

ACCESO A LA JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS CAUSADOS POR MULTINACIONALES: DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA Y UNA APUESTA POR LAS VÍAS EXTRAJUDICIALES DE REPARACIÓN¹

Por

JORDI GIMENO BEVIÁ
Prof. Titular Derecho Procesal
UNED

revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Procesal 58 (2022)

RESUMEN: Desgraciadamente, en pleno siglo XXI los Derechos Humanos siguen sin ser respetados en muchos países, principalmente en aquellos en vías de desarrollo. Ante esta situación, organismos internacionales como la ONU están desplazando el foco de responsabilidad, que tradicionalmente estaba puesto en de los Estados, hacia las empresas multinacionales. Por consiguiente, se avanza hacia un co-protagonismo público-privado en el respeto a los Derechos Humanos. Pero no se trata solo de “proteger” y “respetar” los DDHH sino de “remediar”, siguiendo las tres claves de los Principios Rectores ONU, las vulneraciones de DDHH, mejorando el acceso a la justicia de las víctimas que sufren su vulneración por parte de las multinacionales. En este trabajo se examina, de un lado, los principales instrumentos internacionales; posteriormente, se analizan desde un punto de vista práctico los problemas a los que se enfrentan las víctimas; y, finalmente, se exponen algunas vías para garantizar su acceso a la justicia y, en definitiva, reparación.

PALABRAS CLAVE: Víctimas, Derechos Humanos, acceso justicia, multinacionales, reparación

SUMARIO: I. El acceso a la justicia y su proclamación internacional. 1. Introducción 2. Los Principios rectores sobre Empresa y Derechos Humanos: “El marco Ruggie”. 3. El (in)cumplimiento del PIDESC II. De la teoría a la práctica: la eficacia de los instrumentos internacionales en distintos escenarios 1. Justicia y reparación en el país afectado 2. Justicia y reparación ante el país donde la empresa tiene el domicilio social 3. La paradigmática justicia y reparación en E.E.U.U III. Hacia la configuración de vías de acceso a la reparación. 1. Judiciales A) Extraterritorialidad de la jurisdicción B) La cooperación interestatal como vía efectiva de reparación Cooperación 2. Extrajudiciales A) Protección de los DDHH en la legislación nacional B) La creación de Ombudsman transnacionales C) Inclusión de mecanismos de reparación en los modelos de compliance IV. Conclusiones. Bibliografía

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D “La responsabilidad penal de empresas transnacionales por violaciones a los Derechos Humanos y al medio ambiente” (DER 2017-85144-C2). Entidad financiadora: Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. IPs NIETO MARTÍN, A. y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.

ACCESS TO JUSTICE FOR VICTIMS OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS CAUSED BY MULTINATIONALS: FROM THEORY TO PRACTICE AND A COMMITMENT TO EXTRAJUDICIAL REMEDIES

ABSTRACT: Unfortunately, in the XXI century Human Rights are still not respected in many countries, mainly in those in the process of development. Faced with this situation, international organizations such as the UN are shifting the focus of responsibility, which was traditionally placed on States, to multinational companies. Therefore, progress is being made towards a public-private co-protagonism in respect for Human Rights. But it is not only a question of "protecting" and "respecting" human rights, but of "remedying", following the three keys of the UN Guiding Principles, human rights violations, improving access to justice for victims who suffer their violation by multinationals. This paper examines, on the one hand, the main international instruments; subsequently, the problems faced by victims are analysed from a practical point of view; and, finally, some ways are presented to guarantee their access to justice and, ultimately, reparation.

KEY WORDS: victims, Human Rights, access to justice, multinationals, reparation

I. EL ACCESO A LA JUSTICIA Y SU PROCLAMACIÓN INTERNACIONAL

1. Introducción

Como es bien sabido, el fin de la Segunda Guerra Mundial dio lugar no sólo a un periodo de reconstrucción de afectos internacionales, sino también a una gran circulación de flujos económicos y comerciales. En efecto, la paz -o mejor dicho, la calma- global favoreció el comercio y el desarrollo de no pocos países. Asimismo, la descolonización de gran parte de África, Asia y Oceanía -pues América Latina, sin perjuicio de los territorios británicos, sufrió este proceso en el siglo XIX- permitió la entrada de capital internacional para la explotación de recursos y la obtención de concesiones de obras públicas.

Es necesario destacar, sin embargo, que la globalización del comercio y los negocios internacionales ha llevado a una competencia empresarial cada vez más feroz en la conquista de nuevos mercados y oportunidades, por lo que las sociedades se muestran, en muchos casos, dispuestas a todo con tal de obtener pingües beneficios y plusvalías.

El problema no sólo se encuentra en cómo se obtiene el negocio, que también, -p.ej. mediante el soborno a funcionarios extranjeros- sino, más preocupante todavía, de como éste se desarrolla, sin el más mínimo respeto a los Derechos Humanos, ya sea de los trabajadores allí contratados o de las comunidades o el medio que va a resultar afecto por la actividad.

Así las cosas, a lo largo de las últimas décadas han ido sucediéndose no pocos casos de vulneraciones de DDHH por empresas multinacionales principalmente en países en vías de desarrollo. Sirvan como ejemplos ilustrativos, algunos casos relativamente

recientes: los casos Shell en la Patagonia Argentina, las energéticas españolas en Méjico, la multinacional armamentística G4S en Palestina, etc.

No es de extrañar, por todo ello, que haya surgido una doctrina crítica que, con buen tino, entienda que el respeto de los Derechos Humanos no deba ser únicamente monopolio de los Estados, mas al contrario, que el foco de atención deba desplazarse o al menos ser compartido por las multinacionales².

2. Los principios rectores sobre empresas y derechos humanos: el “Marco Ruggie”

En esa línea, y con la finalidad última de proteger a las víctimas de vulneraciones de DDHH por las multinacionales, el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas, el Prof. Dr. John Ruggie, presentó en el año 2008 el Marco de la ONU “Proteger, respetar y remediar”, conocido popularmente como “Principios Ruggie” o “Marco Ruggie”³. Tras tres años de intenso trabajo, reuniones con grupos de interés, Estados, ...el Consejo aprobó por unanimidad los “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”⁴. Estos Principios Rectores se dividen en tres capítulos:

- i) “Proteger”: El deber del Estado de proteger los Derechos Humanos
- ii) “Respetar”: La responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos Humanos
- iii) “Remediar”: Acceso a mecanismos de reparación

Tras únicamente la lectura de los títulos, se puede apreciar el co-protagonismo Estados-empresas (y otros actores) en la promoción y el respeto de los DDHH. Y ello, en el contexto actual, supone un importante reto en tanto, de acuerdo con LUCENA CID, estos principios implican un “cambio en las reglas del juego”, en un momento en el que se pone en valor el comportamiento de las empresas en términos de Responsabilidad Social Corporativa y supone una ayuda u orientación para los Estados a la hora de

² PAUST, J.J “Human Rights responsibilities of Private Corporations”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol.35, nº 3, mayo 2002, págs. 801-825, p. 825.

³ Entre otros accesos, puede consultarse íntegramente el documento en el siguiente enlace https://observatoriorsc.org/wp-content/uploads/2013/11/Proteger_respetar_remediar_abril2008.pdf

⁴ En España, los Principios Ruggie inspiraron el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos, publicado en 2017 <https://www.boe.es/boe/dias/2017/09/14/pdfs/BOE-A-2017-10516.pdf>

establecer sus objetivos en la protección y promoción de los DDHH⁵, teniendo además presente los ODS que, sin duda, están alineados con estos Principios Rectores.

Ahora bien, cabe tener presente que los Principios Rectores no generan obligaciones ni recogen sanciones para los Estados o empresas que vulneren los DDHH pues, a lo sumo, se limitan a reconocer el Derecho Internacional sobre la materia y a ofrecer un marco conceptual, tanto a Estados como a empresas, para enfrentar este reto. No obstante lo anterior, no dejan de resultar muy relevantes, pues han influido notablemente en instrumentos tan importantes como las directrices de la OCDE para empresas multinacionales o, en el ámbito laboral, cuestión capital cuando de DDHH se trata, en la declaración tripartita de la OIT de principios sobre las empresas multinacionales y la política social. Incluso, doctrina autorizada entiende que estos Principios Rectores pueden sentar las bases para la elaboración de un Tratado internacional sobre DDHH y empresas, habida cuenta ya existe un Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta creado en la resolución 26/9 del Consejo de DDHH de la ONU de 2014 que elaboró un proyecto en actual discusión⁶.

El capítulo III de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos versa sobre el acceso a los mecanismos de reparación. A su vez, se divide en un principio fundacional y cinco operativos que suponen un desarrollo del fundacional.

En primer término, el principio fundacional puede concebirse como una auténtica declaración de intenciones, habida cuenta consagra el deber de protección por parte de los Estados de los DDHH a través de los cauces, judiciales y extrajudiciales cuando las violaciones acontezcan en su territorio y/o jurisdicción. Es decir, exhorta a que establezcan los mecanismos necesarios para que las víctimas de vulneraciones de DDHH por parte de las empresas puedan ser eficazmente reparadas. La traslación, sin embargo, de tales intenciones a la práctica se hará depender, lógicamente, de diversos factores, entre los que destacan la fortaleza de las instituciones del Estado en cuestión, su permeabilidad a la corrupción por parte de empresas extranjeras con intereses en dicho país y la promoción, cultura y respeto de los DDHH. Así las cosas, este principio fundacional otorga carta blanca a los Estados para que configuren estos mecanismos de

⁵ LUCENA CID, I.V. “La implementación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Implicaciones para los Estados, Revista Universitas nº25, 2017, pp. 69-89, pág. 72

⁶ Véase, ampliamente, el exhaustivo trabajo de GIL Y GIL, J.L., “La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares laborales. Una perspectiva global” *Lex Social* nº2, vol. 10, 2020 págs. 11 y ss. Al texto del Grupo de Trabajo del CDHONU puede accederse en el siguiente enlace https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f24&Lang=en

reparación -judiciales o extrajudiciales- del modo más idóneo posible siendo, por consiguiente, el fin último la reparación efectiva de la víctima.

Descendiendo de lo general a lo particular, los principios rectores desarrollan la proclama del principio fundacional. Así pues, el principio nº26 afecta directamente a la tutela judicial efectiva en tanto destaca, en el marco de los instrumentos judiciales estatales, la relevancia de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos, que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación. En efecto, el acceso a la justicia ante las vulneraciones de DDHH deviene esencial por lo que la víctima-justiciable debe poder acceder libre de barreras, tanto económicas, -p.ej mediante el acceso a la justicia gratuita cuando no pueda costearse la representación letrada- como de otra índole, pues pueden existir barreras relacionadas con una excesiva burocratización disuasoria del ejercicio de la acción civil o penal o incluso barreras de corte sociocultural, especialmente ante colectivos vulnerables -p.ej. población indígena- que carezcan de la formación necesaria para el conocimiento de sus derechos civiles y puedan además sufrir problemas en la comunicación oral y escrita. Pero no sólo encontramos barreras de carácter subjetivo, sino de carácter orgánico, pues el propio Poder Judicial debe resultar independiente, principalmente frente a los intereses y a las posibles injerencias de las multinacionales; e incluso barreras legislativas, habida cuenta la legislación sustantiva y procesal debe resultar adecuada para que la persona jurídica y las personas físicas puedan responder tanto penal o administrativamente, como civilmente en la reparación eficaz de la/s víctima/s. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a la reparación de víctimas que no pueden acceder a los Tribunales de su Estado o que no pueden ser reparados en origen. Ello resulta particularmente grave (y desgraciadamente común) en vulneraciones de DDHH pues en gran medida éstos acontecen en países en vías de desarrollo que no gozan de unas instituciones sólidas y comprometidas con el respeto de tales derechos inalienables por lo que, los Estados en los que éstos sí se respetan deben, procurar el acceso a la reparación de las víctimas de vulneraciones de DDHH, inclusive cuando no acontezcan en su territorio pero exista cierto nexo para su reclamación.

Del mismo modo, el principio nº27 hace hincapié en la necesidad de combinar, paralelamente, los mecanismos judiciales con los extrajudiciales para así ofrecer un "sistema integral de reparación". En este punto, los Principios Rectores hacen un reconocimiento expreso a la importancia de los ADR como medio eficaz, sobre todo cuando de reparación se trata, de resolución del conflicto multinacional-víctima/s. Dado que la vía judicial no siempre resuelve satisfactoriamente el conflicto, pues la satisfacción procesal no implica un satisfacción real de la víctima, sobre todo si la reparación llega

tarde, la posibilidad de acudir a ADR especializados puede permitir alcanzar con mayor prontitud el referido objetivo.

En el otro lado de la medalla, los principios nº28, 29 y 30, considerados como mecanismos de reparación no estatales, desplazan la reparación del Estado a las propias empresas o a organizaciones nacionales o regionales. Concebidos como “mecanismos de reparación de nivel operacional” pretenden convertir a las empresas en auténticas protagonistas en la reparación a las víctimas, irrogándoles una posición activa en esta misión. Asimismo, ello puede resultar ventajoso para la compañía en tanto, de un lado, desde una perspectiva auto-regulatoria, le permite alcanzar una mayor sensibilidad para con el respeto a los DDHH e identificar debilidades y problemas sistémicos al interno de la organización. De otro lado, una pronta y directa reparación a la víctima, resulta beneficioso para la compañía porque podrá evitar mayores daños y detener futuras reclamaciones judiciales o extrajudiciales. Ahora bien, estos mecanismos no deben ser entendidos como sustitutorios ni mucho menos impeditivos del acceso a la justicia -incluso a medios extrajudiciales- sino como un complemento que, en función de cuán atractivo -por efectivo- sea, pueda resultar útil para la víctima.

En último término, el principio nº31, a la postre, último principio de los Principios Rectores, procura una mayor concreción en relación a la eficacia o a qué criterios deben seguir los mecanismos de reclamación extrajudiciales para resultar eficaces. Se trata de siete criterios para los medios estatales o no de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación⁷. También existe un criterio octavo dirigido únicamente hacia la eficacia de los mecanismos operacionales o establecidos por las empresas. A saber:

a) Legítimos: suscitar la confianza de los grupos de interés a los que están destinados y responder del correcto desarrollo de los procesos de reclamación; b) Accesibles: ser conocidos por todos los grupos interesados a los que están destinados y prestar la debida asistencia a los que puedan tener especiales dificultades para acceder a ellos; c) Predecibles: disponer de un procedimiento claro y conocido, con un calendario indicativo de cada etapa, y aclarar los posibles procesos y resultados disponibles, así como los medios para supervisar la implementación; d) Equitativos: asegurar que las víctimas tengan un acceso razonable a las fuentes de información, el asesoramiento y los conocimientos especializados necesarios para entablar un proceso de reclamación en condiciones de igualdad, con plena información y respeto; e) Transparentes: mantener informadas a las partes en un proceso de reclamación de su evolución, y ofrecer suficiente información sobre el desempeño del mecanismo, con vistas a fomentar la confianza en su eficacia y salvaguardar el interés público que esté en juego; f)

⁷ Decimos que destaca porque el texto indica “resolución o mediación” cuando la mediación es un método de resolución de conflictos

Compatibles con los derechos: asegurar que los resultados y las reparaciones sean conformes a los derechos humanos internacionalmente reconocidos; g) Una fuente de aprendizaje continuo: adoptar las medidas pertinentes para identificar experiencias con el fin de mejorar el mecanismo y prevenir agravios y daños en el futuro; h) Basarse en la participación y el diálogo: consultar a los grupos interesados a los que están destinados sobre su diseño y su funcionamiento, con especial atención al diálogo como medio para abordar y resolver los agravios.

Estos criterios, que quizá tengan mejor encaje como indicadores, pueden resultar de utilidad en la adopción o implementación de soluciones para la reparación a las víctimas de DDHH. Por consiguiente, los Estados que, amén de contar con los mecanismos judiciales para ello, pretendan establecer mecanismos extrajudiciales, ya sea por sí mismos o al abrigo de organizaciones regionales y/o internacionales, podrán tener presente tales indicadores.

Asimismo, las empresas, sobre todo las que cuentan con modelos de organización o programas de *compliance*, deberán contemplar en sus políticas de respeto a DDHH medios o modos que, siguiendo estos indicadores, permitan que las víctimas puedan ser reparadas con prontitud lo cual, como se ha expuesto supra, redundará además positivamente en la organización, tanto judicialmente como reputacionalmente, entre otros aspectos ventajosos.

3. El (IN)cumplimiento del PIDESC

Pero con anterioridad al marco Ruggie, ya existían otros instrumentos que proclamaban el respeto por los DDHH, entre los que cabe destacar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado y ratificado por España en 1977⁸.

El cumplimiento de este pacto es puntualmente observado por un órgano de expertos independientes, concretamente el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC), a través de informes periódicos. A este respecto, cabe destacar del informe del año 2017 la Observación General nº24 sobre las obligaciones de los Estados firmantes del PIDESC en el contexto de las actividades empresariales⁹.

⁸ Véase el BOE nº103 de 30 de abril de 1977 https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10734

⁹ Disponible en el siguiente enlace <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Sza b0oXTdlmnsJZZVQclMOuuG4TpS9jwlhCJcXiumBy835dMBXxx3qbFbFIQsxmftFUOg56%2F9JM1 LMnqJ1PRyKELBcKJtCKvrXnf%2FIH>

El informe parte de la manida corresponsabilidad contemporánea Estado-empresa por el que ambos debieran respetar los derechos del PIDESC con independencia de la existencia de legislación interna aplicable, e incluso pretende erigirse en una suerte de acicate para ayudar al sector empresarial a cumplir sus obligaciones en materia de DDHH así como mitigar los riesgos reputacionales que pudiera implicar las violaciones de los derechos contenidos en el Pacto.

En aquello que afecta particularmente a los Estados firmantes, existen importantes obligaciones de no discriminación (III A), de respetar, proteger y cumplir (III B) y -hete aquí lo relevante- de trasladar dichas obligaciones al plano extraterritorial (III C) pues en los últimos treinta años se han incrementado notablemente las actividades extraterritoriales de las empresas. Por consiguiente, *“las obligaciones extraterritoriales surgen cuando un Estado parte puede influir en situaciones situadas fuera de su territorio, de conformidad con los límites impuestos por el Derecho internacional, controlando las actividades de sociedades domiciliadas en su territorio y/o bajo su jurisdicción, y así puede contribuir al disfrute efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales fuera de su territorio nacional”*¹⁰.

En efecto, el *core* del informe gira en torno a un mayor alcance extraterritorial de los Estados respecto a sus empresas cuando éstas operan fuera de su jurisdicción, mediante las obligaciones y los remedios que seguidamente se exponen.

En primer lugar, tendrán obligación de respetar, esto es, no obstruir o dificultar que otro Estado cumpla con las obligaciones del Pacto, especialmente mediante la celebración de acuerdos o tratados comerciales o bilaterales de inversión.

En segundo, la obligación extraterritorial de proteger, la cual viene referida a la prevención, allende sus fronteras, de las violaciones de DDHH por sus empresas. Podría destacarse, en este punto, la necesidad de imponer medidas de prevención e incluso de incentivar, por ejemplo mediante una posición más favorable al acceso a contratos públicos, el establecimiento de mecanismos de “diligencia debida” -en palabras de la Observación- o sistemas de autorregulación (*compliance*, en términos generales). Además, la referida protección también hace referencia a un mayor control y supervisión por parte de los Estados frente a sus compañías -y particularmente sus filiales-.

En tercero, la obligación extraterritorial de cumplir, que trasciende el necesario refuerzo legislativo -ya referido en la obligación de proteger- para, de un lado, persuadir y ayudar a que sus empresas en el extranjero cumplan el contenido del Pacto y, de otro, promover una política fiscal justa que persiga la evasión así como evite una protección excesiva del secreto bancario.

¹⁰ Véase la referida Observación General nº 24, pág. 9

Pero más allá de las obligaciones, enfocadas a la prevención, el Comité DESC hace especial hincapié en la necesidad de establecer “remedios”, preferiblemente judiciales, ante las violaciones del Pacto en el contexto de las actividades empresariales. Así pues, cuando la prevención falle, los Estados deberán investigar a fondo las infracciones y tomar las medidas apropiadas contra los presuntos infractores; proporcionar a las víctimas acceso efectivo a la justicia, con independencia de quién sea en última instancia el responsable de la violación y proporcionar recursos efectivos a las víctimas, incluido, por supuesto, su reparación.

En efecto, los “remedios” deben estar al alcance de las víctimas, ser efectivos y expeditivos, esto es, que no se demoren *sine die* como desgraciadamente suele acontecer. La reparación, en palabras del Comité puede resultar de varias formas, mediante la “restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantía de no-repetición”.

Entre las principales dificultades, el Comité reconoce la propia organización de las empresas que esconden o derivan responsabilidades entre filiales y en complejos grupos de sociedades así como los problemas que tienen las víctimas en el acceso a la información, a las pruebas y, lo que es peor, a la falta de recursos para sostener la acción. Del mismo modo, la existencia de la doctrina del *forum non conveniens* por el que un tribunal puede negarse a ejercer jurisdicción si hay otro foro disponible a las víctimas, puede en efecto constituir una barrera a la capacidad de las víctimas que residen en un Estado para pedir reparación ante los tribunales del Estado en el que esté domiciliada la empresa demandada.

Por ello, los Estados firmantes -entre ellos, recordemos, España- deberán eliminar las barreras materiales y procesales que dificulten una reparación efectiva, incluso estableciendo regímenes de responsabilidad de la empresa matriz o del grupo, proporcionando asistencia legal y fórmulas de financiación para que los demandantes puedan ejercer la acción, facilitando el acceso a la información relevante y la obtención de pruebas en el extranjero, incluido el testimonio de testigos, y permitir que dichas pruebas puedan presentarse en procesos judiciales.

Sin embargo, como expone MÁRQUEZ TEJÓN en un muy interesante trabajo, el DESC mostró su preocupación respecto del cumplimiento del Pacto por parte de España pues detectó la “*existencia de algunos vacíos normativos que no garantizan el cumplimiento de la obligación de debida diligencia en materia de derechos humanos por parte de las empresas*” por lo que invitó a España a que “a) *establezca mecanismos efectivos que garanticen la aplicación de la diligencia debida en materia de derechos humanos por parte de las empresas a fin de identificar, prevenir y mitigar los riesgos de violaciones de los derechos contenidos en el Pacto; b) fortalezca el marco normativo*

*aplicable para asegurar la responsabilidad legal de las empresas respecto de las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales cometidas directamente por estas o resultantes de actividades de sus filiales en el extranjero; c) refuerce los mecanismos existentes para investigar las denuncias presentadas contra las empresas y adopte medidas efectivas para garantizar el acceso a recursos efectivos por parte de las víctimas, así como a las reparaciones o compensaciones correspondientes*¹¹.

Con independencia de que las responsabilidades sean penales o administrativas, los Estados firmantes deberán asegurar una reparación efectiva a las víctimas.

Así las cosas, como sugiere la Observación nº24 en el párrafo 51, la reparación necesariamente será judicial cuando la víctima demande al Estado o a la empresa con base en el Pacto o en la legislación que incorpora sus garantías, siendo esto último lo más frecuente, pues no se suele demandar con base en el cumplimiento del PIDESC sino, más bien, a lo sumo se tiende a presionar para su cumplimiento¹². Asimismo, deberá prestarse especial atención a las comunidades indígenas que pudieran verse afectadas por violaciones DDHH habida cuenta las dificultades para el acceso a la justicia se incrementan por diversos motivos lingüísticos o socio-culturales, principalmente.

Si bien el Comité DESC deja claro que no debe ser percibido como un sustituto a la vía judicial -la cual se erige en un derecho fundamental en no pocos países, sirva como ejemplo el art. 24 CE en España-, la apuesta por vías no judiciales o extrajudiciales de reparación (*non-judicial remedies*) puede suponer una reparación más pronta, además de combinarse con la vía judicial, siendo la primera para la reparación y la segunda para la sanción. Entre los mecanismos extrajudiciales o *quasi*-judiciales destacarían las inspecciones laborales, los tribunales de consumo, las agencias de protección ambiental, las cuales, no parecen óptimas para la reparación a las víctimas, de ahí que el propio Comité también plantee la posibilidad -necesidad, más bien- de explorar la creación de órganos con capacidad para recibir y resolver denuncias de presuntos abusos corporativos de ciertos derechos reconocidos en el Pacto, investigar denuncias, imponer sanciones así como prever y hacer efectiva la reparación de las víctimas.

¹¹ MÁRQUEZ TEJÓN, A. “¿Cómo superar los obstáculos jurisdiccionales en los casos de vulneraciones de derechos por parte de empresas transnacionales? Un análisis de género a la responsabilidad de las empresas multinacionales por delitos de tratas de personas, en prensa. 2022.

¹² Sobre ello, puede traerse a colación el PF-PIDESC, una suerte de Protocolo Facultativo que permite a las víctimas de violaciones de los DESC (en muchos casos coincidentes con los DDHH) presentar denuncias a nivel internacional. Tal y como se señala en su propia definición “*El PF-PIDESC brinda a los/as defensores una herramienta para presionar por mejoras en su propio sistema judicial, así como de las leyes y políticas que garantizan y promueven los DESC. Las recomendaciones del Comité DESC en casos emergentes pueden ser utilizadas para ayudar a interpretar las obligaciones de derechos humanos*” <https://www.escri-net.org/es/que-es-pf-pidesc>

En este punto, resulta particularmente interesante -y quizás debieran centrarse aquí los esfuerzos- la posibilidad de crear vías de reparación extrajudiciales y transnacionales apoyadas por los firmantes del PIDESC, que incluyan el acceso de las víctimas ubicadas fuera del territorio del Estado a instituciones de derechos humanos o defensores del pueblo (ombudsman) -al que posteriormente, epígrafe III, nos referiremos-, así como a los mecanismos de denuncia establecidos en el marco de organizaciones internacionales, como los puntos de contacto nacionales que operan bajo las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

II. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: LA EFICACIA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN DISTINTOS ESCENARIOS

Una vez examinados a grandes rasgos los instrumentos de reparación contemplados o, mejor dicho, planteados en los Principios Rectores y en el PIDESC, cabe preguntarse si las buenas intenciones de la ONU en tan sensible materia, cuentan con un compromiso real y efectivo en la práctica, tanto por parte de los Estados como de las empresas. Por consiguiente, es necesario determinar si el respeto a los DDHH y, en atención al objeto de este trabajo, el acceso a la justicia de las víctimas y su reparación, se cumplen en el contexto internacional.

Por ello, a continuación se examinarán, con un enfoque teórico-práctico, diversos escenarios en los que las víctimas buscan la reparación tras violaciones de DDHH por multinacionales, la actitud de éstas frente a ellas y la posición -y disposición- de los distintos Estados en la protección, a través de la reparación efectiva de las víctimas, de los DDHH.

1. Justicia y reparación en el país afectado

Como es bien sabido, la jurisdicción y la soberanía son dos conceptos íntimamente relacionados e incluso, como sugiere HOBBS, consustanciales¹³. Por ende, el criterio o fuero principal en la determinación de la jurisdicción y de la potestad sancionadora radica en el territorio. No es de extrañar, por consiguiente, que el primer primero de los Principios Rectores haga referencia expresa al deber de los Estados de protección de los derechos humanos en su territorio y/o jurisdicción.

Pero es que, además, la práctica forense muestra como es el país en el que se produce el resultado de la acción el primer interesado en ostentar la jurisdicción y ello porque fuera de los límites de un Estado la eficacia de su persecución resulta más compleja y generalmente se hace depender de la existencia de Convenios o Tratados

¹³ HOBBS, T. *El Leviatan*, Publicaciones Cruz O.S.A, 1999, pág.27

internacionales que puedan facilitar la cooperación internacional, así como de la concurrencia de determinados principios tales como el de reciprocidad.

Ahora bien, uno de los principales problemas que plantea la justicia ante violaciones de DDHH radica en la debilidad de las jurisdicciones donde éstas acontecen. En efecto, no es infrecuente que las vulneraciones sucedan en países en vías de desarrollo, con unas instituciones no excesivamente sólidas y en las que operan relevantes empresas multinacionales. Ello implica no sólo que las multinacionales se sustraigan de la acción de la justicia en tales Estados -cuando, a mayor abundamiento, hay ocasiones en las que ni siquiera el Estado las persigue- sino, y en atención al tema que nos ocupa, eluden cualquier tipo de reparación a las víctimas.

Es más, lo común es que la relación comercial Estado-multinacional se apoye en un Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre dos países, el que recibe la inversión y el de la empresa inversora, por lo que, cuando el Estado, ante las violaciones de DDHH, decide suspender la relación contractual (ya sea no pagando o impidiendo la ejecución del contrato) y las autoridades estatales competentes ejercen la acción que corresponda, ya sea penal, civil o administrativa, las multinacionales acudan al órgano arbitral establecido en el acuerdo para reclamar una compensación por el incumplimiento del acuerdo o tratado de inversión. Por consiguiente, al Estado se le plantea el dilema de bien tolerar las violaciones de DDHH y cumplir con el acuerdo establecido con las multinacionales, bien tomar las medidas necesarias para impedir tales violaciones y ser demandadas ante la corte o tribunal arbitral por el incumplimiento del TBI.

Ante la dicotomía protección de inversores vs derechos humanos debiera generalizarse la aplicación de la doctrina “manos limpias”, cuyo principal exponente fue el árbitro Gunnar Karl Lagergren -de ahí que también se le conozca a la doctrina como “solución Lagergren”- que implica que las partes no pueden iniciar un procedimiento arbitral cuando ha cometido actos ilícitos relacionados con la propia reclamación¹⁴.

Sin embargo, desgraciadamente la tensión entre protección al inversor y derechos humanos no suele ser resuelta en favor de las víctimas quienes, a lo sumo, en alguna ocasión consiguen intervenir en el proceso arbitral a través de la figura del *amicus curiae*

¹⁴ En EEUU conocida como “*clean hands*”, p.ej., . Adler v. Federal Republic of Nigeria, 219 F.3d 869 (9th Cir. 2000) y, en Latinoamérica, vid. a modo de ejemplo Negociado de Conciliación y Arbitraje de Puerto Rico. Laudo del Caso A-05-2832 Telefónica de Puerto Rico v. Hermandad Independiente de Empleados Telefónicos de Puerto Rico. “*Consideramos prudente aplicar la doctrina de “manos limpias” la cual establece que cuando una parte acude a un tribunal en busca de un remedio debe ir libre de mala fe o intención deshonestas*”

pero en tanto terceros -aunque no ajenos- a la relación contractual sus intereses o, realmente, sus derechos, suelen ser desatendidos¹⁵.

Por lo anteriormente expuesto, la no arbitrabilidad de conflictos en los que han acontecido violaciones de DDHH y la participación de las víctimas en los procesos arbitrales no debiera dejarse únicamente al albur de la moral de los árbitros, sino que debiera reforzarse la protección de los DDHH *ex ante*, esto es, en los propios TBIs, en tanto deben considerar no sólo tales derechos inalienables sino también cauces o instituciones procesales para la tutela de las víctimas habida cuenta su respeto compete, en línea con la doctrina Ruggie anteriormente expuesta, tanto a los Estados como a las empresas inversoras¹⁶.

Por ello, las empresas multinacionales, de acuerdo con los referidos Principios Rectores, no debieran escudarse en las cortes arbitrales para eludir su responsabilidad no ya con los Estados, sino con las víctimas que han sufrido las violaciones de DDHH. Es más, debiera respetar, al menos mediante la comparecencia, a los Tribunales del país donde ha decidido invertir, sin perjuicio de que, como no puede ser de otra forma, ejerza en plenitud su derecho de defensa pero nunca eludir, al abrigo de un acuerdo comercial, la reparación a las víctimas por violaciones de DDHH. Del mismo modo, los Estados en los que la multinacional que pretende evadir su responsabilidad tiene su matriz, debieran cooperar con las autoridades del Estado afectado, ya sea en el marco de convenios de cooperación y asistencia judicial o de cualquier otra manera, pues que la reparación y la justicia acontezca en el país afectado, implica una carga simbólica para con sus ciudadanos y el fortalecimiento de unas instituciones que, en ocasiones, se observan superadas por los intereses y el poder de las multinacionales.

¹⁵ Un conocido ejemplo lo encontramos en el caso *Biwater Gauff v. Tanzania* (CIADI, caso ARB/05/22, laudo del 24 de julio de 2008). Este supuesto versa sobre la construcción de unas plantas de agua en Tanzania en las que la empresa Biwater paulatinamente fue dejando de invertir, afectando al derecho humano de acceso al agua de los ciudadanos de Tanzania. Ante esta situación, el Estado rescindió la concesión por lo que fue demandado por la empresa Biwater Gauff ante el CIADI en cuyo laudo dio la razón a la empresa inversora entendiendo que hubo una expropiación ilegal. Las víctimas pudieron ser escuchadas a través de ONGs en el proceso arbitral pero el laudo no se pronunció acerca de la relación entre el derecho al acceso al agua potable como derecho humano y los derechos de la empresa inversora. Sobre este caso y otros relacionados con el derecho humano de acceso al agua vid. ampliamente, el interesante trabajo de BOHOLAVSKY, J.P y JUSTO, J.B “Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión” en el marco de la comisión CEPAL de la ONU, enero de 2011

¹⁶ De acuerdo con CABEZAS, debiera redefinirse el alcance de los DDHH en los TBIs pues, como señala el autor, lamentablemente no suelen hacer referencia a los Derechos Humanos. CABEZAS, D. “Los derechos humanos y los TBI: contravías, colisiones e intersecciones” en *Iuris Dicto* nº 23, junio 2019, pp. 56-69, pág. 54. Aunque ello no debiera hacer falta en tanto su respeto debiera ser imperativo, por lo que la ausencia de mención expresa a los mismos no puede, de ninguna manera, generar un espacio de impunidad para las empresas que demandan a los Estados ante las cortes arbitrales

A continuación, a través de un caso paradigmático, observaremos con mayor detalle la referida problemática.

A) El caso Chevron-Texaco y la justicia del Ecuador

El caso Chevron-Ecuador trae causa de una relación comercial entre Texaco, ahora Chevron y el país latinoamericano que duró desde 1964 hasta 1990. Aunque los Principios Rectores de la ONU sobre DDHH y multinacionales sean bastante posteriores a dicha relación, pues fueron aprobados en 2011, el caso sigue siendo de interés en tanto la batalla judicial por la reparación todavía sigue produciéndose en los Tribunales. Asimismo, resulta ilustrativa la actitud de la corporación para la observancia de la crisis del tercer principio, según lo sugerido en el título del presente trabajo.

El asunto versa sobre un ecocidio de enorme magnitud. La multinacional se dedicó a la extracción de petróleo del territorio ecuatoriano pero mediante aplicación de técnicas que no cumplían con los estándares mínimos de protección ambiental, lo que ocasionó la contaminación de más de dos millones de hectáreas de la Amazonía ecuatoriana. Esta contaminación se enmarca en lo que se denomina “Historical pollution” (*Inquinamento storico*) pues se caracteriza por su persistencia temporal, en este caso, todavía sigue causando estragos¹⁷.

Tras dicha catástrofe ambiental, sucedieron dos relevantes acontecimientos que constituirían posteriormente una espada de doble filo: primero, en 1993 Ecuador suscribió un TBI con los Estados Unidos, que entró en vigor en 1997 y, segundo, la multinacional regresó en el año 1995 buscando suscribir un plan de acción de remediación para limpiar las zonas afectadas, que finalmente se materializaría en 1998. Ese acuerdo liberaba de obligaciones a Chevron-Texaco si procedía a llevar a cabo la reparación medioambiental. Pero, de un lado, tal y como denuncia el gobierno ecuatoriano, no se llegó a limpiar ni un quince por ciento del territorio afectado y, a mayor abundamiento, tal limpieza consistía en cubrir las zonas afectadas con una capa superficial de materia orgánica pero sin llevar a cabo una limpieza efectiva, pues en cuanto llueve o, simplemente, cavando unos centímetros, la contaminación vuelve a aflorar¹⁸. Y, de otro lado, el acuerdo que exoneraba de cualquier obligación posterior a

¹⁷ Para entender mejor el fenómeno de los ecocidios y de este tipo de contaminaciones ambientales persistentes, véase, ampliamente, la obra colectiva *Historical Pollution: comparative legal responses to environmental crimes*, CENTONZE, F. y MANACORDA, S. (eds.) Springer, 2017

¹⁸ Aunque sea parcial, resulta muy ilustrativo leer el documento del Ministerio de relaciones exteriores del Ecuador, que creó la plataforma “Apoya a Ecuador” para denunciar el crimen ambiental Chevron-Texaco. El documento se encuentra disponible en el siguiente enlace

Chevron, como veremos seguidamente, sirvió no sólo para la elusión de responsabilidades, sino incluso efectuar un cambio de roles y demandar a Ecuador ante los Tribunales arbitrales.

Como se ha avanzado anteriormente, el *iter* judicial y arbitral todavía sigue su curso en tanto la tutela judicial y arbitral del caso Chevron, en ningún caso ha sido “efectiva”, esto es, ni la sentencia ni los laudos han sido ejecutados y, por tanto, las víctimas no han sido aun reparadas.

La vía judicial comenzó en el año 1993 cuando la Unión de Afectados y Afectadas por las Operaciones Petroleras de Texaco-Chevron (UDAPT) demandó a la petrolera ante los Tribunales norteamericanos. Sin embargo, en el año 2002 y sorprendentemente a instancia de Chevron, la justicia norteamericana se inhibió en favor de los tribunales ecuatorianos en tanto lugar en la que aconteció el desastre medioambiental. El asunto recayó en la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, en la propia región amazónica contaminada y, en febrero de 2011, la Corte dio la razón a las víctimas de la UDAPT y condenó a Chevron-Texaco al pago de 9500 millones de dólares para reparar el ecocido. Aunque, tal y como se ha dicho, fue a instancia de Chevron que el caso se trasladara de EEUU a la justicia de Ecuador, antes incluso de que se dictara sentencia, la corporación desacreditó la calidad e independencia de la justicia ecuatoriana y, tras la sentencia, fue apelando a distintas instancias superiores hasta que, finalmente, la Corte Constitucional del Ecuador ratificó el fallo reconociendo la relación existente entre la afectación al medio ambiente y el daño producido a las comunidades indígenas que habitaban la zona¹⁹.

Paralelamente, Chevron demandó en el año 2009 a Ecuador ante la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), sita en La Haya, con base tanto en el incumplimiento del TBI suscrito con los EEUU en 1993 como en el acuerdo firmado en 1998 que liberaba de obligaciones a la compañía. En el año 2018, la CPA emitió un laudo favorable a Chevron que consideraba inaplicable la sentencia de condena de 9500 millones de dólares en tanto los árbitros consideraron que el proceso estuvo lleno de irregularidades, por lo que

<https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2015/06/Expediente-Caso-Chevron-abril-2015.pdf>

¹⁹Vid. la Sentencia nº 230-18-Sep-CC. Concretamente, en la pág. 128 indica lo siguiente “...En virtud de aquello, es evidente que una afectación al medio ambiente repercute directamente en la cultura de las comunidades indígenas que habitan la zona donde la contaminación se haya producido, como sucede en el caso concreto frente a los daños provocados en la Amazonía. De tal manera, que el disponer un mecanismo de reparación que tienda a remediar el daño cultural originado por la contaminación ambiental causada por la compañía accionante, resulta, como lo afirma el juez a quo, una medida complementaria que coadyuva a la reparación de los perjuicios causados en la flora y fauna del territorio, elementos fundamentales para el desarrollo de la vida y la identidad cultural de la población indígena que habitaba en el área de la concesión. Por lo tanto, esta Corte no solo que descarta el argumento de la accionante, sino que también considera oportuna la reparación ordenada dentro del fallo con la intención de implementación de un programa de reconstrucción comunitaria y reafirmación étnica no constituye en absoluto una medida incongruente a las pretensiones de los demandantes”

la sentencia es inejecutable conforme al derecho internacional²⁰. Ecuador recurrió el fallo pero en el 2020 la justicia holandesa, a través del Tribunal de Distrito de La Haya confirmó el laudo emitido por la CPA, considerando la existencia de fraude y corrupción en el proceso ecuatoriano y, por tanto, su inejecutabilidad conforme a las normas de Derecho internacional. Ecuador ha anunciado que recurrirá la decisión de los tribunales holandeses mientras que Chevron espera, con el pronunciamiento final, recuperar, de las arcas ecuatorianas, todos los gastos en los que ha incurrido durante este largo proceso²¹. Huelga decir, asimismo, que la UDAPT -esto es, las víctimas-, no han sido parte del proceso arbitral aunque, recientemente, han presentado un *amicus curiae* a la Corte Constitucional del Ecuador²².

A día de hoy, con independencia de los argumentos de una y otra parte, la tutela a las víctimas dista de resultar efectiva. Y ello porque Ecuador no ha podido ejecutar la sentencia pues, de una parte, Chevron no tiene activos en el país y, de otra, tampoco ha podido reclamar los 9500 millones de dólares en otros países, tales como Argentina o Canadá, porque entienden que Chevron Argentina o Chevron Canadá son filiales separadas de la matriz y los activos allí ubicados no pueden ser utilizados para satisfacer la condena de los hechos acontecidos en Ecuador por la antigua Texaco.

De lo anteriormente expuesto, se pueden extraer varias conclusiones. En primer lugar, el error del Estado ecuatoriano -seguramente a causa de la debilidad institucional en el aquel momento-, por haber suscrito un acuerdo de exoneración de obligaciones tras la catástrofe medioambiental, que dio argumentos a la corporación para iniciar la vía arbitral y porque el proceso judicial, como denuncia la corporación y ratificó tanto la CPA como la justicia holandesa, parece ser que adoleció de las garantías propias de una justicia independiente lo que, a la postre, se tornó en contra tanto del Ecuador como,

²⁰ A mayor abundamiento, el abogado que ganó el caso ante la justicia de Ecuador, Steven Donziger, fue condenado por la justicia norteamericana tras una denuncia de Chevron porque se determinó que el fallo de la justicia ecuatoriana lo obtuvo mediante sobornos. <https://www.wsj.com/articles/chevron-foe-steven-donziger-found-guilty-of-contempt-in-ecuador-saga-11627311839>

²¹ El proceso se encuentra, por consiguiente, en su fase final, tal y como se puede comprobar en distintas noticias <https://www.upstreamonline.com/environment/egregious-fraud-chevron-wins-hague-court-ruling-over-9-5-billion-ecuador-claim/2-1-877134>

²² El reciente *amicus curiae* está disponible en el siguiente enlace <https://cdes.org.ec/web/cdes-y-udapt-presentamos-amicus-curiae-para-evitar-que-la-corte-constitucional-apruebe-el-retorno-del-ciadi/>.

La UDAPT asimismo entiende que el laudo de la CPA vulnera flagrantemente sus derechos, debido a que el contrato de liberación de 1998 compromete al gobierno y no a la UDAPT. Además, en el caso sustentado en Ecuador, el gobierno no intervino. Por tanto, la CPA afecta directamente derechos de quienes no son parte del proceso arbitral. Las opiniones del abogado de la UDAPT al respecto pueden leerse en esta interesante entrevista <https://www.opendemocracy.net/es/democraciaabierta-es/chevron-vs-ecuador-arbitraje-internacional-e-impunidad-corporativa/>

más importante todavía, de las víctimas del ecocidio. En segundo lugar, y en atención al objeto de este trabajo, la actitud de la corporación, no ya en la defensa de sus derechos ante la entredicha justicia ecuatoriana -lo cual resulta absolutamente legítimo-, sino en la adopción de una estrategia procesal basada en la dilación y elusión de responsabilidades, durante casi 30 años, para con las víctimas del desastre, en gran mayoría comunidades indígenas.

Por consiguiente, con independencia de la “batalla” judicial y arbitral del caso Chevron-Ecuador, el principal problema radica en que, a día de hoy, los daños del ecocidio siguen siendo latentes y las víctimas todavía no han sido reparadas. Así pues, en conclusión, ni el Estado ni la corporación, en contraposición con lo establecido en los Principios Rectores de la ONU, han sido capaces de (1) proteger, (2) respetar y (3) remediar a las víctimas del desastre ambiental en la amazonía ecuatoriana.

2. Justicia y reparación en el país donde el la empresa tiene su domicilio social

Si bien, como se ha expuesto, el fuero territorial suele ser el principal criterio a observar en la determinación de la jurisdicción, lo cierto es que, en no pocas ocasiones, el acceso a la justicia y la reparación en el país afectado por la vulneración de los DDHH puede no sólo llegar a resultar difícil -como acontece en el caso Chevron-Ecuador- sino totalmente imposible.

En efecto, existen países en vías de desarrollo e incluso subdesarrollados en los que los DDHH más básicos brillan por su ausencia y el derecho a la justicia, desgraciadamente, suele ser uno de ellos.

Consciente de esta realidad, la ONU en los manidos Principios Rectores, hacen referencia en el principio fundacional nº 2 no ya al territorio, sino al domicilio social, en tanto indica que *“Los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades.”* Así pues, este principio invoca un deber de observancia del Estado hacia sus empresas, con una marca finalidad -tal y como se expone en el comentario al propio principio- de protección de los DDHH en el extranjero.

Por consiguiente, amén del fuero territorial, otro criterio a la hora de determinar la jurisdicción radica en la nacionalidad, de ahí que podamos considerar la extraterritorialidad de la jurisdicción de un determinado país con base en la nacionalidad de la empresa que ha vulnerado los DDHH.

Sin embargo, en la práctica forense la aplicación del principio de nacionalidad en el ámbito mercantil o comercial resulta harto complejo en tanto, la regla general, es que las multinacionales operen en estos países a través de empresas filiales. Así, si una empresa se establece en el extranjero a través de la creación de una filial, trasladar la

responsabilidad hacia la matriz no resulta sencillo toda vez que las filiales sí cuentan con personalidad jurídica propia y su nacionalidad en muchas ocasiones además coincide con la del país de implantación que, en algunos casos, podrá tener interés en la investigación y enjuiciamiento de los hechos acaecidos en su jurisdicción.

No obstante lo anterior, este criterio tampoco es definitivo puesto que si existe dependencia entre la matriz y la filial, no solamente desde la perspectiva de nuestro art. 42 del Código de Comercio -que también ofrece indicadores relevantes- sino en el ámbito del deber de vigilancia y del control interno, sí que debiera arrastrar la responsabilidad hacia la matriz. El criterio determinante, por tanto, es la autonomía e independencia. Así, si la filial actúa de forma autónoma, con un órgano de control independiente, creado y dotado de recursos personales/materiales *ad hoc* en el país concreto, no debiera ascender la responsabilidad a la matriz. Si, por el contrario, existe identidad en el órgano de control, dependencia en la toma de decisiones, participación relevante en el capital social, ... entre otros indicadores que permitan inferir su dependencia de la matriz, debiera responder civilmente de los daños causados por su filial.

El problema radica en que las matrices generalmente diseñan estructuras complejas que pretenden un distanciamiento operativo -en muchos casos totalmente cosmético-, de sus filiales, con la finalidad de aislarla o protegerla ante cualquier responsabilidad de las segundas. Por ello, la aplicación del principio de nacionalidad y la persecución de las matrices por actos de sus filiales en el país donde la matriz tiene su domicilio social resulta tan complejo.

Ahora bien, en materia de DDHH la justicia de los Estados en los que se encuentra la matriz debiera actuar no sólo ante la inacción del país en el que se cometió la vulneración sino, principalmente, cuando las víctimas no han sido reparadas ni incluso cuentan con mecanismos de acceso a la justicia para una efectiva reparación. Por ello, es importante que, para el cumplimiento de los Principios Rectores y del PIDESC, los Estados, amén de garantizar la protección a los DDHH en su territorio, hagan a sus empresas y a las filiales de éstas respetarlos fuera de su jurisdicción.

Si bien, como se ha podido comprobar, el levantamiento del “velo corporativo” en grupos de empresas multinacionales y la asunción de responsabilidades de la matriz por las actividades de las filiales no resulta para nada sencillo, existen casos esperanzadores en los que la justicia de los Estados donde se ubica la matriz comienzan a exigirles responsabilidades, tal y como se expone en el caso que, a continuación, se relaciona.

A) Caso Shell-Nigeria y justicia en el Reino Unido-Holanda

El caso Shell-Nigeria versa sobre continuados vertidos en el Delta del Níger desde hace más de cincuenta años, destacando, por ejemplo, los acontecidos en los años 2003, 2004 y, principalmente -por su gravedad- en el año 2008. Se trata de una zona muy rica en recursos naturales en donde no sólo Shell, sino otras tantas compañías petrolíferas, han extraído -y extraen- crudo con el permiso de las autoridades nigerianas²³. Concretamente, en el vertido del año 2008 en los pantanos de la zona de Bodo se vertieron más de 300.000 barriles de crudo que afectaron a casi 70.000 personas, destacando las comunidades de Bodo, Ogale, Bille, Oruma, Goi y Ikot Ada Udo como posiblemente las más afectadas.

Los resultados de los continuos vertidos, en lo que sería, sin duda, otro caso de contaminación persistente (*historical pollution*) siguen presentes a día de hoy. En efecto, la zona del Delta del Níger sigue sufriendo los estragos de la contaminación, tanto en la salud de sus habitantes como en las posibilidades de ganarse la vida en un ecosistema altamente contaminado. Sirva como botón de muestra que gran parte de la población que allí reside no tiene acceso al agua potable.

Pero revelarse y/o manifestarse en contra de las explotaciones petrolíferas ha resultado muy caro. De hecho, en el año 1995 la Dictadura Militar del General Sani Abacha reprimió brutalmente las protestas que alertaban los daños de las extracciones petrolíferas y ejecutó a nueve activistas ogonís, entre ellos, al fundador del Movimiento para la Supervivencia del Pueblo Ogoní, Ken Saro-Wiwa²⁴.

Así las cosas, tal y como puede inferirse, el acceso a la justicia de las víctimas del desastre ecológico ha sido -está siendo- un auténtico vía crucis. En primer lugar, las víctimas demandaron ante la justicia nigeriana a la compañía. Si bien la legislación nigeriana contempla la responsabilidad de las empresas por los daños ambientales así como la compensación a las víctimas, la lentitud de su sistema de justicia, sumado a la connivencia o desinterés de las autoridades dada la dependencia del país hacia la inversión extranjera, convierten el fuero territorial en un instrumento inútil para la víctima (nacional, a la postre) y dilatorio/interesante en términos de estrategia procesal, para la multinacional. Es quizás en esta última década en la que comienzan a surgir condenas a la petrolera, si bien un tanto cosméticas habida cuenta son cuantías no excesivas para la

²³ Vid. ampliamente, GARCÍA LUENGOS, J. "Hidrocarburos vs derechos humanos en el Delta del Níger, *Relaciones Internacionales, GERI UAM*, nº 11, págs. 11 a 24

²⁴ En relación a estas ejecuciones, las viudas acusaron a Shell de complicidad y demandaron a la compañía ante la justicia norteamericana con base en la Alien Torts Statute, de la que nos ocuparemos en el siguiente epígrafe.

multinacional y, del mismo modo, siguen sin resolver el problema de fondo, cual es la reparación del desastre medioambiental²⁵.

Ante la dificultad de la obtención de una justicia efectiva en los Tribunales nigerianos, las comunidades afectadas llevaron el asunto ante órganos regionales supranacionales como la Comisión Africana de DDHH y de los Pueblos sin consecuencias reales, esto es, patrimoniales, para la multinacional²⁶.

Sin embargo, las víctimas no renunciaron a la vía judicial y decidieron demandar a Shell ante la justicia holandesa y británica puesto que la empresa "Royal Dutch Shell" es anglo-neerlandesa, constituida en el Reino Unido y con sede central en La Haya²⁷.

Así pues, en el año 2008 cuatro agricultores nigerianos apoyados en la ONG MilieuDefensie (que forma parte de la ONG mundial Amigos de la Tierra), demandaron civilmente tanto a la matriz Shell como a su filial en Nigeria Shell Development Company Petroleum (SDCP) ante el Tribunal de distrito de la Haya. Los demandantes consideraban la existencia de un nexo inescindible entre la filial y la matriz, pues una es propiedad de la otra que, a su vez, participa de sus beneficios y comparte las políticas ambientales, por lo que la ausencia del control y de la diligencia debida matriz-filial hace también responsable por el daño ambiental causado en Nigeria. Por el contrario, los demandados, de un lado, atacaron la competencia en tanto consideraban que, en cualquier caso, el asunto debería dirimirse ante la justicia nigeriana -lo cual, como se ha expuesto, les resultaría beneficioso- y, de otro, la culpa de los vertidos no fue de Shell, sino que se debió a distintos sabotajes en sus instalaciones y que, en todo caso, la matriz no puede responder por las actividades de su filial.

La vía judicial holandesa ha finalizado en 2021 dando, finalmente, la razón a los demandantes en un pronunciamiento que, sin duda, marca un antes y un después, pues sienta un precedente en la persecución extraterritorial y en la responsabilidad de las multinacionales frente a las violaciones de DDHH en otros países. Lo innovador del fallo es que ha permitido condenar a una filial extranjera en los Tribunales de la matriz a la que, si bien no ha hecho responsable del pago de la indemnización, que recae en Shell Nigeria (SDCP), sí ha obligado a que mejore los sistemas de detección de fugas, en una

²⁵ Véase, ampliamente, el trabajo de IGLESIAS MÁRQUEZ, D. y ASCENSIO SERRATO, S.V "Las vías de responsabilidad de las empresas multinacionales por daños ambientales. El caso Dutch Shell Nigeria" en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. V, nº 1, 2014, págs. 1-40. Concretamente, sobre la dificultad de rendir cuentas en Nigera, págs. 8-10

²⁶ DEL VALLE CALZADA, E. "Oasis de justicia en un desierto de impunidad: análisis de las últimas sentencias del caso Shell" en el blog de la página web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, 11 de marzo de 2021, disponible en el siguiente enlace <https://www.uv.es/uvweb/dret/es/blog/oasis-justicia-desierto-impunidad-analisis-ultimas-sentencias-caso-shell-1286049735049/GasetaRecerca.html?id=1286182121073>

²⁷ Sobre la historia de Shell, puede verse su página web <https://www.shell.es/informacion-sobre-nuestra-empresa/quienes-somos.html>

suerte de reconocimiento del nexo existente matriz-filial y del incumplimiento de deber de cuidado de la primera sobre la segunda²⁸.

La justicia holandesa, asimismo, afirmó su competencia con base en la aplicación del Reglamento Bruselas I -quizá en una interpretación expansiva, que suscribimos- y porque Holanda se erige en una *rara avis* en relación con otros países de la UE, pues su propia Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente en el art. 7.1, permite que los tribunales que ostentan jurisdicción sobre uno de los demandados, puedan extender su competencia respecto otros demandados cuando exista conexidad en los hechos y razones de eficacia justifiquen un tratamiento conjunto. Por otro lado, con base en el Reglamento Roma II, el Derecho aplicable fue el nigeriano, en tanto lugar donde se produce el daño -*lex loci damni*- lo que no deja de tener, asimismo, una notable carga simbólica pues implica, en línea con lo argumentado por IGLESIAS MÁRQUEZ y ASCENSO SERRATO “asegurar la reparación de acuerdo con las expectativas de la sociedad en las que se produce el daño”²⁹.

Paralelamente, las comunidades bodo, bilie y ogale, iniciaron acciones contra Shell en Reino Unido puesto que, como se ha comentado, la matriz está ubicada en dicho país. En relación con la comunidad bodo, una de las comunidades afectadas, las víctimas alcanzaron, en el año 2015, un acuerdo de compensación con la compañía que podríamos definir como difuso y escaso porque únicamente alcanza a un número determinado de afectados, lo cual es, sin duda, mucho más económico que proceder a la limpieza del desastre ambiental causado³⁰.

Pero más allá del acuerdo con la comunidad bodo, las comunidades bilie y ogale pretendieron un pronunciamiento de la justicia inglesa que considerara la responsabilidad de Shell en el ecocidio. En primer término, año 2017 y 2018 respectivamente, la High Court de Londres y el tribunal de apelación, la Court of Appeal fallaron a favor de la compañía y denegando la petición de las comunidades bilie y ogale, bajo el manido argumento, planteado por la petrolera también ante la justicia holandesa, por el que la competencia debiera residir en los tribunales nigerianos como lugar en el que se produjeron los daños así como la falta de responsabilidad de la matriz respecto de los actos realizados por su filial. Sin embargo, a principios de 2021 la Supreme Court

²⁸ La sentencia se encuentra disponible, con un extracto en inglés, en el siguiente enlace <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-Den-Haag/Nieuws/Paginas/Shell-Nigeria-liable-for-oil-spills-in-Nigeria.aspx>

²⁹ IGLESIAS MÁRQUEZ, D. y ASCENSO SERRATO, S.V., op.cit. pág. 29. Vid., asimismo, por todos, el exhaustivo análisis que los autores realizan del proceso frente a la justicia holandesa.

³⁰ Así lo denuncia Greenpeace, sobre el acuerdo alcanzado y su limitado alcance véase los siguientes enlaces <http://archivo-es.greenpeace.org/espana/es/Blog/la-devastacin-de-shell-en-nigeria-no-puede-se/blog/58647/> y <https://www.greenpeace.org/usa/shell-oil-settlement-ogoniland/>

(lo que equivaldría al Tribunal Supremo del Reino Unido) revocó el fallo anterior y confirmó la competencia del Tribunal Superior de Londres para el conocimiento de las demandas presentadas por estas comunidades habida cuenta Shell está constituida en el Reino Unido y sí hay base para demandar (“*real issue to be tried*”) ante sus Tribunales por las actividades de sus filiales, en este caso la nigeriana SDPC³¹. Para ello, el TS británico se amparó en el precedente de *Vedanta v. Dungowe*, asunto parecido sobre una empresa británica en Zambia en la que el Tribunal revisó la doctrina relativa al deber de diligencia o cuidado de las matrices respecto sus filiales, ampliando los supuestos en los que ésta puede responder³².

Por todo ello, los recientes fallos de Holanda y Reino Unido frente a la petrolera Shell, parecen abrir la puerta a un futuro un poco más esperanzador en el que, de un lado, la justicia de los países desarrollados se implique en la reparación de las víctimas de vulneraciones de DDHH cometidas por sus empresas y, de otro, éstas, cuya impunidad se observa amenazada, ejerzan un mayor control y, sobre todo, grado de compromiso en la reparación a las víctimas por los daños causados por actividades de sus filiales. Así las cosas todavía queda mucho camino por recorrer pues, sirva como ejemplo el caso Shell, a pesar de su responsabilidad, todavía no se han determinado las indemnizaciones y en el Delta del Níger, permanecen todavía los estragos de tan terrible ecocidio³³.

3. La paradigmática justicia y reparación en E.E.U.U

Como es bien sabido, quizás por ser uno de los países paradigma del capitalismo, cuando acontece el binomio criminalidad-empresa, E.E.U.U actúa como una suerte de *global corporate regulator*. En efecto, la extraterritorialidad de la jurisdicción ha sido una constante tanto en el control como en la persecución judicial de las empresas por las

³¹ En el párrafo 157 de la sentencia se corrige el pronunciamiento del Tribunal Superior de Londres y se señala, para justificar que sí que hay base para demandar “*real issue to be tried*” literalmente -la traducción es mía- que “*Si bien las “decisiones vinculantes formales” se toman a nivel corporativo, estas se toman sobre la base del asesoramiento y consentimiento previos de la línea vertical de negocios o funcional y la autoridad organizacional generalmente precede a la aprobación corporativa. Si bien los demandados sugirieron que RDS solo podía delegar la responsabilidad de su propio gobierno corporativo y las funciones estratégicas de todo el grupo, el Marco de control de RDS muestra que el CEO y el ExCo de RDS tienen una amplia gama de responsabilidades, que incluyen “la condición segura y ambientalmente responsable de las instalaciones y activos de Shell...” Véase Okpabi and others vs Royal Dutch Shell Plc and another, 2021 (USKC), 3. Disponible en el siguiente enlace <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0068-judgment.pdf>*

³² *Vedanta Resources Plc v. Lungowe*, 2019 (USKC), 20

³³ Una panorámica sobre los casos de Reino Unido y Holanda, así como interesantes reflexiones jurídicas sobre la trascendencia de ambos pronunciamientos puede verse en ROORDA, L. y LEADER, D. “Okpabi v. Shell and Four Nigerians Farmers v. Shell: Parent Company Liability Back in Court” *Business and Human Rights Journal*, nº6, 2021, pp-368-378

autoridades norteamericanas, por ejemplo a través de leyes como la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) o la propia Sarbanes-Oxley Act (Ley SOX).

Pero lo que se desconoce es que E.E.U.U también ha sido un paladín en la defensa de los derechos humanos, concretamente desde el año 1789 en el que se aprueba el Alien Tort Statute (ATS). En su redacción original, la ATS disponía “*Que los tribunales de distrito tendrán ... conocimiento, al mismo tiempo que los tribunales de los distintos Estados, o los tribunales de circuito, según sea el caso, de todas las causas en las que un extranjero demanda un agravio solo en violación de la ley de las naciones o un tratado de los Estados Unidos*”³⁴.

No fue, sin embargo, hasta la década de los ochenta cuando este durmiente instrumento de protección extraterritorial volvió a invocarse y a ser utilizado con relativo éxito en los años venideros para la tutela de las víctimas de vulneraciones de DDHH. Concretamente en el caso *Filartiga v. Peña-Irala* s. el Second Circuit consideró que a través de la ATS los E.E.U.U tenían jurisdicción para perseguir, en este caso, torturas acontecidas en Paraguay porque la interpretación de las violaciones del Derecho Internacional no debía realizarse conforme a los orígenes de la Ley en 1789 sino a su evolución hasta el momento actual en el que, como no puede ser de otra forma, las torturas están prohibidas (mundialmente desde 1948 en la Declaración Universal de los Derechos Humanos)³⁵.

Ello abrió la puerta a otra serie de reclamaciones que fueron desarrollando la jurisprudencia norteamericana sobre esta cuestión que quizá alcanzó su apogeo con el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo norteamericano en *Sosa v. Machain*. En este caso, el TS llegó a considerar legal un secuestro-arresto practicado en Méjico por un ciudadano pagado por los E.E.U.U que, ante el rechazo a una extradición por parte de Méjico, cruzó la frontera para entregar al fugitivo, a la postre, acusado de torturas y asesinato en E.E.U.U Al respecto, el TS consideró que “*Una sola detención ilegal de menos de un día, seguida de la transferencia de la custodia a las autoridades legales y una pronta lectura de cargos, no viola ninguna norma del derecho internacional consuetudinario tan bien definida como para respaldar la creación de un recurso federal*”³⁶.

Pero se debe tener en cuenta que, en ambos supuestos, la vulneración de DDHH era extremadamente grave -torturas- y referida a personas concretas. Sin embargo, otro tipo

³⁴ Sobre los orígenes de la ATS y de la interpretación que se hace más de dos siglos después de su promulgación puede verse, extensamente DODGE, W.S “The historical origins of the Alien Tort Statute: a response to the originalists” *Hastings International and Comparative Law Review*, vol.19, nº 2, 1996, pp.221-258

³⁵ *Filartiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2nd Cir 1980)

³⁶ *Sosa v. Alvarez Machain*, 542 U.S, 692 (2004)

de vulneraciones de DDHH más indeterminadas o que pudieran afectar a intereses difusos, no han tenido el mismo éxito que los dos casos precedentes.

Si bien en primer término la ATS se aplicaba frente a personas físicas, a mediados de los noventa comenzaron a ser demandadas personas jurídicas. Y ello porque, como acertadamente señala REQUEJO ISIDRO “*Las corporaciones ofrecen el respaldo de un patrimonio; el hecho mismo de la demanda contra ellas genera una publicidad negativa que induce a acuerdos extrajudiciales. Además de ello, la mayoría de las grandes transnacionales tienen presencia en EEUU, lo que facilita la demanda en el país y la ejecución de la eventual sentencia sobre los bienes en el territorio*”³⁷.

En la práctica forense, como suele acontecer en el grueso de la justicia norteamericana, los casos ATS no suelen llegar al fondo del asunto, en tanto se resuelven en un estadio pre-procesal (*pre trial stage*) para evitar el daño reputacional empresarial, principalmente en temas tan sensibles como la vulneración de los DDHH. Por ello, centran el debate en cuestiones procesales como la falta de legitimación pasiva (*subject matter test*) -matriz/filial- o la jurisdicción, en defensa de otro foro mejor posicionado que los E.E.U.U -generalmente el del *locus damni-* (*forum non conveniens*).

Y aunque durante unos cuantos años las demandas con base en la ATS frente a personas jurídicas solían tener cierto recorrido³⁸, desde el año 2011 su aplicación ha experimentado una tendencia negativa habida cuenta la jurisprudencia ha ido limitando, paulatinamente, su ámbito subjetivo de aplicación.

Ello se traduce, como veremos a continuación a través de relevantes casos, en una regresión en la protección extraterritorial de los derechos humanos por parte de los E.E.U.U.

A) El fin del idilio ATS: de Kiobel a Nestlé

El principio del fin de la protección de las víctimas de delitos cometidos por multinacionales con base en la ATS comienza con el caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* El asunto trae causa del caso Shell-Nigeria al que nos hemos referido anteriormente, concretamente a las ejecuciones practicadas por la dictadura nigeriana tras las protestas de los activistas de la comunidad ogoní. Esther Kiobel, viuda de Barinem Kiobel, uno de los ejecutados, demandó a Royal Dutch Petroleum -Shell- frente a la justicia norteamericana con base en que su filial en Nigeria, SPDC, apoyó activamente -p.ej. proporcionando transporte y material- a los militares nigerianos que,

³⁷ REQUEJO ISIDRO, M. “Responsabilidad civil y derechos humanos en EEUU: ¿el fin del ATS?” *InDret*, nº3, 2011, pp. 1-38, pág. 7

³⁸ Hasta octubre de 2010 se pueden contabilizar más de 150 demandas frente a empresas con base en la ATS en REQUEJO ISIDRO, M. op.cit. pág. 7

posteriormente, acabarían deteniendo y ejecutando a su marido. Sin embargo, las distintas instancias denegaron su petición y el TS lo confirmó con base en que la ATS no se puede aplicar extraterritorialmente y más si no existe un nexo “suficiente” con los E.E.U.U.³⁹. A mayor abundamiento, el TS por unanimidad entendió que “*la mera presencia de la empresa*” en los E.E.U.U no implicaba por sí sola ese nexo para la aplicación extraterritorial de la ATS⁴⁰. El fallo del TS supone, por consiguiente, una drástica reducción del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial y genera incertidumbre en tanto no implica *per se* el fin de la ATS, sino que la limita a la concurrencia de que las conductas extraterritoriales “*afecten suficientemente*” al territorio de EEUU para justificar la aplicación extraterritorial de la Ley (*touch and concern requirement*)⁴¹.

El TS tuvo ocasión de limitar todavía más el alcance subjetivo de la ATS en 2018 a través del caso *Jesner v. Arab Bank, PLC*⁴². En resumidas cuentas, el asunto versaba sobre la demanda de unos ciudadanos israelíes contra Arab Bank, con sede principal en Jordania, por servir de banco en el que tenían cuentas y transmitían fondos miembros de Hamas. El nexo para poder atraer la causa a los E.E.U.U con base en la ATS, dado el pronunciamiento anterior de *Kiobel*, era que este banco tenía una sucursal en Nueva York desde la que se blanqueaba dinero de Hamas. En una muy ajustada decisión de 5 votos frente a 4, la mayoría consideró que bajo la ATS no se podían demandar a empresas extranjeras porque, entre otros argumentos, podría afectar a las relaciones diplomáticas de E.E.U.U con los países donde radica la empresa, en este caso, Jordania, a la postre, país aliado de los norteamericanos⁴³. Por ello, la mayoría sugirió que para afectar a empresas extranjeras sería pertinente una modificación del ATS por parte del Congreso de E.E.U.U en este sentido⁴⁴. Esta lectura, sin embargo, no dista de resultar

³⁹ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (2013)

⁴⁰ Por su relevancia, traducimos literalmente el Fd IV “*Sobre estos hechos, todas las conductas relevantes tuvieron lugar fuera de los Estados Unidos. E incluso cuando las reclamaciones toquen y se refieran al territorio de los Estados Unidos, deben hacerlo con la fuerza suficiente para desplazar la presunción contra la aplicación extraterritorial. Véase Morrison, 561 U. S. Las corporaciones están a menudo presentes en muchos países, y sería ir demasiado lejos decir que la mera presencia corporativa es suficiente. Si el Congreso determinara lo contrario, se requeriría un estatuto más específico que el ATS. Se afirma la sentencia de la Corte de Apelaciones*”.

⁴¹ Vid. BRIGHT, C. “The Implications of the *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* Case for the Exercise of Extraterritorial Jurisdiction” en *A Lackland Law? Territory Effectiveness and Jurisdiction in International and EU Law* (DI STEFANO, A. ed.) Ed. G. Giapichelli, Turín, 2013 pp.165-181 p.181.

⁴² *Jesner v. Arab Bank, PLC.*, No 16-499, 584 U.S (2018)

⁴³ Este y otros argumentos, pueden verse con detalle en el análisis de HAMILTON, R. “*Jesner v. Arab Bank*” *The American Journal of International Law*, vol.122, pp-720-727, pág. 722

⁴⁴ Concretamente en la decisión principal expuesta por el Juez Kennedy en la pág. 2 “*El Tribunal también debe preguntar si tiene autoridad y discreción en una demanda ATS para imponer responsabilidad a una corporación sin una orden específica del Congreso para hacerlo*”.

un tanto hipócrita habida cuenta E.E.U.U no ha tenido problema en mantener tensiones diplomáticas con países europeos en aplicación de la Ley SOX para la protección de sus mercados de valores por cuestiones que, a la postre, debieran resultar menos importantes -quizás para algunos no- que los Derechos Humanos⁴⁵.

En la misma línea se ha vuelto a pronunciar recientemente el TS norteamericano en *Nestlé v. John Doe*⁴⁶, lo cual resulta preocupante en tanto parece confirmar la tendencia que limita el ámbito de aplicación de la ATS. Los hechos en este caso versan sobre esclavitud infantil en una plantación de cacao en Costa de Marfil de la que Nestlé y otras empresas como Cargill compraban cacao. Por ello, seis ciudadanos malienses que presuntamente fueron esclavizados en dichas plantaciones demandaron a la compañía ante los E.E.U.U con base en la ATS. Si bien en primera instancia se consideró que sí había base para sostener la acción dado que las decisiones sobre la compra de los productos fueron tomadas en E.E.U.U ("*major operational decisions*"), el TS, sin embargo, revocó el pronunciamiento porque entendió insuficiente el nexo o vínculo entre la conducta y las empresas demandadas para la aplicación de la ATS. Así pues, más allá de que expresamente considerase que las empresas sí pueden ser demandadas bajo esta Ley⁴⁷ -al menos, como puede apreciarse, en el plano teórico-, confirma la limitación de su aplicación extraterritorial mientras que el Congreso no modifique o redefina los presupuestos para su aplicación porque "los tribunales no pueden dar alcance extraterritorial a ninguna acción creada judicialmente bajo el ATS" (*cause of action*)⁴⁸.

Del análisis de los tres pronunciamientos se deduce, en conclusión, como un instrumento que podría resultar muy útil para el acceso a la justicia de las víctimas y la protección internacional de los DDHH, ha limitado su eficacia a que la acción "afecte" a los Estados Unidos. En efecto, tras haber sido "rescatado" en los años 80 podría haber evolucionado en la misma línea en la que evolucionan las vulneraciones a los DDHH, esto es, en asegurar su protección frente a las multinacionales, a la postre, uno de los actores que, en una sociedad cada vez más globalizada, los amenazan. Además, una

⁴⁵ Sobre las referidas tensiones y la extraterritorialidad de la jurisdicción norteamericana puede verse GIMENO BEVIÁ, J. "La protección penal de los mercados de valores a través de la extraterritorialidad de la jurisdicción" en *Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica* (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y DEMETRIO CRESPO, E., Dirs.) Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015

⁴⁶ *Nestlé USA, Inc v. Doe*, 593 U.S (2021)

⁴⁷ Concretamente, en la opinión concurrente del Juez Gorsuch "*La noción de que las corporaciones son inmunes a las demandas bajo el ATS no puede conciliarse con el texto legal y el entendimiento original*"

⁴⁸ Como literalmente afirma la sentencia (la traducción es mía) "*Por supuesto, los tribunales de derecho consuetudinario pueden haber disfrutado del poder de crear (o "reconocer") causas de acción, pero el poder de crear una causa de acción es, en todo sentido significativo, el poder de promulgar una nueva ley que asigna nuevos derechos y nuevos deberes legalmente exigibles. Y nuestra Constitución generalmente asigna ese poder al Congreso.*"

aplicación extraterritorial justificada podría servir de acicate para una mayor y mejor autorregulación empresarial, control de las matrices sobre las filiales y el establecimiento de políticas eficaces en la protección de los derechos humanos y la reparación a las víctimas ante su vulneración.

III. HACIA LA CONFIGURACIÓN DE VÍAS DE ACCESO A LA REPARACIÓN

El análisis de los distintos escenarios da muestra de cómo la reparación y, en definitiva, el acceso a la justicia de las víctimas de vulneraciones de DDHH se hace depender de factores poco o nada homogéneos, más cercanos al “azar”, a las buenas intenciones o coyunturas favorables de actores o países más o menos comprometidos, que a unos estándares internacionales claros y definidos que ofrezcan seguridad jurídica.

Así las cosas, resulta conveniente analizar las vías que permitan una pronta reparación a las víctimas, en un enfoque que combine lo nacional y lo global y, por supuesto, partiendo del papel que deben desempeñar las multinacionales mediante soluciones de autorregulación y *compliance*, no como actores secundarios -tal y como sucedía hasta no hace mucho tiempo- sino como verdaderos protagonistas, en situación de corresponsabilidad con los Estados. Para ello realizaremos un análisis y estudio de distintas vías tanto judiciales, en primer lugar, como extrajudiciales, en segundo.

1. Judiciales

A) Extraterritorialidad de la jurisdicción

Más allá del deber de los Estados de protección de los derechos humanos en su territorio, se plantea la posibilidad de que, para el logro del acceso a la justicia de las víctimas, la jurisdicción se extienda a otros territorios fuera de sus fronteras.

En efecto, cuando la jurisdicción del *locus delicti* o *damni* es débil, por ejemplo por corrupción o porque no se puede garantizar un juicio justo, se plantea la posibilidad de que el Estado donde radica la sede social de la matriz, generalmente un país desarrollado, ostente la jurisdicción para hacer frente a la demanda de las víctimas frente a sus filiales.

Extender la jurisdicción de un país hacia otro territorio, sin embargo, no es una cuestión sencilla ni pacífica pues, como es sabido, afecta a la soberanía de otro país. Así, pues, jurídicamente existen obstáculos tanto en la justicia civil -en lo que afecta a la pretensión resarcitoria- como en la justicia penal -habida cuenta las vulneraciones de DDHH en la mayoría de los casos constituyen delitos-.

a) Justicia civil

La interposición de la demanda por las víctimas de vulneraciones de DDHH ante otro Estado cuenta con no pocos obstáculos. En primer lugar, la carestía no sólo en el acceso, sino en el mantenimiento de la acción, pues partimos de la base que las víctimas en muchos casos carecen de recursos, de un lado, y, de otro, la contratación de abogados especializados en el país donde se interpone la demanda suele ser un gasto imposible de afrontar. Pero, superado este obstáculo con ayuda de asociaciones internacionales de DDHH o de abogados que acceden a llevar las demandas *pro bono*, lo cierto es que siguen existiendo importantes barreras. Así, en segundo, ante la interposición de una demanda frente al Estado de la matriz, los tribunales suelen declinar su competencia con base en el manido *forum non conveniens*, en defensa de otro foro mejor posicionado, generalmente -aunque sea discutible- el del lugar del daño; o por falta de legitimación pasiva (*subject matter test*), ante la dificultad -también aparente, en muchos casos- de responsabilizar a la matriz por las acciones u omisiones de las filiales; o, incluso, en países de *common law* como E.E.U.U o U.K., con base en la *Act of state doctrine* por considerar que no sus tribunales no pueden enjuiciar la validez de actos dictados por otro país en el marco de su soberanía⁴⁹.

Pero más allá de los referidos problemas, lo cierto es que existen jurisdicciones o, más concretamente, jueces y juezas valientes, que abren la puerta o buscan fórmulas para conocer de las demandas de las víctimas que carecen de una justicia efectiva en su país. Sirvan como ejemplo los casos Shell-Holanda y Shell-U.K, expuestos en el epígrafe II. Tales pronunciamientos quizás supongan más un reconocimiento del problema existente que una reparación efectiva -recordemos, por ejemplo, que en el caso Shell-Holanda a la matriz se le imponen deberes de supervisión- por lo que sería necesaria, para un mayor alcance territorial de la justicia civil, el avance hacia una regulación que considere la competencia de los tribunales nacionales en el acceso y la reparación a las víctimas por vulneraciones de DDHH fuera de las fronteras por las filiales de las matrices radicadas socialmente en su territorio.

⁴⁹ “La *act of state doctrine* requiere q los tribunales de los Estados Unidos abstenerse de juzgar la validez de los actos soberanos de un Estado extranjero que tienen efecto dentro de las fronteras de ese país al inhibirse ante casos en que tales actos soberanos deben ser examinados.” MORRISON, S.M “The Act of State Doctrine and The Demise of International Comity” Indiana International and Comparative Law Review, vol 1:311, año 1991, pp.311-335, pág. 311

b) Justicia penal

Más compleja resulta si cabe la aplicación de la justicia penal. Y ello porque para la aplicación extraterritorial la ley penal es necesaria la concurrencia de una serie de requisitos⁵⁰.

Así, pues, tomando como punto de partida la legislación española, si atendiésemos al principio de nacionalidad por el que entenderíamos que si la sociedad es española los tribunales españoles podrían ostentar jurisdicción, lo cierto es que ello no acontecería de tan fácilmente. Mas al contrario, el principio de nacionalidad, que se encuentra contemplado en el art. 23.2 LOPJ, dispone que *“También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:*

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles.

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.”

Por consiguiente, la jurisdicción española podrá conocer de la causa cuando el delito, cometido fuera del territorio español sea, de un lado, imputable a la persona jurídica según el listado numerus clausus del Código Penal y, de otro, se encuentre tipificado en el país donde fue cometido que, en atención al principio de doble tipificación, deberá contener requisitos de imputación análogos a los contemplados en nuestro CP. Además, amén de la pertinente querrela ante nuestros Tribunales, tampoco deberá haber sido absuelto, condenado o indultado a efectos de que no concurra el principio *non bis in idem*.

⁵⁰ Para una visión detallada del problema, véase ampliamente el excelente trabajo de GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J. “Consideraciones acerca de la responsabilidad penal de las empresas matrices en relación con la actuación de sus filiales” en Revista de Estudios Europeos, nº 77, 2021, pp.22-48

Contando siempre con los requisitos citados *supra*, es necesario, precisar la distinción entre las sucursales y las filiales en aras a la transmisión de responsabilidad a la matriz. Cuando una sociedad matriz crea una sucursal en un Estado y ésta comete un delito, podría parecer lógico que trasladara la responsabilidad a la matriz y España ostentase jurisdicción en tanto las sucursales carecen de personalidad jurídica propia, su independencia frente a la matriz resulta limitada y habitualmente sigue una misma política de *compliance*. Ahora bien, resulta elemento *sine que non* que concurra el requisito de la doble tipificación y que en el Estado donde se cometió el delito esté prevista su responsabilidad. De lo contrario, la responsabilidad podrá ser administrativa o civil en el país del delito pero no penal en España.

Por el contrario, si una empresa se establece en el extranjero a través de la creación de una filial, trasladar la responsabilidad penal en cascada hacia la matriz pudiera parecer más complejo toda vez que las filiales sí cuentan con personalidad jurídica propia y su nacionalidad en muchas ocasiones además coincide con la del país de implantación aumentando más si cabe su interés en investigar y enjuiciar el hecho. No obstante lo anterior, tal y como hemos comentado previamente, este criterio tampoco es definitivo porque cuando exista dependencia entre la matriz y la filial, no solamente desde la perspectiva del art. 42 del CCom sino en el ámbito del control interno, sí que podría arrastrar la responsabilidad hacia la matriz. Y ello porque la matriz, a causa de un defecto de organización se puede beneficiar de un ilícito cometido por la filial.

El criterio determinante, por tanto, es la autonomía e independencia. Así, si la filial actúa de forma autónoma, con un órgano de control independiente, creado y dotado de recursos personales/materiales ad hoc en el país concreto, no debiera ascender la responsabilidad a la matriz. Si, por el contrario, existe identidad en el órgano de control, dependencia en la toma de decisiones, participación relevante en el capital social,...entre otros indicadores que permitan inferir su dependencia de la matriz, y -reiteramos-- concurren los requisitos arriba citados-, la matriz podrá ser responsable penalmente.

Por otro lado, tampoco cabe descartar que los tribunales del país afectado se inhiban ante la jurisdicción del país donde se ubique la matriz por la dificultad/imposibilidad de investigar y obtener pruebas frente a la filial cuando el delito afecta a varias jurisdicciones y la matriz se encuentra en otro país, sobre todo cuando éste último se encuentre en una mejor posición para llevar a cabo la instrucción y el enjuiciamiento⁵¹.

Así las cosas, y dejando a un lado el art. 23.3 y 23.4 LOPJ, esto es, el principio de interés real y el de justicia universal, por su limitado alcance, el primero, y por su

⁵¹ Para ello, sin embargo, será preciso que un tribunal esté conociendo del asunto, tal y como ha acontecido con el caso Volkswagen donde la Audiencia Nacional, tras años de investigación, finalmente se inhibió ante los tribunales de Braunschweig que enjuiciaron (aunque no penalmente) a la multinacional alemana.

limitación o, mejor dicho, “laminación” en el año 2014⁵², el segundo; la aplicación extraterritorial de la justicia penal tampoco se traduce en un mejor acceso a la justicia para las víctimas de vulneraciones de DDHH. Y ello porque, aunque España sea muy generosa en el ejercicio del derecho de acción penal, que lo puede ejercer la víctima e incluso la acción popular, y que además la acción civil se puede ejercer junto a la penal ex art. 108 LECrim, la duración y dificultad de estos procesos con elementos tanto objetivos como subjetivos transnacionales permite inferir que, aunque se pueda acceder a la jurisdicción, la reparación tardará muchos años en llegar -si es que finalmente llega-.

Por consiguiente, la aplicación extraterritorial del *ius puniendi*, por atractiva que pudiera parecer, no se va a traducir ni en una mejora del acceso ni, en último término, de la reparación, para las víctimas, al menos desde la perspectiva española.

B) La cooperación interestatal como vía efectiva de reparación

Pero en vez de ampliar el alcance territorial en una *vis expansiva* de la jurisdicción, cabe otra opción sin duda más amistosa, cual es la posibilidad de que el Estado donde radica la matriz ofrezca cooperación al país donde ha acontecido la vulneración tanto para su castigo como para la reparación civil.

En efecto, la extraterritorialidad no puede, por la lesión a la soberanía de los estados, convertirse en una solución generalizada para la aplicación de la justicia penal y/o civil. Por el contrario, con buen tino, en la mayoría de legislaciones se trata de un fuero subsidiario pues el principio de territorialidad se erige en el criterio internacionalmente aceptado como prevalente en la determinación de la jurisdicción. Así, pues, la práctica forense muestra como es el país en el que se produce el resultado el primer interesado en ostentar la jurisdicción y ello porque fuera de los límites de un Estado la eficacia de la acción, penal o civil, se hace depender de la existencia de Convenios o Tratados internacionales que puedan facilitar la cooperación internacional así como del manido principio de reciprocidad.

Por consiguiente, aunque la matriz pueda encontrarse en España en el momento de la comisión del delito, si éste causa efectos graves para el país donde se produjo el resultado, habida cuenta la existencia de los instrumentos de cooperación y las buenas relaciones diplomáticas, existirán más posibilidades de que sea perseguido y enjuiciado en el país donde se produce el resultado -seguramente más afectado por la acción- que en España, aun siendo aquí donde radique la matriz (en caso de una ascensión de

⁵² La reforma de 2014 puede consultarse en el siguiente enlace https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-2709

responsabilidad en cascada) o donde se ubique el órgano de control ante una hipotética carencia o ausencia del mismo en el país del *locus delicti* o *locus damni*.

A modo de ejemplo, y dejando a un lado los países del espacio Schengen donde incluso en algunos de ellos contamos con la figura del juez de enlace -también en Marruecos- España cuenta con convenio de cooperación de asistencia judicial con Argentina (1987), Uruguay (1991), Chile (1992), Colombia (1997) Perú (2000), Brasil (2006), México (2006), India (2006), Ecuador (2017) ...

Sin perjuicio de que existan países con los que no se haya firmado convenio de cooperación, ya sea por la debilidad de sus instituciones como porque su forma de gobierno sea contraria a los derechos humanos -p.ej. Corea del Norte-, lo cierto es que los convenios de cooperación y/o asistencia judicial pueden constituir un primer paso para el acceso y la reparación a la víctima en el país del daño.

Y ello implica una doble e importante ventaja pues, de un lado, la víctima no debe desplazarse, lo cual supone un importante ahorro en costes y se traduce en un efectivo acceso y, de otro, la justicia acontece en el país donde se ha producido el daño, no en otro estado más sólido institucionalmente que, desde una mirada neocolonial o imperialista, acude a solventar los desmanes del estado débil -cuando, a mayor abundamiento, su debilidad, al menos parcialmente, puede y suele venir por la corrupción de la que también forman parte las empresas del estado más fuerte-. Además, que el acceso y la reparación sucedan en el estado donde se ha producido el daño, es una situación cargada de simbología, pues implicará colateralmente una mayor confianza del ciudadano en la justicia y, por ende, en las instituciones de su país.

Sirva como ejemplo el convenio suscrito entre la Fiscalía General del Estado española y colombiana en el año 2017 sobre cooperación en investigaciones relacionadas con corrupción. Este convenio ha permitido y permite la aceleración de las investigaciones y una cooperación más fluida, lo cual ha sido muy beneficioso para, tomando como ejemplo un ilustrativo caso, depurar judicialmente responsabilidades por la corrupción en las obras públicas de los juegos nacionales de Ibagué en el año 2015, en el que participaron empresas españolas. Si bien éstas no pueden ser penalmente responsables en Colombia, las autoridades españolas han colaborado en la investigación entregando pruebas desde España a sus homónimos colombianos para el enjuiciamiento de los funcionarios públicos y contratistas que participaron en la trama corrupta⁵³. Ya se han producido importantes condenas en Colombia, sin necesidad, por tanto, de alterar el foro y se decomisaron los bienes de la empresa española ubicados en Colombia, con la finalidad de satisfacer las responsabilidades civiles.

⁵³ De ello se han hecho eco los medios colombianos, véase, entre otros, https://caracol.com.co/radio/2017/05/16/judicial/1494940988_235427.html

En conclusión, y como se puede apreciar, la cooperación es una vía más respetuosa con la soberanía de los Estados que la extraterritorialidad y permite que la justicia acontezca en el país afectado, fortaleciendo, asimismo, sus instituciones, y reforzando la confianza de la ciudadanía en su sistema de justicia.

2. Extrajudiciales

A) Protección de los DDHH en la legislación nacional

Tal y como se ha puesto de relieve al inicio del trabajo, más allá de las buenas intenciones de los instrumentos internacionales, éstos carecen de carácter vinculante. Sin perjuicio de que puedan resultar influyentes en determinadas políticas estatales y/o empresariales, lo cierto es que, como también se ha visto, existen informes negativos, como sucede con España y el PIDESC, en la observación de su cumplimiento.

Sería necesario, en primer lugar, que los países que han suscrito los referidos textos o sencillamente se tomen en serio -si se me permite la expresión- los DDHH, reconozcan y aseguren su respeto en su legislación nacional, incluso promoviendo su efecto por actividades transnacionales, esto es, extraterritorialmente, pues suele ser fuera de sus fronteras donde las multinacionales vulneran los derechos humanos.

En esta línea, países como Francia han tomado conciencia de la problemática referida⁵⁴. Así, en el año 2017, aprobó la Ley sobre el deber de vigilancia de las matrices y empresas contratistas (*Loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*), que toma como punto de partida los Principios Rectores de la ONU.

Esta Ley, cuyo objetivo es eliminar el espacio de impunidad de las multinacionales que operan bajo estructuras complejas ubicadas en distintos países y con nacionalidades diferentes, pone en el centro a las víctimas de violaciones de DDHH procurando su reparación efectiva.

Su objeto, por consiguiente, es la protección internacional de los derechos humanos y afecta a cualquier empresa establecida en Francia que, bien emplee al menos a cinco mil personas, en la matriz o en sus filiales directas o indirectas cuya sede social esté situada en Francia al término de dos ejercicios consecutivos; bien dé empleo a diez mil

⁵⁴ Seguramente por desastres tan trágicos como el derrumbe del edificio Rana Plaza de Bangladesh en el que murieron más de 1000 trabajadores que fabricaban ropa para grandes multinacionales europeas, entre ellas la francesa Auchan <https://es.fashionnetwork.com/news/Rana-plaza-une-nouvelle-petition-contre-auchan,586613.html> Sobre la dificultad en la determinación de las responsabilidades véase BERIAIN, I.M. "Algunas reflexiones acerca de la tragedia de Rana Plaza: ¿quién fue el responsable? *Dilemata*, año 5º, nº 13, 2013, pp.121-152

personas, en la matriz o en sus filiales directas o indirectas, cuyo domicilio social esté situado bien en Francia o en el extranjero⁵⁵.

Las empresas deben cumplir una serie de obligaciones, contenidas en el art. 1 de la Ley, que modifica el Código de Comercio francés, en las que destaca la elaboración de planes de vigilancia que contemplan funciones tales como realizar análisis de riesgos, evaluar periódicamente a las filiales, establecer canales de denuncia o alerta, realizar un seguimiento de las medidas que se implementen...pero, si no cumple con la obligación de elaborar e implementar el plan de vigilancia, podrá incluso sufrir sanciones pecuniarias como, más relevante si cabe en atención al objeto del presente trabajo, ser responsable civilmente de los daños ocasionados a las víctimas por las vulneraciones de DDHH cometidas por sus filiales⁵⁶. Hete aquí, por tanto, la clave de la presente ley: el reconocimiento expreso de la responsabilidad de la matriz por no vigilar el cumplimiento de los derechos humanos por parte de sus filiales.

Es importante precisar que, aunque hayamos ubicado esta Ley como solución extrajudicial porque su esencia está enfocada a la prevención, en caso de incumplimiento reiterado porque no elabore, publique y aplique el plan de vigilancia, podrá el juez obligar a su cumplimiento a través de sanciones coercitivas (art. 1.II). Sea como fuere, y aunque podríamos haber ubicado esta vía o instrumento dentro de las judiciales, entendemos que lo relevante no es que en último término pueda existir una sanción judicial sino, que en primero, se establezca la necesidad de contar con un plan de vigilancia empresarial matriz-filiales.

Pero más allá del ejemplo francés, desgraciadamente ni a nivel comunitario ni a nivel estatal han cristalizado los proyectos e iniciativas en sentido similar⁵⁷. De ahí que, de acuerdo con doctrina autorizada, sea necesario, al menos en el espacio europeo de justicia, una norma de Derecho material uniforme que facilite que las matrices respondan

⁵⁵ El ámbito de aplicación, sin embargo, para algunos resulta limitado y ambiguo. En palabras de MAURIEL, "Las empresas se aprovechan de una imprecisión. La ley se refiere a las empresas que operan en Francia y que emplean a más de 10.000 trabajadores en todo el mundo, pero hay quienes afirman que solo se refiere a las empresas que emplean a 10.000 trabajadores en el territorio francés" <http://www.industrialunion.org/fr/devoir-de-vigilance-la-france-a-t-elle-vraiment-ouvert-une-voie-contre-limpunite-des-multinationales>

⁵⁶ Un análisis más detallado de la presente Ley, puede verse en SANGUINETI RAYMOND, W. "La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas controladoras" en *Trabajo y Derecho*, nº55-56, 2019.

⁵⁷ De un modo muy ilustrativo, puede verse el reporte que hace Plan Vigilance sobre la referida Ley y el estado de la cuestión tanto a nivel comunitario como de los distintos Estados miembros <https://plan-vigilance.org/wp-content/uploads/2019/06/2018-FAQ-espagnol.pdf>

por los daños causados por sus filiales en materia de derechos humanos y medio ambiente cuando hayan intervenido en su materialización⁵⁸.

B) La creación de Ombudsman transnacionales

Otra vía que pudiera resultar interesante explorar y que ya apunta el PIDESC sería aquella que permitiera el acceso y la reparación de las víctimas a través de instituciones defensoras de DDHH o incluso mediante un Ombudsman de DDHH.

La figura del Ombudsman, como es sabido, podría corresponderse con la de nuestro Defensor del Pueblo. Sus orígenes datan de hace más de 200 años en Suecia y se le concibe como el funcionario que media e intercede entre el ciudadano que ha visto vulnerados sus derechos y la autoridad que los ha infringido. Por consiguiente, es muy importante que quien ocupe la posición de ombudsman actúe con independencia frente a las autoridades.

Si tomamos como punto de partida el Defensor del Pueblo español, en su calidad de institución española para la promoción y protección de los derechos humanos, desarrolla relaciones de colaboración y asistencia técnica con las instituciones nacionales homólogas de otros Estados y facilita de forma independiente el seguimiento que periódicamente realizan las organizaciones internacionales sobre la situación en España de los derechos humanos⁵⁹.

Del mismo modo, la figura del Ombudsman en distintos países del arco iberoamericano, que han bebido en gran parte de las fuentes del Defensor del Pueblo español, ha permitido tanto el acceso a la justicia como la denuncia de la injusticia, jugando además un papel destacado en la reforma de instituciones esenciales en aras a una mayor calidad democrática, el fortalecimiento del Estado de Derecho y el fomento de la transparencia⁶⁰.

No obstante lo anterior, lo cierto es que más allá del referido rol que desempeñan, actualmente no constituyen un instrumento eficaz para el logro de una pronta reparación a la víctima que ha sufrido la vulneración de DDHH por empresas extranjeras. Y aunque

⁵⁸ Vid. por todos, GARCÍA ÁLVAREZ, L. "Daños privados por contaminación en el tráfico externo: a propósito del caso Akpan v. Shell (Nigeria)" en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5 nº 2, octubre 2013, pp.548-583, pág. 567. La autora va más allá, incluso planteando la creación de un fondo común para atender daños ecológicos en tanto el medio ambiente es un interés difuso cuyo daño o afectación puede tener repercusión global.

⁵⁹ Véase la propia descripción de la institución en la web del Defensor del Pueblo, de donde hemos extraído la información <https://www.defensordelpueblo.es/el-defensor/que-es-el-defensor/>

⁶⁰ Sobre ello, puede verse, entre otros, VALLADARES, L. "El ombudsman como canal de acceso a la justicia" *Revista IIDH*, vol. 32-33, año 2000-2001. También, en el concreto caso mejicano, CARPIZO, J. "Principales diferencias entre el ombudsman español y el mexicano" *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº7, 2003

también en ocasiones haya podido servir como vehículo para que las víctimas fueran escuchadas en condición de *amicus curiae* ante la Corte Interamericana, ello no se suele traducir en una reparación sino, a lo sumo, en una suerte de reconocimiento o pronunciamiento declarativo que puede, en el mejor de los casos, implicar cambios legislativos o el desistimiento de la vulneración de tales DDHH por parte de los Estados.

Por consiguiente, no hay que poner el foco únicamente en los países donde se cometen las vulneraciones de DDHH sino al contrario, en los países donde se ubican las matrices. Así las cosas, es conveniente contar Ombudsman internacionales o, mejor dicho, transnacionales, que permitan el acceso a la justicia a víctimas ubicadas fuera del territorio del Estado.

En este punto puede ser interesante traer a colación la experiencia canadiense. Canadá cuenta desde 2017 con la figura conocida como CORE (*Canadian Ombudsperson for Responsible Enterprise*) que se erige en un Defensor del Pueblo de Canadá para la Conducta Empresarial Responsable⁶¹. Pues bien, en un país como Canadá, que ya en varios pronunciamientos ha quebrado o superado el obstáculo del *fórum non conveniens* para asumir la competencia judicial ante la dificultad de que las víctimas, ya sea por corrupción sistémica de la jurisdicción del *locus delicti* como por la imposibilidad de que allí tengan un juicio justo⁶², tengan acceso a la justicia y a una efectiva reparación, el CORE se erige en un vigilante o supervisor del cumplimiento de los DDHH de las multinacionales canadienses en el extranjero.

En efecto, la actuación del CORE se desarrolla de un lado, ante el propio Canadá y, de otro, ante las compañías canadienses que operan internacionalmente. Su función, podríamos resumirla en la prevención, la investigación y la respuesta, tal y como seguidamente se relaciona.

a) Prevención: entre otras acciones, realizan formaciones, seminarios, etc. en materia de DDHH; desarrollan análisis sobre cómo afectan los abusos a los derechos humanos a diferentes sectores, regiones y comunidades; ofrecen información a las empresas sobre medidas que pueden tomar para el respeto de los DDHH⁶³.

b) Investigación: ante la denuncia de una vulneración de DDHH, CORE ofrece tres vías de investigación. La primera, sería una suerte de negociación entre ambas partes

⁶¹ Véase su página web en castellano https://core-ombuds.canada.ca/core_ombuds-ocre_ombuds/about-a_propos.aspx?lang=spa

⁶² Véase, entre otros, los casos *Adolfo Agustín García et al v. Tahoe Resources Inc.* 2014 o *Nevsun Resources Ltd v Araya* 2020

⁶³ “Tal y como se señala en el epígrafe 1.1 “Make recommendations including regarding courses of action to address human rights abuses, remedies for those impacted, changes to the practices and policies of Canadian companies and trade measures against Canadian companies” Véase https://core-ombuds.canada.ca/core_ombuds-ocre_ombuds/operating_procedures-procedures_exploitation.aspx?lang=eng

compartiendo en el CORE, con el consentimiento de ambos, la información obrante en su poder sobre la infracción. La segunda, directamente consiste en un proceso de mediación cuando la empresa y el denunciante -en muchos casos, podríamos hablar directamente de víctima- aceptan una mediación ante un tercero independiente provisto por el ombudsman canadiense. La tercera y, en puridad, única vía estrictamente de investigación -pues entendemos que las otras dos se acercan más a la resolución del conflicto- se divide, a su vez, en dos vías de investigación de la denuncia; la primera, una investigación conjunta en la que el denunciante y la empresa trabajan junto a un facilitador en la recopilación de la información; y la segunda, en la que CORE investiga la denuncia recibida de forma independiente y por su cuenta⁶⁴.

c) Respuesta: pero quizá lo más relevante estriba en la respuesta o reacción ante la constatación de una vulneración de DDHH por una empresa canadiense. Ante este escenario, el CORE, tras hacer pública dicha vulneración, puede actuar ante la empresa así como ante el Estado. Respecto a la empresa, y habida cuenta no es un órgano jurisdiccional y no puede sancionarla, podrá recomendar que actúe de las siguientes formas: i) pagar compensaciones a las personas que fueron afectadas por un abuso a los derechos humanos; ii) disculparse públicamente por no respetar los DDHH de las víctimas; iii) reparar el daño, tanto económico a las víctimas como ambiental, restituyendo lo dañado a su estado previo a la vulneración (p.ej. limpieza de unas tierras por contaminación medioambiental); y iv) llevar a cabo los cambios operativos internos necesarios para evitar que la vulneración vuelva a suceder en el futuro. Huelga decir que las referidas recomendaciones, aunque no tengan efecto sancionatorio directo, son un elemento de presión muy relevante frente a empresas que, tanto por su proyección social como comercial, de no seguirlas o hacer caso omiso a las mismas, pueden sufrir daños reputacionales, económicos y pérdidas de futuros negocios. En relación al papel que desempeña CORE frente al Estado tras una vulneración de DDHH, la institución puede recomendarle: i) que deje de prestar apoyo comercial y/o diplomático a la empresa en el extranjero; ii) negar apoyo financiero o económico; iii) la judicialización de la denuncia recibida frente a la compañía ante los tribunales canadienses; y iv) el cambio de las leyes y políticas de Canadá⁶⁵

Sin embargo, más allá de los loables fines e interesantes instrumentos y soluciones que ofrece CORE, lo cierto es que también ha sufrido algunas crisis. Sin ir más lejos, un año después de su creación, catorce representantes de la sociedad civil que integraban

⁶⁴ Vid. https://core-ombuds.canada.ca/core_ombuds-ocre_ombuds/fact_sheet_2-fiche_descriptive_2.aspx?lang=spa

⁶⁵ Véase https://core-ombuds.canada.ca/core_ombuds-ocre_ombuds/fact_sheet_3-fiche_descriptive_3.aspx?lang=spa

CORE dimitieron ante la inobservancia, por parte de las autoridades, de la independencia que debía regir su labor y la ausencia de facultades reales de investigación⁶⁶.

Así las cosas, y dejando a un lado los altibajos que haya podido tener la institución - lógicos, por otro lado- CORE es una realidad que sigue realizando una importante labor y puede servir de referencia para los Defensores del Pueblo de otros países⁶⁷

C) Inclusión de mecanismos de reparación en los modelos de compliance

Por otro lado, y en consonancia con el contenido de los Principios Rectores, las empresas debieran contar con instrumentos de contingencia o protocolos de reparación para la satisfacción de las responsabilidades causadas por su vulneración de DDHH.

La gran mayoría de multinacionales cuenta con políticas de respeto a los DDHH, aprobadas por sus respectivos Consejos de Administración, en las que se comprometen con el cumplimiento de los instrumentos internacionales de DDHH⁶⁸.

Sin embargo, tales políticas, si no se plasman o desarrollan de un modo concreto, no dejan de resultar una mera declaración de intenciones. Por ello, y en lo que al objeto del trabajo se refiere, deben traducirse en auténticos procedimientos de reparación, accesibles para las potenciales víctimas.

Pudiera servir como referencia y ejemplo para otras empresas, los mecanismos de reparación de REPSOL que, además, no distinguen de filiales o matrices sino que son globales pues, según indican, se gestionan a nivel local y se trasladan, como indica la compañía, al equipo experto en Relación con comunidades y Derechos humanos de la Dirección de Sostenibilidad para, en caso necesario, escalar a miembros del Comité Ejecutivo para su conocimiento y eventual gestión.

En efecto, más allá de la "Política de derechos humanos y relación con las comunidades"⁶⁹, la multinacional española, basándose en los propios Principios

⁶⁶ Es importante recordar que solamente dimitieron los responsables o el sector de la sociedad civil que en ese momento integraba CORE, no todos los miembros de la organización <https://cnca-rcrce.ca/2019/07/11/news-release-government-of-canada-turns-back-on-communities-harmed-by-canadian-mining-overseas-loses-trust-of-canadian-civil-society/>

⁶⁷ Vid CORE en la actualidad https://core-ombuds.canada.ca/core_ombuds-ocre_ombuds/index.aspx?lang=spa

⁶⁸ Sin ánimo de exhaustividad, pueden verse la de Telefónica <https://www.telefonica.com/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/08/politica-de-ddhh-telefonica-mayo-2019.pdf>; Iberdrola <https://www.iberdrola.com/gobierno-corporativo/sistema-gobernanza-sostenibilidad/politicas-compromiso-social/politica-respeto-derechos-humanos> u OHL <https://media.ohla-group.com/wp-content/uploads/2021/04/07154720/politica-ddhh.pdf>

⁶⁹ Disponible en el siguiente enlace <https://www.repsol.com/content/dam/repsol-corporate/es/sostenibilidad/documentos-sostenibilidad/politica-derechos-humanos-relacion-comunidades.pdf>

Rectores, cuenta con un sistema de “mecanismos de reparación” con una doble función: de un lado, como cauce para que los afectados puedan denunciar o comunicar la infracción a la compañía y; de otro, para que la entidad pueda ocuparse de los daños detectados y reparar sus consecuencias de una forma temprana y directa⁷⁰.

El proceso, que puede durar más o menos en función de la complejidad de la reclamación -el mínimo no suele ser menor de un mes- se divide en 10 etapas: (1) Identificar las quejas y reclamaciones; (2) Registrar, analizar y clasificar; (3) Alertar a los involucrados; (4) Investigar las causas; (5) Dialogar con el reclamante; (6) Analizar con los involucrados; (7) Generar opciones de solución y medidas de mejora; (8) Construir soluciones con el reclamante; (9) Acuerdo de solución para establecer compromisos; y (10) Reportar y hacer seguimiento.

Sin perjuicio de la eficacia real de estos mecanismos de reclamación, pues dejando a un lado los “casos de éxito” que expone la compañía en su web, ésta no es fácil de comprobar; al menos marcan un camino, vía o instrumento concreto de comunicación-reparación propio de un sistema de autorregulación (*compliance*) en materia de DDHH.

Por último, y aunque no debiera resultar el motivo principal para la implementación de verdaderas políticas de reparación por parte de la empresa, una rápida actuación en este ámbito puede suponer una aminoración o en algunos países exención de responsabilidad penal⁷¹.

IV. CONCLUSIONES

“No ver, no oír y callar”. La sabiduría milenaria, reflejada en el dicho de los tres monos, refleja a la perfección la problemática planteada en el presente trabajo⁷².

En efecto, aunque pudiera parecer elemental e incluso superado el respeto a los Derechos Humanos en las sociedades occidentales -y nos chocaría, por ejemplo encontrarnos situaciones de esclavitud en países como España- el problema estriba en su inobservancia fuera de nuestro territorio, ya sea directamente por parte de las empresas, a través de sus filiales, como con la complicidad de los Estados que suscriben

⁷⁰ Estos mecanismos pueden verse en el siguiente enlace <https://www.repsol.com/es/sostenibilidad/derechos-humanos/mecanismos-reclamacion/index.cshtml>

⁷¹ Tal y como se señala en el United States Attorney Manual 9-28-300 punto 7 “*the corporation’s remedial actions, including, but not limited to, any efforts to implement an adequate and effective corporate compliance program or to improve an existing one, to replace responsible management, to discipline or terminate wrongdoers, or to pay restitution*”

⁷² Sobre el conocido dicho, puede verse, de un modo ilustrativo, el artículo de Francesc Miralles disponible en el siguiente enlace https://elpais.com/elpais/2017/03/26/eps/1490483155_149048.html

los pactos internacionales, como el PIDESC o los Principios Rectores ONU Empresa-DDHH pero se desentienden ante su incumplimiento.

Bien es cierto que estos textos, principalmente los Principios Rectores, marcan el camino en el co-protagonismo Estado-empresas en el respeto a los DDHH y que están marcando las bases en las políticas de cumplimiento de DDHH en las empresas multinacionales, así como influyendo positivamente en el Derecho internacional. Sin embargo, en el otro lado de la medalla, a nadie se le escapa que la ausencia de fuerza vinculante de los referidos textos hacia ambos actores posibilita tanto un cumplimiento aparente o “de escaparate” (*window dressing*) como, directamente, su incumplimiento.

Y ello lo encontramos reflejado en la práctica forense donde, tal y como hemos expuesto en el presente trabajo, empresas y Estados se escudan en distintos argumentos (relaciones sometidas a arbitraje, *forum non conveniens*, distinción personalidad jurídica matriz-filial,...) no solo para la elusión de hipotéticas responsabilidades penales o administrativas por vulneraciones de DDHH sino, y más reprochable todavía, para evitar la reparación del daño causado a las víctimas.

Ante este escenario de incertidumbre para las víctimas, es conveniente determinar, clasificar e incluso configurar vías de acceso y reparación.

Respecto de las judiciales, parece existir un avance hacia una mayor extraterritorialidad de la jurisdicción para ofrecer respuesta judicial desde el Estado donde se ubica la matriz frente a los desmanes -en muchos casos delitos- cometidos por su filial. Si bien la extraterritorialidad puede jugar un importante papel desde un enfoque preventivo (*compliance*), esto es, fomentando desde la legislación nacional planes de cumplimiento de DDHH transnacionales -como la Ley francesa de 2017-, la aplicación extraterritorial de la jurisdicción, implica la apuesta por un fuero subsidiario que puede comportar conflictos, tensiones o choques con la soberanía del Estado del *locus delicti* o *locus damni*. Así pues, podría resultar más razonable e incluso realista no tanto la detracción de la jurisdicción sino la cooperación del Estado de la matriz con el Estado donde acontece el daño, habida cuenta ello se traducirá en un mejor y más rápido acceso para la víctima (que no tendrá que desplazarse ni deberá actuar internacionalmente) como en una mayor confianza del ciudadano en su administración de justicia y el fortalecimiento de las instituciones del segundo país. Una visión expansiva -incluso imperialista o neocolonialista- de la jurisdicción, por ende, puede resultar una solución cortoplacista y que no casa correctamente con la simbología de la justicia que debiera acontecer en el lugar donde se produce el daño y donde se encuentra la víctima, de ahí que, como regla general, el fuero territorial prevalezca internacionalmente.

En lo que atañe a las soluciones extrajudiciales, algunas de ellas expuestas en este trabajo, se erigen sin duda en un mecanismo capaz de permitir el acceso y la reparación

a las víctimas no solo con mayor prontitud, sino de un modo más sencillo e incluso amistoso que la vía judicial. En estas soluciones deben ostentar un rol protagonista tanto el Estado, trasladando el contenido de instrumentos internacionales a su legislación o incluso reforzando instituciones que pueden influir y promover el respeto y cumplimiento de los DDHH -p.ej. los Defensores del Pueblo (Ombudsman)-, como las empresas, estableciendo no sólo políticas de cumplimiento sino auténticos mecanismos de reparación por vulneraciones de DDHH en sus programas de *compliance*. Por ende, la vía de la reparación directa por la empresa mediante sus instrumentos de autorregulación se erige, más allá de los beneficios que ocasional y judicialmente pudiera reportarle -atenuación o exención de otra responsabilidad-, en la solución que mejor se coherente con los Principios Rectores y con una justicia más rápida y accesible para las víctimas.

Por lo anteriormente expuesto, deviene imprescindible articular mecanismos extrajudiciales rápidos y eficaces de acceso y reparación a las víctimas. Por último, pero no menos importante, tampoco cabe olvidar que la justicia, para ser efectiva, debe satisfacer otras finalidades tan importantes como lo es el ejercicio del *ius puniendi* y la depuración de responsabilidades penales o sancionadoras de quienes vulneran DDHH, ya sean personas físicas o jurídicas. Cumplamos pues, entre todos, y con “todo” (los instrumentos posibles) con el respeto a los DDHH.

BIBLIOGRAFÍA

- BERIAIN, I.M. “Algunas reflexiones acerca de la tragedia de Rana Plaza: ¿quién fue el responsable? *Dilemata*, año 5º, nº 13, 2013, pp.121-152
- BRIGHT, C. “The Implications of the *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* Case for the Exercise of Extraterritorial Jurisdiction” en *A Lackland Law? Territory Effectiveness and Jurisdiction in International and EU Law* (DI STEFANO, A. ed.) Ed. G. Giapichelli, Turín, 2013 pp.165-181
- CABEZAS, D. “Los derechos humanos y los TBI: contravías, colisiones e intersecciones” en *Iuris Dicto* nº 23, junio 2019, pp. 56-69
- CARPIZO, J. “Principales diferencias entre el ombudsman español y el mexicano” *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº7, 2003
- CENTONZE, F. y MANACORDA, S. (eds.) *Historical Pollution: comparative legal responses to environmental crimes*, Springer, 2017
- DEL VALLE CALZADA, E. “Oasis de justicia en un desierto de impunidad: análisis de las últimas sentencias del caso Shell” en el blog de la página web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, 11 de marzo de 2021

- DODGE, W.S “The historical origins of the Alien Tort Statute: a response to the originalists” *Hastings International and Comparative Law Review*, vol.19, nº 2, 1996, pp.221-258
- GARCÍA ÁLVAREZ, L. “Daños privados por contaminación en el tráfico externo: a propósito del caso Akpan v. Shell (Nigeria)” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5 nº 2, octubre 2013, pp.548-583
- GARCÍA LUENGOS, J. “Hidrocarburos vs derechos humanos en el Delta del Níger, *Relaciones Internacionales, GERI UAM*, nº 11, págs. 11 a 24
- GIMENO BEVIÁ, J. “La protección penal de los mercados de valores a través de la extraterritorialidad de la jurisdicción” en *Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica* (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y DEMETRIO CRESPO, E., Dirs.) Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015
- GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J. “Consideraciones acerca de la responsabilidad penal de las empresas matrices en relación con la actuación de sus filiales” en *Revista de Estudios Europeos*, nº 77, 2021, pp.22-48
- HOBBS, T. *El Leviatan*, Publicaciones Cruz O.S.A, 1999
- IGLESIAS MÁRQUEZ, D. y ASCENSIO SERRATO, S.V “Las vías de responsabilidad de las empresas multinacionales por daños ambientales. El caso Dutch Shell Nigeria” en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. V, nº 1, 2014, págs. 1-40
- LUCENA CID, I.V. “La implementación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Implicaciones para los Estados, *Revista Universitas* nº25, 2017, pp. 69-89
- MÁRQUEZ TEJÓN, A. “¿Cómo superar los obstáculos jurisdiccionales en los casos de vulneraciones de derechos por parte de empresas transnacionales? Un análisis de género a la responsabilidad de las empresas multinacionales por delitos de trata de personas, en prensa. 2022.
- PAUST, J.J “Human Rights responsibilities of Private Corporations”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol.35, nº 3, mayo 2002, págs. 801-825
- REQUEJO ISIDRO, M. “Responsabilidad civil y derechos humanos en EEUU: ¿el fin del ATS?” *InDret*, nº3, 2011, pp. 1-38
- ROORDA, L. y LEADER, D. “Okpabi v. Shell and Four Nigerians Farmers v. Shell: Parent Company Liability Back in Court” *Business and Human Rights Journal*, nº6, 2021, pp-368-378
- SANGUINETI RAYMOND, W. “La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas controladoras” en *Trabajo y Derecho*, nº55-56, 2019
- VALLADARES, L. “El ombudsman como canal de acceso a la justicia” *Revista IIDH*, vol. 32-33, año 2000-2001

