

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS DE ORIGEN DE LAS INDUSTRIAS EXTRACTIVAS: APROXIMACIÓN A LAS OBLIGACIONES EXTRATERRITORIALES DEL DERECHO A LA CONSULTA EN EL MARCO DEL SIDH

ROBERTO LUIS BRAVO FIGUEROA*

Nuestro futuro como pueblos indígenas está amenazado en muchos aspectos por la evolución de las industrias extractivas. Nuestras tierras ancestrales—la tundra, las tierras secas, pequeñas islas, bosques y montañas—que también son ecosistemas importantes han sido invadidas por las industrias de petróleo, gas y minería, que están socavando nuestra propia supervivencia. La expansión e intensificación de las industrias extractivas, junto con la liberalización económica, el libre comercio, el consumo y la globalización, son señales alarmantes de una codicia insostenible. Medidas urgentes deben ser tomadas por todos para detener y revertir la injusticia social y ecológica que surge de las violaciones de nuestros derechos como pueblos indígenas.

Declaración de los Pueblos Indígenas sobre Industrias Extractivas,
Preámbulo.

Reino Unido, abril 2003.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y Maestro en Democracia y Derechos Humanos por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO-México). Ha sido profesor de la asignatura Sistema Internacional de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho, UNAM; y profesor de la asignatura Tratados Internacionales en la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Correo electrónico: roberto.bravofigueroa@gmail.com.

790	<i>AM. U. INT'L L. REV.</i>	[32:4
I. INTRODUCCIÓN		790
II. EL DESARROLLO DE LAS OBLIGACIONES EXTRATERRITORIALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS		794
A. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (“PIDCP”)		796
B. CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES (CEDH).....		797
C. PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES (“PIDESC”).....		798
D. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS		799
III. OBLIGACIONES EXTRATERRITORIALES EN EL SIDH: LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN MÁS ALLÁ DE LA NOCIÓN DE AUTORIDAD Y EL CONTROL EFECTIVO		800
IV. LOS ALCANCES EXTRATERRITORIALES DE LA OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: HACIA LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS DE ORIGEN		805
V. LOS ALCANCES EXTRATERRITORIALES DEL DERECHO A LA CONSULTA Y EL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO A LA LUZ DE LA OBLIGACIÓN DE PROTEGER		810
A. LA PLENA PARTICIPACIÓN DE ESOS PUEBLOS Y COMUNIDADES EN TODAS LAS ETAPAS DE LA ADOPCIÓN DE DECISIONES EN LOS MEGA PROYECTOS.....		812
B. EL ESTABLECIMIENTO DE MARCOS JURÍDICOS Y NORMATIVOS PARA LA APLICACIÓN EFECTIVA DEL DERECHO A LA CONSULTA Y A UN CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO		813
C. ESTABLECIMIENTOS DE PROCESOS DE DIÁLOGO Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN TODAS LAS ETAPAS DEL PROYECTO		814
VI. CONCLUSIONES.....		816

I. INTRODUCCIÓN

A nivel global, el consumo de suministros de energía y materias primas continúa en aumento y, con ello, también incrementa la nece-

sidad de explorar y explotar a través de grandes proyectos industriales los recursos naturales a fin de satisfacer la demanda de combustibles fósiles y minerales. En América Latina, las comunidades indígenas han sido las principales afectadas por proyectos extractivos. Según estima el Banco Mundial, en este continente actualmente la mayoría de las grandes minas, así como las previstas para los próximos quince años, se encuentran en territorio indígena.¹

Ciertamente, las actividades de las industrias extractivas, en las cuales la inversión privada juega un papel protagónico,² provocan constantes afectaciones a los derechos de estas comunidades.³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”) es reiterativa en puntualizar que las tierras no solamente son su principal medio de subsistencia sino que además constituyen un elemento integrante de su cosmovisión y religiosidad.⁴ Sin embargo, como grupos culturalmente diferenciados de la sociedad mayoritaria, las comunidades indígenas suelen encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad y marginación en términos económicos, sociales y jurídicos que limita sus posibilidades en la defensa de sus intereses y derechos sobre las tierras, territorios y recursos productivos, así como su capacidad de participar en el desarrollo de los proyectos, especialmente cuando son desarrollados por empresas transnacionales.

1. EMILY CARUSO ET AL., *EXTRACTING PROMISES: INDIGENOUS PEOPLES, EXTRACTIVE INDUSTRIES AND THE WORLD BANK* [EXTRAYENDO PROMESAS: LOS PUEBLOS INDÍGENAS, LAS INDUSTRIAS EXTRACTIVAS Y EL BANCO MUNDIAL] 50 (2d ed. 2005).

2. *Ver* GRUPO DE TRABAJO SOBRE MINERÍA Y DERECHOS HUMANOS, *EL IMPACTO DE LA MINERÍA CANADIENSE EN AMÉRICA LATINA Y LA RESPONSABILIDAD DE CANADÁ: INFORME PRESENTADO A LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS* (2014) (reportando que en el 2014 se registraron 198 conflictos activos por causa de la mega minería en la región. De esos conflictos, veintiséis se presentaron en Argentina, veinte en Brasil, treinta y cuatro en Chile, doce en Colombia, veintinueve en México y treinta y cuatro en Perú).

3. *Ver* James Anaya (Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas), *Extractive Industries Operating Within or Near Indigenous Territories* [Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos], ¶ 23, Doc. O.N.U. A/HRC/18/35 (11 de jul. de 2011) [en adelante Anaya, *Extractive Industries*] (notando que el mandato anterior examinó problemas con proyectos de gran escala del desarrollo).

4. *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 146, ¶ 118 (29 de mar. de 2006).

En este escenario, James Anaya, el Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas de las Naciones Unidas, ha documentado que los denominados “mega proyectos”⁵ ocasionan para las comunidades y pueblos impactos tales como la pérdida de posesión de sus tierras y territorios tradicionales, contaminación ambiental, desplazamiento forzoso, además de daños permanentes a la cultura, espiritualidad y conocimiento tradicional de los pueblos indígenas.⁶ Aunado a lo anterior, se ha identificado que estos proyectos son el detonante de conflictos sociales que desencadenan círculos de violencia en las propias comunidades que generan nuevas violaciones de los derechos humanos a las ya cometidas; por ejemplo, contra personas activistas o defensoras que manifiestan su oposición frente a las empresas.⁷

Las consecuencias de los proyectos de extracción desarrollados por empresas transnacionales sobre los derechos humanos son objeto de interés por parte de la comunidad internacional,⁸ incluidos los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (“SIDH”). Particularmente, debido a la complejidad que acarrea la necesidad de determinar la responsabilidad internacional del Estado frente a los actos de estos poderosos agentes económicos que operan en varios países, ya sea directamente o a través de subsidiarias.

En efecto, las actividades de las empresas transnacionales plantean retos muy específicos con relación al respeto, promoción y protección de los derechos humanos tanto por el carácter multinacional de sus operaciones, como por su fácil acceso al poder político.⁹ Por

5. Ver Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 172, ¶ 134 (28 de nov. de 2007) (estableciendo como mega proyectos los planes de desarrollo o de inversión a gran escala).

6. James Anaya (Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas), *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, ¶ 28, Doc. O.N.U. A/HRC/15/37 (19 de jul. de 2010) [en adelante Anaya, *Informe del Relator Especial*].

7. *Id.* ¶ 134.

8. Ver, e.g., Wilton Littlechild (Presidente-Relator), *Informe del seminario sobre los pueblos indígenas, las empresas privadas dedicadas a la explotación de los recursos naturales, energéticos y mineros y los derechos humanos*, Doc. O.N.U. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2002/3 (7 de dic. de 2002).

9. Ver AMNESTY INTERNATIONAL, INJUSTICE INCORPORATED: CORPORATE ABUSES AND THE HUMAN RIGHT TO REMEDY [INJUSTICIA CONSTITUIDA: LOS

ejemplo, cuando el Estado anfitrión (*host state*) carece de la capacidad institucional para aplicar las leyes y los reglamentos nacionales contra las empresas transnacionales que desarrollan actividades en su territorio, o cuando el Estado de origen (*home state*) se resiste a intervenir y remediar los perjuicios causados en el extranjero por las empresas que dependen de su jurisdicción,¹⁰ al considerar que sus obligaciones en materia de derechos humanos se aplican solamente dentro de sus fronteras nacionales.

En el marco de la jurisprudencia del SIDH, ya se ha establecido la responsabilidad de los Estados por la violación a derechos cometidos por particulares¹¹ y existen estándares vigentes sobre las obligaciones de los Estados anfitriones de mega proyectos que afectan los derechos de comunidades indígenas. No obstante, aún no hay pronunciamientos específicos sobre la posibilidad de atribuir responsabilidad internacional al Estado de origen de las empresas responsables de violaciones de derechos humanos. De este modo, existen numerosos vacíos legales en términos de la atribución de responsabilidad internacional respecto las empresas cuando ni el Estado de origen, ni el Estado anfitrión, consiguen ofrecer algún remedio eficaz a las víctimas de violaciones de los derechos fundamentales.

A continuación, se presentan algunas reflexiones orientadas a reconocer la aplicación de las obligaciones extraterritoriales de los Es-

ABUSOS EMPRESARIALES Y EL DERECHO HUMANO A LA REPARACIÓN] 11 (2014) (señalando que aunque la comunidad internacional reconoce que se debe rendir de cuenta a las corporaciones que violan los derechos humanos de los indígenas, hay una falta de desarrollo procedural y legal al efecto).

10. Agnes Giner, *Las empresas transnacionales y los derechos humanos*, 19 LAN HARREMANAK 67, 73-74 (2008).

11. *Ver* González (“Campo Algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 205, ¶ 280 (16 de nov. de 2009) (estableciendo que los deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo); *VER TAMBIÉN* Granier (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 293, ¶ 151 (22 de jun. de 2015) (estableciendo que las restricciones a la libertad de expresión frecuentemente se materializan a través de acciones de particulares que afectan, no solo a la persona jurídica que constituye un medio de comunicación, sino también a la pluralidad de personas naturales).

tados de origen de las empresas en el SIDH, así como los alcances del derecho a la consulta y al consentimiento cuando los proyectos de desarrollo e inversión privada se desarrollan en un país distinto a aquél en que se ubica su domicilio legal o su principal centro de operaciones.

II. EL DESARROLLO DE LAS OBLIGACIONES EXTRATERRITORIALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el derecho internacional de los derechos humanos, la exigencia de la aplicación extraterritorial de las obligaciones y los deberes de los Estados se justifica principalmente en la necesidad de encarar los retos de la globalización para el respeto, goce, promoción y protección de los derechos humanos.¹² En concreto, la participación cada vez mayor de las empresas transnacionales e instituciones financieras internacionales en los asuntos públicos, sumados al crecimiento de las actividades comerciales transnacionales, han puesto a prueba la concepción tradicional de la territorialidad,¹³ debido a la necesidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los derechos humanos de las personas que habitan en Estados en los que se llevan a cabo proyectos, por ejemplo, de inversión extranjera.¹⁴

En principio, la aplicación extraterritorial de los derechos humanos se justifica desde el reconocimiento del principio de universalidad como condición para lograr su aceptación a nivel global.¹⁵

12. Hilda Elver (Relatora Especial sobre el Derecho a la Alimentación), *El acceso a la justicia y el derecho a la alimentación*, ¶ 38, Doc. O.N.U. A/HRC/28/65 (12 de ene. de 2014).

13. *Id.*

14. *Ver* Takele Soboka Bulto, *Towards Rights-Duties Congruence: Extraterritorial Application of the Human Right to Water in the African Human Rights System* [*Hacia una congruencia de derechos-deberes: La aplicación extraterritorial del derecho humano al agua en el sistema de derechos humanos africano*], 29 NETH. Q. HUM. RTS. 491, 521 (2011) (notando que existe una obligación estatal de asegurar medidas positivas para proteger los derechos humanos).

15. *Ver* SANDRA SERRANO & DANIEL VÁZQUEZ, *LOS DERECHOS EN ACCIÓN: OBLIGACIONES Y PRINCIPIOS DE DERECHOS HUMANOS* 22 (2013) (estableciendo que la universalidad de los derechos humanos está en realidad vinculada con la esencia jurídica natural y moral de dichos derechos. Es decir, la idea de lo universal estaría relacionada con la moralidad básica de los derechos humanos, lo cual a su vez implicaría asumir dos ideas: que “[l]os derechos humanos se adscriben a todos los

Dicho principio es considerado la fuente de inspiración en que se basan todas las normas y disposiciones del derecho de los derechos humanos ya que propició la adopción de todos los tratados jurídicamente vinculantes que han codificado las obligaciones de los Estados con respecto a los derechos protegidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. A decir de Skogly, desde la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el discurso internacional de los derechos se ha enfocado en promover la universalidad de éstos; es decir, la aceptación de que todas las personas deben gozar de todos los derechos humanos en cualquier parte del mundo.¹⁶

Sin embargo, la cuestión con respecto a las obligaciones extraterritoriales de los derechos humanos no puede ser del todo resuelta desde la postura de la universalidad, toda vez que el principal problema para reconocer tales obligaciones está en realidad vinculado con el ámbito espacial de su aplicación. Es decir, los propios tratados de derechos humanos contienen disposiciones que establecen límites, en principios formales, que acotan el alcance de las obligaciones de respeto, protección y garantía a la “jurisdicción” o el “territorio” del Estado que lo ratifique, lo cual deriva en una restricción geográfica, muchas veces interpretada “como una concesión de impunidad.”¹⁷

Afortunadamente, en los últimos años, los órganos y tribunales encargados de la interpretación de los instrumentos internacionales han ampliado las bases de la jurisdicción más allá de criterios territoriales o espaciales, pronunciándose sobre la posibilidad de actualizar

seres humanos” y que “estos derechos son exigibles por todos los seres humanos en cualquier contexto político, jurídico, social, cultural, espacial y temporal.”) (cita omitida).

16. Ver Sigrun I. Skogly, *Right to Adequate Food: National Implementation and Extraterritorial Obligations* [El derecho a alimentos suficientes: La implementación nacional y la obligación extraterritorial], 11 MAX PLANCK Y.B. U.N. L. 339, 341 (2007) [en adelante Skogly, *Right to Adequate Food*] (examinando el impacto de los derechos humanos globales desde la perspectiva nacional).

17. Ver Sigrun I. Skogly, *Extraterritoriality: Universal Human Rights Without Universal Obligations?* [Extraterritorialidad: ¿Derechos humanos universales sin obligaciones universales?], en RESEARCH HANDBOOK ON INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW 71, 90-91 (Sarah Joseph & Adam McBeth eds., 2010) (examinando el artículo 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos, el artículo 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

la responsabilidad internacional de los Estados fuera de sus fronteras bajo diferentes supuestos, los cuales se abordan enseguida.

A. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS
("PIDCP")

El PIDCP "contiene la cláusula de aplicación más restrictiva de los tratados internacionales de derechos humanos."¹⁸ Su artículo segundo limita la aplicación del PIDCP a la obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos "a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción."¹⁹

En principio, el significado usual de esta cláusula implicaba la aplicación en forma acumulativa de ambos criterios; sin embargo, en décadas recientes el Comité de Derechos Humanos interpretó la misma en un sentido más amplio, admitiendo la aplicabilidad extra-territorial del PIDCP sobre la base del requisito del ejercicio de la autoridad o el control efectivo.²⁰ En particular, el Comité de Derechos Humanos estableció en su observación General 31, que:

Los Estados Partes están obligados por el párrafo 1 del artículo 2 a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y a todas las personas sometidas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos establecidos en el Pacto a cualquier persona sometida al poder o al control efectivo de ese Estado Parte, incluso si no se encuentra en el territorio del Estado Parte²¹

Siguiendo esta postura, la Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, también analizó el ámbito de aplicación del PIDCP. En concreto, afirmó que "si bien la jurisdicción de los Estados es primordialmente territorial, en

18. Cordula Droege, *Elective Affinities? Human Rights and Humanitarian Law [¿Afinidades electivas? Los derechos humanos y el derecho humanitario]*, 90 INT'L REV. RED CROSS, 590, 510 (2008).

19. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 2(1), 16 de dic. de 1966, 999 U.N.T.S. 171 [en adelante PIDCP].

20. *Ver Saldías de Lopez vs. Uruguay*, Comité de Derechos Humanos, ¶ 12.3, Doc. O.N.U. CCPR/C/13/D/52/1979 (29 de jul. de 1981).

21. *Ver Com. de Derechos Humanos*, Observación general N° 31: La índole de la obligación jurídica general impuesta, en 227, ¶ 10, Doc. O.N.U. HRI/GEN/1/Rev.7 (26 de mayo de 2004) [en adelante Observación general N° 31].

ocasiones puede ejercerse fuera del territorio nacional.”²²

Más adelante, dicho criterio sería reiterado en el caso República Democrática del Congo vs. Uganda, en el cual se estableció que el derecho internacional de los derechos humanos era aplicable en relación con actos realizados por un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su territorio.²³

B. CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES (CEDH)

Si bien, en un inicio, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”) no había seguido una línea determinada sobre el significado del término “jurisdicción” en el artículo 1 del CEDH;²⁴ en casos más recientes el propio TEDH ha concluido que éste no se limita al territorio nacional de un Estado Parte sino que puede surgir responsabilidad internacional en los siguientes supuestos:

i) Por actos de sus autoridades que produzcan efectos fuera de su territorio. En el caso *Andreou v. Turkey*,²⁵ el Tribunal Europeo determinó la responsabilidad internacional de Turquía por las lesiones que ocasionó a la demandante cuando fue alcanzada por una bala disparada por agentes presumiblemente turcos que habían disparado contra la multitud.²⁶ Si bien la afectación se había consumado en el territorio de la República Turca del Norte de Chipre, territorio sobre el cual Turquía no ejercía ningún tipo de control efectivo, el TEDH

22. Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Doc. O.N.U. A/ES-10/273, ¶ 109 (13 de jul. 2004) [en adelante Opinión Consultiva].

23. *Ver* *Armed Activities on the Territory of the Congo* [Actividades armadas en el territorio del Congo] (Dem. Rep. Congo v. Uganda), Sentencia, 2005 I.C.J. 168, ¶ 216 (19 de dic.) (reiterando la opinión de la Corte tal como fue expresada en la Opinión Consultiva a fin de confirmar la aplicación de varios tratados internacionales de derechos humanos al presente litigio).

24. *Ver* Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, art. 1, 4 de nov. de 1950, 213 U.N.T.S. 221 [en adelante Convenio Europeo] (demostrando que, según su artículo 1, los Estados Partes “reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I presente Convenio”).

25. *Andreou v. Turkey*, App. No. 45653/99 Eur. Ct. H.R. (2009).

26. *Id.* ¶ 25.

determinó que las violaciones debían tenerse como consumadas bajo la jurisdicción de Turquía en tanto que la apertura de fuego desde corta distancia por sus agentes había sido la causa directa e inmediata de las lesiones.²⁷

ii) Cuando el Estado ejerce control efectivo y general sobre un territorio. El Tribunal Europeo ha determinado que cuando los militares del Estado están desplegados en el territorio de otro, la fuerza extraterritorial que utilizan puede extender su jurisdicción.²⁸ En particular, en el asunto *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* se estableció la responsabilidad internacional de Rusia porque uno de sus soldados disparó a un joven en un retén que estaba situado en una zona de Moldova cuya seguridad estaba bajo la jurisdicción de la Federación de Rusia.²⁹

iii) Cuando los actos son cometidos por funcionarios del propio Estado fuera del territorio. En el caso *Öcalan v. Turkey*, el Tribunal concluyó que el Estado era responsable de las violaciones a derechos humanos ocasionadas por la detención del demandante en Kenia, toda vez que la misma se había llevado a cabo por autoridades turcas.³⁰

C. PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES (“PIDESC”)

A diferencia de los demás tratados internacionales, el PIDESC omite en su articulado la referencia a los términos “jurisdicción” y “territorio.” Así, en su artículo 2.1 establece que los Estados Partes se comprometen “a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas.”³¹

Como se aborda más adelante, esto ha permitido que los principales avances respecto las obligaciones extraterritoriales se hayan desa-

27. *Id.* ¶ 52.

28. *Ver* *Ilaşcu v. Moldova and Russia*, 2004-VII Eur. Ct. H.R. 179, 282.

29. *Ver id.* en 280-82 (explicando que el apoyo militar, económico, y político de Rusia al grupo separatista moldoviano tanto como la participación activa de los militares Rusos ilustran la responsabilidad de Rusia por el incidente).

30. *Ver* *Öcalan v. Turkey*, 2005-IV Eur. Ct. H.R. 131, 164 (determinando que el demandante entro bajo la jurisdicción de Turquía mientras su detención en Kenia por el hecho de que oficiales turcos fueron responsables por la detención).

31. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales art. 2(1), 16 de dic. de 1966, 993 U.N.T.S. 3 [en adelante PIDESC].

rollado en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales (“DESC”) gracias, desde luego, al trabajo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Comité DESC”); y los Relatores de las Naciones Unidas.³²

D. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En consonancia con la jurisprudencia internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”) ha determinado que tiene competencia *ratione loci* respecto a un Estado por hechos ocurridos en el territorio de otro Estado cuando las presuntas víctimas han estado sometidas a la autoridad y control de sus agentes.³³

Las primeras peticiones vinculadas con las obligaciones extraterritoriales que conoció la Comisión versaban sobre el incumplimiento de la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, la cual no contiene ninguna cláusula de aplicación territorial.³⁴ Sin embargo, en el marco de la petición interestatal 112/10, la CIDH se pronunció sobre la cláusula de jurisdicción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”).³⁵

En esta queja interestatal, Ecuador demandó al Estado de Colombia por la violación de diversos derechos reconocidos en la CADH en perjuicio del ciudadano ecuatoriano Franklin Guillermo Aisalla

32. *Ver infra* parte III.

33. *Ver* Coard v. Estados Unidos, Caso 10.951, Com. Inter-Am. DD. HH., Informe N° 109/99, OEA/Ser.L/V/II.106, doc 3 ¶ 37 (2000) (señalando que “[d]ado que los derechos individuales son inherentes simplemente en virtud de la humanidad de una persona,” sin distinción de nacionalidad o geografía, la investigación pertinente debería considerar si el Estado observó los derechos de una persona).

34. *Ver* Saldaño v. Argentina, Petición, Com. Inter-Am. DD. HH., Informe N° 38/99, OEA/Ser.L/V/II.102, doc. 6 corr. ¶ 23 (1999) (determinando que la CIDH carecía de competencia para procesar la petición contra el Estado argentino por el hecho de que la víctima, un nacional argentino que fue condenado a muerte por la justicia de los Estados Unidos, no se encontró sujeto a la jurisdicción argentina); *ver también* Alejandro v. República de Cuba, Caso 11.589, Com. Inter-Am. DD. HH., Informe N° 86/99, OEA/Ser.L/V/II.106, doc 3 ¶ 53 (2000) (declarando al Estado cubano responsable por la muerte de las víctimas, que mientras surcaban el espacio aéreo internacional, fueron asesinados como consecuencia de las acciones directas de agentes cubanos).

35. *Ver* Ecuador v. Colombia, Petición Interestatal PI-102, Com. Inter-Am. DD. HH., Informe N° 112/10, OEA/Ser.L/V/II. doc. 5 corr. 1 ¶ 91 (2011) (comentando sobre la obligación de los Estados parte del Sistema Interamericano de respetar los derechos de todas las personas dentro y afuera de su territorio).

Molina y, en particular, por su presunta ejecución extrajudicial por parte de agentes de la fuerza pública de Colombia en el marco de la “Operación Fénix” llevada a cabo el 1º de marzo de 2008 en territorio ecuatoriano.³⁶

La CIDH interpretó la noción de “jurisdicción” contenida en el artículo 1.1 de la CADH y determinó que la misma no estaba limitada al territorio nacional.³⁷ En tal medida, reiteró los criterios ya establecidos por otros tribunales al señalar que un Estado parte de la Convención Americana puede ser responsable por los actos y omisiones de sus agentes llevados a cabo, o que tienen efecto, fuera de su territorio.³⁸

Siguiendo el criterio establecido por la CIDH, la interpretación de la jurisdicción—y por lo tanto del alcance de la responsabilidad por el cumplimiento con obligaciones internacionales—es una “noción ligada a la autoridad y el control efectivo y no meramente a los límites territoriales.”³⁹ De esta forma, comprendió que aunque el concepto usualmente se refiere a la autoridad sobre personas que se encuentran dentro del territorio de un Estado, los derechos humanos son inherentes a todas las personas y no se basan en su ciudadanía o ubicación. Así, bajo el derecho interamericano de los derechos humanos, cada Estado está obligado en consecuencia a respetar los derechos de todas las personas dentro de su territorio, así como de aquellas presentes en el territorio de otro Estado pero sujetas al control de sus agentes.⁴⁰

III. OBLIGACIONES EXTRATERRITORIALES EN EL SIDH: LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN MÁS ALLÁ DE LA NOCIÓN DE AUTORIDAD Y EL CONTROL EFECTIVO

Sin lugar a dudas, el alcance de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos ha evolucionado progresivamente e incluye ahora el deber de los países de ejercer jurisdicción sobre las ac-

36. *Id.* ¶ 1.

37. *Id.* ¶ 91.

38. *Id.*

39. Saldaño, Informe N° 38/99, OEA/Ser.L/V/II.102, doc. 6 corr. ¶ 19.

40. Alejandro, Informe N° 86/99, OEA/Ser.L/V/II.106, doc 3 ¶¶ 92-99.

tividades relacionadas con las propias naciones que tienen efectos en otros Estados, es decir, más allá de sus límites territoriales.

En los últimos años, diversos mecanismos de las Naciones Unidas se han referido a las obligaciones extraterritoriales de los Estados y han contribuido a establecer y consolidar la comprensión de cómo aplicar el concepto de jurisdicción a las acciones y omisiones de los Estados que tienen efectos fuera de sus fronteras.⁴¹ En el marco del Sistema Universal de los Derechos Humanos, existe una preocupación constante de los expertos en diversas materias sobre las consecuencias para los derechos humanos de la explotación de los recursos naturales en terceros países cuando es llevada a cabo por empresas transnacionales a través de proyectos de desarrollo a gran escala.

En materia de medio ambiente, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos reconoció que la dimensión extraterritorial de la vinculación entre los derechos humanos y el medio ambiente resultaba evidente en la esfera de los daños ambientales transfronterizos toda vez que éstos se producen cuando la degradación del medio ambiente obstaculiza los derechos de personas que están fuera del territorio del Estado donde tiene lugar la actividad dañina, es decir, los medios contaminantes, como el aire y el agua, pueden cruzar fácilmente las fronteras.⁴²

En el mismo sentido, Catalina de Albuquerque, Relatora Especial sobre el Derecho al Agua y el Saneamiento, exploró el alcance de las obligaciones extraterritoriales y determinó que los Estados están obligados a evitar la contaminación de los recursos de agua más allá de sus fronteras, para lo cual debían prestar especial atención a regu-

41. Ver RED-DESC, ECONOMÍA GLOBAL, DERECHOS GLOBALES: GUÍA PARA INTERPRETAR LAS OBLIGACIONES RELACIONADAS CON LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ECONOMÍA GLOBAL 9 (2014) [en adelante, ECONOMÍA GLOBAL], <https://www.escri-net.org/sites/default/files/Economia%20Global%20Derechos%20Globales.pdf> (estableciendo que en los últimos siete años han existido veintiseis pronunciamientos por parte de los órganos de las Naciones Unidas sobre las Obligaciones Extraterritoriales).

42. Ver Navanethem Pillay (Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) *Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente*, ¶ 65, Doc. O.N.U. A/HRC/19/34 (16 de dic. de 2011) (describiendo las dimensiones extraterritoriales de la vinculación entre los derechos humanos y el medio ambiente y haciendo hincapié en la necesidad de seguir desarrollando la normativa en esta materia).

lar la actuación de los agentes no estatales.⁴³ Asimismo, el Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, suscribió la premisa de que, las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos eran aplicables tanto en el territorio de los Estados como fuera de ellos.⁴⁴

La evidencia más fehaciente de la creciente fuerza que han cobrado las obligaciones extraterritoriales en el plano internacional, es la adopción de los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales definen precisamente la dimensión extraterritorial de la normativa de derechos humanos en la esfera de los DESC y, al mismo tiempo, contribuyen al desarrollo progresivo de esa dimensión en relación con los derechos civiles y políticos.⁴⁵

Ahora bien, teniendo en cuenta el avance internacional hacia un reconocimiento firme de las obligaciones de los Estados por encima de sus límites territoriales, sería relevante analizar la posibilidad de ampliar la noción de jurisdicción consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana.

En sus primeros asuntos, la CIDH estableció que la interpretación de la noción jurisdicción requería la determinación de un nexo de causalidad entre la conducta extraterritorial de un Estado y la alegada violación de los derechos y libertades de una persona.⁴⁶ Hasta ahora, este nexo causal se ha vinculado a los conceptos de autoridad y con-

43. Catarina de Albuquerque (Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento) *El derecho humano al agua potable y el saneamiento*, ¶ 46, Doc. O.N.U. A/68/264 (5 de ago. de 2013).

44. *Ver* Maina Kiai (Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación) *Informe del Relator sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*, ¶ 25, Doc. O.N.U. A/HRC/29/25 (28 de abr. de 2015) (explicando que como consecuencia de la expansión de la jurisdicción del Estado “se refuerzan los derechos subyacentes” y las oportunidades para que las víctimas puedan reivindicar sus derechos se aumentan).

45. ETO CONSORTIUM, PRINCIPIOS DE MAASTRICHT SOBRE LAS OBLIGACIONES EXTRATERRITORIALES DE LOS ESTADOS EN EL ÁREA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES 3 (2013) [en adelante PRINCIPIOS DE MAASTRICHT], http://www.etoconsortium.org/nc/en/main-navigation/library/maastricht-principles/?tx_drblob_pi1%5BdownloadUId%5D=21.

46. *Ver, e.g.*, Alejandro, Informe N° 86/99, OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 3 ¶¶ 23, 25.

trol efectivo.⁴⁷ No obstante, resultan ser visiones limitadas frente a la actual evolución del derecho internacional de los derechos humanos en materia de obligaciones extraterritoriales y principalmente, respecto el papel que han cobrado las industrias extractivas en América Latina. De modo que, es necesaria una interpretación evolutiva del significado de dicho precepto convencional que se ajuste a la tutela más amplia de los derechos humanos.

Juez Sergio García Ramírez, al pronunciarse sobre la vigencia del concepto de la interpretación evolutiva—consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la CADH, así como las establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados—fue enfático en señalar que el Tribunal Interamericano debe de mantener su “capacidad de respuesta” para interpretar todas las cuestiones no previstas en la redacción de la CADH desde los propios valores y principios que fundamentan este instrumento.⁴⁸

En este punto, es importante señalar que los antecedentes históricos de la redacción de la Convención no indican que los Estados tuviesen la intención de otorgarle un significado especial al término “jurisdicción.” Por el contrario, los trabajos preparatorios de la Convención Americana revelan que el texto inicial del artículo 1.1 establecía dos criterios:

Los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en esta Convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que se encuentre *en su territorio y esté sujeta a su jurisdicción*, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.⁴⁹

47. *Ver id.* ¶ 23 n. 14 (“Cuando los agentes del Estado, ya sean militares o civiles, ejercen poder y autoridad (jurisdicción o jurisdicción *de facto*) sobre personas situadas fuera del territorio nacional, deberá presumirse que continúa la obligación del Estado de respetar los derechos humanos pertinentes.”).

48. *Reyes vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No.151 ¶ 3 (19 de sep. de 2006) (García Ramírez, J., voto razonado).

49. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, en 14 (7 de nov. de 1969) [en adelante Conferencia Especializada] (énfasis añadido), <http://www.oas.org/es/cidh/docs/enlaces/conferencia>

Al momento de adoptar la Convención Americana, la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos optó por suprimir la referencia al territorio y establecer la obligación de los Estados partes de la Convención a respetar y garantizar los derechos allí reconocidos a todas las personas sometidas a su jurisdicción.⁵⁰ De esta manera, se amplió el margen de protección a los derechos reconocidos en la Convención Americana, en la medida en que los Estados no sólo podrían llegar a ser responsables internacionalmente por actos u omisiones que les fuesen imputables dentro de su territorio, sino también por aquellos actos u omisiones cometidos por fuera del mismo.

De hecho, en el derecho internacional de los derechos humanos, ya existen elementos para determinar la esfera en la que los Estados ejercen jurisdicción fuera de sus fronteras. De acuerdo con los Principios de Maastricht,⁵¹ las obligaciones extraterritoriales deberían imponerse en, al menos, dos supuestos que hasta ahora no han sido contemplados en el marco del SIDH:

1) Situaciones en las que los actos u omisiones de un Estado causan efectos previsibles en el goce de los derechos humanos.⁵² Se refiere a las “situaciones en las que un Estado, a través de su conducta, puede influir sobre el goce de los derechos humanos fuera de su territorio nacional, incluso dada la ausencia de un control o autoridad efectivos sobre una situación o persona.”⁵³ Como se aborda más adelante,⁵⁴ básicamente, esta categoría está vinculada con la actualización de las obligaciones de protección y garantía de los derechos humanos desarrolladas ya por la jurisprudencia interamericana, por lo que sería viable ampliarlas respecto actos u omisiones del Estado que producen efectos transfronterizos.

2) Situaciones en las que el Estado está en la posición de ejercer una influencia decisiva.⁵⁵ En principio, “[e]sta categoría toma en

%20interamericana.pdf.

50. *Id.* en 295.

51. PRINCIPIOS DE MAASTRICHT, *supra* nota 45, en 6.

52. ECONOMÍA GLOBAL, *supra* nota 41, en 16.

53. *Id.*

54. *Ver infra* parte IV(iii) (analizando los alcances extraterritoriales del derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado a la luz de la obligación de proteger).

55. ECONOMÍA GLOBAL, *supra* nota 41, en 17.

cuenta que existen situaciones en las que un Estado debe adoptar” con mayor diligencia medidas positivas para asegurar “la realización de los derechos humanos fuera de su territorio nacional” debido a la posibilidad que tienen para influir en terceros, ya sea por medios legales o políticos para que respeten este derecho.⁵⁶ En realidad, este vínculo razonable entre el Estado y la conducta de que se trate puede actualizarse principalmente cuando el Estado figure como accionista de una empresa; o bien, ésta tenga su centro de actividad, se encuentre domiciliada, tenga su sede principal de negocios o desarrolle actividades comerciales sustanciales en dicho Estado (*host state*).⁵⁷

Como se expone más adelante, estos principios podrían interpretarse en consonancia con la jurisprudencia interamericana a efectos de ampliar el alcance de las obligaciones de la CADH.

IV. LOS ALCANCES EXTRATERRITORIALES DE LA OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: HACIA LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS DE ORIGEN

En la actualidad muchos de los casos de afectaciones a los territorios de comunidades indígenas se derivan del incumplimiento de la obligación de proteger por parte los Estados de origen de las empresas que operan en el extranjero, toda vez que éstos son los que deben establecer claramente los deberes de las propias empresas de respetar los derechos humanos en todas sus operaciones.⁵⁸

En el derecho internacional de los derechos humanos, la obligación de protección se entiende como el deber del Estado de asegurar que las personas “bajo su jurisdicción” no sufran viola-

56. *Id.*

57. *Ver* Com. de los Derechos del Niño, Observación General N° 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, ¶ 43, Doc. O.N.U. CRC/C/GC/16 (17 de abr. de 2013) [en adelante Observación General N° 16] (explicando que para cumplir las obligaciones de tener un vínculo razonable los Estados deben respetar la Carta de las Naciones Unidas y derecho internacional general).

58. *Ver* Hilda Elver (Relatora Especial sobre el derecho a la alimentación), *El acceso a la justicia y el derecho a la alimentación: el camino a seguir*, ¶ 41, Doc. O.N.U. A/HRC/28/65 (12 de ene. de 2015) (explicando la evolución progresiva del alcance de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos).

ciones por parte de terceros o incluso de autoridades, a través de la adopción de disposiciones normativas u otro tipo de medidas.⁵⁹ Así, corresponde al Estado la obligación de proteger los derechos humanos frente a abusos potenciales de los derechos humanos cometidos por las empresas transnacionales, así como el deber de investigar y castigar cuando éstos se concreten.⁶⁰

La premisa principal de este ensayo consiste en establecer que la obligación de proteger del Estado debería ampliarse más allá del territorio cuando se trata empresas domiciliadas en su territorio pero que pueden generar impactos en otros países; o bien, respecto aquellas que tengan su sede principal (matriz) o desarrollen actividades comerciales sustanciales en dicho Estado.

Lo anterior, toda vez que estos supuestos actualizarían un nexo causal respecto la posibilidad real, material y actual del Estado de origen para prevenir posibles impactos en los derechos humanos a través del establecimiento de políticas, leyes, reglamentos o las medidas judiciales que considere adecuadas y pertinentes.

Precisamente, en este sentido, los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y Derechos Humanos establecen que el deber de proteger implica que los Estados deben tomar medidas para prevenir

59. Ver Roberto Luis Bravo Figueroa et al., *Deberes específicos de prevención, investigación y sanción*, en REFORMA DH: METODOLOGÍA PARA LA ENSEÑANZA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS 13-36 (Alberto Nava Cortez ed., 2013) (estableciendo algunas conceptuales entre la obligación de protección y prevención en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Sistema Internacional de Derechos Humanos y la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos).

60. Ver John Ruggie (Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales), *Las empresas y los derechos humanos: catálogo de las normas internacionales sobre responsabilidad y rendición de cuentas por actos cometidos por empresas*, ¶¶ 10-18, Doc. O.N.U. A/HRC/4/35 (19 de feb. de 2007) [en adelante Ruggie, *Las empresas y los derechos humanos*] (describiendo la autoridad de los órganos de tratado sobre el deber del Estado de regular y arbitrar abusos cometidos por las entidades comerciales); ver también John Ruggie (Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales), *Aclaración de los conceptos de "esfera de influencia" y "complicidad"*, ¶ 30, Doc. O.N.U. A/HRC/8/16 (15 de mayo de 2008) [en adelante Ruggie, *Aclaración de los conceptos*] (exponiendo sobre el concepto de complicidad y como puede ser un método para imputar responsabilidad a las empresas).

la violación de los derechos humanos causados por terceras personas, incluso fuera de su territorio,⁶¹ lo cual también ha sido reafirmado por John Ruggie, Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.⁶²

Aunque este alcance más amplio de la obligación de proteger nos coloca ciertamente frente al debate contemporáneo sobre la noción de soberanía estatal, lo cierto es que no busca establecer deberes desproporcionados que impliquen invasión de fronteras por parte de los Estado, sino que consistiría en que cada país actúe dentro de sus fronteras regulando la forma en que las empresas (bajo su jurisdicción) deben respetar los derechos humanos en todas sus actividades.⁶³

Al respecto, es importante apuntar que la obligación de protección se encuentra fundamentalmente definida por los efectos preventivos que irradian de su cumplimiento, esto significa que el Estado debe evitar, con todos los recursos a su alcance, la transgresión de los derechos humanos tanto por parte de sus agentes como por parte de particulares.⁶⁴

Desde luego, conforme a jurisprudencia de la Corte Interamericana-

61. Ver MAR CARNEIRO FREIRE ET AL., CUADERNO-GUÍA DE LOS PRINCIPIOS RECTORES ONU SOBRE EMPRESA Y DERECHOS HUMANOS, 20-25 (2015), <http://www.aecid.es/Centro-Documentacion/Documentos/Informes%20y%20gu%C3%ADAs/Cuaderno%20Guia%20Principios%20Rectores%20AECID.pdf> (destacando como áreas de atención especial los colectivos vulnerables y las zonas afectadas por conflicto).

62. Ver Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, ¶¶ 13-14, Doc. O.N.U. A/68/279 (2013) (discutiendo que las comunidades indígenas corren más riesgo de la marginación política y económica cuando el Estado prioricé a los proyectos empresarios).

63. Ver CARNEIRO FREIRE ET AL., *supra* nota 61, en 23 (estableciendo que, por ejemplo, “la firma de Convenciones Internacionales, como es el caso de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales o la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, implicarían que este tipo de delitos cometidos por personas físicas o jurídicas en el extranjero son de jurisdicción de los Estados firmantes, con independencia de la nacionalidad de las víctimas o culpables, en los casos que no se hayan juzgado en el país donde ocurren.”).

64. Ver Bravo Figueroa et al., *supra* nota 59, en 13-17, 19 (explicando que los derechos humanos y las disposiciones normativas deben evolucionarse y adaptarse a las exigencias de un tiempo).

na un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares:

En efecto, las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.⁶⁵

El Tribunal Interamericano, a fin de dilucidar la existencia de responsabilidad internacional, ha determinado que debe comprobarse si existe una situación de riesgo y si el Estado pudo adoptar medidas tendientes a prevenirla o evitarla. Por ejemplo, en la sentencia del caso *Veliz Franco y otros vs. Guatemala* determinó que era necesario considerar si:

a) [E]l Estado tuvo oportunamente, o debió tener, conocimiento de la situación de riesgo real e inmediato . . . b) si, en su caso, tuvo posibilidades razonables de prevenir o evitar la consumación y, de ser así; c) si concretó la diligencia debida con medidas o acciones para evitar la lesión de los derechos.⁶⁶

Siguiendo estos antecedentes, esta obligación de prevención-protección debería tener efectos extraterritoriales basándose en la simple idea de que las obligaciones del Estado contra el abuso de los derechos humanos por parte de terceros o empresas no cesan donde terminan sus fronteras. A su vez, el cumplimiento de la obligación de proteger implicaría que el Estado asuma un papel sumamente activo para inhibir las violaciones a derechos humanos.⁶⁷ Así, dicha obligación en términos extraterritoriales se traduciría en un principio

65. González (“Campo Algodonero”), (ser. C) No. 205, ¶¶ 280-82.

66. *Franco vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 277, ¶ 142 (19 de mayo de 2014).

67. *Ver* M. MAGDALENA SEPÚLVEDA, *THE NATURE OF THE OBLIGATIONS UNDER THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS [LA ÍNDOLE DE LAS OBLIGACIONES DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES]* 160 (2003) (señalando que un amplio entendimiento de la obligación de proteger ayudara en la prevención de violaciones a los derechos humanos).

en:

La obligación de hacer cumplir a las empresas el deber de respeto de los derechos humanos, especialmente, a través del diseño de instituciones y disposiciones jurídicas que eviten la perpetuación de incentivos que inciten a la violación de esta obligación.

Que los Estados creen marcos de protección e implementen medidas adecuadas para contrarrestar la existencia de factores de riesgo que generen un terreno propicio para el desarrollo de violaciones a derechos humanos.⁶⁸

Que los Estados de origen dispongan de recursos judiciales efectivos para las víctimas de violaciones de los derechos humanos, lo cual implicaría la responsabilidad de supervisar que las empresas que trabajan en el extranjero se adhieran a las normas internacionales de derechos humanos,⁶⁹ incluidos los Principios Rectores de las Naciones Unidas.

En suma, la responsabilidad internacional de los Estados de origen debería determinarse siguiendo las propias reglas ya establecidas por la jurisprudencia interamericana respecto las obligaciones convencionales de garantía consagradas en el artículo 1.1 de la CADH.

Así, cuando un acto u omisión de un particular en otro territorio, tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no sería automáticamente atribuible al Estado.⁷⁰ Una excepción existe si se demuestra que no se adoptaron medidas de prevención y protección, especialmente, frente al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato como podría ser los graves impactos sociales y ambientales que generan las actividades extractivas de las industrias mineras domiciliadas en su territorio o respecto de las cuales ejercen algún tipo de jurisdicción.⁷¹

68. A. v. United Kingdom, 1998-VI Eur. Ct. H.R. ¶¶ 22-24 (explicando que, en particular, los niños y otros individuales vulnerables tienen el derecho de la protección del Estado).

69. *Kiai*, *supra* nota 44, en ¶ 36.

70. *Ver id.*

71. *Ver id.*

V. LOS ALCANCES EXTRATERRITORIALES DEL DERECHO A LA CONSULTA Y EL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO A LA LUZ DE LA OBLIGACIÓN DE PROTEGER

Entre los aportes más significativos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos de comunidades indígenas, se encuentra la interpretación realizada al artículo 21 de la Convención Americana (derecho a la propiedad) para proteger una de las realidades características de la región: la propiedad comunal de los territorios ancestrales respecto a los contextos de grandes proyectos o planes de desarrollo, inversión, exploración, explotación y extracción.⁷²

En su desarrollo jurisprudencial, el Tribunal ha establecido que la consulta debe garantizar la participación efectiva de las comunidades y debe desarrollarse: i) de buena fe y con el fin de llegar a un acuerdo; ii) conforme a las propias costumbres y tradiciones de la comunidad y métodos tradicionales para la toma de decisiones; iii) en las primeras etapas del proyecto en cuestión; y iv) previa entrega de toda la información relevante, y posibles riesgos.⁷³

Adicionalmente, en las sentencias relativas a los casos del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz, el Tribunal Interamericano determinó que el Estado debía cumplir con algunas salvaguardias adicionales, entre ellas:

- i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales según lo

72. *Ver* Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 309, ¶¶ 1-3 (25 de nov. de 2015) (estableciendo que La Corte Interamericana se ha pronunciado respecto de la consulta previa en cuatro casos relativos a pueblos indígenas o tribales, a saber: Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador; Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros, y Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros, ambos vs. Honduras).

73. Pueblo Saramaka, (ser. C) No. 172, ¶ 133.

que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones.⁷⁴

Finalmente, en una de sus sentencias recientes, la Corte Interamericana se pronunció claramente sobre el impacto que las actividades mineras por actores privados habían tenido en el medio ambiente y el territorio de los Pueblos Kaliña y Lokono. En particular, haciendo uso de los avances en el derecho internacional en relación con las empresas y derechos humanos⁷⁵ determinó que la obligación de proteger se concretaba en la responsabilidad del Estado de supervisar y fiscalizar las acciones de terceros sobre los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y tribales:

En este sentido, tal como lo reiteran dichos principios los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de las personas contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. Para tal efecto los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar, mediante políticas adecuadas, los abusos que aquellas puedan cometer, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.⁷⁶

No obstante, la importancia de estos avances, en el propio marco del SIDH todavía no existe un pronunciamiento sobre las actividades extraterritoriales de las industrias extractivas domiciliadas en un Estado parte de la CADH que hayan provocado violaciones a los derechos de los pueblos indígenas. En buena medida, esto se debe a que las normas internacionales de derechos humanos relativas a la regulación de las actividades extraterritoriales de las empresas domiciliadas en su territorio y/o su jurisdicción se encuentran en un pro-

74. Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 305, ¶ 156 (8 de oct. de 2015); Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 245, ¶ 157 (27 de jun. de 2012).

75. John Ruggie (Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales), *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*, Doc. O.N.U. A/HRC/17/31 (21 de mar. de 2011) [en adelante Ruggie, *Principios Rectores*].

76. *Ver* Pueblos Kaliña y Lokono, (ser. C) No. 309, ¶ 224.

ceso de cristalización, es decir, todavía es un debate abierto a nivel internacional la determinación de la posible aplicación extraterritorial de los derechos humanos en el contexto de proyectos extractivos.⁷⁷

Sin embargo, a partir de las consideraciones expuestas sobre la obligación de protección en relación con los estándares interamericanos del derecho a la consulta, es posible establecer algunas aproximaciones sobre los alcances que deberían adquirir las obligaciones de los Estados de origen respecto a los proyectos de las industrias extractivas se desarrollan fuera de su territorio. Al respecto, el deber del Estado de proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas en el contexto de las actividades extraterritoriales de las empresas requeriría asegurar algunas condiciones:

A. LA PLENA PARTICIPACIÓN DE ESOS PUEBLOS Y COMUNIDADES EN TODAS LAS ETAPAS DE LA ADOPCIÓN DE DECISIONES EN LOS MEGA PROYECTOS

Son varios los escenarios en los cuales la aprobación de proyectos se realiza sin consultar a los pueblos ni obtener su consentimiento.⁷⁸ A la vez, suelen estar ubicados en las fronteras y sus tierras, territorios y otros recursos de los pueblos indígenas en los países colindantes son afectados indirectamente por estos proyectos.⁷⁹

77. Ver Com. Inter-Am. DD. HH., *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, ¶ 46, OEA/Ser.L/V/II doc. 47/15 (31 de dic. de 2015) (estableciendo por primera vez el tema del alcance y aplicación extraterritorial de los derechos humanos en el contexto de proyectos extractivos y de desarrollo y se pronuncia sobre el debate actual en el derecho internacional).

78. Ya sea si se realiza en el país del cual son nativos o, bien, si se desarrolla en territorio extranjero, pero tendrá efectos en su territorio. Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, *Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas*, ¶ 26(b), Doc. O.N.U. A/HRC/21/55 (16 de ago. de 2012).

79. James Anaya (Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas), *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, ¶¶ 8-28, Doc. O.N.U. A/HRC/12/34 (15 de julio de 2009) [en adelante Anaya, *Informe sobre los derechos de los indígenas*] (explicando varios escenarios en los cuales los Estados indirectamente fallan en cumplir con sus obligaciones, tal

Sin embargo, James Anaya, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, ha establecido que la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas en realidad depende de los posibles efectos de las actividades propuestas. Así, ha subrayado que “[u]n efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de éstos.”⁸⁰

De este modo, sería imposible tratar de establecer una regla general sobre cuando debería obtenerse el consentimiento de las comunidades. Podrían existir casos en los cuales los daños sufridos por un pueblo sean extraterritoriales e indirectos, pero que causen impactos de tal gravedad que se requiera asegurar la participación del pueblo en todas las etapas del proyecto e incluso, que otorguen su consentimiento. Ejemplos incluyen la extracción de minerales en manantiales y ríos fronterizos que sean la fuente de abastecimiento, y el consumo de varias comunidades de distintas naciones.

El consentimiento libre, previo e informado es un elemento en el que descansa la capacidad de las comunidades indígenas de ejercer y disfrutar de otros derechos específicos como los derechos en materia de tierras, cultura, desarrollo y subsistencia, que suelen verse afectados por las actividades de las empresas. Por ello, el requisito de procurar la obtención del mismo ha sido considerado como un indicador de si el Estado ha cumplido en su deber de proteger a los derechos de estos pueblos indígenas.⁸¹

B. EL ESTABLECIMIENTO DE MARCOS JURÍDICOS Y NORMATIVOS PARA LA APLICACIÓN EFECTIVA DEL DERECHO A LA CONSULTA Y A UN CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO

En muchas ocasiones, las empresas suelen argumentar que su res-

que cuando expresando sobre cómo incluir buenas prácticas, determinar esferas de preocupación y mejorar condiciones para los pueblos indígenas en materia de derechos humanos).

80. *Id.* ¶ 47.

81. *Ver* Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *supra* nota 62, ¶¶ 9-11 (explicando que las empresas pueden tener más obligaciones según otras convenciones cuando afectan negativamente los derechos de los individuales o grupos vulnerables, como el pueblo indígena).

ponsabilidad se limita al cumplimiento de la legalidad vigente en los países en los que operan;⁸² sin embargo, este es un argumento evidentemente limitado y que no ofrece soluciones adecuadas en aquellos casos en los que las normas existentes son insuficientes o inexistentes en relación con los estándares internacionales, o, simplemente, los pueblos indígenas afectados no son oficialmente reconocidos.⁸³

En este tenor, se expuso que el diseño de instituciones y disposiciones jurídicas debería estar orientado a evitar la perpetuación de incentivos que fomenten la violación de las obligaciones en materia de consulta y consentimiento. Muchas veces, para atraer inversiones extranjeras, los Estados ofrecen protección por medio de tratados bilaterales de inversión y acuerdos de gobiernos receptores y prometen tratar a los inversores de manera justa, equitativa y sin discriminación.⁸⁴

Asimismo, la concreción de esta obligación consistiría en que los Estados de origen dispongan de recursos judiciales efectivos para las comunidades indígenas víctimas de violaciones de los derechos humanos. Esto conlleva necesariamente a la responsabilidad de supervisar y fiscalizar a las empresas que trabajan en el extranjero.

C. ESTABLECIMIENTOS DE PROCESOS DE DIÁLOGO Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN TODAS LAS ETAPAS DEL PROYECTO

El Estado de origen, el Estado anfitrión y las empresas deben establecer un diálogo abierto con los pueblos indígenas a fin de negociar y concretar mecanismos y procedimientos transnacionales para verificar el consentimiento libre, previo e informado.

Actualmente, muchos Estados todavía carecen de los recursos para fiscalizar de manera efectiva la actividad de terceros y vigilar el

82. Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, *supra* nota 78, ¶ 26.

83. Ver Anaya, *Informe del Relator Especial*, *supra* nota 6, ¶¶ 94-95 (explicando que el proceso de presentación de informes incluye una visita en la cual solo tienen que lograr el consentimiento del gobierno de que se trate, no al pueblo indígena).

84. John Ruggie (Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales), *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, ¶¶ 34-38, Doc. O.N.U. A/HRC/8/5 (7 de abr. de 2008) [en adelante Ruggie, *Proteger, respetar y remediar*].

cumplimiento de sus obligaciones. Por ello, es necesaria la cooperación internacional para reforzar la aplicación de las normas de derechos humanos.⁸⁵

Aunque la iniciación de un diálogo sobre las cuestiones relativas a los efectos del proyecto extractivo debe incluir a las empresas en tanto son éstas las que en ocasiones cuentan con mayor conocimiento sobre la implementación y desarrollo de sus actividades; el Relator Especial ha establecido que el deber de consultar y obtener el consentimiento de los pueblos indígenas es una responsabilidad que debe recaer principalmente sobre los Estados, al igual que el resto de las obligaciones en materia de derechos humanos.⁸⁶

En este entendido, el establecimiento de procesos de diálogo y cooperación internacional no eximiría—ni al Estado de origen, ni al Estado receptor—del deber internacional de velar por que se celebren consultas adecuadas para obtener el consentimiento. La responsabilidad de proteger los derechos de las comunidades indígenas recaería siempre en ambos.

Inclusive, si el Estado receptor no cuenta con el marco normativo adecuado, los Estados de origen deberían adoptar medidas cuando no se han respetado los estándares internacionales del derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado. Todos los proyectos de explotación de los recursos mineros están vinculados con diversas actividades administrativas que involucran a organismos del Estado. De este modo, no sólo es viable que el Estado cumpla con una obligación de fiscalizar las actividades empresariales, sino que incluso podría adoptar medidas de apremio en contra de las empresas que no cumplen con las normas internacionales, por ejemplo, a través de la revocación de licencias ambientales o concesiones.

Desde luego, a la luz de la obligación de protección esto es plausible en la medida en la que exista un nexo causal entre la actividad extraterritorial de la empresa y el Estado de origen. Esta obligación

85. *Id.* ¶ 75 (señalando la importancia de los “programas de cooperación internacional” y de la “elaboración de programas que prestaran asistencia técnica y financiera a los Estados y pueblos indígenas”).

86. *Ver Anaya, Informe sobre los derechos de los indígenas, supra* nota 79, ¶¶ 77-78 (explicando que el deber de consultar con los pueblos indígenas sobres decisiones que los afecten es una norma destacada y arraigado en las costumbres internacionales de los derechos humanos).

podría ser vinculada sea por la ubicación de su domicilio principal o matriz, por el ámbito donde desarrolla sus operaciones e incluso, o por la existencia de relaciones de índole comercial entre la empresa y el Estado en cuestión.⁸⁷

Por su parte, el derecho internacional también ha pugnado por determinar que las empresas tienen también la responsabilidad de respetar el derecho de los pueblos indígenas a participar en la toma de decisiones en relación con dichas medidas, incluyendo la realización de consultas informadas con dichos pueblos.⁸⁸

En la práctica, para evitar efectos adversos, así como riesgos empresariales, es necesario que las empresas se aseguren de que el proceso de consentimiento libre, previo e informado dirigido por el Estado sea adecuado, lo cual también es exigible en conexión con la realización de estudios de impacto y la adopción de medidas de compensación y reparto de los beneficios derivados del proyecto. Es decir, las empresas también deben actuar dentro de un marco de diligencia de respeto a las normas de derechos humanos y abstenerse de operar en aquellos países en los que la consulta a los pueblos indígenas no está debidamente asegurada en términos generales o en relación con el proyecto específico objeto de concesión, conforme a los requisitos exigidos por las normas internacionales.⁸⁹

VI. CONCLUSIONES

A pesar del notable desarrollo del marco que regula las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos con miras a exigir su responsabilidad social en torno a la realización de los mismos, lo cierto es que los Estados no deberían dejar de ser considerados los máximos responsables de cumplir con los estándares internacionales en la materia.

87. *Id.* ¶ 50.

88. *Ver Anaya, Informe del Relator Especial, supra* nota 6, ¶ 86 (estableciendo que existe una creciente conciencia entre las empresas de la necesidad de hacer frente al legado de los males infligidos en el pasado a las comunidades indígenas de resultas de actividades empresariales, lo que puede plantear dificultades adicionales a la hora de procurar evitar posibles efectos adversos en el futuro).

89. *Ver Ruggie, Proteger, respetar y remediar, supra* nota 84, ¶ 49 (sugiriendo que los Estados identifiquen indicadores al respecto de las empresas en zonas de conflictos para así poder facilitar o ayudar el acceso a la información y enfrentar las violaciones de los derechos humanos).

Por un lado, en términos políticos, son éstos en los que debe recaer la exigencia extraterritorial de encarar los retos de la globalización y de la creciente participación las empresas extractivas en los asuntos públicos para el respeto, goce, promoción y protección de los derechos humanos. Por otro lado, en términos prácticos y jurídicos, porque las propias normas del derecho interamericano de los derechos humanos en materia de atribución de responsabilidad consideran que recae únicamente en los Estados la obligación erga omnes hacer respetar los derechos humanos, incluso en las relaciones entre particulares.

En este sentido, es conveniente que los esfuerzos del derecho internacional de los derechos humanos relativos a la determinación de la responsabilidad de los Estados de origen de las empresas extractivas continúen orientados a la ampliación de la obligación de protección.

La ampliación del deber de protección impulsaría al Tribunal Interamericano a explorar la posibilidad de expandir el contenido del derecho a la consulta y al consentimiento más allá de las fronteras de los Estados a efectos de hacer frente a los desafíos, cada vez mayores, que encaran las comunidades indígenas para la protección de sus tierras, tradiciones y en sí, de su integridad cultural por las actividades de las industrias extractivas de alcances multinacionales.

Vale la pena recordar que las normas relativas a los derechos básicos de la persona son obligaciones *erga omnes*, por lo que debe promoverse su respeto universal y efectivo.⁹⁰ En virtud de ese carácter, lo cierto es que las obligaciones estatales no deberían encontrar como límite el espacio territorial de las naciones, máxime cuando está en juego la propia supervivencia de las comunidades indígenas de América Latina.

90. Ver Observación general N° 31, *supra* nota 21, en 225, ¶ 2 (explicando que *erga omnes* son obligaciones por las cuales hay obligaciones en la Carta de las Naciones Unidas de promover el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales).