

NEGOCIOS INTERNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS

LECCIÓN INAUGURAL
DEL CURSO ACADÉMICO 2016-2017
PRONUNCIADA POR EL
PROF. DR. JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL

CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
DE LA UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA

NEGOCIOS INTERNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS

LECCIÓN INAUGURAL
DEL CURSO ACADÉMICO 2016-2017
PRONUNCIADA POR EL
PROF. DR. JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL
CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
DE LA UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA



Pamplona, 9 de septiembre de 2016

Edita: Universidad Pública de Navarra / Nafarroako Unibertsitate Publikoa
Coordinación: Servicio de Comunicación
Fotocomposición: Pretexto. pretexto@pretexto.es
Imprime: Ulzama Gráficas
Depósito Legal: NA 1583-2016
Distribución: Sección de Publicaciones
Universidad Pública de Navarra
Campus de Arrosadia
31006 Pamplona
Fax: 948 169 300
Correo: publicaciones@unavarra.es

Sra. Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra,
Excelentísimo Rector Magnífico,
Dignísimas Autoridades,
Miembros de la Comunidad Universitaria,
Señoras y Señores,

Una de las tradiciones universitarias más antiguas y arraigadas es aquella por la que, con ocasión de fechas señaladas (apertura de curso, celebración de patronos, etc.), la Universidad expone a la sociedad sus aportaciones y trabajos. Hace unos pocos minutos, la Ilustrísima Señora Secretaria General nos leía la memoria del curso pasado y relataba la ingente actividad desarrollada en los ámbitos de la docencia, la investigación, la transferencia de resultados, etc. A esta misma idea responde la figura de la lección inaugural, cuyo objetivo primordial es que un catedrático exponga a la comunidad universitaria, pero también a la sociedad en general, que es quien nos sostiene con sus recursos, el desarrollo de sus investigaciones y las conclusiones a las que llega.

Desde hace unas pocas décadas, y al hilo de una importante realidad social y cierta práctica jurisprudencial, la doctrina comenzó a estudiar el problema de los negocios internacionales y los derechos humanos. Este análisis se inició en Estados Unidos y con bastante posterioridad ha llegado a Europa. Pero en el presente la Unión Europea está muy preocupada por esta problemática. De hecho actualmente financia un

gran proyecto de investigación y transferencia al respecto, en el que participamos 13 instituciones de toda la Unión, entre ellas las dos universidades de esta Comunidad Foral¹.

I. Exposición de algunos casos

Para entender la problemática que queremos tratar es imprescindible relatar algunos casos especialmente significativos².

Por ejemplo en el asunto *Talisman* se dio la siguiente situación: *Talisman Energy Inc.* era una multinacional canadiense del petróleo y el gas, que en 1998 adquirió *Arakis Energy*, empresa con grandes intereses en Sudán; en concreto tenía una importante presencia en el proyecto *Greater Nile Oil*. En ese momento estaba desarrollándose la segunda guerra civil sudanesa, con la que el Gobierno de Jartum pretendía realizar una limpieza étnica contra los no musulmanes, fundamentalmente cristianos y animistas, de Sudán del Sur. Para dicho Gobierno los ingresos derivados del petróleo eran imprescindibles para mantener el esfuerzo bélico. Según la demanda que presentó la Iglesia presbiteriana y algunos informes de la Administración canadiense, *Talisman* colaboró con el Gobierno sudanés en desplazamientos masivos de población, arrasamiento de poblados, e incluso asesinatos y secuestros; también permitió usar una de sus pistas de aterrizaje a la aviación militar que actuaba contra la población civil. Por otro lado, todas estas acciones bélicas y represivas facilitaron las labores extractivas y de transporte de *Talisman*.

Cierto parecido con el anterior tiene el caso *Unocal*. Esta empresa norteamericana y la francesa *Total* tenían un proyecto, en colaboración con el Gobierno de Myanmar, de construcción y explotación de un oleoducto en una zona del mencionado país. Ambas empresas, al menos inequívocamente *Unocal* según los tribunales federales estadounidenses, conocían claramente que el ejército de Myanmar, con independen-

1. www.humanrightsinbusiness.eu.

2. Dada la naturaleza de este trabajo, dentro de la muy numerosa doctrina existente al respecto, las citas bibliográficas se reducen al mínimo imprescindible para sostener la exposición. O. Martín-Ortega, *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, Barcelona, 2007, pp. 69 y ss. F. J. Zamora Cabot, «Desarrollo sostenible y empresas multinacionales: un estudio sobre los acaparamientos de tierra (Land Grabbing) en clave de responsabilidad», *Papeles el tiempo de los derechos*, 2015, n° 4. V. Camarero Suárez y F. J. Zamora Cabot, «El derecho humano al agua y al saneamiento y las empresas multinacionales: casos seleccionados», *Papeles el tiempo...*, 2016, n° 2.

cia de matar, torturar y secuestrar a los habitantes de la región, reclutó trabajadores forzados en condiciones de esclavitud para la construcción del oleoducto.

La casuística no se circunscribe a las empresas extractivas y energéticas, aunque posiblemente son las que han incurrido en comportamientos más graves. El acaparamiento de tierras ha sido practicado por entidades de ámbitos tan variados como las obras públicas, el sector agroalimentario o el turístico. Por ejemplo en el caso *Tate and Lyle* se dieron los siguientes hechos: en 2006 el Gobierno de Camboya otorgó concesiones a dos compañías azucareras de su nacionalidad, pero pertenecientes a una empresa tailandesa, a otra taiwanesa y a un alto cargo político de la propia Camboya. A causa de las concesiones unos 4.000 campesinos fueron violentamente desalojados y expulsados de sus tierras, con destrucción de propiedades y cosechas y sin ningún tipo de consulta o indemnización previa. En 2009, las concesionarias contrataron un suministro por cinco años con la empresa británica *Tate and Lyle*.

El asunto *Loliondo*, nombre de un territorio ancestral de la etnia Masai en Tanzania, nos remite al sector turístico. En efecto, amparándose en la legislación de protección del medio ambiente y de la fauna salvaje en el Serengueti, el Gobierno de Tanzania pretendió escindir una amplia porción de los territorios tradicionales de los Masai, lo que implicaba la expulsión de más de 40.000 personas de dicha etnia. La medida tenía difícil justificación en la legislación que se invocaba, pues los Masai, con sus peculiares prácticas de pastoreo habían contribuido desde siempre al equilibrio ecológico y en nada interferían en la vida de los animales salvajes. Una investigación más detallada permitió descubrir que el objetivo último de la operación era establecer una reserva para ser explotada por una empresa de safaris de lujo vinculada con la familia real de un Estado del Golfo Pérsico.

No menos preocupantes pueden ser las prácticas de algunas empresas multinacionales agrícolas en cuanto al uso de determinados productos químicos en las plantaciones. Hace dos años la Corte Suprema de Nicaragua puso fin en aquel país al litigio planteado por un muy nutrido grupo de trabajadores contra varias empresas agrícolas (*Dole Food Company, Standard Fruit Company, etc.*) y también químicas (*Shell Oil Company, Dow Chemical, Occidental Chemical, etc.*) porque las primeras habían utilizado en sus bananeras, sin ninguna precaución y con infraestructuras muy antiguas, un pesticida, fabricado y suministrado por las segundas, a base de dibromocloro propano, que causó a las personas expuestas al mismo impotencia, con las subsiguientes secuelas psicológicas, lesiones en riñones, pulmones e hígado y en muchos casos el fallecimiento. Si bien varias de las demandadas llegaron a acuerdos con los demandantes y cerraron así el litigio, finalmente cinco empresas fueron condenadas, dando lugar al arduo problema de hacer efectiva en otros países, donde existen o pueden existir bienes de las condenadas, la decisión nicaragüense.

No podemos caer en el error de creer que este es solo un problema de empresas anglosajonas y nórdicas, también afecta a compañías muy próximas a nosotros. En 2011, Inditex fue objeto de una investigación por parte del Ministerio de Trabajo de Brasil a causa de que uno de sus proveedores en São Paulo, en una fábrica sin licencia y en unas condiciones laborales peligrosas, insalubres e ilegales (alguno de los trabajadores tenía 14 años, se trabajaban entre 16 y 18 horas al día), producía prendas con la etiqueta de Zara. Según las autoridades brasileñas, el subcontratista de aquel país no era más que una extensión logística de su principal cliente Zara Brasil. Inditex cerró el caso con un acuerdo con el Gobierno brasileño por el que pagó cerca de un millón y medio de euros³.

Estos casos que hemos relatado y otros muchos muy conocidos, *Kiobel*, *Rana Plaza* –por cierto en este último se vieron también mezcladas varias de las principales empresas textiles españolas–, etc., ponen de relieve que nos encontramos ante una casuística muy variada y particular, pero en la que determinados sectores empresariales tienden a incidir en ciertos comportamientos. Siguiendo a Martín-Ortega, se puede decir que las empresas cuya vinculación con el país extranjero receptor y las materias primas es poco intensa, y por lo tanto su inversión es muy móvil en razón de las condiciones sociales más ventajosas para ellas, tienden a infringir fundamentalmente derechos de naturaleza laboral y a imponer condiciones de trabajo abusivas (trabajo infantil, instalaciones inseguras e insalubres, salarios ridículos, etc.). Estas prácticas suelen ser frecuentes en el sector textil y en de la confección de productos deportivos. Comportamientos de esta naturaleza han sido imputados a empresas como *Nike*, *Reebok* o *Adidas* y a muchas de las principales textiles del mundo.

En cambio, las multinacionales más condicionadas por la ubicación del recurso explotado o la localización de la instalación o infraestructura sobre las que operan, fundamentalmente las extractivas (mineras y petroleras), las de obras públicas y las agrícolas, incurren con mayor frecuencia en comportamientos aún más graves consistentes en violaciones de derechos civiles y políticos (desplazamientos forzados de poblaciones, apoyo, e incluso en ocasiones implantación, de gobiernos dictatoriales, ejecuciones extrajudiciales, etc.) y también en intoxicaciones masivas o en grandes atentados contra el medio ambiente.

En general, tras esta casuística concurren unos condicionantes políticos, sociales y económicos que la propician. Habitualmente los Estados receptores adolecen de un grave déficit de gobernanza; frecuentemente son países con regímenes dictatoriales,

3. www.theguardian.com/fashion/2015/may/12/zara-owner-inditex-fines-brazil-working-conditions-claim.

con serios problemas internos, en los que existen altos grados de corrupción, carentes de sociedad civil, sin un sistema real de partidos y de sindicatos y en los que muchas veces el Gobierno tolera, cuando no participa y colabora directamente en los mismos, los comportamientos reprobables de las multinacionales. También suelen ser Estados débiles, cuyas carencias administrativas, judiciales y económicas les impiden enfrentarse a la potencia de las multinacionales. Finalmente, el fenómeno de la deslocalización de las producciones ha contribuido a expandir esta problemática sobre todo cuando se trata de sectores que requieren mucha mano de obra muy poco cualificada.

II. Problemas jurídicos y limitaciones a los que tienen que hacer frente los perjudicados

Con alguna frecuencia los perjudicados por las conductas descritas más arriba han pretendido obtener alguna compensación económica por los perjuicios sufridos. Es decir, han actuado en el ámbito del Derecho Privado buscando una indemnización. Posiblemente, con todas las limitaciones que ahora vamos a ver, este es el mecanismo más eficaz y operativo que se les ofrece en la práctica. Otros posibles caminos jurídicos, como por ejemplo el planteamiento de acciones penales, al día de hoy son poco eficientes, irreales en sus resultados últimos y en el fondo no hacen frente a las auténticas necesidades de los perjudicados.

Pero el planteamiento de demandas pretendiendo la responsabilidad civil de las multinacionales responsables, y aun más la obtención de resultados satisfactorios de las mismas, habitualmente tiene que hacer frente a serios problemas tanto fácticos como jurídicos.

Con carácter previo hay que dejar sentado que los instrumentos clásicos del Derecho Internacional Público carecen de funcionalidad práctica a la hora de actuar contra las violaciones de los derechos humanos por parte de las multinacionales⁴. La realidad es que no prevén estos supuestos o los tocan marginalmente. Las Convenciones internacionales en la materia obligan fundamentalmente a los Estados, y la acción de estos respecto de los particulares se circunscribe a los límites de sus fronteras. Igualmente, la capacidad práctica en esta materia de las Agencias Internacionales es mínima y los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos tienen jurisdicción

4. N. Zambrana Tevar, «Shortcomings and Disadvantages of Existing Legal Mechanisms to Hold Multinational Corporations Accountable for Human Rights Violations», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, 2012, n° 2, pp. 398 y ss.

esencialmente para entrar a resolver sobre demandas contra los Estados miembros de los Tratados que los han creado. En consecuencia, parece que lo más práctico sería actuar ante Tribunales internos estatales.

No obstante, hay que tener muy presente que un litigio en este campo plantea algunos problemas previos muy importantes, puesto que se trata de pleitos largos, caros y muy complejos en todos los sentidos. De esta manera, los demandantes de entrada tienen que afrontar difíciles retos, que para ellos son especialmente complicados dadas sus condiciones, en cuanto a la articulación de la prueba, recaudación de fondos económicos, contratación de los abogados que les representen y de otros expertos en distintas materias que les asesoren y preparen la prueba, etc.

La opción de demandar ante los Tribunales del país donde se han producido los daños en la mayor parte de los supuestos es poco realista. Como ya hemos señalado y ejemplificado anteriormente, no es inusual que los Estados receptores colaboren, o cuanto menos toleren, los comportamientos de las multinacionales, a las que apoyan y en las que se apoyan. Además, suelen ser países con sistemas jurisdiccionales muy defectuosos en todos los sentidos. Pero incluso en aquellos casos en los que los jueces locales admiten, tramitan y dan una respuesta satisfactoria a las pretensiones de los demandantes, estos se encuentran con un problema jurídico fundamental, que es el consistente en que la jurisdicción es territorial. Por consiguiente, la eficacia de las sentencias se circunscribe al territorio del Estado en el que han sido dictadas, con lo que en muchas ocasiones se abre el arduo problema de su reconocimiento y ejecución en el extranjero. Volviendo al caso de la sentencia de la Corte Suprema de Nicaragua, que condenó a varias empresas agrícolas y químicas por el envenenamiento masivo de los empleados en sus bananeras, nos encontramos con que los demandantes, una vez obtenida una sentencia favorable, han pretendido su ejecución en varios países extranjeros, lo que se está revelando como una tarea bastante difícil por la estructura que tienen las empresas multinacionales.

Precisamente esta estructura es también un serio obstáculo cuando se pretende demandar ante los Tribunales de cualquier otro Estado (el del domicilio de la cabecera del grupo o el del domicilio de una filial, etc.). En efecto, las multinacionales están articuladas de una manera muy favorable para sus propios intereses⁵. Están

5. B. Stephens, «Extraterritoriality and Human Rights after Kiobel», 28 *Md. J. Int'l*, 256, 2013. M. C. Marullo y F. J. Zamora Cabot, «Transnational Human Rights Litigations. Kiobel's Touch and Concern: a Tets Under Construction», *Papeles el tiempo de los derechos*, 2016, n° 1. P. I. Blumberg, «Accountability of Multinational Corporations: The Barriers Presented by Concepts of the Corporate Juridical Entity», 24 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 297, 2000-2001.

formadas por un conjunto de sociedades cada una con su propia personalidad jurídica y su propia nacionalidad. Muchas veces la cabecera controla a las filiales por medio de sociedades instrumentales ubicadas en paraísos fiscales o en países con Derecho Societario opaco. Sin olvidar otros mecanismos de control como *trusts*, testafierros, etc. De este modo, es muy difícil hacer responder a una sociedad del grupo multinacional de las responsabilidades de otra sociedad del mismo: la cabecera no responde por las filiales, ni éstas entre sí. El «levantamiento del velo» de la estructura multinacional, aunque sería muy necesario pues permitiría un tratamiento unitario de todo el grupo y por consiguiente cierta responsabilidad solidaria entre todas las empresas del mismo, se presenta por el momento como una tarea prácticamente imposible y solo muy ocasionalmente realizada por los Tribunales.

Los obstáculos se hacen aún mayores cuando se pretende demandar a una multinacional por determinados comportamientos de sus proveedores o subproveedores en cadena, aunque estos últimos sean de hecho solamente una prolongación logística o productiva de aquella y su independencia formal sea más aparente que real.

III. Posibles soluciones jurídicas

Una vez que conocemos algunos ejemplos de la variada casuística que suscita la vulneración de los derechos humanos por parte de las empresas transnacionales y los problemas jurídicos y limitaciones a los que tienen que hacer frente las víctimas, es el momento de exponer los principales mecanismos jurídicos a los que se puede recurrir para tratar de evitar tales acciones de las empresas y para intentar que los perjudicados obtengan alguna forma de resarcimiento.

1. *Un cierto marco global: los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos*

En el seno del 17º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas se presentó el Informe del Representante Especial, John Ruggie, y los «Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos»⁶. Se trata de un documento de notable importancia en tanto que pretende crear una referencia de alcance mundial, si bien adolece de importantes límites jurídicos.

6. A/HRC/17/31. N. Zambrana Tevar, «Los principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos», *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de los derechos humanos*, Cuadernos Democracia y Derechos Humanos, n° 9, Alcalá de Henares, 2013, pp. 41 y ss.

Con carácter previo hay que dejar claramente sentado que no son normas vinculantes de Derecho Internacional. Realmente son una serie de principios útiles para las empresas, en cuanto que les sirven de guía para conocer cómo comportarse de tal manera que adecúen sus acciones en el ámbito de los derechos humanos. Además, no es descartable que en un futuro más o menos próximo los Estados los incorporen a sus ordenamientos internos o se plasmen en instrumentos internacionales de naturaleza vinculante.

Por otro lado, hay que tener muy presente, como ya hemos dicho, que los Tratados internacionales sobre derechos humanos, salvo algunos textos de Derecho Penal Internacional, imponen obligaciones y deberes exclusivamente a los Estados. Sin embargo, la realidad es que, como ya hemos visto, tales derechos son vulnerados en muchas ocasiones por sujetos privados no estatales. Ciertamente los Estados, por lo menos los de determinadas partes del mundo, mediante sus normas internas, pretenden salvaguardar los derechos humanos e imponer que los particulares los respeten, pero las soluciones jurídicas hasta ahora existentes tienen serias carencias, o incluso son claramente ineficaces, cuando la finalidad es imponer su respeto a las empresas multinacionales que operan en el extranjero o adquieren bienes y productos a proveedores situados fuera de sus fronteras.

Partiendo de estas premisas, el documento de Naciones Unidas se basa en tres principios fundamentales o principios rectores, que se exponen en su Introducción: *«el primero es la obligación del Estado de ofrecer protección frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. El segundo es la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, lo que significa actuar con la debida diligencia para no vulnerar los derechos de terceros, y reparar las consecuencias negativas de sus actividades. El tercero es la necesidad de mejorar el acceso de las víctimas a vías de reparación efectivas, tanto judiciales como extrajudiciales».*

Para implementar estos principios el documento establece una serie de exigencias o requerimientos al respecto. Así, un principio rector es el de que a los Estados se les exige, entre otros extremos y pensando fundamentalmente en los países de origen de las empresas, que: enuncien claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades; también deben hacer cumplir sus leyes de protección de dichos derechos y dictar una legislación, incluso en los campos del Derecho Privado, que propicie el respeto de los derechos humanos por las empresas. Lógicamente, las exigencias a los Estados se hacen especialmente intensas cuando se trata de empresas de propiedad o bajo control estatal o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos públicos (crédito a la exportación, seguro y ga-

rantías de las inversiones, etc.) o cuando las empresas nacionales operan en zonas afectadas por conflictos. Por último, los Estados deben garantizar la coherencia política en materia de derechos humanos en el comportamiento de sus funcionarios, en la conclusión de Tratados internacionales, por ejemplo Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, y contratos de inversión y en su actuación en calidad de miembros de instituciones multilaterales que traten cuestiones relacionadas con las empresas.

Un segundo principio rector es que también se imponen determinadas exigencias o responsabilidades a las empresas. La primera es la de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos y hacer frente a las consecuencias negativas de las actuaciones en las que tengan alguna participación. Pero surge la gran pregunta: ¿Qué derechos humanos tienen que respetar las empresas? Los propios Principios hacen una enumeración bastante detallada: como mínimo serían los enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos y los principales instrumentos en que se ha codificado: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y en los ocho Convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, conforme a la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

En este sentido, las empresas deben evitar que sus propias actividades, pero también las que se derivan de sus relaciones comerciales con otras entidades, tengan consecuencias negativas sobre los derechos humanos. Es decir, que la obligación se extiende a las relaciones con los socios comerciales, a las empresas de su cadena de valor y a las relacionadas con sus operaciones comerciales, productos o servicios. En consecuencia se extiende, y esto es muy significativo, a los proveedores.

La responsabilidad de las empresas se aplica a todas ellas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Aunque la cuantía de los medios para hacer frente a dicha responsabilidad puede variar en función de los citados factores y de la gravedad de las consecuencias de sus comportamientos y acciones.

Para articular su responsabilidad en materia de derechos humanos, las empresas deben actuar de acuerdo con unos principios operacionales. El primero es el de asumir un claro «compromiso político» al respecto, que será aprobado al más alto nivel directivo y difundido interna y externamente.

El segundo principio operacional es el de proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. A este fin la empresa realizará una evaluación del

impacto real y potencial de sus actividades sobre los derechos humanos, elaborando unas conclusiones y actuando al respecto. Esta evaluación debe ser continua y evolucionar en el tiempo y dependiendo de las circunstancias operacionales. Además, debe adaptarse a las particularidades de cada caso; por ejemplo, hay que dar un tratamiento específico a las «cuestiones de complicidad», o sea cuando una empresa se beneficia o contribuye o parece contribuir a las acciones o consecuencias negativas respecto de los derechos humanos causadas por otros sujetos, por ejemplo un proveedor. Para la elaboración de la mencionada evaluación se deberá recurrir a expertos internos y/o independientes e incluir consultas significativas con grupos de potenciales afectados y otras partes interesadas. Por consiguiente, para las empresas, y especialmente para las que operan en determinados ámbitos o sectores, la figura de la auditoría de derechos humanos se hace tan imprescindible como otras modalidades de auditoría comúnmente practicadas.

Por último, el tercer principio operacional es el de reparación, que significa que si una empresa determina que ha provocado o contribuido a provocar efectos negativos para los derechos humanos debe repararlos o contribuir a su reparación por medios legítimos.

El último principio rector es el que se refiere al acceso a mecanismos de reparación. En consecuencia, los Estados deben articular medidas adecuadas para garantizar por la vía judicial, administrativa, legislativa o de cualquier otro tipo, que cuando se produzcan violaciones de los derechos humanos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces. La reparación puede revestir muy variadas modalidades y puede incluir disculpas, restitución, rehabilitación, compensaciones económicas o no económicas y sanciones punitivas (penales o administrativas) y también medidas de prevención de nuevos daños.

Los mecanismos de reparación pueden ser administrados por un organismo del Estado o por una entidad independiente si así lo establece una disposición legal. Pueden ser judiciales o extrajudiciales. Se puede prever que los afectados intervengan directamente en la reclamación de reparación o bien a través de un intermediario que actúe en su nombre. En todo caso, es esencial que los Estados traten por todos los medios de que el público en general conozca y comprenda estos mecanismos, cómo se puede acceder a los mismos y también ofrecer el apoyo necesario para materializar tal acceso.

Dentro de este principio es esencial la superación de ciertos obstáculos legales, de manera que es necesario que la legislación los prevenga o evite. Por ejemplo, deben superarse aquellas disposiciones que al asegurar las responsabilidades legales entre los miembros de un grupo empresarial, tanto en el ámbito civil como en el penal, per-

mitan que no se rinda cuentas de forma apropiada. Es decir, hay que tratar de articular un tratamiento de los grupos empresariales realista y que permita que se compartan y transmitan las responsabilidades. También, entre otros aspectos, hay que establecer un sistema de costas asumible o facilitar el acceso de las partes a una representación letrada competente. En general, la idea es que hay que instrumentar instituciones jurídicas que tiendan a mitigar el desequilibrio existente entre las partes.

Como ya hemos adelantado anteriormente, los Principios Rectores por sí mismos carecen de fuerza vinculante, son lo que se ha dado en llamar *Soft Law*, sin embargo su impacto en los Estados, pese al escaso tiempo transcurrido desde su publicación, está siendo importante. Muy pronto la Comisión de la Unión Europea, dentro de su estrategia sobre responsabilidad social de las empresas, se dirigió a los países miembros invitándoles a elaborar, para finales de 2012, planes nacionales para la implementación de los Principios Rectores de Naciones Unidas⁷. Los logros de los distintos Estados de la Unión están siendo muy desiguales y no muy satisfactorios. Por ejemplo, España aún no ha elaborado su plan nacional que, pese a los intensos trabajos realizados, parece estancado.

2. Medidas de prevención

En este apartado vamos a tratar acerca de algunas de las principales medidas o mecanismos existentes para intentar evitar con carácter preventivo vulneraciones de los derechos humanos por parte de las empresas en el comercio internacional. Ciertamente, algunas de estas medidas se solapan y entrecruzan con las orientadas a reparar los perjuicios causados por tales vulneraciones, y a las que nos referiremos en el apartado siguiente.

a) Responsabilidad Social Corporativa y algunas figuras relacionadas

Dado que los mecanismos jurídicos clásicos muchas veces no son eficientes para evitar ciertos comportamientos de las empresas multinacionales o para conseguir una adecuada reparación, la doctrina ha puesto de manifiesto que pueden tener efectos positivos al respecto ciertos instrumentos de la sociedad civil, como pueden ser la presión sobre los productores, los boicots de los consumidores, las presiones morales sobre la dirección de las corporaciones, el reconocimiento público de las acciones

7. COM(2011) 681 final.

correctas, el apoyo de los inversores a objetivos de justicia social y en general diversas figuras de presión social y de los mercados sobre las empresas⁸.

En esta misma línea podemos referirnos en primer lugar a la responsabilidad social corporativa⁹. Dentro de la expansión que ha conocido esta figura tanto en las materias a las que abarca como en la enumeración de los llamados sujetos interesados, es decir, a los que la actividad de la empresa afecta, se ha llegado a poner especial énfasis en la proyección de la responsabilidad social corporativa respecto de la protección de los derechos humanos en las actividades empresariales realizadas en el extranjero.

Para articular esta voluntad las empresas están utilizando, a veces de manera combinada, principalmente los siguientes instrumentos: A) Informes sociales y ambientales. Mediante estos *reports*, las corporaciones divulgan información sobre su impacto en las citadas materias y de las actividades que desarrollan para minorar o minimizar los prejuicios. Esta es una práctica que se está haciendo bastante frecuente en distintas grandes entidades, que para la elaboración de los informes frecuentemente recurren a auditores externos. B) Etiquetados. Determinados etiquetados certifican y muestran públicamente que la mercancía se ha producido respetando ciertas condiciones sociales o ambientales o estándares mínimos establecidos. De esta manera, los consumidores y otros sujetos que operan en el mercado obtienen una información que puede orientar su comportamiento. Las etiquetas se obtienen tras una verificación por parte de ONGs, asociaciones, sindicatos, etc. Ejemplos de esta figura son el certificado «comercio justo», también el Kimberly, que garantiza que los diamantes se han obtenido de manera «limpia»¹⁰ o el muy conocido «Ropa Limpia», que certifica determinados cumplimientos en un sector tan sensible y problemático como es el de la confección. C) Inversión social. Distintas figuras de información sirven para orientar al inversor interesado a la hora de participar en empresas ambiental o socialmente comprometidas, lo que además redundará en condicionar las decisiones de los gestores de las entidades. Un ejemplo es el índice *FTSE4Good*, inspirado en el índice de la bolsa de Londres, pero enumerando empresas con determinadas políticas aceptables en el plano social, ambiental, etc. D) Códigos de conducta. Son

8. P. I. Blumberg, «Accountability of Multinational...», pp. 319-320. A. Muñoz Fernández y L. Sales Pallarés, «Leyes internas sobre transparencia de multinacionales: los particulares como agentes de la lucha contra las nuevas formas de esclavitud», *La responsabilidad de las multinacionales...*, pp. 109 y ss.

9. O. Martín-Ortega, *Empresas Multinacionales...*, pp. 206 y ss.

10. P. Diago Diago, «El comercio internacional de diamantes: sistema de certificación del proceso Kimberley», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, 2009, n° 1, pp. 72 y ss.

declaraciones públicas, dirigidas a sujetos que se vean afectados por la actividad de la empresa (trabajadores, consumidores, proveedores, etc.) y plasmadas por escrito en las que la entidad pone de manifiesto su compromiso de cumplir y desarrollar un determinado comportamiento en el desempeño de sus actividades. Es una práctica bastante frecuente en las empresas del sector textil y de los artículos deportivos preocupadas por mejorar su imagen ante la sociedad y los compradores (Levi Strauss, Nike, Reebok, etc.). Algunas de estas empresas han proyectado también sus códigos de conducta a las actividades de sus proveedores y subcontratistas. E) Iniciativas mixtas. Son aquellas en las que se entrecruzan varios de los sistemas expuestos hasta ahora, pero además no afectan a una sola empresa sino a una pluralidad y a numerosos sujetos interesados y en ellas intervienen los Estados realizando algunas labores de control o dictando ciertas normas para su implementación, frecuentemente mediante remisiones al Derecho Internacional. Un ejemplo lo encontramos en el *Proceso Kimberley* para obtener el sello del mismo nombre respecto de los diamantes, a él se han acogido las principales empresas y asociaciones del sector diamantífero, pero también grupos de la sociedad civil e incluso los Gobiernos, que realizan una función esencial en el *Proceso* certificando que los diamantes que se exportan de su territorio no son «diamantes conflictivos» o «sangrientos», en cuanto que no han sido empleados para financiar conflictos bélicos, y solo con tales piedras preciosas pueden operar las entidades empresariales partes del citado *Proceso*.

La proyección de la responsabilidad social corporativa en la problemática que ahora nos ocupa tiene perfiles ambivalentes. Indudablemente implica una asunción voluntaria de obligaciones, pero por eso mismo también significa que hay una definición unilateral, y en gran medida autónoma, de los estándares y límites que se establecen y asumen. Además, puede operar como una alternativa a una mayor regulación internacional y estatal, que por su propia naturaleza tendría un carácter imperativo y obligaría a hacer frente a deberes más definidos e ineludibles. La gran ventaja radica en que la empresa se somete al escrutinio y control públicos, pero para que estos sean realmente eficaces se necesitan una sociedad civil fuerte, consciente y activa y métodos de supervisión eficaces e independientes. Lamentablemente, estos dos requerimientos no siempre se dan.

Otros aspectos muy positivos, aunque todavía están en desarrollo y por el momento tienen una presencia limitada, es que en ocasiones los compromisos de la responsabilidad social corporativa se trasladan y extienden a los contratistas, proveedores y subproveedores y también que en algunos supuestos se describen y asumen las obligaciones corporativas por referencia a Convenios internacionales de derechos humanos.

Estas prácticas también han llegado a España y se han hecho patentes en empresas que operan en sectores especialmente sensibles. Por ejemplo, el sistema de

responsabilidad social de Repsol, que ha recibido críticas muy positivas. Entre los compromisos adquiridos enumera el respeto a los derechos humanos y la voluntad de seguir los Principios Rectores de Naciones Unidas; también hace referencia expresa al desarrollo de una política de relaciones con las comunidades indígenas. El Código de Conducta y Prácticas Responsables del Grupo Inditex, de julio de 2012, recoge, entre otros muchos extremos, el compromiso del cumplimiento de acuerdos y convenios internacionales, la obligación de sus proveedores de respetar los derechos humanos y laborales y el rechazo radical a su vulneración.

La responsabilidad social corporativa también se hace patente en otras manifestaciones, como por ejemplo las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (Revisión 2011) o el ISO 26000.

Las Directrices de la OCDE, que se inspiran de forma declarada en los Principios Ruggie, establecen que las empresas deben elaborar una política que recoja su compromiso con el respeto de los derechos humanos. Dentro del amplio panorama de cuestiones que abordan las Directrices hay que detenerse especialmente en dos. La primera es que las empresas no pueden amparar sus comportamientos en la legislación del Estado en el que operan, que a veces es muy laxa e incluso contraria a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. A este respecto, en los comentarios a las Directrices se afirma, *«en países donde las leyes y regulaciones nacionales son contrarias a los derechos humanos reconocidos internacionalmente, las empresas deben buscar los medios para respetarlos en la mayor medida de lo posible, sin violar la legislación nacional...»*. Este es un punto de especial relevancia, pues frecuentemente las multinacionales se amparan en la legislación del Estado receptor. Por ejemplo, en el caso del hundimiento del edificio *Rana Plaza*, en Dacca (Bangladesh), en el que fallecieron 1.138 personas y más de 2.000 quedaron heridas, las empresas textiles extranjeras, entre ellas El Corte Inglés, Inditex y Mango, habían justificado las inadmisibles condiciones de trabajo en su cumplimiento de la legislación del lugar, pero ocultando que condicionaban dicha legislación y que obstaculizaban o impedían cualquier modificación positiva de la misma. No obstante, también hay que reconocer que tales empresas, incluidas las españolas, con posterioridad al accidente crearon un fondo voluntario de indemnización para tratar de hacer frente a los perjuicios causados.

Un segundo aspecto que merece ser destacado en las Directrices OCDE es el que se refiere al deber de las empresas de evitar o atenuar el impacto negativo en los derechos humanos derivados de *«una relación comercial con otra entidad»*. Esta última frase se entiende, según el propio texto, como *«cualquier relación con sus socios comerciales, los agentes de su cadena de suministro y otros actores no públicos y agentes del Estado directamente ligados a sus actividades comerciales, bienes o servicios»*. Este es un punto muy

importante dado cómo operan las multinacionales, que se apoyan en una diversidad de filiales más o menos expresas y en una multitud de proveedores y subcontratistas.

Por su parte, la norma internacional voluntaria ISO 26000, dentro de las actividades de ISO (Organización Internacional de Estandarización), pretende ayudar a las empresas a colaborar al desarrollo sostenible superando el puro cumplimiento legal y como una parte de la responsabilidad social. Una materia fundamental abordada por ISO 26000 son los derechos humanos, pero también las prácticas laborales, el medio ambiente y las prácticas justas de operación.

b) *Transparencia*

En el seno de la Unión Europea encontramos un interesante, aunque limitado, modelo de transparencia en la Directiva 2014/95/UE, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE, en cuanto a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad¹¹. Precisamente, la reforma introduce novedades en cuanto a la necesidad de transparencia en la actividad empresarial cuando está relacionada con los derechos humanos.

La Directiva de 2014 hay que enmarcarla en las acciones de la UE sobre responsabilidad social de las empresas y la preocupación de las instituciones europeas por un crecimiento sostenible, que respete los factores sociales y ambientales y aumente la confianza de los inversores y los consumidores. Todo ello garantizando la coordinación entre las legislaciones nacionales de los Estados miembros.

Las obligaciones derivadas de la Directiva solo se aplican a las grandes empresas; no se quiso cargar con más obligaciones a las pymes. En consecuencia, se ven afectadas las empresas, que sean entidades de interés público¹², y que en la fecha de cierre de su balance superen el criterio de un número medio de empleados superior a 500 durante el ejercicio. Bajo las mismas condiciones también obliga a las entidades que sean empresas matrices de un gran grupo.

Las citadas empresas deberán incluir en el informe de gestión un estado no financiero que contenga información relativa, como mínimo, a cuestiones medioambientales

11. *DOUE* L 330, de 15 de noviembre de 2014.

12. Sobre el concepto de «entidades de interés público» véase el artículo 2.1) de la Directiva 2013/34/UE (*DOUE* L 182, de 29 de junio de 2013).

y sociales, de personal, respeto a los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno; describiendo las políticas que desarrolla al respecto, las dificultades que encuentra en las mismas y los resultados. La información debe abarcar también a la diversidad. Las entidades que sean matrices de un gran grupo deberán incluir la misma información en cuanto sea necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo y las políticas y datos serán referentes al mismo.

La Directiva debe ser transpuesta a más tardar el 6 de diciembre de 2016, por lo que nuestro país va alarmantemente retrasado en el cumplimiento de esta obligación. Las normas nacionales de transposición se aplicarán a las empresas en lo que respecta al ejercicio que comienza el 1 de enero de 2017 o durante el año civil de 2017.

3. *Mecanismos de reparación*

Ya hemos adelantado anteriormente que el principal y mejor mecanismo de reparación para los perjudicados es la obtención de una indemnización económica. A este fin lo normal es demandar a la empresa cabecera del grupo multinacional ante los tribunales civiles de su domicilio, por tanto ante tribunales situados en un país occidental, y que aparezcan como codemandadas otras empresas del grupo, esencialmente las que han actuado en el lugar del daño y que son las que han producido directamente el perjuicio.

Antes de continuar hay que señalar que cada vez es más frecuente que se alcancen acuerdos extrajudiciales para evitar o zanjar los litigios. Ya hemos visto anteriormente la solución a la que llegó Inditex en Brasil o cómo en el caso *Rana Plaza* se creó la *Rana Plaza Donors Fund* para reunir las contribuciones destinadas a las víctimas y sus familias que voluntariamente aportaron una serie de empresas. Acuerdos de esta naturaleza son más usuales cuando con carácter preliminar los tribunales ante los que se ha planteado la demanda se declaran competentes. En este sentido la petrolera Shell, una empresa con un largo y oscuro historial de vulneración de los derechos humanos, recientemente ha puesto fin a algunas importantes demandas acordando extrajudicialmente compensaciones económicas. Por ejemplo en el caso *Bodo*, originado por una demanda de la comunidad indígena nigeriana *Bodo* a causa de dos contaminaciones petrolíferas que causaron graves daños a las personas, a las tierras y los cultivos, Shell pagó 55 millones de libras para terminar el pleito. Igualmente, en el asunto *Wiwa* pagó 13,5 millones de dólares al pueblo *Ogoni* para evitar que siguiese adelante una demanda por su responsabilidad en la ejecución de nueve activistas que protestaron en Nigeria por las actividades de Shell perjudiciales para el medio ambiente. Cuando las empresas llegan a este tipo de acuerdos lo hacen por motivos

reputacionales y de opinión pública y también para evitar un pleito en el que al final se pueden ver condenadas a una cantidad mucho mayor.

En los supuestos en los que el pleito se hace inevitable y es forzoso litigar, para los demandantes surgen fundamentalmente cuatro grandes problemas: en primer lugar, el de justificar la competencia judicial internacional de los tribunales ante los que se ha planteado la demanda. Un segundo problema muy vinculado con el anterior es el de probar la realidad del grupo multinacional, las relaciones dentro del mismo y la dependencia de la filial extranjera, que es la que ha realizado las actividades en el país del daño, de la cabecera occidental, en cuyo domicilio se plantea la demanda. Finalmente se suscita la cuestión de determinar el ordenamiento jurídico aplicable al caso. Además, como en todo litigio subyace la necesidad de articular adecuadamente la prueba.

Quiero detenerme en los dos primeros problemas, que están muy vinculados entre sí y que condicionan radicalmente todo el desarrollo posterior del pleito. Normalmente la cabecera del grupo multinacional cuando es demandada ante los tribunales de su domicilio impugna la competencia alegando que los tribunales competentes son los del lugar del daño, que además suelen ser los del domicilio de la filial.

Las respuestas a estos problemas difieren en los distintos sistemas jurídicos. En Estados Unidos una vieja norma, la *Alien Tort Claims Act (ATCA)*, ha justificado en ciertos casos la competencia de los tribunales de aquel país ante demandas por vulneraciones de derechos humanos. Pero la *ATCA*, en principio, solo opera en supuestos de violación de normas de *ius cogens* internacional, por consiguiente en casos de tortura, detención arbitraria y prolongada, ejecuciones sumarias, tratos inhumanos o degradantes, crímenes de guerra, genocidio y otras prácticas similares. No obstante, los tribunales norteamericanos han sido, comparativamente hablando, los más receptivos a declararse competentes en las demandas a las que ahora nos referimos. En este sentido, han dado algunos pasos importantes levantando el velo de los grupos multinacionales y declarando las relaciones de dependencia entre las diferentes entidades que los componen. Distintos condicionantes, como entre otros la existencia de un gran bagaje doctrinal en la materia, las particularidades de su sistema procesal en cuanto a la prueba, la posibilidad de imponer *punitive damages*, hacen que el sistema norteamericano sea el más avanzado en dar respuestas relativamente satisfactorias a las pretensiones de los perjudicados, en ocasiones propiciando acuerdos económicos muy interesantes para estos¹³.

13. O. Martín-Ortega, *Empresas Multinacionales...*, pp. 258 y ss. N. Zambrana Tevar, «Shortcomings and...», pp. 408 y ss.

Actualmente en los países de la Unión Europea las reglas sobre competencia judicial internacional se contienen fundamentalmente en el Reglamento (UE) 1215/2012, el denominado Bruselas I bis. La doctrina ha señalado que sus disposiciones no facilitan el que los tribunales de Estados europeos sean competentes ante demandas planteadas en los casos habituales de violaciones de derechos humanos por parte de multinacionales. Así se ha destacado que los foros de competencia del Reglamento, aparte de excepciones ahora irrelevantes, solo operan cuando el demandado está domiciliado en un Estado miembro, el foro general de competencia es el del domicilio y el foro de vinculación procesal en los supuestos de litisconsorcio pasivo requiere que todos los demandados estén domiciliados en la Unión, salvo que el ordenamiento del concreto Estado donde se plantea la demanda diga otra cosa¹⁴.

Sin embargo, en los últimos tiempos tribunales de países europeos han dictado interesantes sentencias sobre las que nos tenemos que detener, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de decisiones cuyo contenido en lo que se refiere a la competencia judicial internacional puede ser trasladado en su momento a la jurisprudencia española.

El Tribunal de Apelación de La Haya ha dictado el 18 de diciembre de 2015 una importante sentencia en el asunto *Dooh* y otros contra R. D. Shell, con administración central en Holanda, Shell Petroleum D C of Nigeria, con domicilio en dicho país africano y otras filiales de Shell, domiciliadas en Holanda y el Reino Unido. Los demandantes reclamaban una indemnización por los daños causados a las tierras, el medioambiente y las personas por los vertidos de petróleo procedentes de los oleoductos en Nigeria de las demandadas. El Tribunal declaró la competencia de los tribunales holandeses en cuanto a R. D. Shell por tener su domicilio en dicho país (arts. 4 y 63 del Reglamento (UE) 1215/2012), en cuanto al resto de las domiciliadas en Estados europeos se basó en el foro de vinculación procesal (art. 8 del Reglamento) y respecto de la filial nigeriana invocó una disposición del Derecho Procesal de los Países Bajos que establece que cuando los tribunales de dicho país tengan competencia respecto de uno de los demandados serán también competentes sobre todos los demás codemandados con tal que las acciones contra los distintos demandados estén conectadas entre sí de tal manera que esté justificado considerarlas conjuntamente por razones de eficiencia.

La recientísima sentencia de la *High Court* de Inglaterra de 27 de mayo de 2016 ha recaído sobre una demanda planteada por agricultores zambianos por los daños

14. M. Requejo Isidro, «Access to Remedy. Abusos contra derechos humanos en terceros Estados, ¿justicia civil en Europa?», *La responsabilidad de las multinacionales...*, pp. 83 y ss.

causados en sus tierras por una empresa domiciliada en Zambia, filial de *Vedanta Resources*, con domicilio en el Reino Unido. El Tribunal ha justificado su competencia en el foro del domicilio de *Vedanta* y en cuanto a la filial zambiana en la naturaleza del grupo empresarial y las relaciones financieras, de gestión y de dependencia existentes dentro del mismo.

A soluciones similares se puede llegar hoy en el sistema español en casos de demandas contra empresas domiciliadas en España y sus filiales en el extranjero por daños causados fuera de nuestro país. La competencia respecto de la multinacional española se puede justificar en el artículo 4 del Reglamento (UE) 1215/2012 y en cuanto a sus filiales extranjeras en el artículo 22ter.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dice: *«en caso de pluralidad de demandados, serán competentes los Tribunales españoles cuando al menos uno de ellos tenga su domicilio en España, siempre que se ejercite una sola acción o varias entre las que exista un nexo por razón del título o causa de pedir que aconseje su acumulación»*.

IV. Consideraciones finales

Hemos hecho un rápido recorrido por los aspectos más significativos del tema de los negocios internacionales y los derechos humanos. Inevitablemente, dada la naturaleza y el espacio de esta intervención, muchas cuestiones importantes se han quedado en el tintero, por ejemplo el problema intensamente relacionado de la sostenibilidad.

Pero como estamos en un ámbito académico, aunque también de presencia social, no quiero terminar sin hacer una última reflexión. En España, y en muchos otros países europeos, existe una imperiosa necesidad de formación en la materia que hemos tratado. Para prevenir y solucionar los problemas que hemos visto es imprescindible, así lo demuestra el ejemplo de Estados Unidos, la existencia de despachos de abogados, de consultores, de auditores internos y externos y de otros profesionales especializados en derechos humanos y particularmente en su vertiente de negocios transnacionales. Además, esta formación daría empleo de alta cualificación a un número importante de personas.

Esto es todo. Muchas gracias por su atención.

