**VOTO CONCURRENTE DEL**

**JUEZ L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE**

***CASO DE LOS BUZOS MISKITOS (LEMOTH MORRIS Y OTROS) VS. HONDURAS***

***SENTENCIA DE 31 DE AGOSTO DE 2021***

1. Mediante el presente voto manifiesto mi acuerdo con la decisión de la mayoría que tiene relación con la homologación del acuerdo de solución amistosa entre las víctimas y el Estado. Como Juez Interamericano veo con gran satisfacción que se haya llegado a un acuerdo que reconozca los intereses de reparación de las víctimas en este caso. Queda ahora como una tarea pendiente del Tribunal el supervisar el cumplimiento de esta Sentencia en los términos que se han adoptado las reparaciones. Sin ánimo de ahondar más en este punto, cuyos retos y oportunidades para la implementación del fallo, se podrán abordar más adelante cuando la Corte conozca de la materia, tengo particular interés en fortalecer la decisión a partir de la reflexión en torno a la temática sobre la cual versa este caso: revisar e insistir en la necesaria precisión respecto de las obligaciones de las empresas privadas en materia de derechos humanos, con este propósito repasaré la evolución de la temática de empresas y derechos humanos y la necesidad de reformular las reglas de atribución de responsabilidad internacional, y, a continuación, abordaré las políticas públicas y el rol de los mecanismos de reparación para casos de empresas privadas y derechos humanos.
2. **Evolución de la temática de empresas y derechos humanos y las reglas de la atribución de responsabilidad**
3. Debo empezar esta reflexión dejando constancia que este no es el primer caso que la Corte conoce en el cual estén involucradas empresas y que éstas hayan tenido actuaciones u omisiones que tienen como efecto violaciones a los derechos humanos. En diversos casos, que a la fecha son parte sustancial de su jurisprudencia constante sobre derechos de los pueblos indígenas y tribales, relacionados con industrias extractivas y el derecho a la propiedad comunal, han sido las actuaciones de las empresas a través de la tolerancia, colaboración u omisión estatal, desde donde se han generado las violaciones a los derechos humanos. Por ejemplo, en el *caso Sarayaku Vs. Ecuador* fueron los contratos de exploración de hidrocarburos, así como las actividades de prospección y exploración, los hechos ilícitos internacionales. Actividades, algunas realizadas por el Estado a la hora de otorgar la concesión o el contrato, pero otras donde eminentemente e, incluso, exclusivamente, participó una empresa privada como son la ejecución de las actividades de prospección y exploración[[1]](#footnote-1). Este caso muestra una problemática que ha sido repetida en casos ante la Corte, como *Kaliña Lokono Vs. Suriname*[[2]](#footnote-2) o, incluso, el reciente *Lhaka Honat Vs. Argentina[[3]](#footnote-3)*, donde las fronteras entre la responsabilidad del Estado y de las empresas confluyen y se potencian a manera de retroalimentación en la generación de violaciones a los derechos humanos. Resulta oportuno preguntarse si las reglas de atribución de responsabilidad internacional, tal como se encuentra tradicionalmente establecida, donde es el Estado exclusivamente el destinatario primigenio, deben mantenerse inamovibles. Estos casos tenían, y los que vendrán, tienen, una particularidad esencial, que es el hecho que las empresas que operan con intereses en diversos países, cuentan con actividades en distintos Estados y generalmente están constituidas en múltiples y diversas jurisdicciones. Estas empresas se han convertido en verdaderos actores globales. Cabe preguntarse si el derecho internacional, tal como está configurado actualmente, heredero de la concepción westfaliana de los Estados como actores, sino únicos principales, resulta suficiente para encarar estos desafíos. Desafíos, que no son pocos, si vemos que afectan no sólo aspectos sensibles para nuestras comunidades como es la propiedad y con ellos, todas las implicancias que ha considerado la Corte, que van desde el derecho al agua, alimentación a la supervivencia misma de su cultura, pero también a las afectaciones a la salud y a los derechos sociales.
4. En casos como *González Lluy Vs. Ecuador* o *Ximenes Lópes,* se trató específicamente las obligaciones de las empresas privadas de proveer servicios públicos. Una paradoja: se instrumentaliza al ámbito privado en el desempeño de una tarea eminentemente estatal, sin la posibilidad de respaldo estatal. Es decir, el Estado deja a la esfera privada sus funciones de naturaleza pública, pero limita la responsabilidad bajo el escudo corporativo, vale decir: no se levanta el velo. En este punto cabe preguntarse, sobre la vigencia actual del sistema corporativo, existente en todos nuestros países y cómo sus reglas algunos repiten como si realmente fueran principios generales del derecho. El legado de gran parte de éstas proviene del mercantilismo y el producto de la era colonial*[[4]](#footnote-4)*. Un legado que América Latina aún lucha por dejar atrás. Cuando conocimos el *Caso Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, que trata sobre 85 trabajadores, cuya exclusión y marginación, así como los intereses empresariales, convirtieron en esclavos en una Hacienda en el Estado de Pará en Brasil, constatamos una problemática sino generalizada, por lo menos recurrente. Un sistema, cuyos actores, instituciones públicas y, sobre todo, privadas, deshumanizan y convierten en parte de este engranaje del capitalismo a hombres y mujeres, muchas veces niños y niñas, sin otras oportunidades alternativas como proyecto de vida digno, tal como reconoce la Sentencia, colocándoles ‘‘en los últimos eslabones de las cadenas de suministro de una economía globalizada’’[[5]](#footnote-5), así las personas no tiene más consentimiento, ni voluntad. Este caso trajo consigo un importante desarrollo, que fue el considerar la posibilidad de incluir bajo el concepto tradicional de esclavitud a la esclavitud moderna. Una de las normas de *jus cogens*, que algunos consideran inamovible, aunque ya no cumpla más sus objetivos, entraba a ser considerada también para estas situaciones. Este ejemplo nos demuestra cómo el derecho internacional está y tiene que estar en constante desarrollo para abordar las problemáticas más actuales, especialmente abordándolas desde un enfoque del derecho internacional de los derechos humanos.
5. Por supuesto, los hechos del *caso Hacienda Brasil Verde,* así como del *caso Fábrica de Fuegos[[6]](#footnote-6)* también en contra de Brasil, nos dan cuenta que prácticas aberrantes tan antiguas de explotación aún persisten en pleno siglo XXI. Para una lectura de refuerzo de estas afirmaciones, aunque aún está en el orden de la justicia nacional, invito a revisar el caso y la sentencia de la empresa Furukawua en Ecuador. Sin embargo, *Frantz Fanon* explica que finalmente todas las formas de explotación son idénticas porque todas se aplican sobre el mismo objeto: la persona. Coincido en este punto, lo relevante de la explotación, al igual que de otras violaciones a los derechos humanos, es la víctima. La construcción jurídica que se haga detrás para poder proteger sus derechos es, sino accesoria, por lo menos relevante para los efectos reales que es la reparación. Ahora bien, el caso de los buzos miskitos trae consigo la interacción entre diferentes actores: el Estado, la empresa privada y las comunidades indígenas cuyo objeto de trabajo era una práctica tradicional que, posteriormente, fue impuesta como una lógica del mercado. Volveré al punto de los actores más adelante, pero me gustaría reiterar que las formas de explotación, como señala Fanon, pueden tener diversos modos de materializarse, especialmente en el periodo en que nos encontramos hoy en día, donde el trabajo está sufriendo un cambio sustantivo. La economía política internacional está mutando a procesos digitales donde las nuevas tecnologías no son sólo las herramientas sino el objeto y resultado del trabajo. En este contexto, donde el capital y la tecnología parecen fusionarse, donde lo digital tiene efectos totalizantes, es que planteé ya la pregunta en mi Voto en la Opinión Consultiva 25 sobre ‘‘Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género’’:

El surgimiento de las nuevas tecnologías y servicios que revelan inéditas obligaciones y desafíos para los Estados y sus funciones legislativas y judiciales para adecuar su ordenamiento constitucional y legal, así como reformular sus prácticas frente a las nuevas condiciones del mercado laboral, en particular respecto de los cambios que ha producido la irrupción de las nuevas tecnologías. Sin duda, el trabajo a través de nuevas tecnologías –como son el trabajo por plataformas digitales que atraviesan los servicios de comunicación, transporte, compra y venta digital de alimentos y bienes en general- puede representar ventajas en el acceso a diversificadas y novedosas fuentes de empleo, pero a la vez, trae implícito una serie de modificaciones a las relaciones tradicionales de trabajo, en tiempos, horarios, modalidades de remuneración y de asociación gremial, así como en la utilización, en algunos casos, de nuevos conocimientos y manejo de destrezas tecnológicas, no conocidas hace poco tiempo atrás. Sin embargo, esta inédita y diversa modalidad de empleo también conlleva importantes riesgos para el goce de los derechos laborales, especialmente si consideramos que Latinoamérica y el Caribe tienen una alta tasa de desocupación, la cual conduce a las personas a adoptar y someterse, no voluntariamente, a formas precarizadas de empleo, con unas relaciones de trabajadores y empleadores con formas nada conocidas o aún de imprecisos contornos de sus garantías legales y jurisdiccionales que deben ser abordados con inmediatez y preocupación, si de verdad queremos atender los reclamos de miles de nuevos trabajadores en estas novedosísimas circunstancias, máxime si tomamos en serio que en el año 2020 la región tenía una tasa de desocupación de 10,6% según datos de la Organización Internacional del Trabajo, lo que significa que más de 30 millones de personas no tienen empleo[[7]](#footnote-7), y todo aquello sin incorporar las cifras actualizadas de la pérdida de fuentes de empleo, la tremenda desregulación laboral, las políticas de ajuste estructural, y la incierta, cuando no mal administrada y no resuelta crisis sanitaria del Covid 19 y sus efectos devastadores en las economías, las familias y las personas de nuestro continente[[8]](#footnote-8).

1. Hecha la reflexión sobre lo que avizora el futuro y si realmente nuestras instituciones jurídicas como tradicionalmente están planteadas pueden abordar este tipo de problemáticas me gustaría reflexionar sobre si en el Derecho Internacional Público la institución de la atribución de responsabilidad se puede mantener incólume, gravada en piedra. El mundo occidental le atribuye a las consecuencias de las guerras mundiales la ‘‘toma de consciencia’’ de la humanidad y, su consecuente, creación de un sistema internacional de protección a los derechos humanos. Considero que esta visión es un poco limitada, pues la humanidad y sobre todo los pueblos originarios y los movimientos sociales en América Latina venían reiterando desde mucho antes no sólo la internacionalización, sino también la garantía de los derechos sociales y económicos. No obstante, me sirve un poco la imagen occidental y tradicional del punto de inflexión que generó la segunda guerra mundial para mostrar que es posible la transformación del régimen internacional. Con esta se cayó la idea de que únicamente eran los Estados los actores internacionales y se evolucionó hacia considerar al individuo como el destinatario de las normas internacionales y el sujeto de derechos. Sin embargo, esta visión sigue sin incluir a otros actores que hoy ostentan tanto o más poder que muchos Estados: las corporaciones trasnacionales. De esta manera, la teoría clásica de los derechos humanos no acepta ningún vínculo que no sea el entre el individuo y Estado. Es decir, desde el mismo surgimiento de un Estado como actor principal en la sociedad internacional, la protección de los derechos humanos fundamentales ha sido tradicionalmente aplicable a su ámbito de responsabilidad. Por tanto, en la sociedad moderna, los Estados llevan a cabo tanto la protección como la violación de los derechos humanos. Vemos con los ejemplos antes citados, que esto no se apareja del todo con la realidad.[[9]](#footnote-9). La Sentencia en este caso, el desarrollo más reciente de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos[[10]](#footnote-10) establece cuáles son las obligaciones que deben guiar a los Estados para garantizar los derechos humanos. Hace énfasis también en el hecho de que las empresas deben respetar estos derechos. Sin lugar a duda, ambas son verdades irrevocables. No obstante, dejo a manera de reflexión el preguntarnos si nos encontramos ante un proceso en que las empresas también pueden ser reconocidas como responsables por las violaciones a los derechos humanos. Es decir, no solo o exclusivamente los Estados en su relación con las empresas, sino propiamente y complementariamente las empresas como actores del derecho internacional.
2. **Políticas públicas y el rol de los mecanismos de reparación para casos de empresas y derechos humanos**
3. . El tema de la responsabilidad internacional de las empresas está íntimamente ligado a las consecuencias de la violación, en el entendido de que es principio del derecho internacional que ante una violación se tiene que reparar[[11]](#footnote-11). Una interpretación sencilla y ceñida a la realidad nos llevaría a pensar que, si la empresa fue la que generó el daño, ésta también debe ser quien repare. Al parecer, desde la Corte, ya hemos dado un paso inicial en el caso *Kaliña y Lokono Vs. Surinam* donde se consideró que el Estado debía, de manera conjunta con las empresas extractivas, implementar las acciones suficientes y necesarias, a fin de rehabilitar la zona afectada[[12]](#footnote-12). A todas luces, en este caso se compartió la titularidad de la medida de reparación con una empresa.
4. En el caso subjudice la Corte adoptó diversas medidas de reparación que fueron homologadas por el acuerdo entre las partes. Resultan muy importantes aquellas relacionadas con las políticas públicas que buscan la atención social, así como la diversificación productiva de la economía local. Sin embargo, hubiera sido interesante, claro que escapaba de nuestro rol teniendo en cuenta que se trató de un mutuo acuerdo entre las partes, que se dé una medida de reparación que obligue a la participación de las empresas en estas tareas de atención, mitigación o, incluso, en los proyectos de desarrollo social planteados en la reparación.
5. La problemática de las empresas y derechos humanos forma parte de los mayores desafíos existentes en el orden público interamericano. Teniendo en cuenta el contexto de América Central, Caribe y Sur América, donde confluye la desigualdad social, el alto índice de migración, desempleo e informalidad es preciso que el ordenamiento internacional, principalmente tribunales y Cortes, estén a la altura de este desafío. A su vez las nuevas tecnologías plantean retos esenciales que deben ser abordados con firmeza y desde una óptica progresiva, progresista y conglobada de derechos humanos; empeño y desafío, por otro lado, que legamos a la futura nueva composición de la Corte.

L. Patricio Pazmiño Freire

Vicepresidente

Pablo Saavedra Alessandri

 Secretario

1. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245 [↑](#footnote-ref-1)
2. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309 [↑](#footnote-ref-2)
3. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400 [↑](#footnote-ref-3)
4. Ratner, Steven R. “Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility.” *The Yale Law Journal* 111, no. 3 (2001): 443–545. https://doi.org/10.2307/797542. [↑](#footnote-ref-4)
5. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 318 [↑](#footnote-ref-5)
6. Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407 [↑](#footnote-ref-6)
7. Organización Internacional del Trabajo. *Panorama Laboral 2020. América Latina y el Caribe*, 2019, pág. 6. [↑](#footnote-ref-7)
8. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27. [↑](#footnote-ref-8)
9. Hay quienes consideran que las empresas transnacionales corresponden a ‘‘un nivel drásticamente diferente de trabajo’’ y por ello requieren un nuevo cuerpo normativo al que denominan ‘‘derecho transnacional’’. Sin embargo, aquí la discusión es más bien si el derecho internacional de los derechos humanos debe aplicarse para esta realidad en toda su magnitud. Y. M. Kolosov & E. S. Krivchikova: Mejdunarodnoe pravo [International Law], Uchebnik. Mejdunarodnie otnosheniya, Moscow, 2000, p. 86 [↑](#footnote-ref-9)
10. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, HR/PUB/11/04, 2011 [↑](#footnote-ref-10)
11. El artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos otorga a la Corte Interamericana la facultad de ordenar que se garantice a la víctima el derecho violado, así como de ordenar medidas de reparación que abarquen tanto indemnizaciones compensatorias como otras medidas adicionales. Para el Tribunal toda violación a una obligación internacional, que significa un daño, conlleva una reparación. [↑](#footnote-ref-11)
12. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309 [↑](#footnote-ref-12)