manejo ambiental propuestas por el titular sean las más adecuadas antes del inicio de operaciones.

20. ¿Qué sanciones se pueden imponer por llevar a cabo actividades empresariales¹⁰⁵ sin cumplir con la normatividad ambiental?

El literal a. del numeral 11.2 del artículo 11 de la Ley del SINEFA, establece que la función normativa del OEFA comprende la facultad de dictar en el ámbito de sus competencias, las normas que regulan el ejercicio de la evaluación, fiscalización y supervisión ambiental en el marco del SINEFA y otras de carácter general referidas a la verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables de los administrados a su cargo, así

¹⁰⁵ Por actividades empresariales nos referimos a proyectos de infraestructura o desarrollo, proyectos extractivos o de agroindustria, o a toda aquella actividad empresarial que pueda generar afectaciones a gran escala.

como aquellas necesarias para el ejercicio de la función de supervisión de Entidades de Fiscalización Ambiental, las que son de cumplimiento obligatorio para dichas entidades en los tres niveles de gobierno.

El literal b. del artículo 17 de la Ley del SINEFA establece que constituye infracción administrativa bajo el ámbito de competencia del OEFA, el incumplimiento de las obligaciones ambientales a cargo de los administrados establecidos en los instrumentos de gestión ambiental señalados en la normativa ambiental vigente; en el último párrafo del referido artículo se establece que, mediante resolución de Consejo Directivo del OEFA, se tipifican las conductas infractoras y se establece la escala de sanciones aplicables, disponiéndose que las de carácter general y transversal son de aplicación supletoria a la tipificación de infracciones y escala de sanciones que utilicen las Entidades de Fiscalización Ambiental; por otro lado, el artículo 19 de la Ley del SINEFA dispone que las infracciones y sanciones se clasifican como leves, graves y muy graves; y, que su determinación debe fundamentarse en: (i) la afectación a la salud o al ambiente; (ii) la potencialidad o certeza de daño; (iii) la extensión de sus efectos; y, (iv) en otros criterios que puedan ser definidos de acuerdo a la normativa vigente.

En este marco, OEFA emite:

- Resolución del Consejo Directivo 027-2017-OEFA/CD (11.10.17) Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA,
- Resolución de Consejo Directivo 006-2018-OEFA/CD mediante la cual tipifican infracciones administrativas y establecen escalas de sanciones relacionadas con los instrumentos de gestión ambiental aplicables a los administrados que se encuentren bajo el ámbito de competencia del OEFA.
- Resolución de Consejo Directivo 006-2019-OEFA/CD, Reglamento de Supervisión.

Actualmente, más que establecer sanciones (perseguir o esperar el daño), el régimen apunta a emitir medidas preventivas mediante la supervisión, y medidas correctivas o cautelares mediante la fiscalización. Asimismo, la supervisión puede ser orientativa, es decir, con el objetivo de promover el cumplimiento de obligaciones sin fines punitivos. En los otros casos se

realiza trabajo de campo. El objetivo es elaborar un informe que establezca el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, o las recomendaciones de medidas administrativas a ejecutar, entre estas las medidas de carácter preventivo.

Estas medidas son disposiciones a través de las cuales el administrado obtiene una obligación de hacer o no hacer, destinadas a evitar un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas; asimismo, buscan mitigar las causas que generen la degradación o daño ambiental.

Por otro lado, cuando se realiza una fiscalización, se puede establecer una medida cautelar que se impone al administrado para prevenir el daño al ambiente, a los recursos naturales o a la salud de las personas, o una medida correctiva con el fin de que el administrado revierta o disminuya el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.

En el caso que se establezcan sanciones por daños, estas pueden ser amonestaciones, multas u otras establecidas en la normativa vigente. En el caso de las multas existen las figuras de reducción de la misma por reconocimiento de responsabilidad o por pronto pago.

21. ¿Es posible exigir una reparación de naturaleza civil en el marco de un daño ambiental?

En el mismo sentido, el artículo 138 de la LGA establece que la responsabilidad administrativa es independiente a la responsabilidad civil o penal que pudiera derivarse por los mismos hechos. A este, debe agregarse los artículos 144 y 145 de la LGA, establecen dos tipos de responsabilidad frente a la ocurrencia de daño ambiental.

Artículo 144° De la responsabilidad objetiva: La responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso, o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, es objetiva. Esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa, lo que conlleva a asumir los costos contemplados en el artículo 142 precedente, y los que correspon-

dan a una justa y equitativa indemnización; los de la recuperación del ambiente afectado, así como los de la ejecución de las medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que éste se vuelva a producir.

Artículo 145° De la responsabilidad subjetiva: La responsabilidad en los casos no considerados en el artículo anterior es subjetiva. Esta responsabilidad solo obliga al agente a asumir los costos derivados de una justa y equitativa indemnización y los de restauración del ambiente afectado en caso de mediar dolo o culpa. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde al agente.

Por otro lado, encontramos que el artículo 147 de la LGA estipula lo siguiente:

La reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes, y de la indemnización económica del mismo. De no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados. La indemnización tendrá por destino la realización de acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales.

De la lectura conjunta de los artículos referidos, es posible señalar que, independientemente de la responsabilidad determinada a partir de un procedimiento administrativo, también resulta viable exigir la determinación de responsabilidad por la vía civil o penal, con la subsecuente reparación. Evidentemente, esta determinación de responsabilidad partirá de elementos diferenciados: elementos de responsabilidad civil como hecho generador, relación causal y daño, en el caso del proceso civil; y tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, en el caso del proceso penal. En esa línea, es posible considerar exigible o bien una indemnización a modo de reparación en el marco del proceso civil, o bien una reparación de naturaleza civil en el marco del proceso penal, que comprendería la restitución in natura y/o la indemnización de acuerdo al artículo 93 del Código Penal:

Artículo 93.- La reparación comprende:

1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y
2. La indemnización de los daños y perjuicios

Respecto a este último escenario, es preciso tener en cuenta que un delito ambiental, en sentido dogmático, es definido como una conducta (acción u omisión) descrita en la ley penal que ha sido considerada contraria al ordenamiento que pretende proteger el bien jurídico ambiente, a través de una amenaza punitiva. Luego, son delitos ambientales todas aquellas conductas que causan o pueden causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente, a sus procesos ecológicos o a sus componentes tales como el agua, el suelo, el aire, la flora y la fauna silvestre. En el Código Penal los delitos ambientales están tipificados en el título Décimo Tercero (XIII) del Libro Segundo del Código Penal aprobado mediante Decreto Legislativo 635 y modificados el 2 de octubre de 2008 mediante Ley 29263. Las reparaciones civiles, en este caso, estarán condicionadas a que el o los sujetos pasivos perjudicados por la comisión del delito ambiental se constituyan como parte civil dentro del proceso¹⁰⁶.

22. ¿Existen sanciones penales por daño ambiental?

El Código Penal contiene un título dedicado a los delitos ambientales.

Delitos de Contaminación

Artículo	Cuando se configura el delito	Sanciones
Art. 304 Contaminación del ambiente	Cuando infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, se provoca o realiza descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.	Pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa. Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

¹⁰⁶ Torres, R “Los delitos ambientales y la actuación procesal de los fiscales especializados en materia ambiental” Derecho & sociedad N° 35, 2010, 140-145. Consulta: 14 de mayo de 2021. <<http://omartoledotoribio.blogspot.com/2017/03/el-levantamiento-del-velo-societario-en.html>>.

Artículo	Cuando se configura el delito	Sanciones
<p>Artículo 306. Incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos</p>	<p>Cuando sin autorización o aprobación de la autoridad competente, se establece un vertedero o botadero de residuos sólidos que pueda perjudicar gravemente la calidad del ambiente, la salud humana o la integridad de los procesos ecológicos.</p>	<p>Penal privativa de libertad no mayor de cuatro años. Si el agente actuó por culpa, la penal será privativa de libertad no mayor de dos años. Cuando el agente, contraviniendo leyes, reglamentos o disposiciones establecidas, utiliza desechos sólidos para la alimentación de animales destinados al consumo humano, la penal será no menor de tres años ni mayor de seis años y con doscientos sesenta a cuatrocientos cincuenta días- multa.</p>
<p>Artículo 307. Tráfico ilegal de residuos peligrosos</p>	<p>Cuando se produce el ingreso ilegal al territorio nacional, usando, empleando, colocando, trasladando o disponiendo sin la debida autorización, residuos o desechos tóxicos o peligrosos para el ambiente, resultantes de un proceso de producción, extracción, transformación, utilización o consumo.</p>	<p>Penal privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con trescientos a cuatrocientos días-multa.</p>
<p>Artículo 307^o-A.- Delito de minería ilegal</p>	<p>Cuando se realiza actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar de recursos minerales metálicos y no metálicos sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.</p>	<p>Penal privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa. La misma penal será aplicada a quien realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar de recursos minerales metálicos y no metálicos que se encuentre fuera del proceso de formalización, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. Si el agente actuó por culpa, la penal será privativa de libertad, no mayor de tres o con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.</p>

Artículo	Cuando se configura el delito	Sanciones
Artículo 307 ^o C.- Delito de financiamiento de la minería ilegal	Cuando se financia la comisión de los delitos previstos en los artículos 307 ^o -A o sus formas agravadas.	Pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de doce años y con cien a seiscientos días-multa.
Artículo 307 ^o D.- Delito de obstaculización de la fiscalización administrativa	Cuando se obstaculiza o impide la actividad de evaluación, control y fiscalización de la autoridad administrativa relacionada con la minería ilegal.	Pena privativa de la libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años.
Artículo 307 ^o E.- Tráfico ilícito de insumos químicos y maquinarias destinados a minería ilegal	Cuando infringiendo las leyes y reglamentos, se adquiere, vende, distribuye, comercializa, transporta, importa, posee o almacena insumos químicos, con el propósito de destinar dichos bienes a la comisión de los delitos de minería ilegal.	Pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa. El que adquiere, vende, arrienda, transfiere o cede en uso bajo cualquier título, distribuye, comercializa, transporta, importa, posee o almacena maquinarias, a sabiendas de que serán destinadas a la comisión de los delitos de minería ilegal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.
Artículo 307 ^o F.- Inhabilitación		El agente de los delitos previstos en los artículos 307 ^o -A, 307 ^o -B, 307 ^o -C, 307 ^o -D y 307 ^o -E, será además sancionado, de conformidad con el artículo 36 ^o , inciso 4, con la pena de inhabilitación para obtener, a nombre propio o a través de terceros, concesiones mineras, de labor general, de beneficio o transporte de minerales metálicos o no metálicos, así como para su comercialización, por un periodo igual al de la pena principal.

Delitos contra los recursos naturales

Artículo	Cuando se configura el delito	Sanción
Artículo 308. Tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre	Cuando se adquiere, vende, transporta, almacena, importa, exporta o reexporta productos o especímenes de especies de flora silvestre no maderable y/o fauna silvestre, sin un permiso o certificado válido, cuyo origen no autorizado conoce o puede presumir.	Pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años y con ciento ochenta a cuatrocientos días-multa.
Artículo 308 A.- Tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre	Cuando se adquiere, vende, transporta, almacena, importa, exporta o reexporta productos o especímenes de especies acuáticas de la flora y/o fauna silvestre bajo cualquiera de los siguientes supuestos: 1. Sin un permiso, licencia o certificado válido. 2. En épocas, cantidades, talla o zonas que son prohibidas o vedadas.	Pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años y con ciento ochenta a cuatrocientos días-multa.
Artículo 308-B. Extracción ilegal de especies acuáticas	Cuando se extrae especies de flora o fauna acuática en épocas, cantidades, talla y zonas que son prohibidas o vedadas, o captura especies sin contar con el respectivo permiso o exceda el límite de captura por embarcación, asignado por la autoridad administrativa competente y la ley de la materia, o lo hace excediendo el mismo o utiliza explosivos, medios químicos u otros métodos prohibidos o declarados ilícitos.	Pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años.
Artículo 308-C. Depredación de flora y fauna silvestre	Cuando se caza, captura, colecta, extrae o posee productos, raíces o especímenes de especies de flora y/o fauna silvestre, sin contar con la concesión, permiso, licencia o autorización u otra modalidad de aprovechamiento o extracción, otorgada por la autoridad competente.	Pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años y con cincuenta a cuatrocientos días-multa.

Artículo	Cuando se configura el delito	Sanción
Artículo 308-D. Tráfico ilegal de recursos genéticos	Cuando se adquiere, vende, transporta, almacena, importa, exporta o reexporta, de forma no autorizada, recursos genéticos de especies de flora y/o fauna silvestre.	Pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años y con ciento ochenta a cuatrocientos días-multa. La misma pena será aplicable para el que a sabiendas financia, de modo que sin su cooperación no se hubiera podido cometer las actividades señaladas en el primer párrafo, y asimismo al que las dirige u organiza.
Artículo 310. Delitos contra los bosques o formaciones boscosas	Cuando, sin contar con permiso, licencia, autorización o concesión otorgada por autoridad competente, se destruye, quema, daña o tala, en todo o en parte, bosques u otras formaciones boscosas, sean naturales o plantaciones.	Pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.
Artículo 310-A. Tráfico ilegal de productos forestales maderables	Cuando se adquiere, acopia, almacena, transforma, transporta, oculta, custodia, comercializa, embarca, desembarca, importa, exporta o reexporta productos o especímenes forestales maderables, cuyo origen ilícito, conoce o puede presumir.	Pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de siete años y con cien a seiscientos días-multa.
Artículo 311.-Utilización indebida de tierras agrícolas	Cuando sin la autorización de cambio de uso, se utiliza tierras destinadas por autoridad competente al uso agrícola con fines de expansión urbana, de extracción o elaboración de materiales de construcción u otros usos específicos.	Pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años.
Artículo 312. Autorización de actividad contraria a los planes o usos previstos por la ley	Cuando un funcionario o servidor público autoriza o se pronuncia favorablemente sobre un proyecto de urbanización para otra actividad no conforme con los planes o usos previstos por los dispositivos legales o el profesional que informa favorablemente.	Pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años e inhabilitación de un año a tres años conforme al artículo 36º incisos 1, 2 y 4.

Artículo	Cuando se configura el delito	Sanción
Artículo 313. Alteración del ambiente o paisaje	Cuando contraviniendo las disposiciones de la autoridad competente, se altera el ambiente natural o el paisaje urbano o rural, o modifica la flora o fauna, mediante la construcción de obras o tala de árboles.	Pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a noventa días-multa.

Elaboración propia de los autores.

23. ¿Señala explícitamente la legislación ambiental un vínculo con los derechos humanos?

La norma principal en la materia es la LGA. En su Título Preliminar considera que toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país.

Esta misma norma reconoce otros derechos:

- Derecho a la participación en la gestión ambiental. Toda persona tiene el derecho a participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones, así como en la definición y aplicación de las políticas y medidas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno.
- Derecho al acceso a la justicia ambiental. Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos.

24. ¿Existen en su país tribunales ambientales, o es el cuidado del medio ambiente una función de fiscalización?

El OEFA ha establecido su procedimiento sancionador a través del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo 012-2012.OEFA/CD (13.12.12). Asimismo, se considera de manera supletoria a la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador.

En virtud de lo estipulado en el artículo 5 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cualquier persona natural o jurídica, puede formular una denuncia cuando advierta que hay un acto contrario al ordenamiento jurídico, pero el denunciante no es parte del procedimiento sancionador respectivo. Las denuncias son tramitadas por el Servicio de Información Nacional de Denuncias Ambientales (SINADA), el cual las deriva a la Dirección de Supervisión, la cual las analiza, y si se verifica que hay mérito para iniciar un procedimiento sancionador, elabora un informe técnico acusatorio el cual pone en conocimiento de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (en adelante Dirección de Fiscalización), la que finalmente resuelve. Esta Dirección tiene dos autoridades, la autoridad de instrucción presente en la Subdirección de Instrucción (que imputa los cargos tomando el informe técnico acusatorio) y la autoridad de decisión, que es la Dirección de Fiscalización propiamente dicha. La Dirección de Supervisión, que realiza la investigación preliminar y elaborar el informe técnico que da sustento a la acusación, puede apersonarse al procedimiento como un “fiscal administrativo”. La resolución de la Dirección de Fiscalización puede revisarse ante el Tribunal de Fiscalización Ambiental.

En materia de fiscalización ambiental, solo constituyen sanciones las multas y las amonestaciones. La primera tiene carácter pecuniario, la segunda no. Además, hay medidas correctivas, las que tienen como finalidad corregir la afectación generada por la infracción.

25. En caso de que en su país existan tribunales ambientales, ¿han dictado sentencias donde se establezca un vínculo entre el daño medioambiental y violaciones a los derechos humanos?

Para abordar este tema debemos empezar por hablar del acceso a la justicia ambiental, entendiéndose por esta como la posibilidad de obtener solución

expedita y completa por las autoridades judiciales y administrativas en materia ambiental. Para ello, el bien jurídico a proteger es el “ambiente”, donde el interés en su protección no es individual, ni colectivo, sino difuso. Para acceder a la justicia ambiental debe establecerse la naturaleza del daño a ese ambiente que está protegido, además del vínculo causal entre la acción humana y el daño ambiental.

Uno de los problemas identificados de actuar de manera colectiva es que algunos de los actores no actúan pues los costos de hacerlo son mayores que los beneficios obtenidos. Cualquier persona, natural o jurídica, está legitimada para ejercer la acción a que se refiere la Ley General del Ambiente, contra quienes ocasionen o contribuyan a ocasionar un daño ambiental, de conformidad con lo establecido en el artículo III del Código Procesal Civil.

Al ser el ambiente el bien jurídico a proteger de carácter difuso, revisemos cómo se consideran estos en la legislación nacional. Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, como el ambiente. Pueden promover o intervenir en estos procesos el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, Comunidad Campesinas y Nativas, así como asociaciones o instituciones sin fines de lucro.

En el marco de la Ley del Procedimiento Administrativo General, personas naturales o jurídicas pueden presentar peticiones o contradecir actos ante la autoridad administrativa competente, aduciendo el interés difuso de la sociedad. Un caso a considerar es el Tribunal de Fiscalización Ambiental OEFA. Este Tribunal es el órgano resolutorio que ejerce funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA. Cuenta con autonomía en el ejercicio de sus funciones en la emisión de sus resoluciones y pronunciamientos, y está integrado por Salas Especializadas en los asuntos de competencia del OEFA. Son funciones de este tribunal:

- Conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación interpuestos contra los actos administrativos impugnables emitidos por los órganos de línea del OEFA.
- Proponer a la Presidencia del Consejo Directivo mejoras a la normativa ambiental dentro del ámbito de sus competencias.

- Emitir precedentes vinculantes que interpreten de modo expreso el sentido y alcance de las normas de competencia del OEFA, cuando corresponda.
- Ejercer las demás funciones que establece la normativa vigente sobre la materia.

Sentencias del Tribunal Constitucional en materia ambiental¹⁰⁷

Recursos Naturales

RESOLUCIÓN: N.º 00003-2006-AI/TC

FECHADE PUBLICACION: 19/09/2006

CASO: Franja Electoral

SUMILLA: Los recursos naturales pueden ser definidos como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general. Tales recursos en ningún caso quedan excluidos del dominio soberano del Estado, por lo que resulta constitucionalmente vedado el ejercicio de propiedad privada sobre ellos, sin perjuicio de lo cual, conforme refiere el artículo 66º constitucional, cabe conceder su uso y explotación a entidades privadas, bajo las condiciones generales fijadas por ley orgánica (además de las regulaciones específicas previstas en leyes especiales), y teniendo en cuenta que, en ningún caso, dicho aprovechamiento sostenible puede quedar librado de la búsqueda del bienestar general, como núcleo instrumental y finalista derivado no sólo de su condición de patrimonio nacional, sino de principios fundamentales informantes de todo el compendio constitucional formal y sustantivo (FJ 5-7).

RESOLUCIÓN: N.º 00003-2006-AI/TC

FECHADE PUBLICACION: 19/09/2006

CASO: Franja Electoral

SUMILLA: El espectro radioeléctrico o electromagnético es un recurso natural por medio del cual pueden propagarse las ondas radioeléctricas sin guía artificial. De conformidad con el artículo 66º de la Constitución, forma parte del patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento,

¹⁰⁷ Tribunal Constitucional. Consulta: 11 de agosto 2020. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?action=categoria_detalle&id_post=143909>.

correspondiéndole a éste su gestión, planificación, administración y control, con arreglo a la Constitución, la ley y los principios generales (FJ 4).

RESOLUCIÓN: N.º 0048-2004-PI/TC

FECHA DE PUBLICACION: 01/04/2005

CASO: Ley N.º 28258 Ley de Regalía Minera

SUMILLA: Se delimita el alcance de la disposición constitucional que le reconoce protección a los recursos naturales, sabiendo que estos pueden definirse como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general. Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre (FJ 28 y 29).

Contenido esencial

RESOLUCIÓN: N.º 0048-2004-PI/TC

FECHA DE PUBLICACION: 01/04/2005

CASO: Ley N.º 28258, Ley de Regalía Minera

SUMILLA: Se señala que el contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por el derecho a gozar de ese medio ambiente y el derecho a que ese medio ambiente se preserve (FJ 17).

Desarrollo sostenible o sustentable

RESOLUCIÓN: N.º 01206-2005-AA/TC

FECHA DE PUBLICACION: 24/05/2007

CASO: INRENA

SUMILLA: Las obligaciones impuestas tanto a particulares como al Estado, destinadas al cuidado y preservación del ambiente, no sólo pretenden conservar el ambiente para el goce inmediato de la ciudadanía, sino que este cuidado se extiende a la protección del disfrute de las generaciones futuras, fundamento del concepto de desarrollo sostenible (FJ 4).

RESOLUCIÓN: N.º 02002-2006-CC/TC

FECHA DE PUBLICACION: 27/06/2006

CASO: Pablo Miguel Fabían Martínez y otros

SUMILLA: El principio de desarrollo sostenible o sustentable constituye una pauta basilar para que la gestión humana sea capaz de generar una

mayor calidad y mejores condiciones de vida en beneficio de la población actual, pero manteniendo la potencialidad del ambiente para satisfacer las necesidades y las aspiraciones de vida de las generaciones futuras (FJ 31).

RESOLUCIÓN: N.º 0048-2004-PI/TC

FECHADE PUBLICACION: 01/04/2005

CASO: Ley N.º 28258, Ley de Regalía Minera

SUMILLA: El principio de desarrollo sostenible o sustentable constituye una pauta basilar para que la gestión humana sea capaz de generar una mayor calidad y condiciones de vida en beneficio de la población actual, pero manteniendo la potencialidad del ambiente para satisfacer las necesidades y las aspiraciones de vida de las generaciones futuras (FJ 19)

Política nacional ambiental

RESOLUCIÓN: N.º 3510-2003-AA/TC

FECHADE PUBLICACION: 30/06/2005

CASO: Julio César Huayllasco Montalva

SUMILLA: A través de esta política, el Estado concreta su obligación de desempeñar programas que impliquen actividades que tiendan a preservar y conservar el ambiente, y así poder asegurar el desarrollo integral de las futuras generaciones de peruanos (FJ 2.f).

RESOLUCIÓN: N.º 0048-2004-PI/TC

FECHADE PUBLICACION: 01/04/2005

CASO: Ley N.º 28258, Ley de Regalía Minera

SUMILLA: Se delimita las obligaciones del Estado que se derivan de la política nacional del ambiente (FJ 31-33)

Principio de prevención

RESOLUCIÓN: N.º 01206-2005-PA/TC

FECHADE PUBLICACION: 24/05/2007

CASO: INRENA

SUMILLA: El principio de prevención garantiza que se tomen las medidas necesarias a fin de evitar que los daños al ambiente se generen o que, en caso se lleguen a producir, la afectación sea mínima. Es decir que, frente a un posible daño ambiental, se deben adoptar las medidas destinadas a prevenir afectaciones al ambiente (FJ 6-10).

Principio precautorio y Principio de prevención

RESOLUCIÓN: N.º 3510-2003-AA/TC

FECHA DE PUBLICACION: 30/06/2005

CASO: Julio César Huayllasco Montalva

SUMILLA: El «principio precautorio» o también llamado «de precaución» o «de cautela» se encuentra estrechamente ligado al denominado principio de prevención. Este exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro al medio ambiente. Aquel opera más bien ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Es justamente en esos casos en que el principio de precaución puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de este (FJ 4).

Resoluciones del Tribunal de OEFA

RESOLUCIÓN: 021-2014-OEFA/TFA-SEP

FECHA DE PUBLICACIÓN: 30.10.14

Precedente de observancia obligatoria: determinación de obligaciones contenidas en el artículo 5 del Reglamento para la Protección en la Actividad Minero – Metalúrgica.

SUMILLA: Se aprueba un precedente administrativo de observancia obligatoria por el cual se establece que el artículo 5 del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero – Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo 016-93-EM, impone al titular minero dos obligaciones, consistentes en (i) adoptar con carácter preventivo las medidas necesarias para evitar e impedir que las emisiones, vertimientos, desechos, residuos u otros que se produzcan como resultado de las actividades realizadas o situaciones generadas en sus instalaciones puedan tener efectos adversos en el ambiente, sin que sea necesaria la verificación del daño ambiental, y (ii) no exceder los límites máximo permisibles.

RESOLUCIÓN: 012-2014-OEFA/TFA-SEM

FECHA DE PUBLICACIÓN: 29.12.14

Distinción entre categorías definidas en normas sobre medidas de efluentes o emisiones relacionadas con el nivel de protección ambiental

SUMILLA: El exceso de LMP en un efluente minero-metalúrgico por parte de una empresa minera configura una infracción bajo sanción de multa administrativa para determinar la existencia de daño en el cuerpo receptor.

26. ¿Qué tipo de reparación se pueden ordenar por afectaciones al medio ambiente?

En el marco de las normas de derechos humanos, en el caso peruano no se repara integralmente a una víctima de afectación del derecho al ambiente sano. Aun así, en el marco de procesos constitucionales, el TC ha construido una línea jurisprudencial en torno al denominado “amparo ambiental”¹⁰⁸ para tutelar el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado. En este caso, teniendo en cuenta que la finalidad de este tipo de procesos es fundamentalmente restitutoria, las reparaciones están involucradas a restaurar al o los afectados al estado en que se encontraba antes de que se produjera el hecho lesivo¹⁰⁹. Si bien anteriormente, con la antigua Ley N° 23506 – Ley de Habeas Corpus y Amparo, se establecía que, en el marco de estos procesos, “se condenará asimismo al responsable al pago de las costas del juicio y a una indemnización por el daño causado”, la reparación bajo la figura de indemnización no ha sido recogida en la normativa vigente.

Contratación pública

27. ¿Exige el marco jurídico de su país que se adopten medidas de debida diligencia en derechos humanos por las empresas en el contexto de concesiones, licitaciones o alguna otra forma de contratación pública?¹¹⁰

La contratación pública de bienes, servicios y obras está regulada por Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, con excepción de aquellas correspondientes a las alianzas público privadas, y a las contrataciones realizadas por las empresas públicas. Asimismo, en el caso del sector energía y minas, donde se firman contratos de concesión entre el Estado y empresas privadas para las actividades propias del aprovechamiento de los recursos

¹⁰⁸ STC N° 04216-2008-PA/TC.

¹⁰⁹ Eguiguren, F 2005 “La finalidad restitutoria del proceso constitucional de amparo y los alcances de sus sentencias” *Derecho & Sociedad*, 25, 144-149.

¹¹⁰ Esto se refiere tanto a la existencia previa de mecanismos de debida diligencia o equivalentes como requisito para participar en los procesos de contratación, como a la existencia de obligaciones de implementación de tales medidas durante la ejecución de los proyectos derivados de la contratación.

naturales, existen normas particulares relacionadas a los impedimentos de contratación.

En el caso de la Ley N° 30225, el artículo 11 impide que todas aquellas personas jurídicas que hubiesen sido condenadas o hubiesen admitido y/o reconocido la comisión de los delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, delitos cometidos en remates o procedimientos de selección, o delitos equivalentes en caso estos hayan sido cometidos en otros países¹¹¹.

Las alianzas público privadas son reguladas por el Decreto Legislativo N° 1362 referida a la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. En su artículo 29¹¹² establece que están impedidos de participar como postores o inversionistas, directa o indirectamente, las personas que tienen impedimentos establecidos en la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado así como en otras normas con rango de ley.

¹¹¹ “Artículo 11º- Impedimentos

n) En todo proceso de contratación, las personas jurídicas cuyos representantes legales o personas vinculadas que (i) hubiesen sido condenadas, en el país o el extranjero, mediante sentencia consentida o ejecutoriada por delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, delitos cometidos en remates o procedimientos de selección, o delitos equivalentes en caso estos hayan sido cometidos en otros países; o, (ii) directamente o a través de sus representantes, hubiesen admitido y/o reconocido la comisión de cualquiera de los delitos antes descritos ante alguna autoridad nacional o extranjera competente. Tratándose de consorcios, el impedimento se extiende a los representantes legales o personas vinculadas a cualquiera de los integrantes del consorcio”.

¹¹² “Artículo 29 Impedimentos

Están impedidos de participar como postores o inversionistas, directa o indirectamente, las siguientes personas:

1. Aquellas a las que se refiere el artículo 1366 del Código Civil.
2. Las que tienen impedimentos establecidos en la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
3. Las que tienen impedimentos establecidos por normas con rango de ley.
4. Las que habiendo sido inversionistas en contratos de Asociación Público Privada hubieran dejado de serlo por su incumplimiento del contrato. Este impedimento tiene una vigencia de dos (02) años y se extiende a los socios estratégicos y/o aquellos que hayan ejercido control del inversionista al momento de la resolución y/o caducidad del respectivo contrato, sin perjuicio de aquellos impedimentos establecidos en la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, los cuales se rigen por los plazos estipulados en dicha norma”.

En el caso del subsector hidrocarburos¹¹³, el artículo 4 del Decreto Supremo N° 001-2012-EM, que modifica el artículo 11 del Reglamento de Calificación de Empresas Petroleras, Decreto Supremo N° 030-2004-EM, define la capacidad técnica que debe probar una empresa para poder contratar como:

Capacidad técnica se refiere a la experiencia y los medios necesarios, propios o contratados, para llevar a cabo Actividades de Hidrocarburos con arreglo a las prácticas y técnicas en uso por la industria de Hidrocarburos internacional y **con estricto cumplimiento de las normas de protección ambiental, consulta previa y participación ciudadana.** (resultado propio).

En relación al subsector minero, el Decreto Legislativo N° 109, Ley General de Minería, establece solo como personas inhábiles para obtener concesiones por parte del Estado a aquellas personas que sean parte del Estado o que puedan tener influencia sobre el proceso de otorgación de concesiones¹¹⁴.

¹¹³ En relación a este subsector es importante resaltar que en julio de este año se prepublicó el proyecto del Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Calificación de interesados para la Realización de Actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos, el cual contiene en su artículo 9.3 la obligación de presentar una “Declaración Jurada que acredite que ninguna persona, socios, accionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales han reconocido ante autoridad competente y/o cuentan con sentencia condenatoria firma por la comisión de delitos vinculados a organizaciones criminales, lavado de activos, tráfico ilícito de drogas, financiamiento del terrorismo, corrupción de funcionarios, apropiación ilícita, fraude financiero, defraudación tributaria, evasión y elusión tributaria, trata de personas, explotación laboral infantil o genocidio en el Perú o en el extranjero”. El artículo se refiere a personas naturales o jurídicas. Esta norma aún no ha sido aprobada.

¹¹⁴ “Artículo 31- No podrán ejercer actividades de la industria minera durante el ejercicio de sus funciones o empleos, el Presidente de la República, los Miembros del Poder Legislativo y del Poder Judicial, los Ministros de Estado y los funcionarios que tengan este rango, el Contralor General, los Procuradores Generales de la República y los funcionarios y empleados del Sector Energía y Minas nombrados o asignados a la Alta Dirección, al Consejo de Minería, a la Dirección General de Minería, Dirección de Fiscalización Minera, a los Órganos Regionales de Minería y al Registro Público de Minería. Tampoco podrán ejercer actividades de la industria minera el personal de los organismos o dependencias del Sector Público Nacional y Organismos Públicos Descentralizados que ejerzan función jurisdiccional o que realicen actividad minera. (Art 60, Dec Leg N° 109).

Artículo 32- En el territorio de su jurisdicción no podrán ejercer actividades de la industria minera, las autoridades políticas y los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales. (Art 61, Dec Leg N° 109).

En relación a las obligaciones de cumplimiento, no existe un marco normativo que incorpore mecanismos de debida diligencia. De esa manera, el artículo 50 de la Ley N° 30225 que establece el régimen de infracciones y sanciones no contiene ninguna regulación que permita interpretar un incumplimiento de una obligación en ese sentido. Únicamente el artículo 36 que regula la resolución de los contratos establece que no corresponde el pago de daños y perjuicios en casos de corrupción de funcionarios o servidores propiciada por el contratista¹¹⁵. Como se mencionó en la pregunta 1, lo mismo ocurre en el caso de las alianzas público privadas, donde se ha incorporado una cláusula anticorrupción.

Asimismo, en los contratos tipos firmados entre el Estado y las empresas. Si bien no existe una obligación de debida diligencia en sí mismo, existen cláusulas de corrupción y de sanción administrativa en caso de incumplimientos ambientales al momento de la ejecución.

28. ¿Qué tipo de sanciones pueden imponerse cuando derivado de una contratación pública, la empresa contratista afecta los derechos humanos?

En el caso de incumplimientos ambientales u otros se dan sanciones administrativas que requieren pagos de multas al estado. Para complementar la respuesta, ver la pregunta 20 de este cuestionario.

29. ¿Qué medidas de reparación se contemplan por el marco jurídico en casos de afectaciones a derechos humanos en el marco de la contratación pública?

El marco específico no contempla mecanismos de reparaciones para casos de afectaciones a derechos humanos.

Artículo 33- No podrán ejercer actividades de la industria minera, el cónyuge y los parientes que dependan económicamente de las personas indicadas en los artículos anteriores. (Art 62, Dec Leg N° 109)".

¹¹⁵ Artículo 36 Resolución de los contratos

Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados. No corresponde el pago de daños y perjuicios en los casos de corrupción de funcionarios o servidores propiciada por parte del contratista, de conformidad a lo establecido en el artículo 11 de la presente Ley".

30. ¿Se han dictado sentencias en contra de empresas contratistas por afectaciones a los derechos humanos? En caso afirmativo, por favor proporcione mayor información.

No se conocen sentencias que hayan determinado la afectación por derechos humanos de empresas contratistas, más allá de las que se han recopilado para el tema de corrupción (pregunta 13) o ambiental (pregunta 25).

Empresas públicas

31. ¿Contempla el marco jurídico que regula a las empresas públicas obligaciones en materia de derechos humanos?

Las empresas públicas están reguladas por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo¹¹⁶ y se establecen observando lo dispuesto por las normas de la actividad empresarial del Estado¹¹⁷. Sin embargo, existe un marco normativo particular complementario para dichas empresas.

El Decreto Legislativo N° 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, y su Reglamento, D.S. N° 176-2010-EF, establecen como principios generales de las empresas del Estado la responsabilidad social, y la protección al medio ambiente y de los recursos naturales. En relación al primer principio, el artículo 2 del Reglamento establece que:

- f) Responsabilidad social: Se debe procurar mejoras sociales o minimizar el impacto de las externalidades negativas en la co-

¹¹⁶ Artículo 41^o- Naturaleza y formalización

Corresponde al Poder Ejecutivo determinar el ámbito de actuación de las Empresas del Estado. La realización de actividades empresariales por parte del Gobierno Nacional debe estar formalizada a través de una forma jurídica empresarial y haber sido expresamente autorizada mediante ley ordinaria, en el marco de una economía social de mercado, conforme a lo establecido en la Constitución Política del Perú.

¹¹⁷ Artículo 42^o- Régimen del sector empresarial del Estado que se encuentra dentro del ámbito nacional

Las normas sobre objetivos, organización, funcionamiento, régimen económico y financiero, régimen laboral, sistemas administrativos y evaluación de las Empresas de Propiedad del Estado, que se encuentren dentro del ámbito del Gobierno Nacional, se establecen observando lo dispuesto por las normas de la actividad empresarial del Estado, según corresponda.

munidad en la que se desarrolle la actividad empresarial del Estado.

Además, el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), creado mediante Ley N° 27170, es una Empresa de Derecho Público adscrita al Sector Economía y Finanzas, encargada de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado. Ella tiene entre sus obligaciones la suscripción de convenios de gestión¹¹⁸ con las empresas estatales, los cuales deben contemplar ratios, herramientas de medición o indicadores de desempeño respecto al cumplimiento de diversos instrumentos, entre ellos los principios del Buen Gobierno Corporativo¹¹⁹.

Para ello, FONAFE aprobó el “Código de Buen Gobierno Corporativo para las Empresas bajo el ámbito de FONAFE”, el cual contiene el principio 27 que dispone la medición oportuna de riesgos que enfrenta la empresa y sus efectos:

Principio 27.- Sistema efectivo de análisis de riesgo

La EPE debe disponer de sistemas y procedimientos que permitan identificar oportunamente los distintos riesgos que enfrenta y medir los potenciales efectos que los mismos pudieran tener sobre su funcionamiento y situación financiera. Complementariamente, las herramientas que utiliza la EPE para reducir o administrar estos riesgos deben estar claramente identificadas y operativas. El Directorio es responsable de establecer las políticas de seguimiento, control y manejo de riesgos, a cuyo efecto podrá requerir a la instancia encargada los reportes que estime pertinentes.

¹¹⁸ Decreto Supremo N 176-2010-EF. “Artículo 26- Convenios de gestión 26.1 Mediante los Convenios de gestión que FONAFE suscribe con las Empresas del Estado se promueve la eficiencia económica y la gestión adecuada y transparente de las mismas, así como la consecución de las metas empresariales y corporativas. Los convenios pueden involucrar a varias empresas a la vez y contar con la participación de terceros”.

¹¹⁹ Decreto Supremo N 176-2010-EF. “Artículo 26.2 Los Convenios de Gestión deben contemplar ratios, herramientas de medición o indicadores de desempeño respecto al cumplimiento de los objetivos de los Planes Estratégicos de las Empresas, de las políticas corporativas y del Plan Estratégico Corporativo de FONAFE, así como de los principios del Buen Gobierno Corporativo. Asimismo, deben incluir ratios, herramientas de medición o indicadores que permitan medir el desempeño financiero, la utilización de los recursos de la Empresa [...]”.

Complementariamente, el principio 28 del mismo instrumento de gestión establece la obligación de aprobar un código de ética que debe abarcar aspectos como medio ambiente, seguridad en el trabajo, situaciones ligadas a conflictos de intereses y cualquier conducta ilegal o no ética:

Principio 28.- Código de Ética

El Directorio de la EPE deberá aprobar un Código de Ética, el mismo que abarca distintos aspectos que pudieran afectar la gestión o propiedad, tales como: conflictos de interés, el deber de confidencialidad, información privilegiada, procesos de compra, pagos impropios, donaciones, nepotismo, actividades políticas, medio ambiente, seguridad del trabajo, regalos, favores políticos y cualquier conducta ilegal o no ética, entre otros. Puntualmente, el Código deberá reflejar claros principios de enfrentamiento a la corrupción en todos los ámbitos de desempeño de la EPE, y proveer mecanismos específicos que protejan y promuevan a las partes interesadas, y especialmente a los trabajadores, a informar sobre cualquier conducta ilegal o no ética por parte del personal directivo de la EPE.

Si bien no se establecen de manera específica respeto de derechos humanos o inclusive la debida diligencia que deben tener las empresas, son normas que podrían ayudar a dar una interpretación sistemática en relación a las obligaciones sobre derechos humanos.

Cabe resaltar que tanto el Reglamento del Decreto Legislativo N 1031¹²⁰ como el Código de Buen Gobierno Corporativo¹²¹ establecen la obligación de cumplir con mecanismos de transparencia y rendición de cuentas.

¹²⁰ “Artículo 31- Transparencia y Acceso a la Información Pública Las Empresas del Estado se rigen por estándares de transparencia que determinan que sus actos son accesibles al conocimiento de la ciudadanía a través de los mecanismos adecuados de difusión. Las Empresas del Estado deberán atender las solicitudes de información que les sean formuladas, al amparo de las normas sobre transparencia y acceso a la información pública y de la Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Modificatoria del Decreto Legislativo”.

¹²¹ “Principio 29: Política de información El Directorio debe establecer, publicitar y hacer cumplir la política de información de la EPE, la misma que está orientada a dar a conocer de manera completa, precisa, oportuna, y de ser el caso, periódica, todo asunto materialmente importante relacionado a la EPE y sus transacciones [...]”.

32. ¿Cuál es la vía jurídica por la que una empresa pública puede ser demandada por afectaciones a derechos humanos?

La Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo establece que ésta tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados¹²². En ese sentido, el artículo 13 inciso 7 establece que:

Artículo 13.- Legitimidad para obrar pasiva

La demanda contencioso administrativa se dirige contra:

7. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que presten servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado están incluidas en los supuestos previstos precedentemente, según corresponda.

Asimismo, el recurso de amparo establecido por el Código Procesal Constitucional permite demandar a cualquier autoridad o funcionario por afectaciones a derechos humanos tal como se explica en la pregunta 34. En ese sentido, así como se explica en la pregunta 35, se han presentado acciones de amparo contra empresas públicas.

33. ¿Existen sentencias que hayan sido dictadas en su país por violaciones a derechos humanos cometidas por empresas públicas?

Se recogen dos sentencias contra empresas públicas. Éstas están detalladas en la pregunta 35 de este cuestionario.

¹²² “Artículo 1- Finalidad

La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.

Para los efectos de esta Ley, la acción contenciosa administrativa se denominará proceso contencioso administrativo”.

V. MECANISMOS DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

34. ¿Pueden los mecanismos de protección constitucional de su país ser utilizados contra omisiones del Estado que deriven en una violación a derechos humanos cometida por una empresa?

En Perú, los mecanismos de protección constitucional se encuentran previstos en el artículo 200 de la Constitución, que los denomina “garantías constitucionales”, y son regulados por el Código Procesal Constitucional (Ley No. 28237). Se trata de seis procesos constitucionales: i) el *proceso de hábeas corpus*, que procede cuando se vulnera o amenaza la libertad individual o derechos conexos; ii) el *proceso de amparo*, que procede cuando se vulnera o amenaza los derechos no contemplados por los procesos de hábeas corpus o hábeas data; iii) el *proceso de hábeas data*, que procede cuando se vulnera o amenaza los derechos de acceso a la información pública o a la autodeterminación informativa; iv) el *proceso de inconstitucionalidad*, que procede contra normas de rango de ley que contravengan la Constitución en forma o fondo; v) el *proceso de acción popular*, que procede contra reglamentos, normas administrativas, resoluciones o decretos de carácter general que contravengan la Constitución o la ley; y vi) el *proceso de cumplimiento*, que tiene por finalidad que una norma legal o acto administrativo sea acatada por un funcionario o autoridad renuente¹²³.

De acuerdo a la Constitución y el Código Procesal Constitucional, los tres primeros procesos pueden presentarse contra cualquier hecho u omisión de autoridad o funcionario; lo cual no excluye a las omisiones estatales que puedan derivar en una violación de derechos humanos cometidas por una empresa.

34.1. En caso afirmativo, ¿cuáles son las sentencias más relevantes?

No se han identificado sentencias que se encuentren exactamente en este supuesto. Sin embargo, una sentencia con un supuesto similar es la recaída

¹²³ En ese sentido, el artículo 66 del Código Procesal Constitucional establece que el objeto del proceso de cumplimiento es que el funcionario o autoridad renuente dé cumplimiento a la norma legal o ejecute un acto administrativo, o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o emitir un reglamento.

en el caso *Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP)*¹²⁴. En este, la organización AIDSESP reclamaba, mediante un proceso de cumplimiento, que el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) acatará el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adecuando sus normas, reglamentos y directivas a este tratado, particularmente en lo referido al derecho a la consulta, las tierras y territorios, y los recursos naturales. El Tribunal Constitucional, en una sentencia emitida en mayoría aunque con fundamentos discrepantes de dos de los magistrados¹²⁵, declaró parcialmente fundada la demanda, al considerar que existía una omisión por parte del MINEM de no haber reglamento de forma adecuada el derecho a la consulta de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio 169. Consecuentemente, ordenó que esta institución emitiera el reglamento correspondiente, siguiendo los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169 de la OIT y lo establecido por el propio tribunal en dicha sentencia.

Este caso no se encuentra exactamente en el supuesto de la pregunta, pues la omisión estatal identificada (incumplimiento del deber de reglamentar un derecho) no deriva directamente en una violación de derechos humanos por parte de las empresas. Ciertamente, al recaer en el Estado la obligación de garantizar el derecho a la consulta, la omisión reglamentaria de este caso producía una vulneración de este derecho por parte del Estado. Sin embargo, la realización de proyectos extractivos en territorios indígenas sin un proceso de consulta producida por esta omisión, podía tener como consecuencia la vulneración de otros derechos de los pueblos indígenas, como el derecho a la propiedad colectiva, por parte de las empresas.

¹²⁴ Tribunal Constitucional Exp No 05427-2009-TC 30 de junio de 2010.

¹²⁵ Uno de los aspectos controvertidos del caso era la utilización del proceso de cumplimiento para hacer cumplir un tratado de derechos humanos, el cual en el ordenamiento jurídico peruano tiene rango constitucional y no legal, como las normas que son objeto del proceso de cumplimiento. Esta objeción se refleja en los votos singulares de los magistrados que no suscribieron la sentencia en mayoría, pero también en el fundamento de voto de dos magistrados que sí lo hicieron. En opinión de estos últimos, la inconstitucionalidad por omisión que evidenciaba el caso debía ser resuelta por un proceso de amparo; por lo cual se debía proceder antes a la reconversión del proceso de cumplimiento.

35. ¿ Pueden los mecanismos de protección constitucional de su país ser utilizados directamente contra una empresa, por actos que constituyan violaciones de derechos humanos? ¿Incluye lo anterior a empresas públicas?

De acuerdo a la Constitución y el Código Procesal Constitucional, los procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden contra “el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o *persona* (énfasis propio)”, que vulnere o amenace los derechos correspondientes a cada proceso¹²⁶. Esto implica que los procesos mencionados pueden ser utilizados contra empresas, incluyendo aquellas de carácter público. Adicionalmente, cabe señalar que, en su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha reconocido la eficacia horizontal o *inter privatos* de los derechos fundamentales¹²⁷.

35.1. En caso afirmativo, ¿cuáles son las sentencias más relevantes?

Una de las sentencias más relevantes entre los procesos constitucionales seguidos contra empresas es la correspondiente al caso *Bustamante Johnson*, también conocido como el caso *Cordillera Escalera*¹²⁸. En este, el señor Bustamante Johnson solicitaba, mediante una demanda de amparo presentada contra cuatro empresas (Occidental petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú, Repsol Exploración Perú y Petrobras Energía Perú S.A), que se suspendiera la exploración y eventual explotación del Lote 103, ubicado en el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, pues consideraba que dicha situación amenazaba su derecho a gozar un ambiente equilibrado y adecuado.

Dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la sentencia en cuestión es una de las más relevantes en materia ambiental. Sin embargo, más allá de ello, resulta interesante destacar otras dos cuestiones que pueden vincularse a la actividad empresarial. En primer lugar, resalta que el tribunal haya enfatizado que la obligación de preservar un ambiente sano y equilibrado también alcanza a particulares, especialmente cuando su actividad económica incide sobre el ambiente. En esa línea, también indicó que los particulares estaban obligados a abstenerse de realizar acciones que

¹²⁶ Art 200, incisos 1, 2 y 3 de la Constitución, y art 2 del Código Procesal Constitucional.

¹²⁷ Tribunal Constitucional. Exp No 10087-2005-PA/TC. 18 de diciembre de 2007, fundamento 3; y Exp No 01413-2017-PA/TC. 12 de diciembre de 2018, fundamentos 5 y 6.

¹²⁸ Tribunal Constitucional Exp No 03343-2007-PATC 19 de febrero de 2009.

afecten el ambiente equilibrado y adecuado, y tenían las tareas de conservar, prevenir y reparar o compensar los daños producidos¹²⁹.

En segundo lugar, llama la atención que el Tribunal Constitucional haya establecido que la “responsabilidad social constituye una conducta exigible ineluctablemente a la empresa”¹³⁰. Al respecto, entendió que la responsabilidad social empresarial abarcaba cuestiones como el respeto de los derechos laborales de los trabajadores, el clima laboral interno, el buen gobierno corporativo, y las relaciones entre la empresa y la comunidad y su entorno¹³¹. Además, más adelante señaló que la “finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsora del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar”¹³². La demanda terminó siendo declarada fundada, en tanto que el tribunal consideró que, en respeto del principio de prevención, las autoridades estatales debían aprobar un Plan Maestro antes que continuarán las actividades de exploración y explotación dentro del Área de Conservación Regional.

En cuanto a las sentencias relacionadas a empresas públicas, resaltan en primer lugar aquellas recaídas en los casos Zúñiga López¹³³ y Távora Ceferino¹³⁴. La primera de estas sentencias resolvía una demanda de amparo presentada contra la Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque (EPSEL S.A.)¹³⁵. En ella, el señor Zúñiga López cuestionaba la decisión de EPSEL S.A. de suspender el servicio de agua potable en su propiedad debido a la existencia de una deuda del anterior propietario, pues consideraba que ello vulneraba sus derechos a la salud y a la propiedad.

Por su parte, la segunda sentencia resolvía una demanda de amparo contra el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (Sedapal)¹³⁶. Al igual que en el primer caso, la señora Távora Ceferino cuestionaba la suspensión del servicio, que esta vez se producía por la morosidad en el pago del mismo de

¹²⁹ Ídem, fundamentos 4-5.

¹³⁰ Ídem, fundamento 21.

¹³¹ Ídem, fundamento 23.

¹³² Ídem, fundamento 24.

¹³³ Tribunal Constitucional Exp No 6546-2006-PA/TC 7 de noviembre de 2007.

¹³⁴ Tribunal Constitucional Exp No 6534-2006-PA/TC 15 de noviembre de 2007.

¹³⁵ EPSEL SA es una empresa de derecho privado de propiedad de distintas municipalidades provinciales y distritales del norte de Perú.

¹³⁶ Sedapal es una empresa de derecho privado propiedad del Estado.

más del 50% de los departamentos de su edificio. La demandante sostenía que se violaban varios de sus derechos, incluyendo los derechos a la vida, la integridad y la salud.

En ambos casos, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional reconoció y desarrolló el derecho al agua potable, que para ese momento no estaba establecido expresamente en la Constitución¹³⁷. Así, indicó que el derecho al agua potable era principalmente de naturaleza prestacional y resaltó su relación con otros derechos como la salud, el trabajo o el medio ambiente. Asimismo, estableció que el Estado debía garantizar el acceso, la calidad y la suficiencia del agua potable¹³⁸.

Sin embargo, el resultado de las demandas fue diferente. Mientras que la demanda del señor Távara Ceferino fue declarada improcedente toda vez que estaba pendiente una nueva evaluación del caso por parte de la autoridad administrativa correspondiente; la demanda de la señora Zúñiga López fue declarada fundada, entre otros debido a que la Segunda Sala del Tribunal Constitucional consideró que SEDAPAL disponía de mecanismos menos gravosos –como la cobranza judicial– para recuperar la deuda sin lesionar los derechos a la salud y dignidad.

Una segunda sentencia contra una empresa pública que destaca es la recaída en el caso *Chura Arcata*¹³⁹. En este, la señora Chura Arcata cuestionaba, mediante una demanda de amparo, que el Banco de la Nación le hubiera negado un préstamo por tener más de 83 años. La sentencia fue uno de los casos más relevantes del 2017, ya que con ella el Tribunal Constitucional continuó desarrollando y reafirmando estándares sobre las personas adultas mayores. Así, por ejemplo, remarcó la especial situación de vulnerabilidad en la que estas se encontraban e indicó que la edad era un motivo prohibido de discriminación.

Adicionalmente, resalta que en la sentencia se haya subrayado la calidad de empresa pública del Banco de la Nación y sus implicancias. Al respecto, el

¹³⁷ El derecho al agua potable fue incorporado a la Constitución mediante la Ley No 30588, publicada el 22 de junio de 2017. Véase: Art. 7-A de la Constitución.

¹³⁸ Tribunal Constitucional Exp No 6546-2006-PA/TC 7 de noviembre de 2007, fundamento 6 y ss; y Exp No 6534-2006-PA/TC. 15 de noviembre de 2007, fundamento 18 y ss.

¹³⁹ Tribunal Constitucional Exp No 5157-2014-PA/TC 4 de abril de 2017.

Tribunal Constitucional observó la incidencia del Ministerio de Economía y Finanzas en el otorgamiento de préstamos y líneas de crédito, tras lo cual enfatizó que los órganos estatales debían abstenerse de prácticas lesivas a los derechos humanos y debían tener especial cuidado a la hora de diseñar y elaborar sus políticas¹⁴⁰. En cuanto al caso concreto, el tribunal determinó que se había discriminado a la señora Chura Arcata en base a su edad, pues fue tratada en forma diferente; y si bien ello obedecía a una finalidad legítima, como era reducir el riesgo de incumplimiento del pago, existían medidas menos gravosas para ello, como el cobro de intereses, garantías o seguros de desgravamen.

¹⁴⁰ Ídem, fundamentos 49-52.

Acceso a mecanismos de reparación por violaciones a derechos humanos relacionadas con empresas en América Latina

CUESTIONARIO

I. Debida diligencia en derechos humanos

1. ¿Existe en el marco jurídico¹ de su país alguna norma que establezca explícitamente una obligación empresarial de respetar los derechos humanos?
 - 1.1. En caso afirmativo, ¿pertenece dicha norma al derecho mercantil o societario?
 - 1.2. En caso negativo, ¿han existido debates parlamentarios respecto a la adopción de legislación en ese sentido, u otras iniciativas?
2. ¿Establece el marco jurídico de su país la obligación de las empresas de contar con mecanismos o procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos?
 - 2.1. En caso afirmativo, señale la norma correspondiente.
 - 2.2. En caso negativo, ¿existen obligaciones respecto de algunos elementos de la debida diligencia, como presentación de información extra-financiera, supervisión de las cadenas de suministro, etc.?

¹ La anterior referencia abarca todas las ramas del derecho.

3. ¿Existen referencias a la noción de debida diligencia en derechos humanos conforme a los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos en las decisiones judiciales? En caso afirmativo, señale en cuáles, incluyendo la referencia correspondiente.
4. ¿Cómo se ha abordado el “levantamiento” del velo corporativo en las decisiones judiciales de su país? ¿En qué casos es posible llevarlo a cabo?

II. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

5. Señale las disposiciones normativas que establecen la responsabilidad civil por actos ilícitos (responsabilidad civil extracontractual).
6. ¿Se ha abordado o desarrollado en la jurisprudencia de su país la noción de responsabilidad civil extracontractual?
 - 6.1. En caso afirmativo, ¿se ha utilizado este mecanismo para abordar cuestiones de derechos humanos?
 - 6.1.1. En caso afirmativo, ¿existen casos que aborden específicamente la responsabilidad empresarial por afectaciones a derechos humanos? De ser así, ¿Se usó el mecanismo de control de constitucionalidad o convencionalidad?
 - 6.1.2. En caso negativo, ¿sería factible que los tribunales conocieran de casos de responsabilidad civil extracontractual por violaciones a derechos humanos relacionadas con empresas?
7. ¿Existe o podría existir un vínculo entre la responsabilidad civil extracontractual y la debida diligencia en derechos humanos?
8. ¿Prevé la legislación civil de su país la responsabilidad vicaria, es decir, la responsabilidad por actos de un tercero subordinado?
9. ¿Prevé la legislación sustantiva y procesal de su país la posibilidad de atraer a su jurisdicción civil a una empresa matriz extranjera por daños ocasionados por su subsidiaria?

- 9.1. En caso afirmativo, ¿es posible solicitar información sobre la empresa matriz a su Estado de origen por medio de la cooperación judicial internacional?
- 9.2. En caso afirmativo, ¿existen ejemplos de decisiones judiciales que pueda compartir?

III. RESPONSABILIDAD PENAL

10. ¿Prevé la legislación penal de su país la responsabilidad penal de las personas jurídicas?
 - 10.1. En caso afirmativo, por favor comparta las disposiciones jurídicas pertinentes.
 - 10.2. En caso negativo, señale si se han llevado a cabo debates legislativos al respecto.
11. En caso de que la legislación penal de su país prevea la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿por cuáles conductas puede ser una empresa sujeta de dicha atribución de responsabilidad? ¿Cuáles de esas conductas son equivalentes o equiparables a violaciones de derechos humanos?
12. ¿Cuáles son los tipos de sanciones que pueden ser aplicadas a una empresa?
13. ¿Existen decisiones judiciales en su país que hayan determinado la responsabilidad penal de una persona jurídica?
 - 13.1. En caso afirmativo, ¿dicha decisión tuvo relación con conductas equiparables o equivalentes a violaciones a derechos humanos?
14. ¿Prevé la legislación penal de su país que una víctima pueda exigir una reparación civil dentro del proceso penal, o debe ser un procedimiento separado?
15. ¿Podría un tribunal penal ejercer jurisdicción sobre una persona jurídica de su país por actos delictivos cometidos en el extranjero?

16. En caso de que su legislación prevea el principio de personalidad pasiva –es decir, que un extranjero pueda ser juzgado incluso por actos cometidos en el extranjero contra nacionales–, ¿podría esta ser aplicable a personas jurídicas por actos que puedan constituir delitos?
17. ¿Podría un tribunal de su país ejercer la jurisdicción universal contra una empresa? En caso afirmativo, señale las conductas delictivas sobre las que podría utilizarse.

IV. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Derecho ambiental

18. Señale las disposiciones normativas que regulan la responsabilidad por daño ambiental.
19. ¿Exige la legislación ambiental de su país la realización de estudios de impacto ambiental o la aprobación de otros instrumentos de gestión ambiental? ¿A quién corresponde llevarlas a cabo?
20. ¿Qué sanciones se pueden imponer por llevar a cabo actividades empresariales² sin cumplir con la normatividad ambiental?
21. ¿Es posible exigir una reparación de naturaleza civil en el marco de un daño ambiental?
22. ¿Existen sanciones penales por daño ambiental?
23. ¿Señala explícitamente la legislación ambiental un vínculo con los derechos humanos?
24. ¿Existen en su país tribunales ambientales, o es el cuidado del medio ambiente una función de fiscalización?

² Por actividades empresariales nos referimos a proyectos de infraestructura o desarrollo, proyectos extractivos o de agroindustria, o a toda aquella actividad empresarial que pueda generar afectaciones a gran escala.

25. En caso de que en su país existan tribunales ambientales, ¿han dictado sentencias donde se establezca un vínculo entre el daño medioambiental y violaciones a los derechos humanos?
26. ¿Qué tipo de reparación se pueden ordenar por afectaciones al medio ambiente?

Contratación pública

27. ¿Exige el marco jurídico de su país que se adopten medidas de debida diligencia en derechos humanos por las empresas en el contexto de concesiones, licitaciones o alguna otra forma de contratación pública?³
28. ¿Qué tipo de sanciones pueden imponerse cuando derivado de una contratación pública, la empresa contratista afecta los derechos humanos?
29. ¿Qué medidas de reparación se contemplan por el marco jurídico en casos de afectaciones a derechos humanos en el marco de la contratación pública?
30. ¿Se han dictado sentencias en contra de empresas contratistas por afectaciones a los derechos humanos? En caso afirmativo, por favor proporcione mayor información.

Empresas públicas

31. ¿Contempla el marco jurídico que regula a las empresas públicas obligaciones en materia de derechos humanos?
32. ¿Cuál es la vía jurídica por la que una empresa pública puede ser demandada por afectaciones a derechos humanos?

³ Esto se refiere tanto a la existencia previa de mecanismos de debida diligencia o equivalentes como requisito para participar en los procesos de contratación, como a la existencia de obligaciones de implementación de tales medidas durante la ejecución de los proyectos derivados de la contratación.

33. ¿Existen sentencias que hayan sido dictadas en su país por violaciones de derechos humanos cometidas por empresas públicas?

V. MECANISMOS DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

34. ¿Pueden los mecanismos de protección constitucional de su país ser utilizados contra omisiones del Estado que deriven en una violación a derechos humanos cometida por una empresa?

34.1. En caso afirmativo, ¿cuáles son las sentencias más relevantes?

35. ¿Pueden los mecanismos de protección constitucional de su país ser utilizados directamente contra una empresa, por actos que constituyan violaciones de derechos humanos? ¿Incluye lo anterior a empresas públicas?

35.1. En caso afirmativo, ¿cuáles son las sentencias más relevantes?

35.2. En caso negativo, ¿se pueden utilizar teorías como la del “Drittwirkung der Grundrechte” (eficacia horizontal de los derechos humanos)?

