

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

**COSA JUZGADA
CONSTITUCIONAL**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Contenido

CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>Presentación</i>	15
Cosa juzgada constitucional	
ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA <i>El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones</i>	23
JUAN MANUEL SOSA SACIO <i>La potestad del Tribunal Constitucional para declarar nulas sus resoluciones con incorrecciones graves, dañosas e insubsanables</i>	59
BERLY JAVIER FERNANDO LÓPEZ FLORES <i>La cosa juzgada derivada de una sentencia interlocutoria del Tribunal Constitucional</i>	95
JORDI NIEVA FENOLL <i>La cosa juzgada: el fin de un mito</i>	113
EDWIN FIGUEROA GUTARRA <i>La cosa juzgada constitucional. Previsiones y oposiciones en la interpretación constitucional</i>	135
ALFREDO ORLANDO CURACA KONG / LUIS ANDRÉS ROEL ALVA <i>La inmutabilidad de la cosa juzgada constitucional: ¿se puede anular una sentencia del Tribunal Constitucional?</i>	151

Miscelánea

RAMIRO DE VALDIVIA CANO <i>Chesterton, las demandas frívolas y el Tribunal Constitucional</i>	185
ANÍBAL QUIROGA LEÓN <i>El régimen del recurso de agravio constitucional, los precedentes vinculantes y las sentencias interlocutorias</i>	207
JAVIER TAJADURA TEJADA <i>Valor jurídico y función política de los preámbulos constitucionales</i>	251
LUIS M. SÁNCHEZ <i>Las razones del precedente en las tradiciones del common law y el civil law</i>	275
ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ <i>La defensa de los derechos fundamentales frente a las empresas en el constitucionalismo estatal e internacional</i>	297
BENJAMÍN RIVAYA <i>Sobre el uso del cine en la formación judicial</i>	329
ALAN FELIPE SALAZAR MUJICA <i>La enseñanza-aprendizaje de los principios constitucionales a través del cine</i>	345

Jurisprudencia comentada

ALVARO R. CÓRDOVA FLORES <i>Comentario a la Sentencia Delgamuukw v. British Columbia [1997]</i>	365
SUSANA TÁVARA ESPINOZA <i>Reajuste de pensión de jubilación. Comentario a la STC 00828-2014-PA/TC</i>	373

Reseñas

EDGAR CARPIO MARCOS

*Razonamiento constitucional: críticas al neoconstitucionalismo
desde la argumentación judicial*

377

OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA

*La Constitución inacabada. Ideas y modelos constitucionales en el
momento fundacional del Perú en la primera mitad del siglo XIX*

381

ROGER VILCA APAZA

Ley y justicia en el Oncenio de Leguía

383

La defensa de los derechos fundamentales frente a las empresas en el constitucionalismo estatal e internacional

✍ ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ*

Sumario:

I. Derechos fundamentales y terceros privados. 1.1. La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros en la concepción liberal temprana. 1.2. Mundialización y bipolarización de las relaciones de poder. 1.3. Las objeciones de las concepciones liberales hacia la *Drittwirkung*. **II.** La eficacia de los derechos frente a las empresas en las constituciones estatales: una perspectiva comparada España - América Latina. 2.1. Eficacia directa e indirecta de los derechos fundamentales frente a privados. 2.2. La Constitución española de 1978. Un ejemplo de eficacia *indirecta o mediata* de los derechos fundamentales. 2.3. El constitucionalismo latinoamericano y la eficacia *directa o inmediata* de los derechos frente a terceros y a empresas. 2.3.1. La Constitución colombiana de 1991. 2.3.2. Las nuevas Constituciones de Ecuador (1998 y 2008), Venezuela (1999) y Bolivia (2009). **III.** La *Drittwirkung* en el marco de un nuevo constitucionalismo internacional. **IV.** Tomarnos en serio el Derecho Constitucional internacional. **V.** Conclusiones.

Resumen:

La mutación del capitalismo monopolista de Estado de la segunda mitad del siglo XX al capitalismo monopolista transnacional a partir de la mitad de los años setentas implicó una expansión de las empresas transnacionales. Ello abrió un escenario donde ya no tiene ningún sentido que la protección de los derechos fundamentales y la actuación de sus sistemas de garantías, tanto a nivel estatal como internacional, se reduzcan a actuar solamente contra las posibles vulneraciones de los mismos por parte del poder estatal y no de los terceros privados. El presente artículo analiza el papel de las corporaciones transnacionales como potenciales vulneradoras de derechos humanos y explora nuevos campos de regulación jurídica, en el constitucionalismo estatal e internacional, para garantizar a los ciudadanos mecanismos de defensa de sus derechos frente a estas.

Palabras clave:

Derechos fundamentales, empresas transnacionales, *Drittwirkung*, tratados internacionales de derechos humanos.

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia (España).

Abstract:

Mutation from State monopoly capitalism in the second half of the 20th Century to the transnational monopoly capitalism in the mid seventies involved an expansion of transnational corporations. This opened a stage where no longer makes sense that the protection of fundamental rights and their systems of guarantees, both at internal and international level, are limited to take action only against violations made by the State and not by private parties. This article analyzes the role of transnational corporations as potential violators of human rights and explores new fields of legal regulation at both State and international level constitutionalism, to guarantee to citizens defense mechanisms against them.

Keywords:

Fundamental rights, transnational corporations, *Drittwirkung*, international human rights treaties.

I. Derechos fundamentales y terceros privados

La globalización o mundialización puede definirse de manera general como aquella fase del sistema capitalista (fase transnacional del Capital monopolista), en la que las dinámicas de inversión y acumulación se dan, sin ningún tipo de límites, más allá de los Estados, y también por tanto, la integración de los procesos productivos y mercados de trabajo¹.

298

Ahora bien, ocurre que a la internacionalización, sin límites ni traBas, de los derechos de los inversores y de los grandes propietarios transnacionales no le ha correspondido una globalización de los derechos para la gran mayoría de las personas, del mismo modo que la mundialización de la lógica económica del beneficio privado no ha venido acompañada por la internacionalización de la lógica política de la satisfacción de necesidades básicas y la extensión de garantías de libertad e igualdad.

Todo ello ha llevado a:

- 1) Una crisis del constitucionalismo tradicional, entendido como sistema de límites al poder público y a los particulares con el objetivo de proteger los derechos de los ciudadanos.
- 2) Y, derivado de lo anterior, una crisis de los derechos de los ciudadanos, esto es del acceso de estos a sus derechos: civiles (control social

¹ Para un estudio detallado de las fases del capitalismo, ver: A. PIQUERAS. *La opción reformista: entre el despotismo y la revolución*. Anthropos. Barcelona. 2014.

y vulneración de los derecho a la intimidad), políticos (el traslado de los espacios de decisiones de la esfera pública nacional a la esfera internacional privada supone una crisis de las instancias parlamentarias y de la representación política pública), sociales (medidas de austeridad impuestas desde órgano supranacionales y desmantelamiento del Estado social y precarización de la vida), medioambientales (crecimiento infinito en contraposición a recursos finitos), etc.

Frente a este contexto y aceptado este análisis, no cabe duda que existe la necesidad de una reconstrucción estatal y global de un constitucionalismo material y garantista que permita asegurar plenamente la eficacia de los derechos de las personas. Y, entre las figuras que este nuevo constitucionalismo debe incluir, especialmente en un sistema-mundo como el actual caracterizado, entre otros aspectos, por el gran poder adquirido por las empresas transnacionales, está la de la eficacia de los derechos frente a éstas, o lo que también de ha denominado la eficacia de los derechos frente a terceros particulares o *Drittwirkung*².

1.1. La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros en la concepción liberal temprana

No es hasta las últimas décadas del s. XX que empiezan a aparecer en las constituciones normas explícitas de reconocimiento de la eficacia directa frente a los particulares de los derechos fundamentales. Hasta este momento, los derechos fundamentales sólo podían ejercerse ante los tribunales en casos de vulneración de estos por parte de los poderes públicos, pero no de los particulares.

El cimiento histórico-doctrinal que explica esto lo encontramos en la concepción liberal temprana de separación radical entre la sociedad y el Estado, asignando a cada uno de los términos del binomio un estatuto jurídico diferente. De forma que, como correlato de la Constitución, concebida como estatuto jurídico del Estado, se proyectó en el ámbito de lo privado el

² La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares se ha denominado con el término «Drittwirkung», pues ha sido estudiada con especial atención por la doctrina alemana.

Código Civil, al que se configuró como el estatuto jurídico más representativo de la sociedad.³

Asentada la legislación privada en la trilogía de la generalidad de la ley, la igualdad ante la ley y la autonomía de la voluntad, nada tiene de extraño que fuera a través de la satisfacción y el cumplimiento de estos tres principios, como se pensaba que se podía realizar y garantizar jurídicamente la libertad del hombre. Con razón iusprivatistas notables como Thieme o Wieacker, han hablado del contenido materialmente constitucional de la codificación privada, en la medida en que el código civil daba vida a un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que contemplaban su normativa como la mejor tutela y amparo de la libertad de los hombres. Los únicos peligros que cabía imaginar para los derechos fundamentales quedaban reducidos a los derivados de las relaciones entre el individuo y el Estado. En efecto, se partía de que los individuos ocupan una posición de libertad e igualdad natural por lo que sus relaciones sociales, presididas por la autonomía privada, debían ser ajenas a la regulación jurídico-pública que conllevaría la eficacia de los derechos fundamentales con el fin de evitar la quiebra de esta paridad consustancial a la sociedad. Se planteó de este modo la teoría jurídica clásica de los derechos fundamentales desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, entendiendo que era sólo el poder estatal el que podía conculcarlos.⁴

300

1.2. Mundialización y bipolarización de las relaciones de poder

Esta concepción no tiene ningún sentido hoy, la globalización ha supuesto importantes transformaciones en el campo de poder contemporáneo.

Con la mundialización, comprender los fenómenos de poder general deja de ser asequible en términos sencillos. El concepto originario, feudal, de soberanía (era soberana, según Althusio, la entidad que no reconocía superioridad a otras entidades. La soberanía consistía en poder indiferenciado) es ahora reformulado dando lugar a lo que se ha denominado una *bipolari-*

³ P. VEGA GARCÍA. «La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)». En M. CARBONELL (coord.). *Derechos Fundamentales y Estado*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. UNAM. México. 2002. p. 693.

⁴ *Ibid.*

zación de las relaciones de poder⁵. Nos encontramos ahora dos tipos de poder diferentes:

1. El poder político-estatal (*Estado abierto o permeable*), por lo común un Estado-nación o asociaciones estatales como la Unión Europea (UE), que constituye la antigua instancia que asume el *poder público explícito* y manifiesto de la sociedad, y quien implementa las políticas; y,
2. El *soberano privado supra-estatal difuso*, constituido por el poder estratégico conjunto de las grandes compañías transnacionales y sobretodo, hoy, de los conglomerados financieros.

Entre las causas de esta bipolarización del poder encontramos el hecho de que el monetarismo, la desregulación, el libre cambio comercial, el flujo de capitales sin trabas y las privatizaciones masivas han supuesto el traspaso de muchas decisiones fundamentales de la esfera pública a la esfera privada.

Esto hace que ambos poderes Estado abierto/soberano supra-estatal privado estén inter-relacionados. El poder del soberano privado supra-estatal no es algo autónomo del otro, sino que tiene efectos de naturaleza pública precisamente porque determina las políticas estatales. El soberano difuso no es sólo capaz de imponer sus opciones políticas a los Estados penetrando la voluntad de sus instituciones (instancias como el G7, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la OCDE, la OMC, la UE, etc. constituyen mecanismos a través de los cuales el soberano privado puede imponer su voluntad a los Estados), sino que además dificulta llevar a la práctica las políticas decididas por las instituciones estatales cuando son incoherentes con sus propias opciones. El soberano privado señala el tipo y condiciones de la política económica aceptable para él⁶ y el Estado abierto mediante la gestión estatal y la intervención político-administrativa de la actividad económica⁷ se

⁵ J.R. CAPELLA. *Estado y Derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales*. Concejo General del Poder Judicial. Madrid. 1999. pp. 104-105.

⁶ Estas hacen referencia al marco de condiciones necesario para el funcionamiento de las compañías transnacionales: para facilitar los flujos del capital financiero, eliminar o graduar incompatibilidades o fronteras tecnológicas, políticas, arancelarias y de cualquier tipo referentes al tráfico de bienes y servicios, y acordar la distribución de los ámbitos de actuación de los diferentes grupos económicos.

⁷ Como señaló James Petras: «lejos de ser contrario al estatismo, el capital multinacional exige un Estado activista que desmantele el Welfare State a favor de la mundialización» (J. PETRAS. *El mito de la globalización*. En Ajoblanco (Barcelona). Núm. 105. 1998).

dedican a instrumentar las políticas que le vienen señaladas por la instancia supra-ordenada⁸.

En consecuencia, la aparición en el seno de la sociedad de poderes privados, capaces de imponer su voluntad y su dominio con igual o mayor fuerza que los poderes públicos del Estado, determina un nuevo y más amplio entendimiento de la dialéctica poder-libertad.⁹ Para poner sólo un ejemplo, algunos de los principales violadores de derechos sociales hoy en día son el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional. Como han puesto de manifiesto diversas resoluciones del Comité de Naciones Unidas para los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), a través de sus políticas de privatización de empresas, sin las medidas de seguridad social adecuadas, estos organismos internacionales han tenido graves efectos negativos sobre los derechos sociales de múltiples Estados¹⁰.

Asimismo, diversas resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (UN), han puesto también de manifiesto el papel protagónico que, en varios países, las empresas transnacionales juegan en el desarrollo de conflictos donde se vulneran derechos humanos¹¹.

⁸ Sobre esta dualidad de poderes ver: J.R. CAPELLA. *Grandes esperanzas*. Trotta. Madrid. 1996. pp. 161 y ss.. Para el caso de la UE vid. A. GUAMÁN y A. NOGUERA. *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social*. Bomarzo. Albacete. 2015.

⁹ Como señaló la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el ya citado caso «Kot» de 1958 (Fallos: 241:291, de 5 de septiembre de 1958): «Nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita sostener que la protección de los derechos humanos se circunscriba a los ataques que provengan del Estado solamente. Hay ahora una categoría de sujetos que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, las asociaciones profesionales, las grandes empresas que acumulan un enorme poderío material y económico. Y no es discutible que estos entes colectivos representen una fuerte amenaza contra los individuos y sus derechos fundamentales».

¹⁰ Ver Observaciones del Comité de DESC: Algeria, E/C.12/1/add 71 (2001); Argentina, E/C.12/1/add 38 (1999); Bulgaria, E/C.12/1/add 37 (1999); Camerún, E/C.12/1/add 40 (1999); Colombia, E/C.12/1/add 74 (2001); Egipto, E/C.12/1/add 44 (2000); El Salvador, E/C.12/1/add 4 (1996); Honduras, E/C.12/1/add 57 (2001); República de Korea, E/C.12/1/add 59 (2001); Nepal, E/C.12/1/add 66 (2001); Holanda, E/C.12/1/add 25 (1998); Nicaragua, E/C.12/1993/14 (1994); Rumanía, E/C.12/1994/4 (1994); Senegal, E/C.12/1/add 62 (2001); Senegal, E/C.12/1993/18 (1993); Islas Solomon, E/C.12/1/add 33 (1999); Venezuela, E/C.12/1/add 56 (2001); Ver también: Comisión de Derechos Humanos. «Report of the Expert Seminar on Human Rights and Extreme Poverty». 7-10 febrero 2001, E/CN.4/2001/54/add 1, para 14. (M. SSENIONJO. «Non-State actors and Economic, Social and Cultural Rights». En M.A. BADERIN y R. MCCORQUODALE. *Economic, Social and Cultural Rights in Action*. Oxford University Press. Oxford. 2007. pp. 109-135).

¹¹ La resolución 1499 del Consejo de Seguridad (UN Doc. S/RES/1499 (2003), de 13 de agosto), con respecto a la situación de la república del Congo, estableció un grupo de expertos

Ello significa que, procediendo con elemental coherencia, la protección de los derechos fundamentales y la actuación de sus sistemas de garantías, no debería reducirse a contemplar solamente las hipotéticas violaciones de los mismos provenientes del poder estatal, sino que habrá que tener en cuenta también las posibles lesiones derivadas de la acción de los particulares o actores internacionales que, operando desde posiciones de privilegio y configurándose como auténticos poderes privados, emulan en ocasiones con ventaja al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora de los derechos.¹²

Esta no es una cuestión nueva, en las décadas de 1960 y 1970 las operaciones de grandes empresas de negocios ya fueron objeto de atención internacional y la necesidad de su regulación emergió como una prioridad dentro de organizaciones como la ONU y otras organizaciones regionales. Códigos de conducta fueron negociados, sin éxito, al nivel de la ONU¹³, y con algún éxito a nivel regional¹⁴. No obstante, este intento temprano de

cuyo informe reconocía que las empresas multinacionales que operaban en el área, especialmente en el desarrollo y explotación de los recursos naturales, tienen un papel protagónico importantísimo en el desarrollo del conflicto en curso en el país, a raíz del cual se producen graves violaciones de derechos humanos. Ya previamente, mediante la Resolución 1306 del Consejo de Seguridad (UN Doc. S/RES/1306 (2000), de 5 de julio), este organismo ya se había manifestado sobre el importante papel de las compañías transnacionales dedicadas a la extracción de diamantes, en el fomento de los conflictos en África, especialmente en Sierra Leona y Angola.

¹² P. VEGA GARCÍA. «La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)». Cit. p. 697.

¹³ La Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo y Comercio (UNCTAD) creó un grupo de personas con el objetivo de estudiar el rol de las corporaciones multinacionales en el comercio mundial. De conformidad con ello, una comisión de UN y el Centro de Corporaciones Transnacionales de UN se crearon en 1974. Como resultado se realizó un proyecto de Código de conducta de las corporaciones transnacionales (23 I.L.M. 626 (1984)), que cubrió muchos aspectos diferentes como trabajo, consumidores, mujeres, medio ambiente, corrupción y prácticas de negocios restrictivas. La primera generación de Códigos de Conducta se culminó en 1977 con la Declaración tripartita de principios relativos a las empresas transnacionales y política social, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Aunque sus reglas fueron concebidas a la luz de reivindicaciones políticas provenientes de los países desarrollados para instaurar lo que se conoció como Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI), también hacían referencia a algunos derechos humanos de los trabajadores, promoción de empleo, libertad de asociación, negociación colectiva, igualdad de oportunidades y trato, seguridad y salud en el trabajo, etc. No obstante, la implementación de este instrumento fue voluntaria y, en la práctica, es muy difícil recordar algún caso de plena implementación por parte de empresas o tribunales. (Sobre esto, ver: J. BRAITHWAITE y P. DRAHOS. *Global Business Regulation*. Cambridge University Press. Cambridge. 2000. p. 192; A. GIARDINA y G.L. TOSATO. *Diritto del commercio internazionale: Testi di base e note introduttive*. Guiffré. Milán. 1995. pp. 427 y ss.)

¹⁴ A nivel regional, las líneas básicas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) para las empresas transnacionales (40 ILM 237 (2001)) fueron desarrolladas y revisadas como Anexo de la Declaración en Inversión Internacional y empresas transnacionales (2000) (DAFFE/IME/WPG(2000)9). Estas establecieron el principio general de

regularizar las operaciones de las empresas transnacionales ocurrió en un momento histórico y político muy diferente al que vendría en próximos años. En la década de 1970, la cuestión de la responsabilidad internacional de las corporaciones multinacionales volvió a surgir en el contexto de descolonización¹⁵ y la mayor preocupación era asegurar una efectiva independencia de los países jóvenes con respecto los centros de poder económico establecidos en el interior de sus territorios durante el periodo de dominación¹⁶. No obstante, a pesar de estos intentos históricos, hoy el mundo es muy distinto. El triunfo de la ideología neoliberal a nivel global ha llevado a un incremento de las empresas transnacionales y los movimientos internacionales de capitales a tal nivel, que resultan absolutamente incontrolables en la actualidad y

que las corporaciones tienen la obligación de respetar «los derechos humanos de aquellos afectados por sus actividades en consonancia con las obligaciones internacionales del gobierno anfitrión» (Puede verse: <http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428>). Sin embargo, sus reglas, recordando a la Declaración Universal de Derechos Humanos, son recomendaciones para cumplir a través de la legislación local, salvaguardando intereses de los consumidores, abolición del trabajo infantil, la lucha contra el soborno, la protección del medio ambiente, etc. Su implementación está basada en puntos de contacto nacionales encargados de promover sus directrices, como es general en la práctica de la OECD.

Al nivel de la Unión Europea, después de la Declaración de empresas europeas contra la exclusión social, y de la Cumbre del Consejo Europeo en Lisboa del 2000, consultas extensivas condujeron a la creación del «libro verde de responsabilidad social de las corporaciones». Una vez más fue recomendado a las corporaciones transnacionales adoptar un código de conducta incorporando su responsabilidad social, y tomando en cuenta los instrumentos internacionales como los Convenios de la OIT, las líneas base de la OECD, etc. En la práctica, no se ha creado ninguna norma de *hard law*, y la cuestión de la responsabilidad social de las empresas se ha quedado en meros mecanismos voluntarios con poca eficacia. (Sobre la elaboración durante la década de 1970, por parte de organizaciones intergubernamentales, de códigos de conducta de responsabilidad social de las corporaciones transnacionales, ver: F. MARRELLA. «Human Rights, Arbitration, and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade», En W. BENEDEK, K. De FEYTER y F. MARRELLA (eds.). *Economic globalization and Human Rights*. Cambridge University Press. Nueva York. 2007. pp. 290-294).

¹⁵ Un ejemplo típico de este periodo fue la imposición a las corporaciones transnacionales de obligaciones específicas a cooperar en la efectiva implementación de las sanciones de UN contra Southern Rhodesia, a continuación de la proclamación unilateral de independencia por parte del régimen de la minoría blanca, en 1965. También las resoluciones llamaron a prevenir, en la década de los 70, la cooperación de las empresas multinacionales con el régimen de Apartheid de Sudáfrica, especialmente con respecto a la explotación de recursos naturales en Namibia. El famoso Decreto de Namibia Núm.1, de 27 de setiembre de 1974, adoptado por el Consejo de UN para el sud-este de África, un órgano subsidiario de la Asamblea General, estableció una prohibición general de exploración y explotación de los recursos naturales de Namibia, en aquel momento todavía ocupada ilegalmente por Sudáfrica, y esta prohibición debía ser vinculante para los estados y personas privadas, incluidas las empresas transnacionales.

¹⁶ F. FRANCONI. «Alternative Perspectives on International Responsibility for Human Rights Violations by Multinational Corporations». En W. BENEDEK, K. De FEYTER y F. MARRELLA (eds.). *Economic globalization and Human Rights*. Cit. p. 246.

exigen de la adopción de nuevas medidas, tanto a nivel estatal, como global. La mera adopción de normas de *soft law* (declaraciones, directrices, etc.) incapaces de dar lugar a ningún tipo de sanción de los órganos de control de cada una de estas instituciones movilizadas en el marco de un procedimiento de control autorizado por estos textos, se ha mostrado, en la actualidad, totalmente ineficaz.

1.3. Las objeciones de las concepciones liberales hacia la *Drittwirkung*

A pesar de todo lo expuesto, en muchos autores existe aún la convicción de que al admitir la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a poderes privados, esto es en las relaciones entre particulares, se está desvirtuando el principio de respeto a la autonomía de la voluntad, auténtico pilar del derecho privado.¹⁷

Estos autores han intentado dar soluciones a este problema de la indefensión sin romper los moldes del constitucionalismo liberal. Ejemplo de ello es la llamada «teoría de la eficacia indirecta» o teoría de la «*Mittelbare Drittwirkung*» de Dürig.¹⁸ Esta teoría, por un lado, entiende que al ser en el

¹⁷ Así, por ejemplo, B. PIEROTH y B. SCHLINK («Grundrechte Staatsrecht II», 16^a ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2001, p. 44), mantienen que el resultado de extender el ámbito de vigencia de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares sería: «una limitación irremediable de la libertad». También E.W. BÖCKENFORDE (*Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 91), parece compartir esa opinión, al afirmar que «una extensión global e indiferenciada de la vinculación a los derechos fundamentales en el ámbito social anularía de nuevo en gran parte, en la relación de unos individuos con otros, aquellas libertades que deberían asegurarse a través de la vinculación del Poder estatal a los derechos fundamentales de los individuos». No obstante, Böckenförde parece mantener otra opinión en las pp. 113-114. En España, J.M. BILBAO UBILLOS (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/BOE, Madrid, 1997), también ha observado esta preocupación de buena parte de la doctrina alemana: «Late en el fondo de estas posturas (las que rechazan la «unmittelbare Drittwirkung») la convicción de que la «Drittwirkung» puede ser una especie de «caballo de Troya» que destruya el sistema construido sobre la base de la autonomía privada» (p. 283). (Ver: T. DOMINGO, «El problema de la Drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho». En *Derechos y Libertades*, No. 11, Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 2002, pp. 251-289).

¹⁸ Esta teoría tuvo su origen con la famosa sentencia Lüth del Tribunal Constitucional Federal en 1958, que recogió la tesis de Dürig. Los hechos que motivaron esta Sentencia fueron los siguientes: Veit Harían, un conocido director de cine que durante el régimen nazi habla dirigido películas antisemitas -absuelto de la acusación de haber participado en los crímenes nazis- dirigió en 1950 una película titulada *Immortal Lover*, lo que provocó la indignación de Erich Lüth, un informador de Hamburgo perteneciente a un grupo que pretendía reparar las heridas que la guerra había abierto entre judíos y cristianos. Lüth instó a su audiencia a boicotear *Immortal Lover*, lo que le supuso una condena por violación del artículo 826 del Código

marco de la sociedad, y no del Estado, donde el hombre desarrolla su verdadera existencia, es en ese mismo ámbito de la autonomía de la voluntad, donde únicamente cabe situar con realismo la problemática jurídica de los derechos fundamentales. Pero, por otro lado, para no alterar ni confundir los estatutos jurídicos de la sociedad y del Estado, tal y como los concibe el constitucionalismo clásico, se estimará que si los derechos fundamentales tienen una eficacia directa en relación al poder público, en relación a las posibles violaciones producidas por los particulares, su eficacia tiene que aparecer mediatizada por la necesaria integración de los mismos en los actos normativos que regulan las relaciones privadas¹⁹. De esta suerte, por ejemplo, la eficacia de los derechos sindicales se actuará a través de la ley de convenios colectivos de trabajo, o la defensa del consumidor a través de las leyes protectoras del consumo.²⁰

Esta visión se traduce en el hecho de entender, falsamente, que la protección que la legislación ordinaria confiere al ejercicio de la autonomía de la voluntad, sirve también como garantía y protección de los derechos fundamentales. Incluso en los supuestos de lagunas y vacíos de esta legislación ordinaria, se llegará a sostener que los derechos fundamentales no sufrirían por ello menoscabo alguno, pues siempre podrían hallar como marco normativo de referencia las llamadas cláusulas generales (buena fe, buenas costumbres, orden público, etc.), previstas en el Código Civil para preservar y garantizar el correcto ejercicio de la autonomía de la voluntad. La ausencia del debido desarrollo de los derechos fundamentales en la legislación ordinaria, quedaría de esta forma perfectamente suplida con la inserción en las cláusulas generales del derecho privado de los contenidos esenciales de los derechos fundamentales.²¹

Sin embargo, como dice P. Vega, es obvio señalar, que ni las cláusulas generales pueden convertirse tan fácilmente en un potencial y enigmático

Civil, que establece: «Quien voluntariamente cause daño a otra persona de forma ofensiva hacia las buenas costumbres está obligado a compensarla por el daño causado». Una vez agotadas las vías que le proporcionaba la jurisdicción ordinaria, Lüth recurrió al Tribunal Constitucional Federal. (Ver: T. DOMINGO. «El problema de la Drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho». Cit. p. 256).

¹⁹ Ver: G. DÜRIG. «Grundrechte und Zivilrechtsprechung». En T. MAUNZ (ed.). Festschrift zum 75. Geburtstag van Hans Naviasky. Isar. Munich. 1956. pp. 157 y ss.

²⁰ P. VEGA GARCÍA. «La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)». Cit. pp. 698-699.

²¹ Ibid.

sistema de derechos sin trastocar su significado²², ni tiene tampoco sentido plantear siquiera a través de la actuación de la legislación ordinaria la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales²³. Por tanto, no hay duda, de que hace falta un tratamiento constitucional de la eficacia de los derechos frente a los terceros particulares.

II. La eficacia de los derechos frente a las empresas en las constituciones estatales: una perspectiva comparada España-América Latina

2.1. Eficacia directa e indirecta de los derechos fundamentales frente a privados

A la hora de atribuir eficacia a los derechos fundamentales frente a poderes privados, o en las relaciones entre particulares, la doctrina y la jurisprudencia constitucional, sobre todo la alemana, han barajado dos opciones. La eficacia *directa* o *inmediata* (*unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte*) y la eficacia *indirecta* o *mediata* (*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*).

La eficacia *directa* o *inmediata* permite a los sujetos exigir directamente ante los órganos jurisdiccionales la justiciabilidad de derechos y libertades fundamentales vulnerados por empresas u otros particulares, pudiéndolos hacer valer como auténticos derechos subjetivos ante los órganos jurisdiccionales sin necesidad de la mediación del legislador en la provisión de una posición jurídico-subjetiva que ya poseerían directamente *ex-constitutione*.²⁴

La segunda, por el contrario, nacida como reacción ante las limitaciones que la primera impondría a la autonomía privada, confiere a los derechos fundamentales únicamente *eficacia indirecta o mediata*, por lo que los particulares sólo obtendrían su tutela indirectamente a través de las posiciones

²² Por lo que a las cláusulas generales se refiere, baste recordar que se desvirtúa el sentido de las mismas al pensar que su contenido puede nutrirse con los derechos fundamentales, habida cuenta de que no se trata de normas en blanco, susceptibles de remisión a otro tipo de normas o conceptos jurídicos, sino que a lo que hacen referencia es a supuestos y principios sociales incapaces de cristalizar en normas.

²³ Por otro lado, carece de fundamento, y en definitiva no es más que un modo de eludir la cuestión, plantear la eficacia de los derechos fundamentales sólo a través de la legislación ordinaria, en la medida en que el problema no es de reconocimiento legal, o de desarrollo legal de los derechos fundamentales, sino de la posibilidad existencial de actuarlos debidamente. (Ibid. p. 700).

²⁴ FJ. BASTIDA FREIJEDO, I. VILLVERDE MENÉNDEZ, P. REQUEJO RODRÍGUEZ, et. al. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Tecnos. Madrid. 2004. p. 191.

jurídico-subjetivas que el legislador les haya atribuido al regular las relaciones privadas, esto es, sólo como consecuencia del desarrollo por parte de los poderes públicos de la dimensión objetiva de los derechos.²⁵

2.2. La Constitución española de 1978. Un ejemplo de eficacia *indirecta o mediata* de los derechos fundamentales

No aparecen en la Constitución española normas explícitas de reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. En España, la Constitución guarda silencio, autores como J. García Torres o A. Jiménez Blanco han señalado la falta de un precepto constitucional del que pueda afirmarse que proclama con claridad la eficacia en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales²⁶. Además, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 2/1979, de 3 de octubre) dice, en su artículo 41.2, que «*el amparo sólo protege frente a las violaciones de derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado*». De ello se deriva una falta de eficacia, al menos directa, de los derechos fundamentales frente a los terceros particulares en el ordenamiento constitucional español.

308

Ahora bien, esta falta de eficacia debe ser matizada, la eficacia no es *directa* o *inmediata* pero sí es, como señala L. Prieto Sanchís, *indirecta* o *mediata*. La Constitución española establece en el artículo 9.1 que «*los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento*», estableciendo, por tanto, una relación expresa de sujeción de la ciudadanía a los mandamientos constitucionales. Además, el artículo 10.1 de la Constitución señala que «*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son el fundamento del orden público y de la paz social*», con lo que se desprende que la inviolabilidad de estos derechos se constituye independientemente del sujeto activo de la conculcación eventual de estos, conformando una obligación genérica por parte de todos, también las empresas, y no sólo del poder político, de respetar los derechos ajenos²⁷.

²⁵ Ibid.

²⁶ J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ BLANCO. *Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares*. Civitas. Madrid. 1986. p. 48.

²⁷ J. GARCÍA MORILLO. «Les garanties dels drets fonamentals». L. LÓPEZ GUERRA, et. al. *Dret Constitucional*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995. Vol. I. p. 424.

Esta concepción ha sido también prevista en el plano legislativo. Justamente, esto es lo que quiere decir el artículo 7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en señalar que «*los derechos y libertades reconocidos en el capítulo primero del Título I vinculan, íntegramente, a todos los jueces y tribunales, y están garantizados bajo la tutela efectiva de estos*». Hay que mencionar que las expresiones *garantía* y *tutela efectiva* tienen un alcance genérico, no limitado a la protección frente a los actos de los poderes públicos. Además, el apartado siguiente del mismo artículo indica que los derechos aludidos en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de acuerdo con el contenido declarado constitucionalmente, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar este contenido. Parece claro, pues, que si las resoluciones judiciales no pueden restringir, menoscabar o inaplicar este contenido, quiere decir que este es efectivo indiferentemente del carácter que tenga, público o privado, el destinatario del mandamiento. Y, de esta manera, no pocas veces el Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo frente a violaciones de derechos fundamentales procedentes de particulares, utilizando la vía indirecta de concederlo, no directamente ante el acto del particular –cosa que no sería posible–, sino ante la resolución judicial que pone fin a la tutela solicitada en la jurisdicción ordinaria. De hecho, en algunos derechos fundamentales, las posibles violaciones proceden, típicamente, de particulares, por ejemplo, los derechos de contenido laboral (huelga, sindicación, etc.). Por esto, el hecho de admitir que la Constitución no tuviese eficacia, en este terreno, ante los particulares, supondría tanto como admitir significativas violaciones de contenido dogmático.²⁸

La situación, pues, se puede resumir de la siguiente manera: los ciudadanos están sujetos a la Constitución y, por tanto, a los derechos fundamentales, que tienen la obligación de respetar. Los jueces y tribunales, por su parte, están obligados a emparar los derechos fundamentales, de manera que el incumplimiento, por parte de los particulares, de la obligación de respetarlos puede dar lugar a una acción en pretensión de tutela o reparación ante los órganos jurisdiccionales. Por último, el eventual incumplimiento por los órganos judiciales de la obligación de amparar el derecho permite acudir a la ampara constitucional.

²⁸ Ibid.

2.3. El constitucionalismo latinoamericano y la eficacia directa o inmediata de los derechos frente a terceros y a empresas

Por el contrario, en América Latina, muchas constituciones ya reconocían la justiciabilidad directa de los derechos fundamentales frente a terceros particulares y corporaciones económicas²⁹, aunque la gran novedad de algunas de las Constituciones aprobadas durante las últimas décadas, como la Venezolana de 1999, la Ecuatoriana de 2008 o la boliviana de 2009, es que al reconocer el principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos³⁰ amplían la *Drittwirkung* no sólo para derechos civiles y políticos sino también para el caso de los derechos sociales.

2.3.1. La Constitución colombiana de 1991

En ocasiones se ha situado el proceso constituyente colombiano de 1991 como la primera manifestación constituyente que define un punto de inflexión en la evolución constitucional, no sólo latinoamericana sino mundial. En la Constitución colombiana aparecen, aún de forma imperfecta pero claramente reconocible, algunos rasgos novedosos y diferenciados con respecto al constitucionalismo clásico, que más tarde impregnarán los procesos constituyentes y las Constituciones de Ecuador de 1998, Venezuela de 1999, de nuevo Ecuador de 2008, y Bolivia de 2009³¹.

Uno de los elementos novedosos e importantes para la justiciabilidad de los derechos fundamentales que reconoció la Constitución colombiana fue la posibilidad de interponer acción de tutela o amparo por vulneración de derechos, no sólo frente a autoridades del Estado, sino también frente a particulares. El artículo 86 del texto constitucional señala: «*La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de*

²⁹ A modo de ejemplo, la anterior Constitución boliviana de 1967 ya establecía en su art. 19: «se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios *o particulares* que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes».

³⁰ Sobre ello, ver: A. NOGUERA, «Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? el principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo». *Derechos y Libertades*. Número 21, Época II, junio 2009, pp. 117-147

³¹ A. NOGUERA y M. CRIADO, «La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina». *Estudios Socio-Jurídicos*. 13(1). Enero-junio de 2011. pp. 15-49.

la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión». Ahora bien, sobre el tema de la justiciabilidad de los derechos frente a terceros particulares en Colombia, debemos detenernos en dos cuestiones.

¿Qué derechos son justiciables frente a terceros? ¿Sólo los derechos individuales, o también, los derechos sociales?

El artículo 86 de la Constitución reconoce la posibilidad de cualquier persona de interponer acción de tutela, frente al Estado y a terceros particulares, para la protección de sus derechos fundamentales. Sin embargo, dentro de su Título II «De los derechos, las garantías y los deberes», la Constitución colombiana recoge a los derechos civiles y políticos en el Capítulo I «De los derechos fundamentales», y en cambio, recoge a los derechos sociales en un capítulo separado, el II «De los derechos sociales, económicos y culturales», con lo cual, a diferencia de los primeros, a los que se otorga «fundamentalidad», estos segundos son considerados como «no-fundamentales». ¿Quiere esto decir que no se puede interponer acción de tutela para la protección de los derechos sociales?

311

De la literalidad del texto constitucional se entiende que no se puede interponer tutela para la protección de los derechos sociales, pues estos no son considerados como derechos fundamentales. Sin embargo, en la práctica, el otorgamiento, por parte de la Corte Constitucional, de «fundamentalidad» a los derechos sociales por vía jurisprudencial, ha hecho que sí se haya podido interponer tutela para la protección de los mismos. Los derechos sociales, no han sido incorporados, en Colombia, al derecho positivo como «derechos fundamentales», por la Constitución, lo cual denota el carácter liberal de la misma, sino por la Corte Constitucional a través de un ejercicio de uso alternativo del derecho³². Es la Corte Constitucional y no la Constitución la que ha otorgado la fundamentalidad a los derechos sociales y, por tanto, la que ha «actuado» y «re-valorizado» derechos «inactuados» o «degradados» por la Constitución. Los fallos T-002, 401, 406 y 426 de 1992

³² Sobre la teoría del uso alternativo del derecho, ver: A. NOGUERA. *El derecho en la legitimación del poder. Del constitucionalismo liberal clásico a la crisis del derecho constitucional*. Ediciones cooperativas. Buenos Aires. 2007. p. 44-48.

de la Corte Constitucional, acogieron la tesis de que es posible establecer la fundamentalidad de un derecho por vía interpretativa a partir de las circunstancias concretas del caso.³³

Ejemplos de interposición y aceptación a trámite por la Corte Constitucional de acción de tutela para la protección de derechos sociales hay muchos, es muy difícil resumir todos los asuntos tratados y la jurisprudencia creada³⁴, pero para poner un ejemplo paradigmático, fijémonos en el siguiente caso:

En 1992 la recién inaugurada Corte Constitucional resolvió un caso muy curioso. El demandante fue un anciano de 69 años que no había recibido ni dinero ni respuesta de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal), la entidad estatal responsable de pagar su pensión. Había perdido su vivienda por no tener con qué pagarla, y vivía con un hijo que lo mantenía con dificultad. No tenía ningún medio económico para subsistir y requería de una operación urgente para no perder la vista, operación que no podía pagar sin la pensión. La situación no era nada fácil, el derecho a una pensión es un derecho recogido en el art. 48, incluido en el capítulo II de los derechos económicos, sociales y culturales, y por tanto, se trata de un derecho no susceptible de acción de tutela que sólo puede ejercerse por vulneración de un derecho Fundamental. La vía que le quedaba era la costosa jurisdicción ordinaria a la que el anciano no tenía acceso por falta de recursos.

312

Sin embargo, y a pesar de ello, la Corte Constitucional le aceptó la acción de tutela para el caso y resolvió a su favor por considerar que se había violado un derecho fundamental, lo que llamó el «derecho innominado al mínimo vital». Es un derecho innominado porque no está en la Constitución sino que se desprende de los derechos fundamentales, especialmente del derecho a la vida y a la dignidad.

³³ R. ARANGO. Introducción. «Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho fundamental al mínimo vital». Revista Estudios Ocasionales. Centro de Investigaciones Socio-jurídicas. Universidad de Los Andes. Bogotá. 2003. p. 112.

³⁴ Para una visión general del trabajo realizado por la Corte Constitucional, ver: M.J. CEPEDA. «Democracy, State and Society in the 1991 Constitution: the role of the Constitutional Court». En E. POSADA-CARBO (ed.). *Colombia: The politics of Reforming the State*. Macmillan Press. Londres. 1998. p.91.

«La tutela procede en razón de la naturaleza del derecho y no porque esté en la lista de la Constitución –señaló la Corte–³⁵. Incluso se acepta que hay derechos fundamentales que no están positivizados (Constitución art. 94) y cuyo reconocimiento procede en la realidad de cada caso cuando se afecta a la dignidad humana y la persona se encuentra en situación de indefensión»³⁶.

En los años siguientes, la vulneración al «derecho innominado al mínimo vital» fue alegado cientos de veces para exigir mediante una acción de tutela el cumplimiento de derechos sociales, y la Corte Constitucional resolvió también a favor, invocando al mínimo vital, cientos de casos tanto contra el Estado, como contra empresas, como la mora en el pago y en el reconocimiento de prestaciones de la seguridad social³⁷, la mora en el pago de salarios³⁸, el despido de mujer embarazada³⁹, la falta de prestación de servicios de salud al trabajador⁴⁰ y la exclusión de medicamentos y tratamientos vitales del Plan Obligatorio de Salud^{41, 42}.

³⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-418 de 1992.

³⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias T-801 de 1998 y T-881 de 2002.

³⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias de mora en el pago de pensiones: T-426 de 1992, T-005 de 1995, T-144 de 1995, T-147 de 1995, T-198 de 1995, T-202 de 1995, T-287 de 1995, T-076 de 1996, T-323 de 1996, T-160 de 1997, T-278 de 1997, T-458 de 1997, T-611 de 1997, SU-022 de 1998, SU-430 de 1998, T-07 de 1998, T-120^a de 1998, T-143 de 1998, T-297 de 1998, T-330 de 1998, T-553 de 1998, T-559 de 1998, SU-062 de 1999, T-259 de 1999, T-1103 de 2000, T-1205 de 2000, SU-090 de 2000, SU-1354 de 2000, T-001 de 2001, T-019 de 2001, T-124 de 2001, T-398 de 2001, T-400 de 2001, T-405 de 2001, T-433 de 2001, T-444 de 2001, T-203 de 2002, T-1121 de 2002, T-1097 de 2002, T-099 de 2002, T-910 de 2003, T-905 de 2003, T-454 de 2003, T-435 de 2003, T-390 de 2003, T-547 de 2004, T-524 de 2004, T-267 de 2004. Sentencias de no pago de licencia de maternidad: T-270 de 1997, T-576 de 1997, T-662 de 1997, T-139 de 1999, T-205 de 1999, T-210 de 1999, T-558 de 1999, T-365 de 1999, T-1620 de 2000, T-473 de 2001, T-483 de 2001, T-572 de 2001, T-736 de 2001, T-707 de 2002, T-999 de 2003, T-390 de 2004.

³⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias de mora en el pago de salarios: T-146 de 1996, T-166 de 1997, T-174 de 1997, T-529 de 1997, T-144 de 199, T-502 de 1999, T-679 de 1999, SU-995 de 1999, T-121 de 2001, T-132 de 2001, T-399 de 2001, T-418 de 2001, T-435 de 2001, T-436 de 2001, T-438 de 2001, T-458 de 2001, T-481 de 2001, T-541 de 2001, T-614 de 2001, T-626 de 2001, T-630 de 2001, T-698 de 2001, T-700 de 2001, T-725 de 2001, T-734 de 2001, T-1156 de 2001, T-148 de 2001, T-115 de 2002, T-162 de 2002, T-594 de 2002, T-192 de 2003, T-222 de 2003, T-1023 de 2003, T-1049 de 2003, T-552 de 2004, T-541 de 2004, T-505 de 2004.

³⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias T-238 de 1998, T-283 de 1998, T-286 de 1998.

⁴⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias SU-562 de 1999, T-497 de 1997.

⁴¹ Algunos casos son el tratamiento del SIDA (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-328 de 1998), del cáncer (T-283 de 1998), parálisis cerebral (T-286 de 1998), casos en que necesitan equipos ortopédicos (T-597 de 1993) o intervenciones quirúrgicas (T-571 de 1998).

⁴² J. LEMAITRE RIPOLL. «El Coronel sí tiene quien le escriba: la protección judicial del derecho al mínimo vital en Colombia». En VV.AA. *Derecho y pobreza*. Editores del puerto.

En consecuencia, con todos estos fallos la Corte ha desarrollado una doctrina extensa sobre la justiciabilidad de los derechos sociales cuando se amenaza la supervivencia.⁴³

De acuerdo con ello, el otorgamiento, por parte de la Corte Constitucional mediante su jurisprudencia, de «fundamentalidad» a los derechos sociales implicó también la eficacia de los derechos sociales frente a las empresas o terceros particulares.

¿Existen límites a la justiciabilidad de los derechos sociales frente a terceros?

En Colombia, es el ya mencionado artículo 86 de la Constitución el que trata esta cuestión, remitiendo a la Ley la regulación de «*los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión*». No obstante, como podemos observar, la Constitución delimitó expresamente los supuestos de dicha procedencia, con la cual a diferencia de lo que ocurre frente a los poderes públicos, la vinculación de los particulares a los derechos constitucionales, o al menos la posibilidad de interponer la garantía constitucional específica contra ellos, tiene un carácter excepcional.⁴⁴ Este carácter excepcional se convirtió aún más excepcional todavía, con las restricciones a los tres supuestos citados en la Constitución que hizo el Decreto ley 2591 de 1991, encargado de desarrollar legislativamente el artículo 86⁴⁵.

Buenos Aires. 2007. pp. 53-54; Ver también: R. ARANGO. Introducción. «Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho fundamental al mínimo vital». Cit.

⁴³ Ver: J. LEMAITRE RIPOLL y R. ARANGO. *El derecho fundamental al mínimo vital. Sistematización y análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Investigación elaborada por el CIJUS de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. Bogotá. 2001. Inédito.

⁴⁴ A. Julio ESTRADA. «La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano». En M. CARBONELL. *Derechos fundamentales y Estado*. Cit. p. 270.

⁴⁵ En cuanto al primer supuesto, por ejemplo, previsto en la Constitución (art. 86) de posibilidad de interponer tutela contra particulares que presten un servicio público, el artículo 42 del citado Decreto ley, en primer lugar limitó los derechos tutelables (limitación que fue declarada inconstitucional por la Corte mediante la Sentencia C-134 de 1994), y en segundo lugar, sólo contemplaba como destinatarios de la acción de tutela a los particulares que prestaran el servicio público de educación, el de salud y los servicios públicos domiciliarios. Esto da a entender que cuando se trate de los demás casos de prestación por un particular de un servicio público no cabe interponer la acción de tutela. (Ibid. p. 272).

Sin embargo y a pesar de estas restricciones, sorteadas muchas veces por la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴⁶, podemos decir que el artículo 86 ha permitido en muchas ocasiones garantizar la eficacia de los derechos sociales frente a empresas.

En base a la posibilidad de tutela frente a empresas que presten servicios públicos, desde 1996 han sido aceptadas por la Corte un gran número de tutelas contra compañías privadas encargadas de la prestación del servicio público de salud. La primera decisión en este sentido fue la sentencia T-533 de 1996, que trataba el caso de una compañía privada que se negaba a autorizarle al demandante, con quien había suscrito un contrato de prestación de servicios médicos, una intervención quirúrgica, alegando que se trataba de una «preexistencia», es decir, una enfermedad que ya tenía el paciente antes de firmar el contrato y por tanto, no se incluía como objeto de las prestaciones a que obligaba el mismo. Como señala A. Julio Estrada, la aceptación de un amplio número de tutelas de este tipo fue la respuesta del juez constitucional a la privatización de la seguridad social en Colombia, a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, la cual generaba una grave desprotección de los usuarios que escogieron el sistema de seguridad social privado, pues para resolver cualquier controversia que tuvieran origen en la ejecución del contrato sólo podían recurrir a la tardía jurisdicción ordinaria, como en cualquier relación contractual, pero no a la tutela, con lo que en casos de dolencia grave que deben atenderse inmediatamente los pacientes estaban sin protección.⁴⁷

El otro aspecto y el cual se configura como el elemento que con mayor frecuencia ha sido invocado, existiendo un gran número de sentencias de este tipo, para la protección de los derechos sociales frente a empresas, ha sido el

⁴⁶ En el caso de la Sentencia T-507 de 1993, la Corte Constitucional se enfrentaba a la doble limitación expuesta en la nota anterior: el particular demandado era una compañía que prestaba el servicio de correos, por lo que era un servicio no incluido en el artículo 42 del Decreto ley, y además se le imputaba la violación de un derecho de petición, un derecho que según el artículo 23 de la Constitución en principio sólo era exigible frente al Estado, pues por expreso mandato constitucional su ejercicio frente a particulares estaba supeditado a la expedición de una reglamentación legal no promulgada. Las barreras eran aparentemente infranqueables pero no a juicio de la Corte, que sostuvo que la prestación de un servicio público por un particular transformaba a éste en autoridad pública, y en consecuencia la procedencia de la tutela en estos casos no está limitada a los supuestos legalmente regulados. Con esta sentencia, la Corte sentó la línea jurisprudencial que se aplicaría en muchos otros casos. (Ibid.).

⁴⁷ Ibid. p. 288-289.

supuesto de «la indefensión y la subordinación». La Corte delimitó conceptualmente esta expresión en su Sentencia T-290 de 1993 señalando que «la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos⁴⁸, o con los estudiantes frente a sus profesores (...), en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida esta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o la amenaza de que se trate», por ejemplo cuando el demandante sea un menor o se encuentre en situación de marginación social y económica⁴⁹ que puede agravarse si se trata de una persona de la tercera edad⁵⁰, o padezca una minusvalía física o psíquica que lo coloque en situación de desventaja frente al demandado⁵¹.

2.3.2 Las nuevas constituciones de Ecuador (1998 y 2008), Venezuela (1999) y Bolivia (2009)

316

La Constitución ecuatoriana de 1998 estableció en su artículo 95: «*También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso*». Artículo que se repite en el artículo 88 de la actual Constitución ecuatoriana de 2008.

En la misma dirección, en Venezuela, es el artículo 27 de la Constitución el que regula de manera genérica el amparo pero es el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales, de 27 de septiembre de 1988, que ha mantenido su vigencia una vez aprobada la nueva Constitución de 1999, la que establece: «*La acción de amparo (...)*».

⁴⁸ Son ejemplos de demandas interpuestas por trabajadores contra sus patronos solicitando la protección de derechos, entre otras: Sentencia T-593 de 1992, T-161 de 1993 y T-230 de 1994.

⁴⁹ Ver: Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-605 de 1992.

⁵⁰ Ver, entre otras: Colombia, Corte Constitucional, Sentencias T-125 de 1994, T-036 de 1995, T-351 de 1997, T-495 de 1999, T-1008 de 1999, SU-062 de 1999.

⁵¹ Ver: Colombia, Corte Constitucional, Sentencias T-174 de 1994, T-024 de 1995 y T-288 de 1995.

*También procede contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados (...)*⁵².

O, la nueva Constitución boliviana de 2009 dice, en el artículo 128: «*La acción de amparo constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley*».

Si bien como he señalado antes, muchas constituciones latinoamericanas anteriores ya reconocían la eficacia directa de los derechos frente a particulares, la Constitución boliviana de 2009 incorpora alguna novedad no establecida en ninguna otra Constitución previa, como por ejemplo la posibilidad de poder presentar incluso la acción de Hábeas corpus contra particulares, acción que esta Constitución denomina con el nombre de Acción de libertad⁵³. Con ello se da solución a situaciones que se daban en este país como, por ejemplo, empresarios que cerraban con llave las puertas de empresas para que los trabajadores en huelga dentro no pudieran salir, quedándose sin provisiones. O, de hospitales privados que mantenían drogados sin dejarlos irse, hasta que no pagaran, a pacientes a quien ya se tenía que haber otorgado el alta médica pero que no tenían suficiente dinero para pagar el internamiento en el hospital.

En consecuencia, estos artículos demuestran como los nuevos textos constitucionales latinoamericanos suponen un auténtico avance en la regulación de la *drittwirkung*, estableciendo un modelo de eficacia directa o inmediata de los derechos frente a terceros particulares y empresas privadas. Y, por tanto, dejando cerrado, cada vez más, un problema presente hoy en muchos Estados, y que es el de la existencia, en una sociedad cada vez más dominada, controlada y dirigida por los poderes privados, de posibles problemas de indefensión del individuo frente a la vulneración de sus derechos.

⁵² Ver: Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. En Gaceta Oficial N° 34.060, del 27 de septiembre de 1988.

⁵³ Del artículo 127. I se deduce la posibilidad de interponer Acción de libertad tanto contra autoridades públicas como terceros particulares: «*Los servidores públicos o personas particulares que resistan las decisiones judiciales en los casos previstos por esta acción, serán remitidos por orden de la autoridad que conoció de la acción ante el Ministerio Público para su procesamiento penal por atentado contra las garantías constitucionales*».

III. La *Drittwirkung* en el marco de un nuevo constitucionalismo internacional

Si bien cualquier intento de reconstruir un constitucionalismo material y garantista de los derechos frente a los terceros particulares, especialmente empresas, debe pasar necesariamente por una reforma de la mayoría de constituciones estatales en el sentido iniciado por los últimos textos latinoamericanos, también es cierto que, en el actual contexto globalizado, con empresas transnacionales operando por encima de las fronteras estatales, resulta ilusorio pretender conseguir el respeto de los derechos fundamentales por parte de estas, únicamente, desde la territorialidad estatal.

Ello hace surgir, con más fuerza que nunca, el debate entorno a la necesidad de un constitucionalismo garantista a nivel mundial, en abierta tensión con la lógica de la globalización y que, al menos en su dimensión normativa, se encuentra parcialmente esbozado en documentos como la Carta de Naciones Unidas, la Declaración de derechos de 1948 o los Pactos de 1966 (PIDCP Y PIDESC), por mencionar sólo algunos.⁵⁴

⁵⁴ Sobre la idea de existencia de un constitucionalismo mundial, debemos remitirnos a Ferrajoli. Frente a la noción de un poder absoluto y sin límites, Ferrajoli define el constitucionalismo como limitación y establecimiento de obligaciones al poder y a los particulares para la defensa de los derechos fundamentales de las personas. Sobre esta base, el autor plantea como la oposición entre estado de naturaleza y estado civil abre camino, desde la Revolución francesa, a dos líneas de evolución o itinerarios paralelos y opuestos en relación al concepto de soberanía: la de su progresiva limitación interna, en el ámbito del derecho estatal, y la de su progresiva absolutización progresiva, en el ámbito del derecho internacional.

A diferencia del derecho estatal donde al aparecer el Estado constitucional de derecho, la soberanía interna como *potestas absoluta*, tanto por parte del Ejecutivo como del legislativo, deja de existir al no existir ningún tipo de poderes absolutos pues todos se encuentran sometidos a la Constitución y, por tanto, limitados al respeto de los derechos en ella establecidos. En el ámbito internacional, la consolidación en Europa, entre el siglo XIX y la primera mitad del XX, del Estado nacional, hace que estos se liberen definitivamente de cualquier clase de vínculo y remora jurídica en las relaciones con los demás estados, y además, se autolegitimen ante ellos mismos y ante los demás Estados. Por tanto, fortalecen su posición en el mundo de las relaciones internacionales, con la cual cosa fortalece su soberanía externa. Sucede, sin embargo, que esta soberanía externa, al coincidir con la igual soberanía de los demás estados, genera una libertad salvaje que reproduce en el ámbito de la comunidad internacional el estado de naturaleza sin reglas que había sido negado y superado en el ámbito interno gracias al sometimiento de los poderes internos al Estado Constitucional. De ello se derivan dos consecuencias: la negación del derecho internacional; y, el espíritu de potencia y la vocación expansionista y destructiva que anima semejante paradigma de la soberanía estatal.

Este paradigma de la soberanía externa alcanzó su máximo esplendor y a la vez el momento de su trágico fracaso, en la primera mitad del siglo XX, donde tienen lugar dos guerras mundiales, que llevan a tal paradigma al suicidio. A partir de este momento tuvo lugar la creación de la ONU (San Francisco, 1945), y empiezan a aprobarse un conjunto de declaraciones y

Ahora bien, apesar de la existencia de estos textos jurídicos internacionales constitutivos de lo que podemos denominar un constitucionalismo mundial, el problema está, primero en que sólo afectan a los Estados, los actores privados al no tener personalidad jurídica internacional no están obligados por ellos. Y, segundo, en que éstos no son, en muchos casos, tomados en serio, ni gozan tampoco de los instrumentos necesarios para ello. El cumplimiento de estos tratados internacionales se piensa muchas veces más como un deber moral y político, como una cuestión de justicia, que no como una obligación jurídica con respecto del derecho internacional vigente, que establece unos principios y normas vinculantes.

Tomarlos en serio demandaría: 1. proyectar las formas institucionales, las garantías y reformas jurídicas y las estrategias necesarias para su realización, tanto para los Estados como para los privados; y, 2. hacer valer estos documentos como claves de interpretación y como fuentes de crítica y de deslegitimación de lo existente, sobre todo, de las actuaciones de actores internacionales privados llevadas a cabo contra el derecho internacional de los derechos humanos.

No se trataría, claro está, de liquidar el constitucionalismo estatal ni los elementos clásicos del Estado constitucional, sino de la puesta en marcha de una nueva idea del derecho que permita la posibilidad de solapamientos e interacciones entre diversos sistemas legales, sin que ello tenga que suponer ninguna subordinación de uno frente a otro⁵⁵. Todo ello permitiría orientar

tratados internacionales, como la Declaración Universal de derechos del Hombre de 1948 por la Asamblea General de UN, el PIDCP y el PIDESC (1966), etc. Todos ellos documentos que transforman, al menos en su dimensión normativa el orden jurídico mundial, trayéndolo desde el estado de naturaleza al estado civil. A través de estos documentos, la soberanía externa de los estados deja, en principio, de ser una libertad absoluta y salvaje y queda subordinada o limitada, jurídicamente, a dos normas fundamentales: el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos.

En consecuencia, aquella soberanía que en el orden interno de los estados había quedado limitada o reducida con el desarrollo del Estado Constitucional de Derecho, queda ahora también reducida o limitada en el ámbito externo con el desarrollo de todas estas normas internacionales. De ahí que, si partiendo de la definición de constitucionalismo como sistema de límites y obligaciones al poder y a los particulares para la defensa de los derechos fundamentales de las personas, Ferrajoli califique estos tratados internacionales de derechos humanos como la dimensión normativa de un constitucionalismo mundial. (L. FERRAJOLI. *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Trotta. Madrid. 1999. pp. 135-142).

⁵⁵ Se trataría de una posición intermedia o conciliadora entre la doctrina dualista, inspirada en la vieja doctrina de H. Triepel y D. Anzilotti, orientadas en el sentido de la co-existencia separada del derecho internacional con el derecho interno, y según la cual el derecho inter-

las técnicas constitucionales de controles y límites a los poderes –públicos y privados–, en una dirección que pudiera ofrecer respuestas internacionales a problemas internacionales. Nos encontramos, hoy en día, con problemas como el de que la única vía para exigir responsabilidad por violación de derecho a una empresa es la vía de la jurisdicción interna de los Estados. Ello supone límites como el hecho de que, en el caso de las empresas transnacionales, al ser consideradas personas jurídicas diferentes, las sociedades matriz (salvo en los casos de corresponsabilidad expresamente previstos por la legislación) no son responsables, en principio, de los actos ilícitos cometidos por una filial en otro país, aunque ésta sea la única accionista, salvo si puede considerarse a la filial un simple agente. De igual manera, la compra de servicios y bienes a los proveedores de otros países, aunque sean exclusivos, se considera una operación entre partes no asociadas. Por lo tanto, es, actualmente, muy difícil en el plano jurídico lograr que la empresa transnacional en su globalidad rinda cuentas y repare los daños resultantes de la violación de los derechos humanos, con más razón aún si aquéllos se han cometido el extranjero⁵⁶.

IV. Tomarnos en serio el Derecho constitucional internacional

Tomarnos en serio los tratados internacionales de derechos humanos implica tener que buscar garantías adecuadas contra las violaciones de derechos por parte de los Estados y de terceros privados, especialmente las empresas transnacionales.

nacional para poder generar derechos y obligaciones a los ciudadanos nacionales requeriría, necesariamente, de un acto especial para ser incorporado al derecho interno, o simplemente para ser asimilado como norma de carácter obligatorio dentro del territorio de un país determinado (H. TRIEPEL. *Droit international et droit Interne*. París. Oxford. 1920. p. 110). Y, la doctrina monista de la unidad del derecho y de la primacía del derecho internacional frente al derecho interno de los Estados, construida por H. Kelsen, la que establece que «el derecho internacional preside una concepción unitaria de todo el Derecho, del cual forman parte en un plano de subordinación los ordenamientos jurídicos internos de los Estados» (H. KELSEN. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Citado por H. NOGUEIRA ALCALÁ. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2000. Fundación Honrad-Adenauer-CIEDLA. Buenos Aires. p. 166). Esta posición intermedia, debería ser una posición coordinadora o conciliadora basada en la unificación de ambas ramas jurídicas (nacional-internacional) en un sólo sistema, diferenciándose del monismo en que las relaciones entre las dos normas son de coordinación y no de subordinación. Ello haría que el derecho internacional y el derecho interno interactúen, auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de los derechos.

⁵⁶I. DAUGAREILH. «Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica». En *Cuadernos de Relaciones Laborales*. 27. 2009. p. 82.

Ello pasa por establecer, diversos tipos de reformas en los propios tratados internacionales de derechos humanos y en los reglamentos de los órganos jurisdiccionales internacionales encargados de garantizar su justicia-bilidad, que afecten a los siguientes aspectos:

Obligatoriedad de la jurisdicción internacional

Primero, debería establecerse el carácter obligatorio de la jurisdicción de estos tribunales internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, etc.) hoy subordinada, según el esquema de los procedimientos arbitrales, al reconocimiento previo por parte de los Estados⁵⁷.

La legitimación activa

Segundo, debería vincularse la legitimación activa ante estos órganos jurisdiccionales internacionales no al principio de territorialidad, sino al principio de personalidad. Esto es, garantizar que no sólo los particulares nacionales de los Estados firmantes del tratado en cuestión⁵⁸, sino cualquier persona, independientemente de donde viva, a la que un actor privado nacional de un Estado firmante haya vulnerado un derecho puede iniciar un

⁵⁷ Como señala el art. 45 de la Convención Americana de Derechos Humanos: «1. *Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.* 2. *Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración.* 3. *Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos.* 4. *Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha Organización».* En el mismo sentido, el art. 56.4 de la Convención Europea de Derechos Humanos, establece: «*Todo Estado que haya hecho una declaración de conformidad con el primer párrafo de este artículo podrá, en cualquier momento sucesivo, declarar que acepta con respecto a uno o varios de los territorios en cuestión, la competencia del Tribunal para conocer de las demandas de personas físicas, de organizaciones no gubernamentales o de grupos de particulares tal como se prevé en el artículo 34 del Convenio».*

⁵⁸ El art. 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos otorga posibilidad de presentar denuncias de violación de derechos a la Comisión, sólo a personas, grupos de personas o organizaciones no gubernamentales de los Estados firmantes, no de otros Estados: «*Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte».*

proceso judicial contra este, ante el tribunal internacional correspondiente. Ello tiene especial sentido, por ejemplo, para el caso de trabajadores de filiales de empresas transnacionales en terceros países no firmantes de un tratado internacional de derechos humanos, firmado por el Estado originario de la empresa.

La legitimación pasiva

Cuando en 1945 la Carta de la Organización de Naciones Unidas creó las bases para el desarrollo del derecho moderno de los derechos humanos, la intención del proyecto fue proteger y promover la dignidad e iguales derechos de los individuos de la arbitrariedad de los poderes gubernamentales, pero no hace referencia a la violación de derechos por actores no-gubernamentales, especialmente corporaciones transnacionales. Sobre esta cuestión, debo referirme a dos aspectos.

En primer lugar, en este contexto donde sólo los Estados pueden ser procesados⁵⁹, la forma, inmediata como primera fase, para poder empezar a exigir responsabilidad internacional a las empresas transnacionales que violen derechos humanos pasa por asumir que la responsabilidad para prevenir y suprimir violaciones de Derechos Humanos por parte de las empresas transnacionales debe recaer, también, tanto sobre el Estado anfitrión en el territorio del cual se encuentra la empresa, como sobre el Estado de origen de la empresa transnacional sobre la base de una teoría de control efectivo sobre la red transnacional de actividades de una corporación.

En cuanto a la responsabilidad del Estado anfitrión, todos los Estados tienen el derecho soberano de garantizar el acceso a su territorio a compañías extranjeras que quieran invertir en el país. El establecimiento de una corpo-

⁵⁹ El propio Convenio Europeo de Derechos Humanos deja claro que sólo podrá denunciarse la violación de derechos reconocidos por el mismo por parte de Estados:

Art. 33 CEDH. Asuntos entre Estados: «*Toda Alta Parte Contratante podrá someter al tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Parte Contratante*».

Art. 34 CEDH. Demandas individuales: «*El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho*».

Lo mismo sucede con la Convención Americana de Derechos Humanos (ver art. 44. Nota 59).

ración extranjera en el territorio nacional debe ocurrir y regirse de acuerdo con las leyes nacionales del país en cuestión. Por tanto, parece claro que en los casos en que una compañía opere en un Estado determinado vulnerando sistemáticamente los derechos laborales de los trabajadores o los derechos de las mujeres, entre otros, con la total connivencia de las autoridades y la ley estatal, debe existir algún tipo de responsabilidad internacional para este Estado anfitrión.

Asimismo, deberíamos también, poder hablar de una responsabilidad del Estado de origen de la empresa transnacional, sobre la base de una teoría de control efectivo sobre la red transnacional de actividades de una corporación. Los Estados tienen la obligación de respetar los derechos humanos. Si bien es cierto que esta obligación, es una obligación principalmente territorial, también es cierto e indiscutible que bajo los tratados internacionales de derechos humanos, la responsabilidad de proteger tales derechos se extiende también a actividades fuera de su territorio, siempre y cuando el Estado tenga jurisdicción sobre el actor o la conducta en cuestión. Este es un principio aceptado en el art. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)⁶⁰, o en el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)⁶¹. Además, la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos⁶² han confirmado a través de su jurisprudencia que, en ciertas ocasiones, los Estados parte del convenio son responsables de violaciones de derechos humanos que tienen lugar en el extranjero⁶³. Estas consideraciones pueden sustentar el argumento de que,

⁶⁰ Art. 1 CEDH: «Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio».

⁶¹ Art. 1.1 CADH: «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que 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».

⁶² El Comité de Derechos Humanos es un órgano convencional formado por expertos independientes que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) por los Estados que lo han ratificado. Normalmente se reúne en tres periodos de sesiones al año, en Ginebra o Nueva York.

⁶³ Ver Resolución del Comité de Derechos Humanos: Caso Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay, Comunicación Núm. 56/1979, UN Doc.CCPR/C/OP/1 a 92 (1984), para 10.3, donde se establece que «sería inconcebible que a fin de interpretar la responsabilidad en virtud del art. 2 del Convenio que permita a un Estado parte perpetuar violaciones del convenio en el territorio de otro Estado, violaciones las cuales no podría realizar en su territorio»; Para la Corte Europea de Derechos Humanos, ver: caso Loizidou v. Turquía 15318/89, 1995 ECHR (13 de marzo

hoy, existen bases legales y racionales para el desarrollo de una teoría de la responsabilidad de los Estados de origen de las empresas transnacionales. En general, esta teoría puede ser formulada de la siguiente manera: el Estado es responsable de su debido fracaso en actuar con la debida diligencia con respecto a la conducta de las empresas transnacionales en su territorio⁶⁴, cuando esta conducta está causando o pueda causar violación de derechos humanos en un país extranjero donde la corporación está haciendo negocios a través de sus subsidiarias, y cuando el Estado de origen tiene suficiente conocimiento de que tal conducta puede causar violación de derechos humanos en el extranjero, y tiene los medios legales y técnicos para tomar acciones preventivas para evitarlo. Los Estados de origen se encuentran estrechamente vinculados a la actividad de las empresas transnacionales, en tanto ellos se benefician de las operaciones de estas empresas a lo largo y ancho del mundo a través de los ingresos por impuestos y el incremento de la riqueza de sus ciudadanos. Además las empresas financian y controlan la mayor parte de la investigación de estos países, que es el motor de la innovación tecnológica y el crecimiento económico de los mismos.

324

Ahora bien, y en segundo lugar, conjuntamente con estas medidas más inmediatas, como segunda fase, debería procederse, también, a una ampliación de la legitimidad pasiva sobre los terceros privados. Ello permitirá abrir las puertas para que paralelamente a la responsabilidad de los Estados por infracción de sus obligaciones internacionales, la responsabilidad individual pueda también surgir bajo la ley internacional por violación de determinadas obligaciones. Y, por tanto, permitiría exigir, también, responsabilidad individual a los directores o managers de las empresas transnacionales que han ordenado o no han, negligentemente, tomado las medidas necesarias para impedir alguna violación seria de derechos humanos. Así como, construir una teoría de la responsabilidad jurídica de las corporaciones transnacionales en virtud del derecho internacional público.

La idea de responsabilidad individual de los individuos por actos contrarios al derecho internacional no es nueva. Viene ya del siglo XX, con

1995), donde se estableció a Turquía como obligada a respetar los derechos humanos en la zona del norte de Chipre ocupada por ella, sobre la base del efectivo control ejercido por Turquía sobre las autoridades territoriales del Norte de Chipre.

⁶⁴ A pesar de las múltiples subsidiarias que una empresa pueda tener, ésta continúa teniendo el centro de operaciones en su país de origen.

la Carta de Núremberg y los juicios por parte del Tribunal Militar Internacional contra los responsables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad. Hoy esta idea se ha consolidado en el derecho internacional a través de la creación, primero de tribunales internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia (ICTY) y Ruanda (ICTR) y después con el establecimiento de la Corte Penal Internacional. En consecuencia, si los individuos pertenecientes a las fuerzas armadas, policía, movimientos de liberación nacional u otros grupos militares o para-militares organizados, pueden incurrir en responsabilidad internacional por violación de determinados derechos humanos, porque no puede también incurrir en ella los responsables de corporaciones económicas transnacionales que llevan a cabo violaciones de derechos humanos? En principio, no tiene porque haber obstáculo para extender la doctrina de la responsabilidad individual a los directores de las empresas transnacionales. De hecho, diversos juicios conducidos por la Ley núm.10 del Consejo de control de las fuerzas aliadas, fueron realizados contra diversos responsables de empresas alemanas, por crímenes internacionales fruto de su colaboración con el régimen nazi, en particular por la producción y suministro de Gas Zyklon B, usado para la exterminación de civiles inocentes.⁶⁵

Paralelamente, la ampliación de la legitimidad pasiva a los particulares, permitiría establecer las bases para la construcción de una teoría de la responsabilidad jurídica de las corporaciones en virtud del derecho internacional público. Desde el punto de vista jurídico, las corporaciones económicas no poseen personalidad legal internacional y por tanto, las normas internacionales de derechos humanos no pueden dirigirse directamente a ellas, ni tampoco se les puede exigir responsabilidad internacional por la infracción de las mismas.⁶⁶ Ello refleja la realidad de un sistema legal internacional todavía basado en Estados soberanos. Las empresas, extremadamente poderosas, son irresponsables desde el punto de vista jurídico, salvo en algunos países, donde se permite que un tribunal nacional acuerde una aplicación extraterri-

⁶⁵ Juicio a Bruno Tesch y a dos más. 1 Law Report of Trials of War Criminals. Corte Militar Británica. 1946. Reeditado en 1993. p. 93.

⁶⁶ G. RIPERT. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. LGDJ. Paris. 1995. p. 354; PH. Le TOURNEAU. *L'éthique des affaires et du management au XXIème siècle*. éd. Dalloz-Dunod. Paris. 2000. pp. 4 y 269; M. TRIGEAUD. *Métaphysique et éthique au fondement du droit*. éd. Brière. Bordeaux. 1995. pp. 210 y 458.

torial de la ley nacional del país de origen de la empresa. En Estados Unidos, por ejemplo, este tipo de reclamos han sido posibles a través del funcionamiento de la Ley de demandas de partes contratantes extranjeras (*Alien Tort Claims Act*) de 1789, que dio jurisdicción a las cortes federales para oír las demandas de las partes contratantes para alegar violaciones extraterritoriales de la ley norteamericana por parte de empresas de este país⁶⁷. En Bélgica, la Ley de Competencia Universal ideó otro mecanismo que permitía que un tribunal belga conociese de cualquier violación de los derechos humanos dondequiera que ésta se hubiera cometido, y con independencia de quiénes fueran los autores y las víctimas. Esta ley fue reformada y más tarde abolida en 2003 por razones políticas y diplomáticas⁶⁸. O, en Francia, puede recurrirse a un tribunal francés por un hecho cometido en el extranjero en virtud del privilegio de nacionalidad del autor o de la víctima. Así, una víctima puede llevar ante un tribunal francés al autor (persona física o jurídica) de un delito o falta o de un daño cometido en el extranjero. Esta regla es válida tanto en derecho penal (art. L.113.6 y L.113.7 del Código penal) como en derecho civil (art.15 del Código civil y 42 del Nuevo Código de Enjuiciamiento Civil y Reglamento de «Bruselas I»). Aunque «*los hechos deben estar castigados en la legislación del país donde se han cometido*», lo que no siempre ocurre. Y «*el procedimiento relativo a los delitos sólo puede entablarse a solicitud del Ministerio Público*» según el art. 113.8 del Código Penal. Un conjunto de condiciones que por el momento han impedido que las demandas presentadas en Francia contra multinacionales francesas hayan dado lugar a los resultados esperados⁶⁹.

⁶⁷ En el caso «Doe v. Unocal» (Doe v. Unocal, 963 F. Supp- 880 U.S.; 110 F. Supp. 2d 1294 (C.D. Cal. 2000), Affd. 248 F.3d 915 (9th Cir. 2001)), ciudadanos de Myanmar demandaron una corporación multinacional norteamericana bajo este estatuto para obtener reparación por un conjunto de abusos sobre derechos humanos presuntamente cometidos por el acusado en Myanmar en el curso de la realización de un proyecto de petróleo y gas y que supuso la reubicación forzosa de personas, el trabajo obligatorio y la tortura. Expandiendo la anterior jurisprudencia que había empezado con la decisión histórica en el caso «Filartiga v. Pena Irala» (Filartiga v. Pena-Irada, United States Court of Appeals, Second Circuit, 1980, 630 F.2d 876), la Corte declaró que las empresas multinacionales norteamericanas, con sus operaciones extranjeras, también son capaces de violar las normas del derecho nacional, incluyendo normas de derechos humanos, y por tanto, de ser jurídicamente responsables.

⁶⁸ A. BAILLEUX. *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau: de l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale*. Éd. Bruylant. Paris. 2005.

⁶⁹ W. BOURDON. «Entreprises multinationales, lois extraterritoriales et droit international de droits de l'homme». *Revue de sciences criminelles*. 2005. pp.747-753.

Al margen de estos casos de aplicación extraterritorial de la ley nacional, las empresas transnacionales no pueden ser, como decía, y debido a su falta de estatuto en el derecho internacional, responsables de violación del derecho internacional de los derechos humanos. Es, precisamente por esto, que la modificación de los principales tratados internacionales de derechos humanos en el sentido de una ampliación de la legitimidad pasiva a los terceros privados es, en la actualidad, una necesidad.

V. Conclusiones

Del trabajo presentado, podemos sacar las siguientes conclusiones:

1. El surgimiento de la globalización neoliberal ha supuesto la aparición de nuevos actores internacionales (empresas transnacionales) que, operando desde posiciones de privilegio y configurándose como auténticos poderes privados, emulan en ocasiones con ventaja al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora de los derechos.
2. En este contexto, surge la necesidad de una reconstrucción estatal y global de un constitucionalismo material y garantista que permita asegurar plenamente la eficacia de los derechos de las personas. Entre las figuras que este nuevo constitucionalismo debe incluir, especialmente si tenemos en cuenta el gran poder adquirido por las empresas transnacionales, está la de la eficacia de los derechos frente a éstas, esto es la eficacia de los derechos frente a terceros particulares o *Drittwirkung*.
3. En el ámbito del constitucionalismo estatal, gran parte de los textos constitucionales latinoamericanos ya reconocían la *Drittwirkung*, estableciendo a diferencia del modelo español, un modelo de eficacia directa o inmediata de los derechos frente a terceros particulares y empresas privadas. Además, algunas de las nuevas constituciones aprobadas recientemente en la región han ampliado la eficacia de los derechos frente a terceros a los derechos sociales o a otras acciones judiciales como el Hábeas corpus. Ello otorga a los ciudadanos la posibilidad de exigir directamente ante los órganos jurisdiccionales, la justiciabilidad de derechos y libertades fundamentales vulnerados por empresas u otros particulares, pudiéndolos hacer valer como auténticos derechos subjetivos ante estos órganos sin necesidad de la mediación del legislador en la provisión de

una posición jurídico-subjetiva que ya poseerían directamente *ex-constitutione*.

4. Ahora bien, en el mundo globalizado actual, no puede llegarse a una reconstrucción de un constitucionalismo material y garantista de los derechos frente a los terceros particulares, si nos quedamos en el ámbito estatal. Conjuntamente con este, es necesario la construcción de un constitucionalismo garantista a nivel mundial, en abierta tensión con la lógica de la globalización.
5. Este constitucionalismo mundial se encuentra esbozado, al menos en su dimensión normativa, en documentos como la Carta de Naciones Unidas, la Declaración de derechos de 1948 o los pactos de 1966 (PIDCP Y PIDESC), etc. Ahora bien, el reto está en buscar fórmulas para conseguir que estos documentos sean obligatorios y tomados en serio, tanto para los poderes públicos como privados. Ello demanda: 1. proyectar las formas institucionales, las garantías y reformas jurídicas y las estrategias necesarias para su realización, tanto para los Estados como para los privados; y, 2. hacer valer estos documentos como claves de interpretación y como fuentes de crítica y de deslegitimación de lo existente, sobre todo, de las actuaciones de actores internacionales privados llevadas a cabo contra el derecho internacional de los derechos humanos.