



FACULTAD DE DERECHO

**HACIA UN ANÁLISIS FUNCIONAL DE LA JURISDICCIÓN
EXTRATERRITORIAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**

**PRESENTADA POR
EDUARDO ROBERTO ARROYO LIMA**

**TESIS
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

LIMA – PERÚ

2017



Reconocimiento

CC BY

El autor permite a otros distribuir y transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra, incluso con fines comerciales, siempre que sea reconocida la autoría de la creación original.

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



FACULTAD DE DERECHO

**“HACIA UN ANÁLISIS FUNCIONAL DE LA JURISDICCIÓN
EXTRATERRITORIAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

PRESENTADA POR:

EDUARDO ROBERTO ARROYO LIMA

LIMA – PERÚ

2017

**“HACIA UN ANALÍISIS FUNCIONAL DE LA JURISDICCIÓN
EXTRATERRITORIAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

ASESOR:

MIGUEL ANGEL SORIA FUERTE

LIMA – PERÚ

2017

DEDICATORIA

A mis padres, a quienes les debo su apoyo y muchas madrugadas perdidas,
A mis abuelos y abuelas, quienes con su inspiración, serán inmortales en mi
memoria y mis actos,

A Céline, pour être mon présent et futur

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer:

A Juan Carlos Portugal, Luis Domínguez Vera y Miguel Ángel Soria Fuerte, por ser quienes confiaron en mí con su amistad y apoyo.

INDICE

PORTADA.....	i
TITULO	ii
ASESOR	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
INDICE	v
RESUMEN	ix
ABSTRACT.....	xi
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1. Descripción de la realidad problemática	1
1.2. Formulación del Problema	3
1.2.1. Problema General.....	3
1.2.2 Problemas Específicos	3
1.3. Objetivos de la Investigación.....	4
1.3.1 Objetivo general.....	4
1.3.2 Objetivos específicos.	4
1.4. Justificación de la investigación	4

1.5. Limitaciones de la investigación.....	5
1.6. Viabilidad de la investigación	5
II. MARCO TEORÍCO	6
2.1. Antecedentes de la investigación.....	6
2.2 Bases Teóricas	9
2.3 Definiciones de términos básicos.....	14
III. FORMULACIÓN DE LA HIPOTESIS.....	17
3.1 Formulación de Hipótesis.....	17
3.1.1 Hipótesis Principal	17
3.2.2 Hipótesis Secundaria.....	17
IV. DISEÑO METODOLOGICO	18
4.1 Diseño de la Investigación	18
4.2 Técnicas para la recolección de datos.....	19
4.2.1 Descripción de las técnicas e instrumentos.....	19
4.2.2 Validez y confiabilidad de los instrumentos.....	19
4.3 Aspectos éticos.....	19
CAPITULO I. Jurisdicción y Responsabilidad Internacional: Un binomio fundamental.....	21
1.1. INTRODUCCIÓN	21
1.2. Jurisdicción: Primera Aproximación y Relevancia de su Estudio	26
1.2.1. Clausulas Jurisdiccionales en los Tratados de Derechos Humanos....	30
1.3. Justificación y Crítica a la Aplicación Extraterritorial de los Tratados Derechos Humanos.....	33
1.3.1. Universalidad y Dignidad Humana.....	33
1.3.2. Soberanía y territorio.....	34
1.3.3. Regionalismo: Entre Efectividad y Universalidad.....	35
1.4. Responsabilidad Internacional y Jurisdicción: Posibles Vertiente Extraterritoriales.....	37

1.4.1. Recordando supuestos básicos de Responsabilidad Internacional y su relación con la extraterritorialidad	42
1.4.2 Elemento objetivo.	46
1.4.3 Elemento Subjetivo.	47
1.4.4. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente lícitos.....	50
1.4.5 Derechos Humanos y Responsabilidad Internacional.....	52
Capítulo II. La interpretación de la Jurisdicción en los Sistemas de Protección de Derechos Humanos	56
2.1 La jurisdicción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos: Un abanico de posibilidades y desaciertos.	56
2.1.1 Control efectivo o “ <i>effective control</i> ”	59
2.1.2 Actos de agentes diplomáticos o Consulares	64
2.1.3 Actos de agentes o autoridades estatales que ejercen autoridad sobre personas en territorio de otros Estados.	66
2.1.4. Extradición y Expulsión	68
2.1.5. Efectos extraterritoriales	69
2.2. La jurisdicción en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	72
2.3. Sistema Universal de Protección de los derechos humanos.	76
2.4. Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos.....	81
2.5. Dos Modelos Clásicos de abordar la jurisdicción: Modelo Espacial de la Jurisdicción Extraterritorial.	85
2.5.1. Control sobre un área y el grado de control.....	87
2.5.2. Modelo Personal de Jurisdicción.	90
Capítulo III. Hacia una Tercera Vía: El Modelo Funcional de Jurisdicción Extraterritorial.....	96
3.1 La tercera vía: Hacia un análisis funcional de la Jurisdicción y su distinción entre las obligaciones negativas y positivas.	97
3.1.1. El tercer modelo y las obligaciones diferenciadas de respeto y garantía en los Tratados de Derechos Humanos.....	102

3.1.2. El tercer Modelo: Ventajas y Desventajas.	114
3.2. Jurisdicción Extraterritorial, Empresas y Derechos Humanos.....	119
3.2.1, Cuadro Comparativo Principios de la ONU y Principios de la OEA. ...	125
3.2.2. Aplicación del Modelo Funcional al debate de empresas extractivas y Derechos Humanos.	139
3.2.3 Otras situaciones extraterritoriales y la aplicación del modelo funcional.	145
3.2.4 Conclusiones.	146
CAPITULO IV. Conclusiones Generales	1487

RESUMEN

El análisis de la jurisdicción extraterritorial de los Estados y sus consecuencias en los derechos humanos, representó la razón de ser de la presente investigación, materia que ostenta un vasto desarrollo en el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos, pero que ha sido ignorado en el Sistema Interamericano, sin embargo, el primero, lejos de presentar respuestas claras a las interrogantes que puedan presentarse, ha demostrado generar posiciones disímiles respecto al alcance interpretativo de la jurisdicción de los Estados y el grado de responsabilidad que ostentan en relación a actos extraterritoriales.

Es por ello que en el desarrollo de este documento se buscó simplificar el análisis de la materia, recurriendo a los distintos modelos de jurisdicción desarrollados por la doctrina y en particular, al modelo funcional, que permite armonizar las obligaciones de los Estados con su capacidad para evitar o generar violaciones de Derechos Humanos.

Es así que, desde el modelo funcional se observó que la obligación de respeto tendría alcances ilimitados, más allá de si se trata o no de un acto extraterritorial, ya que un Estado siempre estará en posición de abstenerse mediante sus agentes de generar violaciones de derechos humanos, mientras que la obligación de garantía, requiere ser analizada en el caso en particular, ya que exige la adopción de medidas extraterritoriales, por lo que su aplicación será limitada.

De esta forma, el desarrollo de la investigación permitió justificar las exigencias de protección extraterritorial, que aunque legítimas, requieren ser dotadas de bases jurídicas, acaso, la razón de ser de del derecho, concretizar los reclamos de las víctimas de derechos humanos.

Es así que en la lectura de esta investigación se encontrarán referencias a las nociones básicas de la jurisdicción, su relación particular con la responsabilidad internacional de los Estados y las distintas formas en las que puede presentarse extraterritorialmente.

En un segundo momento, se encontrará un estudio pormenorizado del estado de la cuestión en los distintos Sistemas de Protección de Derechos Humanos, desde el europeo hasta el africano, así como la referencia a los dos modelos clásicos de jurisdicción, personal y espacial, sus características, ventajas y limitaciones.

Finalmente, en el tercer capítulo se encontrara la propuesta de la investigación, relacionada a una teoría funcional de la jurisdicción, así como su desarrollo e impacto en las distintas obligaciones de derechos humanos y como esta puede aplicarse a un caso práctico como el de las empresas transnacionales, los Estados de origen y los derechos humanos.

Por ello la finalidad de este documento es constituirse en un estudio que permita contribuir a la incipiente literatura jurídica latinoamericana en la materia, y asimismo, otorgue ciertas luces respecto al estudio de la extraterritorialidad y sus implicancias en distintos campos en nuestra región.

ABSTRACT

The analysis of the extraterritorial jurisdiction of States and their human rights consequences represented the raison of the present investigation, an issue that has had a vast development in the European System of Protection of Human Rights, but which has been ignored In the Inter-American System, however, the first one, far from providing clear answers, has been shown to generate dissimilar positions regarding the scope of the jurisdiction of States and the degree of responsibility they hold.

It is for this reason that the development of this document sought to simplify the analysis, using the different models of jurisdiction and in particular, the functional model, which harmonizes the obligations of States with their ability to prevent or generate violations of Human Rights.

From the functional model it was observed that the obligation of respect would have unlimited scope, regardless of whether or not it is an extraterritorial act, since a State will always be in a position to abstain through its agents to generate human rights violations, while the guarantee to fulfil, needs to be analyzed in the particular case, since it requires the adoption of extraterritorial measures.

Consequently, the development of the investigation allowed to justify the requirements of extraterritorial protection, which although legitimate, need to be

endowed with legal bases, perhaps, the raison of our career, concrete the claims of human rights victims.

In this way, in the body document will find references to the basic notions of jurisdiction, their particular relationship with the international responsibility of States and the different ways in which extraterritorially can affects them.

In a second moment, a detailed study of the state of the matter will be found in the different Human Rights Protection Systems, from the European to the African, as well as the reference to the two classic models of personal and spatial jurisdiction, their characteristics, advantages and limitations.

In the third chapter was developed the research proposal, related to a functional theory of jurisdiction, as well as its development and impact on the different human rights obligations and how this can be applied to a case study such as that of companies And human rights.

Finally, the purpose of this document is to constitute a study that can contribute to the incipient Latin American legal literature on the subject, and also give certain points regarding extraterritoriality and its implications in different fields in our region.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática

La dinámica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde los distintos tribunales competentes en la materia, ya sea en el Sistema Interamericano, Europeo u Africano ha generado con el desarrollo de la jurisprudencia y la doctrina diversas posiciones respecto al alcance de la jurisdicción de los Estados, cuestión de vital importancia ya que el concepto de jurisdicción constituye un elemento *sine qua non*¹ para exigirle a un Estado el cumplimiento de sus obligaciones frente a un órgano jurisdiccional. Es por ello que sin la satisfacción de la competencia *ratione loci*² o en razón del lugar el proceso de admisibilidad resulta claramente infructuoso, por ello su estudio adquiere relevancia.

Este problema, que desde el punto de vista teórico resulta de por sí complejo, en razón a las distintas excepciones a la naturaleza territorial de la jurisdicción que se han ido desarrollando con la aparición de nuevos supuestos fácticos analizados por los tribunales, en el campo práctico no ha presentado una excepción, los juzgados nacionales se han enfrentado ante una amplia gama de

¹ “Indispensable”

² Competencia en razón del territorio.

supuestos, muchas veces nebulosos y asimétricos que dificultan el análisis en concreto de determinadas situaciones extraterritoriales.

Resulta innegable que con el desarrollo de los años, el Sistema Interamericano se enfrentará a supuestos relacionados a actos extraterritoriales de los Estados, ya sea relacionado a los actos de empresas transnacionales y los derechos humanos, en otras palabras, por actos de empresas domiciliadas en territorio de un Estado que actúan fuera de su territorio y que funcionan debido al apoyo económico y social del Estado de origen, supuestos que ya vienen presentándose en la realidad de nuestra región, como lo documenta la sociedad civil latinoamericana.

La doctrina, las legislaciones nacionales, la jurisprudencia nacional e internacional, así como los Tratados de Derechos Humanos regionales y universales reconocen en sus cuerpos normativos cláusulas vinculadas a la jurisdicción, disposiciones que lejos de encontrar consenso generan discusión desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial, prueba de ello es el desarrollo de distintas excepciones a la naturaleza territorial de la jurisdicción, entre estas: a) control efectivo o influencia decisiva, b) por acciones u omisiones dentro del territorio de un Estado que generan efectos extraterritoriales, c) por actos de agentes diplomáticos o consulares que ejercen autoridad pública sobre personas en territorio de otro Estados u d) por actos de agentes u autoridades estatales en territorio de otros estados, entre otros supuestos de dificultosa aplicación práctica y análisis jurisdiccional.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es por su propia naturaleza universal, esto es, que los derechos son expresión de la dignidad humana y que como consecuencia de ello su aplicación es general, sin ninguna distinción de índole social, cultural, religiosa, por nacionalidad, entre otros, sin embargo, este carácter universal no es contrario a la limitación legítima en materia de jurisdicción, es decir, si bien los derechos humanos tienen carácter universal, no menos cierto es que su exigencia está condicionada a un vínculo jurisdiccional entre un Estado en particular y una persona en concreto, sin embargo la determinación de este nexo ha representado grandes dificultades.

En ese sentido, un claro ejemplo de la problemática se concretizó en el voto razonado del Juez Bonello en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Al-Skeini contra Reino Unido (2011) ya que destacó y reconoció las significativas dificultades que plantea para los tribunales internos el análisis de jurisdicción ante la inexistencia de una lógica general de análisis frente a las posturas disímiles de la jurisprudencia.

La problemática descrita ameritó una paciente investigación a fin de describir con mayor precisión la magnitud de las implicancias que reviste el alcance de la jurisdicción extraterritorial de los Estados.

1.2. Formulación del Problema

1.2.1. Problema General

- ¿Cómo debe interpretarse la jurisdicción ante situaciones extraterritoriales en materia de derechos humanos?

1.2.2 Problemas Específicos

- ¿Es posible el desarrollo de un estándar general de análisis en materia de jurisdicción?
- ¿Son las consecuencias de la extensión de la jurisdicción las mismas en relación a las obligaciones de respeto y garantía?
- ¿Es posible armonizar las obligaciones de los Estados en materia extraterritorial con su real capacidad para evitar violaciones de derechos Humanos?

1.3. Objetivos de la Investigación

1.3.1 Objetivo general.

- Desarrollar un instrumento de análisis general de la jurisdicción por actos extraterritoriales.

1.3.2 Objetivos específicos.

- Desarrollar una teoría funcional de análisis de la jurisdicción a partir de una lógica general.
- Acreditar la distinción entre las consecuencias de la jurisdicción extraterritorial en relación a las obligaciones de respeto y garantía
- Promover la armonización a partir de una teoría funcional de las obligaciones de los Estados con su real capacidad para evitar una violación de derechos humanos extraterritorial.

1.4. Justificación de la investigación

La importancia de la investigación se justificó desde los puntos de vista teórico, de utilidad social y por su trascendencia o nivel de impacto en el sistema, de acuerdo a lo siguiente: se consideró trascendente desde el punto de vista teórico, ya que se analizó la posibilidad de establecer una teoría general de la jurisdicción, sus consecuencias y naturaleza. De igual forma, la utilidad social se justificó, ya que

los resultados de la investigación generaron un aporte al desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos humanos y la defensa de las víctimas de nuestra región. Finalmente, ha sido trascendente a nivel internacional porque brinda un instrumento de análisis a los tribunales internacionales en materia de derechos humanos en relación a los futuros casos relacionados a extraterritorialidad.

1.5. Limitaciones de la investigación

La investigación relacionada a la jurisdicción extraterritorial encontró sus principales limitaciones en el escaso desarrollo jurisprudencial en nuestra región, así como en la incipiente literatura jurídica especializada, la cual si bien existe, se encuentra limitada al sistema de protección de derechos humanos europeo.

Asimismo, la investigación no se centró en el análisis de responsabilidad internacional por hechos internacionalmente lícitos, materia que si bien se encuentra vinculada a elementos extraterritoriales, representa un campo independiente distinto a la relaciona a los derechos humanos por lo que representaba esfuerzos que alejarían la investigación de sus objetivos principales.

1.6. Viabilidad de la investigación

El desarrollo de la investigación resultó viable, en razón a que si bien existieron limitaciones jurisprudenciales y doctrinarias, es innegable la importancia de los pronunciamientos de otros organismos, como europeos o universales, así como de la Corte Internacional de Justicia, los cuales han nutrido la discusión y que en lo particular han contribuido a la generación del problema, por lo que se contó con materiales suficientes para el desarrollo de la investigación.

II. MARCO TEORÍCO

2.1. Antecedentes de la investigación

De la revisión de los antecedentes de la investigación se observó que los estudios sobre la materia se encuentran en proceso de formación, sin embargo, existe una línea clara de crítica al análisis de la jurisdicción extraterritorial, en el sentido de que existe una proliferación de excepciones que no responden a lógica general de análisis, lo que genera confusión en la determinación de los alcances de la jurisdicción estatal.

En primer lugar es pertinente señalar que en relación al análisis de la jurisdicción, Bárbara Miltner trabajó en “*Revisiting Extraterritoriality after Al-Skeini: The ECHR and Its Lessons*” de la revista de Derecho Internacional de Michigan en el año 2012.

En ese sentido, su investigación representó un estudio de la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos, a partir de las distintas excepciones en materia de jurisdicción extraterritorial, en particular, desde el caso *Al Skeini v. Reino Unido* (2011) y la problemática que generó en el razonamiento de la Cámara de Loes inglesa en relación al ejercicio de jurisdicción extraterritorial, analizando sus consecuencias teóricas en relación al importante Caso *Bankovic y otros v. Bélgica* (2001), de esta forma se observa el desarrollo disímil de la jurisprudencia, destacando la vigente imposibilidad de establecer un régimen de análisis coherente y axiomático. En su opinión el aspecto fundamental de la jurisdicción, no es el análisis de un vínculo territorial, sino la existencia de un nexo personal, estos es, *ratione personae*³, concluyendo de esta forma que no encuentra una lógica general de análisis, sino que por el contrario nos encontramos frente a un desarrollo de caso por caso, cuestión que acentúa la necesidad de la formulación de un estándar general.

Asimismo, es posible referirse al trabajo realizado por Lord Dyson titulado “*The extraterritorial application of the European Convention on Human Rights: Now on a firmer footing, but is it a sound one? del año 2014 publicado* por la Universidad de Essex.

En esta investigación se realiza en primer lugar un análisis del artículo del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, a partir de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde *Bankovic* hasta la problemática presentada en *Al Skeini*, se observa que las consecuencias del análisis en el primero aún se mantienen vigentes en el razonamiento de la Corte Europea de Derecho Derechos Humanos, sostiene que si el caso *Bankovic* fuese analizado el día hoy, el resultado sería el mismo, pero que sin embargo, en razón a *Al Skeini*, la discusión ya no se encuentra en el lugar de ubicación de la víctima, sino en el ejercicio de autoridad estatal o no sobre una determinada persona, cambiando de esta forma la perspectiva de análisis del tribunal.

³ Competencia en razón de la Persona.

Concluyendo que a diferencia del caso resuelto en el año 2001, el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos puede ser dividido en relación al grado de extensión de la jurisdicción de un Estado. Finalmente se refiere a la teoría funcional de la jurisdicción desarrollada por el magistrado Bonello, sin encontrar grandes discrepancias con la lógica del ejercicio de autoridad efectiva sobre una determinada persona.

Por otro lado, en el trabajo realizado por Sarah Miller titulado “*Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*” del año 2010, publicado por la Revista Europea de Derecho Internacional se encuentra otra perspectiva de análisis.

En esta investigación se realiza una crítica a cada uno de los supuestos de extensión de la jurisdicción de los Estados, en particular, la autora señala que resulta discutible considerar a los actos de agentes diplomáticos, consulares o actos de extradición o expulsión como actos de extensión de la jurisdicción extraterritorial, a partir de reconocer que el hecho generador de la violación de derechos humanos, se produce cuando la persona se encuentra en el territorio de un Estado, y al encontrarse bajo su autoridad, su jurisdicción resulta indiscutiblemente aplicable, no tratándose de esta forma de una extensión de la jurisdicción por un acto extraterritorial, en otra palabra, territorializa la jurisdicción. Similar lógica mantiene al referirse a los efectos extraterritoriales y a su controversial aplicación, excepción única desarrollada en *Drozd y Janouzek v. España y Francia* (1994).

Finalmente concluye la necesidad de centralizar la lógica de la jurisdicción a partir de la noción de ejercicio de autoridad sobre una persona, afirmación que apoyaremos y que guardará vinculación con el desarrollo del análisis funcional.

Adicionalmente, es factible encontrar el trabajo de investigación desarrollado por Eleonor Boschman, en sus tesis de maestría titulado “*Extraterritorial application of the European Convention on Human Rights during armed conflict: the right to life and the right to freedom and security* del año 2015 por la Universidad de Amsterdam.

La investigación de Boschamn sobre la Aplicación del Convenio Europeo de derechos humanos, tuvo como finalidad analizar la situación de la jurisdicción extraterritorial y sus efectos en relación a las obligaciones derivadas del ejercicio de jurisdicción a partir del derecho a la vida y la libertad en el contexto de un conflicto armado, señalando que el contenido de los derechos y obligaciones que serán aplicables deben considerar la existencia de un nexo inmediato y directo entre el acto extraterritorial de un Estado y la violación alegada. Al observar el desarrollo de la jurisprudencia la extensión de la jurisdicción extraterritorial de los Estados parece incrementar, acogiendo un mayor número de circunstancias, sin embargo, una línea clara de aplicación no ha sido establecida

2.2 Bases Teóricas

En relación a las teorías de la jurisdicción, el profesor Milanovic (2013) destaca tres modelos teóricos, siendo el primero, un modelo espacial, el cual centra su análisis en el control efectivo de un Estado sobre un territorio determinado, en segundo lugar, un modelo personal, el mismo que enfoca su análisis en el control o ejercicio de autoridad sobre personas y por último se refiere a un modelo mixto, aplicable a las obligaciones derivadas de un tratado internacional, siendo este último el modelo de su preferencia, sosteniendo que en relación a las obligaciones positivas de los Estados por actos de particulares debe condicionarse a una noción espacial, la obligación negativa o de respeto es ilimitada, ya que un Estado siempre estará en posición de abstenerse de una acción en particular.

Asimismo, manteniendo una lógica diferenciada Tzevelekos (2014) sostiene que debe hacerse una distinción entre responsabilidad internacional directamente atribuible a un Estado en el marco de obligaciones negativas, respecto, a las obligaciones a la responsabilidad extraterritorial generada por la falta de debida diligencia, destacando que:

(...) Starting first with the case of direct attribution, effective control is not a criterion for extraterritoriality. In fact, there appears to be confusion between the concepts of extraterritorial

*judicial jurisdiction and responsibility for the illicit conduct of a state (that is, conduct directly attributable to the state) outside its borders. In terms of PIL, the rule is clear. A state is responsible every time a wrongful conduct is attributable to it, with no regard to whether wrongfulness is taking place within or outside its national territory*⁴ (...). (pág.175)

Por otro lado, en relación a las obligaciones positivas, indirectamente atribuibles a un Estado sostuvo que:

*(...) Among several other factors, effectiveness is an element taken into consideration for assessing the standards of diligent comportment a state can and, therefore, is legally obliged to demonstrate. The subjective due diligence standard permits a flexible and individualized assessment for each case. The more direct, solid and, thus, effective the control a state has over a situation, the higher are the standards of diligence this state may, and therefore is expected to demonstrate. In short, because due diligence amounts to obligations of means, and its standards are proportionate to the effective control a state exercises over a wrongful situation, the very element of effective control is one of the criteria that apply for the test of state fault*⁵ (...) (pág. 175)

⁴ (...) Comenzando con los casos de atribución directa de responsabilidad internacional, el control efectivo no es un criterio de extraterritorialidad. En realidad existe confusión entre los conceptos de jurisdicción extraterritorial y responsabilidad por la conducta ilícita de un Estado (es decir, una conducta directamente atribuible al Estado) fuera de sus fronteras. En términos del Derecho Internacional Público, la regla es clara. Un Estado es responsable siempre que una conducta ilícita le es atribuible, sin importar si el acto ilícito tiene lugar dentro o fuera de su territorio (...) (Traducción No Oficial).

⁵ (...) Entre varios factores, la eficacia es un elemento a tomar en consideración para la evaluación del estándar de debida diligencia que un Estado puede y en consecuencia, está legalmente obligado a demostrar. El estándar subjetivo de debida diligencia permite una evaluación flexible e individualizada por cada caso. Mientras más directo y sólido sea el control efectivo de un Estado, más alto será el estándar de debida diligencia que el Estado deberá demostrar. Debido a que el estándar de debida diligencia será proporcional al grado de control efectivo que un Estado tenga sobre una conducta ilícita, en ese sentido, el criterio de control efectivo será tomando en consideración en el test de responsabilidad de un Estado (...) (Traducción No oficial)

En sentido distinto, más no contrario, Boschman (2015) sostuvo que las cuestiones vinculadas a la jurisdicción fueron clarificadas en los casos de *Al Skeini v. Reino Unido* y *Jaloud v. Holanda*, señalando que un Estado ejercerá jurisdicción cuando ejerza control efectivo sobre un área o autoridad u control sobre una persona fuera de su territorio.

Cuando desarrolló su posición Boschman (2015) clasifica a el ejercicio de control efectivo mediante las fuerzas militares, por ejemplo, una ocupación militar y al apoyo económico, político o financiero a una autoridad local subordinada, como formas de control efectivo, mientras que en relación al control sobre una persona, se encuentra la detención de una persona en instalaciones dirigidas por agentes del Estado y mediante atentados contra la vida.

Por otro lado, desde una análisis más específico, relacionado a la posible responsabilidad de un Estado por actividades de empresas domiciliadas en su territorio que actúan en territorio de otros Estados a partir del apoyo económico, político del Estado de origen o *home State*, Workabeba (2008) argumentó:

(...) There is also some jurisprudence developed in the last few years based on the requirement of exerting effective control. Accordingly, home states can assume jurisdiction on non-state actors at overseas operation so long as they exercise 'effective control' and hence their obligation can be extended extraterritorially in this regard. Thus, up on the limitation of 'non-intervention' in sovereignty of states and with the fulfillment of 'effective control' home states have the obligation to regulate their TNCs operating across their borders⁶ (...)

⁶ (...) Existe también desarrollo jurisprudencial en los últimos años, basado en el requisito de control efectivo. En consecuencia, los Estados de origen pueden asumir jurisdicción por actores no estatales que actúan en el exterior, a partir del ejercicio de control efectivo sus obligaciones se extienden extraterritorialmente. Consecuentemente, más allá de la limitación del principio de no intervención en la soberanía de los Estados, mediante el ejercicio de control efectivo, los Estados de origen tendrán la obligación de regular las transnacionales fuera de sus fronteras. (...) (Traducción No Oficial)

Siguiendo este análisis específico en material de responsabilidad de los Estados de origen por actos de empresas fuera de su territorio, McCorquodale y Simons (2007) sostienen que las acciones de actores no estatales, entre los que pueden encontrarse corporaciones, pueden ser atribuidas a un Estado, y en consecuencia generar responsabilidad internacional, cuando una obligación internacional es incumplida a partir de los actos de empresas nacionales o sus subsidiarias que actúan extraterritorialmente, le pueden ser atribuidas, cuando éstas ejercen autoridad gubernamental o actúan bajo órdenes, dirección o control del Estado de origen.

Adicionalmente, McCorquodale y Simons (2007) sostienen que:

(...) A home state will also be responsible if it knowingly aids and assists in either a host state ' s internationally wrongful act relating to the activities of a home state ' s corporate national (or its foreign subsidiaries), or the extraterritorial acts of a corporate national (or its foreign subsidiaries) that constitute international crimes⁷ (...) (pág. 624)

Esta posición de estos autores busca atribuir responsabilidad a un Estado por actos de actores no estatales que actúan fuera de sus territorio, en consecuencia, el punto central de discusión previo, es si el Estado ejerce o no jurisdicción en este tipo de situaciones extraterritoriales.

Desde una posición más general, siguiendo una concepción funcional de la jurisdicción Igiriogu (2014) planteó que de la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se advierten ciertas inconsistencias derivadas del análisis caso por caso, ya que cada uno de los principios vinculados a la jurisdicción extraterritorial tiene como punto de partida la casuística internacional. En ese sentido, pese a las distintas excepciones a la naturaleza

⁷ (...) Un Estado de origen será responsable también si ayuda o asiste a un Estado receptor en la comisión de un acto internacional relacionado a las actividades de empresas vinculadas al Estado de origen (o sus subsidiarias extranjeras), o los actos extraterritoriales de una corporación nacional (o subsidiarias extranjeras) que constituyan crímenes internacionales (...) (Traducción No Oficial)

territorial de la jurisdicción, el criterio de control efectivo, parece tener predominancia en la lógica de análisis, sin existir certeza sobre el grado de control exigido.

Asimismo, el mismo autor sostiene que incluso tras el análisis de Al Skeini, en el cual se intentó dar un orden a la revisión de la jurisdicción, poniendo énfasis en el control físico o ejercicio de autoridad sobre un individuo, limitándose la obligación del Estado a aquellos derechos que esté en posición de proteger, sigue sin existir un principio general de análisis, encontrándonos frente a una laguna jurídica.

De esta forma, Igiriogu (2014) argumenta que el concepto funcional de jurisdicción puede suplir este vacío jurídico, planteando que:

(...) It is finding jurisdiction based on whether or not the HCPs are carrying out their human rights obligations under the convention. This is because 'the duties assumed through ratifying the convention go hand in hand with the duty to perform and observe them. Jurisdiction arises from the mere fact of having assumed those obligations and from having the capability to fulfil them (or not to fulfil them)'⁸ (...) (pág 34)

En otras palabras un Estado asumirá jurisdicción cuando se encuentra en posición mediante su poder o autoridad de cumplir con sus obligaciones internacionalmente asumidas, siendo en consecuencia la localización de los sujetos una materia que pierde relevancia al amparo de esta conceptualización funcional.

Adicionalmente, siguiendo un análisis similar, Kannis (2015) plantea una trilogía tripartita de análisis, ante la necesidad de clarificar la interpretación de la jurisdicción, en ese sentido señala en primer lugar: a) jurisdicción basada en el

⁸ (...) Ello es analizar la jurisdicción basado en si la Alta Parte Contratante están cumpliendo con sus obligaciones bajo la Convención. Esto es porque los deberes asumidos mediante la ratificación de la convención van mano a mano con el deber de cumplirlos y observarlos. La Jurisdicción nace por el simple de hecho de haber asumido esa obligación y por tener la capacidad de cumplir con sus obligaciones (o no hacerlo) (...)

territorio, haciendo énfasis en el control territorial b) Jurisdicción basada en elementos no territoriales, la cual contendría por ejemplo los actos de agentes diplomáticos o consulares fuera del territorio y c) Jurisdicción basada en supuestos fácticos, el cual hace referencia a actos que afectan a individuos o propiedades fuera del territorio de un Estado, mediante un lógica de causa – efecto.

Postula Kannis (2015), la eliminación del criterio de custodia física, de esta forma señala que:

(...)The areas of inadequacy of particular concern are the focus on effective or full control over a territory, and the requirement of physical custody to establish a personal connection between the state and individual. In order to redress and remedy such inadequacies, this paper has unequivocally and strongly supported an adoption of a tripartite classification of triggers approach, in particular the abolition of a physical custody requirement⁹ (...) (pág.243)

Las posiciones teóricas planteadas son un esbozo inicial de los análisis relacionados a jurisdicción, dejando constancia de la situación de los estudios y de la necesidad de continuar con la investigación en la materia.

2.3 Definiciones de términos básicos.

- Responsabilidad internacional de los Estados: Según el profesor Monroy Cabra, Marco Gerardo (2002)

La responsabilidad internacional surge cuando un Estado u otro sujeto de derecho internacional, ya sea por acción o por

⁹ Las áreas de insuficiente preocupación particular son el control efectivo o en contro sobre el territorio, y la exigencia de custodia física para establecer una conexión personal entre el Estado y el individuo. Con la finalidad de remediar esta insuficiencia, este estudio sostiene con firmeza la adopción de una clasificación tripartita, así como la abolición del requisito de custodia física.

omisión, viola una obligación de derecho internacional. En el caso de la acción se trata de la infracción de una prohibición jurídica internacional, y en el caso de la omisión, del no cumplimiento de un imperativo jurídico internacional (...) (pág. 519)

- Responsabilidad Internacional de los Estados en Materia de Derechos Humanos: La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en el Caso de los Hermanos Gomez Paquiyauri v. Perú (2004) que “La responsabilidad internacional del Estado se funda en actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana”
- Obligación de respeto: El profesor Gros Espiell (1991) define el respeto como "la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención.
- Obligación de garantía: Según el profesor Gross Spiell (1991):

La obligación de garantía implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.
- Jurisdicción: Según la Corte Permanente internacional de Justicia en el Caso sobre el Estatus Legal de Groelandia (1933) “la jurisdicción es una de las formas del ejercicio del poder del soberano”,
- Control efectivo: Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Loizidou v. Turquía (1995) “Es una extensión de la jurisdicción que se

genera cuando un Estado como consecuencia de acciones militares - legales o ilegales- ejerce un control efectivo de un área fuera del territorio nacional.

III. FORMULACIÓN DE LA HIPOTESIS

3.1 Formulación de Hipótesis

3.1.1 Hipótesis Principal

La interpretación de la jurisdicción extraterritorial requiere de una concepción funcional para la formulación de un estándar general.

3.2.2 Hipótesis Secundaria.

Como consecuencia de la concepción funcional de la jurisdicción las obligaciones de respeto y garantía presentan alcances y limitaciones particulares.

IV. DISEÑO METODOLOGICO

4.1 Diseño de la Investigación

La presente investigación fue de tipo no experimental ya que se buscó resolver un determinado problema en un campo específico, a través de la descripción, explicación comprensión y análisis de la problemática relacionada a la interpretación de la jurisdicción en el Derechos Internacional de los Derechos Humanos mediante el método descriptivo - exploratorio, en razón de que en un primer momento se describió la situación y los distintos enfoques atribuidos en el desarrollo de la jurisprudencia de los distintos Sistemas de Protección de Derechos Humanos, así como de la literatura especializada en materia, sin dejar de lado que el conocimiento en este campo de análisis no tiene un desarrollo sistemático y que en consecuencia se carece de abundante literatura,

Una vez establecida la problemática, se utilizó un enfoque cualitativo con la finalidad de analizar e interpretar los documentos relevantes en la materia, ya sea de la región europea, americana o africana, a partir de los cuales se estableció similitudes y diferencias, así como también se buscó desentrañar la naturaleza de la jurisdicción extraterritorial, desde un enfoque crítico evaluativo de las distintas teorías en la materia, cimentando las bases de la hipótesis, como respuesta a la problemática jurídica con la finalidad de brindar un instrumento de análisis a los órganos jurisdiccionales internacionales en materia de extraterritorialidad.

4.2 Técnicas para la recolección de datos.

4.2.1 Descripción de las técnicas e instrumentos.

La información para la presente investigación fue recolectada mediante la observación directa, análisis de documentos legales emitidos por Organizaciones Internacionales como la Organización de los Estados Americanos u Organización de las Naciones Unidas, ya sean informes u observaciones, así como jurisprudencia internacional emitida por los distintos tribunales internacionales en materia de derechos humanos, y por tribunales nacionales que se pronunciaron sobre casos relacionados a la extraterritorialidad, adicionalmente se tomaron en consideración informes de la sociedad civil inmersa en el campo de la investigación.

4.2.2 Validez y confiabilidad de los instrumentos.

Los instrumentos utilizados en el marco de un enfoque cualitativo permitieron observar e interpretar el sentido de las posiciones en materia de extraterritorialidad y jurisdicción, ya que contribuyo al análisis de documentos válidos en la materia, los cuales forman parte del *corpus iuris*¹⁰ del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Público, en ese sentido, se trabajó con instrumentos confiables que contenían a información relevante, especializada y pertinente.

4.3 Aspectos éticos

La presente investigación respetó las disposiciones de la Ley No. 822 relacionada a los Derechos de autor, así como la normativa referida a originalidad de la obra,

¹⁰ Cuerpo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

por lo que las citas, referencias bibliográficas o de cualquier otra índole se realizaron mediante el sistema de citado APA (Normas de la Asociación Americana de Psicología).

CAPITULO I. Jurisdicción y Responsabilidad Internacional: Un binomio fundamental

1.1. INTRODUCCIÓN

En el imaginario de un mundo utópico, cada Estado cumple de forma voluntaria con sus obligaciones internacionalmente asumidas en materia de derechos humanos, los ya anacrónicos tribunales de justicia internacional forman parte de un pasado del cual las nuevas generaciones solo conocen en los libros de historia jurídica. Resulta curioso observar que en este mundo las fronteras entre los países no constituyen obstáculos a la protección de los derechos humanos, sino que son alicientes a la cooperación y entendimiento mutuo, hasta el punto de alcanzarse un estadio coordinado de respeto y garantía.

En este mundo proclive a la imaginación pero ajeno a la creativa realidad, la ubicación geográfica de una persona no es ya un tema de debate en el seno de la producción internacional en derechos humanos. En esta realidad, acaso utópica, el carácter universal de los derechos humanos guía el accionar de los agentes estatales. Entonces, cabe preguntarse, ¿si el mundo está preparado para dejar de imaginar?

Si un Estado afecta los derechos de otras personas fuera de su territorio, ¿Cuál es el análisis que debe realizarse en relación al ejercicio de la jurisdicción? El desarrollo de la presente tesis buscó plantear observaciones a distintas dificultades que han ido desarrollándose en el análisis de las cláusulas jurisdiccionales por parte de los tribunales internacionales de derechos humanos, ya que para que una petición sea admitida ante un juzgado de naturaleza internacional previamente deben satisfacerse ciertos requisitos de naturaleza procesal, requisitos como la competencia *ratione personae, materiae, loci y temporis*.

La satisfacción de cada uno de estos requisitos hace posible el conocimiento de una violación de un derecho humano por los tribunales en la materia, por ello en las siguientes páginas se desarrolló con atención particular un análisis de la competencia *ratione loci*, en términos prácticos, se estudió la problemática vinculada a la interpretación de la jurisdicción de los Estados y su relación con las obligaciones internacionalmente asumidas.

Debe señalarse que las disposiciones jurisdiccionales no encuentran consenso en ninguno de los sistemas de protección de derechos humanos, todo lo contrario, las mismas demuestran tener distintas acepciones que han sido formuladas con la finalidad de resolver una determinada controversia específica, es decir se trata de un desarrollo caso por caso.

Sin embargo, pese al inorgánico desarrollo jurisprudencial, es factible destacar que el más amplio estudio de casos relacionados a jurisdicción se encuentra en los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante "TEDH"), un desarrollo al que puede calificarse como confuso y relevante al mismo tiempo, lo cierto es que desde el origen de la formación de las Cartas regionales de protección de derechos humanos, la interpretación judicial de la jurisdicción no ha estado exenta de polémica.

En los inicios del desarrollo jurisprudencial se le dotó de una naturaleza claramente territorial, es decir, se entendió que la jurisdicción de un Estado se encontraba limitada por sus fronteras y que a partir de ese punto, cualquier acto

que se cometiese fuera de éstas no se encontraba relacionado al mismo. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Bankovic y otros v. Bélgica y otros, 2001; Loizidiou v. Turquía, 1995; M. v. Dinamarca, 1992).

Sin embargo esta noción territorial fue mutando, dando paso a distintas excepciones que ante la presencia de violaciones de derechos humanos causadas por actos estatales fuera del territorio de un Estado, pero que seguían manteniendo en su esencia el poder del Estado, dieron nacimiento a varios supuestos durante las décadas de los años 80 ,90 y 2000, entre los cuales pueden señalarse, de forma arbitraria y no cronológica: a) control efectivo, b) actos de agentes diplomáticos o consulares, c) actos de agentes estatales fuera de su territorio que ejercen autoridad sobre personas en territorios de otros estados, d) actos en territorio de un estado con efectos fuera de su territorio, entre otros.

Posteriormente, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante "SIDH") conoció de casos en los cuales se cuestionaba la *competencia ratione loci* de un Estado, y acogiéndose a lo desarrollado por su par europeo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CIDH") desarrolló pronunciamientos, que sin embargo, no llegaron a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La clasificación previamente desarrollada no representa una cláusula cerrada de supuestos, ni mucho menos son todos aquellos que es posible encontrar en la jurisprudencia internacional, una clasificación más específica o menos detallada dependerá de la posición del investigador, lo cual demuestra la incertidumbre en la cual se encuentra cimentada el análisis de la jurisdicción en materia de derechos humanos.

Por ello, el motivo principal de esta investigación no fue poner fin a la discusión, claramente esta meta se encuentra lejos de lograrse, sino que se buscó formular una lógica general de análisis, destacando los puntos comunes y generales a cada uno de los supuestos existentes de extensión de la jurisdicción para

construir un estándar general que facilite la labor judicial de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos.

Por lo anteriormente expuesto, existen claras dificultades para los órganos judiciales internacionales, así como para los juzgados internos de los Estados al momento de decidir si una determinada cuestión se encuentra o no bajo su jurisdicción y esta situación resulta preocupante en atención a que si bien en nuestra región el número de casos relacionados a jurisdicción es a todas luces inferior en comparación a la región europea, esto tiene una explicación de índole estructural, esto es, que la estructura del continente europeo como espacio integrado facilita la generación de este tipo de controversias, sin embargo, en nuestra región podemos observar el crecimiento de la industria multinacional, y la clara posición de poder en la que se encuentran no solo las empresas relacionadas a industrias extractivas, sino también a cualquier otro ámbito vinculado a la actividad empresarial extraterritorial.

Ante esta situación se buscó a través de esta tesis responder a tres preguntas:

- a) ¿Cómo debe entenderse la jurisdicción en materia de derechos humanos?,
- b) ¿Es posible formular un estándar general de análisis de la jurisdicción? y
- c) ¿Es posible armonizar las obligaciones del Estado con el alcance de la jurisdicción a partir de un estándar general?

La respuesta a las interrogantes anteriormente señaladas fueron construidas a partir de lo que se consideró resulta adecuado al momento de analizar la jurisdicción de un Estado, es decir, la hipótesis se sostuvo en que al momento de considerar el verdadero alcance de la jurisdicción, no se debe partir de supuestos disímiles, sino de una lógica común que considere un análisis funcional de las obligaciones de los Estados, en otras palabras, la jurisdicción de un Estado se verá extendida, siempre y cuando este tenga la capacidad real de cumplir con alguna de sus obligaciones, es decir mantenga cierto grado de control sobre el *iter* violatorio de un derecho humano.

Con la finalidad de lograr el objetivo mencionado anteriormente, la investigación se dividió en tres partes, en la primera sección se expusieron aspectos básicos sobre jurisdicción para después vincular la discusión con la responsabilidad internacional de los Estados y la extraterritorialidad, desde el punto de vista del derecho internacional público y del derecho internacional de los derechos humanos, no solo por hechos internacionalmente ilícitos, sino también por hechos lícitos o también conocidos como *sine delicto*, con la finalidad de vincular el análisis con las cuestiones vinculadas a jurisdicción a partir de hechos con naturaleza transfronteriza y sus consecuencias en la eventual responsabilidad internacional de un Estado.

En un segundo momento se expuso el estado de la cuestión a partir del análisis de los distintos pronunciamientos en materia de extraterritorialidad y derechos humanos conocidos por los órganos jurisdiccionales de los distintos sistemas de protección de derechos humanos, con la finalidad de identificar cada uno de los supuestos excepcionales a la naturaleza territorial de la jurisdicción, así como el desarrollo del concepto, las dificultades actuales de aplicación y los retos que conlleva su análisis jurisdiccional. Asimismo, se analizaron los modelos tradicionales de jurisdicción como el personal y espacial.

Finalmente, en el último apartado de esta tesis se dio paso a la hipótesis planteada, analizando la jurisdicción desde una visión funcional de la jurisdicción y su impacto en las obligaciones de respeto y garantía asumidas por los Estados, para de esta forma alcanzar los que se ha denominado como una teoría de control sobre el iter violatorio de un derecho humano, el cual postulamos como un mecanismo de armonización de las obligaciones de los Estados con su real capacidad en materia de jurisdicción.

Posteriormente, la teoría expuesta fue contrastada con el campo de las empresas y los derechos humanos, que en la actualidad viene discutiendo cuestiones vinculadas a jurisdicción y el rol de los Estado de origen. Finalmente se culminó con las conclusiones pertinentes.

1.2. Jurisdicción: Primera Aproximación y Relevancia de su Estudio

La importancia del análisis interpretativo de la jurisdicción se fundamenta en que no basta con afirmar el carácter universal de los derechos humanos, puesto que bien podría sostenerse que a partir de esta característica en particular, no importa el lugar o espacio geográfico en el que se cometió una violación a un derecho humano para la generación de responsabilidad internacional.

Sin embargo, si en una situación, por poner un ejemplo, cuando en Noviembre de 2002 en Yemen, con el consentimiento del gobierno, un dron estadounidense disparó un misil causando la muerte de quien planificó el ataque suicida Al USS Cole, es factible encontrar en el análisis jurídico, la titularidad de las obligaciones en materia de derechos humanos, ya sea Estados Unidos o Yemen, por haber permitido el ataque americano, ésta clase de situaciones demuestra lo complejo de la realidad y la dificultad en la asignación de titularidad en situaciones extraterritoriales.

Asimismo, la extraterritorialidad puede encontrarse en situaciones como las relacionadas a la migración y el control de las fronteras, como señala Bjarte Vandvik (2008) existe un lógico e incuestionable vínculo entre el ejercicio de control migratorio extraterritorial y la obligación de asumir responsabilidad por el mismo, lo que claramente involucra aspectos de índole extraterritorial.

El análisis respecto a si un determinado acto recae o no en la jurisdicción de un Estado, es un tarea interpretativa, la cual como se ha señalado, no se encuentra exenta de posiciones discordantes, en especial debido a la naturaleza abstracta del término jurisdicción, el cual presenta distintas nociones según el campo en el cual se desee aplicar.

Asimismo, como estudia Den Heijer (2012) también pueden encontrarse posiciones que analizan una responsabilidad compartida, partiendo de una jurisdicción entre más de un Estado, caso muy particular como los del Sistema Europeo y que no se presentan por ejemplo en el Sistema Interamericano, demostrando la variedad de situaciones que pueden involucrar a la jurisdicción.

La definición de jurisdicción en un sentido general, carece de consenso, y en muchas ocasiones dependerá del escenario en el que se busque un concepto, según V. Lowe (2006) o M. Shaw (2008) puede entenderse a la jurisdicción como la autoridad del Estado, basada y limitada por el derecho internacional, de regular las conductas, tanto de personas naturales como legales, según su propio derecho interno, por otro lado, para el profesor Brownlie (1998), se trata de una expresión de la soberanía, que acompaña al derecho de regular su orden público y que se encuentra limitado por la soberanía de otros Estados.

Adicionalmente, la jurisdicción puede entenderse desde tres perspectivas, siendo la primera, la jurisdicción para prescribir o jurisdicción normativa, es decir, como reconoce Gallant (2003) es la capacidad del Estado para formular normas, en segundo lugar, se encuentra la jurisdicción para ejecutar que como señala Colangelo (2014), es la facultad de hacer cumplir las reglas legales y finalmente la jurisdicción judicial, que se refiere a la capacidad de los órganos jurisdiccionales para conocer disputas legales.

De esta forma, cuando un Estado proscribe en su ordenamiento jurídico una conducta como delito, se encuentra ejerciendo la primera expresión de su jurisdicción y cuando aplica el derecho penal mediante sus jueces penales, se encuentra la manifestación de las dos últimas expresiones.

La extensión de la jurisdicción de un Estado nace a partir de un acto extraterritorial, el profesor Milanovic (2013) señala que debe entenderse como aquella situación en la cual al momento de ocurrida la violación de un derecho humano, el sujeto no se encuentra físicamente localizado en el territorio del Estado en cuestión, es decir sobre un aérea geográfica respecto de la cual el Estado tiene un título soberano.

Esta clase de situaciones pueden encontrarse en la invasión por parte de un Estado a territorio de otro Estado, o mediante la comisión de un asesinato fuera del territorio del Estado por agentes estatales, entre otros.

De igual forma, no debe confundirse el ejercicio de jurisdicción con la existencia de un título soberano o soberanía legal, por ejemplo, Moldavia desde el punto de vista legal internacional tiene soberanía legal sobre el territorio auto independiente de Transnistria, sin embargo, quien ejercería jurisdicción en palabras del TEDH es el Estado Ruso, limitando la obligación moldava a una relación de procurar la adopción de ciertas medida. (TEDH, Ilascu y otros v. Moldavia y Rusia).

En la misma lógica, Cuba tiene un título de soberano sobre Guantánamo, sin embargo, quien ejerce jurisdicción sobre el mismo es Estados Unidos, por lo que sería errado señalar a Cuba como el obligado a garantizar los derechos humanos en Guantánamo.

Si bien el carácter de las tres formas de jurisdicción es territorial, en especial, la jurisdicción para ejecutar, en relación a la jurisdicción para prescribir se encuentran ciertas excepciones de naturaleza territorial, es más, el TEDH en Bankovic (2001) recogió las formas en las que ésta podía presentarse a partir de puntos de conexión, entre estos, la nacionalidad, ya sea activa o pasiva, a partir de la cual un Estado puede regular la conducta de sus nacionales incluso cuando estos se encuentran fuera de su territorio o regular una conducta que dañe a sus nacionales incluso cuando el sujeto causante no se encuentra en su territorio, claro ejemplo de ello, las legislaciones, no necesariamente vigentes, en materia penal extraterritorial como la española (1985) o belga (1993).

Mención aparte merece el principio de jurisdicción universal, a partir del cual un Estado criminaliza una conducta sin necesidad de la existencia de un vínculo jurisdiccional, como sucedió por ejemplo en el caso de la Corte Internacional de Justicia de Bélgica v. Congo (2002), sin embargo, la aplicación de este principio merece un desarrollo particular, ya que el mismo es fuente de una rica discusión doctrinaria, no obstante, cabe mencionar que la aplicación irrestricta del principio de jurisdicción universal no se encuentra exenta de polémica, lo que se evidencia en las pocas legislaciones que admiten este supuesto.

Como se identifica, el concepto de jurisdicción en el marco del derecho internacional, no mantiene una relación de similitud con la jurisdicción en materia

de derechos humanos, ya sean los conceptos de control efectivo respecto a un área, desarrollado en *Loizidou v. Turquía* (1995) o en *Chipre contra el mismo Estado* (2001), incluso en los supuestos posteriores de casos como *Al Sadoon y Mufdhi v. Reino Unido* (2010) o *Ilascu y otros v. Moldavia y Rusia* (2004), ambos supuestos profundizados con posterioridad.

Según Oxman (2007), la finalidad de la doctrina de la jurisdicción en el derecho internacional es establecer si el reclamo de un Estado respecto a la regulación de una conducta es legítimo o ilegítimo, mientras que cuando se analiza el concepto de jurisdicción en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el mismo se refiere al ejercicio de un poder de facto sobre un área o persona determinada, posiciones de naturaleza distinta

En consecuencia, cuando el TEDH en *Bankovic* (2001) señaló erróneamente la similitud entre ambos conceptos, lo hizo sin considerar las características distintas de fondo, ya que la noción de jurisdicción en los derechos humanos, resulta más amplia que el desarrollo general.

Como se puede observar las situaciones son variadas y la lógica de la jurisdicción puede presentarse de muchas formas, y en el campo del derecho internacional general tampoco existe una única respuesta, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que “Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo” (art.29)

Podría sostenerse que el artículo previo contiene una presunción de territorialidad, es decir que se presume contra la aplicación extraterritorial de un tratado, como sostuvo por ejemplo, la Federación Rusa ante la CIJ respecto a la aplicación extraterritorial de la Convención contra todas las formas de discriminación (*Georgia v. Rusia*, 2008), basándose en el pronunciamiento respecto a las Consecuencias Legales de la Construcción de un muro en territorio ocupado Palestino (2004) y en artículo señalado de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Sin embargo, esta presunción es errada, ya que como bien se puede leer en los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional al artículo 25 del Proyecto de artículo del Convenio sobre Tratados (1966) que posteriormente se convertiría en el art. 29, se encuentra que:

In its view, the law regarding the extra-territorial application of treaties could not be stated simply in terms of the intention of the parties or of a presumption as to their intention; and it considered that to attempt to deal with all the delicate problems of extra-territorial competence in the present article would be inappropriate and inadvisable¹¹. (Pág.214)

De la lectura de los Comentarios se desprende también que la lógica tras el artículo 29 se encuentra relacionada a la aplicación del Tratado en todo el territorio de un Estado, esto, frente a situaciones en los cuales un Estado pueda mediante un sistema federal encontrarse dividido, es por ello que se hace particular mención a que la expresión “a la totalidad del territorio de cada parte”, debe entenderse como territorio, aguas territoriales y espacio aéreo, y no, a su aplicación extraterritorial, como se observa en la cita reseñada, ya que ello desconocería las disímiles posiciones en relación a la extraterritorialidad.

1.2.1. Clausulas Jurisdiccionales en los Tratados de Derechos Humanos.

De la revisión de los cuerpos convencionales en materia de derechos humanos, se advirtieron sin dificultad la presencia de cláusulas o disposiciones que hacen referencia a la jurisdicción, estas cláusulas jurisdiccionales tienen como función determinar el alcance de las obligaciones de los Estados en relación a los individuos respecto al tratado en particular.

¹¹ En su opinión, la ley relativa a la aplicación extraterritorial de los Tratados no fue fundarse simplemente en términos de la intención de las partes o una presunción de esta intención, considerando que intentar abordar con todos los delicados problemas de la competencia extraterritorial en el presente artículo sería inapropiado y desaconsejable. Traducción no Oficial.

Es así que por ejemplo, la Convención Europea de Derechos Humanos (1953) señala en su cláusula jurisdiccional que “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio” (art.1). Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) (en adelante “el Pacto Internacional”) recoge que

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (art.1)

Ambas disposiciones, acaso de las más importantes en materia de derechos humanos, ya que se enmarcan en el cuerpo de dos de los tratados más relevantes en la historia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tienen similitudes, pero a su vez, plantean cuestiones distintas, de esa forma el Pacto Internacional extiende el alcance a los individuos en el territorio, pero además, diferencia este concepto del término jurisdicción al utilizar la terminología “y”, para referirse a la jurisdicción y no “o”, por lo que podría extenderse su aplicación a sujetos que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado, pero no en su territorio.

De esta forma, cada cláusula de jurisdicción representa un universo de posibilidades, ya sea el art.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) (en adelante “Convención Americana”) o el inexistente artículo jurisdicción de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) (en adelante “Carta Africana”), por mencionar solo instrumentos regionales y de carácter general en derechos humanos,

Adicionalmente, es posible encontrar tratados que contienen cláusulas de jurisdicción específicas, es decir , respecto a ciertas obligaciones en particular, como por ejemplo, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las

formas de discriminación racial (1965), la cual señala que “Los Estados partes condenan especialmente la segregación racial y el apartheid y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza” (art.3), así como el art.6 que reconoce en particular el derecho de acceso a recursos efectivos a las personas bajo su jurisdicción, de esta forma se encontraron otro tipo de cláusulas jurisdiccionales, pero en esta ocasión de carácter específico.

Por otro lado, es posible encontrar tratados en los que las cláusulas jurisdiccionales se encuentran ausentes, siendo el primero de estos tratados la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (1960), así como la Convención contra todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979), y en el ámbito de los Sistemas Regionales de protección, la Carta Africana no contiene una cláusula que limite su aplicación, sin embargo, ello no ha representado un obstáculo para que los órganos de protección africanos hayan desarrollado pronunciamiento en cuestiones extraterritoriales, como se vio más adelante.

Como se observó, la definición de jurisdicción no se encuentra ajena de discusión, incluso en un mismo cuerpo convencional el término puede referirse a una obligación específica o a una obligación general o a la competencia de un órgano jurisdiccional. Hasta el momento se ha hecho referencia a la noción espacial de la jurisdicción, esto es, al ejercicio de control efectivo, sin embargo, en *Issa v. Turquía* (2004), el TEDH desarrolla una noción personal de la jurisdicción, destacando la relación entre el Estado y el particular. Ambas nociones, han sido trabajadas por el profesor Milanovic (2013) y fueron desarrolladas con posterioridad.

De la revisión del *American Heritage Dictionary* (2017), se encuentra una definición relacionada al rango de autoridad y control, así como la autoridad para interpretar la ley, de igual forma, el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua española* (2014), se refiere al ejercicio de poder sobre un determinado espacio.

La razón por la cual se traen a colación diferentes definiciones de jurisdicción es para demostrar que la afirmación realizada por el TEDH, respecto a la similitud entre el concepto de jurisdicción analizado en Bankovic (2001) con el derecho internacional es errada, ya que asumir que la jurisdicción de un Estado se extiende extraterritorialmente solo cuando está en posición de ejercer jurisdicción prescriptiva u algún otro de los modelos, significa darle la espalda a la realidad, en la cual vemos como los Estados ejercen actos con repercusiones extraterritoriales.

1.3. Justificación y Crítica a la Aplicación Extraterritorial de los Tratados Derechos Humanos.

1.3.1. Universalidad y Dignidad Humana.

Uno de los principales argumentos para la aplicación extraterritorial de los derechos humanos, se encuentra estrictamente vinculado con la naturaleza de los derechos humanos, el carácter de universalidad de los mismos, pareciera apelar a su aplicación extraterritorial, así como su componente axiológico, cercano a la dignidad humana, como Lawson (2004) reconoce si el ejercicio de poder estatal alcanza a una persona, no debería tener importancia la localización de la misma.

Sin embargo, como señala Milanovic (2013), representando la universalidad en su forma más pura, la obligación directa que tienen todos los Estados *vis a vis* todos los individuos en el mundo, se trataría de una noción utópica, por lo que la universalidad debe ser en cierta forma reconciliada con la efectividad en el cumplimiento de las obligaciones de los derechos humanos.

Adicionalmente es necesario señalar que de la revisión de gran parte de los instrumentos internacionales es posible encontrar cierta mención a una cláusula jurisdiccional, lo que en la práctica significa, que si bien, el carácter universal de los derechos humanos es innegable, no parece ser así en relación a su

judicialización, por lo que este aspecto se encuentra supeditado al ejercicio de jurisdicción de los Estados.

1.3.2. Soberanía y territorio.

Cuando el alcance extraterritorial de la jurisdicción es cuestionado, es común apelar al concepto de soberanía de los Estados, así lo hizo por ejemplo la delegación de Estados Unidos ante la ONU (2006) en relación a la interpretación del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señalando que se requiere que el individuo se encuentre en territorio y bajo la soberanía de los Estados, por lo que las instalaciones de Guantánamo no era susceptibles de protección u generaban obligaciones respecto a Estados Unidos, ya que la misma se encontraba bajo soberanía cubana.

Sin embargo, el cuestionamiento de esta interpretación, es válido, ya que si un Estado ejerce control sobre un territorio, como en Guantánamo, incluso cuando el título de soberano pertenece a otro Estado, no tendría que importar la existencia de un título formal, esta posición es respaldada por Milanovic (2011), pero además puede sustentarse en todo lo expuesto a lo largo de la investigación.

Pese a la importancia del concepto de soberanía, puesto que como reconoce Oppenheim (1992) *“a State without a territory is not possible ... it is the space within which the State exercises its supreme, and normally exclusive authority”*, la soberanía no es solo una cuestión de título formal, al fin y al cabo, se trata del ejercicio efectivo de poder, ya que como la Corte Internacional de Justicia reconoció en la Opinión Consultiva sobre Las Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (1971):

The fact that South Africa no longer has any title to administer the Territory does not release it from its obligations and responsibilities under international law towards other States in respect of the exercise of its power in relation to this territory.

Physical control of a territory, and not sovereignty or legitimacy of title, is the basis of State liability for acts affecting other States (párr. 118)

En otras palabras, la existencia de un título formal de soberano o no, no modifica las obligaciones de aquellos Estados que ejercen control sobre un determinado espacio geográfico, si bien, se hace alusión a la noción de control efectivo, es evidente que se trata de una noción equivalente a la misma, razón por la cual, la apelación a la soberanía, es un argumento de difícil sustento, aunque válido, como se advierte en la interpretación de los Estados Unidos.

1.3.3. Regionalismo; Entre Efectividad y Universalidad.

La objeción vinculada al regionalismo tuvo cierto grado de aceptación en la jurisprudencia del TEDH, cuando se apeló por ejemplo al concepto de espacio - jurisdicción en Bankovic (2001), para sostener la inaplicabilidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos en Iraq, ya que el Convenio no había sido concebido para aplicarse más allá del continente europeo.

Esta confrontación entre el universalismo de los derechos humanos y el relativismo, representa una discusión doctrinaria de amplio desarrollo, que no fue profundizada en esta investigación, como reconoce Milanovic (2013) para los relativistas, decir que el Convenio Europeo debe aplicarse en Iraq, de la misma forma en que se aplica en Europa, es tan utópico, como el universalismo en sí.

La situación del relativismo y el concepto de espacio jurídico fue estudiado nuevamente en Al Skeini v. Reino Unido (2011), en el cual aseveró que:

The Convention is a constitutional instrument of European public order It does not govern the actions of States not Parties to it, nor does it purport to be a means of requiring the Contracting States to impose Convention standards on other States. (párr.141)

The Court has emphasised that, where the territory of one Convention State is occupied by the armed forces of another, the occupying State should in principle be held accountable under the Convention for breaches of human rights within the occupied territory, because to hold otherwise would be to deprive the population of that territory of the rights and freedoms hitherto enjoyed and would result in a "vacuum" of protection within the "Convention legal space" However, the importance of establishing the occupying State's jurisdiction in such cases does not imply, a contrario, that jurisdiction under Article 1 of the Convention can never exist outside the territory covered by the Council of Europe Member States. The Court has not in its case-law applied any such restriction¹² (párr.142)

Como se observa, el TEDH se aleja de su posición en Bankovic, sin embargo, en un intento de encontrar armonía con su jurisprudencia, no lo hace de forma tajante, sino que no deja de referirse a la situación de que los Estados no están obligados a garantizar los derechos humanos, en territorios de otros Estados, pero en aquellas situaciones en las que ejercen control, no hacerlo implicaría crear un vacío jurídico, dejando sin protección a personas susceptibles de ser víctimas de violaciones a derechos humanos.

Como se puede observar la posición sostenida por Estados Unidos contra la aplicación extraterritorial de los derechos humanos, se debe a un contexto muy particular, sin embargo, del análisis de los distintos significados de jurisdicción pueden extraerse ciertas conclusiones.

¹² La Corte ha subrayado que cuando el territorio de un Estado del Convenio está ocupado por las fuerzas armadas de otro, el Estado ocupante debe ser considerado responsable en virtud de la Convención por las violaciones de los derechos humanos en el territorio ocupado, Privar a la población de ese territorio de los derechos y libertades de que gozaba hasta ahora y daría lugar a un "vacío" de protección dentro del "espacio jurídico del Convenio". Sin embargo, la importancia de establecer la jurisdicción del Estado ocupante en tales casos no implica a contrario, Que la competencia en virtud del artículo 1 de la Convención nunca puede existir fuera del territorio de los Estados miembros del Consejo de Europa. El Tribunal de Justicia no ha aplicado en su jurisprudencia ninguna de estas restricciones. Traducción No oficial.

1.4. Responsabilidad Internacional y Jurisdicción: Posibles Vertiente Extraterritoriales.

Habiéndose desarrollado de forma general los diferentes significados del término “jurisdicción” en el marco del derecho internacional y antes de profundizar en el desarrollo del mismo en el marco del DIHD, resultó menester referirse a cuestiones relacionados a la responsabilidad internacional de los Estados y la Jurisdicción, ya que como se vio más adelante los supuestos de atribución de responsabilidad internacional suelen utilizarse para atribuir responsabilidad a Estados por actos extraterritoriales.

De cierta forma cuando se analiza si la jurisdicción de un Estado se ha extendido más allá de su territorio, se está observando si existe una posibilidad de ser responsable por un acto extraterritorial, lo que lleva a plantear ciertas interrogantes.

En primer lugar, ¿el test de análisis de jurisdicción es en realidad un test de atribución? por ejemplo, en *Loizidou .v Turquía* (1985) el TEDH señaló:

*Bearing in mind the object and purpose of the Convention, the **responsibility** of a Contracting Party may also arise when as a consequence of military action - whether lawful or unlawful - it **exercises effective control** of an area outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention derives from the fact of such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration*¹³ (párr.62) (Resaltado agregado)

De esta forma, cuando el TEDH encontró a Turquía responsable por las violaciones de derechos humanos cometidas en el norte de Chipre, esto es, en el espacio ocupado por la República Turca del Norte de Chipre (RTNC), estado auto

¹³ Teniendo en mente el objeto y propósito de la Convención, la responsabilidad de un Estado contratante puede también aparecer cuando como consecuencia de una acción militar, legal o ilegal, ejercer control efectivo en un área fuera de su territorio nacional. La Obligación de asegurar, en esa área, los derechos y libertades reconocidos en la Convención se derivan del hecho de que este control sea ejercido mediante fuerzas armadas o mediante la subordinación de la administración local.

declarado en territorio de Chipre, de una forma u otra señaló que todos los actos de la RTNC eran atribuibles a Turquía, en otras palabras, ¿es este test un análisis de jurisdicción o de responsabilidad?

En los votos disidentes de los jueces Golcuklu y Pettiti en *Loizidou* (1985) se encuentra ésta discusión, y al respecto los mismos señalan que “*While the responsibility of a Contracting Party may be engaged as a consequence of military action outside its territory, this does not imply exercise of its jurisdiction*¹⁴”.

En ese sentido, encontrar una similitud entre conceptos implicaría que el análisis de jurisdicción del Estado deba hacerse en el fondo del asunto, sin embargo, antes es necesario analizar otros aspectos.

En cierta forma, de la revisión de *Loizidou* (1985), podría concluirse que lo que se hace es atribuir los actos de la RTNC a Turquía, está es la forma en la que Cámara de Apelaciones en *Prosecutor v. Tadic* (1999) se refiere al caso del TEDH, y que generó confusión y disputa entre órganos de derecho internacional, ya que se desarrolló el concepto de control general u *overall control*, el mismo que se intentó asimilar con el concepto desarrollado por el TEDH, como por ejemplo sucedió en *Mozer y otros v. Moldavia y Rusia* (2016), cuestión que fue esclarecida en cierta forma por el tribunal europeo en la resolución de la controversia.

Sin embargo, es válido cuestionarse respecto a la referencia en *Tadic* (1999), en el cual el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia tuvo que decidir si el conflicto entre Bosnia y Herzegovina podría ser calificado como internacional o no internacional, para determinar que reglas del derecho internacional humanitario iban a ser aplicadas. En consecuencia, se determinó si los actos de los Bosnios Serbios se encontraban bajo el control de Serbia y para ello se utilizó el estándar de *overall control* en alusión al criterio del DIDH.

¹⁴ Mientras la responsabilidad de un Estado parte puede verse comprometida como consecuencia de una acción militar fuera de su territorio, ello no implica ejercicio de jurisdicción. Traducción no oficial.

Cabe hacer una precisión, el estándar usado por el Tribunal Penal, difiere del desarrollado por el TEDH, en el aspecto, de que mientras que el primero buscaba definir la internacionalización o no de un conflicto, el segundo se refería a la posible responsabilidad internacional de un Estado. Asimismo, el Tribunal en su análisis se refiere a otro concepto que puede causar confusión, el de control efectivo desarrollado por la CIJ en Nicaragua v. Estados Unidos (1986), en el cual se analizó la relación de Estados Unidos con los grupos armados actuantes en Nicaragua, de esta forma, se descartó el criterio de control efectivo, señalando que carecía de sustento en el derecho internacional consuetudinario.

Sin embargo, el profesor Milanovic (2013) señaló que entre otras razones el Tribunal Penal cometió un error al no diferenciar entre los dos test desarrollados en Nicaragua, en ese sentido, el primer test, el cual se refiere a completa dependencia o control, en los siguientes términos:

What the Court has to determine at this point is whether or not the relationship of the contras to the United States Government was so much one of dependence on the one side and control on the other that it would be right to equate the contras, for legal purposes, with an organ of the United States Government, or as acting on behalf of that Government¹⁵ (...) (párr.109)

De esta forma, el particular actuaría como un órgano de *facto* del Estado y su responsabilidad se podría ver comprometida, algunos párrafos después se hace alusión al segundo test:

The Court has taken the view (paragraph 110 above) that United States participation, even if preponderant or decisive, in the financing, organizing, training, supplying and equipping of the contras, the selection of its military or paramilitary targets, and the planning of the whole of its operation, is still insufficient in itself, on the basis of the evidence in the possession of the Court, for the purpose of attributing

¹⁵ Lo que la Corte tiene que determinar en este punto es si la relación de los Contras con Estados Unidos fue de dependencia por un lado o control por el otro, de forma tal que sea posible equipar los contras, por propósitos legales, con un órgano del gobierno de los Estados Unidos, o actuando en representación del gobierno. Traducción No Oficial.

to the United States the acts committed by the contras in the course of their military or paramilitary operations in Nicaragua. All the forms of United States participation mentioned above, and even the general control by the respondent State over a force with a high degree of dependency on it, would not in themselves mean, without further evidence, that the United States directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law alleged by the applicant State. Such acts could well be committed by members of the contras without the control of the United States. For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed¹⁶. (párr.115)

En consecuencia, este segundo test, subsidiario al primero, se pregunta si una operación específica fue conducida bajo el control del Estado, lo cierto, es que más allá de las diferencias entre los conceptos de *overall control* en Tadic o control efectivo en Nicaragua, en el caso conocido por la CIJ respecto a la aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio Bosnia (2007), se reiteró la posición en el caso de los Contras señalando:

405. It should first be observed that logic does not require the same test to be adopted in resolving the two issues, which are very different in nature: the degree and nature of a State's involvement in an armed conflict on another State's territory which is required for the conflict to be characterized as international, can very well, and without logical inconsistency, differ from the degree and nature of involvement

¹⁶ La Corte ha considerado (párrafo 110 arriba) que la participación de Estados Unidos, incluso si preponderante o decisiva en el financiamiento, organización y entrenamiento, equipamiento de los contras, selección de objetivos militares o paramilitares y planeamiento e sus operaciones, es aun insuficiente, en base a la evidencia que posee la Corte, para atribuirle a Estados Unidos cometidos por los contras en el curso de sus acciones militares o paramilitares en Nicaragua. Todas las formas de participación de Estados Unidos mencionadas e incluso el control general del Estado demandado sobre una fuerza con un alto grado de dependencia de ella, no significarían en sí mismos, sin más pruebas, que los Estados Unidos dirigieron o impusieron la perpetración de los actos contrarios a los derechos humanos y al derecho humanitario alegados por el Estado solicitante. Tales actos podrían ser cometidos por miembros de los contras sin el control de los Estados Unidos. Para que esta conducta dé lugar a la responsabilidad jurídica de los Estados Unidos, en principio habría que probar que ese Estado tenía un control efectivo de las operaciones militares o paramilitares en el transcurso del cual se cometieron las presuntas violaciones. Traducción No oficial.

*required to give rise to that State's responsibility for a specific act committed in the course of the conflict*¹⁷. (párr. 405)

De esta forma, la CIJ señala que el estándar de *overall control* resulta inadecuado y no se encuentra en concordancia con el principio de que un Estado es solo responsable por sus propios actos y que esto solo podría presentarse en terceros, cuando los mismos actúan bajo dirección o control del Estado, descartando la lógica más flexible del *overall control*, ya que la misma se refiere a un análisis en un campo distinto, cuestión que había sido previamente tratado por la Comisión de Derecho Internacional en los Comentarios al Proyecto de Artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados (2001).

Como se observó, hasta el momento tanto el test de *overall control* como de control efectivo guardan una relación importante con las nociones de responsabilidad internacional, en particular este último, pese a ello debe recordarse que otra lectura de Loizidou y el test de control efectivo puede encontrarse en el hecho de que mientras que el test en Tadic se refiere al control sobre actores no estatales, el test del TEDH se refiere a un espacio geográfico.

De esta forma, la segunda lectura es que Turquía no era responsable por los actos de la RTNC, sino por no haber adoptado las medidas positivas a su alcance para evitar las violaciones de derechos humanos, ésta lectura es la preferible, ya que por un lado el TEDH, en su análisis en ningún momento hace referencia a Nicaragua o Tadic, si su intención era adoptar los criterios desarrollados por estos órganos su referencia hubiese bastado.

Jurisdicción y responsabilidad no son conceptos idénticos, pese a la confusión en Loizidou, basta con revisar Bankovic (2001), era indudable que el bombardeo era responsabilidad de la OTAN, sin embargo, lo que no pudo probarse era el ejercicio de control efectivo, es decir, no se ejercía jurisdicción en territorio

¹⁷ En primer lugar, debe observarse que la lógica no exige que se adopte el mismo criterio para resolver las dos cuestiones, que son de naturaleza muy diferente: el grado y la naturaleza de la participación de un Estado en un conflicto armado en el territorio de otro Estado, que es requerido para calificar un conflicto como internacional, puede muy bien, diferir del grado y la naturaleza de la participación requerida para dar lugar a la responsabilidad de ese Estado por un acto específico cometido durante el conflicto. Traducción No oficial

serbio, al menos bajo la lógica del TEDH en ese momento, conclusión particularmente controversial y que suscitó abundante controversia.

En este punto, habiéndose esclarecido el errado uso terminológico, de ciertos términos, como *overral* control o control efectivo, en el marco del análisis de la jurisdicción de los Estados, se considera que resulta necesario hacer ciertos apuntes en relación a la responsabilidad de los Estado, esto en la medida de que como se señaló en el marco metodológico, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía, tienen efectos distintos en supuestos extraterritoriales, y a además se observó que en el desarrollo de la responsabilidad internacional existen ciertos supuestos que implican situaciones extraterritoriales.

1.4.1. Recordando supuestos básicos de Responsabilidad Internacional y su relación con la extraterritorialidad

En primer lugar, el desarrollo de la doctrina de la responsabilidad internacional de los Estados constituye una materia de reconocida importancia, no obstante, debe reconocerse que el cumplimiento voluntario de las obligaciones internacionales representa la aspiración final del sistema internacional de normas, por ello, los Estados en la interacción propia con otros sujetos de derecho internacional pueden encontrarse ante la posibilidad de incumplir con alguna de estas obligaciones internacionalmente asumidas.

Es así que, la existencia de mecanismos arbitrales, jurisdiccionales o de cualquier otra índole, encargados de velar por el cumplimiento de las normas internacionales buscan asegurar el acatamiento de las obligaciones, pese a ello, ninguno de estos cuenta con mecanismos coercitivos capaces de asegurar realmente su finalidad, por lo que podría afirmarse que el derecho internacional se sustenta en la voluntad de los Estados, incluso algunas escuelas de pensamiento sostienen que el cumplimiento de las normas internacionales se fundamentan en la noción de legitimidad del ordenamiento y en valores

esenciales como la justicia (Franck, Thomas,1990). Por otro lado, el profesor Henkin (1979) sostiene que el cumplimiento se basa en un análisis utilitarista entre los beneficios de cumplir o no las normas internacionales.

Sin importar la razón por la cual el cumplimiento voluntario podría darse, lo cierto es que si bien los Estados cumplen en su mayoría con sus obligaciones internacionales casi todo el tiempo, existen determinadas situaciones en las cuales uno o más Estados incumplen con las mismas, ante esta situación se genera la responsabilidad internacional de los Estados.

Es un principio universalmente reconocido que el incumplimiento de una obligación internacional genera la responsabilidad de un Estado y en consecuencia una obligación de reparar (Crawford, James, 2002).

Esta afirmación ha sido reconocida por la doctrina de los publicistas (Jiménez de Aréchaga, Eduardo, 1994), así como en pronunciamientos de la ex Corte Permanente Internacional de Justicia como en el Caso de los Fosfatos en Marruecos (1938) y de la Fábrica de Chorzow (1928).

Es así que si bien la responsabilidad internacional por incumplimiento de sus obligaciones se rige por reglas de carácter consuetudinario, para su mejor comprensión fue necesario recurrir a los pronunciamientos de tribunales internacionales y a los trabajos realizados por la Comisión de Derecho Internacional.

En lo particular está última constituye un órgano de referencia de obligatoria, su labor fue concretizada en el Proyecto de artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos aprobado como anexo a la Resolución 56/83 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2001), el mencionado documento si bien ostenta carácter de *soft law*, es innegable que recoge preceptos de índole consuetudinarios, los cuales han sido recogidos por los distintos órganos internacionales en materia de derechos humanos, así como por la Corte Internacional de Justicia, como se vio a continuación.

Antes de proseguir con el análisis de los distintos elementos de la responsabilidad internacional y sus variantes es preciso señalar que la responsabilidad internacional ya era una preocupación en la primera parte del siglo XX, la Sociedad de las Naciones Unidas seleccionó el tema para su codificación y fue uno de los principales temas de la conferencia de la Haya de 1930. (Crawford James, 2009)

En la actualidad los artículos han sido ampliamente utilizados por la Corte Internacional de Justicia, así como por los tribunales en materia de derechos humanos, convirtiéndose en un elemento fundamental del *corpus juris* del derecho internacional.

Es importante señalar que el artículo 1 del Proyecto reconoce el nacimiento de una obligación o norma secundaria, independiente de la obligación cuyo incumplimiento genera la responsabilidad para el Estado, obligación de carácter primario, esta obligación de carácter secundario se relaciona a la obligación de reparar el perjuicio causado (Diez de Velazco, 1999)

Por ello, la responsabilidad internacional puede generarse ante dos supuestos:

- a) sea por hechos internacionalmente lícitos y
- b) por hechos internacionalmente lícitos o *sine delicto*,

Es menester destacar que la responsabilidad generada por este último es un tema de escaso desarrollo jurisprudencial y doctrinario, razón por la cual su codificación es aún incipiente, sin embargo se procuró esbozar ciertas luces al respecto, dado que muchas situaciones de naturaleza extraterritorial pueden verse generadas a partir de actos que no son *per se* generadores de responsabilidad internacional, como por ejemplo, el establecimiento de empresas mineras en cuencas acuáticas compartidas o el uso de insecticidas en zonas cercanas a la frontera de un país con efectos en otro país, como por ejemplo sucedió entre Ecuador y Colombia en el caso de la fumigación aérea

de herbicidas (Ecuador c. Colombia, 2013) conocido por la Corte Internacional de Justicia en etapa preliminar.

El estudio de los elementos de la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente lícitos cobra importancia al observarse que cada uno de estos elementos se encuentran también en el análisis de la responsabilidad internacional por violaciones a los derechos humanos, en ese sentido, siendo la jurisdicción un requisito fundamental para la atribución de una obligación de carácter secundario, esto es, la obligación de reparar, el análisis de sus elementos no es una materia de menor importancia.

Para lo cual el artículo 2 del Proyecto de la CID (2001) señala que existe un hecho ilícito internacional cuando una determinada conducta ya sea por acción u omisión es: “a) atribuible al Estado según el derecho internacional y b) constituye una violación de una obligación internacional del Estado”

Estos dos elementos han sido reconocidos por la Corte Internacional de Justicia en el caso “Relativo al personal diplomático y consular en Teherán” se señaló que con la finalidad de establecer la responsabilidad internacional de la República de Irán se debía:

*First, it must determine how far, legally, the acts in question may be regarded as imputable to the Iranian State. Secondly, it must consider their compatibility or incompatibility with the obligations of Iran under treaties in force or under any other rules of international law that may be applicable*¹⁸. (1980, p. 3-29)

En este artículo se encuentran los elementos necesarios para la configuración de un hecho internacional ilícito y la consecuente generación de responsabilidad internacional. Asimismo, la conducta atribuible a un Estado puede presentarse en forma de acción u omisión. Por ejemplo en el conocido caso del Canal de

¹⁸ En primer lugar, debe determinar hasta qué punto, legalmente, los actos en cuestión pueden considerarse imputables al Estado iraní. En segundo lugar, debe examinar su compatibilidad o incompatibilidad con las obligaciones del Irán en virtud de los tratados en vigor o de cualesquiera otras normas de derecho internacional que puedan ser aplicables

Corfú (1949), la Corte Internacional de Justicia consideró que resultaba suficiente para la atribución de responsabilidad que Albania conocía o debía conocer de la existencia de minas en aguas territoriales y no realizó acción alguna que alertase a terceros Estados.

Este último punto es de particular relevancia ya que ha sido acogido también por la jurisprudencia de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, como se vio en el desarrollo posterior de la investigación y además, especialmente porque los daños transfronterizos generados por hechos lícitos con consecuencias extraterritoriales en muchas ocasiones se encuentran inmersos en omisiones generadas por una determinada actividad,

Por ejemplo, cuando una empresa minera emprende un proyecto en una zona cercana a una frontera nacional o próxima a un afluente compartido, en ambas situaciones, una omisión por parte de la empresa en materia de estándares ambientales generaría una determinada consecuencia, resultado que debería ser observado bajo los dos elementos que componen un hecho ilícito internacional.

La importancia de este análisis para la investigación radicó en que una vez analizada la existencia de una conducta generadora de responsabilidad internacional, deberá determinarse si la misma le es atribuible al estado y en materia de derechos humanos, un elemento condicionante para este fin es la satisfacción de la competencia en razón de la jurisdicción o *ratione loci*, cuestión de fundamental relevancia, como se observó con anterioridad.

1.4.2 Elemento objetivo.

La acción u omisión de un Estado representa el elemento objetivo del hecho ilícito internacional, por lo tanto es susceptible de generar una violación de derechos humanos, sin embargo, las acciones u omisiones del Estado como una entequeia abstracta se ven concretizados en actos de seres humanos u órganos estatales, debiendo señalar que este acto debe estar destinado al incumplimiento de una obligación internacional emanada de cualquier

instrumento internacional, ya sea de carácter bilateral o multilateral, siendo estos últimos los referidos a tratados de derechos humanos.

Cabe destacar que para el cumplimiento de este requisito, debe tratarse de una obligación previa a la conducta que genera el incumplimiento, siendo así como lo reconoce el artículo el artículo 13 del Proyecto de la CDI (2001) al señalar que un hecho de un Estado no constituye una violación, a menos que el Estado se halle vinculado por dicha obligación en el momento en el que se produce el hecho, claramente resulta lógica esta apreciación, y tiene consecuencias particulares en la materia que pretendemos abordar, en el sentido de que cuando se analizó casos relacionados a extraterritorialidad, actividades extractivas y derechos humanos.

En ese sentido, al amparo del artículo mencionado, un hecho de un Estado, en este caso una omisión no sería generadora de responsabilidad internacional, si no existe una obligación previa, esta secuencia lógica, si bien prima facie puede resultar contundente, no menos cierto es que se encuentra a sujeta a distintos matices de orden fundamental, en el sentido, de que la lógica del derecho internacional público en general guarda distintos matices con la naturaleza del derecho internacional de los derechos humanos, razón por la cual el análisis de los elementos del hecho ilícito internacional serán analizados por separado.

1.4.3 Elemento Subjetivo.

No basta con que exista una acción u omisión, sino que esta debe ser atribuible al Estado, en ese sentido, la Ex Corte Permanente Internacional de Justicia señaló en *German Segglers in Poland (1923)* que: “Un Estado solo puede actuar mediante sus agentes o representantes *German Segglers in Poland, 1923*, es así que como podemos observar en el Proyecto de la CDI (2001) se reconoce que, la acción u omisión puede ser cometido por:

- a) Todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en

la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

Adicionalmente, como ejemplo de responsabilidad por actos legislativos, podemos recurrir al pronunciamiento de la CIJ en la Opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino (2004), opinión que se encuentra particularmente vinculada con la extraterritorialidad.

En el sentido de que se puede observar como una medida legislativa, esto es, la construcción de un muro que separe un territorio en particular, traía como consecuencias efectos extraterritoriales, bajo la lógica de que siendo Israel potencia ocupante de territorio palestino, ejercía jurisdicción sobre la misma, incluso fuera de su territorio, por lo que le eran aplicables las disposiciones vinculadas a derechos humanos.

Este análisis, comprende uno de los supuestos de extensión de la jurisdicción que se analizó posteriormente, pero que sin embargo nos permite evidenciar el estrecho vínculo entre jurisdicción y responsabilidad internacional.

Asimismo, los funcionarios responden por actos *ultra vires*, es decir incluso cuando se trata de actos que no se encuentran dentro de sus funciones (Comisión de Derecho Internacional, 2001) esta última afirmación ha sido recogida por los tribunales internacionales en materia de derechos humanos

En lo particular, debe resaltarse que este artículo comprendería también a las Agencias de crédito a la Exportación (*Export Credit Agencies* "ECAS) o Fondos públicos, encargados de financiar y promover actividades económicas de empresas nacionales en territorios de otros Estados, en ese sentido estos órganos estatales, son susceptibles también de acarrear responsabilidad internacional por actos extraterritoriales.

Sin embargo en este punto es necesario hacer una salvedad, se concluyó, como se observó en el tercer capítulo, que la obligación de los Estados en relación a

esta clase de órganos es de medio y no de resultado, es así que la obligación de un Estado se circunscribía al establecimiento de mecanismos de fiscalización respecto a una determinada empresa con la que mantiene un vínculo, sin embargo, exigir esta obligación respecto a las empresas en general, implicaría imponerle una carga desproporcionada, que como ya ha reconocido la Corte Interamericana, es un acción proscrita en el Sistema de protección de derechos humanos (Caso Luna Lopez vs. Honduras, 2013)

En consecuencia, la responsabilidad internacional de un Estado por actos de esta clase de órganos debe verse circunscrita a la exigencia de mecanismos de fiscalización, esto en razón a la real capacidad de un Estado para cumplir con sus funciones en materia de derechos humanos, la reflexión anteriormente esbozada lleva a la hipótesis, la cual guarda relación con una teoría general de la jurisdicción en base a una lógica funcional, es decir, en base a sí el Estado estaba o no en posición de cumplir con sus funciones en materia de derechos humanos.

Adicionalmente, entre las formas de configuración de la responsabilidad internacional se encuentra una muy relacionada a la jurisdicción, es así que el Proyecto de la CDI (2001) reconoce:

- c) Que el acto sea cometido por un agente u órgano de otro Estado puesto a su disposición, d) Que el acto sea cometido por una persona o grupo de personas que actúa “de hecho” por instrucciones o bajo la dirección o control del Estado. (art.5 y 8)

El inciso anteriormente citado hace referencia a la responsabilidad internacional por actos de terceros, en otras palabras, por responsabilidad indirecta lo cual en materia de jurisdicción y derechos humanos implica distintos matices en relación a la extensión de la jurisdicción por actos de órganos directos, es decir responsabilidad directa, en el sentido de que es válido cuestionarse si la jurisdicción de un estado puede verse extendida a actos de terceros que actúan fuera de su territorio y en que situaciones podría suceder, en consecuencia, el

análisis de esta forma de atribución de responsabilidad adquiere relevancia con las futuras reflexiones relacionadas a la jurisdicción.

Como se analizó, la jurisprudencia internacional no ha sido clara para dimensionar lo que debemos entender por actuar de “hecho” o bajo instrucciones, control o dirección del Estado, debiendo reconocer que los pronunciamientos no han sido uniformes en la materia, encontrándonos con el debate ya desarrollado entre “control efectivo” (effective control) o “control general” (overall control).

1.4.4. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente lícitos.

La responsabilidad por actos internacionalmente lícitos o *sine delicto* es aquella que se genera sin la violación de una obligación internacional, el desarrollo de esta clase de actividades riesgosas, pero no prohibidas implican no solo un deber de debida diligencia, sino también de responder por los daños y perjuicios que se causen, imponiéndose de esta forma la teoría del riesgo como generador de responsabilidad internacional (Leistenscheider, 2012).

A diferencia de la responsabilidad internacional por hechos ilícitos, la cual se genera por el incumplimiento de una violación internacional, la responsabilidad *sine delicto*, como reconoce se encuentra vinculada a la presencia de un daño, claramente no se trata de un daño de naturaleza menor, sino de daños con alcance extraterritorial o transfronterizo, es decir que se originan en la jurisdicción de un Estado, pero que pueden alcanzar la jurisdicción de otro. Debemos destacar que la existencia de un régimen de responsabilidad por esta clase de actos, no excluye a la responsabilidad por actos ilícitos, ya que ambos regímenes se encuentran en planos completamente distintos (Barboza, 1980).

La prevención por daños transfronterizos es un principio objetivo de responsabilidad que podemos encontrar por ejemplo en la Declaración de Río para el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), así como también ha sido

confirmado por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares(1996).

El proyecto desarrollado por la CDI basa su propuesta también en el deber de cooperación y consulta en el manejo del riesgo, es así que los Estados que podrían verse afectados por un daño transfronterizo o causado por una actividad lícita tendrían el derecho de ser consultados, sin embargo esta consulta no genera un derecho de veto (Sreenivasa Rao, 1998), situaciones como esta pueden encontrarse en el caso de la laguna Lanoux entre España y Francia (1957), así como en el Caso de Gabcikovo y Nagymaros (1997) conocido por la CIJ.

Este último punto es de particular relevancia, ya que se han presentado casos en los que ante la presencia de un determinado proyecto en una zona de un curso de agua internacional compartido por uno o más Estados se han presentado controversias jurídicas referidas al deber de Estado de debida diligencia, esta situación consideramos no es ajena a nuestra región.

En el continente americano, así como en el africano, existen cuencas hidrográficas que son compartidas por uno o más Estados, ya sea el río Madera, el río Amazonas o el Acuífero Guaraní, esta clase de casos pueden presentarse en nuestra realidad, llevando a la pregunta de cómo resolverlos, claramente más allá del punto de vista ambiental y de responsabilidad internacional, el crecimiento de las industrias extractivas o de cualquier otra índole puede tener impacto en esta clase de cuerpos acuáticos, así como en las comunidades que dependen de esta.

En consecuencia, la responsabilidad por actos lícitos es una materia estrictamente ligada con el ejercicio de jurisdicción, razón por la cual se consideró hacer una breve referencia a su análisis, sin embargo, una materia tan controversial, que carece de un desarrollo doctrinario y jurisprudencial sistemático u orgánico es susceptibles por si sola de un trabajo de investigación independiente, por lo que su análisis en esta investigación se limitó a resaltar ciertos puntos relevantes.

1.4.5 Derechos Humanos y Responsabilidad Internacional

Habiendo analizado cuestiones básicas sobre responsabilidad internacional y sus características extraterritoriales, la investigación continua con el campo de los derechos humanos, es así que la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce en su artículo 1 que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar todos los derechos reconocidos en la Convención, debiendo entenderse a la obligación de respeto como “una típica obligación de no hacer que se traduce en la existencia de limitaciones al ejercicio del poder público cuando éste pretende penetrar en la esfera del individuo, menoscabando por exceso o por defecto sus atributos inviolables” (Aguiar, Asdrubal, 1997),

Mientras que la obligación de garantía implica una obligación de hacer, es decir, una obligación de adoptar todas las medidas que impliquen organizar el aparato estatal de manera que se pueda asegurar el libre ejercicio de los derechos fundamentales, sin embargo, esta obligación no se refiere solo a agentes u órganos del Estado, sino que además alcanza a garantizar que terceros vulneren bien jurídicos protegidos por la Convención. (Corte IDH, Masacre de Mapiripan v. Colombia, 2005).

Estas dos obligaciones constituyen los pilares de la responsabilidad internacional en materia de derechos humanos, sin embargo, como se advirtió, la atribución de estas obligaciones se encuentra sujeta al requisito de jurisdicción, es por ello que los actos extraterritoriales plantean diversos cuestionamientos en relación a la posibilidad de extender la jurisdicción de un Estado.

Se encontró similitud con el proyecto de artículos en el sentido de que el art.1 de la Convención Americana reconoce que la responsabilidad internacional puede generarse por una acción u omisión, precepto que ha sido recogido por la jurisprudencia del Sistema Interamericano (Corte IDH, Caso Masacre de la Rochela v. Colombia 2007) y del Sistema Europeo de Derechos Humanos (TEDH, Broniowski v. Polonia, 2004).

Respecto a actos de particulares, se genera responsabilidad no por el hecho en sí mismo, sino por la falta de debida diligencia para prevenir el acto violatorio o por tratarla en los términos señalados por la Convención Americana, responsabilidad generada por el deber de garantía estipulado en la Convención (Corte IDH, Caso Ximenes López v. Brasil, 2006)

En ese sentido, la Corte IDH en el caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia (2006) señaló que

(...) el carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. (párr. 123)

En consecuencia, a diferencia de la obligación de respeto, la cual se encuentra vinculada a actos de agentes u órganos estatales, la obligación de garantía alcanza también a los actos de particulares, sin embargo esta encuentra límites, al estar condicionada al conocimiento de un riesgo real e inmediato y a que el Estado esté o no en capacidad de adoptar medidas que impidiesen la materialicen de este riesgo, encontrándose proscrita de esta forma la imposición de una carga desproporcionada al Estado, posición que ha sido asumida en similar sentido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, Kilic v. Turquía, 2000)..

Esta afirmación del tribunal internacional permite destacar la lógica armónica del Sistema, en el sentido de que la consecución de un estándar que armonice las obligaciones extraterritoriales de respeto y en especial de garantía los Estados en supuestos extraterritoriales con su real capacidad para generar o evitar una

violación de derechos humanos a partir del conocimiento de un riesgo real e inmediato por actos de particulares fuera de su territorio, se encontrará limitada por esta prohibición de cargas desproporcionadas.

A diferencia del Proyecto de la CDI (2001), la Corte IDH, no analiza si el comportamiento de los particulares se lleva a cabo bajo la dirección o control del Estado o si estas conductas suponen el ejercicio del poder público, sino que su análisis se centra en determinar si el Estado cumplió o no con su deber de garantía, esto es, si conocía o no de un riesgo real e inmediato y si adoptó las medidas consecuentes al mismo.

En consecuencia, existen algunas situaciones específicas que han tenido un tratamiento particular, específicamente cuando se estudia el deber de garantía, en ese sentido, no resulta ilógico que las obligaciones de respeto y garantía encuentran características distintas, desde el punto de vista de la extensión extraterritorial.

En el desarrollo de este primer capítulo se ha advertido que cuando se estudia la dinámica del litigio internacional, la satisfacción del requisito de jurisdicción constituye un requisito *sine qua non*, sin embargo, aunque *prima facie* podría parecer de sencillo cumplimiento, la experiencia europea y en menor medida la americana como se vio en el capítulo posterior permiten observar que el problema radica en lo que deberá entenderse por jurisdicción.

El estrecho vínculo entre responsabilidad internacional y jurisdicción extraterritorial, lleva a preguntarse respecto a los alcances de las obligaciones de los Estados, lo que puede y ha generado confusión en el análisis, lo cierto es que recordar las características y formas de atribución de responsabilidad internacional permitió tener una idea más clara de los efectos que sobre ellas causa la extraterritorialidad.

En conclusión, las bases de la responsabilidad internacional tradicional, tienen un vínculo particular con el accionar extraterritorial de los Estados, lo que lleva a preguntarse respecto a las consecuencias que sobre las mismas tiene la

jurisdicción de los Estados y sus diferentes modelos, cuestión que llevo a los siguientes apartados.

Capítulo II. La interpretación de la Jurisdicción en los Sistemas de Protección de Derechos Humanos

Después de haber analizado ciertas nociones básicas sobre jurisdicción y su presencia en los Tratados Internacionales, así como conceptos básicos de responsabilidad internacional y su relación con la extraterritorialidad, en este apartado se estudiaron los diferentes desarrollos a nivel jurisprudencial en los distintos Sistemas de Protección de Derechos Humanos, con la finalidad de evidenciar el estado de la cuestión y su confusa sistematización.

2.1 La jurisdicción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos: Un abanico de posibilidades y desaciertos.

Siendo la jurisdicción, un elemento a considerar al momento de determinar si un Estado es o no responsable por una violación de derechos humanos, resulta claramente necesario la comprensión del concepto de jurisdicción, es decir, lo que se entienda por jurisdicción en el marco de un tratado internacional tendrá inevitables consecuencias en relación a los alcances de la responsabilidad de un Estado.

Es por ello, que no resulta extraño que los distintos tribunales de derechos hayan interpretado casuísticamente las cláusulas jurisdiccionales de los tratados internacionales, para su posterior aplicación.

Por ello, lo que un tribunal en materia de derechos humanos entienda por jurisdicción, no solo tendrá implicancias en la protección de los derechos humanos a nivel de los tribunales internacionales, sino que además tendrá consecuencias internas, particularmente en relación a los reclamos efectuados ante juzgados internos.

Como por ejemplo ha sucedido en los casos de Chiquita Brands y Kiobel (2013) en la Corte Suprema de Estados Unidos, así como Amnistía Internacional Canadá en la Corte de Apelaciones de Canadá (2008) entre otros.

En muchas ocasiones la definición de jurisdicción dependerá no solo de elementos jurídicos, sino también de la perspectiva con la que el operador judicial perciba el Sistema de protección de Derechos Humanos, ya sea una fórmula extensiva, en la cual los Estados vean ampliada su jurisdicción por supuestos como los mencionados o a partir de una fórmula restringida, que lo que busque es la centralización de la jurisdicción, con la finalidad de fortalecer la exigibilidad de las violaciones de derechos humanos ocurridas en el territorio de un Estado.

El análisis de la jurisdicción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, es un campo muy particular, se trata del sistema regional en el cual existen la mayor cantidad de pronunciamientos en la materia, desde la década de 1980, incluso antes, el TEDH, máximo órgano de protección de Derechos Humanos en esta región, desarrolló una vasta jurisprudencia que buscaba interpretar el art. 1 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, el cual señala que: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su **jurisdicción** los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”.

Este amplio desarrollo jurisprudencial, puede explicarse a partir de una evidente integración territorial, así como a las características particulares de este continente, se encuentran casos relacionados a bombardeos en territorios de otros Estados, supuestos relacionados a la existencia de Estados auto independizados del territorio de otro Estado con apoyo de un tercer Estado, así

como otros supuestos que evidencian las claras diferencias fácticas entre la región europea y la región americana.

Sin embargo, esto no ha evitado que los criterios desarrollados por el TEDH sean recogidos por la incipiente jurisprudencia interamericana, es por ello, que no se puede concebir una investigación en la cual se busque realizar una crítica al estado actual del concepto de la jurisdicción y proponer una alternativa, sin realizarse un análisis consciente de los pronunciamientos europeos.

Debe partirse de señalar que el TEDH ha señalado en Bankovic (2001) que la jurisdicción es primordialmente territorial, pero que admite la existencia de supuestos excepcionales a la naturaleza territorial de la jurisdicción, excepciones que fueron analizadas individualmente.

Este análisis permitió evidenciar la falta de unidad y de sistematización de los mismos, lo que llevó a mostrarse de acuerdo con la referencia hecha por el juez Giovanni Bonello del TEDH en Al Skeini v. Reino Unido (2011) al mostrar su simpatía con Lord Roger de la Cámara de los Lores, quien sostuvo que en lo referente a la aplicación extraterritorial de la jurisdicción “*the judgments and decisions of the European Court do not speak with one voice*” (párr.6) una clara muestra de la discordancia entre los supuestos tratados.

Siendo la naturaleza de la jurisdicción primordialmente territorial, ello implica que la responsabilidad internacional de los Estado es exigible en relación a todos los actos cometidos en su territorio, esta afirmación ha sido reiterado por la jurisprudencia europea, así como por la doctrina especializada en la materia, sin embargo, del estudio de los trabajos preparatorios del CEDH, analizados en Bankovic (2001) se percibe que la intención de los redactores de la Convención no era limitar su alcance al territorio de los Estados, sino extenderlo a aquellos supuestos en los cuales se ejerciera jurisdicción fuera de su territorio, entendiéndolo como situaciones excepcionales.

Es por esta razón que el artículo 1 del Convenio se refiere a jurisdicción y no a territorio como elemento determinante, por lo que no es extraño el desarrollo de

excepciones, entre las cuales se encuentra, sin la intención de realizar una clasificación estricta, a) control efectivo, el cual su comprende la noción de influencia decisiva, b) actos de agentes diplomáticos o consulares, c) actos de agentes o autoridades estatales que ejercer autoridad sobre persona en territorio de otros estados, d) por efectos extraterritoriales, la cual presenta serio cuestionamientos, que expondremos en el momento oportuno y e) casos relacionados a extradición y expulsión de ciudadanos.

Cada una de estas excepciones fue desarrollada de forma particular, trayendo a colación pronunciamientos europeos que permiten concretizar su comprensión, labor que se encuentra a continuación.

2.1.1 Control efectivo o “*effective control*”

El primer supuesto excepcional a la naturaleza territorial de la jurisdicción está vinculado al ejercicio de control efectivo sobre territorio de otro Estados, este es acaso uno de los criterios con mayor desarrollo en el sistema europeo, siendo de esta forma una excepción trabajada con amplitud.

En ese sentido, uno de los pronunciamientos fundacionales en esta materia es *Loizidou v. Turquía* (1987) y posteriormente *Chipre contra el mismo Estado* (1996), en cual el tribunal europeo tuvo que decidir si los actos cometidos, presuntamente violatorios de derechos humanos ocurridos en territorio de Chipre bajo la ocupación turca se encontraban o no en el marco del art. 1 del Convenio, de esta forma señaló que:

(...) in conformity with the relevant principles of international law governing State responsibility, that the responsibility of a Contracting Party could also arise when as a consequence of military action - whether lawful or unlawful - it exercises effective control of an area outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention, derives from the fact of such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or

*through a subordinate local administration*¹⁹ (...) (Chipre v.Turquía, 1996, párr.52)

El tribunal Europeo sostiene en Issa y otros v. Turquía (2004) que no es necesario comprobar la existencia de un control detallado sobre las autoridades o instituciones que se encuentran en otro territorio, siendo suficiente la presencia de un control general mediante fuerzas armadas o bajo la subordinación de una entidad administrativa, en consecuencia, como señala Miller (2012) las situaciones relacionadas a control efectivo requieren una presencia física del Estado que le permita ejercer reales facultades administrativas o regulatorias.

Sin embargo, el concepto de control efectivo no se encuentra exento de polémica, el mismo se encuentra particularmente vinculado al grado de control exigido y a las características de este para la configuración del control, es así que en Bankovic citado previamente se presentó una situación particular, en la cual se sostenía la existencia de control efectivo por parte de los Estados miembro de la OTAN mediante el bombardeo al territorio del ex Estado Yugoslavo, pese a que ningún momento había existido presencia de control militar o administrativo, ante esta situación el tribunal concluyó que no había existido ejercicio de jurisdicción, reiterando la naturaleza territorial de la jurisdicción y que no se habían configurado ninguno de los supuestos excepcionales a la misma.

Resulta particular la importancia otorgada en Bankovic a los trabajos preparatorios del Convenio Europeo para interpretar el término jurisdicción, contrario a una interpretación teleológica o progresiva, se concluye en una noción muy restringida del término jurisdicción que posteriormente fue matizada mediante otros pronunciamientos en la materia.

¹⁹ De conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional que rigen la responsabilidad de los Estados, la responsabilidad de una Parte Contratante podría surgir cuando, como consecuencia de una acción militar, legal o ilícita, ejerza control efectivo de una zona fuera de su territorio. La obligación de asegurar, en tal área, los derechos y libertades establecidos en la Convención, deriva del hecho de tal control, ya sea que se ejerza directamente, a través de sus fuerzas armadas, o a través de una administración local subordinada. Traducción No oficial.

De esa forma los profesores Ortega Terol Y Sánchez Legido en el libro Orden público europeo y acción exterior: el bombardeo de la OTAN en Yugoslavia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2002) realizan una apreciación sobre los efectos de este caso en la noción de jurisdicción:

“Si la actuación extraterritorial fuera en la práctica tan excepcional como afirma el Tribunal europeo de derechos humanos, quizás la restricción territorial no planteara excesivos problemas. Pero, precisamente ahora que es más frecuente la intervención europea en el exterior -a veces bajo dudosa cobertura legal-, dar marcha atrás en lo que había sido la jurisprudencia tradicional, no sólo levanta susceptibilidades sobre la diferente vara con que se mide esa actuación exterior dependiendo de qué Estado parte sea el que actúe (...) (pp. 498-506)

Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH se encargaría de dar otras luces en relación a la jurisdicción, presentándose de esta forma una noción distinta a la de control efectivo, denominada como influencia decisiva, esta clase de casos se encuentran relacionados al ejercicio de influencia por parte del Estado Ruso en territorio de Moldavia, como por ejemplo Mozer y otros v. Moldavia y Rusia (2016) tratándose de una situación muy particular fue necesario contextualizar esta excepción.

En aquel caso, se trataba de Transnistria, un estado no reconocido, en territorio de Moldavo, el cual mantiene relaciones de apoyo económico, social y política con el Estado ruso, en este contexto se presentaron violaciones de derechos humanos en Transnistria, centrándose la discusión en el ejercicio o no de jurisdicción por parte de Rusia en éste, es así que el Tribunal termina por señalar que la influencia decisiva es el ejercicio de influencia económica o política sobre el territorio de otro Estado (Ivantoc y otros v. Moldavia y Rusia, 2011).

Pese a la aparente simpleza de esta afirmación cabría a preguntarse cuál es el grado de influencia exigido, al parecer, debería tratarse de una influencia de alto grado, hasta el punto de tratarse de una dependencia económica o política, es

decir, que como sucedía con Transnitria, la subsistencia como Estado, depende de sus relaciones con otro Estado.

Consecuentemente, tanto el control efectivo como la influencia decisiva no son supuestos excluyentes, sino que por el contrario pueden presentarse de forma simultánea en una determinada situación. Sin embargo, en este punto es factible mencionar a cierta posición que busca responsabilizar a los Estados de origen que mediante sus Agencias de crédito o de Fondos de Inversión promueven a las empresas que actúan fuera de su territorio, a través de la excepción de influencia decisiva (Fundación para el debido proceso, 2016), tal propuesta puede ser discutida a partir de varias posiciones.

En primer lugar, podría sostenerse que una afirmación como la anteriormente recogida, interpreta la excepción de influencia decisiva, extendiendo sus alcances allá donde la jurisprudencia sobre la materia no lo hace, es decir, cuando se analiza los casos relacionados a influencia decisiva, se observa que el grado de injerencia es alto, en otras palabras, no basta, con el mantenimiento de relaciones económicas, políticas o diplomáticas, sino que se requiere que exista una relación de dependencia o subsistencia en el Estado que ejerce la influencia y el actor que se influenciado,

Bajo esta idea, solo cuando se traten de empresas públicas o de accionariado compartido, privado y público podría entenderse una situación de influencia decisiva, cabe destacar que la razón de ser de la influencia decisiva guarda relación con la capacidad de influenciar o no en una determinada situación, sin embargo, cuando se analizan fondos de inversión o agencias de crédito, una vez el préstamo, ha sido entregado al particular, el Estado pierde gran parte de su capacidad de decisión, desvinculándose de esta forma de la empresas y sus proyectos.

Ahora, bien podría sostenerse que en muchas ocasiones los Estados receptores no se encuentran en capacidad de responder por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales, sin embargo, ello no es ápice para que se genere un traslado de responsabilidad internacional a la empresa de origen, sino que

por lo contrario, representa una oportunidad para exigir el cumplimiento de una obligación vigente, en especial, porque son los Estados receptores quienes tienen la capacidad de decisión sobre estas situaciones.

Para ilustrar lo anterior, debe imaginarse una situación en la cual la empresa “X” domiciliada en territorio del Estado “A” recibe fondos a través de una agencia de crédito para emprender un proyecto minero en territorio del Estado “B”, en el transcurso del proyecto la empresa “X” se ve involucrada en violaciones de derechos humanos relacionadas a pueblos indígenas o tribales que exigen el cumplimiento de un proceso de consulta previa, así como la detención del proyecto. La pregunta es: ¿Qué Estado se encuentra en mejor posición para responder por esta clase de situaciones? Y ¿Cual puede brindar una respuesta que satisfaga las justas necesidades de justicia de las víctimas de violaciones de derechos humanos?

La respuesta se encuentra nuevamente en la capacidad de influencia o decisión de un Estado sobre la violación de derechos humanos como tal. En un primer escenario, el Estado “A” le retira la licencia de funcionamiento a la empresa domiciliada en su territorio, imponiéndole determinadas multas por los actos cometidos, sin embargo, la empresa “X”, como empresa transnacional y como muchas empresas del sector, traslada su domicilio a otro Estado, manteniendo el proyecto en territorio del Estado “B”, en atención al contrato ya firmado con este último.

En un segundo escenario, el Estado “B”, asume sus responsabilidades y le retira la licencia del proyecto a la empresa “X”, de forma conjunta con sus instituciones fiscalizadoras y sancionadoras le impone multas, logrando de esta forma que el proyecto se detenga.

Claramente, cuál de estos dos escenarios es preferible es evidente, el ejercicio de jurisdicción por influencia decisiva o por cualquier otra excepción que se analizó más adelante debe perseguir este principio lógico “el Estado quien se encuentra en mejor posición de decisión sobre un determinado hecho, ya sea

desde el punto de vista institucional, judicial, legislativo o coercitivo, debe ejercer jurisdicción”.

Es entendible la preocupación que se encuentra detrás del intento de establecer responsabilidades al Estado de origen, sin embargo esto no puede llevar a atribuir a los Estados, las violaciones de derechos humanos cometidas por el privados fuera de su territorio, respecto de los cuales no ejercen un grado de influencia decisiva, ya que todos los Estados mantienen relaciones económicas políticas o diplomáticas con otros actores, alrededor del mundo, sin embargo ello no necesariamente representa el ejercicio de jurisdicción.

Si existe o no una obligación de establecer mecanismos de fiscalización, otro aspecto controvertido en la discusión, es una cuestión que fue contestada en las siguientes páginas.

2.1.2 Actos de agentes diplomáticos o Consulares

El Tribunal Europeo, por ejemplo en, *Soering v. Reino Unido* (1989) ha sostenido que los actos de agentes diplomáticos o consulares extienden también la jurisdicción de un Estado, claramente esta excepción no resulta extraña, estos agentes, como representantes del Estado en el extranjero, mantienen el ejercicio de poder estatal y por lo tanto sus actos pueden ser susceptibles de extender la jurisdicción de un Estado, es así que se destacó:

“It was clear from the constant jurisprudence of the European Commission of Human Rights that authorised agents of a State, including diplomatic or consular agents, brought other people or property within the jurisdiction of that State to the extent that they exercised authority over them. Therefore, the acts of the Danish ambassador, of which the applicant had complained, had affected people within the jurisdiction of the Danish authorities” (Dyson, 2014, pág.6)

Como se observa en esta excepción existe un claro vínculo estatal, en el sentido de que se entiende de que estos agentes como representantes del Estado son susceptibles de generar violaciones de derechos humanos mediante sus acciones u omisiones, en el ejercicio de sus funciones o brindando los servicios inherentes a su función.

En consecuencia, como reconoce Miller (2015) esta excepción no hace más que contribuir a fortalecer la idea de que la jurisdicción se extiende donde hay un nexo directo e inmediato entre el acto extraterritorial de un Estado y la violación de a los derechos humanos.

Claramente el espacio en el que se encuentran estos actores, ya sean las embajadas o consulados representa un ejercicio legítimo de la jurisdicción extraterritorial, mediante lo que podría considerarse concuerda con el concepto de control efectivo.

En este punto la pregunta que cabe hacerse es que clase de actos pueden extender la jurisdicción de un Estado, para lo cual debe recurrirse a una afirmación generalmente aceptada del Derecho Internacional, la cual señala que la responsabilidad del Estado se genera por actos de sus agentes u órganos incluso cuando estos se encuentran fuera del marco de sus competencias o instrucciones (art. 7, Comisión de Derecho Internacional, 2002). Sin embargo, esta afirmación podría guardar un matiz distinto en materia de jurisdicción.

Es indiscutible que un Estado puede ser responsable por cualquier acción u omisión de un agente estatal incluso cuando se encuentra fuera del marco de sus funciones, pese a ello, podría sostenerse que cuando se trata de extender la jurisdicción de un Estado, estos actos deben encontrarse vinculados al ejercicio de sus funciones, lo que no quiere decir que exista o no un lineamiento, orden o mando político del Estado, sino que de alguna forma u otra, se haya hecho uso del poder estatal como representante del Estado en la configuración de una violación de derechos humanos.

Es decir, no cualquier acto de un agente diplomático o consular extiende la jurisdicción del Estado, esto, porque la naturaleza de esta clase de excepciones responde a un vínculo entre acto y la violación de un derecho humano, entendiendo que el Estado debe encontrarse en posición de evitar o generar una violación de derechos humanos.

Para graficar esta posición podemos imaginar una determinada situación, no es extraño en nuestra realidad encontrarnos con situaciones en las cuales los agentes diplomáticos se ven involucrados en actos presuntamente delictivos, como por ejemplo, un agente que atropella a una persona por manejar en estado etílico o un diplomático que agrede a un particular por motivos personales, entre otros.

Sostener que estas situaciones pueden extender la jurisdicción de un Estado, solo por tratarse de actos de agentes diplomáticos o consulares resulta por lo menos cuestionable, ya que la jurisdicción según la posición que se sostuvo, se fundamenta en la capacidad del Estado, desde el punto de vista funcional, como se verá más adelante, en situaciones como las descritas, es posible cuestionar la extensión de la jurisdicción.

En conclusión, no cualquier acto de un agente diplomático puede extender la jurisdicción de un Estado, sino que debe tratarse de un acto vinculado al ejercicio del poder estatal, afirmación que no es contraria a que cualquier acto de un agente estatal puede generar responsabilidad, siempre y cuando, el requisito de competencia *ratione loci* haya sido satisfecho mediante el ejercicio de jurisdicción.

2.1.3 Actos de agentes o autoridades estatales que ejercen autoridad sobre personas en territorio de otros Estados.

El desarrollo de esta excepción no es ajena a la idea matriz que busca justificar la extensión de la jurisdicción, ya que en estas situaciones claramente se trata de agentes estatales que ejercen actos de autoridad sobre personas en territorio de otro Estado, entiendo la autoridad como el ejercicio de representación estatal,

por lo que no es más que otra forma de control efectivo, solo que vinculado al ejercicio de poder sobre una persona desde el punto de vista físico.

De esta forma se advirtió un vínculo directo e inmediato con el Estado, como señala el Tribunal Europeo en Sanchez Sanchez v. Francia (1996) "*in certain circumstances, the use of force by a State's agents operating outside its territory may bring the individual thereby brought under the control of the State's authorities into the State's Article 1 jurisdiction*"²⁰.

Esta excepción puede configurarse cuando un individuo es puesto bajo la custodia de agentes extranjeros, ya sea mediante una detención, secuestro, entre otros. Por ejemplo en Al Saaddoon y Mufdhi v. Reino Unido (2010) el tribunal concluyó que los dos nacionales iraquíes detenidos en prisiones controladas por fuerzas británicas en Iraq representaban un ejercicio de jurisdicción extraterritorial.

Adicionalmente, en relación a otra clase de actos, en Medvedyev y otros v. Francia (2010) se entendió que la jurisdicción francesa se había extendido a partir de la intercepción de un barco y su tripulación en alta mar, siendo que durante este periodo estos elementos, se encontraban bajo las facultades públicas de estos agentes, era evidente que se generó un nexo jurisdiccional.

Por otro lado, otra vertiente de esta excepción es la relacionada a los asesinatos cometidos por agentes de un Estado, por ejemplo en el caso Andreou v. Turquía (2009) se entendió que la jurisdicción de este último se había extendido a la muerte de la víctima, ya que pese a que el territorio donde esta se encontraba no estaba bajo el control efectivo de Turquía, las heridas que causaron su muerte fueron causados por agentes estatales turcos, por lo que se había formado un nexo jurisdiccional cierto y directo.

²⁰ En ciertas circunstancias, el ejercicio de poder por los agentes estatales fuera de su territorio puede traer a una persona bajo el control de las autoridades de un Estado en relación a la jurisdicción reconocida en el artículo 1. Traducción No oficial. Traducción No oficial.

Siguiendo esta lógica, es posible afirmar que una situación como la reseñada, el tribunal no recurre al análisis del control efectivo, ni mucho menos al análisis de ejercicio de poder físico sobre una determinada persona, sino que se limita a señalar que el hecho de que las heridas que causaron la posterior muerte hayan sido causadas por disparos de soldados de un país generan una configuración del vínculo de jurisdicción.

Consecuentemente, ya sea mediante control físico a causa de una detención personal o a partir del control sobre un determinado bien y sus tripulantes e incluso por muertes causadas por sus agentes, esta excepción mantiene la misma naturaleza de las otras: “para extender la jurisdicción de un Estado debe establecerse un vínculo con El Estado”, pero no cualquier clase de vínculo, sino uno en el que se encuentre latente y sea posible la manifestación del poder Estatal.

2.1.4. Extradición y Expulsión

Esta excepción, como se puede observar en *Chahal v. Reino Unido* (1996) se encuentra vinculada a la extradición o expulsión de una persona del territorio de un Estado, ante la existencia de un riesgo de tratos degradantes, crueles o inhumanos tortura o amenaza de muerte.

Sin embargo, la misma representa una interpretación errada de la jurisdicción, ya que debe partirse de que la configuración de este supuesto se debe al riesgo de una presunta violación de derecho humanos en territorio de otro Estado, es decir la configuración de la responsabilidad internacional no se genera por el acto en sí, sino por la consecuencia del acto, es por ello, que para que esta situación se presenta deben existir dos situaciones:

- a) Que la persona se encuentre físicamente en territorio del Estado y
- b) Que vaya a ser extraditada o expulsada pese a la existencia de un riesgo a algún derecho humano.

Un lector atento, habrá detectado que el primero de estos elementos, tiene naturaleza territorial, es decir la persona sujeta a extradición ya se encuentra en el territorio de un Estado, por lo que el ejercicio de jurisdicción se encuentra justificado por este hecho, y no por los efectos que puedan ocurrir una vez la extradición se haya configurado, en otras palabras, se trata de centralizar el análisis de la jurisdicción en el hecho productor de la violación de un derecho humano y no en la consecuencia ocurrida en territorio de otro Estado.

En consecuencia, al igual que con las otras excepciones, el vínculo estatal es evidente, de forma tal que respondiendo a su naturaleza permite vislumbrar que la jurisdicción de un Estado se extiende cuando ejerce alguna clase de poder funcional, es decir se está en capacidad o no de cumplir desde el punto de vista operativo con alguna obligación de derechos internacional.

Por ello, esta categoría de casos como en Saadi v. Italia (2008) resulta muy particular, debido a que la categorización de los mismos como actos extraterritoriales se debe a una confusión en la comprensión de la configuración de la violación de un derecho humano, como señalaría el profesor Milanovic *“Such cases do not involve extraterritorial application, since the individual concerned is located within the territory of the extraditing state”* (2011)

2.1.5. Efectos extraterritoriales

La excepción de los efectos extraterritoriales es de confuso desarrollo, en el sentido de que el tratamiento llevado a cabo por el Tribunal europeo de esta excepción, es poco claro y uniforme, es así que fue formulado por primera vez en el caso de Drozd y Janoudzek contra España y Francia (1994) en el siguiente sentido:

The term “jurisdiction” is not limited to the national territory of the High Contracting Parties; their responsibility can be involved because of acts of their authorities producing effects outside their own territory (párr. 91).

Sin embargo, de la lectura del caso podemos advertir que el tribunal se limita a mencionar esta regla sin haber diseñado su aplicación o efectos prácticos de la misma, es más, en el párrafo en el cual se encuentra esta afirmación, el tribunal cita como ejemplos de las mismas, circunstancias relacionadas a extradición o expulsión o incluso a control efectivo.

Adicionalmente, no es comprensible la razón por la cual se hizo esta formulación, cuando en el caso, no se encontraban frente a actos con efectos extraterritoriales, lo cual se advierte en su desarrollo, sino con la posibilidad o no de extender la jurisdicción de España y Francia en relación a Andorra, por los actos de jueces que eran originariamente españoles o franceses, pero que a partir de una legislación especial actuaban como jueces de Andorra, concluyendo la independencia de los jueces, el tribunal entendió que existía una extensión de la jurisdicción, al tratarse de actores independientes, que una vez jueces de Andorra, perdían cualquier vínculo con España o Francia.

Para algunos autores, como Miller (2015) la posición del Tribunal europeo mediante esta afirmación es errada, constituyéndose en el resultado de una interpretación errada del artículo 1, teniendo como consecuencia una excepción particularmente abierta, como si de un saco vacío, a partir de la cual pueden justificarse la existencia de jurisdicción por cualquier acto extraterritorial.

En realidad lo que el TEDH buscaba no era la formulación de una excepción, sino que por el contrario, lo que el tribunal buscaba era establecer una regla general de extraterritorialidad, que comprendiese tanto los actos de extradición o expulsión como de control efectivo, lo cual justificaría la razón por la cual el tribunal hace referencia a esta clase de casos.

Sin embargo, asumiendo la posibilidad de la aplicación de esta excepción, cabe preguntarse cuáles son los límites de estos actos o es que acaso nos encontramos frente a una excepción ilimitada y en consecuencia cualquier acto con efectos extraterritoriales podría generar una extensión de la jurisdicción del Estado.

En primer lugar, la excepción de los efectos extraterritoriales, guarda una importante vinculación con la responsabilidad internacional por daños transfronterizos y que en consecuencia, un Estado sería responsable por el hecho generador de la consecuencia, la cual si se encuentra dentro de su territorio, lo cual nos lleva a centrar nuevamente la atención en el vínculo territorial de los efectos extraterritoriales, al igual que con la extradición o expulsión, que producen efecto extraterritoriales, la jurisdicción se justifica en el acto primigenio, el cual sí se desarrolla dentro del Estado.

En segundo lugar, en *Ben el Mahi v. Dinamarca* (2006) el tribunal afirmó que no cualquier acto extraterritorial podía traer a una persona a la jurisdicción de un Estado, por lo que en aquel caso no se había establecido un vínculo jurisdiccional con los peticionarios quienes habitaban en Marruecos y presuntamente se habían visto afectados por una publicación de unas caricaturas sobre el Mahoma, razón por la cual es declarada inadmisibile.

Claramente este caso permite afirmar que una posición descuidada que sostenga que cualquier acto extraterritorial puede extender la jurisdicción, pone en riesgo el balance de los Sistemas de Derechos Humanos, por ejemplo, en el Derecho Internacional de Aguas internacionales se han presentado supuestos de cursos de aguas compartidos, si un proyecto se inicia en el territorio de un Estado y produce efectos fuera de su territorio, es decir al otro lado del curso de agua internacional, se trataría de una posible situación de responsabilidad internacional por daños transfronterizos.

Sin embargo, a la posibilidad de que existiese una comunidad indígena o tribal en el otro extremos, la cual exige la realización de una consulta previa y la detención del proyecto, la pregunta que cabe hacerse es ¿Quién tiene control sobre los efectos extraterritoriales?.

En relación al proceso de consulta previa, el Estado de origen no guarda relación con estos efectos, ya que escapan a su capacidad funcional la realización de un

proceso de estas características, por lo que exigirle esa clase de actos bajo la idea de los efectos extraterritoriales resultaría discutible.

Asimismo, podría sostenerse que los efectos extraterritoriales generados por los fondos públicos o agencias de crédito, ejemplo, anteriormente desarrollado, podrían extender la jurisdicción de un Estado, pese a ello, nuevamente en estas situaciones, al igual que el caso contra Dinamarca, probar el vínculo entre la omisión y la violación de un derecho humano representa una tarea de difícil probanza.

Por estas razones, la existencia de esta excepción es por lo menos discutible, y de asumirse su existencia debería tomarse en cuenta sus alcances, para evitar la imposición de cargas desproporcionadas.

2.2. La jurisdicción en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Detenerse a revisar la noción de jurisdicción en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos significa referirse exclusivamente a los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los cuales, utilizan como base de partida el desarrollo en el Sistema Europeo, razón por la cual no se encontraron nuevas excepciones a la naturaleza territorial de la jurisdicción en los contados casos conocidos por este órgano cuasi jurisdiccional.

La razón de la escasez de pronunciamientos en la región americana, se debe en primer lugar, al débil proceso de integración entre los Estados americanos, en segundo lugar, al contexto de la región, especialmente de América Latina, claramente distinto al europeo, ante la inexistencia recurrente de invasiones, conflictos armados, estados separatistas, sin embargo, en los últimos años se ha ido desarrollando una preocupación muy particular en relación a las actividades extractivas, derechos humanos y extraterritorialidad, que se vio más adelante.

En sus primeros pronunciamientos en materia de extraterritorialidad, la Comisión conoció de un caso relacionado a la obligación de no devolución (Caso 10.675), refiriéndose a la devolución de ciudadanos haitianos a su país por parte de

Estados Unidos, de esa forma, tras analizar la jurisprudencia internacional, particularmente europea, destacó que:

“La Comisión ha tomado nota asimismo de la jurisprudencia internacional que prevé que si un Estado extradita a una persona en su ámbito de jurisdicción y si, como consecuencia, existe un peligro real, conforme al Convenio, de que sus derechos vayan a verse violados en otra jurisdicción, el propio Estado puede estar violando el Convenio. (párr.167, 1997).

Como se observa este primer pronunciamiento guarda concordancia con el desarrollo del tribunal europeo en relación a actos de agentes diplomáticos o consulares, manteniendo las mismas críticas que hemos señalado.

Posteriormente en la Petición Saldaño v. Argentina (1999), respecto a si el Estado Argentino ejercía jurisdicción en relación a un ciudadano suyo en territorio de Estados Unidos, señaló: “(...) un Estado parte de la Convención Americana puede ser responsable por los actos y omisiones de sus agentes llevados a cabo, o que tienen efecto, fuera de su territorio (párr. 17).

De esta forma, la Comisión tras analizar las obligaciones de un Estado respecto a sus nacionales en el extranjero, reconoce que el vínculo de nacionalidad no genera un vínculo de jurisdicción y por lo tanto no obligaba a Argentina.

Por otro lado, en *Alejandro Jr v. Cuba* (1999) la Comisión recurrió al supuesto de ejercicio de autoridad por parte de agentes cubanos contra las víctimas en aquel caso, para atribuirle de esta forma un vínculo jurisdiccional a Cuba por la muerte de las víctimas a causa del derribo de sus avionetas fuera del territorio cubano, como vemos este supuesto es al igual que en la región europea aceptado por el art.1 de nuestra Convención.

Adicionalmente en el caso de *Coard y otros v. Estados Unidos* (1999), la Comisión reiteró sus postulados respecto a jurisdicción, sin embargo es importante destacar que señaló:

“(…) En principio, la investigación no se refiere a la nacionalidad de la presunta víctima o a su presencia en una determinada zona geográfica, sino a que si en esas circunstancias específicas, el Estado observó los derechos de una persona sometida a su autoridad y control (párr. 37).

Esta clase de afirmaciones parece acertada, ya que lo que se resalta es la capacidad de control y de ejercer autoridad por parte de un Estado, y no solo el hecho de si es o no su nacional, en cierta forma si trasladamos este razonamiento a los actos de empresas domiciliados en el territorio de un Estado pero que actúa fuera de su territorio, podría sostener que el mero hecho incidental de que la empresa este domiciliada en el territorio de un Estado, no genera un vínculo jurisdiccional, cuando actúa fuera del mismo, siguiendo la lógica destacada por la comisión.

Finalmente, la Comisión se pronunció por última vez en el caso de la Petición Interestatal de Ecuador contra Colombia (2004), en el cual analizó los trabajos preparatorios de la Convención Americana, advirtiendo que las primeras redacciones del artículo 1 hacían referencia expresa al territorio y a la jurisdicción, pero que posteriormente el primero de estos término fue suprimido, con la finalidad de ampliar el margen de protección de la Convención. Por otro lado, la Comisión hace una precisión que parece acertada y que fue tratado en el siguiente apartado de la investigación, ya que señala que:

“Lo anterior no significa que se derive necesariamente de la actuación extraterritorial de un Estado un deber de garantía del catálogo de derechos sustantivos establecidos en la Convención Americana, incluyendo toda la gama de obligaciones respecto a las personas que se encontraban bajo la jurisdicción del mismo por el tiempo que haya durado el control de sus agentes (párr. 100)”

Afirmación coherente, ya que tanto la obligación de respeto como la de garantía tienen particularidades propias, así como también son de distinta forma de cumplimiento y exigibilidad, por lo que asumir que en cualquier acto extraterritorial conlleva necesariamente ambas obligaciones, es cuanto menos una posición discutible, esta crítica se sustenta en lo que se conoce como el análisis funcional que se viene sosteniendo a lo largo de la investigación y que fue profundizada en el último apartado.

Ahora bien, si bien no existen una gran variedad de pronunciamientos a nivel de los órganos de supervisión de derechos humanos en nuestra región, ello no significa que mediante informes de la Comisión o de la sociedad civil no se haya abordado el tema.

Es por ello, que recientemente en abril del 2016 la Comisión Interamericana publica un informe sobre Pueblos Indígenas, Comunidades Afro descendientes y actividades extractivas (2016) dedicando un apartado exclusivo al análisis de situaciones extraterritoriales, a partir del cual reconoce que se trata de un área emergente y en evolución, por lo que la CIDH continua promoviendo que los Estados de origen adopten mecanismos de forma voluntaria para asegurar mejores prácticas conforme a los derechos humanos de sus ciudadanos corporativos en el extranjero.

Esta posición de la Comisión, no es ajena a posiciones contradictorias, en el mismo informe, solo unas líneas antes se había afirmado que

“(…) un Estado puede ser considerado responsable bajo el derecho internacional de los derechos humanos por conducta que toma lugar en otro país cuando sus omisiones y actuaciones iniciales causan violaciones de derechos humanos y el Estado en donde la conducta ha tomado lugar es incapaz de proteger o implementar los derechos humanos en cuestión (….) (párr..79)”.

En consecuencia, en un primer momento se recoge la posibilidad de que se genere responsabilidad internacional por actos extraterritoriales en el marco de las actividades extractivas, pero posteriormente, solo unas líneas después cuando la Comisión debió mantener esa línea, se refirió usando el término “voluntarios” para referirse al establecimiento de mecanismos, es así que, si en un primer momento la Comisión buscaba reconocer una obligación internacional a los Estados de origen la utilización de los términos resulta errada, ya que señalar la voluntariedad de los Estados, no hace sino desconocer la existencia de una obligación internacional.

Finalmente, el único caso que la Corte Interamericana ha conocido sobre cuestiones vinculadas a extraterritorialidad Pacheco Tineo contra Bolivia (2013), sin embargo, el análisis realizados resulta escueto en comparación a su par europeo, habiéndose limitado a señalar que la separación de la familia Pacheco Tineo en Perú, tras haber sido expulsadas del territorio de Bolivia, podría haber generado las violaciones de derechos, este era un hecho que debía determinarse en el fondo del asunto.

Como se advierte, este caso no es más que la configuración de una excepción desarrollada por el Tribunal Europeo respecto a casos de extradición o expulsión que ya fue tratada con anterioridad.

2.3. Sistema Universal de Protección de los derechos humanos.

En relación al Sistema Universal el desarrollo no ha sido ajeno a los mecanismos regionales de protección de derechos humanos, ya sea a partir de pronunciamientos del Comité de Derechos u a partir de Observaciones Generales realizadas por distintos órganos de las naciones Unidas.

La extraterritorialidad ha estado presente de forma indiscutible, como consecuencia de la particular redacción del artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) reconoce “la obligación de respetar y

garantizar los derechos humanos de todos los individuos que se encuentren en su **territorio** y estén sujetos a su **jurisdicción**".

Siendo que esta disposición ha sido interpretada por el Comité en López Burgos v. Uruguay (1981) y Liliana Celiberti de Casariego contra el mismo Estado (1981) de forma que tal que su aplicación es extensiva a situaciones extraterritoriales relacionadas al requisito de ejercicio de autoridad por parte de agentes sobre personas en territorio de otros Estados o de control efectivo.

Asimismo, en la Observación General No. 31 (2004), el Comité reconoció que el alcance extraterritorial del Pacto, en el sentido de que:

Los Estados Partes están obligados por el párrafo 1 del artículo 2 a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y a todas las personas sometidas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos establecidos en el Pacto a cualquier persona sometida al poder o al control efectivo de ese Estado Parte, incluso si no se encuentra en el territorio del Estado Parte. [...] el disfrute de los derechos del Pacto no se restringe a los ciudadanos de los Estados Partes, sino que debe también extenderse a todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su situación apátrida [...]. Este principio se aplica asimismo a los sometidos al poder o al control eficaz de las fuerzas de un Estado Parte que actúan fuera de su territorio, independientemente de las circunstancias en las que ese poder o control eficaz se obtuvo, como las fuerzas que constituyen un contingente nacional de un Estado Parte asignado a una operación internacional encargada de imponer la paz o de mantenerla (párr. 10)

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostuvo en la Observación General No. 3 (1990):

la cooperación internacional para el desarrollo y, por tanto, para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales es una obligación de todos los Estados” y que “si los Estados que están en situación de hacerlo no ponen en marcha un programa dinámico de asistencia y cooperación internacionales, la realización plena de los derechos económicos, sociales y culturales seguirá siendo una aspiración insatisfecha en muchos países (párr. 14)

Y siguiendo esta lógica y en el campo del Derecho a la Alimentación, De Schutter (2004) sostiene que las obligaciones de carácter inmediato, es decir, la obligación de adoptar medidas, el principio de no regresividad y el de no discriminación, también poseen una dimensión extraterritorial en el marco del informe “La función de la cooperación para el desarrollo y la ayuda alimentaria para la realización del derecho a una alimentación adecuada: de caridad a obligación” (2009).

Continuando con esta posición el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General No 16 (2013) se refirió a las obligaciones extraterritoriales derivadas de la Convención de los Derechos del Niño, señalando que un Estado estaría obligado extraterritorialmente en relación a aquellos niños involucrados en el contexto de conductas empresariales que cuenten común vínculo razonable con el Estado, vínculo que podría ser, estar domiciliada o registrada, entre otros.

Por otro lado, en el campo del derechos de los refugiados, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas preparó la Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las Obligaciones de No devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 (2007) en la cual reconoció el alcance extraterritorial de la obligación de no devolución mediante la utilización de las normas interpretativas de la Convención de Viena sobre el Derecho Internacional de los Tratados.

Adicionalmente, si bien, no en el marco del sistema de protección de Derechos Humanos, pero si en la interpretación de un instrumento universal en la materia, la CIJ en la Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado (2004) resaltó las consecuencias extraterritoriales y la obligación de la potencia ocupante en relación a sus obligaciones en derechos humanos.

Como se puede constatar, en el marco de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se hace una mención específica a la obligación de cooperación en el ámbito extraterritorial, posición acertada, que la misma parece tomar en consideración una visión funcional de la jurisdicción, ya que un Estado siempre podrá estar en posición de adoptar medidas de cooperación, ya que se encuentran en el marco de su capacidad de controlar o ejercer influencia.

Ahora, en este punto, cabe destacar un debate en torno a las obligaciones extraterritoriales de las empresas transnacionales en el marco de los derechos humanos, ya que tradicionalmente son los Estados los obligados en el Derecho Internacional, los principios de Maastrich (2011) en el área de los DESC, reconocen la obligación de los Estados de controlar el actuar de los actores no estatales, es decir un deber por omisión.

La posición de los principios de Maastrich, si bien, tiene una voluntad protectora, plantea ciertos problemas, en relación a la capacidad de un Estado de controlar el accionar de un actor no estatal, puesto que, bastaría con que una empresa modificase su domicilio para que esta obligación cesase, pero la violación de derechos humano se mantuviese, entonces, será válido cuestionarse la utilidad práctica de la imposición de esta clase de obligaciones.

Sosteniendo la posición de Maastrich, el profesor Mcquodale y Simons (2007) sostienen en relación a las agencias de crédito o Fondos estatales que apoyan autores no estatales:

In these types of cases, the extraterritorial activities of corporate nationals empowered with governmental authority, can be

attributed to the state. Where such activities violate international human rights law, the state will incur international responsibility, even in situations where the corporation exceeds its authority.
(pág. 608)

Esta posición es compartida en el Sistema Interamericano, sin embargo, es válido cuestionarse respecto al grado de control de los Estados en estas situaciones y respecto a la existencia de vínculos jurisdiccionales, similar posición mantiene Seck (2014) en relación a la responsabilidad de los estados por la existencia de vínculos estatales con actores no estatales.

En este punto, es necesario realizar un paréntesis, para destacar que la posibilidad de responsabilidad internacional en relación a empresas extractivas fue trabajo en el apartado posterior de la investigación, por lo que previamente solo ha hecho una breve mención esta posibilidad.

En ese sentido, es posible observar que las menciones a la jurisdicción extraterritorial en el campo del Sistema Universal son similares al Sistema Europea, por lo menos en lo concerniente a la resolución de casos por el Comité de Derechos Humanos, son claras.

Sin embargo, de la revisión de los pronunciamientos de otros Comités, así como de órganos de las ONU, se advierte una tendencia a responsabilizar a los Estados de origen por actos de empresas fuera de su territorio, una clara muestra de ello, el trabajo realizado por el Jhon Ruggie respecto a los Principios Rectores Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar" (2011), el cual reconoce en sus comentarios que "En la actualidad las normas internacionales de derechos humanos no exigen generalmente que los Estados regulen las actividades extraterritoriales de las empresas domiciliadas en su territorio y/o su jurisdicción. Tampoco lo prohíben, siempre que haya una base jurisdiccional reconocida" (...)” (pág.8)

Sin embargo, los principios del ex relator Ruggie, buscan promover el establecimiento de estándares a nivel estatal respecto al accionar de los Estados, en particular de las empresas que guarden un nexo estatal, para lo cual hace referencia a ciertos supuestos, como los de las agencias de crédito, sin embargo, esta clase de propuestas deberían ser clasificada en el marco de las excepción jurisdiccionales tratadas con anterioridad, para determinar su viabilidad.

En conclusión, el Sistema Universal mantiene similitudes con el desarrollo europeo y además se advirtió una clara tendencia progresiva que busca responsabilizar a Estados de origen, así como también tendencias a responsabilizar a las empresas por actos extraterritoriales.

2.4. Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos.

En el marco del Sistema Africano de Derechos Humanos se encuentra una situación muy particular, ya que la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1986) no contiene expresamente en su texto una cláusula jurisdiccional, de esta forma, la disposición de obligaciones generales, similar al artículo 1 de la CADH, señala:

“Los Estados miembros de la Organización para la Unidad Africana firmantes de la presente Carta reconocerán los derechos, deberes y libertades contemplados en esta Carta y se comprometerán a adoptar medidas legislativas o de otra índole con el fin de llevarlos a efecto”.

En cierta forma la inexistencia de una cláusula jurisdiccional podría deberse a las características contextuales del continente africano, en el que existe una alta integración cultural y se comparten muchos afluentes internacional, sin embargo, pese a la inexistencia de esta cláusula, ello no ha sido óbice a que no se presenten supuestos extraterritoriales ante la Comisión Africana de Derechos Humanos.

Según alguna posición en la doctrina africana, como Viljoen (2008) sostiene que los Estados son responsables en un principio, solo por los actos en su territorio, lo cual se deriva del hecho de que los Estados solo son responsables por aquellos actos bajo su control. Pese a esta afirmación reconoce la posibilidad de la aplicación extraterritorial de la Carta en aquellos actos extraterritoriales respecto los cuales el Estado ejerza control.

Más allá de la aplicación territorial de la Carta Africana, es innegable, que ante la inexistencia de una cláusula jurisdiccional, no se ha negado, la posibilidad de sus aplicación extraterritorial, motivo por el cual, esta posibilidad se encuentra latente.

En ese sentido, de la revisión de la jurisprudencia de la Comisión Africana se pueden encontrar ciertos pronunciamientos ligados a materia extraterritorial, en la República Democrática de Congo (DRC) v. Burundi, Rwanda y Uganda (1999) se alegó la responsabilidad internacional de los tres Estados, como consecuencia de la ocupación por parte del Congo de su territorio, es así que la Comisión encontró responsables a los tres Estados por las violaciones de derechos humanos cometidas contra los habitantes del territorio ocupado.

En el pronunciamiento reseñado, ninguno de los tres Estados argumentó la inexistencia de jurisdicción, pese a que los actos se habían cometido evidentemente fuera de sus límites territoriales, un lector agudo, habrá advertido, que en realidad se trataba de un supuesto de control efectivo, desarrollado en el Sistema Europeo.

Adicionalmente, en el caso conocido como el Embargo Burundi (1996), los Estados de Tanzania, Kenia, Uganda, Rwanda, Zaire y Zambia impusieron un embargo contra Burundi el 31 de Julio de 1996, Burundí alegó que la medida atentaba contra la posibilidad de importar y exportar bienes y servicios, lo que afectaba en cierta medida el derecho a la vida, entre otros.

Si bien, la Comisión declaró que no existía responsabilidad por parte de los Estados demandados, sostuvo que:

The critical question and one which may affect the legitimacy of the action is whether such action as has been determined is excessive and disproportionate, is indiscriminate and seeks to achieve ends beyond the legitimate purpose. Sanctions therefore cannot be open-ended, the effects thereof must be carefully monitored, measures must be adopted to meet the basic needs of the most vulnerable populations or they must be targeted at the main perpetrators or authors of the nuisance complained of. The Human Rights Committee has adopted a General Comment in this regard precisely in order to create boundaries and limits to the imposition of sanctions²¹. (párr.75)

Como se puede advertir, la Comisión hace referencia a la posibilidad de que se afecte la legitimidad de la medida adoptada por los Estados demandados, si esta resulta desproporcionada, es decir, de encontrarse esta situación, los Estados podrían haber sido responsables por los efectos generados por el embargo en Burundi.

Como reconoce Soboka Bulto (2011), en ninguno de los casos señalados anteriormente los Estados discutieron el ejercicio de jurisdicción, por lo que en cierta forma, el silencio del Estado en relación a este punto significaría una aceptación tácita del ejercicio de jurisdicción mediante sus actos, o en este caso, la inexistencia de objeciones.

Como consecuencia de lo señalado, Soboka Bulto (2011) sostiene que si es posible encontrar una obligación extraterritorial, la cual se encuentra en la cláusula de cooperación inter estatal en la Carta Africana, en particular señala que ésta obligación se intensificaría en relación al derecho humano al agua, ya

²¹ La cuestión crítica y que puede afectar la legitimidad de la acción es si la acción que se ha determinado es excesiva y desproporcionada, es indiscriminada y busca alcanzar fines más allá del propósito legítimo. Las sanciones, por lo tanto, no pueden ser abiertas, sus efectos deben ser cuidadosamente monitoreadas, deben adoptarse medidas para satisfacer las necesidades básicas de las poblaciones más vulnerables o deben dirigirse a los autores o autores principales de la molestia denunciada. El Comité de Derechos Humanos ha adoptado una observación general a este respecto precisamente para crear límites y límites a la imposición de sanciones. Traducción No oficial.

que siendo el territorio del continente Africano, un espacio en el cual los afluentes acuáticos son compartidos en muchas ocasiones por más de un Estado, su manejo representa un reto en materia de extraterritorialidad.

Como reconoce la Comisión Económica de Naciones Unidas para África (2000), en este continente el 75 % de los recursos acuáticos se encuentran en los ríos Níger, Congo, Ogadugne, Zambezi, Nilo, Sanga, Chari Lagone y Volta, de esta forma, las consecuencias del uso de uno de los afluentes puede tener severos impactos en las condiciones y posterior aprovechamiento por parte del Estado que comparte la cuenca, lo que de cierta forma implicaría ciertas obligaciones hacia el Estado causante de la afectación.

Esta clase de situaciones fueron observadas por ejemplo por la Corte Internacional de Justicia en Gabčíkovo y Nagymaros (1997) o por un tribunal arbitral en el antiguo caso del Lago Lanoux entre España y Francia (1957), y posteriormente, puede traerse a colación como un ejemplo convencional la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de aguas internacionales para fines distintos a la Navegación (1997), costumbre internacional según la CIJ en el caso precitado, lo cierto es que si bien, estos pronunciamientos no tratan en particular temas de derechos humanos, han impuesto ciertas obligaciones de cooperación y consulta que podrían ser parámetros interpretativos en los Sistemas de Derechos Humanos de llegarse a una situación parecida.

La situación descrita en el párrafo anterior fue tratada con mayor profundidad en páginas posteriores, al analizar supuestos realidad de aplicación de la noción funcional de la jurisdicción, sin embargo, previo a ello, a continuación se trató ciertas justificaciones y objeciones con los cuales se justifica la extraterritorialidad y también tiene que enfrentarse comúnmente en el desarrollo jurídico y político.

2.5. Dos Modelos Clásicos de abordar la jurisdicción: Modelo Espacial de la Jurisdicción Extraterritorial.

Así como la jurisdicción puede ser abordada desde el punto de vista de las diferentes excepciones, la misma también puede serlo desde dos modelos clásicos, el primero de ellos, el espacial es una posición comúnmente aceptada y con amplio reconocimiento convencional y jurisprudencial, el mismo hace referencia a la jurisdicción en términos de territorio o espacios geográficos, por ejemplo, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas, Inhumanas y Degradantes en su artículo 2.1 reconoce:

“Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otras índoles eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”.

La disposición citada hace referencia expresa a la jurisdicción como territorio, es decir circunscribe la obligación del Estado a aquellas situaciones que se encuentren en el marco de sus fronteras. Similar posición es reconocida por el TEDH cuando se refiere al concepto de control efectivo citado anteriormente en casos contra Turquía (1995), de igual forma la CIJ en su jurisprudencia ha admitido la noción territorial de la jurisdicción, señalando en el Caso Relativo a las Actividades Armadas en el territorio del Congo (2005) (República Democrática de Congo v. República de Uganda) que:

The Court, having concluded that Uganda was an occupying Power in Ituri at the relevant time, finds that Uganda’s responsibility is engaged both for any acts of its military that violated its international obligations and for any lack of vigilance in preventing violations of human rights and international humanitarian law by other actors present in the occupied

*territory, including rebel groups acting on their own account*²²
(párr. 179)

Es evidente el reconocimiento por parte de la Corte que la responsabilidad de Uganda podía verse comprometida a causa de la ocupación territorial llevada a cabo en territorio de Congo, la cual trajo como consecuencia la vigencia de obligaciones de prevención en el marco del derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos.

Con anterioridad, la misma Corte en la Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado (2004) hizo referencia al modelo espacial de jurisdicción extraterritorial, al señalar que:

*(...) the Court cannot accept Israel's view. It would also observe that the territories occupied by Israel have for over 37 years been subject to its territorial jurisdiction as the occupying Power. In the exercise of the powers available to it on this basis, Israel is bound by the provisions of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Furthermore, it is under an obligation not to raise any obstacle to the exercise of such rights in those fields where competence has been transferred to Palestinian authorities*²³. (párr. 112)

De esta forma el modelo especial resulta un concepto de amplio reconocimiento jurídico y de sencilla aceptación en el imaginario jurídico, como reconoce Wilde, Ralph (2007) si un Estado controla un territorio en

²² El Tribunal, habiendo concluido que Uganda era una Potencia ocupante en Ituri, considera que la responsabilidad de Uganda está comprometida tanto por actos de su ejército que violan sus obligaciones internacionales como por cualquier falta de vigilancia en la prevención de violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario por otros actores presentes en el territorio ocupado, incluidos los grupos rebeldes que actúan por cuenta propia. Traducción No oficial.

²³ La Corte no puede aceptar la posición de Israel. También observará que los territorios ocupados por Israel han estado sometidos, durante más de 37 años, a su jurisdicción territorial como Potencia ocupante. En el ejercicio de los poderes de que dispone sobre esta base, Israel está obligado por las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, tiene la obligación de no obstaculizar el ejercicio de esos derechos en los ámbitos en los que se ha transferido competencia a las autoridades palestinas. Traducción No oficial.

particular, puede ser responsable por los actos cometidos en ese territorio, sin importar si se carecía o no de un título legal, o si su presencia era legítima o no.

Esta última afirmación encuentra similitud con un principio de responsabilidad internacional de los Estados generalmente reconocido y que concuerda con la afirmación de la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental) (1971), ya que no obstante lo dispuesto en la Resolución 276 la cual resaltó que el hecho de que Sudáfrica no tuviese vigente un título sobre el territorio ocupado, no la eximía de sus obligaciones, destacando en particular que el control físico sobre el territorio y no soberanía o título legítimo, es la base de la responsabilidad de los Estados por actos que afectan otros Estados.

Desde una primera impresión el modelo espacial de jurisdicción reconciliaría los conceptos de universalidad y efectividad con la real capacidad de los Estados para respetar y garantizar derechos humanos, sin embargo, es sencillo advertir que el modelo espacial como estándar único trae como consecuencia la ausencia de protección de ciertas situaciones intolerables desde la visión de los derechos humanos, puesto que actuar sin ejercer control espacial, es una práctica común.

En atención a la limitación del modelo espacial, surge otro modelo de análisis que flexibiliza el estándar, pero antes de analizar este último, se estudió con mayor profundidad las características del modelo personal.

2.5.1. Control sobre un área y el grado de control.

Cuando se hizo referencia al estándar de control espacial en el seno de TEDH se trajo a colación los pronunciamientos relacionados a la ocupación de Chipre en territorio de Turquía, situación en la cuál es evidente la noción de control sobre un área, sin embargo, cuestionar si podría considerarse también

como área a una ciudad, pueblo, edificio o prisión es una interrogante a responder.

Mientras más pequeño sea el espacio que se denomine área, mayor dificultad generará en el imaginario de los operadores jurídicos el ejercicio de jurisdicción, podría argumentarse que el concepto de área no alcanzar los lugares, como por ejemplo una prisión, posición que sostuvo la administración de George Bush respecto a la aplicación de los tratados de Derechos Humanos, y en particular de la Convención contra la Tortura mediante la *Office of Legal Counsel (2005)* la cual interpretó el artículo 16 de la Convención en el sentido de señalar que:

By its terms, Article 16 is limited to conduct within "territory under (United States Jurisdiction". We conclude that territory under United States jurisdiction includes, at most, areas over which the United States exercises at least de facto authority as government. Based on CIA assurances, we understand that the interrogation do not take place in any such areas. We therefore conclude that Article 16 is inapplicable to the CIA interrogation practices and that those practices thus cannot violate Articles 16²⁴.

En otras palabras, el hecho de que los interrogatorios se llevaran a cabo en lugares como prisiones o edificios y no en territorio respecto del cual se ejerciese control, eximía de cualquier ejercicio de jurisdicción a los Estados Unidos. Esta posición claramente resulta incompatible con una lógica garantista en materia de derechos humanos, convirtiéndose más en un juego de palabras que en una posición jurídica sólida, lo que no quiere decir que no sea válida.

²⁴ Con arreglo a sus términos, el Artículo 16 se limita a la conducta dentro del "territorio bajo la jurisdicción de los Estados Unidos", y concluimos que el territorio bajo jurisdicción de los Estados Unidos incluye, como máximo, áreas sobre las cuales los Estados Unidos ejercen al menos autoridad de facto como gobierno. Basados en las evidencias de la CIA, entendemos que las interrogaciones no se dieron en ninguna de estas áreas. Por lo que concluimos que el Artículo 16 no es aplicable a las prácticas interrogatorios de la CIA y que por lo tanto no pueden violar dicho artículo.

Sin embargo, el TEDH parecer haber respondido a esta clase de situaciones al reconocer en *Al Jedda v. Reino Unido* (2011) el ejercicio de jurisdicción por parte de Reino Unido por la detención en establecimientos bajo el control estatal, posición, contraria a la reseñada con anterioridad, y que en cierta forma responda a un ánimo de no dejar sin protección situaciones que evidentemente implican el ejercicio del poder del Estado.

Entonces, como es posible advertir, sostener un concepto demasiado restringido de lo que debe entenderse por área si bien es una posición compatible desde el punto de la efectividad en la protección de los derechos humanos, desprotege situaciones en las que el ejercicio del poder estatal es evidente, pese a ello, es innegable que flexibilizar este concepto implica una aceptación intrínseca de una posición un poco artificial, como considerar a un edificio como área, pero que resulta aceptable en comparación con la expresión del poder del Estado.

Entonces, ¿Cuál es el concepto de jurisdicción que debería manejarse en el ámbito de la interpretación del modelo personal?, se consideró que la respuesta debe ser analizada como lo hace el profesor Milanovic (2011) desde una noción funcional, en sus palabras “*only something over which state can exercise a sufficient degree of control can count as an area*”, como consecuencia cabe preguntarse qué debe entenderse como suficiente control, aspecto que fue respondido por la jurisprudencia europea

En relación al grado de control exigido desde el modelo espacial de jurisdicción ya se ha señalado en el estudio de la excepción de control efectivo que el TEDH no exige un control detallado, aspecto que destacó en los casos turcos citados con anterioridad. En otras palabras, el ejercicio de control debe ser de forma tal que el Estado tenga suficiente poder sobre el territorio y sus habitantes para influenciar.

Como señala Milanovic el test de control general en el marco del modelo espacial, es un test de naturaleza funcional, es decir, si el modelo espacial

exige el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos, el grado de control debe corresponder a la capacidad real de Estado para cumplir con sus obligaciones.

En este punto cabe recordar que la obligación de respeto estudiada en el primer apartado de esta investigación, no tendría límites territoriales, es decir el ejercicio de control efectivo no debería ser un elemento a considerar en el análisis del accionar de los agentes estatales, mientras que respecto a las obligaciones positivas, existen ciertas obligaciones como la de cooperación, que tienen naturaleza de resultado, y que por lo tanto no exigen un alto grado de control estatal.

Es así que, desde el punto de vista del alcance jurisdicción de los Estados, empiezan a surgir diferencias en las características de las obligaciones asumidas por los Estados, pero como se advirtió anteriormente el modelo espacial es limitado y es en razón a estas limitaciones que la jurisprudencia del TEDH se flexibilizó dando paso a un modelo personal de jurisdicción.

2.5.2. Modelo Personal de Jurisdicción.

Considerar a la jurisdicción desde el punto de vista del modelo espacial, es acaso un concepto, de sencilla aceptación y que de alguna forma se encuentra en concordancia con el texto de ciertos tratados, sin embargo, la formulación de un modelo personal presenta mayores dificultades, no solo porque resulta complicado derivar un interpretación personal del texto de los cuerpos convencionales, sino porque además no es simple determinar el grado de control que se exigiría respecto a una persona.

En relación al último punto, si se adopta una concepción flexible del modelo personal, esto es, que el Estado ejerce jurisdicción allí donde exista la posibilidad de violar los derechos humanos de una persona, como si de una relación causa-efecto se tratase posición que fue sostenida por los aplicantes en el ya citado caso Bankovic, y que el TEDH rechazó por considerar que significaría ir más allá del texto del Convenio, ya que la obligación positiva

derivada del artículo 1 no puede ser dividida de forma gradual al control que tenga el Estado. Pese a que esta posición posteriormente fue modificada parcialmente por los pronunciamientos venideros, demuestra la dificultad de sostener una noción personal de la jurisdicción.

Ahora bien, pese a que no es sencillo encontrar referencias directas a una noción personal de la jurisdicción, es evidente que los pronunciamientos de los órganos de protección de derechos humanos han hecho referencia a la misma, ya sea por ejemplo a partir de los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de la ONU ya citados con anterioridad como Lopez Burgos y Celiberti de Casariego, en los cuales se señala expresamente:

The reference in the article 1 of the Optional Protocol “to individual subjects to its jurisdiction” does not affect the above conclusion because the reference in that article is not to the place where the violation occurred, but rather to the violation between the individual and the State in relation to a violation of any of the rights set forth in the Covenant, wherever they occurred²⁵.

La afirmación del Comité permite observar de forma clara la perspectiva del modelo personal que prioriza la relación entre la persona en lugar de la relación espacial o territorial, de esta forma aquellas situaciones que no eran protegidas por el modelo espacial, al ser demasiado restringido, se ven cubiertas por la noción personal, sin embargo, el alcance de esta protección aún no se encuentra debidamente delimitado.

La posición desarrollada en Bankovic, aparentemente contraria a la noción personal, fue trabajada en Pad y otros v. Turquía (2007), en el cual los aplicantes, ciudadanos iraquíes que vivían cerca al borde de la frontera con Turquía, fueron asesinados por un helicóptero de origen turco, por lo que se

²⁵ La referencia en el artículo 1 del Protocolo Facultativo "a sujetos individuales a su jurisdicción" no afecta a la conclusión anterior porque la referencia en ese artículo no es al lugar donde ocurrió la violación, sino más bien a la violación entre el individuo y la persona Estado en relación con una violación de cualquiera de los derechos establecidos en el Pacto, dondequiera que sea. Traducción No Oficial.

discutía si el asesinato provino de territorio turco o iraquí, sin embargo, el TEDH señaló que Turquía ejercía jurisdicción en atención a la relación personal entre la muerte de los aplicantes y los disparos provenientes del helicóptero turco, es decir, no se consideró si la muerte había ocurrido o no en uno u otro Estado, sino la relación causa-efecto del acto de índole personal.

En el caso citado en el párrafo anterior, cabe agregar que los aplicantes intentaban ingresar de forma ilegal por la frontera turca, pese a ello, hubiese sido cuestionable sostener que Turquía se eximía de ejercicio de jurisdicción desde la noción espacial por una cuantificación métrica, ignorando la clara relación entre el poder del Estado y los hechos materia del caso.

Si se compara el razonamiento de los magistrados del TEDH en Pad con la lógica de Bankovic, resulta evidente el cambio de perspectiva, mientras que uno se sostuvo la inexistencia de jurisdicción, pese a que el bombardeo provino de un avión de guerra de los Estados miembros de la OTAN, en Pad así como en Issa (2004), la jurisdicción se justifica específicamente en esta relación personal entre los disparos y la muerte de los aplicantes.

De esta forma el modelo personal se encuentra vigente en la jurisprudencia del tribunal europeo, sin embargo, es evidente que no cualquier relación genera una extensión de la jurisdicción, por ejemplo, en Ben El Mahi y otros v. Dinamarca, ya citado, se declaró inadmisibles una petición presentada por residentes de Marruecos que alegaban que Dinamarca los había discriminado y violado su derecho a la libertad religiosa a partir de la publicación de caricaturas grotescas relacionadas al profeta Mahoma por un periódico danés privado, como es posible observar en esta situación el vínculo personal es discutible, e incluso parece una interpretación demasiado artificial del concepto de jurisdicción, lo que permite afirmar que no cualquier relación personal implica una extensión de la jurisdicción.

De esta forma, sostener que el modelo personal se limitaría a supuestos en los cuales exista una relación personal de forma estricta, es decir, una custodia física respecto a una persona, como por ejemplo ocurrió en Ocalan v.

Turquía (2014) y no cuando se trate de actos instantáneos como en *Andreo v. Turquía* (2009), implicaría limitar de forma injustificada este modelo, y así lo hicieron los jueces de la jurisdicción interna de Reino Unido en *Al Skeini*, quienes encontraron que cinco de las seis personas que fueron asesinadas por tropas de Reino Unido no se encontraban en jurisdicción de éste último, en atención a que no había existido custodia física, mientras que respecto a *Mr Baha Mousa*, uno de los aplicantes, si se concluyó el ejercicio de jurisdicción.

Resulta particular, que mientras que un secuestro extiende la jurisdicción de un Estado, el acto de asesinar a una persona, se encuentra eximido de esta características, se considera que hacer esta clase de diferenciación no responde a la naturaleza garantista de los derechos humanos y que no se sostiene en la jurisprudencia europea, muestra de ello el razonamiento posterior del TEDH en *Al Skeini*, una sentencia de evidente aplicación del modelo personal.

Entonces, pareciese que la aplicación del modelo personal no podría ser limitada en base a la existencia o no de custodia física, además, la jurisprudencia citada, demuestra que al igual que con el modelo personal, no se requiere de una detención legal, sino que basta con que el acto haya generado el efecto violatorio de un derecho humano.

Sin embargo, de esta forma pareciese que el modelo personal no tuviese límites y que esta noción de causa-efecto que en términos reales propone fuese ilimitada, esa es acaso como se argumentó en *Bankovic* uno de las críticas más severas a este modelo, ya que asumir un lógica causal supondría una extensión desproporcionada de la jurisdicción, pese a ello, como ya se destacó, no cualquier relación causal extendería la jurisdicción, sino, solo aquellas que el alcancen un grado tal de causalidad que permitan establecer un nexo jurisdicción válido, una valla que debe ser analizada caso por caso, lo que de alguna forma llevó a la formulación de un tercer modelo, trabajado por el profesor *Milanovic*, y que a su vez se sostiene en una noción territorial de la

jurisdicción y con el cual esta investigación encuentra consenso, pero que a su vez, requiere ser dimensionado.

Conclusiones.

- Del análisis de los distintos Sistemas de Protección de Derechos Humanos, es posible observar una tendencia poco unificada a hacer una clasificación que comprende: a) control efectivo, b) actos de agentes estatales que ejercen autoridad sobre personas en territorio de otros Estados, c) actos de agentes diplomáticos o consulares; d) efectos extraterritoriales y f) extradición o expulsión.
- Las excepciones de efectos extraterritoriales, actos de agentes diplomáticos o consulares, y extradición o expulsión de ciudadanos, presentan particularidades y aspectos controvertidos, hasta el punto que podría sostenerse que las dos últimas no se tratan de situaciones extraterritoriales.
- En el Sistema Interamericano y Universal, el desarrollo carece de originalidad, habiendo reducido a la traslación y posterior aplicación de las excepciones desarrolladas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo cual consideramos resulta desacertado, toda vez que existen características distintas entre ambas regiones.
- Finalmente, es necesario que para evitar que en el Sistema Interamericana se genere el mismo desarrollo nebuloso ocurrido en la región europea, a partir de la generación de excepciones poco sistematizadas y que no responden a una lógica en común, se desarrolle una teoría general de a jurisdicción.
- En relación al Sistema Africano se encuentran ciertas expresiones de la jurisdicción extraterritorial que resultan interesantes para el análisis general de la materia, pero que resultan limitadas en comparación a otros Sistemas.

- La inexistencia de un título sobre el territorio es esencialmente irrelevante para la extensión de la jurisdicción de los Estados, como consecuencia del ejercicio de control efectivo, la capacidad del Estado para evitar o generar una violación de Derechos Humanos no depende de una condición legal, sino del ejercicio de control.

Capítulo III. Hacia una Tercera Vía: El Modelo Funcional de Jurisdicción Extraterritorial.

Hasta el momento, el análisis de la jurisdicción de los Estados se ha circunscrito al estudio de los supuestos desarrollados por los distintos Sistemas de Protección de Derechos Humanos, sin embargo, es evidente que como consecuencia de esta limitación, el significado del término jurisdicción es todo, menos un concepto definido y claro en la interpretación jurisdiccional, por lo que la finalidad de esta investigación fue establecer ciertos criterios de análisis general que de alguna forma contribuyan a simplificar la labor de los tribunales internacionales, para ello se considera que la teoría funcional de la jurisdicción representa una vertiente que contribuye a esta tarea.

Antes de analizar las características de una concepción funcional de la jurisdicción, se consideró pertinente hacer referencia a la clasificación desarrollado por el profesor Milanovic (2013), que comprende dos modelos: espacial y personal, desarrollados anteriormente, y a los cuáles el profesor agrega un tercer modelo, que diferencia entre las obligaciones de respeto y de garantía, como se vio este tercer modelo guardan en su génesis una concepción funcional de la jurisdicción.

3.1 La tercera vía: Hacia un análisis funcional de la Jurisdicción y su distinción entre las obligaciones negativas y positivas.

Después de haber analizado aspectos relacionados a responsabilidad internacional, así como el estado de la cuestión respecto al desarrollo judicial de los diferentes tribunales internacionales, y por último los modelos de jurisdicción tradicionales, se llegó al punto neurálgico de la investigación, en el que se desarrolló las características y contribuciones de la propuesta funcional de la jurisdicción.

Los modelos trabajados con anterioridad buscan de alguna forma conciliar la universalidad básica de los derechos humanos con la efectividad en el cumplimiento de las obligaciones internacionalmente asumidas.

Por ello, el modelo territorial parece cumplir con esta función, al cubrir con eficacia el rango de las obligaciones estatales, sin embargo, después de esta primera impresión, es sencillo encontrar supuestos que desde la visión de los derechos humanos se encontrarían desprotegidos por una perspectiva restringida.

Asimismo, el modelo personal, protege situaciones que el territorial no hace, pero al mismo tiempo le agrega una cuota de artificialidad a la lógica interpretativa de los textos convencionales, así como también, en ciertas situaciones pareciese extender de forma desproporcionado el alcance de las obligaciones estatales, hasta al punto de colapsar la armonía lógica entre universalidad y efectividad, es por estas razones que el profesor Milanovic (2011) propugna un modelo mixto, el cual postula una separación entre las obligaciones de respeto y garantía en materia de derechos humanos, pero lo que el profesor no advirtió, es la base funcional de su propuesta, que como veremos, no es más que una consecuencia de realizar un análisis funcional de la jurisdicción.

La concepción funcional de la jurisdicción parte de un postulado muy sencillo, que se basa en recurrir a las obligaciones generales en materia de derechos

humanos emanadas del tratado en particular, modelo propuesto por primera vez por el juez Bonelli en su voto Razonado ya mencionado en páginas previas, quien reconoció la necesidad de volver a una “*drawing board*”, para detener posiciones doctrinarias de moda que de alguna forma u otra buscan acomodarse a los hechos por ello destaco que:

States ensure the observance of human rights in five primordial ways: firstly, by not violating (through their agents) human rights; secondly, by having in place systems which prevent breaches of human rights; thirdly, by investigating complaints of human rights abuses; fourthly, by scourging those of their agents who infringe human rights; and, finally, by compensating the victims of breaches of human rights. These constitute the basic minimum functions assumed by every State by virtue of its having contracted into the Convention²⁶ (párr. 10).

La identificación de las obligaciones de los Estados constituye el primer punto sobre el cual cimentar el análisis funcional de la jurisdicción, ya que mediante una postura funcional, el Estado tendrá jurisdicción, siempre y cuando, el respeto y garantía de alguna de estas funciones se encuentra bajo su autoridad o control.

Nótese la evidente referencia a autoridad o control desde la perspectiva del modelo funcional, ya que lo que busca es revalorizar el elemento de control Estatal, manteniendo de esta forma un equilibrio, entre lo que el Estado puede o no hacer, como reconocería Bonelli, *Jurisdiction arises from the*

²⁶ Los Estados garantizan la observancia de los derechos humanos de cinco maneras primordiales: en primer lugar, no violando (a través de sus agentes) los derechos humanos; En segundo lugar, disponer de sistemas que eviten las violaciones de los derechos humanos; En tercer lugar, mediante la investigación de las denuncias de violaciones de los derechos humanos; En cuarto lugar, azotando a los de sus agentes que violan los derechos humanos; Y, finalmente, compensar a las víctimas de violaciones de los derechos humanos. Éstas constituyen las funciones mínimas básicas asumidas por cada Estado en virtud de su contratación en el Convenio Traducción No oficial.

*mere fact of having assumed those obligations and from having the capability to fulfil them (or not to fulfil them)*²⁷ (párr. 13)

De esta forma, el modelo funcional presenta un postulado de menor confusión en relación a las excepciones individuales a la jurisdicción, ya que desde la perspectiva del magistrado, el modelo plantea algunas preguntas: (...) *did it depend on the agents of the State whether the alleged violation would be committed or would not be committed? Was it within the power of the State to punish the perpetrators and to compensate the victims*²⁸? (...) (parr.16). Si la respuesta a estas interrogantes es positiva, el Estado ejercía jurisdicción, y de esta forma se evita cualquier posición que extienda o restrinja de forma injustificada la jurisdicción estatal.

En ese sentido, el modelo funcional generará responsabilidad internacional, allí donde cada uno de las obligaciones enunciadas se encuentren bajo el control o autoridad estatal, sin importar la localización geográfica de la violación del derecho humano, ello encuentra concordancia como reconoce Igiriougu (2012) con el objeto y propósito de los tratados de derechos humanos, que buscan efectivizar la protección de los derechos humanos, sin recurrir a supuestos esporádicos.

Es así que el modelo funcional propuesto en esta investigación permite reconocer las limitaciones de los Estados, y a su vez, permite hacer diferencia, desde la perspectiva de este estudio, entre las obligaciones de respeto y garantía, y a diferencia de lo que sostiene por ejemplo Da Costa (2013) la extensión de la jurisdicción no necesariamente genera la aplicación de ambas obligaciones, ya que habrá que observar el ejercicio de control o autoridad.

El modelo funcional no es una invención abstracta, sino que como se analizó el mismo se encuentra en la naturaleza de cada una de las excepciones

²⁷ La Jurisdicción surge por el hecho de haber asumido estas obligaciones y por tener la capacidad de cumplirlas (o no cumplirlas) Traducción No oficial.

²⁸ ¿Dependía de los agentes del Estado si la presunta violación se cometería o no se cometería? ¿Podía el Estado castigar a los autores e indemnizar a las víctimas? Traducción No oficial

desarrolladas por la jurisprudencia, es así que este modelo se fundamenta en los siguientes supuestos:

- a) Nace del reconocimiento de un necesario elemento estatal en la extensión de la jurisdicción estatal y
- b) Se fundamenta en la necesidad de armonizar las obligaciones estatales con su real capacidad para proteger derechos humanos para evitar la imposición de cargas desproporcionadas.

Por otro lado, fue necesario identificar que cada una de las excepciones, así como cada uno de los modelos de jurisdicción extraterritorial, tiene una evidente base funcional, ya que la naturaleza de estos responde a la presencia en cierto grado del Estado en la configuración de una violación de un derecho humano.

Así, en realidad, el modelo funcional parte de estos supuestos analizados, así como de los modelos, ya que en cada uno de estos se observa un claro elemento estatal, como se ha resaltado, lo que permite desde el punto de vista funcional a los Estados cumplir con sus obligaciones, es así que dota al análisis de un espíritu unitario, característica que el desarrollo esporádico y casuístico le había vetado.

En la aplicación del modelo funcional deberán observarse dos momentos para concluir si un Estado ejercía o no jurisdicción, es decir, si estaba en capacidad o no de cumplir con sus obligaciones internacionales, estos son:

- a. Evaluar objetivamente las medidas o acciones hipotéticas que podrían haberse adoptado en relación a la violación de un derecho humano.
- b. Evaluar si la medida es razonable y no representa una carga desproporcionada.

Estos dos criterios permiten concretizar el mandato del modelo funcional, ya que al existir medidas que puedan adoptarse respecto a una violación de un

derecho humano, si la misma resulta razonable, ello significa que el Estado estaba en posición de cumplir con las obligaciones internacionalmente asumidas, evidentemente, esto significará un análisis caso por caso.

Aunque el análisis señalado debe desarrollarse en la etapa de admisibilidad de un proceso internacional, es decir, sin analizar el fondo, es posible advertir que este análisis requiere la alusión a ciertos conceptos de responsabilidad internacional, lo que podría llevar a argumentar que la misma debería hacerse en el fondo de los asuntos.

Sin embargo, hay que destacar que no es posible determinar si un Estado tenía jurisdicción sin analizar ciertas cuestiones relacionadas a la responsabilidad estatal, ya que analizar la competencia en razón del lugar, implicará hacer un juicio *prima facie* respecto a la responsabilidad de un Estado. Esto se debe a que ambos conceptos se encuentran ligados de forma particular, ya que el primero es una condición para el segundo.

Por ejemplo, en *Loizidou v. Turquía* se encontró jurisdicción de un Estado porque *“the applicant’s loss of control of her property stems from the occupation of the northern part of Cyprus by Turkish troops and the establishment there of ‘TRNC’”* (párr. 63). Evidentemente esta afirmación involucre un juicio de valor aparente respecto a la responsabilidad o no del Estado, pero que sin embargo no significa que no deba realizarse en la etapa de admisibilidad, por lo que se encuentra una excepción a la regla del análisis en el fondo del asunto.

El tercer modelo tiene efectos en las obligaciones estatales, ya que se basa en las mismas, por lo que a continuación se verá cómo podrían afectar las mismas a las obligaciones de respeto y garantía.

3.1.1. El tercer modelo y las obligaciones diferenciadas de respeto y garantía en los Tratados de Derechos Humanos.

En las primeras páginas de la investigación se desarrolló brevemente las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, con la finalidad de que en este punto se tomasen en consideración su características particulares, mientras que la obligación de respeto exige un comportamiento negativo, es decir de no hacer, la obligación de positiva tiene unos alcances que exigen una actitud positiva al Estado, incluso en situaciones en las que están involucrados particulares, por ello el Comité de Derechos Humanos señaló en la Observación General 31 (2004):

El párrafo 1 del artículo 2 estipula que las obligaciones son vinculantes para los Estados Partes y que no producen, como tales, un efecto horizontal directo como cuestión de derecho internacional. El Pacto no puede considerarse como un sustitutivo del derecho interno penal o civil. Sin embargo, las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto en la medida en que son susceptibles de aplicación entre personas o entidades privadas. Puede haber circunstancias en que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produciría violaciones de esos derechos por los Estados Partes, como resultado de que los Estados Partes permitan o no que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas (...) (párr.8)

El Comité reconoce la exigencia de una obligación positiva, así como circunstancias en las que la responsabilidad pueda verse involucrado a causa de actos de particulares, pero cómo es posible reconocer, ambas obligaciones exigen un nivel distinto de accionar a los Estados.

Siguiendo esa lógica la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido con anterioridad en el caso Defensor de Derechos Humanos v. Guatemala (2014), así como en otros pronunciamientos, que la obligación de garantía no puede representar una carga desproporcionada para los Estados, por ello si se traslada este concepto al análisis jurisdiccional, es pertinente armonizar tanto las nociones de universalidad con la efectividad en la protección de los derechos humanos al extender la jurisdicción estatal.

Por ello el tercer modelo propone en forma de interrogante ¿Por qué un Estado no puede ser responsable por cualquier acto, que involucre la obligación de respeto, de sus agentes estatales, sin importar el lugar en el que se encuentren?

Desde la perspectiva del tercer modelo la obligación de respeto de los Estados sería una obligación de carácter ilimitado, ya que el Estado siempre estará en capacidad de hacer o dejar hacer mediante el acto de sus Estados, de esta forma se equilibra la relación entre universalidad y efectividad en la protección de los derechos humanos.

Ahora bien, por el lado de la obligación de garantía, que implica un accionar positivo, la jurisprudencia ha demostrado ser más flexible con esta obligación, como reseñábamos anteriormente, se ha destacado la necesidad de no imponer una carga desproporcionada, por lo que esta obligación en materia de análisis de jurisdicción debería limitarse a los supuestos en los cuales el Estado tiene cierto grado de control efectivo de la situación.

Como reconocería el profesor Milanovic (2013) adoptar una postura como la propuesta modelo implicaría un cambio radical en la visión de la jurisdicción, en relación a todo lo tratado previamente, la posición de esta investigación es que esta afirmación no es del todo cierta, ya que en los supuestos desarrollados por la jurisprudencia europea subyace la naturaleza funcional, debido a que como se destacó en cada uno de estos supuestos se mantenía en cierto grado la capacidad del Estado para evitar o generar violaciones de

Derecho Humanos, es así que su simplificación permitiría facilitar la labor interpretativa en el Sistema Interamericano de protección de Derechos.

De esta forma, se identificó este modelo, partiendo por su presencia en los textos convencionales identificando que en los textos, pueden encontrarse diferencias resaltantes entre las obligaciones de respeto y garantía, lo que permite sostener sus distintas consecuencias extraterritoriales

Cuando se revisa el texto del Convenio Europeo de Derechos Humanos se advierte que la cláusula jurisdiccional exige la obligación de los Estados de asegurar el cumplimiento de los Derechos en su territorio y no se hace alusión alguna a la obligación de respeto, es decir a la obligación negativa, lo que claramente no significa que la misma no exista.

De igual forma la Convención contra la Tortura y otros Tratos o penas crueles, Inhumanos o Degradantes tiene dentro de sus múltiples cláusulas con contenido jurisdiccional una lógica parecida, por ejemplo los artículos 11,12 y 13 exigen a los Estados la revisión de las normas, prácticas o métodos de interrogatorio, así como emprender investigaciones en su jurisdicción, disposiciones que no hacen referencia a la abstención de cometer esta clase de actos, pero que no podría decirse que por ello, la obligación no exista.

Resulta particular, la discusión producida en el seno de la Corte Internacional de Justicia en el caso del Genocidio Bosnio (2007), la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio no señala expresamente que los Estados puedan ser responsables por la comisión del delito de Genocidio, así el artículo 1 se refiere a la obligación de los Estados de prevenir y sancionar el genocidio, más no hace referencia a la obligación de respeto.

Como consecuencia del texto Convencional Serbia cuestionaba la existencia de una obligación separada de no cometer genocidio, destacando que la Convención se refería a crímenes cometidos por individuos y no por Estados, cuestión que la CIJ estimó que era errada, destacando que:

166. *The Court next considers whether the Parties are also under an obligation, by virtue of the Convention, not to commit genocide themselves. It must be observed at the outset that such an obligation is not expressly imposed by the actual terms of the Convention. The Applicant has however advanced as its main argument that such an obligation is imposed by Article IX, which confers on the Court jurisdiction over disputes “including those relating to the responsibility of a State for genocide or any of the other acts enumerated in Article III”. Since Article IX is essentially a jurisdictional provision, the Court considers that it should first ascertain whether the substantive obligation on States not to commit genocide may flow from the other provisions of the Convention. Under Article I the States parties are bound to prevent such an act, which it describes as “a crime under international law”, being committed. The Article does not expressis verbis require States to refrain from themselves committing genocide. However, in the view of the Court, taking into account the established purpose of the Convention, the effect of Article I is to prohibit States from themselves committing genocide. Such a prohibition follows, first, from the fact that the Article categorizes genocide as “a crime under international law”: by agreeing to such a categorization, the States parties must logically be undertaking not to commit the act so described. Secondly, it follows from the expressly stated obligation to prevent the commission of acts of genocide. That obligation requires the States parties, inter alia, to employ the means at their disposal, in circumstances to be described more specifically later in this Judgment, to prevent persons or groups not directly under their authority from committing an act of genocide or any of the other acts mentioned in Article III. It would be paradoxical if States were thus under an obligation to prevent, so far as within their power, commission of genocide by persons over whom they have a certain influence, but were not forbidden to commit such acts through their own organs, or*

persons over whom they have such firm control that their conduct is attributable to the State concerned under international law. In short, the obligation to prevent genocide necessarily implies the prohibition of the commission of genocide.

167. The Court accordingly concludes that Contracting Parties to the Convention are bound not to commit genocide, through the actions of their organs or persons or groups whose acts are attributable to them. That conclusion must also apply to the other acts enumerated in Article III. Those acts are forbidden along with genocide itself in the list included in Article III. They are referred to equally with genocide in Article IX and without being characterized as “punishable”; and the “purely humanitarian and civilizing purpose” of the Convention may be seen as being promoted by the fact that States are subject to that full set of obligations, supporting their undertaking to prevent genocide. It is true that the concepts used in paragraphs (b) to (e) of Article III, and particularly that of “complicity”, refer to well known categories of criminal law and, as such, appear particularly well adapted to the exercise of penal sanctions against individuals. It would however not be in keeping with the object and purpose of the Convention to deny that the international responsibility of a State — even though quite different in nature from criminal responsibility — can be engaged through one of the acts, other than genocide itself, enumerated in Article III²⁹. (párr.167)

²⁹ La Corte considera a continuación que las Partes tienen también la obligación, en virtud de la Convención, de no cometer el genocidio. En primer lugar, debe observarse que tal obligación no se impone expresamente en los términos actuales de la Convención. Sin embargo, el demandante ha aducido como argumento principal que tal obligación está impuesta por el artículo IX, que confiere a la Corte jurisdicción sobre las controversias ", incluidas las relativas a la responsabilidad de un Estado por genocidio o a cualquiera de los demás actos enumerados en el artículo III" . Dado que el artículo IX es esencialmente una disposición jurisdiccional, la Corte considera que debe determinar en primer lugar si la obligación sustantiva de los Estados de no cometer genocidio puede derivarse de otras disposiciones de la Convención. En virtud del artículo I, los Estados Partes están obligados a impedir que se cometa un acto de este tipo, que califica de "delito de derecho internacional". El artículo no expresa verbis obliga a los Estados a abstenerse

Como se observa, la inexistencia de una referencia expresa a la obligación de respeto no limitó a la CIJ para concluir que los Estados se veían obligados a no cometer actos de Genocidio, de esta forma, en los tratados que no contienen la referencia expresa a una obligación de respeto, ello no necesariamente significara que la misma no exista, así se ha entendido al Convenio Europeo, el cual como se señaló no menciona esta obligación, es por ello, que las consecuencias y limitaciones de cada obligación no tienen por qué ser necesariamente las mismas.

De esta forma, volviendo al caso del Genocidio Bosnio, la CIJ consideró que tanto la obligación de respeto como de garantía podían ser aplicadas de forma ilimitada (párr.183); sin embargo, el juez Tomka en su Opinión Separada (2007) sostuvo que la obligación positiva debe ser limitada al territorio de los Estados,

de cometer ellos mismos genocidio. Sin embargo, a juicio de la Corte, teniendo en cuenta el propósito establecido de la Convención, el efecto del Artículo I es prohibir a los Estados de cometer ellos mismos genocidio. Tal prohibición se deriva, en primer lugar, del hecho de que el artículo clasifica el genocidio como "un crimen de derecho internacional": al aceptar tal clasificación, los Estados partes deben lógicamente comprometerse a no cometer el acto así descrito. En segundo lugar, de la obligación expresamente declarada de impedir la comisión de actos de genocidio. Esta obligación obliga a los Estados partes, entre otras cosas, a emplear los medios de que disponen, en circunstancias que se describirán más específicamente más adelante en esta Sentencia, para impedir que personas o grupos que no estén directamente bajo su autoridad cometan un genocidio o cualquiera de los Otros actos mencionados en el artículo III. Sería paradójico que los Estados tuvieran la obligación de impedir, en la medida de sus posibilidades, la comisión de genocidio por personas sobre las que ejercen cierta influencia, pero que no se les prohibió cometer tales actos por sus propios órganos o personas que tienen un control tan firme que su conducta es atribuible al Estado interesado en virtud del derecho internacional. En resumen, la obligación de prevenir el genocidio implica necesariamente la prohibición de la comisión del genocidio.

167. En consecuencia, la Corte concluye que las Partes Contratantes de la Convención están obligadas a no cometer genocidio, por conducto de sus órganos o personas o grupos cuyos actos les sean imputables. Esta conclusión debe aplicarse también a los demás actos enumerados en el artículo III. Esos actos están prohibidos junto con el propio genocidio en la lista incluida en el artículo III. Se les menciona igualmente con genocidio en el Artículo IX y sin ser caracterizados como "punibles"; Y la "finalidad puramente humanitaria y civilizadora" de la Convención puede ser vista como promovida por el hecho de que los Estados están sujetos a ese conjunto de obligaciones, apoyando su compromiso de prevenir el genocidio. Es cierto que los conceptos utilizados en los párrafos b) a) del artículo III, y en particular el de "complicidad", se refieren a categorías bien conocidas de derecho penal y, como tales, parecen particularmente bien adaptados al ejercicio del derecho penal Sanciones contra particulares. Sin embargo, no estaría en consonancia con el objeto y el propósito de la Convención negar que la responsabilidad internacional de un Estado -aunque sea de naturaleza totalmente diferente de la responsabilidad penal- pueda ser comprometida por uno de los actos, distintos del genocidio mismo, enumerados En el artículo III. Traducción No oficial.

*This said, however, I am convinced that under Article I of the Genocide Convention the State does have an obligation to prevent genocide outside its territory to the extent that it exercises jurisdiction outside its territory, or exercises control over certain persons in their activities abroad. This obligation exists in addition to the unequivocal duty to prevent the commission of genocide within its territory*³⁰ (párr.61)

Es decir, el magistrado considero viable limitar la aplicación de la obligación positiva de prevenir el genocidio, a aquellas situaciones en las cuales el Estado ejerce control, ya que esta clase de acciones exigen un accionar de mayor alcance para los Estados.

Ahora bien, limitar la obligación positiva, no significa que la obligación en su conjunto deba ser limitada, es así que se considera que ciertos aspectos de la obligación positiva, que normalmente exigen la puesta en marcha del aparato estatal en su conjunto se encuentren limitadas al territorio, mientras otros aspecto de más fácil realización no lo sean, cuestión que se analizará a continuación.

3.1.2. La obligación positiva de protección de derechos humanos y su aplicación extraterritorial.

Como se destacó en páginas previas, la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas para investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos, así como la obligación de prevenir las violaciones causadas por actores particulares, exige de los Estados la puesta en marcha del aparato estatal para intervenir en la esfera de protección de los derechos humanos.

³⁰ Dicho esto, sin embargo, estoy convencido de que, en virtud del artículo I de la Convención sobre el Genocidio, el Estado tiene la obligación de prevenir el genocidio fuera de su territorio en la medida en que ejerza jurisdicción fuera de su territorio o ejerza control sobre ciertas personas en sus actividades en el extranjero. Esta obligación existe además del deber inequívoco de impedir la comisión de genocidio en su territorio. Traducción No oficial.

De esa forma, se analizó en un primer momento si la obligación de emprender una investigación y sancionar las violaciones de derechos humanos reconocidas por los distintos tratados de derechos humanos, puede o no ser aplicada extraterritorialmente.

Comúnmente, esta obligación exige en particular el accionar del aparato estatal, de forma tal que las instituciones de los Estados puedan actuar de forma libre en el desarrollo de las investigaciones que deban realizarse. Sin embargo, cuando el acto se comete extraterritorialmente, existen ciertos aspectos que deberían considerarse.

Primero, si el acto ha sido cometido por un agente estatal fuera de su territorio, lo que en otras palabras, sería el modelo personal de jurisdicción, la implementación de medidas que permitan investigar, juzgar o sancionar a este agente no resulta desde ningún punto de vista desproporcionada, por lo que cualquier clase de discusión al respecto debe ser considerada como viable.

Segundo, si el acto ha sido cometido por un tercero u actor no estatal fuera de su territorio, como veremos más adelante sucede con ciertas empresas transnacionales, la situación ya no es tan sencilla, no solo los Estados no se muestran propensos a juzgar esta clase de situaciones, sino que además su capacidad de actuación es mucho más limitada, aunque ello no signifique que no existen ciertas acciones que el Estado sí esté en posición de realizar.

Por ejemplo, si un particular que habita en un país extranjero, comete un determinado acto y el Estado en el cual la situación sucedió no investiga lo cometido, parecería razonable sostener que el Estado primigenio, es decir el de la nacionalidad del particular, no se encontraría obligado a investigar esta situación, por varias razones, entre las cuales podrían argumentarse la cercanía con la evidencia, la existencia de un foro conveniente, las dificultades logísticas, entre otras.

Sin embargo, la situación es distinta, si ante la comisión de un acto violatorio de un derecho humano, el Estado en el que el acto se cometió investiga y requiere cierta información o apoyo por parte del Estado en el cual el o los actores son nacionales y este último decide por motivos injustificados no cooperar con las investigaciones, ésta clase de negativa iría en contra de la obligación reconocida por la Corte IDH en el Caso Goiburú v. Paraguay (2006) de los Estados de emprender acciones de cooperación con la finalidad de garantizar los derechos humanos en la región.

Entonces, cuando se trata de actos de investigación, si se siguiese la lógica del tercer modelo desde un punto de vista funcional, es decir diferenciando las obligaciones en relación a la capacidad del Estado, la obligación de cooperación en las investigaciones adquiere un carácter extraterritorial, mientras que otros actos, sin un nexo jurisdiccional más allá de la nacionalidad, no necesariamente generarían la aplicación extraterritorial de la obligación.

Sostener una posición contraria, como bien podría hacerse, argumentando que la capacidad no puede ser un límite para el accionar de los Estados implicaría desconocer el razonamiento de la Corte IDH respecto a la prohibición de imponer cargas desproporcionadas a los Estados por el acto de particulares, lo que en cierta forma, lleva al segundo punto, esto es la obligación de prevenir o de debida diligencia.

Como reconoce la jurisprudencia del Sistema Interamericano, la obligación que tienen los Estados de prevenir las violaciones de los derechos cometidas por particulares, exige el conocimiento de un riesgo real e inmediato, pero que además, debe tratarse de un riesgo específico y no una amenaza general que haya puesto al Estado en capacidad de adoptar medidas que impidiesen la materialización de dicho riesgo. Determinar si este razonamiento puede ser aplicado extraterritorialmente fue una de las interrogantes que la investigación buscó contestar.

En primer lugar, ya se mencionó que siguiendo la lógica funcional el Estado ejercerá jurisdicción allí donde se encuentre en capacidad de cumplir con las obligaciones reconocidas en materia de derechos humanos y asimismo, se destacó que esta obligación no puede representar una carga desproporcionada para los Estados, por ello, el primer requisito para la obligación de prevención, es el conocimiento de un riesgo real e inmediato, ¿Podrá este conocimiento realizarse de forma extraterritorial?

a. Conocimiento de un riesgo real e inmediato

Cuando la Corte IDH en el Caso de Defensor de Derechos Humanos y otros v. Guatemala por ejemplo, ha analizado la responsabilidad internacional de los Estados por actos de particulares, ha recurrido al concepto de la existencia de un riesgo real e inmediato, entendiéndose real como la existencia real de una relación causal que pueda causar una violación de un derecho humano y a la inmediatez como un concepto temporal, de inminencia del riesgo.

De esa forma, la aplicación extraterritorial de este concepto presenta ciertas dificultades, los Estados, en el marco de un mundo globalizado, tienen de algún forma u otra cierta presencia en territorio de otros Estados, y de esta forma, el conocer un riesgo presenta ciertas dificultades, aunque tampoco es difícil imaginar, por ejemplo, una situación en la que se denuncie reiteradamente un contexto de violaciones de derechos humanos en la cual el Estado podría estar relacionado, por ello es necesario concretizar esta situación.

Ejemplo 1.

Una empresa transnacional que emprende un proyecto extractivo en territorio de un Estado comienza a financiar a grupos terroristas o paramilitares con la finalidad de obtener protección particular frente a posibles revueltas que puedan ocasionarse, ante esta situación, un amplio número de

organizaciones civiles denuncian este accionar exigiéndole a la empresa que se detenga en su accionar.

En el marco de esta situación se cometen violaciones de derechos humanos, acto seguido, ¿En relación al Estado de origen de la empresa podría sostenerse el conocimiento de un riesgo real e inmediato?

La forma de responder a esta interrogante puede partir de varias posiciones, podría asumirse que el Estado de origen estaba en posición de conocer que existía un riesgo respecto a un grupo de personas relacionadas a los actos de la empresa particular y que en consecuencia la aplicación de esta noción de la teoría resulta válida.

Por otro lado, ya la Corte ha conocido de situaciones en las que existían contextos de violaciones de derechos humanos respecto a un grupo en particular, y pese a ello, ante la inexistencia de elementos probatorios que puedan probar la existe de un riesgo real e inmediato respecto a la víctima en particular ha declarado que el Estado no faltaba a su deber de garantía.

En consecuencia, el conocimiento de un riesgo real e inmediato es un concepto de difícil formulación extraterritorial, pero que no por ello, es imposible, de esta forma podría concluirse la posibilidad, en especial si se trata de empresas que reciben apoyo económico o político, si existiesen elementos probatorios en relación a un individuo en particular, que no dejase duda de la inminencia, lo que lleva al siguiente elemento.

- b. Capacidad de adoptar medidas que impidiesen la materialización del riesgo.

En la misma situación, tras sostenerse que el Estado conocía de un riesgo real e inmediato se analizó la capacidad del Estado de adoptar medidas positivas que impidiesen su materialización, en otras palabras, si el Estado, estaba o no en capacidad de evitar la violación de un derechos humano, una

clara expresión del concepto funcional de jurisdicción que se propuso como hipótesis de la investigación.

De esta forma, nuevamente podrían adoptarse dos posiciones, en una primera perspectiva, resultaría válido sostener que el Estado estaba en capacidad de aplicar sanciones a la empresa matriz en su territorio como consecuencia de las acciones causadas en territorio de otro estado por su filial y sucursal, ya sea a través de multas o inspecciones que asegurasen que no se estuviesen cometiendo violaciones derechos humanos. Posición, que sostendría que promueve la extensión de la jurisdicción del Estado como consecuencia del accionar de empresas transnacionales.

Sin embargo, otra posición podría sostener una posición válida, la exigencia del Sistema Interamericano es la adopción de medidas que impidan la materialización de la violación de un derecho humano, si en este caso la violación de un derecho humano, es el asesinato de un dirigente sindical por ejemplo o miembros de una comunidad indígena, la medida idónea para impedir esta materialización es la adopción de medidas policiales o institucionales que busquen la persecución y sanción de los autores de estos actos.

Entonces, cabría preguntarse por el sentido tendría sancionar económicamente o retirar la licencia a la matriz, bajo la posibilidad de un traslado del registro a otro Estado, si la relación con la violación de un derecho humano es de otra naturaleza, es decir de naturaleza penal, lo que implica una investigación por parte del Estado receptor.

En consecuencia, la posición de la investigación es que en el ámbito funcional territorial, podría sostenerse la obligación de adoptar medidas, ya que estas se encuentran en el marco de la autoridad estatal, en algún casos particulares, como se vio más adelante por ejemplo, la adopción de mecanismos de fiscalización respecto a empresas y los derechos humanos, mientras que exigencias como prevenir la muerte de una persona o adoptar

medidas que garanticen derechos a grupos de forma extraterritorial dependerían del Estados receptor.

3.1.3. El tercer Modelo: Ventajas y Desventajas.

Como se señaló con anterioridad, uno de los argumentos con mayor fortaleza y a su vez que generan más problemas en el estudio del alcance de la jurisdicción de los Estados es el concepto de universalidad en los derechos humanos, sin embargo, bajo la lógica funcional de la jurisdicción, esta situación se ve superada, ya que los Estados serán responsables por actos cometidos por sus agentes o por personas bajo su custodia, ya sea mediante el uso de drones o la fuerza armada común, así como cualquier otra forma de expresión del Estado, la noción de jurisdicción funcional no representa un obstáculo a la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos, ya que respeta la lógica universal, pero a su vez equilibra las obligaciones de los Estados.

Asimismo, cuando se trate de exigir la adopción de medidas positivas ya sea para impedir la muerte de un líder sindical o indígena relacionada a una empresa extractiva, para evitar también el trabajo forzoso o cualquier acto que implique una investigación de carácter penal o que requiera instrumentos estatales para su realización, la jurisdicción, como concepto funcional limitara el accionar del Estado a aquellas medidas que en el marco del conocimiento de un riesgo real e inmediato pueda adoptar.

Por otro lado, en relación a la efectividad, es evidente que la principal finalidad del modelo funcional de jurisdicción es asegurar que el Estado que este en mejor capacidad de cumplir efectivamente con sus funciones sea quien ejerza jurisdicción, por lo que de esta forma se asegura la efectividad en la protección de los derechos humanos, adoptando una posición realista en la protección de los derechos humanos.

No se puede negar la naturaleza universal de los derechos humanos, sin embargo, este concepto de universalidad como utopía, debe reconocer las limitaciones lógicas de la realidad, que permitan asegurar la exigencia del cumplimiento a quienes estaban realmente en posición de cumplir.

Otras de las ventajas que promueve el modelo funcional es la flexibilidad del concepto, mientras que el modelo territorial limita su alcance al territorio de los Estados, dejando desprotegidas situaciones que claramente merecen protección, y el modelo personal, parece extender su alcance a cualquier vinculación entre el Estado y una persona, el modelo funcional se desliga de estas situaciones para centrar su atención en el Estado y sus capacidad para cumplir con sus obligaciones de derechos humanos , de esta forma, como muchas veces suele suceder en el mundo del derecho, esta tercera vía o modelo, si bien no combina explícitamente las características de ambos modelos, en la realidad, su aplicación engloba tantos supuestos territoriales como personales, simplificando el análisis de las cortes en materia de derechos humanos.

Otra ventaja de la simplificación del análisis al tercer modelo, es que obstaculiza, lo que no quiere decir que imposibilita, porque en las ciencias sociales todo es posible, la proliferación de nuevos supuestos de extensión de la jurisdicción que lo único que buscan es la extensión desmedida de la jurisdicción, sin considerar fundamentos jurídicos para los mismos, desincentivando de esta forma voces que olvidan que los Sistemas de Protección de Derechos Humanos, requiere dos partes, una víctima y un Estado, y que es necesario establecer una relación armónica, entre lo moralmente exigible y lo jurídicamente justificable.

b. Desventajas

La principal objeción que podría sostenerse a la formulación de una modelo general de análisis como el desarrollado se concentra en que el mismo implica una modificación drástica de la perspectiva de análisis sostenido durante varias décadas por los pronunciamientos vinculados a la jurisdicción,

sin embargo, como reconoce el profesor Milanovic (2013) resulta necesario una modificación en la postura de análisis de la jurisdicción, ya que mantener el *statu quo* actual no resulta una opción viable frente a futuras situaciones que requieran un análisis de la jurisdicción de los Estados.

En consecuencia, sostener que la aplicación del tercer modelo resulta inviable frente al contexto actual de la jurisprudencia, significa no solo adoptar una postura que busca evitar cualquier intento de simplificación del análisis jurídico, sino que además es una postura que desconoce la naturaleza de las excepciones ya existentes.

En ese orden de ideas, sostener que un análisis funcional se encuentra desligado de las excepciones que ha desarrollado por décadas el Sistema Europeo, es parcialmente errado, ya que del análisis de cada una de las excepciones desarrolladas en la sección anterior, es sencillo encontrar que su naturaleza se encuentra en una noción funcional de la jurisdicción.

Es así que cuando se observa el criterio de control efectivo, en el fondo este se enmarca en el modelo territorial de jurisdicción, que a su vez, responde a un concepto funcional de jurisdicción, ya que solo en aquellas situaciones en las que los Estados tienen capacidad de control, en este caso territorial, las obligaciones tanto de respeto como garantía son aplicables sin discusión, ya que se entiende que la capacidad funcional del Estado se encuentra en su mayor expresión.

De igual forma, cuando la cuestión se refiere a los criterios de actos de agentes estatales que ejercen autoridad sobre personas en territorio de otros Estados, o por actos de agentes diplomáticos y consulares, se evidencia que estas excepciones se encuentran en el marco de un modelo personal de jurisdicción, el cual a su vez, tiene en el fondo la noción funcional de la jurisdicción, ya que cuando un agente estatal ejerce autoridad sobre una persona, el Estado mantiene de forma evidente su capacidad funcional para respetar y garantizar derechos humanos.

Consecuentemente, el modelo funcional, contrario a lo que podría pensarse, no modifica de forma drástica las excepciones planteadas por el TEDH o la Corte IDH, ni mucho menos es un modelo alejado nuevo o completamente desligado de los modelos territorial y personal, sino que por el contrario, adoptar una postura funcional permite justificar de jurídicamente las excepciones sobre jurisdicción extraterritorial, formulando una perspectiva general de análisis.

Adicionalmente, podría sostenerse su falta de presencia en los textos sobre derechos humanos, sin embargo, como se ha visto brevemente, los tratados de derechos humanos, no niegan esta posibilidad de forma explícita, sino que por el contrario, la interpretación de las cláusulas jurisdiccionales ha permitido la proliferación de varias excepciones que en un principio no eran explícitas al texto convencional, lo que no impediría llegar al mismo resultado mediante la interpretación progresiva y teleológica del tratado.

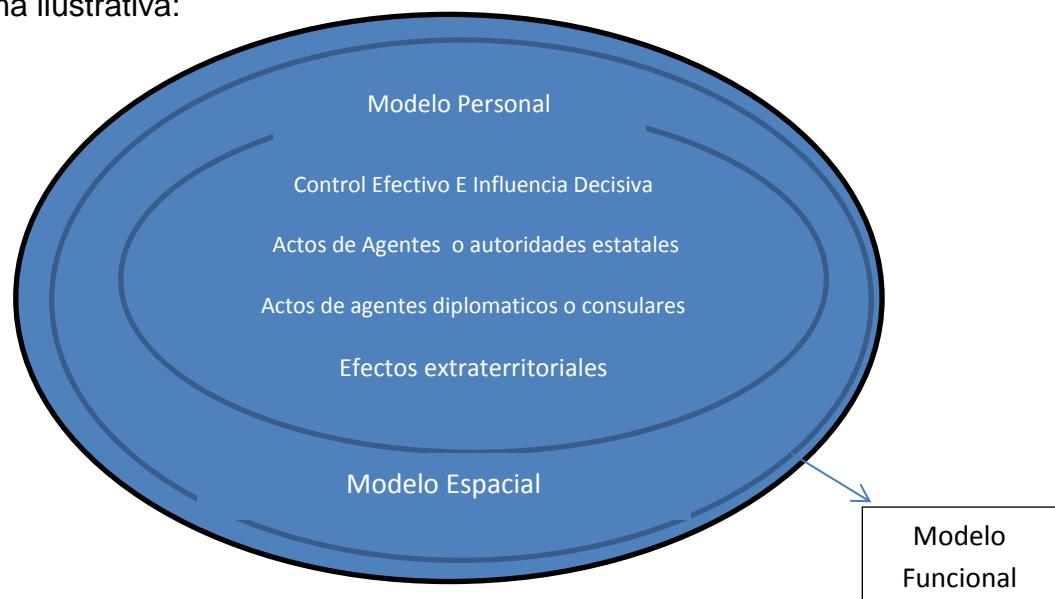
Finalmente, podría sostenerse también que el modelo funcional, dejaría un vacío legal, ya que los Estados no se encontrarían obligados adoptar medidas de índole positiva en relación a aquellos actos en los cuales no se encuentren relacionados de forma directa, si bien, esta afirmación no deja de ser acertada, en realidad lo que hace es adoptar una visión parcializada de la situación, ya que es necesario revitalizar el rol de los Estados donde los actos han ocurrido y quienes ejercen de forma funcional jurisdicción sobre las situaciones que han ocurrido en su territorio.

De esta forma, la exigencia al Estado donde ocurrieron los hechos realizados por particulares, no es desproporcionada, sino, que resulta una cuestión fundamental y lógica, ya que el primer llamado a conocer de las violaciones de derechos cometidas en su territorio, es el Estado en el cual ocurrieron, en especial si se trata de particulares que han actuado aquiescentemente y con su tolerancia.

Es así que la noción funcional de la jurisdicción, si bien, como se ha visto, puede ser cuestionada, merece que se le considere en la discusión de la

jurisdicción de los Estados, por lo que para resumir podría afirmarse que la noción funcional de la jurisdicción se destaca varios aspectos de importancia como:

- Permite armonizar las excepciones extraterritoriales, el modelo personal y territorial con la naturaleza intrínseca de la jurisdicción, la cual se encuentra estrictamente vinculado con la presencia del poder del Estado para influenciar en el respeto y garantía de los derechos humanos.
- El modelo funcional formula una teoría general de análisis, que en lugar de excluir, incluye de forma orgánica a las excepciones extraterritoriales y a los otros modelos, de esta forma, más que un nuevo modelo, se convierte en un modelo general, para graficar un poco esta situación, el siguiente grafico concretiza esta afirmación de forma ilustrativa:



- El modelo Funcional permite armonizar las obligaciones de los Estados con su real capacidad para evitar o generar violaciones de derechos humanos, lo que contribuye a evitar la imposición de una carga desproporcionada para los Estados.

- Asimismo, la lógica funcional equilibra los conceptos de universalidad y efectividad, ya que le exige a los Estados el respeto y garantía de los derechos humanos de forma extraterritorial, sin dejar de considerar la capacidad efectiva del Estado para proteger y garantizar derechos humanos.
- Asimismo, la flexibilidad del modelo permite y exige un análisis jurídico por parte de los jueces, evitando que se limiten a recurrir a excepciones previamente establecidas, sino que la justificación de sus fallos deberá basarse en el análisis de la capacidad funcional de los Estados.

Por todas las razones anteriormente señaladas se puede concluir que el modelo funcional de jurisdicción resulta idóneo para el análisis de la jurisdicción, ya que en lugar de constituirse como un marco rígido, se convierte en un instrumento que equilibra ambos intereses, tanto la universalidad como la una efectiva protección de los derechos humanos.

Una vez concluido que el modelo funcional es la lógica que se debería seguir, se consideró necesario analizar una problemática que tiene una relevancia fundamental en nuestra región y que se encuentra estrechamente vinculado a las nociones de jurisdicción, es decir, la relación entre las empresas transnacionales, la jurisdicción extraterritorial y la responsabilidad internacional de los Estados origen, discusión que será abordada desde una visión funcional de la jurisdicción, sin embargo, pre

3.2. Jurisdicción Extraterritorial, Empresas y Derechos Humanos.

El debate relacionado a la responsabilidad internacional de los Estados por actos de empresas transnacionales se encuentra abierto y forma parte de la agenda internacional, como lo demuestran los trabajos realizados por el Grupo de Trabajo Intergubernamental de la Organización de las Naciones

Unidas (2016) que tiene como finalidad la elaboración de un instrumento vinculante en la materia.

Asimismo, se encuentra debidamente estudiada las situaciones en las cuales las empresas pueden ver involucrada en violaciones de derechos humanos, como por ejemplo analiza Caroline Kaeb (2008) en relación a la empresa Shell en Nigeria y la problemática que lo vincula con la comunidad Ogoni respecto a la utilización de tierras sin el cumplimiento de estándares ambientales.

La situación descrita en el párrafo anterior generó el caso ya citado de Kiobel en la Corte Suprema de Estados Unidos, planteando una discusión respecto al ejercicio de jurisdicción por parte de las Cortes Americanas, cuestión claramente extraterritorial.

Kaeb desarrolla las distintas situaciones y formas en las cuales un empresa puede verse comprometida en violaciones de derechos humanos y su relación con las Cortes nacionales, así como las dificultades que plantea acceder a demostrar un vínculo jurisdicción que otorgue acceso a Cortes, como la americana o canadiense, y si bien no aborda el rol de los *home states*, la exposición de distintas situaciones demuestra lo complejidad de la materia.

Por otro lado, ya no respecto al rol de la empresa, sino del Estado, debe considerarse el elemento jurisdiccional al momento de evaluar la posibilidad de responsabilizar a un Estado por actos de empresas transnacionales que actúan fuera de su territorio, resulta necesario evaluar si el Estado, a quien se busca atribuir los actos materia de análisis, ejercía jurisdicción o no sobre la situación violatorio de derechos humanos, ya sea de forma directa o indirecta.

Al respecto, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el desarrollo de la materia ha sido escueto e incluso ha mantenido una perspectiva distinta haciendo referencia en muchas ocasiones a la responsabilidad social empresarial, y no en la posición de los Estados de origen respecto a las empresas transnacionales.

En relación a la temática vinculada a la jurisdicción y empresas en el continente europeo Wouters and Ryngaert (2009) estudian la situación respecto a la legislación europea y la posibilidad de acceder a sistemas de justicia, con particular énfasis en el Reino Unido, señalando las dificultades que se presentan en relación al concepto de *fórum non conveniens*, así como a la inexistencia de legislación que faculte expresamente a presentar demandas contra empresas transnacionales, y que en caso lo haya, la misma exige un nexo territorial relevante.

Asimismo, cuando se aborda la problemática de las empresas y los derechos humanos suele discutirse la posibilidad de dotar de personalidad jurídica internacional a las empresas con la finalidad de hacerlas responsables por violaciones de derechos humanos, es así que Vásquez (2005) se refiere a las obligaciones directas e indirectas de las empresas bajo el derecho internacional, sin embargo, esta posibilidad no es materia de la presente investigación, por lo basta con señalar que responsabilizar a empresas no excluye la posibilidad de que los Estados interpreten un rol en la temática.

Es ante estas discusiones que los distintos sistemas de Protección de Derechos Humanos vienen trabajando, abordando las posibilidades que puedan presentarse en nuestra región.

Es por ello que la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos comenzó a trabajar el tema de la Resolución AG/RES. 1786 (XXXI-O/01) del año 2011 hasta la Resolución AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) del año 2016 la cual solicitó al Comité Jurídico Interamericano que realice una recopilación de buenas prácticas, iniciativas, legislación, jurisprudencia y desafíos que puedan ser utilizados como base para identificar alternativas para el tratar el tema.

De esta forma el documento que aborda de forma directa la materia de empresas y derechos humanos en la región americana se encuentra en la de Guía de Principios sobre Responsabilidad Social de las Empresas en el

Campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas (2014), que como se verá no aborda el rol de los Estados de origen en la relación empresa y derechos humanos en ninguno de sus artículos.

Consecuentemente, casi quince años de debate sobre el tema y la discusión aún se centra en la responsabilidad social de las empresas, ignorando los avances en el seno de las naciones sobre la Elaboración de un instrumento vinculante sobre empresas transnacionales y derechos humanos que se concretizó en la Resolución A/HRC/RES/26/9 del 2014.

La Resolución previamente citada creó un Grupo de trabajo que se encarga de discutir la elaboración de un instrumento vinculante en la materia y que se encuentra presidida por la Delegación de Ecuador como se observa en el último Informe del Grupo de la Segunda Sesión de Trabajo A/HRC/34/47 del año 2017.

Esta resolución del 2017 recoge las discusiones del Grupo de Trabajo, y en particular respecto a la responsabilidad de los Estados de origen reconoce que:

38. El segundo ponente puso de manifiesto el sólido régimen internacional de derechos humanos y recordó que los Estados tenían la obligación de proteger, respetar y hacer efectivos los derechos humanos, en particular con respecto a las actividades de terceros, como por ejemplo empresas, a la vez que observó las considerables limitaciones que A/HRC/34/47 10 GE.17-00057 encontraban los Estados para hacer efectivo ese régimen. El instrumento vinculante debería elaborarse para atajar las causas de las actuales deficiencias en el ámbito del cumplimiento.

53. El primer ponente indicó que en el instrumento vinculante debía aclararse la responsabilidad del Estado de origen a efectos de imponer a las empresas transnacionales la

obligación de cumplir determinadas normas allá donde operaran, como por ejemplo requisitos de diligencia debida con fines de prevención de daños y requisitos en materia de divulgación y notificación, así como la competencia de los tribunales de ese Estado en A/HRC/34/47 12 GE.17-00057 relación con abusos empresariales contra los derechos humanos cometidos en cualquier lugar en el que operara la empresa en cuestión. La Corte Internacional de Justicia había aclarado que las obligaciones de un Estado de respetar los derechos humanos se aplicaban fuera del territorio del Estado cuando existía un vínculo entre este y la actividad que tuviera lugar en el extranjero.

Como se observa, en cierta forma la discusión de este instrumento vinculante buscara clarificar las lagunas jurídicas que puedan existir como consecuencias de las acciones extraterritoriales de los Estados, para lo cual se requiere de bases jurisdiccionales que justifiquen la extensión de la jurisdicción estatal.

Así como se destacó la decisión de iniciar las discusiones para la formación de un instrumento vinculante, también debe mencionarse un documento que podría ser comparado con la Guía del Comité, pero con claras diferencias en cuanto a su alcance, es así que el profesor John Ruggie trabajó los principios rectores sobre empresas transnacionales y derechos humanos (2011), que, sentaron una posición relativa a la responsabilidad de las empresas, refiriéndose al rol de los Estados de origen y su relación con las empresas transnacionales, sin ánimo de hacer un análisis específico de cada disposición, se comentaron las más relevantes para la investigación.

Entre los principios del profesor se destaca que “Los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades” (art.2), una clara referencia a la actuación de los Estados de origen respecto a empresas transnacionales, adicionalmente, en los comentarios a este artículo

el profesor reconoce, que a la fecha, año 2011, no existe una norma internacional que exija a los Estados regular el acto de empresas domiciliadas en su territorio o jurisdicción, pero que tampoco existe una prohibición de la misma, siempre y cuando exista una base jurisdiccional, es el énfasis a esta base jurisdiccional, un aspecto que como se ha visto suele descuidarse al argumentar a favor de la responsabilidad de las empresas transnacionales.

Posteriormente en el artículo 4 se señala que:

Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos.

Del texto de este artículo se desprenden dos lecturas, primero que se destaca la obligación de adopción de medidas respecto a empresas bajo la propiedad del Estado o bajo su control, cuestión con la que no existe ninguna discusión, ya que si se busca una base jurídica para esta posición, es sencillo encontrarla en la obligación de respeto descrita en el primer apartado de la investigación y además evidentemente cumple con las exigencias del modelo funcional de jurisdicción.

La segunda lectura de este artículo se refiere a la referencia a los organismos oficiales de crédito a la exportación o de seguros y garantía de las inversiones, situación en la que exige la debida diligencia y en sus comentarios el profesor Ruggie, expone su idea destacando la contribución que puede significar el accionar de estos organismos a las violaciones de derechos humanos cometidos por empresas.

Resulta innegable la contribución de estos pronunciamientos a la discusión, es por ello que para facilitar la comparación entre el avance en el Sistema Interamericano con el Sistema Universal se realizó un cuadro comparativo entre la Guía elaborada por el Comité Jurídico Interamericano y los Principios del profesor Ruggie, que se presenta a continuación.

3.2.1, Cuadro Comparativo Principios de la ONU y Principios de la OEA.

CUADRO COMPARATIVO	
Guía de Principios sobre Responsabilidad Social de las Empresas en el Campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas	Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU.
<p>a. Las empresas en el desarrollo de sus actividades deben adoptar al interior de ellas medidas preventivas y de protección de los derechos humanos, del medio ambiente y de los derechos laborales de sus trabajadores y de las poblaciones donde operan. En tal sentido, deben implementar políticas destinadas por ejemplo, a eliminar cualquier forma de discriminación, trabajo infantil y trabajo forzoso; respetar el derecho de los trabajadores a la sindicalización, negociación colectiva, a la salud y seguridad en el trabajo; al uso de tecnologías limpias y procedimientos de explotación ecológicamente eficientes; entre otras medidas, conforme al derecho internacional.</p>	<p>13. La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos.</p> <p>15. Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en</p>

	<p>función de su tamaño y circunstancias, a saber: a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos; b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos; c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar.</p> <p>19. Para prevenir y mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto en el marco de las funciones y procesos internos pertinentes y tomar las medidas oportunas.</p> <p>a) Para que esa integración sea eficaz es preciso que:</p> <p>i) La responsabilidad de prevenir esas consecuencias se asigne a los niveles y funciones adecuados dentro de la empresa;</p> <p>ii) La adopción de decisiones internas, las asignaciones presupuestarias y los procesos de supervisión permitan ofrecer respuestas eficaces a esos impactos.</p> <p>b) Las medidas que deban adoptarse variarán en función de:</p> <p>i) Que la empresa provoque o contribuya a provocar las consecuencias negativas o de que</p>
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>su implicación se reduzca a una relación directa de esas consecuencias con las operaciones, productos o servicios prestados por una relación comercial;</p> <p>ii) Su capacidad de influencia para prevenir las consecuencias negativas.</p>
<p>b. Las empresas deben respetar el entorno, la propiedad así como las costumbres y formas de vida de las comunidades donde llevan a cabo sus operaciones, buscando cooperar y contribuir a su desarrollo económico, social y medioambiental.</p>	<p>11. Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación.</p>
<p>c. Las empresas deben fomentar que sus proveedores y contratistas respeten los derechos señalados en el primer literal de esta Guía, a efectos de no resultar cómplices de prácticas ilegales o contrarias a la ética.</p>	<p>B. PRINCIPIOS OPERATIVOS COMPROMISO POLÍTICO</p> <p>16. Para asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben expresar su compromiso con esta responsabilidad mediante una declaración política que:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Sea aprobada al más alto nivel directivo de la empresa; b) Se base en un asesoramiento especializado interno y/o externo; c) Establezca lo que la empresa espera, en relación con los derechos humanos, de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios; d) Se haga pública y se difunda interna y externamente a todo el personal, los socios y otras partes interesadas; e) Quede reflejada en las políticas y los procedimientos operacionales

	necesarios para inculcar el compromiso asumido a nivel de toda la empresa.
d. Las empresas deben implementar actividades de capacitación de sus funcionarios y empleados, de forma tal que internalicen su compromiso con la responsabilidad social empresarial.	<p>8. Los Estados deben asegurar que los departamentos y organismos gubernamentales y otras instituciones estatales que configuran las prácticas empresariales sean conscientes de las obligaciones de derechos humanos del Estado y las respeten en el desempeño de sus respectivos mandatos, en particular ofreciéndoles la información, la capacitación y el apoyo pertinentes.</p> <p>9. Los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión.</p> <p>10. Los Estados cuando actúen en calidad de miembros de instituciones multilaterales que tratan cuestiones relacionadas con las empresas, deberán:</p> <p>a) Tratar de asegurarse de que esas instituciones no limiten la capacidad de los Estados miembros de cumplir su deber de protección ni pongan trabas a la observancia de los derechos humanos por las empresas;</p> <p>b) Alentar a esas instituciones, en el marco de sus respectivos</p>

	<p>mandatos y capacidades, a promover el respeto de los derechos humanos entre las empresas y a ayudar a los Estados que lo soliciten a cumplir su deber de protección contra las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas, en particular mediante iniciativas de asistencia técnica, fomento de la capacidad y sensibilización;</p> <p>c) Inspirarse en estos Principios Rectores para promover el mutuo entendimiento y la cooperación internacional en la gestión de problemas relacionados con las empresas y los derechos humanos.</p>
<p>e. Las empresas deben llevar adelante estudios del impacto que tendrán sus actividades, los mismos que deben ser de conocimiento de las autoridades pero también de la población en cuyo entorno desarrollarán sus actividades.</p>	<p>17. Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. La debida diligencia en materia de derechos humanos:</p> <p>a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que</p>

	<p>guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales;</p> <p>b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones;</p> <p>c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas.</p> <p>18. A fin de calibrar los riesgos en materia de derechos humanos, las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales. Este proceso debe: a) Recurrir a expertos en derechos humanos internos y/o independientes;) Incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de la operación</p>
<p>f. Las empresas deben contar con planes de emergencia a efectos de controlar o atenuar eventuales daños</p>	<p>13. La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: a) Eviten que sus</p>

<p>graves al medio ambiente provocados por accidentes en el desarrollo de sus operaciones, así como con sistemas de alerta a las autoridades y a la población, que permitan una acción rápida y eficiente.</p>	<p>propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos.</p>
<p>g. Las empresas deben reparar y hacer frente a los daños provocados por el desarrollo de sus operaciones.</p>	<p>22. Si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos</p>
<p>h. La responsabilidad social de las empresas corresponde a todas ellas, independientemente de su tamaño, estructura, sector económico o características; sin embargo, las políticas, procedimientos y medidas establecidos al interior de ellas puede variar en función de estas circunstancias.</p>	<p>14. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos.</p>
<p>i. Las empresas deben disponer las medidas que sean necesarias para garantizar que los consumidores reciban los bienes o servicios que producen con los niveles de calidad requeridos en materia sanitaria y de</p>	<p></p>

<p>seguridad. Para tal efecto resulta fundamental que el bien o servicio indique la información suficiente sobre su contenido y composición, eliminando prácticas comerciales engañosas</p>	
<p>j. Las empresas y los Estados donde estas operan, deben fortalecer respectivamente, los sistemas internos y externos de seguimiento, fiscalización y control del cumplimiento de los derechos laborales, de los derechos humanos y de la protección del medio ambiente. Esto implica, necesariamente, que los Estados implementen políticas eficientes de fiscalización y supervisión de las empresas en el desarrollo de sus actividades como también que las propias empresas establezcan políticas para garantizar el respeto de los derechos humanos y del medio ambiente en sus operaciones.</p> <p>Ambos mecanismos de fiscalización deben consultar fuentes externas, incluidas las partes afectadas.</p>	<p>1. Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.</p> <p>3. En cumplimiento de su obligación de protección, los Estados deben: a) Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias; b) Asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas; c) Asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades; d) Alentar y si es preciso exigir a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos.</p>

	<p>20. A fin de verificar si se están tomando medidas para prevenir las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben hacer un seguimiento de la eficacia de su respuesta. Este seguimiento debe:</p> <p>a) Basarse en indicadores cualitativos y cuantitativos adecuados; b) Tener en cuenta los comentarios de fuentes tanto internas como externas, incluidas las partes afectadas.</p>
<p>k. Los mecanismos internos y externos de fiscalización y control deben ser transparentes e independientes de las estructuras de control de las empresas y de cualquier tipo de influencia política.</p>	
<p>l. Lo anterior debe ser complementado con el establecimiento de incentivos o formas de reconocimiento, tanto estatales como privadas, que beneficien o distingan a las empresas activamente comprometidas con la responsabilidad social empresarial.</p>	
<p>m. Los Estados deben exigir a las empresas con las que celebran transacciones comerciales o se presenten a licitaciones, el fiel cumplimiento de las obligaciones señaladas en el literal a) de la presente Guía.</p>	<p>5. Los Estados deben ejercer una supervisión adecuada con vistas a cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos cuando contratan los servicios de empresas, o promulgan leyes a tal fin, que puedan tener un impacto sobre el disfrute de los derechos humanos</p> <p>6. Los Estados deben promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que lleven a cabo transacciones comerciales</p>
<p>n. Las empresas deben también</p>	<p>29. Para que sea posible atender</p>

<p>garantizar a los posibles afectados con sus actividades, la posibilidad de acceder a mecanismos de reclamación interna, temprana, directa y eficaz</p>	<p>rápidamente y reparar directamente los daños causados, las empresas deben establecer o participar en mecanismos de reclamación eficaces de nivel operacional a disposición de las personas y las comunidades que sufran las consecuencias negativas.</p> <p>30. Las corporaciones industriales, las colectividades de múltiples partes interesadas y otras iniciativas de colaboración basadas en el respeto de las normas relativas a los derechos humanos deben garantizar la disponibilidad de mecanismos de reclamación eficaces.</p>
<p>o. Las partes potencialmente afectadas por las actividades de la empresa tienen el derecho a recurrir a mecanismos de reclamos administrativos, judiciales, e incluso extrajudiciales, eficaces, transparentes y oportunos.</p>	<p>25. Como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces.</p> <p>26. Los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales cuando aborden las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas, en particular considerando la forma de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir</p>

	<p>a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación.</p> <p>27. Los Estados deben establecer mecanismos de reclamación extrajudiciales eficaces y apropiados, paralelamente a los mecanismos judiciales, como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas</p> <p>28. Los Estados deben estudiar la forma de facilitar el acceso a los mecanismos de reclamación no estatales que se ocupan de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas.</p> <p>CRITERIOS DE EFICACIA DE LOS MECANISMOS DE RECLAMACIÓN EXTRAJUDICIALES</p> <p>31. Para garantizar su eficacia, los mecanismos de reclamación extrajudiciales, tanto estatales como no estatales, deben ser:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Legítimos: suscitar la confianza de los grupos de interés a los que están destinados y responder del correcto desarrollo de los procesos de reclamación;b) Accesibles: ser conocidos por todos los grupos interesados a los que están destinados y prestar la debida asistencia a los que puedan tener especiales dificultades para acceder a ellos;c) Predecibles: disponer de un procedimiento claro y conocido,
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>con un calendario indicativo de cada etapa, y aclarar los posibles procesos y resultados disponibles, así como los medios para supervisar la implementación;</p> <p>d) Equitativos: asegurar que las víctimas tengan un acceso razonable a las fuentes de información, el asesoramiento y los conocimientos especializados necesarios para entablar un proceso de reclamación en condiciones de igualdad, con plena información y respeto;</p> <p>e) Transparentes: mantener informadas a las partes en un proceso de reclamación de su evolución, y ofrecer suficiente información sobre el desempeño del mecanismo, con vistas a fomentar la confianza en su eficacia y salvaguardar el interés público que esté en juego;</p> <p>f) Compatibles con los derechos: asegurar que los resultados y las reparaciones sean conformes a los derechos humanos internacionalmente reconocidos;</p> <p>g) Una fuente de aprendizaje continuo: adoptar las medidas pertinentes para identificar experiencias con el fin de mejorar el mecanismo y prevenir agravios y daños en el futuro; Los mecanismos de nivel operacional también deberían:</p> <p>h) Basarse en la participación y el diálogo: consultar a los grupos interesados a los que están destinados sobre su diseño y su</p>
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	funcionamiento, con especial atención al diálogo como medio para abordar y resolver los agravios.
<p>p. Debe llevarse a cabo la difusión de los principios que componen la responsabilidad social empresarial así como de las buenas prácticas empresariales, que hayan arrojado beneficios para las comunidades locales donde operan como también impactos positivos para las propias empresas.</p> <p>La responsabilidad social empresarial debe formar parte de una cultura, compartida y asumida por todos, para lo cual, la formación y sensibilización de los empresarios, de las autoridades y de la opinión pública en general resulta fundamental.</p>	
<p>q. Otros actores deben participar en este esfuerzo, desde las universidades y centros de investigación, brindando conocimientos e ideas para mejorar la actuación de las empresas; hasta las ONG's, sindicatos, organizaciones sociales, medios de comunicación e iglesias, quienes pueden servir como instrumentos de presión o de denuncia pero también como órganos de apoyo y cooperación.</p>	
<p>r. Las asociaciones o gremios empresariales pueden ser actores claves en el fortalecimiento consciente y voluntario de la responsabilidad social empresarial, brindando asesoramiento técnico y capacitación, estableciendo redes de intercambio de información y experiencias entre empresas, creando estímulos y premios, entre otras</p>	

acciones.	
Principios rectores sobre Empresas y Derechos Humanos No Considerados.	
2. Los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades.	
4. Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos.	
FOMENTAR EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS POR LAS EMPRESAS EN ZONAS AFECTADAS POR CONFLICTOS	
7. Puesto que el riesgo de violaciones graves de los derechos humanos es mayor en zonas afectadas por conflictos, los Estados deben tratar de asegurar que las empresas que operan en tales contextos no se vean implicadas en abusos de este tipo, adoptando entre otras las siguientes medidas: a) Colaborar en la fase más temprana posible con las empresas para ayudarlas a determinar, prevenir y mitigar los riesgos que entrañen sus actividades y relaciones empresariales para los derechos humanos; b) Prestar asistencia adecuada a las empresas para evaluar y tratar los principales riesgos de abusos, prestando especial atención tanto a la violencia de género como a la violencia sexual; c) Negar el acceso al apoyo y servicios públicos a toda empresa que esté implicada en graves violaciones de los derechos humanos y se niegue a cooperar para resolver la situación; d) Asegurar la eficacia de las políticas, leyes, reglamentos y medidas coercitivas vigentes para prevenir el riesgo de que las empresas se vean implicadas en graves violaciones de los derechos humanos	
12. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos – que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a 16 los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.	
CUESTIONES DE CONTEXTO	
23. En cualquier contexto, las empresas deben: a) Cumplir todas las leyes	

aplicables y respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, dondequiera que operen; b) Buscar fórmulas que les permitan respetar los principios de derechos humanos internacionalmente reconocidos cuando deban hacer frente a exigencias contrapuestas; c) Considerar el riesgo de provocar o contribuir a provocar violaciones graves de los derechos humanos como una cuestión de cumplimiento de la ley dondequiera que operen.

El cuadro mostrado permite evidenciar la clara diferencia entre los alcances de ambos trabajos y demuestra el estado embrionario en el que se encontraba y aún se encuentra la discusión relacionada a la jurisdicción extraterritorial, empresas y los derechos humanos.

Mientras que los Principios de Sistema Universal tienen un alcance más amplio, abarcando en algunos artículos a los Estados de Origen, los Principios del Sistema Interamericano se enfocan en el rol de la empresa y otorgan al Estado una posición fiscalizadora, sin hacer diferencia respecto a empresas en su territorio o no.

Lo cierto es que las teorías sobre la jurisdicción trabajadas en esta investigación pueden servir de argumentos para justificar la jurisdicción de los Estados, como se vio con anterioridad, el criterio de influencia decisiva puede ser utilizado para atribuir responsabilidad a los Estados por actos de empresas que actúan fuera de su territorio.

3.2.2. Aplicación del Modelo Funcional al debate de empresas extractivas y Derechos Humanos.

Como se reconoció en líneas previas, cuando se trata de empresas de propiedad estatal o respecto de las cuales los Estados tienen cierto grado de control, puede entenderse la extensión natural de la jurisdicción estatal, como consecuencia, del ejercicio efectivo de poder, conclusión que comparada con los modelos de jurisdicción, muestra una evidente compatibilidad con una noción funcional de la jurisdicción.

Sin embargo, esta afirmación se convierte más difícil de aceptar, mientras más delgado sea el vínculo entre la empresa y el Estado, por ello, cuando ya no se trata de una empresa estatal o compartida, sino de una empresa particular, que

recibe apoyo económico o político del Estado, cabe en esta situación analizar su base jurisdiccional.

Para graficar esta situación, expondremos algunas situaciones que han se han presentado en nuestra región relacionadas a la temática expuesta, para lo cual se recurrió al Informe sobre El impacto de la minería canadiense en América Latina y la responsabilidad de Canadá elaborado por la Fundación por el Debido Proceso Legal (2014)

Caso 1.

El Proyecto de Bajo de la Alumbreira llevado a cabo por Goldcorp Inc. y Yamana Gold Inc en Argentina, proyecto de explotación de metales a cielo abierto, en el que ambas empresas canadienses cuentan o han contado en algún momento con el apoyo económico o político del Estado Canadiense.

Caso 2.

El proyecto Minero las Huaquillas, operado por Inca One Resources Corp, proyecto de mina y oro que afecta a más de 24 comunidades del caserío las Huaquillas en Cajamarca, las cuales han manifestado junto a las autoridades su disconformidad con la realización del proyecto.

Esta clase de proyectos, junto a muchos otros en la región, traen consigo no solo impactos ambientales, sino también sociales en la vida de las comunidades que se ven relacionadas a grandes proyectos de extracción, como por ejemplo desplazamientos sociales, como en el caso de Bajo de la Lumbreira o criminalización de la protesta, entre otras afectaciones a los derechos humanos que recoge el referido informe y el cual se recomienda visitar para tener una visión más exacta de la situación.

Ante estas situación, se sostiene la obligación del Estado de adoptar mecanismos de fiscalización por actos de empresas transnacionales, y de no hacerlo, se propugna la obligación de investigar y reparar violaciones de derechos humanos cometidas fuera de su territorio, sin embargo, cuando se busca justificar estas

obligaciones se recurren a los supuestos ya señaladas del Sistema Europeo lo que hace artificial la atribución de jurisdicción.

Es por ello, que en aplicación del modelo funcional, se analizó si es posible exigir a los Estados la adopción de estas medidas frente a violaciones de derechos humanos por empresas fuera de su territorio.

Como vimos, el modelo funcional se fundamenta en la capacidad de los Estados, y en lo que realmente puede o no dejar de hacer un Estado, de esta forma es este raciocinio el que debe aplicarse al momento de evaluar la obligación estatal.

Primera afirmación respecto a Empresas y Derechos Humanos

La exigencia del establecimiento de mecanismos de fiscalización de actos de empresas transnacionales, se encuentra justificado no solo desde una concepción funcional, sino que además forma parte de un concepto espacial de jurisdicción, es decir, un Estado siempre estará en situación de adoptar medidas que exijan a empresas, que reciban su apoyo económico, rendir cuentas sobre el uso y condiciones en las que se desarrollan sus actividades, ya que estos actos se encuentran bajo su control.

Como se señaló el modelo funcional exigen en un primer momento evaluar de forma objetiva las alternativas hipotéticas que podría adoptar un Estado y en un segundo momento evaluar la razonabilidad de las mismas.

En ese orden de ideas, la capacidad funcional del Estado de fiscalizar el uso de los aportes brindados a empresas se mantiene vigente y se justifica en base a que los Estados tiene la capacidad de hacerlo, debiendo reconocerse que señalar lo contrario, implicaría desconocer, que por ejemplo, entidades internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo o Banco Mundial cuentan con mecanismos que permiten conocer respecto al uso de los fondos que otorgan.

Esta medida hipotética, exigible al Estado, no representa una carga desproporcionada y resulta a todas luces razonable, ya que se tratan de empresas con las que mantiene una relación directa.

Ahora, una vez que se reconoce que funcionalmente el Estado tiene jurisdicción y que por lo tanto debería establecer mecanismos de fiscalización, cabe preguntarse sobre las consecuencias de esta afirmación.

Entonces, el Estado tiene la obligación de adoptar mecanismos de fiscalización y como consecuencia de la omisión de hacerlo puede ser plausible de ser responsable internacionalmente.

Segunda afirmación respecto a empresas y derechos humanos

Por otro lado, otro análisis viene como consecuencia de la afirmación precedente, ya que si el Estado adopta mecanismos de fiscalización y aun así, la violación a un derecho humano se configura extraterritorialmente, la pregunta es si el Estado mantiene esta posibilidad de ser responsable.

La posición de la investigación, si bien no es la finalidad de la misma dar una respuesta a esta situación, sino demostrar la utilidad del modelo funcional, es que la obligación de adoptar mecanismos de fiscalización se constituye en una obligación de medios y no de resultado, posición respaldada por O'Brien (2016) al realizar un análisis respecto al posible exceso que puede representar atribuir estas obligaciones a los *home States*.

La calificación de esta obligación como de medios, puede justificar su concepción funcional, ya que como se destacó, el Estado se encuentra en capacidad de crear mecanismos de fiscalización, pero en relación al resultado, es decir a la configuración de una violación de un derecho humano en territorio de otro Estado, su capacidad funcional se ve limitada por la jurisdicción legítima del Estado receptor.

En consecuencia, el modelo funcional permite establecer diferencias entre distintos momentos de la responsabilidad internacional, ya que el *home State* será responsable por la omisión de establecer mecanismos de fiscalización, pero de hacerlo, será el *host state* quien responda por las violaciones de derechos humanos cometidas en su jurisdicción ya que es este quien ostenta jurisdicción funcional sobre el mismo.

Consecuentemente, la exigencia de adoptar mecanismos de fiscalización puede justificarse en el modelo funcional ya que el Estado tiene la capacidad de adoptar esta clase de medidas respecto a empresas con las que mantiene un vínculo económico o político.

Tercera afirmación respecto a empresas y derechos humanos

En relación a la obligación de investigar violaciones de derechos humanos, las situaciones pueden ser muy variadas y nuevamente deberán observarse las características señaladas anteriormente.

Por ejemplo, si se trata del asesinato de un líder sindical en el contexto de los actos de una empresa y una determinada actividad empresarial y no existían mecanismos de fiscalización, el Estado de origen deberá investigar posteriormente sancionar a la empresa domiciliada en su territorio, sin embargo, las investigaciones de naturaleza penal, deben ser llevadas a cabo en el Estado receptor, y el Estado de origen mantiene una obligación de cooperar con el Estado donde ocurrieron los hechos.

Respecto a esta obligación podría presentarse también que el perpetrador de la violación del derecho humano se encuentre en el territorio del Estado, pese a que se haya cometido fuera del mismo, en este caso, el Estado de origen está capacitado para investigar y el Estado donde ocurrieron los hechos puede cooperar o exigir la extradición, y el otro Estado debería hacerlo o de lo contrario investigar por cuenta propia.

Sin embargo, cuando no existe este vínculo, es decir cuando se trata de una empresa particular en general no hay forma de justificar el ejercicio de jurisdicción extraterritorial, ya que siguiendo la lógica en la Petición Saldaño (1999) en la que se reconoció que la nacionalidad no era un razón de extensión de la jurisdicción, el argumento del domicilio en territorio de un Estado no extiende su jurisdicción por actos de empresas particulares fuera de su territorio.

Respecto a esta última situación existen otras objeciones que pueden hacerse, por ejemplo, cuando se analiza la responsabilidad por la omisión de adoptar medidas positivas, es necesario, como ha reconocido el TEDH en *E y otros v.*

Turquía que se demuestre un nexo causal suficiente entre la omisión y la violación de un derecho humano.

En ese sentido, la omisión de adoptar medidas debe causar razonablemente la violación de un derecho humano, si bien esta lógica es aplicable en problemática ambiental doméstica, cuando un Estado no regula la actividad del sector privado como se reconoció en pronunciamientos como *Fadeyeva v. Rusia* (2005) o *Hatton y otros v. Reino Unido* (2003), lo cierto es que extender esta lógica al campo extraterritorial vuelve artificial la atribución de responsabilidad internacional hacia el Estado de origen.

Por otro lado, cuando se analizan las situaciones extraterritoriales, puede entenderse la necesidad apremiante de extender la jurisdicción de los Estados, ya que suelen tratarse de situaciones en el marco de ocupaciones, operaciones militares, abducciones o detenciones en instalaciones como Guantánamo.

Como Wilde (2005) observa las actividades en este contexto por su naturaleza ponen a los individuos en situaciones en las cuales son extremadamente vulnerables, ya que por un lado exponen potencialmente a situaciones de tortura, asesinato o detenciones ilegales, mientras que por otro lado, las acciones estatales serán difícilmente sujetas a escrutinio.

En consecuencia, si la extensión de la jurisdicción no se produjese en estos casos, se presentaría un vacío legal jurisdiccional, dejando sin protección situaciones que requieren protección, sin embargo, en el caso de los actos de empresas extraterritoriales no ocurre esta situación, ya que estas se encuentran en la jurisdicción del Estado receptor que cuenta con cuerpos legales y cortes que permitan asegurar la vigencia de los derechos humanos.

Asimismo, esta clase de exigencia podría implicar una carga desproporcionada para el Estado, como bien analiza Methven O'Brien en su artículo *The Home State Duty to Regulate the Human Rights Impacts of TNCs Abroad: A Case of Extraterritorial Overreach?* (2016) ya que hacerlo responsable por los actos de empresas transnacionales que actúan fuera de su territorio por el hecho de estar domiciliadas o haber recibido créditos, significa exigir su presencia respecto a

miles de actividades empresariales alrededor del mundo, con las claras limitaciones que ello implica.

Partiendo del modelo funcional trabajado es necesario analizar la real capacidad del Estado, en ese sentido, la exigencia de requisitos previos al crédito otorgado por los órganos del Estado, podría justificarse, ya que aún se mantiene la relación funcional, Estado-privado.

En consecuencia, desde el modelo funcional los Estados de origen respecto a actos de empresas particulares que tienen un vínculo con el Estado puede sostenerse la obligación de adoptar medios de fiscalización, pese a las limitaciones del resultado de estas acciones, no puede ignorarse la necesidad de revitalizar el rol de los Estados receptores.

3.2.3 Otras situaciones extraterritoriales y la aplicación del modelo funcional.

El modelo funcional, no solo puede presentarse en contextos de empresas y derechos humanos, sino también en otras situaciones que pueden involucrar violaciones de derechos humanos.

En los últimos años la inmigración forzada de personas que escapan de los conflictos que ocurren en sus países ha generado un amplio tránsito de personas en el mundo, lo que ha presentado ciertas situaciones en las que se interceptan embarcaciones en alta mar ocupadas por inmigrantes.

Como se puede ver, en esta clase de situaciones que ocurren tanto en España como en Estados Unidos, presentan una connotación extraterritorial, ya que la intercepción no suele producirse en el territorio del Estado, pero por autoridades estatales, evidentemente, esta situación pone al Estado en posición de garante de los derechos de estas personas, ya que funcionalmente, las acciones que puedan cometerse en perjuicio o garantía de los derechos humanos dependerán del Estado interceptor.

Otra situación que puede plantear la extraterritorialidad tiene que ver con un caso que es analizado por la Corte Suprema de Estados Unidos desde Febrero de 2017, relacionada a la muerte de un ciudadano mexicano como consecuencia de disparos por parte de un oficial de frontera norteamericano.

La particularidad de esta situación es que el ciudadano mexicano se encontraba en territorio de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que territorialmente no estaba en la jurisdicción de los Estados Unidos de América, ni tampoco, desde el punto de vista personal se encontraba bajo jurisdicción del ya mencionado Estado.

Sin embargo, funcionalmente el agente estatal mantenía el control y la autoridad estatal, por lo que las obligaciones estatales eran fácilmente exigibles y las medidas que podían adoptarse como abstenerse de realizar el disparo no resultan desproporcionadas, por lo que desde el modelo propuesto Estados Unidos de América ostentaba jurisdicción.

Otra situación de actual notoriedad se presentó en la muerte del hermano de Kim Jong-un, líder de Corea del norte en un aeropuerto de Malasia, aparentemente Kim Jong-nam fue asesinado por dos mujeres que respondían a órdenes del líder norcoreano, desde el punto de vista teórico esta situación podría ser susceptible de generar responsabilidad internacional en relación al Pacto internacional de derechos civiles y políticos, ya que de probarse la relación estatal con las autoras del asesinato, la jurisdicción funcional resulta admisible.

Y así podrían presentarse distintas situaciones en las que deberá observarse la obligación estatal exigible, las medidas que podrían adoptarse y si la misma resulta o no desproporcionada.

3.2.4 Conclusiones.

El último apartado de la investigación se dividió en dos momentos, en el primero se analizaron las teorías sobre la jurisdicción, partiendo de los dos modelos clásicos, para después acercarnos a la noción funcional de la jurisdicción y a la formulación de un tercer modelo, de este análisis se extrajeron las siguientes conclusiones:

- Bajo el modelo funcional, los Estados serán responsables al amparo de la obligación de respeto de forma ilimitada, ya que su capacidad funcional concretizada en sus agentes siempre se encontrara vigente, mientras que respecto a la obligación de garantía, al exigir la adopción de medidas positivas, se encontrara limitada a la existencia de cierto grado de control.

- El modelo funcional simplifica el análisis de la jurisdicción, comprendiendo tanto al modelo personal y espacial, así como a los supuestos de jurisdicción extraterritorial, permitiendo armonizar de esta forma las obligaciones estatales con la capacidad de los Estados para garantizar derechos humanos extraterritorialmente.

El segundo momento de este apartado busco aplicar de forma practica el modelo funcional de jurisdicción, para lo cual se explicó brevemente la problemática relacionada a las empresas y los derechos humanos, haciendo énfasis en el rol de los Estados de origen y la posibilidad de atribuirles la obligación de adoptar medidas positivas respecto a actos de empresas que actúan fuera de su territorio, alcanzando las siguientes conclusiones:

- Los supuestos de jurisdicción o modelos tradicionales no justifican de forma suficiente la jurisdicción de los Estados por actos extraterritoriales de empresas fuera de su territorio, lo que lleva al modelo funcional a intervenir para proteger.
- Por ello, bajo el modelo funcional, podría justificarse la obligación del Estado de adoptar medidas positivas respecto a empresas con las que mantiene una relación, ya sea política o económica, ya que es precisamente esta relación la que territorializa la jurisdicción, facultando al Estado a fiscalizar.
- Esta obligación reconocida bajo el modelo funcional tiene carácter de medio y no de resultado, precisamente porque la capacidad funcional del Estado alcanza al establecimiento de mecanismos y no al resultado extraterritorial, por ello en el análisis el Estado sería responsable por la omisión de adoptar mecanismos y no por el resultado per se.
- Si se tratan de empresas en general, es decir, cuando no existe el vínculo con el Estado resulta más difícil justificar la obligación del Estado desde el punto de vista funcional, ya que ello implicaría realmente una carga desproporcionado para los Estados, extralimitando sus obligaciones.

CAPITULO IV. Conclusiones Generales

La finalidad de esta investigación fue contribuir a la discusión en materia de jurisdicción extraterritorial, razón por la cual se empezó con un primer apartado que estudiaba las principales características de la responsabilidad internacional de los Estados y sus consecuencias extraterritoriales.

Como se vio en la primera sección, existen elementos en el estudio de la responsabilidad internacional que se vinculan con situaciones extraterritoriales y que de hecho han sido utilizados para justificar el rol de los Estados de origen en situaciones extraterritoriales. Asimismo, se remarcaron las diferencias entre las obligaciones de respeto y garantía para acentuar sus características y como estas posteriormente adquieren unos distintos alcances en situaciones extraterritoriales. Posteriormente, en el segundo apartado se concluyó que del estudio del desarrollo en los distintos sistemas de protección de derechos humanos, debía advertirse la confusión que generaba la interpretación de la cláusula jurisdicción en los tratados

de derechos humanos, y que a su vez, era innegable la vinculación entre jurisdicción y poder estatal.

En consecuencia, se reconoció que la naturaleza de las excepciones a la jurisdicción territorial mantenía un vínculo que era común a todos, el cual es, la necesaria presencia de un elemento estatal en la extensión de la jurisdicción, lo cual otorgaba un equilibrio entendible a la relación Estado y acto extraterritorial.

Finalmente en el último apartado se concluyó que ninguno de los modelos de jurisdicción existentes satisfacía las peculiaridades que involucraban los actos extraterritoriales, por lo que era necesario un tercer modelo, el cual partiendo de una noción funcional, es decir, de la real capacidad del Estado para cumplir con sus obligaciones permitió justificar la extensión de la jurisdicción de los Estados.

En así que ante la pregunta de cómo deben interpretarse las cláusulas jurisdiccionales en materia de derechos humanos, la respuesta es que debe hacerse de forma tal que se armonice y tome en cuenta la capacidad de los Estados, se propuso que la forma ideal de hacerlo es mediante el modelo funcional, ya que permite flexibilizar el análisis según la naturaleza de las obligaciones.

Asimismo, el modelo funcional en la práctica representa un modelo general de jurisdicción, que demuestra que es posible armonizar las obligaciones de los Estados con su capacidad para garantizar derechos humanos, y asimismo, permite diferenciar de forma legítima entre las obligaciones en materia de derechos humanos y su perspectiva extraterritorial.

De esta forma, el modelo funcional recurre a las obligaciones estatales asumidas por los Estados en función del tratado en cuestión, analizando las medidas que podrían haberse adoptado, así como la razonabilidad de las mismas, es así que se evita recurrir a supuestos individuales o artificiales, convirtiéndose en un instrumento flexible de análisis de la jurisdicción de los Estados y que contribuye a la protección de los derechos humanos.

Por todo lo expuesto, se cumplieron con los objetivos trazados antes del inicio de la investigación, se desarrolló un estándar general, se demostró la posibilidad de diferenciar entre las obligaciones estatales y se desarrolló un instrumento de armonización, un modelo funcional de jurisdicción.

Finalmente, es evidente que el modelo puede ser objeto de críticas y seguramente se encontraran deficiencias en su lógica, sin embargo, como toda ciencia social, el derecho permite que el análisis no se encuentre con verdades absolutas, sino con pequeños esbozos de supuestos que enriquecen la discusión jurídica, y en el caso del Derecho Internacional de los Derechos humanos, todo intento de contribuir a la discusión, más que un acierto o un error, busca perseguir aquella aspiración utópica que representa una sociedad más justa, acaso la única razón por la que los abogados mantenemos una lucha constante con la realidad, es la justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Acosta, K. D. (2014). *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties*. Human Rights Law Review .

Advisory Opinion on certain questions relating to settlers of German Origin in the territory ceded by German to Poland. (Corte Permanente Internacional de Justicia 10 de Setiembre de 1923).

Al Jedda v. Reino Unido, no. 27021/08 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 7 de Julio de 2011).

Al Saadoon y Al Mufdhi v. Reino Unido, no. 61498/08 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2 de Marzo de 2010).

Al Saadoon y Mufdhi v. Reino Unido, no. 61498/08 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2 de Marzo de 2010).

Al Skeini y otros v. Reino Unido, no. 55721/07 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 7 de Julio de 2011).

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2007). *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*. Organización de las Naciones Unidas. Recuperado de: <https://goo.gl/kdaSjW>

Americanos, O. d. (14 de Junio de 2016). AG/RES. 2887 (XLVI-O/16)
PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

Amnesty International Canada and British Columbia Civil Liberties Association v. Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces, Minister of National Defence and Attorney, A-149-08 (Federal Court of Appeal 10 de Diciembre de 2008).

Andreou v. Turquía, no. 45653/99 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 27 de Octubre de 2009).

Aplicacion Extraterritorial de la Convención contra todas las formas de discriminacion racial (Georgia v. Federación Rusa), 140 (Corte Internacional de Justicia 1 de Abril de 2011).

Arechaga, E. J. (1994). Responsabilidad Internacional. En M. Sorensen, *Manual de Derecho Internaciona Público* (pág. 507). Mexico: Fondo de Cultura Economico.

Arguia, A. (1997). *Derechos Humanos y Responsabilidad Internacional del Estado*. Venezuela: Monte Avila Editores Latinoamerica-Universidad Catolica Andrés Bello.

ARMANDO ALEJANDRE JR., CARLOS COSTA, MARIO DE LA PEÑA Y PABLO MORALES v. CUBA, Nº 86/99 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 28 de Setiembre de 1999).

Association Pour la Sauvegarde de la Paix au Burundi v Tanzania, Kenya, Uganda, Rwanda, Zaire and Zambia, 157/96 (Comision Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos 1996).

Bankovic y otros v. Bélgica y otros, 52207/99 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 12 de Diciembre de 2001).

Barbara, M. (2012). *Revisiting Extraterritoriality after Al-Skeini: The EHCR and Its Lessons*. Michigan Journal of International Law, 693-747.

Barboza, J. (1985). *Informe preliminar sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional*, DOCUMENTO A/CN.4/39 4. Organización de las Naciones Unidas. Recuperado de: <https://goo.gl/KmdhhE>

Bellinger, J. (5 de Mayo de 2006). Opening Remarks before the UN Committee Against Torture. Estados Unidos de Norteamérica.

Bjarte, V. (2008). *Extraterritorial border controls and responsibility to protect: A view from Ecre*. Amsterdam Law Forum, 28-36.

Boschaan, Eleonor. (2015). *Extraterritorial Application of the Human Rights Convention on Human Rights during armed Conflicts*. (Tesis de Maestría, Universidad de Amsterdam) Recuperado de: <http://dare.uva.nl/cgi/arno/show.cgi?fid=613773>

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. (27 de Julio de 1981). Nairobi, Kenya.

Case Concerning Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia), 1049 (Corte Internacional de Justicia 13 de Setiembre de 2013).

Caso 10.675, N° 51/96 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 13 de Marzo de 1997).

Caso Ben El Mahi v. Dinamarca, No. 5853/06 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 11 de Diciembre de 2006).

Caso Broniowski v. Polonia, no. 31443/96 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 22 de Junio de 2004).

Caso Concerniente al Proyecto Gabčíkovo - Nagymaros, 692 (Corte Internacional de Justicia 25 de Setiembre de 1997).

Caso Defensor de Derechos Humanos v. Guatemala (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, seriec_283 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de Agosto de 2014).

Caso DOES 1-144, et al.v. CHIQUITA BRANDS INTERNATIONAL, INC., et al., Nos. 14-777, 14-1011 (Corte Suprema de Estados Unidos Marzo de 2015).

Caso Goiburú v.Paraguay, seriec_153 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de Setiembre de 2006).

Caso Ivantoc y otros v. Moldavia y Rusia, no. 23687/05 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 15 de Noviembre de 2011).

Caso Kilic v.Turquía, no. 22492/93 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de Marzo de 2000).

Caso Lago Lanoux (España v. Francia) (Tribunal Arbitral 16 de Noviembre de 1957).

Caso Luna Lopez v. Honduras, seriec 269 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 10 de Octubre de 2013).

Caso Masacre de la Rochela v. Colombia, serie c 163 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 11 de Mayo de 2007).

Caso Masacre de Mapiripán v. Colombia, serie c 134 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 15 de Setiembre de 2005).

Caso Medvedyev y otros v. Francia, no. 3394/03 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 29 de Marzo de 2010).

Caso Ocalan v.Turquia, nos 24069/03, 197/04, 6201/06 et 10464/07 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 13 de Julio de 2014).

Caso relativo a la Fábrica de Chorzow, 7 (Corte Permanente Internacional de Justicia 26 de Julio de 1927).

Caso Relativo a la Orden de Detencion (República Democrática de Congo v. Bélgica), 837 (Corte Internacional de Justicia 14 de Febrero de 2002).

Caso relativo a las actividades armadas en la Republica Democratica del Congo (Republica Democratica del Congo v. Uganda) (Corte Internacional de Justicia 19 de Diciembre de 2005).

Caso Relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos), 520 (Corte Internacional de Justicia 27 de Junio de 1986).

Caso relativo al Canal de Corfú, 15 (Corte Internacional de Justicia 9 de Abril de 1949).

Caso Relativo al Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos En Teherán., 451 (Corte Internacional de Justicia 24 de Mayo de 1980).

Caso Saadi v. Italy, no. 37201/06 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 28 de febrero de 2008).

Caso Soering v. Reino Unido, nº 14038/88 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 7 de Julio de 1989).

Caso Ximenes Lopez v. Brasil, Serie c 149 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 4 de Julio de 2006).

Chahal v. Reino Unido, no. 22414/93 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 15 de Noviembre de 1996).

Chipre v. Turquía, no. 25781/94 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 10 de Mayo de 2001).

Coard y otros v. Estados Unidos, Nº 109/99 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 29 de Setiembre de 1999).

Colangelo, A. J. (2014). *What is Extraterritorial Jurisdiction?* Cornell Law Review, 1303-1352.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Pueblos Indígenas, Comunidades Afrodescendientes e Industrias Extractivas*. Organización de los Estados Americanos. Recuperado de: <https://goo.gl/XhPGRF>

Comité de Derechos del Niño . (2013). *Observación General No 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los Derechos del Niño*. Naciones Unidas. Recuperado de: <https://goo.gl/olQpUW>

Comité de Derechos Economicos, Sociales y Culturales. (1990). *Observación General 3*. Organización de las Naciones Unidas. Recuperado de: <https://goo.gl/NMrT7q>

Comite de Derechos Humanos. (2004). *Obervacional General 31*. Organización de las Naciones Unidas. Recuperado de: <https://goo.gl/eQ3Tp3>

Comité de los Derechos Humanos. (2004). *Observación General No. 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta*. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225. Recuperado de: <https://goo.gl/YNijCk>

Consecuencias Juridicas de las Construcción de un muro en Territorio Palestino Ocupado, 883 (Corte Internacional de Justicia 9 de Julio de 2004).

Consejo de Derechos Humanos. (14 de Julio de 2014). Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. A/HRC/31/50. Recuperado de: <https://goo.gl/yyzIQL>

Convencion Americana sobre Derechos Humanos. (1969). San Jose, Costa Rica.

Convención contra todas las formas de Discriminación contra la Mujer. (18 de Diciembre de 1979).

Convencion de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (23 de Mayo de 1969). Viena.

Convencion Internacional contra Todas las Formas de Discriminación Racial. (21 de Diciembre de 1965).

Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza. (14 de Diciembre de 1960). Paris.

Crawford, J. (2002). *The International Law Comission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge University Press.

Crawford, J. (2009). *Articulos sobre Responsabilidad del Estados por hechos Internacionalmente ilicitos*. Obtenido de United Nations Audiovisual Library of International Law.

Cumbre de Rio de Janeiro. (1992). Declaración de Rio sobre el Medio ambiente y el Desarrollo

Democratic Republic of Congo (DRC) v. Burundi, Rwanda and Uganda, 227/1999 (Comision Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos 1999).

Drozd y Janouzek v. España y Francia, No 12747/87 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 26 de Junio de 1994).

Duruigbo, E. (2009). *Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges*. Northwestern Journal of International Human Rights, 223-261.

DYSON, L. (30 de Junio de 2014). THE EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. University of Essex. Obtenido de <https://goo.gl/CLLb7m>

E y otros v. Reino Unido, no. 33218/96 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 15 de Enero de 2003).

Española, R. A. (2014). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Madrid Espasa.

ETOS. (Febrero de 2013). Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Heidelberg.

Europa, C. d. (3 de Setiembre de 1953). Convención Europea de Derechos Humanos.

Fadeyeva v. Rusia, no. 55723/00 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 9 de Junio de 2005).

Fosfatos en Marruecos (Italia v. Francia), 74 (Corte Permanente Internacional de Justicia 14 de Junio de 1938).

Franck, T. M. (1990). *The Power of Legitimacy Among Nations*. United States: Oxford University Press.

Gros Espiell, Héctor (1991): *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*. Análisis comparativo, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), p. 65.

Hatton y otros v. Reino Unido, no. 36022/97 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 8 de Julio de 2003).

Henkin, L. (1975). *How Nations Behave*. Columbia University Press; 2 edition.

Heritage, T. A. (2017). *Dictionary of the English Language*. Houghton Mifflin Harcourt Publishing Company.

Heritage, T. A. (2017). *Dictionary of the English Language*. Houghton Mifflin Harcourt Publishing Company.

Ian, B. (1998). *Principles of Public International Law*. Londres: Oxford University Press.

Igiriogu, Francis. (2012). *Extra-Territorial Jurisdiction of The European Court of Human Rights: The Concept of Functional Jurisdiction*. (Tesis de Maestría, Universidad de Roehampton, Gothemburg y Tromso) Recuperado de: <http://munin.uit.no/bitstream/handle/10037/5108/thesis.pdf;sequence=2>

Ilascu y otros v. Moldavia y Rusia, 48787/99 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 8 de Julio de 2004).

Interamericano, C. J. (2014). *Guía de Principios sobre Responsabilidad Social de las Empresas en el Campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas* . Recuperado de: <https://goo.gl/CqjCUA>

Internacional, C. D. (1966). *Draft Articles on the Law of Treaties*. Viena: Organizacion de las Naciones Unidas. Recuperado de: <https://goo.gl/LQilSk>

Issa y otros v. Turquía, no. 31821/96 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 16 de Noviembre de 2004).

- Kaeb, C. (2009). *Emerging Issues of Human Rights Responsibility in the Extractive and Manufacturing Industries: Patterns and Liability Risks*. Northwestern Journal of International Human Rights, 328-353.
- Kannis, E. (2015). *Pulling (Apart) the triggers of Extraterritorial Jurisdiction*. The University of Western Law Review, 221-243.
- Kiobel INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF HER LATE HUSBAND KIOBEL, ET AL. v. ROYAL DUTCH PETROLEUM CO. ET AL. , No. 10-1491 (Corte Suprema de Estados Unidos 17 de Abril de 2013).
- Lawson, R. (2004). Life After Bankovid: On the Extraterritorial Application of the European Convention of Human Rights. En F. C. Kamminga, *EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF HUMAN RIGHTS TREATIES* (págs. 83-120). Intersettia Publishers.
- Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276, 352 (Corte Internacional de Justicia 21 de Junio de 1971). Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), 310 (Corte Internacional de Justicia 26 de Febrero de 2007).
- Legido, J. M. (2002). Orden público europeo y acción exterior: el bombardeo de la OTAN en Yugoslavia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Civitas. Revista española de derecho europeo* No. 3, 493-516.
- Leistenschneider, N. A. (2011). La Responsabilidad Internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 3-23.
- Ley Organica del Poder Judicial . (1 de Julio de 1985). España.
- Ley relativa a la represión de violaciones graves del derecho internacional humanitario . (16 de Junio de 1993). Bélgica.

Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay, No. 56/1979 (Comité de Derechos Humanos 29 de Julio de 1981).

Loizidou v. Turquía, 15318/89 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 18 de Diciembre de 1996).

M v. Dinamarca, 17392/90 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 14 de Octubre de 1992).

Maarten, den Heijer (2012). *Issues of Shared Responsibility before the European Court of Human Rights*. ACIL Research Paper No 2012-04. Recuperado de: <https://goo.gl/HwwrcA>

Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, serie c 140 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de Enero de 2006).

McCorquodale, R. S. (2007). *Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law*. *The Authors. Journal Compilation*, 599-625.

McCorquodale, R., & Simons, P. (2007). Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law. *The Authors. Journal Compilation- The Modern Law Review Limited*, 599-625.

Mendis, Chinthaka, (2006) *Sovereignty vs. trans-boundary environmental harm: The evolving International law obligations and the Sethusamuduram Ship Channel Project*. United Nations. Nippon Foundation Fellow 2006. Recuperado de: <https://goo.gl/s8NPoq>

Milanovic, M. (2001). *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy*. Oxford: OUP Oxford; Reprint edition.

Milanovic, M. (2011). *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*. Oxford: Oxford University Press.

- Miller, S. (2010). Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention. *The European Journal of International Law Vol. 20 no. 4*, 1224-1246.
- Miller, S. (2010). *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*. The European Journal of International Law, 1224-1246.
- Monroy Cabra, Marco. (2002) *Derecho Internacional Público. Quinta Edición*. Editorial Themis. S.A
- Mozer y otros v. Moldavia y Rusia, no. 11138/10 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 23 de Febrero de 2016).
- O'Brien, C. M. (2016). The Home State Duty to regulate the human rights impacts of TNC's Abroad: A case of extraterritorial overreach? *DIHR Matters of Concern Human Rights Papers No. 2016.04*. The Danish Institute for Human Rights.
- Opinión Consultiva de la Corte Internacional sobre las consecuencias jurídicas de la Construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, 131 (Corte Internacional de Justicia 9 de Julio de 2004).
- Opinion Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, 95 (Corte Internacional de Justicia 19 de Julio de 1996).
- Opinion Disidente del juez Petiti y GÖLCÜKLÜ, Loizidou v. Turquía., no. 15318/89 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 18 de Diciembre de 1996).
- Opinion Separada, Juez Tomka., 310 (Corte Internacional de Justicia 26 de Febrero de 2007).
- Organización de las Naciones Unidas. (4 de Enero de 2017). Informe del segundo período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. Recuperado de: <https://goo.gl/LVw9Vh>

- Organizacion de los Estados Americanos. (5 de Junio de 2001). AG/RES. 1786 (XXXI-O/01) PROMOCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS EN EL HEMISFERIO. Recuperado de : <https://goo.gl/7gYGH2>
- Oxman, B. (2007). Jurisdiction of States. En M. Planck, *Encyclopedia of Public International Law*.
- Oxman, B. (2007). Jurisdiction of States. En M. Planck, *Encyclopedia of Public International Law*.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos. (16 de Diciembre de 1966). Nueva York: Organizacion de las Naciones Unidas.
- Pad y otros v. Turquía, no. 60167/00 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 28 de Junio de 2007).
- Petición Victor Saldaño v. Argentina, N° 38/99 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 11 de Marzo de 1999).
- Prosecutor v. Tadic, No. IT-94-1-A (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 15 de Julio de 1999).
- Rao, P. S. (18 de Marzo de 1998). *International Liability For Injurious Consequences Arising Out Of Acts Not Prohibited By International Law (Prevention Of Transboundary Damage From Hazardous Activities)*. Recuperado de: <https://goo.gl/pBQMM0>
- Ruggie, J. (2011). *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*. Organizacion de las Naciones Unidas. Recuperado de: <https://goo.gl/zuM84y>
- Sanchez Ramirez v. Francia, N° 28780/95 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 24 de Junio de 1996).

Schutter, de Olivier (2004). *The accountability of multinationals for human rights violations in european law*. Center for human rights and global justice working paper number 1, 2004. Recuperado de: goo.gl/KGvJ7c

Schutter, O. D. (2009). *La función de la cooperación para el desarrollo y la ayuda alimentaria para la realización del derecho a una alimentación adecuada: de caridad a obligación*. Organización de las Naciones Unidas. Recuperado de: <https://goo.gl/dtG5D9>

Seck, S. L. (2014). Home State Responsibility and Local Communities: The Case of Global Mining. *Yale Human Rights and Development Journal Vol. 11: Iss. 1, Article 10.*, 1-30.

Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay, R.12/52 (Comité de Derechos Humanos 29 de Julio de 1981).

Soboka Bulto, T. (2011). Towards Rights-Duties Congruence: Extraterritorial Application of the Human Right to Water in the African Human Rights System. *Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 29/4*, 491-523.

Tzevelekos, V. P. (2014). *Reconstructing the Effective Control Criterion in Extraterritorial Human Rights Breaches: Direct Attribution of Wrongfulness, Due Diligence, and Concurrent Responsibility*. Michigan Journal of International Law, 129-178.

United Nations Economic Commission for Africa. (2000). *Transboundary River/Lake Basin Water Development in Africa: Prospects, Problems, and Achievements*. United Nations Economic Commission for Africa.

Vázquez, Carlos Manuel (2005). *Direct vs. Indirect Obligations of Corporations Under International Law*. Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 12-078. Recuperado de: <https://goo.gl/tvVhZ1>

Velasco, M. D. (1999). *Manual de Derecho Internacional Público*. Madrid: Duodécima Edición, Editorial Tecnos.

- Viljoen, F. (2008). Admissibility, Communications under the African Charter: Procedure and Admissibility. En M. Evans, & R. Murray, *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice 1986–2006* (págs. 76-138). Cambridge University Press, 2nd ed.
- Waxman, M. (17 de Julio de 2006). Opening Statement before the UN Human Rights Committee.
- Wilde, R. (2007). Triggering State Obligations Extraterritorially: The Spatial Test in Certain Human Rights Treaties". *International Law Forum*. Vol. 40, No. 2, 503-526.
- Workabeba Bekele Woldemeleket (2008). *Liability of Transnational Corporations for Indigenous Peoples Human Rights Violations*. (Tesis Maestría, University of Tromsø. Noruega). Recuperado de: <https://goo.gl/jGcTxk>
- Wouters Jan & Cedric, R. (2010). *Litigation for overseas corporate human rights abuses in the European Union: The challenge of jurisdiction*. *The George Washington International Law Review*, 939-975.