

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

DEI'S PRAVIDE ET PRO

Revista

Julio 2019

44

Revista Penal

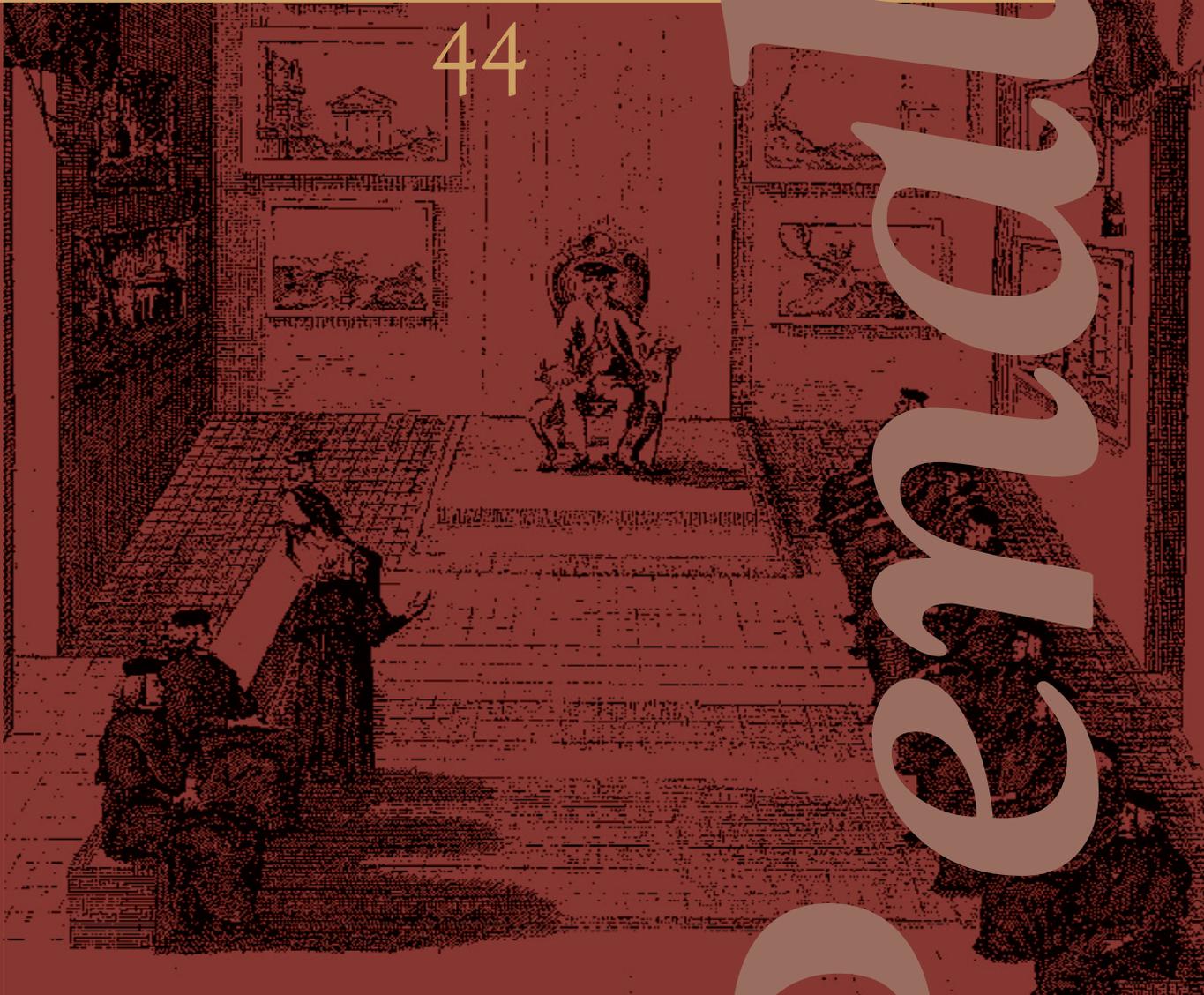
Penal

Julio 2019



tirant
lo blanch

tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 44

Sumario

Doctrina:

- El delito de depósito de armas y tenencia de explosivos con fines terroristas: cuestiones de aplicación y de delimitación con las figuras comunes, por *Emiliano Borja Jiménez* 5
- Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea. Un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, por *Juana del Carpio Delgado*..... 22
- Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable, por *Gabriel Fernández García*..... 42
- Reflexiones en torno al *compliance* penal y a la ética en la empresa, por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 61
- La inexigibilidad como causa de exculpación suprallegal en los delitos fiscales en Brasil, por *Marco Aurelio Florêncio Filho*..... 81
- La regulación de los delitos fiscales en el sistema jurídico italiano, por *Alessandro Melchionda* 98
- En torno al concepto jurídico-penal de persona internacionalmente protegida, por *Joaquín Merino Herrera* . 109
- Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos Humanos, por *Ana Isabel Pérez Cepeda*..... 126
- El sistema penal norteamericano y los institutos de justicia negociada: especial énfasis en la criminalidad corporativa, por *Paula Andrea Ramírez Barbosa*..... 147
- Comercio electrónico y suplementos deportivos: una perspectiva jurídico-penal, por *Natalia Sánchez-Moraleda Vilches*..... 160
- El incremento de la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal, por *Lucía Sánchez Pérez* 178
- Violencia machista y circunstancia mixta de parentesco, por *José Luis Serrano González de Murillo* 199

Sistemas penales comparados: Criminal compliance 214

Bibliografía:

- Recensión: *Summa de delictis et forum poenis*, Diego de Covarrubias y Leyva, 1540. Ed. a cargo de Justo García Sánchez y Beatriz García Fueyo, Oviedo, 2018, por *Enrique Orts Berenguer*..... 265
- Recensión: *Crime of Agression Library. The crime of aggression: a commentary*. Volumes 1 and 2, Claus Kress y Stefan Barriga (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 1589 pp., de *Larissa Van der Herik*..... 266

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE



Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Bencan Li (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Antonio Rodríguez Molina (España)	Sofía Lascano y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Luigi Foffani (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos Humanos

Ana Isabel Pérez Cepeda

Revista Penal, n.º 44. - Julio 2019

“Estamos ante un verdadero conflicto frontal entre las grandes corporaciones transnacionales y los Estados. Estos aparecen interferidos en sus decisiones fundamentales políticas, económicas y militares, por organizaciones globales que no dependen de ningún estado y que en la suma de sus actividades no responden ni están fiscalizadas por ningún Parlamento, por ninguna institución representativa del interés colectivo”. Discurso de Salvador Allende ante la ONU el 4 de diciembre de 1972

Ficha técnica

Autor: Ana Isabel Pérez Cepeda

Title: Towards the end of the impunity of transnational corporations for the violation of Human Rights

Adscripción institucional: Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca

Sumario: 1. Introducción: ¿es posible humanizar la globalización económica? 2. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. 3. Del ineficaz Plan de acción español a la Ley francesa. 4. Borrador cero del instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas. 5. La responsabilidad penal internacional de la persona jurídica. 6. De la *culpa in vigilando* (diligencia debida) a la posición de garante de la empresa matriz. 7. Conclusiones

Summary: 1. Introduction: is it possible to humanize economic globalization? 2. Guiding Principles on business and human rights: implementation of the United Nations framework to “protect, respect and remedy”. 3. From the ineffective Spanish Action Plan to the French Law. 4. Zero draft of the legally binding instrument to regulate, in the framework of international human rights law, the activities of transnational corporations and other companies. 5. The international criminal responsibility of the legal entity. 6. From the *culpa in vigilando* (due diligence) to the guarantor position of the parent company. Conclusions

Resumen: Este artículo trata de limitar los principales efectos perversos de la globalización, humanizándola, a través de la prevención del Derecho internacional y nacional que determine la responsabilidad penal de las empresas transnacionales como principales actores de la economía global con el fin de que no cometan violaciones de derechos humanos.

Palabras clave: Instrumentos internacionales y nacionales, impunidad, empresas transnacionales, derechos humanos

Abstract: This article tries to limit the main perverse effects of globalization, humanizing it, through the prevention of the international and national law that defines/states the criminal responsibility of transnational corporations as the main actors in the global economy so that they do not comment on violations of human rights.

Key words: International and national instruments, Impunity, Transnational corporations, Human rights

Observaciones: Este artículo se realiza en el marco del proyecto “RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS TRANSNACIONALES y DERECHOS HUMANOS”, IP D^a Ana Isabel Pérez Cepeda, al Programa XIV: Convocatoria de proyectos de investigación de la Universidad de Salamanca financiada con recursos liberados disponibles en proyectos y convenios de investigación para el fomento de la investigación y transferencia” R011 / 463AD04.

Rec: 03/04/2019 **Fav:** 24/05/2019

1. Introducción: ¿es posible humanizar la globalización económica?

El poder de las corporaciones viene de atrás. El proceso de globalización de la economía, aunque irreversible, en la actualidad se intenta poner límites a través de políticas proteccionistas, populistas pero legítimas, como las que lleva a cabo EEUU y Brasil. Este coto no es el que aquí nos interesa sino aquél que surge de la universalización de los Derechos humanos, que debe determinar las actividades de las empresas transnacionales (ETN) en todo el mundo. Este es el reto que nos hemos planteado, despojar a la globalización de sus principales efectos perversos como “el trabajo infantil y las condiciones de trabajo peligrosas hasta los efectos nocivos para el derecho a la salud, el nivel de vida, incluido el de los pueblos indígenas, y el medio ambiente natural, y los efectos destructivos de la corrupción, pasando por las restricciones de los derechos sindicales y la discriminación que sufren las trabajadoras”¹. Para conseguirlo es necesario humanizar la globalización económica previniendo, a través del Derecho internacional y nacional, que las empresas transnacionales, como principales actores de la economía global, consigan ingentes beneficios lesionando derechos humanos en cualquier parte del planeta.

El profesor Ruggie, autor de los Principios Rectores que analizaremos posteriormente, es realista al afirmar “No existe un gobierno a nivel mundial”², pero lo cierto es que un gobierno de la economía existe a través de la *Lex Mercatoria*, creado por las propias empresas en

su propio beneficio y para favorecer su expansión. Las brechas de gobernanza creadas por la globalización se muestran cuando proporcionan un ambiente permisivo para actos ilícitos por parte de empresas de todo tipo sin una sanción o reparación adecuada para las víctimas como: el desenfrenado fenómeno del acaparamiento de tierras; la explotación minera indiscriminada; las nuevas formas de esclavitud ocultas tras las cadenas de suministros; los ecocidios causados por estos agentes económicos cuyos efectos ambientales y humanos resultan irreversibles; impactos significativos en las formas de vida de determinados pueblos indígenas...

Las actividades de las empresas transnacionales presentan un especial desafío en cuanto a la exigencia de obligaciones respecto a la tutela de los derechos humanos, así como la regulación, supervisión, adjudicación y ejecución de decisiones judiciales, cuando se trata de exigir responsabilidades. Sus estructuras complejas y flexibles, su movilidad entre distintas jurisdicciones y su creciente poder les permite una impunidad que se refleja en los numerosos casos de abusos y que requiere una acción urgente atribuir responsabilidades a las personas jurídicas en normas internacionales. Se trata de una cuestión abundantemente tratada por la doctrina, los documentos del sistema de Naciones Unidas y diversos instrumentos de derecho internacional y nacional. En la actualidad, después de los principios generales aprobados por la ONU³ y la CEOE⁴, recomendaciones de la UE y diferentes legislaciones nacionales, pero sobre todos Planes de Acción Nacionales, como el español, en su mayoría ineficaces, teniendo como resultado que

1 Vid., CONSEJO DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Declaración sobre las obligaciones de los Estados partes en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales*. 2011, señaló en 2011 que las actividades empresariales pueden perjudicar al disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto

2 RUGGIE, J.G. “Gobernanza mundial y Teoría de la Nueva Gobernanza”: Lecciones sobre Empresas y Derechos Humanos”, en *Revista de Responsabilidad social de la empresa*, nº 20, Cuatrimestre II, 2015, p. 19.

3 El profesor John Ruggie fue nombrado Representante Especial de la ONU para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas de 2005 a 2011. La importancia de sus estudios tiene la culminación en los denominados “Principios Ruggie”, presentados en su Informe final ante Naciones Unidas, bajo el título *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para Tirant lo Blanch “proteger, respetar y remediar”* (A/HRC/17/31, de 21 de marzo de 2011, cuya versión en español se puede consultar en https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf, 2012 (acceso 25/04/2019).

4 Vid., al respecto OECD *Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*, aprobada el 21 de junio de 1976, y la ILO *Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, adoptada el 16 de noviembre de 1977

las graves transgresiones ambientales y a los derechos humanos por parte las empresas transnacionales continúan sin tener atribuida una responsabilidad.

Salvo escasas excepciones, las empresas transnacionales no están sometidas al Derecho internacional, sino a aquellas disposiciones adoptadas y operativas en los derechos internos. Hasta ahora, el Derecho internacional de los derechos humanos ha considerado tradicionalmente al Estado como el único responsable de respetar, proteger y garantizar el disfrute de los derechos por parte de las personas bajo su jurisdicción. Nos encontramos ante deberes que no se imponen directamente a las empresas transnacionales, sino que se imponen por conducto de los Estados en los que esas empresas llevan a cabo sus actividades, los denominados *host States*, es lo que se conoce como la aplicación horizontal del Derecho Internacional de los derechos humanos⁵. Ahora bien, para poder asegurar efectivamente dicho disfrute, los Estados deberían también tratar de controlar las actividades de los actores no estatales, entre los que se encuentran las empresas transnacionales, cuando dichas actividades supongan un peligro para la garantía de ciertos derechos humanos.

El problema principal con el que nos encontramos es que la ley establece que la sociedad matriz y sus filiales tienen personalidad legal diferenciada, por lo que la matriz pocas veces es responsable de los incumplimientos legales de una filial extranjera, incluso si se trata de su única accionista. Por ende, aunque la incidencia de jurisdicciones extraterritoriales en el Derecho interno aumenta de manera moderada, en Estados Unidos, en cambio, la *Alien Tort Claims Act* (ATCA) que posibilita el ejercicio por parte de los Tribunales americanos de una relativamente amplia jurisdicción extraterritorial, permitiendo que extranjeros afectados por actividades de empresas norteamericanas demanden a estas ante los Tribunales americanos⁶, sigue siendo cuestionada y no puede en ningún caso ser la solución general a los problemas surgidos en relación con empresas y derechos humanos. Por no obviar que, los hechos muestran que los códigos de conducta voluntarios y autorregulatorios no han sido, ni serán capaces de frenar el avance

de la impunidad. Incluso en esta línea se han venido proponiendo la creación de un Tribunal penal internacional especial para las empresas transnacionales⁷ y la expansión de la jurisdicción universal a los crímenes económicos y ambientales cometidos por las personas jurídicas⁸.

Las empresas transnacionales (y sus cadenas de suministros) cuando por acción o por omisión violan o no evitan las violaciones de derechos humanos a través de sus filiales deberían responder ante el poder judicial. Esto implicaría la existencia de acciones para las víctimas o los afectados por estas violaciones. Sin embargo, se produce un “ángulo muerto” en el Derecho internacional, puesto que la actualidad no existen normas de *hard law* capaces de responsabilizar a las corporaciones internacionales (ni a sus cadenas de suministros) por los graves ilícitos internacionales perpetrados extraterritorialmente, dando lugar a un proceso de debilitamiento de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de capas cada vez más amplias de población, dificultando la identificación de víctimas y perpetradores sobre todo en casos de pobreza extrema y privación de los derechos más básicos como el derecho a la alimentación o el derecho al agua y al saneamiento.

Por todo ello, el reto de regular las actuaciones de las empresas transnacionales se presenta impostergable, al mismo tiempo que titánica, ya que de forma inherente debe reformarse un sistema comercial global, injusto y desleal. Se trata pues de exigir responsabilidades penales y civiles a nivel nacional e internacional a estos actores no estatales, las empresas transnacionales, cuyos privilegios y derechos no se corresponden con sus más que exiguas obligaciones.

Máxime si tenemos en cuenta que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha remarcado que las empresas tienen responsabilidades respecto a la realización de los derechos humanos, entre otros, de los siguientes derechos: salud, alimentación agua, seguridad social, derecho al trabajo, el derecho a unas condiciones de trabajo dignas, adecuadas, justas y favorable¹⁰. Esta obligación directa de las empresas de respetar los derechos humanos sitúa al Derecho inter-

5 Vid., más ampliamente, GÓMEZ ISA, F., “Las empresas transnacionales y los Derechos Humanos: ¿hacia un marco jurídico internacional de carácter vinculante?”, en *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, Nº 20, 2015, p. 38.

6 Al respecto, PIGRAU SOLÉ, A., “La responsabilidad civil de las empresas transnacionales a través de la Alien Tort Claims Act por su participación en violaciones de derechos humanos”, en *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, nº 25, 2010, pp. 114 y ss.

7 Vid., entre otros, HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA/RAMIRO, *Contra la lex mercatoria. Propuestas y alternativas para desmantelar el poder de las empresas transnacionales*, Icaria, 2015.

8 FIBGAR, *Principios de Madrid-Buenos Aires de jurisdicción universal*, Madrid, 2015, disponibles en <https://www.fibgar.org/upload/proyectos/35/es/principios-de-jurisdiccion-universal.pdf> (acceso 22/04/2019).

9 SALES PALLARÉS/ CHIARA MARULLO, “El Tirant lo Blanch ‘ángulo muerto’ del Derecho Internacional: las empresas transnacionales y sus cadenas de suministro” en *Persona y Derecho*, vol. 78, 2018/1, pp. 261 y ss.

10 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general no. 12, 24, 14,15,19, 18 y 23*: aplicación del pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, 1999, 2000, 2002, 2006, 2008, 2016 y 2017 respectivamente.

nacional en una disyuntiva: una es si quiere jugar un papel relevante propio del Derecho de Gentes en línea con el proceso de humanización del Derecho internacional, o si por el contrario quiere permanecer anclado en una hiperinflación de tratados de libre comercio y de inversiones que cuestionan el paradigma humanista del Derecho¹¹.

Con el fin de dar debida respuesta a este gran agujero en la justicia debemos enfrentarnos retos que parecen insalvables, como la necesidad de humanizar la globalización económica¹², evitando que el proceso de humanización del derecho internacional no se vea truncado, la urgencia de neutralizar los efectos perniciosos de esta globalización desregulada y de un cambio climático que lleva aparejado, cuestionan el mismo futuro de la especie humana y del planeta en su conjunto, tal y como lo conocemos. Surge como consecuencia de la Resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos de 14 de julio de 2014¹³, el proyecto de Documento 0 de una Convención Jurídica Vinculante que busca realinear de forma efectiva la asimetría normativa entre las reglas legalmente exigibles que protegen los intereses de las corporaciones mediante cláusulas de arbitraje de diferencias estado-inversor y tribunales de arbitraje¹⁴, y los enfoques de legislación blanda sobre las obligaciones de las empresas transnacionales de respetar los derechos humanos. Esta “asimetría normativa” (*lex mer-*

ctoria y derechos humanos)¹⁵, existía, hasta ahora en la medida en que la obligación de protección del Estado únicamente se concreta en un asesoramiento eficaz a las empresas y en un “alentar, y si es preciso, exigir a las empresas que expliquen” el efecto de sus negocios en los derechos humanos; y para ello se enfatiza que la comunicación y la presentación de informes constituyen una herramienta sustancial¹⁶.

Po último, incidir en que a pesar de la valoración crítica de los diferentes instrumentos internacionales y nacionales que se contiene en las siguientes páginas, debemos tener presente, que todos los instrumentos de *soft law* y las legislaciones nacionales *hard law* son complementarias y necesarias para que exista el tratado vinculante, que contenga líneas fundamentales como: la extraterritorialidad, la diligencia debida, las obligaciones directas a las empresas y un mecanismo de supervisión internacional, la responsabilidad civil y penal de las empresas transnacionales por violaciones de los derechos humanos.

2. Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las naciones unidas para “proteger, respetar y remediar”

Desde la década de los 70¹⁷ se han sucedido varias iniciativas en el ámbito de las Naciones Unidas y otras

11 En este sentido, vid, más ampliamente, ESTEVE MOLTÓ, J. E., “Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos: la imperiosa complementariedad con normas vinculantes Referencia al plan español” en *Anuario español de Derecho internacional*, vol. 34, 2018, pp. 729 y ss.

12 *Ibidem*

13 Resolución A/HRC/RES/26/9, “Elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”, Consejo de Derechos Humanos 26º período de sesiones 14 julio 2014, <https://undocs.org/es/A/HRC/RES/26/9> (última consulta el 22/04/2019)

14 Sobre esto, vid., PÉREZ CEPEDA, A. I., “Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de Derechos Humanos en el marco del Derecho penal internacional”, en *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. h.c. Juan Mª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 618 y ss.

15 ZUBIZARRETA, J. H., *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*. Victoria: Egoa, 2009; GUAMÁN/GONZÁLEZ, *Empresas transnacionales y derechos humanos*. Bomarzo: Albacete, 2018.

16 ESTEVE MOLTÓ, J. E., “Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para Tirant lo Blanch ‘proteger, respetar y remediar’: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?”, en *Anuario español de Derecho internacional*, vol. 27, 2011, pp. 317 y ss.

17 Se destacan tanto los frustrados proyectos de código de conducta de la Comisión de Sociedades Transnacionales, La primera versión del código de conducta data de 1982 (E/C.10/1982/6) o las llamadas Normas de la ONU sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas en relación a los derechos humanos (E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 de 26 de agosto de 2003), como las iniciativas de carácter voluntario de la ONU con su desacreditado Pacto Global (*Global Compact* cuyos Diez Principios están basados en Declaraciones y Convenciones Universales aplicadas en cuatro áreas: Derechos Humanos, Medio Ambiente, Estándares Laborales y Anticorrupción. En http://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/Los_Diez_Principios.html. Pero sobre todo destacar que, por un lado, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobó en 1977 la *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social* La Declaración fue enmendada en el año 2000 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf (acceso el 25 de marzo de 2019), en la que se reafirma la vigencia y aplicabilidad de los derechos laborales en el contexto de las actividades de las empresas transnacionales. Por otro lado, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), de la que son miembros los Estados en los que están domiciliadas la mayor parte de empresas transnacionales, aprobó en 1976 la *Declaración sobre Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales*, cuyo eje principal residía en asegurar que no se produjera discriminación contra dichas empresas Desde entonces las Directrices han sido revisadas en cinco ocasiones, cuya

organizaciones internacionales para tratar de elaborar Códigos de Conducta para las Empresas Transnacionales en los que se establezcan determinados principios a los que tienen que estar sujetas las actividades de estas empresas tratando de limitar su poder abusivo. A finales de siglo, la Sub-Comisión de la Promoción y Protección de Derechos Humanos de la ONU, integrada por expertos independientes, comenzó un borrador de tratado llamado “Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos”¹⁸, pretendiendo convertirse en vinculante, atribuyó a las empresas la “obligación de promover, asegurar el cumplimiento de, respetar, hacer cumplir y proteger los derechos humanos”. Por consiguiente, la comisión creó un mandato de “medidas especiales” en 2005 y solicitó al Secretario General Kofi Annan que designara al titular del mandato. El primer período de mandato de Ruggie culminó con la propuesta al Consejo de Derechos Humanos en abril de 2008 del Marco “Proteger, Respetar, Remediar”¹⁹. El programa se basaba en tres pilares: 1. La obligación estatal de proteger contra el abuso de los derechos humanos por terceras partes, incluyendo a las empresas, a través de una política y regulación adecuadas; 2. Una responsabilidad de personas jurídicas de todo tipo de respetar los derechos humanos independiente, para evitarla vulneración de los mismos y luchar contra los impactos negativos en los cuales están implicadas las empresas; 3. El deber de contar con los recursos adecuados para hacer frente a la necesidad de un mayor acceso por parte de las víctimas a las vías de recurso, judiciales y extrajudiciales.

La aceptación de este Marco fue generalizada y recibe el beneplácito del Consejo de Derechos Humanos en su Resolución 8/7²⁰, poniendo de manifiesto, según Márquez Carrasco, “la estrategia y método del Representante Especial Ruggie al combinar una perspectiva tradicional del Derecho internacional de los derechos humanos que concibe al Estado como único

titular de obligaciones y como garante de los derechos humanos reconocidos, con el enfoque de los efectos horizontales de los derechos humanos en las relaciones entre particulares (la conocida doctrina de *drittwirkung*) subrayando el deber del Estado de proteger los derechos de individuos y comunidades frente a las violaciones de actores no estatales”²¹.

El informe final también contempla que los Estados han de promover una cultura corporativa respetuosa con los derechos humanos exigiendo a las empresas la presentación de informes de sostenibilidad, como forma de apoyo y refuerzo de las presiones del mercado sobre las empresas para que respeten los derechos humanos. En este sentido, los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, finalmente fueron aprobados el 6 de julio de 2011 por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas²², confirmando el estado actual del Derecho internacional general y de los derechos humanos en torno a la responsabilidad del Estado. Por ello, los Principios Rectores afirman expresamente que el Estado será responsable por su falta de diligencia debida para proteger a quienes se encuentren bajo su jurisdicción respecto de toda violación de derechos humanos que pueda ser cometida por actores privados. Esa obligación de protección debe consistir en hacer cumplir las leyes relativas a los derechos humanos a las empresas; extremo que parece una obviedad más, en un Estado de derecho, es obligación del Estado el que sus súbditos, ya sean personas físicas o jurídicas, cumplan las leyes que hayan establecido.

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos incluye todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente, al menos como mínimo los recogidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos. Los Principios Rectores de la ONU hacen referencia específicamente también a la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relati-

reciente actualización se ha producido en 2011. Véase en <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf> (acceso el 25/04/2019).

18 NORMAS SOBRE RESPONSABILIDADES DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS COMERCIALES EN LA ESFERA DE LOS DERECHOS HUMANOS, Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 2003, disponible en: ap.ohchr.org/documents/S/CHR/decisions/E-CN_4-DEC-2004-116.doc (acceso el 22/04/2019).

19 UN Human Rights Council, Protect, respect and remedy: a framework for business and human rights: report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, John Ruggie, 7 April 2008, A/HRC/8/5, available at: <https://www.refworld.org/docid/484d2d5f2.html> (acceso 23/04/2019)

20 Resolución 8/7. Mandato del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, disponible https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/resolutions/A_HRC_RES_8_7.doc (acceso 23/04/2019)

21 Así, MÁRQUEZ CARRASCO, C. “La implementación de los principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y Derechos Humanos por medio de los planes nacionales de acción”, en *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*. 2015 N° 20, p. 68.

22 Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos, 17/4. Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas de 6 de julio de 2011, disponible <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/resolucion-consejo-derechos-humanos-empresas-derechos-humanos-6-julio-2011.pdf> (acceso 23/04/2019)

va a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que se basa en los ocho convenios fundamentales de la OIT sobre derechos de los trabajadores. La responsabilidad de respetar exige que las empresas eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos o las que estén directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos. Es decir, las empresas pueden estar implicadas en las consecuencias negativas sobre los derechos humanos a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales con otras partes (Principio 13).

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, aunque la magnitud y los medios puestos por las empresas para asumir la responsabilidad y hacer frente a las consecuencias negativas pueda variar en función de esos factores (Principio 14).

La expectativa de un comportamiento responsable conlleva que las empresas procedan con la “debida diligencia” con el fin de identificar, prevenir y mitigar las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar (Principio 15). Así, para cumplir con su responsabilidad de respetar, las empresas deben asumir un compromiso político, un proceso de diligencia debida y procesos de reparación, siendo éstos los tres medios de cumplimiento de ese respeto de las empresas a los derechos humanos. De este modo se configura una variante de la diligencia debida en el marco de la responsabilidad de las empresas, “con el objetivo de afectar y modificar los procesos correspondientes con el fin de tener una conducta responsable en el ámbito de los derechos humanos, fundamentalmente por medio de la prevención, y en su caso, de la mitigación de los efectos y la eventual reparación que corresponda”²³. Poniendo de relieve que, el enfoque adoptado por los Principios Rectores se traduce esencialmente en “una tónica corporativa, de manera que las empresas puedan tomar las medidas necesarias dentro de su propia estructura para prevenir y en todo caso mitigar los impactos adversos que sus actividades puedan generar”²⁴. Para las empresas el cumplimiento de las obligaciones legales varía en

función de cada país en su aplicación y los Principios Rectores se centran en la necesidad de gestionar el riesgo derivado de los abusos de los derechos humanos, lo que requiere que las empresas actúen con la diligencia debida para evitar incumplir los derechos ajenos y solventar el daño en caso de que se produzca²⁵.

Respecto al deber de remediar, una de las más importantes contribuciones de los Principios Rectores ha consistido en un tratamiento adecuado y explícito de los dos tipos de remedios que deben jugar en estos contextos. Por una parte, Ruggie señaló la importancia que deben tener los recursos jurídicos que, al ser eficientes y efectivos, sirven para dar cumplimiento a la obligación internacional que tienen los Estados de poner a disposición las medidas que correspondan para garantizar la reparación del daño a las víctimas, y que son además uno de los vértices que en el deber estatal de proteger contra las violaciones a los derechos humanos, como fue reconocido en el principio 25 de los Principios Rectores. La reparación puede incluir disculpas, restitución, rehabilitación, compensaciones económicas o no económicas y sanciones punitivas, requerimientos o las garantías de no repetición. Los mecanismos pueden ser estatales, judiciales o extrajudiciales, y no estatales. Para garantizar el acceso a la reparación por violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tratar de que el público conozca y comprenda estos mecanismos, cómo puede accederse a los mismos, y ofrecer el apoyo necesario. Por otra parte, es posible complementar o reforzar los mecanismos estatales y de nivel operacional mediante las funciones de reparación de iniciativas de colaboración, así como de los mecanismos internacionales y regionales de derechos humanos²⁶. Pero, podemos constatar que los grupos e individuos cuyos derechos hayan sido vulnerados, los Principios Rectores no establecen las vías de recurso para hacer efectivo el derecho a ser indemnizado. La maquinaria de respeto a los derechos humanos de la ONU carece de poder coercitivo.

De forma habitual, en la actualidad, las víctimas deben tratar de sortear obstáculos, como son: la corrupción judicial, la falta de recursos económicos de las víctimas para entablar estos procesos, el agravante de la especial vulnerabilidad de pueblos como los indígenas, la imposibilidad de acudir a una representación letrada, la ausencia de apoyos o conocimientos de los fiscales,

23 CANTÚ RIVERA, H. “Evaluando los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos a dos años de su adopción”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 3, 2013, p. 165.

24 *Ibidem*.

25 RUGGIE, J.G. “Gobernanza mundial y Teoría de la Nueva Gobernanza”: *Lecciones sobre Empresas y Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 25.

26 *Vid.*, más ampliamente MÁRQUEZ CARRASCO, C. “La implementación de los principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y Derechos Humanos por medio de los planes nacionales de acción”, *op. cit.*, pp. 77 y ss.

y las deficiencias en numerosas legislaciones nacionales que imposibilitan el rendimiento de cuentas civiles y penales de las empresas, tanto en los Estados de la comisión de la violación, como en aquellos donde se encuentran las empresas matrices. Las intrincadas batallas legales de víctimas de abusos, tales como los afectados de la India por la catástrofe industrial de la *Union Carbide* en Bhopal²⁷ o los indígenas de la Amazonía de Ecuador perjudicados por los vertidos de petróleo de la petrolera *Texaco*²⁸, entre muchos otros casos, aportan una muestra visible de los impedimentos hallados en los distintos procesos de reparación.

Entre otras razones porque se ha de recordar que el Principio fundacional 1 de los Principios Rectores establece que su ámbito de aplicación queda delimitado por “las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas”. Así pues, Ruggie no soluciona el problema de la extraterritorialidad y se limita a describir los distintos enfoques que de forma unilateral están adoptando cada uno de los Estados. De esta forma hace una referencia aséptica (sin emitir juicio alguno de valor o recomendación siquiera), tanto a las normas de conducta y directrices no vinculantes de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), como a la persecución penal extraterritorial de las graves violaciones a los derechos humanos²⁹.

El informe de los Principios Rectores a pesar de que se interpretó como que suponía el fin de la impunidad de las empresas en el incumplimiento de su obligación por respetar los derechos humanos, tratan solo y únicamente, una interpretación de las obligaciones ya nacidas de las que se asumieron en su día por los Estados en virtud de otros convenios internacionales de derechos humanos; esto es, una recomendación de su aplicación, lo que en definitiva puede llevar a la conclusión por la cual en la práctica jurídica dichos principios carecen de validez. Resulta llamativo que

en el conjunto del documento se huya de todo término con connotaciones coactivas tales como “obligación” o “cumplimiento”, para referirse a los compromisos de las personas jurídicas y, por el contrario, se acude a un lenguaje soft de forma deliberada con referencias como “se espera”, “deberían informar”, “diligencia debida”, “debe emplearse a fondo”, etc. El Representante afirma que este “deber de protección del Estado es una norma de conducta” y que los principios relativos a los deberes de estos sujetos de derecho internacional son de carácter preventivo³⁰.

Por ende, los Principios Rectores no incluyen un mecanismo de la ONU que se encargue de considerar cuestiones relativas a su interpretación y alcance, tratar las reclamaciones contra empresas concretas, resolver disputas, o investigar acusaciones de abusos cometidos por las empresas, base de las críticas de un sector de organizaciones de la sociedad civil. Los principios Ruggie han necesitado de una serie de definiciones, contenidas en el documento denominado “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, Guía para la interpretación” publicado por la Oficina del Alto Comisionado Derechos Humanos, en 2012³¹. En esta línea, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó la creación de un Grupo de Trabajo integrado por cinco expertos independientes, que constituye un procedimiento especial temático para la promoción y protección de los derechos humanos, e incluye en su mandato funciones como difundir el conocimiento de los Principios Rectores, promover su aplicación, identificar e intercambiar³².

Pero, debe de incidirse en la advertencia preliminar del Representante Especial, en la que insistía en que los Principios Rectores no suponían la creación de nuevas obligaciones de Derecho internacional para las empresas. Estos principios se basan en el compromiso político y la debida diligencia, como proceso interno voluntario preventivo que llevarán a cabo las empresas, y es

27 Vid., el amplio estudio del caso realizado por ESTEVE MOLTÓ, J. E., “La estrecha interdependencia entre la criminalidad de las empresas transnacionales y las violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente: Lecciones del caso Bhopal”, en *Revista Electrónica de Estudios*, n. 32, 2016, disponible <http://www.reei.org/index.php/revista/num32/articulos/estrecha-interdependencia-entre-criminalidad-empresas-transnacionales-violaciones-al-derecho-internacional-derechos-humanos-medio-ambiente-lecciones-caso-bhopal> (acceso 23/04/2019)

28 Sobre este caso, vid., en extenso, <http://texacotoxico.net/chevron-se-esconde-nuevamente-tras-el-velo-societario-para-evadir-su-responsabilidad-en-violaciones-de-derechos-humanos-dictamen-de-la-justicia-brasilera-comprueba-la-estructura-de-impunidad-que-pr/> (acceso 23/04/2019)

29 ESTEVE MOLTÓ, J. E., “Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para Tirant lo Blanch ‘proteger, respetar y remediar’: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?”, *op. cit.*, p. 331

30 *Ibidem*, p. 330, vid., también ampliamente sobre la dicotomía de soft y el hard law en Derecho internacional sobre esta materia, MÁRQUEZ CARRASCO, C. “Las relaciones entre el Derecho internacional y la práctica interna en el ámbito de los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas”, en *Anuario español de Derecho internacional*, vol. 34, 2018 pp. 707 y ss.

31 Disponible, https://www.ohchr.org/documents/publications/hr.pub.12.2_sp.pdf (acceso 23/04/2019)

32 El CDH adoptó la resolución A/HRC/17/L.17/Rev.1 en la que establece dicho Grupo de Trabajo y un Foro Anual sobre empresas y derechos humanos que se celebra en la sede de la ONU en Ginebra normalmente cada mes de diciembre.

preventivo, porque si lo incumplen en ningún momento se hace mención a la posibilidad de establecer mecanismos externos por la propia ONU para verificar si esa debida diligencia es un hecho o una quimera. Únicamente se hace referencia a la voluntaria potestad de las empresas para someterse a indicadores cualitativos y cuantitativos, inspecciones y auditorías; claro está sin precisarse quién debe proceder a efectuar esas evaluaciones, dejando así toda la “diligencia debida” en la misma e hipotética empresa infractora o en una consultora contratada por ella misma a título individual.

Finalmente, a la hora de efectuar el balance de la responsabilidad de respetar los derechos humanos por las empresas, se constata que ésta queda subordinada a unos compromisos políticos y una debida diligencia carente de todo mecanismo independiente de verificación. Por ello, no es de extrañar que la Federación Mundial de Sindicatos, haya concluido que: “Los principios Rectores del señor Ruggie son pues, meras expresiones de deseos. Carecen de obligatoriedad tanto para los Estados como para las empresas, cumpliendo así con la exigencia, reiteradamente manifestada, de las grandes empresas transnacionales”³³. Parece cierta, la permanente paradoja que rodea a los Ruggie, como se señala Guamán, “su principal fortaleza, que no son vinculantes y por tanto han sido capaces de generar consenso, es su mayor debilidad”³⁴.

3. Del ineficaz plan de acción español a la ley francesa

Los Estados deben aplicar a nivel interno los Principios a través de los llamados *Planes de Acción Nacional* (PAN). En el contexto de la ONU, el Consejo de Derechos Humanos solicitó a los Estados miembros que elaborasen sus propios **Planes de Acción Nacio-**

nales (PAN) para promover la aplicación de los Principios Rectores, estableciendo como fecha tope Junio de 2014³⁵. Esta recomendación surgió del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos, que ya lo solicitó al Consejo de Derechos Humanos en su informe anual de 2012. Desde entonces este objetivo se ha convertido en el foco de la agenda del Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que ha asignado a esta cuestión prioridad estratégica a la vista de la necesidad de difundir los Principios Rectores, de intensificar su aplicación entre Estados y empresas, y a la vista de la impunidad continuada por los abusos e infracciones a los derechos humanos³⁶. Los Estados, constituidos en garantes de la salvaguarda de los derechos humanos, como incide Márquez Carrasco³⁷, no deben dar por supuesto que las empresas siempre prefieren o se benefician de la inacción pública, y deben considerar una combinación inteligente de medidas —nacionales e internacionales, obligatorias y facultativas— para promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas.

En el ámbito de las organizaciones regionales con competencias en derechos humanos, la Comisión Europea en su Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas y Plan de Acción de la Unión Europea para los derechos humanos y la democracia, aprobado en 2012 por el Consejo de la Unión Europea³⁸, instaba a los Estados a llevar a cabo sus propios planes nacionales concentrando todos los esfuerzos en la llamada responsabilidad social corporativa³⁹. Desde la misma perspectiva, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, tras una primera Declaración de 2013 alentando a los Estados parte a adoptar los PAN, emitió en marzo de 2016 una Recomendación sobre Derechos Humanos y Empresas⁴⁰. En la

33 WORLD FEDERATION OF TRADE UNIONS: Observaciones al informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Exposición escrita, A/HRC/17/NGO/6, de 19 de mayo de 2011, p. 4.

34 GUAMÁN, A., “Del Documento de Elementos al Draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”, en *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 15, n. 2, 2018, pp. 85 y ss. disponible <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/127078> (acceso 24/04/2019).

35 A/HRC/WG.12/7/1 - 14-13324, Documento del Grupo de trabajo de 27 de abril de 2014, séptimo periodo de sesiones.

36 MÁRQUEZ CARRASCO, C. “La implementación de los principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y Derechos Humanos por medio de los planes nacionales de acción”, *op. cit.*, pp. 79 y s.

37 *Ibidem*, p. 74, quien incide sobre que, “El incumplimiento de las leyes en vigor que directa o indirectamente regulan la observancia de los derechos humanos por las empresas constituye una laguna jurídica frecuente en la práctica de los Estados. Por consiguiente, es importante que examinen si se están aplicando eficazmente esas leyes y que se pregunten, de no ser así, por los motivos por los que se incumplen e identifiquen las medidas que podrían razonablemente corregir la situación”.

38 COM/2011/681/FINAL, Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas, 25 de octubre de 2011.

39 Reino Unido (2013 enmendado en 2016), Holanda (2013), Dinamarca y Finlandia (2014), Lituania, Suecia y Noruega (2015), Suiza, Italia y Alemania (2016), y Francia, Polonia, España, Bélgica, República Checa e Irlanda (2017). A los que hay que sumar en el continente americano, los PAN de Colombia (2015), los Estados Unidos (2016) y Chile (2017).

40 Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to member States on human rights and business (*Adopted by the Committee of Ministers on 2 March 2016 at the 1249th meeting of the Ministers' Deputies*).

misma línea, instaba formalmente a los Estados a que implementaran los Principios Rectores a nivel nacional y para ello el mismo Comité de Ministros se atribuye en un plazo de cinco años la responsabilidad de hacer un seguimiento de las buenas prácticas de los PAN europeos. Para facilitar esta tarea, en noviembre del 2016 el Grupo de Trabajo publicaba una Guía Práctica en el que de forma sucinta describía en cinco fases el proceso que debían seguir los Estados para implementar los Principios Rectores, al mismo tiempo que remarcaba los principios y medidas que debían ejecutarse para dar cumplimiento efectos a los mismos.

Varios países desde entonces han adoptado Planes Nacionales de acción sobre empresas y derechos humanos, existen diferencias entre ellos⁴¹, aunque comparten omisiones y contradicciones importantes con respecto a los Principios Rectores. El proceso que conduce a los Planes Nacionales es complejo que requiere armonización procedimental y de orden sustantivo. La garantía de protección a los ciudadanos no puede quedar agotada con la elaboración y difusión de unas declaraciones de intenciones en muchos casos imprecisas y cuyos principios transgredidos de forma generalizada no implican rendición de cuenta alguna. Los efectos declarativos de los PAN deben ir acompañados de leyes nacionales que vayan ejecutando las medidas allí consignadas.

El 28 de julio de 2017, el Consejo de Ministros español aprobaba el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos⁴². El PAN español no es una nueva regulación que obligue a las empresas y otorgue mayor amparo a las víctimas de abusos. El PAN transcribe por un lado los distintos tratados internacionales en materia de derechos humanos que ha ratificado España, y por otro, apunta alguna de las obligaciones que a nivel nacional ya tienen las empresas en nuestro país (por ejemplo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde 2010 (art. 31 bis del CP). El PAN es un documento no vinculante, programático y sin medidas efectivas protectoras, que, en el mejor de los casos, recuerda las obligaciones ya adquiridas. Tampoco pone límites y sanciones a las actuaciones de las empresas por la infracción de derechos humanos cometidas más

allá de nuestras fronteras. Así pues, nada añade el plan a unas normas sustantivas ya existentes que reglamentan, previenen, sancionan y reparan algunos daños que pueden causarse por las empresas transnacionales, por ejemplo, en el ámbito laboral, y que contemplan el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus reglamentos e incluso el mismo Código Penal⁴³.

Se debe advertir que en este contexto no incluye algunas de las previsiones necesarias, como pueda ser una evaluación preliminar por parte de expertos independientes, otro sistema de evaluación periódico como el finlandés⁴⁴, o una ley de acompañamiento complementaria como la francesa⁴⁵, que se abordará posteriormente. En el PAN español para que esta responsabilidad empresarial sea efectiva, las medidas previstas que pretende asumir el Gobierno van desde campañas y estrategias de sensibilización (medidas 2, 3 y 5 del segundo pilar) a “códigos de autorregulación” (medida 4) o incluso a un “sistema de incentivos” que pueden ser económicos o comerciales (medida 8) por llevar a término unos objetivos ambiguos. Y todo ello deberá ser propuesto por una Comisión de Seguimiento que, junto al Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas (CERSE), que irán evaluando si quedan satisfechos por el desarrollo del PAN. Asimismo, toda la supervisión del plan se entrega a un órgano del ejecutivo que asumirá todas las prerrogativas para la implementación de los derechos humanos en las empresas. De esta forma, cualquier informe de evaluación, la toma de decisiones en las reuniones e incluso la redacción de revisión del PAN previsto a los tres años, queda exclusivamente bajo la dirección de este nuevo organismo. Como señala Esteve Moltó, “ni jueces, ni fiscales, ni el poder legislativo, ni funcionarios expertos en derechos humanos, ni grupos de la sociedad civil pueden tener un papel activo y determinante en los efectos de este cuestionado plan”⁴⁶. Ahora sí, el plan incluye que la Comisión de Seguimiento remitirá una memoria anual a las Cortes Generales a efectos meramente informativos.

No se establece la posibilidad de remitir estas situaciones a un órgano jurisdiccional o Fiscalía. A modo

41 UN Working Group on Business and Human Rights, Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights, Ginebra, noviembre 2016, disponible en http://ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_NAPGuidance.pdf.

42 Vid., disponible en <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/DerechosHumanos/Documents/170714%20PAN%20Empresas%20y%20Derechos%20Humanos.pdf> (acceso 24/04/2018)

43 Vid., en este sentido, la crítica al PAN de ESTEVE MOLTÓ, J. E., “Planes de Acción Nacional sobre empresas

y derechos humanos: la imperiosa complementariedad con normas vinculantes Referencia al plan español”. *op. cit.*, pp. 740 y s

44 Finlandia aprobó su Plan en 2014, véase en http://comunicarseweb.com.ar/download.php?tipo=acrobat&view=1&dato=1414613546_TEMjul_46_2014_web_EN_21102014.pdf (acceso el 24/04/2019).

45 Ley francesa 2017-399, de 27 marzo 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/2017-399/jo/texte> (acceso 28/04/2019).

46 ESTEVE MOLTÓ, J. E., “Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos: la imperiosa complementariedad con normas vinculantes Referencia al plan español”. *op. cit.*, p. 745.

de ejemplo, la *Transparency in Supply Chains Act de California*⁴⁷, obliga a remitir al Fiscal General del Estado las declaraciones publicadas por las empresas respecto a este tipo de situaciones, el cual puede tomar todo tipo de medidas incardinadas bajo el principio de rendición de cuentas. También la ley francesa de diligencia debida, prevé mecanismos de carácter coactivo, que ha validado el Consejo Constitucional y las recientes iniciativas canadienses de 17 de enero de 2018⁴⁸, articular medidas prácticas y eficaces que escapan del carácter programático y dilatorio del PAN español. Precisamente la novedosa creación en Canadá de la figura de un Defensor del Pueblo para la Responsabilidad de las Empresas (CORE, Canadian Ombudsperson for Responsible Enterprise) y de un órgano consultivo en el que la sociedad civil a través de esta nueva institución podrá advertir al ejecutivo y al nuevo Ombudsperson de las violaciones a los derechos humanos cometidas por empresas canadienses en terceros países, supone un paso más para poder facilitar la reclamación de daños por parte de las víctimas⁴⁹. En esta línea, la *Alien Tort Statute* de Estados Unidos, como ya se ha señalado proporcionaba un foro muy atractivo para demandar a todas aquellas empresas que hubieren causado un daño real que hubiera afectado a los Derechos humanos, pero tras el caso *Kiobel*, en 2015⁵⁰, la jurisprudencia norteamericana comenzó a poner límites al uso de su jurisdicción para casos que no tenían relación directa con su territorio. (indemnización por daños y daños punitivos).

En definitiva, cualquier plan, como el español, que no concrete o proyecte mecanismos coercitivos que

puedan atribuir responsabilidades en caso de violaciones, corren el riesgo de convertirse en meros indicadores de que los Estados han cumplido con su tarea en la materia⁵¹. Se está obviando que, el Consejo de Europa aprobó en marzo de 2016 la recomendación CM/Rec (2016)3 sobre los derechos humanos y las empresas, que incluyó las medidas que deberían adoptar los Estados miembros para garantizar que todas las personas tengan acceso a una reparación efectiva⁵². Por su parte, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ha publicado el informe “*Improving Access to Remedy in the Area of Business and Human Rights at the EU Level: Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights*” (2017)⁵³. La primera sobre el acceso a la justicia y el segundo sobre la responsabilidad penal, civil y administrativa de las empresas y los mecanismos que deben implementar los Estados. El segundo, pretende reducir los obstáculos que impidan a las víctimas de violaciones o abusos de derechos humanos concernidos por este instrumento tener acceso a los recursos efectivos. Además, en la Nueva Agenda 2015-2030 marcada se evidencia como los Estados adquieren nuevos compromisos al tiempo que se garantiza la protección de los derechos humanos. De hecho, se prioriza el acceso a la justicia entendido este como un mecanismo eficaz para reducir las desigualdades y fomentar sociedades más justas y pacíficas⁵⁴.

En este contexto, se propugna en el ámbito de derecho privado, como modelo la *Loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre* francesa, adoptada en 2017⁵⁵, que ha incorporado la noción de control como elemento fundamental

47 La Ley de California sobre Transparencia en la Cadena de Suministros, sobre tráfico de seres humanos (Senate Bill nº 657. CHAPTER 556. An act to add Section 1714.43 to the Civil Code, and to add Section 19547.5 to the Revenue and Taxation Code, relating to human trafficking. [Approved by Governor September 30, 2010. Filed with Secretary of State September 30, 2010.]), disponible en http://www.leginfo.ca.gov/pub/09-10/bill/sen/sb_0651-0700/sb_657_bill_20100930_chaptered.pdf (consultado 25/04/2019).

48 Business and Human Rights Resource Centre, “Canada creates independent Ombudsperson & multi-stakeholder advisory body to strengthen responsible business conduct abroad”, 25 enero 2018 en <https://businesshumanrights.org/en/canada-creates-independent-ombudsperson-multi-stakeholder-advisory-body-to-strengthen-responsible-business-conduct-abroad> (consulta 24/04/2019)

49 ESTEVE MOLTÓ, J. E., “Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos: la imperiosa complementariedad con normas vinculantes Referencia al plan español”. *op. cit.*, pp. 745 y s.

50 Vid., ZAMORA CABOT, F.J., “Kiobel y la cuestión de la extraterritorialidad”, en *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*, Cuadernos Democracia y derechos humanos (Dir. ZAMORA CABOT/GARCÍA CÍVICO/SALES PALLARÉS), Alcalá de Henares, 2013, pp. 135 y ss.

51 ESTEVE MOLTÓ, J. E., “Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos: la imperiosa complementariedad con normas vinculantes Referencia al plan español”. *op. cit.*, pp. 745 y s.

52 Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to member States on human rights and business (Adopted by the Committee of Ministers on 2 March 2016 at the 1249th meeting of the Ministers' Deputies).

53 Disponible, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-opinion-01-2017-business-human-rights_en.pdf (acceso 25/04/2019)

54 Mediante la Resolución de la Asamblea General de 25 de septiembre de 2015, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Doc. A/RES/70/1, de 21 de octubre de 2015.

55 Vid., el comentario a la misma realizado por DURÁN AYAGO, A., “Sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países (a propósito de la Ley francesa 2017-399, de 27 marzo 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales), *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 323 y ss. y por GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empre-

para establecer la responsabilidad de las empresas matrices respecto de las actividades cometidas por aquellas a las que controla. Con ello, pretende acabar con la desconexión completa entre el poder económico y la responsabilidad jurídica. En caso de incumplimiento de dichas disposiciones, la empresa domiciliada en Francia podrá incurrir en una responsabilidad administrativa o civil y puede ser demandada para exigirsele una responsabilidad directa por los actos de sus filiales. Esta ley, facilita poder demandar directamente a la empresa matriz por los daños causados por sus filiales ante los tribunales de su domicilio cuando la empresa matriz no haya establecido el debido Plan de Vigilancia o no lo haya ejecutado de manera correcta. Contiene un Plan de Vigilancia y la información regular al respecto deben hacerse públicos e incluirse en el informe empresarial previsto por el Código de Comercio. Se precisa que, si una sociedad obligada por esta norma no cumple lo que ésta establece, puede ser demandada por cualquier persona que acredite un interés legítimo en su aplicación, disponiendo que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en esta norma de vigilancia conlleva la responsabilidad de su autor y está obligada a reparar el perjuicio ocasionado. La multa puede ser hasta 10 millones de euros y prevé la posibilidad de publicar las decisiones judiciales en las que se haga visible la transgresión del deber de vigilancia por parte de una determinada empresa, ya sea por no tener implementado el Plan de Vigilancia, por no ejecutarlo o por no evaluar de forma periódica la puesta en marcha del mismo.

Existen otros ejemplos como la implementación del *Modern Slavery Act* de 2015⁵⁶ de Reino Unido que ha sido enmendado desde la óptica de incorporar y dar efectividad a los marcos existentes de California (*California Transparency in Supply Chains Act*, de 2010) respecto del establecimiento de responsabilidades a las empresas en materia de derechos humanos. Los mismos debates parlamentarios se están produciendo en los Países Bajos a propósito del trabajo infantil, etc.

Resulta necesario universalizar esas experiencias nacionales y crear un marco internacional de igualdad,

con mecanismos compartidos, con responsabilidades comunes y con obligación de colaboración permanente, precisamente es en este contexto en el que se está debatiendo un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el Derecho internacional de los derechos humanos. Por ello, es necesario la creación de un instrumento que tenga la virtud de universalizar esas experiencias nacionales y crear un marco internacional de igualdad, con mecanismos compartidos, con responsabilidades comunes y con obligación de colaboración permanente.

Sin embargo, resulta contradictorio, que por un lado desde la Unión Europea se fomenten los PAN, y que al mismo tiempo hasta ahora no solo ha sido reticente sino que ha pretendido frustrar el proyecto de tratado, sumándose a la posición beligerante de EEUU⁵⁷. Los Principios de Rectores declaran que la obligación de proteger debe ir acompañada de una “coherencia política” de los Estados y ajustarse a estos postulados, tanto en los posibles contratos de inversión que pudiera suscribir, como “cuando actúen en calidad de miembros de instituciones multilaterales” (Principio 8). Por ello precisamente un instrumento jurídico internacional a hacer más efectivos y creíbles los Planes de Acción Nacional, siendo además un mecanismo complementa y refuerza el otro en esta lucha contra la impunidad ante los graves abuso de las empresas transnacionales, es necesario como pasamos a analizar a continuación.

4. Borrador cero del instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas

El 26 de junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) adoptó la Resolución 26/9, titulada “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”⁵⁸ a través de la que pretendía acabar con la impunidad de las empresas transnacionales

sas y derechos humanos”, en *Revista jurídica de los Derechos sociales*, Vol. 8 n. 2, 2018, disponible https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/3492 (acceso 24/04/2019)

⁵⁶ Mas información en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted> (acceso 25/04/2019).

⁵⁷ Son críticos con esta postura, vid., entre otros, GUAMÁN, A., “Del Documento de Elementos al Draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”, *op. cit.*, <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/127078> (acceso 24/04/2019); la misma, “Empresas transnacionales y derechos humanos: acerca de la necesidad y la posibilidad de la adopción de un Instrumento Jurídicamente Vinculante (Binding Treaty)”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate Publicación cuatrimestral de Jueces y juezas para la Democracia*, nº 92 julio 2018, pp. 100 y ss.

⁵⁸ Destacar que la Resolución 26/9 obtuvo 20 votos a favor, 13 abstenciones, y 14 en contra. Entre los actores contrarios a su adopción, la Unión Europea se ha destacado por postura permanentemente crítica con el proceso en sí y con el contenido de la propia Resolución 26/9, cuestionando la oportunidad y la idoneidad de su objetivo y su ámbito subjetivo. Si bien la UE ha cambiado el planteamiento y aprobó la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre la contribución de la Unión a un instrumento vinculante

derivada de las lagunas en materia de jurisdicción y de las estructuras complejas de estas empresas. Al adoptar esta Resolución, el CDH creaba el grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo mandato era elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el Derecho internacional de los derechos humanos.

En la cuarta reunión del Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos que se ha celebrado en 2018, han comenzado las negociaciones sustantivas sobre un proyecto de texto articulado (*Draft 0*, Borrador 0)⁵⁹, elaborado por la Presidencia del Grupo, que establece el ámbito de aplicación, la inclusión de definiciones en el texto sobre cuestiones especialmente complejas como el concepto de control o de cadena de suministro o el contenido y los límites del acceso a la justicia, etc.

En el ámbito de aplicación subjetivo, establece la atribución de obligaciones directas a las empresas concernidas por el Instrumento; el establecimiento de obligaciones extraterritoriales respecto del control y sanción de las actividades de las empresas que den lugar a violaciones de los derechos humanos; la afirmación de la prioridad del respeto a los Derechos Humanos frente a los tratados de comercio e inversión y la inclusión de las entidades financieras.

El instrumento es aplicable a “empresas transnacionales y otras empresas de negocios”, lo que parece una tarea prácticamente imposible de abarcar y de controlar, debido a la enorme cantidad de empresas existentes, coloca en el centro del ámbito de aplicación la expresión “actividad económica transnacional”, que sea capaz de incluir de manera amplia las actividades de

las empresas locales que tienen algún tipo de actividad transnacional. Para definir el concepto de “actividad empresarial de carácter transnacional”, sería posible utilizar como ejemplo la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003.

A partir de esta definición debe abordarse otra de crucial importancia, que es la de los conceptos de “cadena de suministro” y “control empresarial”. Ambos son determinantes para establecer las responsabilidades de las empresas matrices respecto de las filiales y para fijar otras obligaciones como las derivadas del desarrollo de la noción de diligencia debida en materia de derechos humanos. Ciñéndonos al primer término, utilizado en el Documento de elementos que acoge claramente la terminología de la Organización Internacional del Trabajo, encontramos distintas definiciones. La OIT ha definido “cadena mundial de suministro” como toda organización transfronteriza de las actividades necesarias para producir bienes o servicios y llevarlos hasta los consumidores, sirviéndose de distintos insumos en las diversas fases de desarrollo, producción y entrega o prestación de dichos bienes y servicio⁶⁰. El segundo de los conceptos fundamentales y de elevada complejidad es el de “control empresarial”. Como ha podido observarse, el concepto aparece en la definición de “cadena de suministro” utilizada por la OIT; otras normas estatales, muy en particular la *Loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre* francesa, adoptada en 2017, han incorporado la noción de control como elemento fundamental para establecer la responsabilidad de las empresas matrices respecto de las actividades cometidas por aquellas a las que controla. En opinión de Guamán⁶¹ en la definición prevista en el Documento debería incluirse una cláusula de cierre al estilo de la incluida en la Declaración de Multinacionales de la OCDE, indicando que, en todo caso, “se presumirá que una empresa puede ejercer una

de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas con características transnacionales con respecto a los derechos humanos (2018/2763(RSP)), Apoya firmemente la plena implementación de los Principios Rectores y hace un específico llamamiento para que se adopte, además de los Planes Nacionales, un plan de acción para la UE. Reafirma la urgente necesidad de actuar de manera efectiva y coherente en todos los niveles, nacionales, europeo e internacional, para abordar de manera eficaz las violaciones de los derechos humanos cometidas por las empresas transnacionales, los problemas jurídicos derivados de la dimensión extraterritorial de las empresas transnacionales las empresas y la incertidumbre relacionada con el lugar donde debe exigirse la responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos; Considera necesario establecer la primacía de los derechos humanos en el derecho internacional mediante un sistema claro en virtud del cual las obligaciones en materia de derechos humanos prevalezcan sobre otros tipos de obligaciones contradictorias; Acoge con gran satisfacción en este contexto el trabajo iniciado en las Naciones Unidas por el Grupo de trabajo intergubernamental (OEIGWG) para crear un instrumento vinculante; Lamenta cualquier comportamiento obstructivo en relación con este proceso y con las sesiones del OEIGWG; Pide a la UE que garantice que cualquier revisión o futuro documento estratégico vinculado al Marco Estratégico de la UE y al Plan de acción sobre derechos humanos y democracia incluyan objetivos claros y puntos de referencia mensurables para la participación de la UE en las negociaciones del IJV y Decide seguir de cerca el proceso de negociaciones del OEIGWG.

59 El mismo puede consultarse en la siguiente dirección: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf> (acceso 24/04/2019).

60 OIT. El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, Conferencia Internacional del Trabajo. Informe IV, 2016.

61 GUAMÁN, A., “Del Documento de Elementos al Draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 103

influencia dominante sobre otra cuando puede modificar de manera determinante las prácticas negativas de la entidad causante de la violación o abuso del derecho protegido”.

El instrumento internacional vinculante define “víctima” a toda persona que sostiene haber sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos humanos, que comprenden los derechos ambientales, como consecuencia de acciones u omisiones en el contexto de actividades empresariales de carácter transnacional. Cuando corresponda, y de conformidad con el Derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización. En España, se recoge este concepto amplio de víctima en el Estatuto de la Víctima aprobado en el 2015⁶².

Entre los derechos de las víctimas a la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, conviene resaltar que prevé la reparación ambiental y restauración ecológica, según proceda, incluida la asunción de los gastos para la reubicación de las víctimas y la reposición de las instalaciones comunitarias; la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso debido para las víctimas; el sometimiento a la justicia estatal es un imperativo que deviene del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la necesaria protección de las víctimas que han sufrido vulneraciones a los derechos humanos por los incumplimientos legales graves de las empresas; la gratuidad del proceso y asistencia jurídica y necesaria para su protección, así como restablecimiento; el ejercicio Público de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal garantiza una tutela reforzada frente a delitos graves como los que tratamos; con sujeción a su Derecho interno, los tribunales que se declaren competentes con arreglo a la presente Convención podrán solicitar, cuando sea necesario, que se invierta la carga de la prueba con el fin de hacer efectivo el acceso de las víctimas a la justicia.

En esta línea, para que estos derechos sean efectivos es necesario un fondo que financie informes de peritos que contrarresten los informes de expertos financiados por las grandes corporaciones, extremo que no prevé el borrador, y que constituye uno de los mayores impedimentos debido a su alto coste, con el fin de que las víctimas puedan actuar con igualdad de armas en el proceso.

Por ende, garantiza hacer efectiva la obligación de pagar a través del reconocimiento y ejecución de sentencias con medidas de cooperación de embargo y decomiso para asegurar los derechos de las víctimas. La razón estiva en que normalmente las víctimas en supuestos de violaciones de derechos humanos son individuos débiles frente a los abusos de otros más fuerte⁶³, máxime si se trata de grandes empresas nacionales y transaccional precisamente por esta razón es necesario que los poderes públicos garantice obtener la reparación del daño causado, pero no se trata simplemente de una reparación civil sino que ésta puede estar perfectamente asociada a la sanción penal y pueden ser acumulativas, porque responden a finalidades diferentes⁶⁴.

La pregunta es, si la intervención eficaz de las violaciones a los derechos humanos por parte de las empresas puede hacerse sin qué intervenga el Derecho penal. En el Estado español, las personas jurídicas son responsables penalmente desde el 2010 y la tendencia, según las últimas reformas, es a ampliar el catálogo de delitos por el que son responsables penalmente⁶⁵. Por ello, a pesar de que el borrador deje abierto que los Estados Partes garantizarán, por medio de su Derecho interno, que se exijan responsabilidades de índole penal, civil o administrativa a las personas físicas y jurídicas por violaciones de los derechos humanos cometidas en el contexto de actividades empresariales de carácter transnacional. Dicha responsabilidad en nuestro país está sujeta a sanciones penales y no penales eficaces, proporcionadas y disuasorias, incluidas sanciones monetarias⁶⁶. En nuestra legislación las empresas responden por la vía civil y penal no solo un tipo de responsabilidad como posibilita el Borrador 0. Además, la responsabilidad de las personas jurídicas existirá sin

62 Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

63 VIGANO, F. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del TEDH. *Garantías constitucionales y Derecho Penal Europeo* (Dir. Mir Puig/Corcoy Bidasolo), Marcial Pons., 2013, p. 323

64 Vid., en este sentido ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derechos humanos. Una valoración desde la reforma de 2015 de la legislación española”, en *Derecho penal económico y Derechos humanos* (Dir. DEMETRIO/NIETO), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 87 y ss.

65 La reforma del Código Penal (aprobada por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero) amplía el listado de delitos de los que pueden ser responsables las organizaciones. Los nuevos delitos añadidos a ese catálogo son: el de comunicación ilícita de información privilegiada, todos los delitos de malversación y todos los delitos de terrorismo.

66 Debemos tener en cuenta que sigue el modelo de los Convenios Internacionales sobre criminalidad organizada, corrupción, protección del medio ambiente, financiación del terrorismo, principalmente, se introducen disposiciones conminando a los Estados a establecer Tirant lo Blanch “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias” para las personas jurídicas cuando desde las mismas se realizan delitos correspondientes a estos fenómenos criminales. Aunque las disposiciones no exijan expresamente una sanción penal, lo

perjuicio de la responsabilidad que incumba a las personas físicas.

La criminalización de las conductas lesivas a los derechos humanos por parte de los Estados resulta necesaria, en los supuestos más graves (intervención mínima), en cuanto condición práctica imprescindible para una tutela jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales⁶⁷. Coincidiendo con D'Andreis/ Montalvo⁶⁸ “las empresas tienen una obligación de evitar resultados que dañen a la comunidad, el medio ambiente y deben ser garantes al igual que el Estado de la protección de los derechos humanos, lo cual puede sustentarse en la figura de la posición de garante contemplada en el Código Penal, cambiando la percepción de que ser responsables socialmente es una moda, un lujo o una acción voluntaria y por el contrario debe entenderse como una obligación que ante su incumplimiento por parte de las empresas puede generar sanciones”. En efecto, no se trata de un *soft law*, de meras recomendaciones de autocontención o autorregulación, sino de obligaciones reales y tangibles que se expresan en la frontera de los tipos del código penal, cuyo incumplimiento ha de desencadenar sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias” que pueden ser de carácter penal en los casos más graves o de carácter civil en los supuestos menos graves.

En este sentido, el documento prevé que los Estados Partes podrán disponer medidas, porque no obliga a ello, con arreglo a su Derecho interno, para establecer la responsabilidad penal de todas las personas con actividades empresariales de carácter transnacional que cometan “de forma intencionada”, ya sea directamente o a través de intermediarios, violaciones de los derechos humanos que constituyan un delito penal, como crímenes reconocidos por el derecho internacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos o la legislación nacional. La responsabilidad penal por las violaciones de los derechos humanos que constituyan un delito penal será aplicable a los autores, los cómplices y los cooperadores, según lo establecido por el

Derecho interno. Teniendo en cuenta que nos encontramos ante graves violaciones de derechos humanos llevados a cabo por empresas, resulta cuestionable que no se haya optado directamente por establecer a la empresa matriz como garante de que no se comenten dichas violaciones, incluyendo la responsabilidad penal de la empresa no sólo dolosa, sino también aquellos supuestos en los que exista dolo eventual en la falta de vigilancia o control por la empresa, por lo que convendría suprimir el requisito de “intencionadamente”, que prevé el borrador 0.

Por otro lado, para la creación de normas de *hard law* en tema de empresas y derechos humanos, podría incluirse una cláusula respecto de la obligación de las partes del Instrumento de establecer mecanismos que aseguren que las empresas en su territorio podrán ser demandadas ante los tribunales estatales por las actividades que causen violaciones a los derechos humanos, independientemente del lugar donde se cometan y de que sean cometidas directamente por la matriz o por las empresas de la cadena de suministro que controla la matriz⁶⁹. En este sentido, parece limitado el impacto que tiene la creciente praxis jurisprudencial relativa a la doctrina del “foro de necesidad”. Mecanismo este seguramente excepcional que se activa en todos los casos en los que resultara imposible para las víctimas acudir a la justicia en el interior del Estado en cuyo territorio se verificaron las violaciones y que sobre las mismas no se puedan activar los órganos internacionales creados con el fin de luchar contra la impunidad, por falta de jurisdicción. Para su activación resultaría necesario el cumplimiento de algunos requisitos, como establece la Ley de California⁷⁰, o bien la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (*Foreign Corrupt Practices Acts*), que va incrementando su ámbito de actuación respecto a empresas extranjeras que incumplan esta Ley en EEUU, como mecanismo para controlar y garantizar las reglas del mercado⁷¹.

También, como pone de manifiesto Guamán, se echa falta la necesaria integración enfoque de género, la

cierto es que prácticamente unánimemente se han interpretado que se trata de sanciones punitivas, esto es de carácter aflictivo y con efectos preventivos generales y especiales.

67 VIGANO, F. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del TEDH, *op. cit.*, p. 323

68 D'ANDREIS ZAPATA/ MONTALVO VELASQUEZ, “Los Derechos humanos y la responsabilidad social empresarial, en *Pensamiento Americano*, 9-17, 2012, p. 2.

69 Darf 0, puede consultarse en la siguiente dirección: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>, “Las Partes de este Instrumento establecerán los mecanismos necesarios para que, en los supuestos de violaciones graves de derechos humanos, las empresas responsables puedan ser demandadas ante sus órganos jurisdiccionales independientemente del lugar de la comisión del delito o del lugar de establecimiento de la empresa”

70 La Ley de California sobre Transparencia en la Cadena de Suministros, sobre tráfico de seres humanos (Senate Bill n° 657. CHAPTER 556. An act to add Section 1714.43 to the Civil Code, and to add Section 19547.5 to the Revenue and Taxation Code, relating to human trafficking. [Approved by Governor September 30, 2010. Filed with Secretary of State September 30, 2010.], disponible en http://www.leginfo.ca.gov/pub/09-10/bill/sen/sb_0651-0700/sb_657_bill_20100930_chaptered.pdf (acceso 25/04/2019).

71 Un estudio al respecto, vid., RAMÍREZ BARBOSA, P.A., “La Ley contra las prácticas corruptas en el extranjero. La FCPA de Estados Unidos: ‘Compliance’, extraterritorialidad y responsabilidad de las personas jurídicas. Reflexiones acerca del caso Odebrecht” en

relación del instrumento con los Acuerdos Marco Internacionales o la necesidad de incluir una mención específica a las empresas que actúan en territorios en conflicto⁷². En este sentido, se afirma que el análisis de género no descansa en la creación de un universo paralelo de consideración y políticas sino en un análisis real de cómo los roles y las expectativas diferenciadas según el género alimentan la discriminación y el daño, que puede ser exacerbado por determinadas conductas empresariales, pero que también puede ser susceptible de mejoras derivadas de prácticas corporativas no sexistas⁷³.

Con independencia de que puede perfilarse y mejorarse por la Comisión de Derechos Humanos, resulta evidente, el avance significativo que el borrador de este instrumento internacional vinculante. La opción adoptada era la más conservadora, frente aquellos que defendían la creación de una Corte Internacional sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos, ya sea mediante el establecimiento de una sala especial sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos en tribunales o cortes internacionales o regionales ya existentes. Se trata de una decisión fundamental, dejando en todo caso la puerta abierta para posteriores avances. Si bien, en tanto esto no se produzca es posible avanzar en la responsabilidad penal por crímenes internacionales cometidos por empresas, en cuanto se trata de las violaciones de derechos humanos en el ámbito internacional.

5. La responsabilidad penal internacional de la persona jurídica

La responsabilidad de las empresas por violaciones de derechos humanos se remonta a la colaboración de empresas con el régimen nazi, que fueron ya objeto de los juicios de Núremberg en los que prevaleció el principio de *societas delinquere non potest*⁷⁴ pero se sentaba las bases para que las empresas puedan llegar a ser consideradas como posibles sujetos del Derecho penal internacional y dentro de él, del Derecho penal económico⁷⁵. Sin embargo, no han dejado de sucederse desde la II Guerra Mundial hasta nuestros días, la tipología de

los ataques a derechos humanos que responde a un esquema similar. En ocasiones se trata de beneficiarse de las agresiones cometidas por los Estados, como ocurrió con las empresas que durante el franquismo utilizaron el trabajo esclavo de los presos republicanos o, por buscar otra tipología, con las petroleras que se han beneficiado de la represión brutal por parte de una dictadura para proteger sus instalaciones.

Como se ha adelantado frente a esta tipología de violaciones de derechos humanos por empresas transnacionales, una de las propuestas era la creación de órganos internacionales especializados en estos temas como un Tribunal Internacional de Justicia Civil, un Tribunal Arbitral Internacional o la de ampliar el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional o una reorganización del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para crear una sección de jueces especialistas en la evaluación de los abusos de derechos humanos por parte de las entidades no estatales.

También se cuestionaban si en el nuevo marco de tratamiento de los derechos humanos y de las empresas multinacionales entra bajo los parámetros de la llamada responsabilidad de proteger, en la medida en que podrían considerarse alguna de la acción de estas empresas transnacionales, cuyo papel es determinante en numerosos conflictos y situaciones de sistemáticas violaciones de los derechos humanos “en tiempos de paz”, como una amenaza a la paz y seguridad internacionales y no necesariamente en los casos de pillaje empresarial en el seno de conflictos armados. En esta línea, destacar que el proceso de elaboración del Estatuto de Roma, al definir la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, se establecía que tendría jurisdicción sobre personas jurídicas, con excepción de los Estados, cuando los crímenes cometidos lo fueren en nombre de tales personas jurídicas o por sus agentes o representantes. Asimismo, establecía que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluiría la responsabilidad penal de las personas naturales autoras o cómplices en tal crimen. Incluso, el borrador llegaba a prever las sanciones que debían ser aplicables a las personas jurídicas: multas, disolución de la empresa, prohibición del ejercicio de determinadas actividades por el período de tiempo

Desafíos del Derecho penal en la sociedad del siglo XXI. Libro homenaje a Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Dir. RAMÍREZ BARBOSA,), Universidad Católica de Colombia, Editorial Temis, pp. 3 y ss.

72 GUAMÁN, A., “Del Documento de Elementos al Draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”, *op. cit.*, pp. 108 y ss.

73 Como ha señalado Guaman citando a MEYERSFELD, B. Business, human rights and gender: a legal approach to external and internal considerations. In: DEVA, Surya; BILCHITZ, David (Ed.). Human rights obligations of business: beyond the corporate responsibility to respect? Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

74 Vid., más ampliamente, DEMETRIO CRESPO, E. “Presentación: Vulneración de Derechos Humanos por empresas multinacionales: ¿De un Derecho penal económico transnacional a un Derecho penal internacional económico?” en *Derecho penal económico y Derechos humanos* (Dir. DEMETRIO/NIETO), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 11 y ss.

75 Como ha señalado BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “El soborno internacional. Normas, obstáculos y propuestas” en *Derecho & Sociedad*, 51, 2019 (en prensa)

determinado por la Corte, clausura por el tiempo establecido por la Corte, confiscación de las ganancias, propiedades y activos obtenidos a través de la conducta criminal y otras formas de reparación (artículo 76). La inclusión de las personas jurídicas en el Estatuto de Roma no es una meta inalcanzable cuando cometan crímenes de agresión, genocidio, lesa humanidad y de guerra. Cualquiera de estos delitos, en la actualidad, se están llevando a cabo si no con la inducción directa con la complicidad de empresas transnacionales.

El problema surge porque la jurisdicción de la CPI es complementaria de las nacionales, y como sabemos hay Estados que no tienen responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que si juzgan algunos de estos crímenes y ha intervenido una empresa, siempre de forma complementaria para determinar la responsabilidad penal tendría que intervenir la CPI, por lo que se podría crear una sección específica destinada a establecer solo la responsabilidad penal de las personas jurídicas que lleven a cabo crímenes económicos contra la humanidad, ya que la responsabilidad individual sería depurada por los Estados, incluso alguno de ellos que tenga previsto la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el principio de justicia universal, podrá juzgar a la empresa sin necesidad de que intervenga la Corte Penal Internacional.

La creación de una sección específica dentro del Tribunal europeo de derechos humanos para juzgar la responsabilidad del Estado por no actuar ante la violación de derechos humanos por parte de una empresa nacional transnacional puede fundamentarse ju-

ricamente siempre y cuando Europa establezca dicha obligación y realmente en la mayoría de Directivas, así se establece cuando se trata de delitos transnacionales, financieros y ecológicos. Por tanto, podría condenar a los Estados por no cumplir con esa obligación, pero no podría juzgar directamente dichas violaciones.

En consecuencia, a día de hoy solamente tenemos los ordenamientos jurídico-nacionales para perseguir y castigar estas conductas, en nuestro ordenamiento jurídico penal sería necesario establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en el capítulo de los delitos contra el orden internacional. Esta reforma posibilitaría, por ejemplo, poder juzgar y condenar como participe o cómplice a una empresa de armas, estatal o privada, que venda armas a un país conociendo que las utilizará para cometer alguno de los crímenes internacionales. En concreto, en nuestro país, en la actualidad responden penalmente las empresas por un número significativos de delitos, no tiene ningún sentido que los crímenes contra la comunidad internacional queden excluidos.

Por otra parte, se propugna que el ecocidio sea competencia de la CPI⁷⁶, como delito independiente, ya que en la medida en que la actualidad solo en el contexto de los crímenes de guerra se tutela el medio ambiente⁷⁷. Otros proponen ampliar los crímenes de lesa humanidad, de manera tal, que en su contexto se castiguen los crímenes económicos contra la humanidad⁷⁸, quedando incluidos los ecológicos, financieros y laborales, cuando fueran generalizados y/o sistemáticos, y susceptibles de entenderse como una forma contemporánea

76 Vid., en este sentido, VICENTE MARTÍNEZ, R. "Hacia un derecho penal internacional medioambiental: catástrofes ambientales y Tirant lo Blanch 'ecocidio'", en *Derecho penal económico y Derechos humanos* (Dirs. DEMETRIO/NIETO), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 245 y ss., quien defiende Tirant lo Blanch "ecocidio" como 5º crimen internacional, junto al crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. El término Tirant lo Blanch "ecocidio" se aplica a todos los grandes desastres medio ambientales, es la destrucción del medio por el hombre. La propuesta trata de elevar el crimen de Tirant lo Blanch "ecocidio" al rango de crímenes internacionales más graves, prohibiendo el daño masivo y la destrucción de la Tierra mediante la creación de un deber jurídico de cuidado hacia todos los habitantes que se vean o hayan sido expuestos al riesgo de un daño importante. Se trata de proteger de manera universal los océanos y los mares, la atmósfera, los ríos, las especies, etc. Proteger, en definitiva, especies y espacios. Según la autora, las conductas que lesionan gravemente el medio ambiente llevadas a cabo por empresas tienen la suficiente entidad como para incluirse en el catálogo de crímenes internacionales.

77 Ibidem, Vicente Martínez, estima con BROWSWIMMER, F. J., *Ecocidio: breve historia de la extinción en masa de las especies*, Laetoli, 2005, p. 186, que el "ecocidio" en tiempos de guerra es el conjunto de acciones realizadas con la intención de perturbar o destruir en todo o en parte un ecosistema humano, esto es, el uso de armas de destrucción masiva, nucleares, bacteriológicas o químicas; el intento de provocar desastres naturales, como erupciones volcánicas, terremotos o inundaciones; la utilización militar de defoliantes; el uso de bombas para alterar la calidad de los suelos o terrenos de cultivos con fines militares; el intento de modificar la meteorología o el clima con fines hostiles; y, finalmente, la expulsión a gran escala, por la fuerza y de forma permanente, de seres humanos o animales de su lugar habitual de residencia para facilitar la consecución de objetivos militares o de otro tipo.

78 Según ARENAL LORA, M.L., *Crímenes económicos en derecho internacional: propuesta de una nueva categoría de crímenes contra la humanidad* (Tesis Doctoral Inédita). Universidad de Sevilla, disponible <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/77589> (acceso 24/04/2019) se trataría de los delitos económicos propiamente dichos como la corrupción política, la estafa, la apropiación indebida, la administración desleal, la especulación financiera en amplios sectores, incluidos algunos tan sensibles como los alimentos, los medicamentos o la vivienda, el desabastecimiento de productos y de materias primas en el mercado con la intención de alterar los precios, entre otros, cuando hayan causado graves daños sociales y afectado gravemente los fundamentos de las economías; de los abusos económico-políticos como actos ejecutados mediante decisiones económicas, técnico-financieras y políticas trascendentes, entre ellas algunas tales como las políticas de ajuste estructural o políticas de austeridad, cuando actuaran en contra de los intereses de la sociedad, con consecuencias

de atentar contra la población, afectando con ello los valores y los principios internacionalmente reconocidos y protegidos por la comunidad internacional en su conjunto que integran el concepto de dignidad humana. La promoción de objetivos, fines e intereses particulares, dirigidos a la obtención de un beneficio, ganancia privada o lucro, o al mantenimiento de una posición o equilibrio de poder económico-político como propósito específico, para cuyo desarrollo se asume deliberadamente el riesgo de incurrir en la realización de los actos injustos subyacentes a la categoría de los crímenes contra la humanidad, y/o “crímenes económicos contra la humanidad”⁷⁹, sin la cual estos no hubieran tenido lugar de acuerdo al curso normal de los acontecimientos, o bien no evita que ese daño en los derechos humanos. Estos abusos económicos cometido por empresas de grave naturaleza y consecuencias por el hecho de tener una dimensión general que afectaría a valores humanos fundamentales al intervenir sobre esferas que son vitales para los seres humanos y los pueblos, generando importantes daños humanos, sociales, ambientales y económicos⁸⁰.

Sobre la base de que todas las iniciativas internacionales hasta ahora planteadas son positivas, muchas de ellas complementarias, algunas imprescindibles, como la creación a nivel internacional de una convención jurídicamente vinculante, en el objetivo común de prevenir, castigar y reparar las violaciones más graves que llevan a cabo las empresas por la violación de los derechos humanos, que vaya homogeneizando la respuesta de los distintos países que suscriban la convención. Como hemos tenido ocasión de comprobar son los Estados, quienes tienen a día de hoy que establecer

una legislación que determine la responsabilidad penal o civil de la empresa matriz sobre las conductas de violación de derechos humanos que lleve a cabo la filial, sin embargo, esto a día de hoy en nuestro Programa de acción Nacional no se prevé, tampoco existe una norma en nuestro ordenamiento que así lo establezca. Para subsanarlo, a mi entender, sería conveniente establecer expresamente en nuestro CP en el art. 31 bis la posición de garante de la empresa respecto a la violación de derechos humanos de las filiales, ampliando posteriormente el catálogo de delitos a los crímenes internacionales. Por último, debería reformarse el principio de justicia universal estableciendo la competencia de los juzgados españoles para juzgar aquellos supuestos en los que la violación de derechos humanos se produzca en un país extranjero por una empresa nacional o filial cuya matriz esté radicada en España.

6. De la culpa in vigilando (diligencia debida) a la posición de garante de la empresa matriz

El PAN español aunque lo hayamos calificado de ineficaz, puede llegar a ser un efectivo complementado con normas nacionales como las normas de prevención de riesgos laborales y al artículo 31 bis del Código Penal. Ahora bien, para aplicar tales normas habría que establecer de forma clara y concreta, sin poder dar lugar a otras interpretaciones, que la empresa matriz es garante-responsable de cuanto realiza la filial cuando en su cadena de producción se lesionan derechos humanos. Para ello debiera precisarse que el concepto de principal o matriz comprende el control, directo o indirecto, de las filiales⁸¹. La responsabilidad de las so-

devastadoras para la ciudadanía, y que impidieran el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos; de los delitos ambientales y de los daños graves y permanentes, intencionados, o como consecuencia de no haber desarrollado el necesario deber de cuidado, sobre el medio ambiente natural y, por ende, sobre la salud de los seres humanos y sus medios de vida, cuando sean consecuencia de actividades productivas, industriales, extractivas del desarrollo de megaproyectos, del acaparamiento de los recursos naturales y de otros actos de similar naturaleza, algunos de ellos en conexión con conflictos de carácter armado, situaciones de violencia o regímenes dictatoriales; se trataría igualmente de la trata y el tráfico de personas para su explotación, incluida la explotación laboral, y cualquier otra forma de trabajo esclavo; del tráfico ilícito de drogas cuando es generalizado o masivo; de los delitos de asesinato, exterminio, traslado forzoso, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, desaparición forzada de personas, otros actos inhumanos de naturaleza similar, cuando su comisión, bajo diferentes formas de autoría o participación, formare parte de los objetivos, de las políticas o de los procedimientos conectados con el desarrollo de actividades de carácter económico; y, por último, se trataría también de otros actos económicos inhumanos de carácter similar que causaren grandes sufrimientos o atentaren gravemente contra la vida, la integridad física o la salud mental o física, la libertad personal y organizativa, contra el trabajo, el acceso a los medios de vida adecuados, incluida la alimentación y la vivienda, la educación, el medio ambiente sano, los recursos naturales como la tierra y el agua, y los fundamentos de la economía, que crearen condiciones de existencia peligrosas o indignas para la población.

⁷⁹ *Ibidem*

⁸⁰ Una propuesta sólida realizada en la tesis por ARENAL LORA, M.L., Crímenes económicos en derecho internacional: propuesta de una nueva categoría de crímenes contra la humanidad (Tesis Doctoral Inédita). Universidad de Sevilla, disponible <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/77589> (acceso 24/04/2019).

⁸¹ Una herramienta muy inteligente para reforzar el *ius puniendi* estatal frente a los comportamientos delictivos de las empresas multinacionales es el concepto de unidad económica que desde hace muchos años se utiliza en el Derecho sancionador de la competencia de la Unión Europea. Este concepto permite considerar que existe una única empresa, y no varias, cuando un comportamiento delictivo ha

ciudades matrices por las filiales, e incluso por el comportamiento de sus proveedores, constituye una de las claves para entender el debate sobre la sanción de las violaciones por parte de las empresas multinacionales a los derechos humanos.

En el ámbito civil, la necesidad de desarrollar en especial el principio 17 de la diligencia debida, conlleva que el sector empresarial debe proceder a llevar a cabo “un proceso de diligencia debida para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuenta de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos”⁸². Realmente creemos que este es el único punto de partida que pudiera tener alguna trascendencia jurídica a partir del cual se pueda exigir responsabilidad a las empresas, pues dicho extremo se conecta con el principio de “diligencia” causante de un daño (art. 1902 Código Civil) cuya ausencia da lugar a la responsabilidad. El llevar a cabo un proceso de *due diligence* no entraña, según Estevez Moltó⁸³, necesariamente que se exima a la empresa de su responsabilidad, pero sí puede constituir un muy importante elemento atenuante de la misma, puesto que puede implicar que se ha hecho lo posible para no vulnerar estos derechos o se ha actuado de forma diligente para que no se ocasionen los daños, los cuales de originarse tal vez podrían encuadrarse en un hecho fortuito.

Ahora bien, para actuar con la debida diligencia es necesario establecer un sistema de prevención de la posible infracción de los derechos humanos, que deberá comprender los siguientes extremos: a) evaluación e identificación de actuaciones que puedan poner en peligro los derechos humanos; b) de acuerdo con dicha evaluación, el tomar las medidas preventivas adecuadas; c) el establecer un canal de información de actuaciones que incumplan las medidas preventivas; y d) toma de decisiones relativas a las infracciones detectadas.

Por cierto, como sabemos el BOE de 31 de marzo de 2015, publicó la Ley Orgánica 1/2015, por la que se ha modificado el artículo 31 del Código Penal, introduciendo el 31 bis CP que viene a representar un verdadero reglamento regulador de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y que establece el deber de los administradores sociales de adoptar y ejecutar modelos eficaces de vigilancia y control con el objeto de preve-

nir la comisión de diferentes delitos. Las personas jurídicas que pueden ser sancionadas penalmente son las empresas y las entidades o agrupaciones que ostenten personalidad jurídica (entre ellas sindicatos y partidos políticos). Pues bien, todos los extremos necesarios para establecer la diligencia debida están comprendidos entre los requisitos que debe cumplir el programa de cumplimiento penal, aunque recoge el art. 31 bis CP algún requisito más y concreta otros, no obstante, esto no debe extrañar si tenemos en cuenta que en el ámbito penal puede exonerar de responsabilidad. La cuestión es que la responsabilidad penal de las empresas se ciñe por delitos que pudieran cometer los administradores o subordinados, en beneficio de la empresa, no por los delitos que hubieran cometido las filiales, por lo que no se reconoce expresamente la posición garante de la empresa matriz en el CP. Por ello, sería necesaria su reforma para hacer penalmente responsable a la empresa matriz de los delitos que pudiera cometer la filial que sean graves violaciones de los derechos humanos, por lo que responderá no solo si contribuye o facilita activamente la comisión de una violación grave de derechos humanos cometidos por ella misma o través de una filial, sino también cuando teniendo conocimiento de dichas violaciones y pudiendo hacerlo, no hace nada por evitarlo.

Ahora bien, no todos los delitos comprendidos en el Código Penal son susceptibles de ser sancionados si son cometidos por las empresas, sino tan solo una parte de ellos, entre los que no destacan los relativos a los derechos humano. De ahí que, como hemos señalado, deba revisarse al alza el número *clausus* de delitos que pueden cometer, según nuestro CP, las empresas, lesionando los derechos humanos, incluyendo entre otros los crímenes contra la comunidad internacional. Por ende, sería necesario que el art. 31 bis del CP estableciera la posición de garante de la empresa matriz respecto a la filial, por lo que las empresas matrices deber de evitar que las empresas filiales cometan algún delito que lesione los derechos humanos, aunque en la actualidad con nuestra legislación las empresas pueden ser cómplices en la violación de derechos humanos siempre que realicen una aportación a dicha conducta⁸⁴.

sido realizado por la filial de una persona jurídica situada en otro Estado. De este modo, el sujeto de la infracción es la empresa en su conjunto y no la concreta persona jurídica, la filial, que ha realizado el comportamiento delictivo. Cuando la matriz, por ejemplo, una multinacional norteamericana, determina el comportamiento de sus filiales europeas y estas participan en un acuerdo anticompetitivo, la matriz resulta también responsable con independencia de cuál haya sido su comportamiento en relación con el caso concreto.

82 MÁRQUEZ CARRASCO, M.C., “La implementación de los principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por medio de los planes nacionales de acción”, en *Revista de responsabilidad social de la empresa*, nº 20, 2015, pp. 55 y ss.

83 ESTEVE MOLTÓ, J. E., “Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos: la imperiosa complementariedad con normas vinculantes Referencia al plan español”. *op. cit.*, pp. 742 y s

84 Al igual que en EEUU, vid., en este sentido CASSEL, D. “Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts Northwestern” en *Journal of International Human Rights*, Nº 6, 2008, pp. 304 y ss

Una vez establecido esto, no hubiera sido suficiente con establecer una obligación que declarase que la normativa es aplicable a toda empresa en sus operaciones industriales o comerciales, tanto en el interior como en terceros países, extendiendo la jurisdicción a las mismas con independencia del lugar donde hubiese ocurrido el acto transgresor. Se trata pues de exigir una responsabilidad extraterritorial, que no universal, ya que el nexo de conexión nacional siempre estaría presente, dado que el centro decisorio, sede social, domiciliación de la empresa matriz se ubica en territorio español. Esta opción, conlleva la obligatoriedad de todas las empresas matrices transnacionales en nuestro país debe tener unos programas de cumplimiento que incluyan esta posición de garantía, con la consiguiente obligatoriedad de evitar cualquier lesión de los derechos humanos que tenga conocimiento a través de los informes aportados por la necesaria salvaguarda de la diligencia debida en el ámbito civil.

Lo cierto es que para determinar las obligaciones que conlleva la *diligencia debida* y la posición de garantía se deberán tener en cuenta el “tamaño y estructura” de las empresas; las repercusiones sobre los derechos humanos difieren dependiendo de la actividad, ya se trate de la gestión de una central nuclear, de una industria armamentística, minera, petrolera, farmacéutica, o una distribuidora de agua. En este sentido con carácter específico, en el 2010 este EEUU incorporaba a su repertorio legislativo la Ley de California sobre Transparencia en la Cadena de Suministros, que tenía como propósito limitar las posibles violaciones de derechos humanos, principalmente sobre la trata de seres humanos, potencialmente ejercidas por empresas multinacionales a través de sus cadenas de suministros. La lucha pues se dirigía, según Sales/Chiara en esta norma hacia la erradicación por un lado de la esclavitud (*slavery*) y de otra del tráfico de seres humanos (*human trafficking*), sumándose de este modo a las políticas estatales para “educar a los consumidores sobre como adquirir unos bienes producidos por empresas que gestionan de manera responsable sus cadenas de suministro”⁸⁵. En la ley californiana las empresas y consumidores juegan un papel decisivo para contribuir en su permanente relación a la erradicación de estas prácticas degradantes de forma global. La ley plantea exclusivamente sanciones a las empresas por el incumplimiento de la publicación de información empresarial, sin entrar a valorar lo que esta información contenga. Esto es, si la empresa no ha realizado ninguna acción de control o vigilancia sobre las acciones de su cadena de suministro o sobre sus propias acciones, basta con publicar dicha inactividad para quedar exonerada de la sanción prevista por

la ley. Y ello, porque el legislador cuenta con que sea el consumidor el que verdaderamente garantice el éxito de la ley, penalizando a aquellas compañías que no se esfuercen por hacer frente a esta lacra social, y premiando a aquellas que se tomen en serio la tarea de eliminar estas prácticas contrarias a la dignidad humana.

Con carácter general, en el ámbito civil, la responsabilidad de respetar implica por tanto que las empresas “deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas en las que tengan alguna participación”. La expectativa de un comportamiento responsable conlleva que las empresas procedan con la “debida diligencia” con el fin de identificar, prevenir y mitigar las consecuencias negativas de sus actividades. Además, las empresas tienen la responsabilidad de remediar cualquier consecuencia negativa que la empresa haya provocado o contribuido a provocar. Las empresas tienen también la responsabilidad 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 generarlas violaciones perpetradas por empresas transnacionales.

Con la exigencia de una posición de garante de la empresa, en el ámbito penal, que conlleva la obligación de evitar cualquier violación de derechos humanos que puedan llevar a cabo las filiales no se busca tanto un medio para obtener reparación por los danos causados, como prevenir que estos se produzcan. Se trata de obligar a las multinacionales a actuar a favor de la erradicación de las violaciones de derechos humanos no solo dentro de la propia empresa, sino también en su cadena de suministro. Por tanto, dar un paso más que la ley californiana, que su carácter coercitivo se apoya en la confianza de que el consumidor premiaría o castigaría a aquellas empresas que realizaran actividades comerciales en función de la preocupación de estas por el respeto de los derechos humanos en su cadena de suministro.

Con la propuesta que aquí se sustenta, se establece un triple plano de control potencial: el que las multinacionales realicen sobre sus filiales y proveedores exigiendo que se publique la información sobre esas medidas; los tribunales penales determinando si la empresa hubiera podido ejerciendo el debido control impedir que se lesionarán gravemente los derechos humanos y finalmente, o bien con su contribución facilitó la violación de los derechos humanos; el que adoptara el consumidor dependiendo de su sensibilidad hacia estas cuestiones. Por decirlo con otras palabras, el éxito del control depende de las empresas (muchas veces multinacionales), que han de auditar la actuación de su

85 Vid., más ampliamente, SALES PALLARÉS/ CHIARA MARULLO, “El Tirant lo Blanch ‘ángulo muerto’ del Derecho Internacional: las empresas transnacionales y sus cadenas de suministro” en *Persona y Derecho*, vol. 78, 2018/1, pp. 261 y ss.

cadena de proveedores; de la Fiscalía General del Estado, que debe controlar bajo sanción que las multinacionales cumplan esa obligación, que hagan público si hacen o no esa auditoria, pero también podrá imputar un delito de los expresamente determinados por el CP, que responden las personas jurídicas, cuando hubiera podido ser evitado por la empresa matriz y no actuó, o bien la empresa haya facilitado la comisión de algún delito; y finalmente, del consumidor también podrá optar por dotar de fuerza coercitiva a la ley.

El problema es que hasta ahora ninguna ley se refiere a la empresa matriz como sujetos de obligación alguna respecto a los crímenes y delitos que pueden cometer las empresas transnacionales. Solo están obligados a advertir a los consumidores, los inversores y las empresas promueven o sancionan estos crímenes al comprar bienes y productos que han sido “manchados” en la cadena de suministro. El objetivo no es solo, como pretende la ley de California que los grandes comercios y fabricantes faciliten información a los consumidores sobre sus esfuerzos por erradicar la trata de personas y la esclavitud en su cadena de suministro, para educar al consumidor sobre como comprar bienes producidos por empresas que cuidan de su cadena de suministro, y mejorar así la vida de las víctimas de la esclavitud y de la trata de personas. También si posteriormente se demostrase que en la cadena de esa empresa se producen violaciones de los derechos humanos, el consumidor o perjudicado debería poder exigir algún tipo de responsabilidad a la empresa.

Por el contrario, es importante traer a colación el caso en el que el Tribunal del Distrito Central de California estimó la petición de *Nestlé* para que se rechazara la demanda presentada contra ella por Melanie Barber y otros (acción colectiva de consumidores). Los demandantes alegaban que un producto alimenticio para gatos comercializado por *Nestlé*, “Fancy Feast”, contenía pescado capturado en aguas de Tailandia e Indonesia⁸⁶. Empero, la ley de California no obliga a las empresas sujetas a la ley a realizar acciones contra la esclavitud o la violación de derechos humanos; simplemente deben decir en sus websites si lo hacen o no. A pesar de tratar-

se de una obligación nimia, en todo caso, es una ley que buscaba facilitar que los consumidores y otros agentes pudieran contribuir con sus decisiones responsables a la lucha contra la trata de personas, no debería servir de obstáculo para que se exijan divulgaciones de información por otras vías distintas a las de la pagina web. Lo cierto es que esta Ley puede convertirse en la paradoja de ser un “safe harbor” que ampare aquello por lo que nació, la lucha contra la esclavitud.

Con ello, lo que aquí se propugna es dar un paso más y exigir responsabilidad penal a las empresas siempre que hubieran podido evitar la lesión grave a los derechos humanos por parte de sus filiales, por ejemplo cuando la cadena de producción sus trabajadores están en condiciones de esclavitud, o bien cuando con su contribución la empresa ha facilitado la violación de derechos humanos por otra empresa, filial o no, u otro sujeto⁸⁷, por lo que tampoco deberían ser un obstáculo para exigir la responsabilidad penal a las empresas transnacionales.

7. Conclusiones

El fenómeno de la globalización ha reforzado su poder y ha profundizado el fuerte, y en muchas ocasiones dramático, impacto de las prácticas de las empresas transnacionales en relación al respeto de los derechos humanos. Estos impactos no se han confinado a los derechos laborales y el medio ambiente, sino que abarcan toda la panoplia de derechos humanos internacionalmente reconocidos. Por el contrario, se propugna una globalización justa en la que las empresas transnacionales tengan que rendir cuentas de forma eficaz por sus propias violaciones a derechos fundamentales. La humanización del Derecho internacional constituye un proceso que tiende a la protección integral del individuo en una esfera, la internacional, inicialmente destinada a regular y tratar las relaciones entre los Estados, pero también hoy llamada a intervenir sobre los comportamientos que llevan a cabo aquéllos hacia sus ciudadanos, y de la que se espera pueda actuar para prevenir, controlar y sancionar no sólo el abuso del poder

86 Vid., el análisis de este caso por SALES PALLARÉS/ CHIARA MARULLO, “El Tirant lo Blanch ‘ángulo muerto’ del Derecho Internacional: las empresas transnacionales y sus cadenas de suministro” en *Persona y Derecho*, vol. 78, 2018/1, pp. 261 y ss, según se cuenta Nestle es socio de Thai Union Frozen Products que cuenta con varios proveedores que son grandes embarcaciones con refrigeradores que a su vez reciben pescado de numerosos pequeños botes de pesca. Tanto Nestlé como Thai Union son conscientes de que en alguna de esas pequeñas embarcaciones se dan situaciones de trabajos forzados, aunque consideran imposible conocer su gravedad. La multinacional argumentó que la reclamación era improcedente de acuerdo con la *safe harbor doctrine* ya que el legislador de California ya había abordado el tema de las informaciones en la Ley decidiendo no exigir que se publicase una información como la requerida por los demandantes. También aborda este caso, defendiendo la obligación que tienen los Estados de tutelar el derecho a la alimentación y de hacerlo de manera eficaz, frente a individuos o corporaciones, implica no sólo una obligación de regular, sino también de establecer la responsabilidad de los infractores, NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de empresas multinacionales y la seguridad alimentaria” en *Derecho penal económico y Derechos humanos* (Dires: DEMETRIO/NIETO), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 283 y ss.

87 Vid., en este sentido CASSEL, D. “Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts *Northwestern*”, *op. cit.*, pp. 304 y ss.

político de los actores estatales, sino también el abuso del poder económico y económico-político, de actores estatales y no estatales, ello en virtud de los cambios que se han producido, tanto en la naturaleza del poder, como en la distribución del mismo, entre los distintos actores de la vida internacional.

Desde esta perspectiva, surge la necesidad establecer unos claros mecanismos legales y obligatorios para controlar la actividad de las empresas transnacionales, porque de lo contrario se avala y perpetúa “una cultura de la impunidad”, que irremediablemente conduce a un incremento de las violaciones de los derechos humanos. Las propuestas y principios sobre los que se asienta el llamado Instrumento internacional vinculante, borrador 0, impulsado en seno del Consejo de Derechos Humanos por algunos Estados del Sur, suponen un “cambio de paradigma”, que exige con coherencia, que las víctimas puedan acceder a cauces procedimentales judiciales independientes, internos e internacionales, para poder exigir responsabilidades administrativas, civiles y penales a las empresas en caso de violaciones.

El moderno Derecho de los derechos humanos está construido sobre una doble base: los Estados no están obligados únicamente a no violar los derechos humanos, sino además a impedir que las personas, físicas o jurídicas, bajo su control los violen, lo que implica la obligación de investigar y sancionar estos comportamientos. La obligación de los Estados se está concretando en exigir de las empresas transnacionales radicadas en su territorio que tomen medidas con el fin de prevenir que sus actividades afecten a los derechos humanos y que hagan públicas estas medidas, que constituyen auténticos programas de cumplimiento normativo o de diligencia debida en materia de derechos humanos. Parte esencial de estos programas de cumplimiento son las medidas destinadas a evitar las violaciones por parte de las empresas filiales y los proveedores.

Sin embargo, la vía efectiva no es la emprendida por el gobierno español a través de este PAN impreciso, de efectos dilatorios y no vinculantes. Se trata de construir una arquitectura normativa e institucional que tenga como objeto prevenir, perseguir y sancionar a las em-

presas transnacionales y nacionales que violen gravemente los derechos humanos, mostrando una gran indiferencia y falta de respeto por la vida humana, además de un implacable poder cuya máxima expresión es la impunidad, atentando severamente contra el Derecho internacional de derechos humanos, cuando socavan los valores, así como las instituciones democráticas y la estabilidad social internacional. Esta normativa llevaría sin lugar a dudas a alcanzar un marco jurídico internacional de mayor protección para la humanidad frente a las formas contemporáneas más crueles de agresión sobre los seres humanos.

El ánimo de lucro no puede ser causa de justificación que impida responsabilizar a las personas jurídicas, empresas transnacionales, cuando lesionan derechos humanos. Las empresas deben responder por los crímenes económicos contra la humanidad, tiene que aprobarse el Convenio jurídico vinculante y las legislaciones nacionales deberá establecer el concepto de unidad económica de la empresa a la hora de determinar el ámbito de responsabilidad penal de la empresa, persiguiéndose aplicando el principio de justicia universal cuando una persona jurídica ha infringido las obligaciones derivadas de diligencia debida y/o la posición de garante, produciéndose una grave violación de los derechos humanos.

Tratar de subir un nuevo escalón en la exigencia de responsabilidad de las empresas transnacionales, cuando todavía no se ha subido el primero, la diligencia debida de las empresas transnacionales cristalizada en un Convenio internacional vinculante, puede llevar a calificar la propuesta de establecer en el mismo, o en nuestra legislación nacional el deber de garante de la empresa matriz como utópica, pero no podemos olvidar que la utopía es aquello que queremos alcanzar, dónde queremos llegar, una sociedad justa, por tanto no podemos renunciar a ella. Esta utopía no es más que una herramienta para conseguirlo, que consiste en prevenir y obligar que las empresas transnacionales respeten los derechos humanos en esta aldea global, solo así habremos conseguido dar un paso hacia la humanización de la globalización.