

TESIS DOCTORAL

AÑO 2018



**“LA CONSIDERACIÓN JURÍDICA
DE LA EMPRESA
TRANSNACIONAL COMO SUJETO
DEL DERECHO
INTERNACIONAL”**

PATRICIA AIRA GONZÁLEZ

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**DOÑA CLARIBEL DE CASTRO SÁNCHEZ
DOÑA MARÍA TERESA MARCOS MARTÍN
DON GABRIEL CAVAZOS VILLANUEVA**

TESIS DOCTORAL

AÑO 2018

“LA CONSIDERACIÓN JURÍDICA DE LA
EMPRESA TRANSNACIONAL COMO SUJETO
DEL DERECHO INTERNACIONAL”

PATRICIA AIRA GONZÁLEZ

LICENCIADA EN DERECHO

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES

DOÑA CLARIBEL DE CASTRO SÁNCHEZ Y
DOÑA MARÍA TERESA MARCOS MARTÍN

TESIS DOCTORAL

AÑO 2018

“LA CONSIDERACIÓN JURÍDICA DE LA
EMPRESA TRANSNACIONAL COMO SUJETO
DEL DERECHO INTERNACIONAL”

PATRICIA AIRA GONZÁLEZ

LICENCIADA EN DERECHO

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES

DIRECTORA:

DOÑA CLARIBEL DE CASTRO SÁNCHEZ

CODIRECTORA:

DOÑA MARÍA TERESA MARCOS MARTÍN

TUTOR:

DON GABRIEL CAVAZOS VILLANUEVA

AGRADECIMIENTOS

A Rodrigo Martín y Gabriel Cavazos, sin cuyo apoyo este proyecto no habría sido posible.

A mis amores, Marcial, Bruno y Mauro.

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 13 |
| CAPÍTULO I: ANTECEDENTES Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA | 24 |
| I. ORIGEN HISTÓRICO | 24 |
| 1. Definición de “inversión extranjera” | 24 |
| 2. El principio de responsabilidad internacional del Estado en el Derecho internacional .. | 27 |
| 3. La responsabilidad de las empresas transnacionales en el Derecho internacional..... | 40 |
| II. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA | 51 |
| 1. Los tratados internacionales en materia de inversión extranjera | 54 |
| 2. La costumbre internacional en inversión extranjera | 60 |
| 3. Los principios generales del Derecho y el papel de la Corte Internacional de Justicia .. | 63 |
| 4. Las decisiones arbitrales internacionales en materia de inversión extranjera..... | 66 |
| CAPÍTULO II: ANÁLISIS CONCEPTUAL | 67 |
| I. DEFINICIÓN DE “EMPRESA TRANSNACIONAL” | 67 |
| 1. Tratamiento semántico y conceptual | 68 |
| 1.1. Empresa nacional | 70 |
| 1.2. Empresa comercial | 70 |
| 1.3. Empresa transnacional y multinacional | 71 |
| 2. Tratamiento jurídico..... | 76 |
| 2.1. En el Derecho español..... | 76 |
| a. <i>El Real Decreto sobre Inversiones Exteriores</i> | 77 |
| b. <i>El Código de Comercio y la Ley de Sociedades de Capital</i> | 79 |
| c. <i>La Ley de Tratados Internacionales y el concepto de “sujeto de Derecho internacional”</i> | 80 |
| d. <i>La incorporación del Derecho internacional en España: la Ley de Tratados Internacionales</i> | 81 |

| | |
|--|------------|
| 2.2. En Derecho comparado | 89 |
| a. <i>América Latina</i> | 90 |
| b. <i>La situación en África</i> | 91 |
| c. <i>Asia</i> | 92 |
| d. <i>Unión Europea</i> | 94 |
| 2.3. En Derecho internacional: especial referencia a la labor de las Naciones Unidas | 96 |
| a. <i>Naciones Unidas y corporaciones transnacionales: evolución histórica</i> | 97 |
| b. <i>El borrador de Código de Conducta de las Naciones Unidas</i> | 100 |
| c. <i>El Pacto Global de las Naciones Unidas</i> | 102 |
| d. <i>La Norma sobre Responsabilidad de las Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas</i> | 103 |
| e. <i>Los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones</i> | 105 |
| 3. Tratamiento doctrinal..... | 107 |
| 3.1 La visión de los magistrados de Bernardo SEPÚLVEDA-AMOR y Rosalyn HIGGINS, magistrados de la Corte Internacional de Justicia..... | 107 |
| a. <i>Bernardo SEPÚLVEDA-AMOR</i> | 107 |
| b. <i>Rosalyn HIGGINS</i> | 109 |
| 3.2 Otras opiniones doctrinales | 111 |
| II. CARACTERÍSTICAS DE LA EMPRESA TRANSNACIONAL | 114 |
| 1. Características jurídicas | 115 |
| 1.1. Características generales | 115 |
| 1.2. La determinación de la nacionalidad de la empresa en el Derecho internacional | 118 |
| 1.3. La notificación a la matriz de la empresa transnacional | 122 |
| 2. Características económicas | 124 |
| 2.1. El gran tamaño de la empresa..... | 124 |
| 2.2. Separación de propiedad y control | 127 |
| 2.3. Comportamiento oligopólico..... | 127 |
| 2.4. Propiedad de las filiales..... | 128 |
| 2.5. El control económico..... | 128 |
| CAPÍTULO III: RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA TRANSNACIONAL: LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA TRANSNACIONAL | 130 |
| I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN MATERIA DE ACUERDOS DE INVERSIÓN Y DERECHOS HUMANOS..... | 132 |
| 1. Referencia a los derechos humanos en el texto de los APPRI..... | 132 |
| 2. Ejemplos regionales: el Acuerdo de Inversión de COMESA | 135 |
| 3. El caso del “Multilateral Agreement on Investment” de la OCDE..... | 136 |

| | | |
|-------------|--|------------|
| II. | INSTRUMENTOS JURÍDICOS DISPONIBLES EN LA ACTUALIDAD | 136 |
| 1. | Instrumentos jurídicos en el Derecho español | 136 |
| 1.1. | Derecho penal..... | 138 |
| 1.2. | Principios Rectores de Naciones Unidas | 145 |
| 1.3. | Punto Nacional de Contacto de las Líneas Directrices | 170 |
| 1.4. | Responsabilidad Social Corporativa..... | 178 |
| a. | <i>“Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas”</i> | 179 |
| b. | <i>“Ley 2/2011, de 24 de marzo, de Economía Sostenible” (la “Ley de Economía Sostenible”)</i> | 180 |
| c. | <i>Proposición No de Ley sobre RSC</i> | 183 |
| d. | <i>“Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora”</i> | 184 |
| 2. | Instrumentos jurídicos en el Derecho comparado..... | 186 |
| 2.1. | Europa | 190 |
| a. | <i>República de Irlanda</i> | 190 |
| b. | <i>República Checa</i> | 192 |
| c. | <i>Reino de España</i> | 193 |
| d. | <i>Reino de Bélgica</i> | 193 |
| e. | <i>República de Polonia</i> | 195 |
| f. | <i>República Francesa</i> | 197 |
| g. | <i>República Federal de Alemania</i> | 201 |
| h. | <i>Confederación Suiza</i> | 202 |
| i. | <i>República de Italia</i> | 205 |
| j. | <i>Reino Unido</i> | 209 |
| k. | <i>Reino de Noruega</i> | 216 |
| e. l. | <i>Reino de Suecia</i> | 217 |
| m. | <i>República de Lituania</i> | 218 |
| n. | <i>República de Finlandia</i> | 219 |
| o. | <i>Reino de Dinamarca</i> | 221 |
| p. | <i>Reino de Holanda</i> | 223 |
| 2.2. | América | 226 |
| a. | <i>República de Chile</i> | 226 |
| b. | <i>Estados Unidos de América</i> | 227 |
| c. | <i>República de Colombia</i> | 230 |
| 3. | Instrumentos internacionales en materia de responsabilidad internacional de la empresa transnacional..... | 232 |
| 3.1. | Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales | 233 |
| 3.2. | La Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo..... | 236 |
| 3.3. | La Norma sobre Responsabilidad de las Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas | 237 |
| 3.4. | Los Principios Rectores..... | 242 |
| III. | TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL..... | 249 |
| 1. | Vías judiciales domésticas | 250 |

| | |
|---|------------|
| 1.1. El caso español: la doctrina de la justicia universal de la Audiencia Nacional | 250 |
| 1.2. El mecanismo de reclamación a través de la responsabilidad civil: el caso de Estados Unidos de América | 256 |
| 1.3. El sistema norteamericano de acciones colectivas | 261 |
| a. Casos contra personas físicas: “ <i>In re Estate of Ferdinand Marcos litigation</i> ” | 261 |
| b. Casos contra personas jurídicas..... | 262 |
| 2. Tratamiento jurisprudencial internacional: Las instituciones internacionales relacionadas con los derechos humanos | 264 |
| 2.1. Sistema de las Naciones Unidas | 264 |
| 2.2. Corte Penal Internacional | 268 |
| 2.3. La labor de los tribunales de las organizaciones regionales | 270 |
| a. Organización de los Estados Americanos | 270 |
| 2.4. Sistemas regionales europeos | 275 |
| a. La labor del Consejo de Europa en materia de derechos humanos | 275 |
| b. La labor de la Unión Europea..... | 281 |
| c. La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa | 283 |
| 2.5. Unión Africana..... | 284 |
| 2.6. Sistemas regionales en Asia y Oriente Medio | 287 |
| IV. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: EL LITIGIO TRANSNACIONAL | 289 |
| V. LA VÍA DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS..... | 291 |
| VI. RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA..... | 297 |
| VII. TRATAMIENTO DOCTRINAL..... | 300 |
| 1. El arbitraje como mecanismo de solución: Todd WEILER..... | 301 |
| 2. La visión de Steven RATNER | 306 |
| 2.1. Complicidad de la empresa transnacional con agentes oficiales en la perpetración de violaciones de los derechos humanos | 306 |
| 2.2. Actuación de la empresa transnacional que supone el ejercicio de un poder “de facto” o de hecho en una determinada región, implicando igualmente violaciones de los derechos humanos | 307 |
| 2.3. Responsabilidad de la compañía por la realización de actuaciones que caen dentro del marco de las normas aplicables al caso | 308 |
| 2.4. El proceso para la atribución de responsabilidades | 309 |
| 3. WESTBROOK: teoría de atribución de responsabilidad..... | 311 |
| 4. Peter MUCHLINSKI: propuestas en torno a la protección de los derechos humanos en el contexto de la inversión extranjera..... | 313 |

| | |
|---|------------|
| 4.1. Incorporación de los derechos humanos al texto de los APPRI: la referencia a John RUGGIE | 314 |
| 4.2. La vía de los seguros de crédito a la exportación | 315 |
| 5. Gabrielle MARCEAU: los derechos humanos ante la OMC..... | 317 |
| 6. La doctrina del “ <i>Drittwirkung</i> ” | 320 |
| CAPÍTULO IV: PROPUESTA RAZONADA DE SOLUCIÓN | 321 |
| I. ACOTACIÓN INICIAL..... | 321 |
| II. PROPUESTA DE REDACCIÓN | 323 |
| III. JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA..... | 333 |
| 1. Derecho de los tratados..... | 333 |
| 2. Referencia al Derecho internacional de los derechos humanos | 336 |
| 2.1. La Norma sobre Responsabilidad de las Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas | 336 |
| 2.2. La Declaración Universal de Derechos Humanos | 338 |
| 2.3. Otros instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos..... | 340 |
| 2.4. Los Principios Rectores y las Líneas Directrices | 343 |
| 2.5. Otras referencias..... | 345 |
| 3. Obligaciones de los Estados..... | 346 |
| 4. Obligaciones de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales | 350 |
| 5. El arbitraje como medio de solución de controversias | 355 |
| 6. El CIADI como foro de solución de controversias | 357 |
| 7. Modificación de la Convención del CIADI | 362 |
| 7.1. Modificación del artículo 25 | 364 |
| 7.2. Modificación del artículo 28 | 373 |
| 7.3. Procedimiento de enmienda de la Convención del CIADI..... | 374 |
| 8. Sujetos legitimados | 376 |
| 9. Acciones colectivas..... | 382 |
| 10. Interés legítimo | 387 |
| 10.1. “Sierra Club vs. Morton” | 388 |
| 10.2. “United States vs. Students Challenging Regulatory Agency Procedures” | 389 |
| 10.3. “Lujan vs. National Wildlife Federation” | 390 |
| 11. “ <i>Amicus curiae</i> ” | 392 |

| | |
|---|------------|
| 12. Incumplimiento y violación | 395 |
| 13. Procedimiento | 399 |
| 13.1. Cuestiones generales y comunes | 400 |
| 13.2. Conciliación | 401 |
| 13.3. Arbitraje | 404 |
| 14. Definiciones | 410 |
| 14.1. Concepto de “Daño” | 411 |
| 14.2. Concepto de “Parte Interesada” y “Afectado Indirecto” | 413 |
| 14.3. Concepto de “Estado Parte” | 416 |
| 14.4. Concepto de “Empresa Transnacional” y “Empresa Comercial” | 416 |
| 14.5. Concepto de “Sujeto Individual” | 417 |
| IV. LA CUESTIÓN DE LA MULTILATERALIDAD | 418 |
| 1. Introducción: la elaboración de un modelo de tratado de inversión | 418 |
| 2. La cuestión de la multilateralidad | 419 |
| 3. Modalidad de adopción del tratado | 420 |
| 4. Ventajas e inconvenientes | 421 |
| 5. Tratado multilateral | 422 |
| 6. Tratado bilateral | 425 |
| 7. Propuesta de solución | 427 |
| CONCLUSIONES | 431 |
| I. LA EMPRESA TRANSNACIONAL COMO SUJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL. | 431 |
| II. RECIPROCIDAD ENTRE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN EL ÁMBITO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA. | 434 |
| III. LOS INSTRUMENTOS DISPONIBLES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS NO SON VIABLES COMO MECANISMO DE REPARACIÓN EN EL CASO DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES. | 436 |
| IV. EL ARBITRAJE COMO POSIBLE SOLUCIÓN..... | 442 |

| | |
|---|------------|
| V. NUESTRA PROPUESTA DE SOLUCIÓN RESULTA UNA HERRAMIENTA ADECUADA PARA EL ENJUICIAMIENTO DE LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS COMETIDOS POR LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES. | 443 |
| VI. LA PROYECCIÓN DE LA PROPUESTA: MULTILATERALISMO VS. BILATERALISMO. | 446 |
| VII. EN POS DE UN MODELO MÁS JUSTO. | 447 |
| BIBLIOGRAFÍA | 450 |
| ANEXO I..... | 498 |
| ANEXO II..... | 511 |

INTRODUCCIÓN

En la escena de la comunidad internacional, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, el protagonismo tradicionalmente ejercido por los Estados como principales actores del Derecho internacional ha ido cediendo paulatinamente su espacio a la interacción de nuevos sujetos entre los que se cuentan grandes organizaciones internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (en adelante “**Naciones Unidas**”), entidades no gubernamentales, personas individuales, e incluso empresas y corporaciones de iniciativa privada que ejercen sus actividades a nivel internacional.

En este contexto, las empresas transnacionales han venido desarrollando un importante rol que las ha colocado a un nivel equivalente y, en ocasiones, incluso superior al de los Estados, basando el epicentro de su actividad en la realización de inversiones de carácter económico e industrial en distintos Estados, especialmente aquellos de naturaleza subdesarrollada o en vías de desarrollo.

La pregunta que debemos hacernos es cuál es la razón por la que una empresa que desee operar a nivel transnacional escogería el mundo en desarrollo para sus actividades empresariales. Es necesario que recordemos que el hecho de que las grandes corporaciones transnacionales hayan decidido orientar su inversión hacia el mundo en desarrollo no es fruto del azar, sino que obedece a múltiples motivos, entre los que el principal es el económico, relacionado con el bajo coste de inversión y producción en los Estados receptores de la inversión.

Sin embargo, el bajo coste de inversión y producción no se debe únicamente al menor desarrollo económico del Estado receptor de la inversión, sino que obedece también a otros motivos de calado nacional e internacional: a nivel doméstico, destacamos la flexibilización de la normativa interna y la permisividad de los Estados receptores, sujetos a limitaciones políticas y económicas derivadas de su interés en atraer inversión extranjera; mientras que a nivel internacional, debemos fijar nuestra atención en la actual situación del Derecho internacional como herramienta reguladora en este ámbito. Ambas

dimensiones, nacional e internacional, combinadas entre sí con algunos otros factores, han acarreado graves consecuencias en el contexto de la inversión extranjera realizada por empresas transnacionales.

Lo primero que debemos tener en cuenta es que la actual situación del Derecho internacional obedece a una razón histórica que se encuentra en la propia tradición del Derecho internacional, más en concreto, en el principio de responsabilidad de los Estados, que establece que sólo las entidades que ostenten la condición de sujeto del Derecho internacional son susceptibles de ver reclamada su responsabilidad por violaciones de los derechos humanos, reservando tal condición únicamente a los Estados.

Tal y como establece la Declaración Universal de Derechos Humanos “*toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*”¹. En este mismo sentido, todos los actores que ejercen influencia sobre los derechos humanos, incluyendo los Estados y también las empresas transnacionales, deben asumir la obligación de respetar estos derechos, así como el compromiso de reparar y resarcir los daños que puedan causar con respecto a éstos. Es precisamente aquí donde radica el problema de fondo que da lugar a esta tesis doctoral.

Debemos señalar que, a día de hoy, el Derecho internacional de los derechos humanos resulta ser una herramienta poco eficaz para proporcionar una protección efectiva ante las violaciones de los derechos humanos y generar sanciones contra quienes lesionan estos derechos. Ello a pesar de lo establecido por el único instrumento jurídico internacional existente hasta la fecha en este ámbito, las “*Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*”², documento elaborado en el año 2003 por la Comisión de Derechos Humanos

¹ *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Declaración adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (iii) el 10 de diciembre de 1948. Disponible para su consulta en la página oficial en Internet de las Naciones Unidas en el siguiente enlace: <<http://www.un.org/es/documents/udhr/>>. Referencia del 12 de enero de 2018.

² *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*. Resolución 2003/16, de 13 de agosto de 2003 de la Comisión De Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 55º

de las Naciones Unidas y que constituye el primer reconocimiento jurídico expreso de la responsabilidad de las empresas en el Derecho internacional. A este instrumento se han ido añadiendo algunas otras iniciativas jurídicas a nivel doméstico, como las integradas en los planes nacionales de empresa y derechos humanos promovidos por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos³.

Hoy día resulta difícil concebir, por ejemplo, que pueda reclamarse una violación de los derechos humanos cometida por una empresa transnacional ante una instancia judicial internacional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Igualmente, resulta complicado imaginar la depuración de responsabilidades en los ordenamientos jurídicos internos de muchos Estados, especialmente cuando se trata de naciones subdesarrolladas o en vías de desarrollo. Y si resulta complejo pensar en el proceso, más difícil aún resulta pensar en la ejecución de la sentencia que se dicte como resultado del mismo. Si bien es cierto que se han tratado de formular algunas soluciones alternativas (como es el caso de las que acabamos de exponer), no se puede negar que los mecanismos actualmente disponibles en el Derecho internacional de los derechos humanos resultan insuficientes para hacer frente al problema que se plantea.

Dadas las limitaciones existentes en el actual contexto del Derecho internacional y los escasos remedios jurídicos disponibles para la atribución de responsabilidades a la empresa transnacional, consideramos que resulta esencial buscar soluciones que permitan al Derecho internacional convertirse en una herramienta efectiva en este ámbito, siendo éste el propósito perseguido por esta tesis doctoral: formular una propuesta jurídica que resuelva de manera satisfactoria las deficiencias del actual sistema desde un punto de vista sustantivo y procesal con el fin de permitir una adecuada tutela de los derechos humanos y la depuración de responsabilidades de todos aquellos sujetos que de un modo u otro ejercen su influencia en la inversión extranjera, basándonos para ello en un

período de sesiones, tema 4 del programa general, distribución general 23 de agosto de 2003, referencia E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

³ La información sobre los planes nacionales en materia de empresa y derechos humanos puede revisarse en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Disponible en Internet: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>>. Referencia del 12 de enero de 2018.

adecuado análisis histórico y conceptual acompañado de un profundo estudio del panorama jurídico internacional vigente.

A la vista de lo expuesto, comenzamos esta tesis doctoral realizando en el Capítulo I un recorrido por el origen histórico de la responsabilidad de la empresa transnacional en el ámbito jurídico internacional con el fin de encontrar en las fuentes del Derecho internacional fijadas por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia las causas que nos han llevado a la situación actual⁴:

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren.”

Y es que, como veremos en este Capítulo, es posible encontrar en las fuentes del Derecho internacional evidencias históricas claras de prácticas proteccionistas a favor de las empresas transnacionales que han constituido el germen sobre el que se ha ido

⁴ *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. Documento anexo a la Carta de las Naciones Unidas, de la que forma parte. Disponible en la web oficial en Internet de la Corte Internacional de Justicia: <<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>>. Referencia del 12 de enero de 2018. *Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. Suscrita en San Francisco (Estados Unidos de América) el 26 de junio de 1945 al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional. En vigor desde el 24 de octubre de 1945. Disponible para su consulta en la página oficial de las Naciones Unidas en Internet en el siguiente enlace: <<http://www.un.org/es/documents/charter/intro.shtml>>. Referencia del 12 de enero de 2018.

construyendo de forma paulatina el actual régimen jurídico que resulta aplicable en este contexto. Sin embargo, no sólo consideramos necesario profundizar en las razones históricas que explican el tratamiento jurídico dado a las empresas transnacionales en el Derecho internacional, sino que entendemos que es también fundamental ir un paso más allá y analizar las razones de origen conceptual además de la génesis histórica.

Bajo nuestra óptica, la comprensión de la actual situación de la empresa transnacional en el ámbito de la inversión extranjera pasa necesariamente por un análisis del concepto de “*empresa transnacional*”. Para ello, en el Capítulo II estudiaremos este concepto desde un punto de vista semántico y jurídico, acudiendo para ello a las diferentes fuentes disponibles en el Derecho internacional, el ordenamiento jurídico español y el Derecho comparado. A continuación realizaremos un análisis económico de la empresa transnacional que nos llevará a determinar las características económicas aplicables a este tipo de entidades y a mostrar cómo a la luz de los datos se acredita la existencia de empresas transnacionales cuyo potencial económico supera al de Estados de un tamaño significativo, como por ejemplo Finlandia o Chile⁵, lo que hace que surja una duda razonable en torno a la actual virtualidad práctica del principio de responsabilidad de los Estados: ésta es precisamente una de las cuestiones clave sobre las que reflexionaremos en este Capítulo.

En cualquier caso, para formular una propuesta jurídica adecuada a la problemática planteada en esta tesis doctoral también resulta esencial conocer en profundidad el tratamiento jurídico, judicial y doctrinal aplicable a la empresa transnacional, tanto a nivel internacional, como de Derecho interno y comparado. A esta tarea nos dedicaremos en el Capítulo III, comenzando por hacer referencia a algunos precedentes históricos de referencias a los derechos humanos en el ámbito de los acuerdos bilaterales de inversión, que irá seguida de un completo análisis jurídico que parte de un profundo estudio del ordenamiento jurídico español en el que nos referiremos (i) al tratamiento de la responsabilidad de la empresa en el Derecho penal, (ii) a la incorporación al ordenamiento jurídico español de los Principios Rectores aprobados por las Naciones Unidas en el año

⁵ La información empleada para la elaboración de este análisis procede (i) para el análisis de las empresas transnacionales, de la lista de la revista “*Forbes*”, disponible en Internet en la web <www.forbes.com> y (ii) para la obtención de datos sobre Estados, de la página oficial en Internet del Banco Mundial, disponible en Internet en <www.worldbank.org>. Referencias del 12 de enero de 2018.

2011⁶, (iii) a la figura del Punto Nacional de Contacto, y (iv) al tratamiento de la responsabilidad social corporativa en la legislación española. A continuación, analizaremos los instrumentos jurídicos disponibles en el Derecho comparado a través de los planes nacionales que han sido adoptados hasta la fecha por Estados como Reino Unido, Finlandia, Italia, Dinamarca, Colombia, Estados Unidos de América o el propio Reino de España, con la promoción del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁷.

Proseguimos el análisis del Capítulo III con una referencia pormenorizada a los instrumentos jurídicos internacionales disponibles en materia de empresa y derechos humanos, entre los que se encuentran algunos elementos de “*soft law*”⁸ que resultan de interés en este contexto como (i) las “*Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*”⁹, (ii) las “*Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*”¹⁰ y (iii) los Principios Rectores adoptados por las Naciones Unidas¹¹.

También los instrumentos judiciales disponibles en materia de empresa y derechos humanos son objeto de estudio en el Capítulo III, comenzando por el tratamiento judicial dado a nivel doméstico en España con la doctrina de la justicia universal y siguiendo, en el Derecho comparado, con el análisis del sistema de responsabilidad civil y de acciones colectivas existente en Estados Unidos de América. Seguidamente, en este mismo Capítulo, haremos referencia a los sistemas judiciales internacionales disponibles en materia de derechos humanos: a nivel internacional, profundizaremos en los sistemas

⁶ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Informe relativo a la actividad de John RUGGIE como Representante Especial entre los años 2005 y 2011, con vistas a su consideración por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y en el cual se presentan los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Consejo de Derechos Humanos, 17º período de sesiones, tema 3 de la agenda. Distribución general 21 de marzo de 2011, referencia A/HRC/17/31 (GE.11-12193 (S) 150411-210411).

⁷ Información disponible en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

⁸ Definición de “*soft law*”, término jurídico. MARTIN, Elizabeth A. “*A Dictionary of Law*”. Oxford University Press. Oxford Reference Online.

⁹ *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*. OECD Publishing. Documento de fecha 4 de julio de 2003. Disponible en el siguiente enlace oficial en Internet de la OCDE: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>>. Referencia del 12 de enero de 2018.

¹⁰ *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*. *Op. Cit.*

¹¹ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. *Op. Cit.*

establecidos por organizaciones como las Naciones Unidas y tribunales internacionales como la Corte Penal Internacional, mientras que a nivel regional nos referiremos a los sistemas de derechos humanos disponibles en América, Europa, África, Asia y Oriente Medio.

Por otra parte, en el Capítulo III dedicamos también espacio tanto a la alternativa del litigio transnacional como a los medios alternativos de resolución de controversias: en el caso de esta última herramienta jurídica, consideramos que es clave para la construcción de la estructura procesal de la propuesta de solución que formulamos en esta tesis doctoral. Por ello, además de hacer referencia a la conciliación y la mediación, nos centraremos en el análisis del arbitraje internacional y de la “*Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*” (año 1958)¹² (la “**Convención de Nueva York**”), tratado internacional que dota al arbitraje de una eficacia que lo diferencia de otros mecanismos de resolución de disputas como el ofrecido por los tribunales tradicionales tanto a nivel nacional como internacional. En este sentido debemos tener en cuenta que los laudos emitidos por los tribunales arbitrales bajo las disposiciones de este tratado tienen una eficacia que resulta altamente satisfactoria como resultado de la mayoritaria adopción de la Convención de Nueva York, que a fecha de elaboración de esta tesis doctoral ha sido suscrita por un total de ciento veinte Estados¹³.

Por último, en el Capítulo III nos referimos a otro de los instrumentos clave que sirven como base para la construcción de nuestra propuesta, que no es otro que el elemento doctrinal. Para ello, nos referiremos a las teorías formuladas por diferentes académicos en relación con la problemática planteada, con el fin de identificar las principales ventajas e inconvenientes de cada una de ellas y poder así integrarlos en nuestra propuesta: en primera instancia analizaremos la solución propuesta por Todd WEILER¹⁴, jurista canadiense, y Steven RATNER, profesor de la Universidad de Michigan que ha dedicado también sus esfuerzos académicos a la formulación de una interesante propuesta en este

¹² *Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*. Año 1958. Disponible para su consulta en el siguiente enlace en Internet de la Organización de los Estados Americanos (OEA): <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/intl_conv/caicnys.asp>. Referencia del 12 de enero de 2018.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ WEILER, Todd. “*Balancing Human Rights and Investor Protection: a New Approach for a Different Legal Order*”. Artículo publicado en la revista “*Boston College International and Comparative Law Review*”. Volumen 27. 5 de enero de 2004. Páginas 429 a 452. Disponible para su consulta en el siguiente enlace oficial en Internet: <<<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1133&context=iclr>>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.

contexto¹⁵. Igualmente analizaremos las propuestas de Peter MUCHLINSKI¹⁶, profesor de la Universidad de Londres que ha formulado algunas interesantes propuestas en este ámbito. También estudiaremos la teoría de asignación de responsabilidades formulada por WESTBROOK y la propuesta de Gabrielle MARCEAU¹⁷ en torno al posible rol de la Organización Mundial del Comercio en el ámbito de los derechos humanos.

Una vez analizados los diferentes elementos descritos en los Capítulos I, II y III, y detectadas las fortalezas y debilidades del sistema jurídico existente, así como las posibles vías de solución, en el Capítulo IV nos centraremos en la formulación de una propuesta jurídica adecuada para resolver las deficiencias que observamos en el contexto del Derecho internacional de los derechos humanos y de la inversión extranjera.

Con este fin, propondremos una propuesta jurídica genérica cuya redacción, desde un punto de vista sustantivo y conceptual, se inspira en las “*Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*”¹⁸, instrumento en el que nos apoyaremos para construir

¹⁵ RATNER, Steven E. “*Corporations and Human Rights: A theory of legal responsibility*”. Yale Law Journal, Tomo 111. Páginas 443 a 545. Noviembre de 2001. Estados Unidos. (traducción libre del autor)

¹⁶ Analizaremos las propuestas formuladas por Peter MUCHLINSKI en diferentes artículos publicados por este autor en relación con esta cuestión. Citamos a continuación los de mayor relevancia. MUCHLINSKI, Peter. “*Corporations and the Uses of Law: International Investment Arbitration as a Multilateral Legal Order*”. Artículo publicado por el Instituto Internacional de Sociología de Oñati. Oñati Socio-Legal Series, volumen 1, número 4. Año 2011. Disponible para su consulta en el siguiente enlace: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1832562>. Referencia del 12 de enero de 2018. MUCHLINSKI, Peter. “*The Changing Face of Transnational Business Governance: Private Corporate Law Liability and Accountability of Transnational Groups in a Post-Financial Crisis World*”. Artículo publicado en el Indiana Journal of Global Legal Studies. Volumen 18. Artículo 4. Páginas 665 a 704. Año 2011. Disponible para su consulta en el siguiente enlace: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1459&context=ijgls&sei-redir=1&referer=https%3A%2F%2Fscholar.google.es%2Fscholar%3Fhl%3Des%26q%3Dpeter%2Bmuchlin%2Bsk%2Barbitration%26btnG%3D%26lr%3D#search=%22peter%20muchlin%20arbitration%22>>.

Referencia del 12 de enero de 2018. MUCHLINSKI, Peter. “*International Corporate Social Responsibility and International Law*”. Conferencia dictada por Peter MUCHLINSKI en el British Institute of International and Comparative Law. Publicada como capítulo en el libro “*New directions in International Economic Law*”. Páginas 223 a 244. Año 2011. Disponible para su consulta en el siguiente enlace: <https://www.biiicl.org/files/4367_biiicl_conference_paper.pdf>. Referencia del 12 de enero de 2018. WEILER, Todd y BAETENS, Freya. “*New Directions in International Economic Law*”. Martinus Nijhoff Publishers. Año 2011. Obra publicada de forma simultánea en Leiden (República Federal de Alemania) y Boston (Estados Unidos de América). MUCHLINSKI, Peter. “*Corporations in International Law*”. Artículo publicado en la obra de consulta “*Max Planck Encyclopedia of International Law*”. Oxford Public International Law (OPIL). Heidelberg y Oxford University Press. Año 2012. Disponible para su consulta en el siguiente enlace: <[http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5851/v13/undervisningsmateriale/muchlin%20\(2009\)-corporations-in-international-law-max-planck-enc.-of-pil-co-1.pdf](http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5851/v13/undervisningsmateriale/muchlin%20(2009)-corporations-in-international-law-max-planck-enc.-of-pil-co-1.pdf)>. Referencia del 12 de enero de 2018.

¹⁷ MARCEAU, Gabrielle. “*WTO Dispute Settlement and Human Rights*”. Artículo publicado en la Revista Europea de Derecho Internacional. Volumen 13, número 4. Páginas 753 a 814. Año 2002. Disponible para su consulta en el siguiente enlace: <<http://www.ejil.org/pdfs/13/4/1561.pdf>>. Referencia del 12 de enero de 2018.

¹⁸ *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos. Op. Cit.*

la estructura y el marco jurídico de la propuesta haciendo referencia en ella, entre otras cuestiones, a (i) los principales instrumentos jurídicos internacionales disponibles en el Derecho internacional de los derechos humanos, (ii) los sujetos que intervienen en el ámbito de la inversión extranjera y los derechos humanos (Estados, empresas transnacionales y comerciales y personas individuales) y su consideración jurídica en términos de legitimación activa y pasiva, (iii) las obligaciones y responsabilidades de los diferentes sujetos que intervienen en el ámbito de la inversión extranjera (empresas comerciales y transnacionales y Estados), y (iv) a algunos términos jurídicos esenciales para la construcción de un mecanismo eficiente de asignación de responsabilidades, como los conceptos de “Daño”, “Parte Interesada”, “Afectado Indirecto” y, por supuesto, “Empresa Transnacional” y “Empresa Comercial”.

La propuesta genérica, como ya indicamos anteriormente, va acompañada también de una propuesta procesal que se centra en la selección de un foro adecuado para la solución de las controversias que puedan surgir en el ámbito de la inversión extranjera y los derechos humanos. Ya en el Capítulo IV nos referimos a las ventajas del arbitraje como mecanismo para la resolución de disputas en materia de empresas y derechos humanos; y en el Capítulo V, esta propuesta se concreta en una institución específica dedicada al arbitraje institucional: el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), institución arbitral internacional vinculada al Banco Mundial¹⁹ y que a día de hoy se encuentra entre los principales foros de solución de disputas en el ámbito de la inversión extranjera²⁰.

La apuesta procesal que realizamos en torno al CIADI se centra en dos elementos: (i) la incorporación del CIADI a la propuesta genérica como foro de solución de controversias aceptado de forma expresa y (ii) la formulación de una redacción alternativa para determinados artículos de la “*Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados*”²¹ (en adelante la “**Convención del CIADI**”), instrumento

¹⁹ Para mayor información sobre el CIADI y su vínculo con el Grupo del Banco Mundial véase lo indicado a estos efectos en la página oficial en Internet del CIADI. Disponible en la web oficial en Internet del CIADI: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/ICSID%20And%20The%20World%20Bank%20Group.aspx>>. Referencia del 12 de enero de 2018.

²⁰ LOWENFELD, Andreas F. “*International Economic Law*”. Editorial Oxford University Press. Páginas 484 y 485. Año 2008.

²¹ *Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados*. Publicada por el Centro Internacional para el Arreglo de Disputas sobre Inversiones del Banco Mundial (CIADI). Este documento forma parte de la “Convención CIADI”, que establece las reglas de funcionamiento del CIADI. *Convención CIADI. Reglamento y reglas. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a*

jurídico en el que se condensan las reglas de funcionamiento del CIADI como institución arbitral. La finalidad que perseguimos con la incorporación de estas modificaciones es, por un lado, la de habilitar al CIADI como foro para la solución de controversias en el ámbito de la inversión extranjera y los derechos humanos, y por otro, la de construir un sistema de legitimación activa y pasiva adecuado y efectivo que se refleje también en la normativa reglamentaria del CIADI.

Así, una vez que exponamos la propuesta en su totalidad, dedicaremos el Capítulo IV a realizar una justificación detallada de cada uno de los elementos incorporados en ella empleando para ello referencias normativas, jurisprudenciales y doctrinales, según sea el caso. Finalmente, en el Capítulo dedicado a las Conclusiones, reflexionamos sobre una cuestión relevante que es la relativa a la multilateralidad: debemos analizar hasta qué punto una propuesta genérica como la formulada debería implementarse mediante la adopción de un tratado internacional o bien a través de otras herramientas como los acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (en adelante “APPRI”). En este sentido, debemos tener en cuenta que la inversión que realizan las empresas transnacionales encuentra en la actualidad su régimen jurídico de forma mayoritaria en los APPRI, a los que nos referiremos de forma detallada en esta tesis doctoral. En estos tratados se contempla el arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

La propuesta que formulamos en esta tesis doctoral parte de una premisa esencial: los Estados deben adoptar una postura responsable en relación con los derechos humanos, lo que implica ser respetuosos con los derechos humanos tanto a nivel doméstico como internacional. Por otra parte, las corporaciones transnacionales deben asumir su rol y responsabilidades en estos mismos ámbitos: del mismo modo que disfrutan de privilegios, como aquéllos que derivan de los APPRI, las empresas transnacionales están en cierto modo forzadas a asumir las correlativas y correspondientes responsabilidades que se derivan de los derechos que ostentan. Como sucede en cualquier otra relación jurídica, es de sentido común y razonable que un sujeto que disfruta de derechos debe responder y

Inversiones (CIADI). CIADI/15. Washington, D.C., Estados Unidos de América. Abril de 2006. En vigor desde el 10 de abril de 2006. Disponible en la web oficial en Internet del CIADI: <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs//ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>>. En vigor desde el 10 de abril de 2006. Referencia del 12 de enero de 2018.

ser imputable por las actuaciones que cometa en relación con esos derechos que se le han concedido.

Consideramos que todos los agentes que intervienen en la esfera doméstica e internacional se verían beneficiados por la adopción de medidas como las que se proponen en esta tesis doctoral, puesto que las mismas suponen dar un paso más allá en la lucha por una sociedad más respetuosa y justa. La propuesta que formulamos en esta tesis doctoral pretende ofrecer, con base en las herramientas jurídicas existentes en el Derecho internacional de los derechos humanos y los medios alternativos de solución de controversias, un primer paso para el futuro establecimiento de una adecuada protección de los derechos humanos a nivel internacional y en el ámbito de la inversión extranjera.

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

I. ORIGEN HISTÓRICO

El análisis de la empresa transnacional en el contexto del Derecho internacional parte de un concepto histórico fundamental para comprender su existencia, que no es otro que el de “*inversión extranjera*”. Y es que, como se mostrará a continuación y a lo largo de esta tesis doctoral, la empresa transnacional constituye en realidad una evolución sofisticada y jurídicamente compleja de un concepto y práctica que forma parte de las relaciones internacionales, tanto políticas como comerciales, desde hace siglos.

Debe tenerse en cuenta que la evolución histórica del concepto de inversión extranjera no sólo ha sido relevante para la configuración del actual entramado societario internacional sobre el que operan las empresas multinacionales y transnacionales, sino también para determinar su régimen de responsabilidad, siendo este precisamente uno de los ejes sobre los que pivota esta tesis doctoral y que se irá desgranando a lo largo de los diferentes Capítulos de la misma.

El origen histórico del concepto jurídico de inversión extranjera en el ámbito del Derecho internacional tiene, como mostraremos a lo largo de este Capítulo, una trascendencia enorme para el tema que vamos a tratar en esta tesis doctoral: la determinación de la responsabilidad jurídica de la empresa transnacional en el contexto de violaciones de los derechos humanos.

1. Definición de “*inversión extranjera*”

Según M. SORNARAJAH, la inversión extranjera “*implica la transferencia o traslado de bienes tangibles o intangibles de un país a otro con la intención de su uso en ese país para generar riqueza bajo el control total o parcial del dueño de los bienes*”²². De esta

²² SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*”. Tercera Edición. Cambridge University Press. Página 8. Año 2010. Cambridge (Reino Unido). (traducción libre del autor)

definición conviene reforzar la idea de que la inversión puede formalizarse de diferentes formas: (i) tanto a través de bienes perceptibles físicamente (tangibles), como pueda ser por ejemplo la maquinaria de una factoría, como (ii) a través de bienes intangibles, como pudiera ser el caso de la compra de acciones del capital de sociedades nacionales de un determinado Estado por parte de inversores de nacionalidad extranjera (lo que también se conoce como inversión de cartera). Partiendo pues de la consideración anterior, se puede diferenciar entre dos tipos básicos de inversión extranjera: la clásica o directa, y la inversión “*portafolio*”²³, o indirecta.

Para otros autores como DUSSEL PETERS es importante tener también en cuenta que con independencia de la forma específica que tome la inversión extranjera (directa o indirecta) “*siempre y por definición requerirá de un servicio al exterior que varía temporalmente, ya sea de ganancias, dividendos y/o de abruptas salidas de inversión extranjera de cartera, entre otros*”²⁴.

La inversión extranjera directa, o clásica, es la más antigua, y a la que tradicionalmente se le ha extendido protección a través del Derecho internacional. Acudiendo a las definiciones institucionales de este concepto señalamos que el Fondo Monetario Internacional (FMI) destaca el elemento de control en la inversión extranjera directa al indicar que se trata de aquella inversión “*que se realiza con el fin de establecer vínculos permanentes o de ejercer un control efectivo en la gestión de una empresa que opera en el exterior*”²⁵. Por su parte la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) incide también en la influencia en la gestión de la empresa local en su Definición Marco²⁶:

²³ Del inglés “*portfolio*”, término jurídico y financiero. En el contexto de la inversión, “*portfolio investment*”, se traduciría como “*inversión de cartera*” o “*inversión portafolio*”. ALCARAZ VARÓ, Enrique, y HUGHES, Brian. “*Diccionario de Términos Jurídicos inglés-español, spanish-english*”. Editorial Ariel. Sexta Edición. Año 2001.

²⁴ DUSSEL PETERS, Enrique. “*La inversión extranjera en México*”. Publicación de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) de las Naciones Unidas. Página 9. Año 2009. Enrique DUSSEL PETERS cita a su vez al formular esta definición a HIGGINS y KLITGAARD (1998) y a KINDLEBERGER (1969).

²⁵ Definición de “*inversión extranjera directa*” aportada por la autora Eloísa ORTEGA en la obra “*La inversión extranjera directa en España (1986-1990)*”. ORTEGA, Eloísa. “*La inversión extranjera directa en España (1986-1990)*”. Publicación número 51 del Banco de España - Servicio de Estudios Económicos. Página 7. Año 1992.

²⁶ OCDE *Definición Marco de Inversión Extranjera Directa*. Cuarta Edición. Año 2010. Página 51.

“La inversión extranjera directa refleja el objetivo de establecer un interés duradero por parte de una empresa residente en una economía (el inversor directo), en una empresa domiciliada en una economía diferente de la del inversor directo (la empresa de inversión directa). El interés duradero implica la existencia de una relación de largo plazo entre el inversor directo y la empresa de inversión directa y un grado significativo de influencia en la gestión de la empresa. La propiedad directa o indirecta del 10% o más del poder de voto de una empresa residente en una economía por parte de un inversor residente en otra economía se considera evidencia suficiente de este tipo de relación. Algunos compiladores podrían argumentar que, en determinados casos, la propiedad de una participación tan reducida como el 10% del poder de voto podría no suponer el ejercicio de una influencia significativa mientras que, por otro lado, un inversor podría ser propietario de menos del 10%, pero tener efectivamente voz en la administración de la empresa. No obstante, la metodología recomendada no deja margen para valoraciones del umbral del 10% y recomienda su aplicación estricta para garantizar la consistencia estadística entre los países.”

Por su parte, la inversión a través de la transferencia de flujos de capitales, de origen más reciente, ha tenido mayores dificultades para obtener la protección esperada (aunque parte de la doctrina considera que la inversión “*portafolio*” es acreedora de protección, en teoría la única forma de otorgar protección a esta clase de inversión sería a través de cláusulas *ad hoc* en los acuerdos de inversión, ya sean bilaterales o multilaterales)²⁷. La diferenciación entre inversión directa e indirecta no sólo tiene relevancia en lo que se refiere a la protección concedida al inversor extranjero, sino que se trata además de un concepto que tiene una importante influencia en la determinación del régimen jurídico de responsabilidad que se otorga a los diferentes tipos de inversión en el contexto del Derecho internacional.

Entrando en materia de determinación de responsabilidad, es necesario analizar quién debe responsabilizarse en el caso de que, en el contexto de una inversión extranjera,

²⁷ Michael SORNARAJAH realiza un acertado análisis de la protección de la inversión directa y la inversión portafolio. Véase SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*”. Año 2010. Op. Cit. Páginas 8 a 10.

acontezca cualquier tipo de circunstancia que pudiera ser considerada susceptible de generar una responsabilidad a cargo de alguno de los actores participantes en el proceso de inversión extranjera. Muy especialmente, el análisis se va a centrar en supuestos que puedan ser considerados como contrarios a los derechos humanos. Para ello vamos a comenzar por realizar un análisis de la historia del Derecho internacional, con el fin de encontrar la explicación al régimen jurídico que en la actualidad rige, en términos generales, cuando tienen lugar acontecimientos como los descritos.

2. El principio de responsabilidad internacional del Estado en el Derecho internacional

La definición de inversión extranjera a la que se ha hecho referencia tiene su origen histórico en el principio de responsabilidad de los Estados, que informa al Derecho internacional²⁸. En virtud de este principio tal y como indica Dinah SHELTON²⁹ se entiende que “*el Derecho de responsabilidad de los Estados requiere a un Estado a realizar reparaciones cuando falla en el cumplimiento, por medio de una acción u omisión que le es atribuible, de una norma de Derecho internacional*“. La responsabilidad de los Estados ha sido objeto de estudio y tratamiento por parte del Derecho internacional desde hace varias décadas. No obstante lo anterior, y aunque resulte paradójico, se trata de un concepto jurídico que no ha sido determinado de forma clara por el Derecho internacional y que no ha sido nunca reflejado de forma expresa en una norma de Derecho internacional en sentido estricto, esto es en un tratado o acuerdo internacional.

Sin embargo, la responsabilidad internacional del Estado sí ha sido objeto de análisis e interpretación judicial y arbitral a nivel internacional. Aquí se exponen algunos casos paradigmáticos:

- Contaminación transfronteriza: la cuestión de la contaminación transfronteriza es a día de hoy uno de los temas más analizados en el ámbito del Derecho

²⁸ Esta relación entre el concepto de inversión extranjera y la responsabilidad de los Estados la podemos encontrar en SORNARAJAH, Michael. *Ibid.* Página 10.

²⁹ SHELTON, Dinah. “*Remedies in International Human Rights Law*”. Editorial Oxford, Segunda Edición. Página 50. Año 2005. (traducción libre del autor)

internacional del medio ambiente. La primera disputa significativa a nivel internacional fue el caso “*Trail Smelter*”, que enfrentó a Canadá y Estados Unidos de América entre los años 1938 y 1941³⁰. Según se concluye de los hechos, se determinó que una compañía canadiense había comenzado a emitir hasta 300 toneladas diarias de sulfuro y dióxido de sulfuro en su planta localizada en Trail, en la frontera con Estados Unidos de América. Las emisiones de sulfuro terminaron con la interposición de una demanda de Estados Unidos de América contra Canadá, en la que éste reclamaba una indemnización por valor de 350.000 dólares americanos como consecuencia de los daños causados a la tierra, árboles y cosechas localizados en la zona. El caso fue resuelto por medio de arbitraje y en el laudo se observó que bajo los principios del Derecho internacional y del Derecho norteamericano ningún Estado tiene derecho a permitir el uso de su territorio en un modo que pueda causar daños a otro Estado, o a las propiedades o personas que habitan en dicho Estado, y que tal actuación genera el nacimiento de una responsabilidad para el Estado que permite tales actuaciones. Así Canadá fue finalmente juzgada responsable por el laudo arbitral, y obligada a abonar una compensación a Estados Unidos de América.

- Daños a extranjeros: un Estado incurre en responsabilidad internacional, como se mostrará más adelante, por daños que se le provoquen a un extranjero que resida en dicho Estado. Si un nacional de un Estado causa daños a un extranjero residente en dicho Estado, el Derecho internacional prevé la posibilidad de que este último pueda interponer una demanda para reclamar una compensación por el daño causado. Incluso el Estado puede incurrir en responsabilidad internacional si se determina que éste no ha actuado con la diligencia debida para prevenir el daño causado a dicho extranjero. Un caso paradigmático en este sentido es el conocido como “*Conde Bernadotte*” relativo a la reparación por daños sufridos en el servicio a la Organización de las Naciones Unidas, con el primer precedente acontecido en el año 1949: el Conde Bernadotte, diplomático sueco, y un observador internacional, ambos contratados por Naciones Unidas y destinados a

³⁰ Información disponible en la obra “*The Trail Smelter Dispute*” (1941). *Anuario Canadiense de Derecho Internacional*. Año 1963. También disponible en el “*Repertorio de Arbitraje Internacional de las Naciones Unidas*”. *Reports of International Arbitration Awards. Recueil des sentences arbitrales. Trail Smelter case (United States, Canada). Nations Unies – United Nations*. Volumen III. Número 1905-1982. Año 2006. *Caso Trail Smelter*. Acuerdo especial bajo la Convención de Ottawa de fecha 15 de abril de 1935. Laudos de 16 de abril de 1938 y 11 de marzo de 1941.

mediar en la disputa entre árabes y judíos en Palestina, fueron asesinados en Jerusalén (Israel) el 17 de septiembre de 1948. Naciones Unidas solicitó a la Corte Internacional de Justicia la emisión de un dictamen dando su opinión jurídica sobre el caso, en el que la Corte Internacional de Justicia determinó a Israel como responsable por dichas muertes, y le impuso la obligación de pagar una compensación pecuniaria por estos fallecimientos³¹.

Ahora bien, aún cuando no existe a fecha de hoy un tratado internacional que regule la responsabilidad internacional de los Estados, también es destacable el trabajo de codificación en materia de responsabilidad internacional del Estado que se ha venido realizando en los últimos años desde las Naciones Unidas. En el año 2001 la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, después de más de 40 años de arduas negociaciones, concluyó sus trabajos en este campo con la publicación del “*Borrador de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos*”³² (el “**Borrador**”).

Inicialmente la Comisión de Derecho Internacional pretendía elaborar un tratado internacional en materia de responsabilidad internacional de los Estados, pero finalmente el objetivo pretendido quedó reducido a un Borrador, debido principalmente a los múltiples desacuerdos existentes entre los Estados Miembros de la Comisión. Este Borrador consiste en una serie de artículos en los que se declaran principios que resultan aplicables en materia de responsabilidad internacional de los Estados.

Como indica RATNER, precisamente a consecuencia de esta falta de acuerdo la Comisión hizo una declaración explícita para cambiar la intención del tratado declarando que se trata de “*principios que gobiernan la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos, manteniendo una estricta distinción entre esta tarea y la tarea de definir las reglas que determinen la responsabilidad de los Estados*”³³. Así pues,

³¹ *Caso Conde Bernadotte*. Dictamen de la Corte Internacional de Justicia del año 1949. Repertorio de Opiniones de Asesoría de la Corte Internacional de Justicia. Página 174. Año 1949.

³² *Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts*. Texto adoptado en la quincuagésimo tercera sesión de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. 9 de agosto de 2001. También en CRAWFORD, James. “*The International Law Commission’s articles on State responsibility. Introduction, Text and Commentaries*”. Cambridge University Press, Primera Edición. Año 2002. Cambridge (Reino Unido).

³³ Véase a este respecto el *Informe del Ponente Especial de la Comisión de Derecho Internacional*. UN Document A/8010/Rev. Año 1970. Citado por RATNER, Steven E. “*Corporations and Human Rights: A theory of legal responsibility*”. *Op. Cit.* Página 489. (traducción libre del autor)

el proyecto que en inicio estaba destinado a generar responsabilidades específicas para los Estados, acabó por convertirse en una mera declaración de intenciones o principios, desde un punto de vista técnico-jurídico internacional.

No obstante, a pesar de que se trata de principios y no de normas de Derecho internacional *stricto sensu*, podría decirse que el Borrador constituye lo que en Derecho internacional se conoce como “*soft law*”³⁴, esto es, que carece hasta la fecha de fuerza vinculante y se trata por tanto de una mera declaración de principios. En palabras de Íñigo VALVERDE, “*soft law*” es un término jurídico del que podemos destacar la siguiente característica esencial:

“Se trata pues de una serie de normas a las que les falta uno de los elementos del concepto de norma jurídica, es decir, el efecto o consecuencia jurídica, que también se suele llamar sanción: qué ocurre si no se cumple la proposición que determina lo que debe hacerse en una situación concreta, lo que ordena la norma. Estas normas «blandas, verdes o flexibles» vienen a recuperar para el ámbito jurídico la característica básica de las normas sociales, dotadas de una sanción tácita que sólo supone en mayor o menor medida un descrédito o pérdida de consideración pública del «maleducado» que las incumple. Los Estados o instituciones que no cumplen lo que recomiendan estas normas sólo incurren en ese descrédito.

*Desde el punto de vista de la finalidad, se trata no tanto de que se cumplan estrictamente sus recomendaciones como de que se cree un estado de opinión favorable a su cumplimiento. Dicho de otro modo, más que obligar, pretenden convencer.”*³⁵

³⁴ Definición de “*soft law*”, término jurídico. MARTIN, Elizabeth A. “*A Dictionary of Law*”. Op. Cit. (traducción libre del autor)

³⁵ Definición de “*soft law*”, término jurídico. VALVERDE, Íñigo. “*Soft Law*”. Artículo publicado en la revista “*Punto y Coma*”. Boletín de los traductores españoles de las instituciones de la Unión Europea. Número 63. Disponible para su consulta en el siguiente enlace: <<http://ec.europa.eu/translation/bulletins/puntoycoma/63/pyc633.htm>>. Referencia del 13 de febrero de 2018.

Sin embargo, en este caso concreto, podría esperarse que el Borrador acabara por convertirse en un tratado internacional *stricto sensu*³⁶.

En el artículo 1 del Borrador se establece que “*todo acto internacionalmente ilícito de un Estado conlleva la responsabilidad internacional de dicho Estado*”³⁷. El principio positivado en dicho artículo tiene una larga tradición histórica en el Derecho internacional, puesto que siempre se había entendido que un Estado debía hacer frente a responsabilidades en el caso de que un nacional de un país extranjero sufriera daños en su territorio. Y, si primero se entendía que los Estados tenían obligaciones con respecto a la protección de las personas (como se mostró con el caso de responsabilidad por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas), con el paso del tiempo esta concepción se fue ampliando, para otorgar también tutela a los bienes que esos nacionales de los Estados poseen en el extranjero. En los inicios se hablaba de protección a bienes materiales, como por ejemplo propiedades inmobiliarias, pero la protección se ampliaría después a los bienes intangibles³⁸. Así fue como el principio de responsabilidad de los Estados se extendió del ámbito de las personas físicas, y de la esfera del Derecho diplomático, a la de la inversión extranjera.

Pasando ahora a analizar los tratados de inversión como fuente del Derecho internacional en inversión extranjera, se comprobará que el principio de responsabilidad del Estado ha sido positivado en diversos tratados multilaterales, como pudiera ser por ejemplo el “*Tratado de Libre Comercio de América del Norte*” (en adelante “**TLCAN**”) en el ámbito regional de América del Norte: la Sección 11-B del TLCAN está gobernada por el principio de tratamiento equitativo de los inversores extranjeros, que se menciona de manera específica en el artículo 1115³⁹. La disposición siguiente indica las partes que

³⁶ Véase lo comentado por James CRAWFORD en cuanto a la naturaleza del Borrador, cuando indica que éste fue remitido a la Asamblea General de las Naciones Unidas con la recomendación de que fuera objeto de una resolución, y en espera de que en un futuro tenga lugar una sesión en la que se vote con la finalidad de convertir estos artículos en una Convención en materia de responsabilidad de los Estados. CRAWFORD, James. “*The International Law Commission’s articles on State responsibility. Introduction, Text and Commentaries*”. *Op. Cit.* Página 60.

³⁷ *Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts. Op. Cit.* Artículo 1. (traducción libre del autor).

³⁸ Véase al respecto el comentario de Michael SORNARAJAH. SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*” (edición año 2010). *Op. Cit.* Página 10.

³⁹ *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. Capítulo 11, Sección B. Firmado el 17 de diciembre de 1992. En vigor desde el uno de enero de 1994. Disponible en Internet en el siguiente enlace oficial del Secretariado del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN): <<https://www.nafta-sec-alena.org/Inicio/Textos-juridicos/Tratado-de-Libre-Comercio-de-América-del-Norte>>. Artículo 1115. Referencia del 12 de enero de 2018.

tomarán parte en el mecanismo, estableciendo que “*un inversor de una Parte debe someter a arbitraje bajo esta Sección cualquier demanda en la que otra Parte ha incumplido una obligación*”⁴⁰. Como puede inferirse de la lectura del mencionado precepto, éste refiere que los inversores están legitimados para demandar a los Estados (a los que se refiere en el artículo como “**Parte**”) de acuerdo a lo establecido en la sección 11-B del TLCAN, pero sin embargo no menciona la existencia de un mecanismo recíproco a favor de los Estados receptores de la inversión extranjera.

Si procedemos también a realizar un análisis sobre el tratamiento dado a esta materia en los tratados bilaterales de inversión (como indicamos anteriormente en esta tesis doctoral, los tratados bilaterales de inversión podrán ser referidos tanto individual como conjuntamente con el término “**APPRI**”⁴¹) veremos que se repite el mismo esquema. Tomando como ejemplo para esta tesis doctoral el caso del Reino de España, se muestra a continuación un ejemplo de cláusula de protección al inversor obtenido del articulado del “*Acuerdo Para la Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones entre el Reino de España y la República de Croacia*”⁴²: “*Las controversias que surjan entre una de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante, con respecto a una inversión a que se refiere el presente Acuerdo, serán notificadas por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversor a la Parte Contratante receptora de la inversión*”. Como puede inferirse del análisis de esta cláusula en ella se repite el mismo esquema que se observó anteriormente en el artículo 1115 del TLCAN: la cláusula prevé un mecanismo para que el inversor pueda protegerse del Estado receptor de la inversión en caso de controversia, pero no se prevé la existencia de un mecanismo recíproco.

⁴⁰ *Ibid.* Artículo 1116.

⁴¹ El término jurídico “*BIT*” (acrónimo del término inglés “*bilateral investment treaty*”) también puede ser sustituido por su equivalente en castellano “*APPRI*” (acrónimo de “*acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones*”).

⁴² *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Croacia para la promoción y protección recíproca de inversiones*. Hecho en Madrid el 21 de julio de 1997. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 259 de fecha 29 de octubre de 1998. Artículo 11.

Profundizando en la materia, y en particular en el caso español, si se analizan uno por uno los 76 tratados bilaterales de inversión suscritos por el Reino de España^{43 44} se observará lo siguiente: en la totalidad de los APPRI suscritos por el Reino de España se encuentra incorporada, de un modo u otro, una cláusula de protección para el inversor extranjero de naturaleza muy similar a la expuesta para el caso del APPRI entre el Reino de España y la República de Croacia. Se adjunta a la presente tesis doctoral, como Anexo I, un listado de los APPRI suscritos por el Reino de España con referencia a la incorporación de la cláusula de protección al inversor extranjero.

Pues bien, a la vista de estos ejemplos se observa el problema que vamos a analizar en profundidad en esta tesis doctoral: las entidades de Derecho privado (en el caso que nos ocupa, normalmente se tratará de filiales o sucursales de empresas transnacionales o multinacionales) están capacitadas para demandar a los Estados receptores de inversión extranjera por los daños sufridos durante la formalización y/o ejecución de la inversión, pero sin embargo no existe una habilidad recíproca para los Estados, que quedan de este modo carentes de herramientas jurídicas para su defensa en caso de incumplimiento del APPRI por parte del inversor extranjero.

Este tipo de cláusulas recogidas en los tratados de inversión sirven para regular procedimientos arbitrales de solución de disputas semejantes al que acaba de mencionarse en el caso del TLCAN o en el del Acuerdo Para la Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones entre el Reino de España y la República de Croacia. Se trata de procedimientos que otorgan a las entidades extranjeras inversoras un mecanismo para reclamar responsabilidades a los Estados donde invierten, en el caso de que surjan desavenencias que causen alguna clase de perjuicio a dichas entidades. Este tipo de mecanismos se conocen como mecanismos arbitrales “*mixtos*”, esto es, que los sujetos

⁴³ Los APPRI entre el Reino de España y otros Estados se encuentran publicados para su acceso y lectura pública en la página web oficial en Internet del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (Secretaría de Estado de Comercio) en el siguiente enlace: < <http://www.comercio.es/es-ES/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appris/PDF/170504-APPRI-EN-VIGOR.pdf> >. La última revisión de la lista de APPRI fue realizada por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad el 4 de mayo de 2017. Referencia del 12 de enero de 2018.

⁴⁴ El Reino de España ha suscrito un total de 76 APPRI, de los cuales (i) 72 se encuentran en vigor y (ii) 4 (los suscritos con la República de Bolivia, la República de Sudáfrica, la República de Indonesia y la República de la India) se encuentran en periodo de remanencia, lo que implica que “*las inversiones efectuadas antes de la terminación – del APPRI – estarán cubiertas por el acuerdo por un periodo de 10 años en el caso de Bolivia, Sudáfrica e Indonesia, y de 15 años en el caso de la India*”. Información disponible en la página web oficial en Internet del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (Secretaría de Estado de Comercio). *Op. Cit.*

que intervendrán en la controversia serán un Estado, por una parte, y una empresa o entidad de Derecho privado por la otra.

La demanda del inversor extranjero, dependiendo del texto del APPRI de que se trate, puede acogerse a dos modalidades diferentes: (i) aquéllos casos en los que el inversor está facultado para interponer una reclamación contra el Estado receptor sin necesidad de agotar los recursos internos ante la jurisdicción ordinaria, al que responden mayoritariamente los APPRI⁴⁵ y (ii) aquéllos casos en los que se exige al inversor extranjero que, antes de interponer demanda vía arbitraje contra el Estado, agote los mecanismos internos de reclamación previstos en la legislación nacional del Estado donde ha efectuado la inversión⁴⁶.

Ahora bien, los tratados de inversión extranjera únicamente proporcionan un mecanismo de reclamación de responsabilidad en favor de las entidades sujetas al Derecho privado, quienes pueden demandar a los Estados receptores de inversión en caso de controversia, mientras que los Estados por su parte carecen de un medio legal para exigir responsabilidades a las empresas transnacionales. He aquí una de las principales flaquezas de que adolecen estas convenciones en materia de inversión, las cuales generalmente carecen de procedimiento alguno que permita la reclamación de responsabilidades por los actos de las entidades inversoras sujetas al Derecho privado.

El origen histórico que dio lugar al entramado de normas y tratados que componen el Derecho internacional de la inversión extranjera, así como al tipo de clausulado que los caracteriza y al que acabamos de referirnos, lo encontramos en una creencia histórica originaria que surgió en el contexto de la Guerra Fría y la descolonización: el poder incontrolado del Estado era un obstáculo potencial a la seguridad de las inversiones, que podrían no estar siempre protegidas de forma adecuada por las leyes y procedimientos

⁴⁵ DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. “La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras”. Revista del Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos. Página 4. Año 2003. Madrid.

⁴⁶ Así sucede en el caso del *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Argentina*, en cuya Cláusula X se establece que “Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses; contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión”. *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Argentina*. Hecho en Buenos Aires (Argentina) el día 3 de octubre de 1991. Artículo 10.

nacionales⁴⁷. Esta era una realidad existente especialmente en el caso de los Estados post-coloniales, en los que la hostilidad a la dominación extranjera se combinaba con una política centralizada conformada por instrumentos y prácticas inspiradas en la Unión Soviética y sus satélites para crear un “*clima administrativo que era descuidado con las nociones de respeto por las obligaciones contractuales, o los derechos de propiedad privada*”⁴⁸. Este tipo de políticas tuvieron su apogeo en el contexto de la Guerra Fría exacerbando la percepción, como expone SORNARAJAH, de que los inversores extranjeros y sus inversiones no estaban a salvo en el contexto posterior a la II Guerra Mundial⁴⁹. En este contexto, y con el fin de buscar una solución al problema de confianza existente en el ámbito de la inversión extranjera, los Estados occidentales respondieron introduciendo la figura de los APPRI, creada con el fin de proteger las inversiones realizadas por sus nacionales y por las compañías nacionales de estos Estados⁵⁰.

En otro orden de cosas resulta también necesario en materia de determinación de la responsabilidad internacional del Estado en el ámbito de la inversión extranjera hacer referencia a las conocidas como “*cláusulas de estabilización*”: se trata de cláusulas que establecen que “*el Derecho vigente en el Estado en una fecha dada (que, habitualmente, suele ser la fecha de la concesión), es el Derecho que aplicará para completar los términos del contrato, con independencia de la futura legislación, decretos, o regulaciones que sean elaboradas por el gobierno*”⁵¹.

Existen diferentes razones que explican la existencia de las cláusulas de estabilización, entre las que se encuentran algunas de tipo económico y político, fundamentalmente relacionadas con el interés de los Estados receptores de la inversión extranjera por lograr atraer la inversión a sus jurisdicciones, lo que les lleva en ocasiones a flexibilizar su

⁴⁷ MUCHLINSKI, Peter. “*International Corporate Social Responsibility and International Law*”. *Op. Cit.* Página 9. WEILER, Todd y BAETENS, Freya. “*New Directions in International Economic Law*”. *Op. Cit.*

⁴⁸ MUCHLINSKI, Peter. “*International Corporate Social Responsibility and International Law*”. *Op. Cit.* Página 9. (traducción libre del autor)

⁴⁹ Peter MUCHLINSKI cita a Michael SORNARAJAH y su explicación sobre el origen y creación de los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, recogida en la obra “*The International Law on Foreign Investment*”. *Ibidem.* SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*” (edición año 2004). *Op. Cit.*

⁵⁰ MUCHLINSKI, Peter. “*International Corporate Social Responsibility and International Law*”. *Op. Cit.* Página 9.

⁵¹ Definición obtenida de COMEAUX, Paul E., y KINSELLA, N. Stephan. “*Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance*”. 15 N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L.1. Página 17. Año 1994. (traducción libre del autor). Para un comentario concreto en referencia a las cláusulas de estabilización en el marco ambiental, véase SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*” (edición año 2010). *Op. Cit.* Página 180.

propia normativa interna. Como expone Javier DÍEZ-HOCHLEITNER “*para atraer inversión extranjera muchos Estados se ven en la necesidad de contrarrestar su falta de estabilidad política con instrumentos jurídicos de carácter internacional (aparte de ofrecer ventajas de carácter fiscal, social, etc.)*”⁵².

Existen diferentes tipos de cláusulas de estabilización cuyos efectos pueden agruparse en tres tipos distintos⁵³:

- Estabilización del Derecho interno: en este caso el Estado acepta no modificar su régimen jurídico interno mientras se encuentre en vigor el acuerdo que contiene la cláusula de estabilización.
- No oposición del Derecho interno: el Estado acepta que cualquier modificación de su régimen jurídico interno en lo relativo al contenido del tratado suscrito no afectará a la contraparte o contrapartes de dicho tratado o acuerdo.
- Incorporación del ordenamiento jurídico al contrato: este es el tipo de cláusula de estabilización más sofisticado, en el que se especifican de forma detallada las normas internas del Estado receptor de la inversión que no pueden ser objeto de modificación durante la vigencia del acuerdo.

En cuanto al tipo de acuerdos en los que se puede encontrar este tipo de cláusulas, tal y como indica Michael SORNARAJAH⁵⁴, las cláusulas de estabilización son especialmente utilizadas en lo tocante al derecho a un medio ambiente adecuado en el ejercicio de la inversión. También, como indica Ángel CHUECA SANCHO, se puede encontrar esta clase de cláusulas en acuerdos relativos a la extracción de minerales⁵⁵.

⁵² DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier. “*Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRIS celebrados por España con países de Latinoamérica*”. Revista Electrónica de Estudios Internacionales número 7. Diciembre de 2003. Página 1.

⁵³ CHUECA SANCHO, Ángel. “*Contratos entre Estados y empresas extranjeras y Derecho internacional público*”. Ponencia dictada en la Universidad de Vitoria-Gasteiz. Páginas 330 y 331. Año 1989.

⁵⁴ Para un comentario concreto en referencia a las cláusulas de estabilización en el marco ambiental, véase SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*” (edición año 2010). *Op. Cit.* Página 180.

⁵⁵ CHUECA SANCHO, Ángel. “*Contratos entre Estados y empresas extranjeras y Derecho internacional público*”. *Op. Cit.* Página 330.

Las cláusulas de estabilización constituyen un mecanismo jurídico a través del cual las empresas transnacionales y multinacionales, o bien las filiales o sucursales a través de las cuales formalizan la inversión extranjera, pueden evadir en ciertos supuestos su responsabilidad por violaciones de la ley del Estado receptor en cualquier contexto en general o bien en el caso específico de los derechos humanos. La causa principal se encuentra en el hecho de que en el momento en que comienzan con sus actividades inversoras, en muchos casos los Estados receptores de la inversión aún no disponen de una legislación adecuada en el campo afectado por la inversión a realizar, circunstancia de la cual se benefician estas compañías mediante la inclusión de este tipo de cláusulas en sus acuerdos.

En cuanto a su eficacia, la validez de las cláusulas de estabilización ha sido generalmente aceptada desde el año 1979, en el que el Instituto de Derecho Internacional aprobó una resolución sobre la “*ley del contrato en los acuerdos entre un estado y una persona privada extranjera*”⁵⁶. De lo anterior cabría concluir que la validez de una cláusula de estabilización incorporada a un contrato parecería ser incontestable, dada la obligatoriedad general de las cláusulas contractuales⁵⁷, por lo que ante esto, surge la pregunta siguiente: ¿qué sucede cuando un Estado decide violar la aplicación de una cláusula de estabilización? Para algunos autores como PROSPER WEIL, parece claro que la violación de una cláusula de estabilización provocaría el nacimiento de una responsabilidad internacional del Estado bajo el Derecho internacional por haber incumplido una norma imperativa de Derecho internacional⁵⁸. Sin embargo, también cabe formular argumentos contrarios a esta postura:

- Podría entenderse que la violación de la cláusula estuviera amparada por el Derecho internacional, en el caso de que el Estado hubiera implementado (ya sea con anterioridad o con posterioridad a la firma de la cláusula de estabilización)

⁵⁶ Ángel CHUECA SANCHO cita esta resolución del Instituto de Derecho Internacional, indicando que la misma recoge en su cláusula 3 el reconocimiento expreso de la validez de las cláusulas de estabilización. *Ibid.* Páginas 330 y siguientes. Cita del autor: *Anuario del Instituto de Derecho Internacional*. Vol. 58-II. Páginas 192-195.

⁵⁷ *Ibid.* Página 332.

⁵⁸ Ángel CHUECA SANCHO reflexiona sobre estas cuestiones haciendo referencia a las opiniones dadas por algunos juristas entendidos en la materia, como es el caso de PROSPER WEIL en su artículo “*Droit International et Contrats d’Etat*”. *Ibid.* Página 332. WEIL, Prosper. “*Droit International et Contrats d’Etat*”. Artículo publicado en la obra de A. PEDONE “*Le droit international, unité et diversité: mélanges offerts a Paul Reuter*”. Páginas 549 a 582. PEDONE, A. “*Le droit international, unité et diversité: mélanges offerts à Paul Reuter*”. Año 1981.

una norma que le facultara para nacionalizar inversiones sobre determinados tipos de bienes o recursos naturales⁵⁹, toda vez que dicha norma pasaría a formar parte del *ius cogens* como fuente informadora del Derecho internacional. Así se entendió en el caso “*Aminoil*” (1982)⁶⁰, aunque siempre previendo el abono de una indemnización adecuada al inversor por parte del Estado como condición necesaria⁶¹.

- También cabría analizar hasta qué punto el Estado podría decidir la no aplicación de una cláusula de estabilización ante una violación de los derechos humanos por parte del inversor extranjero. En este caso, no sólo habría que estar a lo dispuesto por el Derecho internacional⁶² sino también por el propio Derecho interno del Estado receptor de la inversión⁶³, en tanto en cuanto todo Estado suscriptor de tratados internacionales en materia de derechos humanos tiene la obligación de observancia y protección de dichos derechos.

⁵⁹ En este sentido, téngase en cuenta la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número 1803 (XVII) de 14 de diciembre de 1962, titulada “*Soberanía permanente sobre los recursos naturales*”, que constituye costumbre del Derecho internacional y sienta un precedente sobre la titularidad de los recursos naturales. *Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada “Soberanía permanente sobre los recursos naturales”*. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución número 1803 (XVII) de 14 de diciembre de 1962. Disponible en la web oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el siguiente enlace: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/NaturalResources.aspx>>. Referencia del 12 de enero de 2018. Sobre las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas como costumbre del Derecho internacional véase también lo indicado en SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*” (edición año 2010). *Op. Cit.* Página 82.

⁶⁰ *Caso Aminoil v. Kuwait*. Controversia entre el Gobierno del Estado de Kuwait y la sociedad American Independent Oil Company. Laudo arbitral del año 1982.

⁶¹ Este caso hace referencia a la expropiación por parte del Estado de Kuwait de determinados bienes propiedad de un inversor extranjero, en contravención de una cláusula de estabilización firmada con dicho inversor. En el laudo el tribunal arbitral, en cuanto a la validez de la nacionalización realizada por el Estado de Kuwait, se indica que “*esas cláusulas (en referencia a las cláusulas de estabilización) han sido anuladas por la aparición posterior de un factor presente en la Constitución de Kuwait de 1962, o sea por una norma de jus cogens de Derecho Internacional Público que forma parte del Derecho de Kuwait. Las correspondientes normas de la Constitución de Kuwait admiten la soberanía permanente del Estado sobre sus recursos naturales*”. SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*” (edición año 2010). *Op. Cit.* Página 82. (traducción libre del autor)

⁶² En el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se indica que “*Los propósitos de las Naciones Unidas son: [...] 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; [...]*”. Asimismo, en el artículo 2 siguiente de la Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se indica que “*2. Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta.*” *Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Op. Cit.* Artículos 2 y 3.

⁶³ Así por ejemplo en el caso del Reino de España, en el que la Constitución Española indica en su artículo 10 que “*las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”. *Constitución Española*. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 311 del 29 de diciembre de 1978. Artículo 10.

A la vista de lo expuesto en este apartado, parece claro que el principio de responsabilidad internacional del Estado se encuentra en el origen histórico del tratamiento jurídico dado por el Derecho internacional a la inversión extranjera, lo que explica en buena medida la ausencia de reciprocidad en los APPRI y la consiguiente falta de responsabilidad que los sujetos privados han tenido históricamente por violaciones del Derecho internacional, y que analizaremos en el siguiente apartado. Como expone MUCHLINSKI⁶⁴:

“Igualmente no está claro hasta qué punto los APPRI cumplen con el criterio de “reciprocidad difusa” de Ruggie⁶⁵. La primera generación de APPRI fue concluida casi de forma exclusiva entre Estados desarrollados exportadores de capital y Estados en vías de desarrollo importadores de capital. En ningún caso podrían ser clasificados como acuerdos recíprocos aunque incluyan una redacción recíproca. A diferencia de los acuerdos de comercio, donde los Estados en vías de desarrollo que forman parte de los mismos podrían de forma probable incluir algunos productos principales en la transacción a cambio de la obtención de bienes y servicios de los Estados desarrollados que forman parte de los mismos, los acuerdos de inversión eran asimétricos en términos económicos y por lo tanto en la práctica no recíprocos. La parte que representaba al Estado desarrollado recibiría total protección para sus inversores y sus inversiones bajo el acuerdo, dada su capacidad técnica como Estado de origen para proporcionar o generar inversores y al interés en invertir existente en el Estado de origen que propiciaron la suscripción del APPRI. En cambio, el Estado en vías de desarrollo no tendría ni la capacidad técnica ni las fuentes para invertir sobre una base recíproca en el Estado desarrollado. La única ventaja posible que tendría el Estado en vías de

⁶⁴ MUCHLINSKI, Peter. “Corporations and the Uses of Law: International Investment Arbitration as a Multilateral Legal Order”. *Op. Cit.* Página 14. (traducción libre del autor)

⁶⁵ Peter MUCHLINSKI hace referencia al concepto de “reciprocidad difusa” acuñado por John RUGGIE. *Ibidem*. La reciprocidad difusa se define para RUGGIE (citado por Rorden WILKINSON), en el contexto de los tratados multilaterales de inversión, como “las expectativas de que los participantes en este tipo de acuerdos rentabilizarán una ‘equivalencia bruta de beneficios en reciprocidad en total y a lo largo del tiempo’... El bilateralismo, en contraste, se basa en la reciprocidad específica, el balance simultáneo de *quid pro quos* por cada parte con cualquier otra en todo momento”. Como expone WILKINSON, John RUGGIE considera que el concepto de reciprocidad difusa debe ser “construido socialmente” esto es, “construido en el sentido de que los participantes perciban y esperen que ocurra un balance recíproco en total y a lo largo del tiempo”. *Ibidem*. WILKINSON, Rorden. “Multilateralism and the World Trade Organisation. The architecture and extension of international trade regulation”. Editorial Routledge. Año 2001. Página 40. RUGGIE, John. “Multilateralism matters: The Theory and Praxis of an Institutional Form”. Columbia University Press. Año 1993. Página 11. (traducción libre del autor)

desarrollo sería la expectativa creciente de que llegarían mayores inversiones.”

Es por ello que, a la vista de lo expuesto, una de las principales tareas que deben acometerse a la hora de estudiar las posibles fórmulas jurídicas para imputar a una empresa transnacional o multinacional responsabilidades por violaciones a los derechos humanos es la de buscar la reciprocidad en el clausulado de los APPRI a través de la superación del principio de responsabilidad internacional del Estado, y ampliar su rango para hacerlo extensible también a las compañías multinacionales y transnacionales, en tanto que actores no estatales que operan en la comunidad internacional.

3. La responsabilidad de las empresas transnacionales en el Derecho internacional

Como ya se expuso al inicio de este Capítulo, la empresa transnacional y multinacional como realidades jurídicas y económicas constituyen, en sí mismas, formas complejas y evolucionadas a través de las cuales se ha desarrollado, en cierto modo, la inversión extranjera. Hoy día las empresas invierten en otros Estados a través de múltiples fórmulas jurídicas y económicas, algunas de ellas positivadas en nuestros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo la filial o la sucursal en el caso de España⁶⁶. Sin embargo, es también evidente que el ritmo de desarrollo de los entramados empresariales y societarios internacionales a través de los cuales se materializa la inversión extranjera, tal y como sucede con otras muchas realidades sociales, económicas y políticas, evoluciona a un ritmo mucho más rápido que las normas que pretenden regularlo, tanto a nivel nacional como internacional.

Precisamente queremos llamar la atención sobre esta falta de sincronización entre el Derecho y la realidad, con el fin de intentar demostrar a través de nuestro ordenamiento jurídico internacional, aunque siempre con una mirada a los ordenamientos internos de los Estados en general y al ordenamiento jurídico del Reino de España en particular, la

⁶⁶ La Ley de Sociedades de Capital regula las formas jurídicas de sucursal (artículo 11) y sociedad filial. *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 161 de fecha 3 de julio de 2010.

necesidad de una actualización de los mismos para hacer que éstos puedan estar acompañados con la realidad de la comunidad internacional, tanto a nivel económico como político y, por supuesto, jurídico.

Uno de los aspectos más relevantes a los que se debe hacer referencia en este sentido es el de la inexistencia, a día de hoy, de un sistema jurídico eficaz que permita utilizar el Derecho internacional como herramienta para determinar la responsabilidad de una compañía transnacional o multinacional en el ejercicio de sus actividades inversoras. Y es que si se analiza el Derecho internacional, se verá que las empresas, tengan o no presencia multinacional, carecen del estatus jurídico de sujetos de Derecho internacional, ello porque, históricamente, solamente los Estados han gozado de tal condición⁶⁷. Como expone MUCHLINSKI:

“(...) La característica principal de este cambio es el contraste en el estatus legal de las normas relativas a la protección del inversor y la responsabilidad de la empresa. Las primeras, ubicadas principalmente en los Acuerdos Internacionales de Inversión (IIAs), crean un régimen de reglas de protección según el cual los países anfitriones deberían tratar a los inversores extranjeros, reduciendo de este modo el riesgo de inversión. Las últimas están localizadas principalmente en instrumentos de “soft law” que son de naturaleza no vinculante y que generan una guía de “mejores esfuerzos” para la buena práctica corporativa. Es defendible que se trata de un régimen no balanceado ya que favorece la protección del inversor sin generar normas recíprocas vinculantes. Que esto sea así emana del propio proceso de creación del Derecho internacional en el ámbito de las empresas y la inversión extranjera. El punto de inicio es la afirmación positivista de que las empresas no son sujetos del Derecho internacional y en consecuencia no puede existir un Derecho internacional vinculado con ellas. El Derecho internacional sólo puede existir en relación con los Estados. Sin embargo hay también un creciente cuerpo de normas internacionales que tratan con las empresas y sus inversiones.”⁶⁸.

⁶⁷ SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*” (edición año 2010). Op. Cit. Página 37.

⁶⁸ MUCHLINSKI, Peter. “*International Corporate Social Responsibility and International Law*”. Op. Cit. Página 8. (traducción libre del autor)

Aunque en las últimas décadas se ha venido reconociendo que también las personas físicas son sujetos del Derecho internacional⁶⁹, esto no ha sucedido, al menos hasta el momento, con las personas jurídicas. Las personas jurídicas, esto es, las empresas, en el caso que nos ocupa, transnacionales y multinacionales, a fecha de elaboración de esta tesis doctoral no gozan aún de reconocimiento como sujetos del Derecho internacional. Sin embargo el hecho de que las empresas, en tanto que sujetos de Derecho privado, no ostenten la condición de sujetos bajo el Derecho internacional no es óbice para que haya existido una preocupación en torno a la necesidad de elaborar un código en el que se determine la responsabilidad de las empresas transnacionales y multinacionales a nivel jurídico internacional, siendo esta labor codificadora una realidad desde hace décadas, especialmente como consecuencia de las catástrofes que algunas de estas empresas han provocado en el ejercicio de sus actividades inversoras.

Uno de los casos más dramáticos en que se vio esta flagrante actuación inversora fue el acontecido en Bhopal⁷⁰ (India) en 1984. Tras un tortuoso proceso judicial que incluyó el rechazo de la jurisdicción por parte de las autoridades judiciales del Estado de Nueva York, finalmente el caso fue derivado a los tribunales de La India. En el año 2010, tras más de 25 años de espera, las autoridades judiciales de La India dictaron sentencia en el juicio por los terribles acontecimientos acaecidos en Bhopal, que se saldó con condenas de dos años de prisión impuestas a ocho empleados de Union Carbide India Limited, todos ellos hindús de edades cercanas a los 70 años, e incluso uno de ellos ya fallecido⁷¹. La condena incluía además la obligación impuesta a cada uno de los condenados de pagar

⁶⁹ En relación con esta cuestión, subrayamos que algunos autores hablan de subjetividad internacional imperfecta en el caso de los individuos, y ello por la posibilidad que éstos tienen, en el ámbito de algunas organizaciones internacionales, como por ejemplo el Consejo de Europa, o la Corte Penal Internacional, de hacer valer sus pretensiones ante esta clase de instancias internacionales, o de responder internacionalmente por la comisión de crímenes internacionales. A este respecto, puede consultarse, entre otros, a Manuel PÉREZ GONZÁLEZ, al referirse a la subjetividad internacional. PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel. “*La subjetividad internacional (I)*”, en *Instituciones de Derecho Internacional Público* (DÍEZ DE VELASCO, Manuel). 16ª edición. Editorial Tecnos. Año 2007. Páginas 269 y ss.

⁷⁰ Para un resumen completo del *Caso Bhopal*, véase la cita realizada al respecto por Thomas CARBONNEAU. CARBONNEAU, Thomas E. “*Cases and materials on International Litigation and Arbitration*”. Editorial Thomson West, American Casebook Series. Año 2005. Páginas 38 a 46. *Caso In Re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India*. Sentencia 634 F. Supp. 842, 8444 (S.D.N.Y. 1986).

⁷¹ Para una información más detallada sobre la sentencia del *Caso Bhopal*, véase el artículo publicado en el diario “*El País*” el día 8 de junio de 2010, en el que se detallan los pormenores de la sentencia condenatoria emitida por las autoridades judiciales indias para este caso. Disponible en Internet: <http://elpais.com/diario/2010/06/08/sociedad/1275948004_850215.html>. Referencia del 12 de enero de 2018.

una indemnización por valor de 100.000 rupias (aproximadamente 1.774 Euros) y una multa impuesta a la compañía por un valor de 8.870 Euros⁷².

Otro ejemplo paradigmático de actuaciones contra los derechos humanos y en el marco de la inversión extranjera, aunque en este caso con resultados algo más esperanzadores, es el acontecido en el caso “*Akpan contra Shell*”. Una organización no gubernamental neerlandesa, *Milieudefensie*, junto con cuatro agricultores de nacionalidad nigeriana, interpuso una demanda judicial contra la sociedad matriz del grupo Shell y su filial nigeriana por los daños causados al medio ambiente en Nigeria como consecuencia de los vertidos de petróleo en la región del Delta de Níger entre los años 2004 y 2007. Las demandas se interpusieron en el año 2008 y, tras numerosas incidencias procesales, la sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya (*Rechtbank 's-Gravenhage*) se hizo pública el 30 de enero de 2013⁷³, condenando a la matriz del grupo Shell. Sin embargo, la victoria lograda en el caso “*Akpan contra Shell*” no es en realidad fruto de la aplicación de los parámetros y herramientas disponibles en el Derecho internacional, sino que fue dictada en aplicación de la legislación neerlandesa y de la norma europea conocida bajo la denominación coloquial de “*Convenio Roma II*”⁷⁴.

El acaecimiento de casos como “*Akpan contra Shell*” o “*Bhopal*”, junto a muchos otros que han sido reiteradamente reflejados por la prensa nacional e internacional, comenzó a generar un interesante debate en la comunidad jurídica internacional acerca de los motivos por los cuales no existen mecanismos eficientes en el Derecho internacional que permitan no sólo determinar, sino también imputar y condenar cuando así sea necesario a aquéllas empresas transnacionales y multinacionales que sean juzgadas culpables por daños causados durante el ejercicio de sus actividades inversoras.

Dentro de este debate han ido surgiendo diversos intentos de lograr que se implemente un código de responsabilidad de las empresas transnacionales, de los cuales se muestran algunos ejemplos a continuación.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ La información detallada sobre este caso ha sido obtenida del siguiente artículo: GARCÍA ÁLVAREZ, Laura. “*Daños privados por contaminación en el tráfico externo: a propósito del caso Akpan vs. Shell*”. Cuadernos de Derecho Transnacional, volumen 5, número 2. Páginas 548 a 583. Octubre de 2013.

⁷⁴ *Reglamento (CE) número 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)*. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea número 199 de fecha 31 de julio de 2007. En vigor desde el 11 de enero del año 2009.

El primero de ellos por orden temporal fue el “*Código voluntario de conducta de las corporaciones multinacionales*”, elaborado por la OCDE⁷⁵. Esta misma organización elaboraría años más tarde el documento denominado “*Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*” (las “**Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales**” o las “**Líneas Directrices**”) y que “*constituyen el único código de conducta empresarial responsable, exhaustivo y acordado multilateralmente, que los gobiernos se han comprometido a promover*”⁷⁶. Aunque se trata de un documento compuesto de recomendaciones no por ello debe obviarse su importancia política ya que, como mostraremos en el Capítulo IV de esta tesis doctoral, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales constituyen uno de los instrumentos de mayor acogida e incorporación por parte de los Estados Miembros de la OCDE y cuya adopción se apoya de forma expresa por parte del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁷⁷.

También existen algunas provisiones sobre las obligaciones de las empresas transnacionales en materia de violaciones de los derechos humanos, y más en concreto en referencia a ciertas categorías de derechos en concreto, tales como, por ejemplo, la de los derechos laborales. En ese contexto tiene importancia el trabajo desarrollado por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante “**OIT**”), que ha elaborado diversos textos en referencia a las obligaciones de las empresas respecto de sus trabajadores. Sin embargo, aunque algunos han propuesto que se elabore un código de conducta y responsabilidad a partir de dichos documentos, los resultados hasta la fecha han resultado infructuosos⁷⁸.

En cualquier caso, el documento más relevante de los elaborados por la OIT es sin duda la “*Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la*

⁷⁵ SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*” (edición año 2010). *Op. Cit.* Página 146.

⁷⁶ *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Op. Cit.*

⁷⁷ Si se desea obtener más información sobre la labor del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre esta materia, véase la información reflejada en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de avance de cada Estado en cuanto a la elaboración de planes nacionales en materia de empresas y derechos humanos sobre la base de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, entre otros instrumentos. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

⁷⁸ Sobre la Organización Internacional del Trabajo, véase la referencia hecha al respecto por Michael SORNARAJAH. SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*” (edición año 2004). *Op. Cit.* Página 175.

Política Social de la Organización Internacional del Trabajo”⁷⁹, adoptada por la Organización Internacional del Trabajo en el año 1977, y vuelta a publicar por la organización en 1991, 2001 y 2006 (en adelante la “**Declaración Tripartita**”). La Declaración Tripartita, documento pionero en la materia, es el germen que dio pie al nacimiento de documentos como el proyecto de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que se mencionará a continuación y que supone el primer paso en la lucha por la construcción de mecanismos de atribución de responsabilidades en materia de derechos humanos.

Ahora bien, dentro de este debate las aportaciones más relevantes han sido las realizadas por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a las cuales se hará referencia en este Capítulo, y ya de forma pormenorizada en el Capítulo III de esta tesis doctoral.

Así, el primer intento significativo de codificación de la responsabilidad de la empresa transnacional en el marco de las Naciones Unidas fue el acometido por la Comisión de Corporaciones Transnacionales de las Naciones Unidas, hoy día integrada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en adelante “**UNCTAD**”), pero finalmente, por las dificultades que entrañaba este propósito, el intento se redujo a la redacción de un borrador⁸⁰.

Ya en el año 2003 nació el que puede considerarse como hito primario de las Naciones Unidas en lo que se refiere a codificación jurídica en materia de derechos humanos y empresa, ya que en ese año se elevó a resolución el proyecto de “*Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos*”^{81 82} por la Subcomisión de Promoción y Protección

⁷⁹ *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo*. Organización Internacional del Trabajo. Año 1977. Última versión publicada con fecha 1 de enero de 2006. Disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Organización Internacional del Trabajo en el siguiente enlace: <http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124924/lang--es/index.htm>. Referencia del 12 de enero de 2018.

⁸⁰ SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*” (edición año 2010). *Op.Cit.* Página 146.

⁸¹ La Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos aprobó las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos en su Resolución 2003/16, de 13 de agosto de 2003.

⁸² *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos. Ibidem.*

de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante la “**Norma sobre Responsabilidad de las Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas**”, la “**Norma**” o las “**Normas**”).

El objetivo pretendido con las Normas es el de imponer a las empresas directamente, conforme al Derecho internacional, la misma gama de obligaciones de derechos humanos que han aceptado cumplir los Estados en virtud de los tratados que ratifican: “*de promover los derechos humanos, asegurar que se cumplan, respetarlos y protegerlos*”⁸³. Las Normas son especialmente relevantes por cuanto constituyen el primer precedente jurídico de calado internacional específicamente dedicado a regular la materia de los derechos humanos en la esfera de las empresas transnacionales y multinacionales. Aunque no se pueden considerar en ningún caso como una norma de Derecho internacional imperativo, sí que puede ser considerada como norma de *soft law*⁸⁴, lo que implica que, aunque su observancia es voluntaria, su contenido tiene en cualquier caso la consideración de principio informador del Derecho internacional.

También resulta relevante destacar el texto del artículo 18 de las Normas⁸⁵, que establece que “*las empresas transnacionales y otras empresas comerciales proporcionarán una compensación rápida, eficaz y adecuada a las personas, entidades y comunidades que hayan sido perjudicadas por su incumplimiento de las presentes Normas mediante, entre otras cosas, la indemnización, la restitución, la retribución y la rehabilitación por todo daño irrogado o todo bien esquilmo. Respecto de la determinación de los daños, en lo que concierne a las sanciones penales, y de todos los demás aspectos, los tribunales nacionales o internacionales, o ambos, aplicarán las presentes Normas, con arreglo al derecho nacional e internacional.*” Como expone MUCHLINSKI “*al adoptar este enfoque, las Normas previeron un mecanismo de ejecución vinculante, centrado en las cortes nacionales y/o los tribunales internacionales, que ofrece derechos efectivos de reparación para los individuales o grupos afectados como consecuencia de una violación de este instrumento*”⁸⁶.

⁸³ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit.

⁸⁴ Definición de “*soft law*”, término jurídico. MARTIN, Elizabeth A. “*A Dictionary of Law*”. Op. Cit.

⁸⁵ Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos. Op. Cit. Artículo 18.

⁸⁶ MUCHLINSKI, Peter. “*International Corporate Social Responsibility and International Law*”. Op. Cit. Página 15. (traducción libre del autor)

Ahora bien, tampoco puede obviarse, como explica MUCHLINSKI, que las Normas responden a una visión positivista tradicional en base a la cual las obligaciones de derechos humanos únicamente pueden ser opuestas frente a Estados, y no frente a actores no estatales. En este sentido, durante la Sexagésimo Quinta Sesión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que tuvo lugar en el año 2005, el representante de Estados Unidos de América argumentó que “*las obligaciones de derechos humanos aplican a los Estados, y no a los actores no estatales, y que incumbe a los Estados cuándo éstos consideran necesario adoptar leyes nacionales que prevean las obligaciones de los actores privados*”⁸⁷. El planteamiento de Estados Unidos de América encontró oposición por parte de otros Estados como Reino Unido, Arabia Saudí, Egipto e India, para quienes las normas sobre empresas deben estar en la agenda de las Naciones Unidas ⁸⁸.

Frente al planteamiento formulado por Estados Unidos de América, John RUGGIE, el entonces recién nombrado Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (en adelante el “**Representante Especial**”)⁸⁹ admitió que “*la investigación preliminar no ha identificado la emergencia de una práctica uniforme y consistente del Estado estableciendo responsabilidades corporativas bajo el Derecho internacional consuetudinario*”⁹⁰.

Sin duda otra de las iniciativas más relevantes fue precisamente la de la creación en el seno de las Naciones Unidas de la figura del Representante Especial a la que acabamos de hacer referencia. Su labor ha ido evolucionando desde su nombramiento en el año 2005:

⁸⁷ Peter MUCHLINSKI hace referencia a esta cuestión en su conferencia sobre responsabilidad social corporativa internacional, citando para ello las discusiones que tuvieron lugar en la 65 Sesión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Ibid.* Página 16. *Declaración de los Estados Unidos de América sobre el Asunto 17 en la Sexagésimo Quinta Sesión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 20 de abril de 2005.* (traducción libre del autor)

⁸⁸ MUCHLINSKI, Peter. “*International Corporate Social Responsibility and International Law*”. *Op. Cit.* Página 16. Diario “*Financial Times*”, 8 de abril de 2004. Página 9.

⁸⁹ El Secretario General de las Naciones Unidas nombró a John RUGGIE “*Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*” el día 28 de julio de 2005. Así consta en el “*Informe provisional del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*”. *Informe provisional del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.* Consejo de Derechos Humanos, 62º periodo de sesiones, tema 17 del programa provisional. Consejo Económico y Social. Distribución general 22 de febrero de 2006, referencia E/CN.4/2006/97. Comisión de Derechos Humanos. Página 3.

⁹⁰ RUGGIE, John. “*Business and human rights: mapping international standards of responsibility and accountability for corporate acts*”. Documento de las Naciones Unidas número A/HRC/4/35. 19 de febrero de 2007. Párrafo 34. (traducción libre del autor)

con un mandato inicial de sólo dos años, debido a la enorme controversia causada por la creación de esta figura, la misión inicial del Representante Especial consistió en tratar de identificar y aclarar las normas y prácticas existentes en materia de responsabilidad de la empresa y derechos humanos⁹¹, materializándose en el volcado de documentación en su portal *web* oficial en Internet, en el que puede encontrarse información como la siguiente, derivada posteriormente al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: (i) pautas de las presuntas violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas; (ii) evolución de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho penal internacional; (iii) nuevas prácticas de los Estados y las empresas; (iv) observaciones de los órganos de tratados de las Naciones Unidas sobre las obligaciones de los Estados en relación con las violaciones de los derechos humanos en el contexto empresarial; (v) impacto de los acuerdos de inversión, el derecho mercantil y la reglamentación del mercado de valores sobre las políticas de derechos humanos de los Estados y las empresas; (vi) y otras cuestiones afines⁹².

En el año 2007 se renovó el mandato del Representante Especial, que procedió entonces a realizar recomendaciones con una intención e iniciativa final, que no fue otra que la de aglutinar las normas y prácticas en materia de empresa y derechos humanos en un sólo marco jurídico que permitiera “*proteger, respetar y remediar*”. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas acogió finalmente esta iniciativa denominada “*Marco*” con la intención de promover la protección, respeto y remedio de los derechos humanos en el marco de la actuación de las empresas, aprobando el Marco en su resolución 7/8 en el año 2008⁹³ ⁹⁴. El Marco se basa en 3 elementos fundamentales: (1) la obligación del Estado de ofrecer protección al ciudadano frente a los abusos cometidos por terceros, incluidas las empresas, (2) la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos y (3) la necesidad de mejorar las vías a través de las cuales las víctimas pueden

⁹¹ *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit. Página 2.*

⁹² Para mayor información sobre los informes y documentos del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, véase el siguiente enlace del Centro de Recursos sobre Empresas y Derechos Humanos: <<http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home>>. Referencia del 12 de enero de 2018. (traducción libre del autor). Información también disponible en: *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit. Página 1.*

⁹³ *Ibid.* Página 2.

⁹⁴ *Resolución 7/8. Consejo de Derechos Humanos. Mandato del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos.* Consejo de Derechos Humanos. Número de referencia A/HRC/7/L.11.

acceder a vías de reparación efectivas, tanto judiciales como extrajudiciales⁹⁵. El Marco constituye una de las primeras referencias informadoras del Derecho internacional que ha servido como pauta para la determinación de la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos e inversión.

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas prorrogó en 2008 el mandato del Representante Especial hasta el mes de junio de 2011⁹⁶, y le solicitó que se centrara en labor de poner en marcha el Marco presentando recomendaciones concretas en relación con éste.

Las recomendaciones formuladas por el Representante Especial tomaron la forma de “*Principios Rectores*” que quedaron reflejados en el Anexo al “*Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie*” de marzo de 2011 (en adelante los “**Principios Rectores**”), siendo esta versión a la que hacemos referencia en este trabajo. No obstante, cabe aclarar que el mandato en relación con los Principios Rectores fue renovado por sendas resoluciones del Consejo de Derechos Humanos emitidas en los años 2014 y 2017, respectivamente, si bien en estas resoluciones se realiza una referencia al contenido de los Principios Rectores incorporados en la resolución del Consejo de Derechos Humanos número 17/4, de 16 de junio de 2011, que dan por reproducido⁹⁷.

Los Principios Rectores, por lo que respecta a su eficacia jurídica, no constituyen en sí mismos una norma de Derecho internacional imperativo, pero sin embargo al estar

⁹⁵ *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit.* Página 4.

⁹⁶ Resolución 8/7. Mandato del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, en virtud de la cual se prorroga el mandato del Representante Especial por un periodo de 3 años (esto es, hasta junio del año 2011). *Resolución 8/7. Mandato del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.* Resolución adoptada en el 28º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos con fecha 18 de junio de 2008.

⁹⁷ Cabe señalar en esta sede que el Consejo de Derechos Humanos renovó y reconoció la labor del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas reconocida en la resolución 17/4, de 16 de junio de 2011, renovando su mandato en relación con los Principios Rectores, en dos resoluciones adoptadas en los años 2014 (número 26/22) y 2017 (35/7). *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 26/22 – los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas.* Consejo de Derechos Humanos. 26º periodo de sesiones. 27 de junio de 2014. Número de referencia A/HRC/RES/26/22. *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 22 de junio de 2017 – 35/7 Las empresas y los derechos humanos: mandato del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas.* Consejo de Derechos Humanos 35º periodo de sesiones. 6 a 23 de junio de 2017. Número de referencia A/HRC/RES/35/7. *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit.*

positivados en resoluciones emitidas por órganos de la Organización de las Naciones Unidas constituyen normas de “soft law” que informan al Derecho internacional⁹⁸. En palabras de Pablo Damián COLMEGNA:

“La vinculación entre una norma de soft law y un tratado estaría dada por el hecho de que, aún cuando los redactores de la Carta hubiesen previsto que las resoluciones de la AGNU - Asamblea General de las Naciones Unidas - fueran obligatorias, ellas no podrían considerarse como una fuente autónoma, toda vez que su fuerza vinculante estaría necesariamente ligada al tratado que les otorga ese carácter. Es decir, se considera que la resolución encuentra su valor jurídico en virtud de haber sido adoptada por un órgano respecto del cual su tratado constitutivo expresamente le confiere esa facultad (AKEHURST, 1994: 45). Y, en el caso de las resoluciones dictadas por la AGNU, ese valor jurídico es el de una recomendación por expresa disposición de la Carta.”⁹⁹”

Basados en los principios generales que ya fueron fijados como base para el Marco, los Principios Rectores se dividen en dos capítulos, uno primero dedicado a las obligaciones de los Estados en materia de protección de los derechos humanos en la esfera de la empresa, y un segundo dedicado ya directamente a las obligaciones de las empresas en el contexto de los derechos humanos. En el Capítulo III de esta tesis doctoral se realizará un análisis en profundidad de estos Principios Rectores.

En cualquier caso, de las normas, prácticas y directrices a las que se ha hecho referencia en este apartado sí que puede decirse que han nacido algunas obligaciones cuyo cumplimiento podría eventualmente ser exigido a las empresas transnacionales y multinacionales. Entre ellas, destaca por ejemplo la obligación de no interferir en la política interna del Estado receptor de la inversión, que de hecho está contenida en algunos instrumentos internacionales, aunque no con el carácter de norma vinculante¹⁰⁰.

⁹⁸ Definición de “soft law”, término jurídico. MARTIN, Elizabeth A. “A Dictionary of Law”. Op. Cit.

⁹⁹ COLMEGNA, Pablo Damián. “Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Artículo publicado en la Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Revista correspondiente al año VI, número 8. Páginas 27 a 47 (página 33). Año 2012.

¹⁰⁰ Un ejemplo de interferencia de las empresas transnacionales en la política doméstica de un Estado lo encontramos en Chile, con el *Caso Augusto Pinochet* y la expulsión del poder del Gobierno de Salvador

Por lo que respecta a la atribución de responsabilidades a la empresa transnacional a través del mecanismo interno de la responsabilidad civil, este aspecto será analizado de manera pormenorizada en el Capítulo III de esta tesis doctoral a través del estudio de la situación jurídica existente en la actualidad en los Estados Unidos de América y algunas otras jurisdicciones que resultan de interés. Para ello se procederá al estudio, entre otros instrumentos jurídicos, del “*Alien Tort Claims Statute*” (en castellano “*Estatuto sobre reclamaciones de responsabilidad civil extracontractual para extranjeros*” (traducción libre del autor)) y del *Torture Victim Protection Act* (en castellano “*Ley de protección de las víctimas de la tortura*” (traducción libre del autor)).¹⁰¹

II. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA

Una vez aclarado el concepto de inversión extranjera, y vistas las peculiaridades que reviste la atribución de responsabilidad tanto respecto a las empresas transnacionales y multinacionales como respecto a los Estados, es necesario profundizar en el análisis para poder extraer algunas reflexiones concluyentes. Para ello resulta fundamental, si se desea atribuir la responsabilidad de una forma justa y equitativa, realizar una disección pormenorizada del régimen jurídico que resulta aplicable a la inversión extranjera, o dicho de otro modo, del Derecho internacional de la inversión extranjera como rama del Derecho internacional.

El estudio se hará partiendo de las fuentes que informan al Derecho internacional, para lo cual se empleará como fundamento legal el “*Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*” (“**CIJ**”), en cuyo artículo 38 se determina cuáles son las fuentes del Derecho internacional. El citado artículo 38 establece que son fuentes del Derecho internacional las siguientes¹⁰²:

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las

Allende a través de ciertas actuaciones de empresas transnacionales. SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*” (edición año 2004). *Op. Cit.* Página 174.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Véase al respecto lo establecido por el artículo 38 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Op. Cit.* Artículo 38.

controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren.”

En el análisis que se realizará en esta sección se seguirá el mismo orden lógico ya planteado por el propio artículo del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, puesto que éste resulta aplicable a la materia en tanto en cuanto el Derecho internacional de la inversión extranjera, como ya se expuso anteriormente, forma parte del Derecho internacional.

A la hora de estudiar las fuentes del Derecho internacional en el ámbito concreto del comercio internacional y la inversión extranjera también consideramos de interés hacer referencia al concepto de “*lex mercatoria*”. Según Miguel GÓMEZ JENE la “*lex mercatoria*” es “*también – quizá sobre todo – un método para alcanzar decisiones (method of decision-making). De tal modo que en su aplicación, los árbitros decidirán la controversia partiendo de un análisis legal comparado, concretando, a partir de dicho análisis la norma o normas más ampliamente aceptadas en el sector en cuestión. Las fuentes que para este menester podrán utilizar serán todas aquellas reglas y/o compilaciones de principios mercantiles, de convenios internacionales – ratificados o no – así como de laudos arbitrales y de trabajos de investigación existentes sobre la cuestión*”¹⁰³.

¹⁰³ GÓMEZ JENE, Miguel. “*Lex Mercatoria y Arbitraje Comercial Internacional: El ejemplo de la nueva ley de arbitraje española*”. Artículo publicado en la obra “*Estudios sobre lex mercatoria*” coordinada por

A la vista de lo señalado por GÓMEZ JENE la “*lex mercatoria*” puede entenderse como una autorización para que los tribunales y/o los árbitros decidan sobre una determinada controversia realizando un análisis de diferentes materiales jurídicos relacionados con el comercio internacional, para a continuación concretar las “*normas más adecuadas*” y difundidas en el sector para solventar la disputa¹⁰⁴. Así, estas “*normas más adecuadas*”:

“pueden estar contenidas en Convenios internacionales de Derecho comercial uniforme, en usos del comercio internacional, en principios generales del Derecho, en Leyes estatales, en normativas creadas por asociaciones internacionales de comerciantes o empresas relevantes del sector, etc. El tribunal y/o árbitro selecciona las “mejores normas” y las aplica a los contratos internacionales. Esta tercera acepción metodológica desemboca necesariamente, sin embargo, en alguna de las dos acepciones anteriores. En efecto, el tribunal o árbitro podrá aplicar ciertos materiales de la “Nueva Lex Mercatoria” a un contrato regido por una Ley estatal (= “acepción tradicional o moderada” de la “Nueva Lex Mercatoria”) o bien podrá “construir” un régimen legal del contrato a través de materiales jurídicos diversos (= Derecho estatal y Derecho creado por comerciantes), de modo que el contrato no se regirá por un Derecho estatal, sino por un conglomerado normativo diseñado por el tribunal o árbitro sin que exista una “Ley estatal” concreta que regule el contrato.”

Los defensores del concepto de “*lex mercatoria*” argumentan lo siguiente:

1. Que la “*lex mercatoria*” se caracteriza por su “*plenitud*”, lo que implica que constituye por sí misma un ordenamiento jurídico alternativo al Derecho de los Estados que se basta para la regulación de los contratos internacionales¹⁰⁵.

Jorge Alberto SILVA. SILVA, Jorge Alberto (coordinador). “*Estudios sobre lex mercatoria*”. Universidad Nacional Autónoma de México. Año 2006. Páginas 139 y 140.

¹⁰⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. “*Los contratos internacionales y el mito de la nueva “lex mercatoria”*”. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, 12: 01-20, volumen 1. Año 2006. Páginas 55 a 80 (página 8 interna). CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ citan a Miguel GÓMEZ JENE y su artículo titulado “*Artículo 34*”. GÓMEZ JENE, Miguel. “*Artículo 34*”. Artículo publicado en la obra colectiva “*Comentario a la Ley de Arbitraje de 2003*” coordinada por David ARIAS LOZANO. ARIAS LOZANO, David (coordinador). “*Comentario a la Ley de Arbitraje de 2003*”. Editorial Aranzadi. Páginas 325 a 330. Año 2005.

¹⁰⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. “*Los contratos internacionales y el mito de la nueva “lex mercatoria”*”. *Op. Cit.* Página 8 (interna).

2. Que los sujetos que operan en el ámbito del comercio internacional actúan como un “*legislador privado internacional*” que actúa a margen de los legisladores internacionales. Esto implica que, en el ámbito de la contratación internacional, el Estado deja de ostentar el papel de “*creador del Derecho*”¹⁰⁶.

Observamos cómo, a la vista de lo planteado, para ciertos autores de la doctrina como K. BÖLE-WÖLKI, J.CH. WICHARD, S. LEIBLE y F. VISCHER podría entenderse que, en el ámbito del comercio internacional, se ha producido una superación *de facto* del rol predominante del Estado¹⁰⁷.

Sin embargo, la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la “*lex mercatoria*” está sujeta a gran controversia. Existen diversos autores que se posicionan contra el planteamiento formulado y que defienden que la “*lex mercatoria*” no es un Derecho objetivo al no ser los comerciantes “*legisladores*”¹⁰⁸, como es el caso de F. FERRARI, U. MAGNUS y P. MANKOWSKI¹⁰⁹.

1. Los tratados internacionales en materia de inversión extranjera

En el contexto del Derecho internacional de inversión extranjera los tratados internacionales constituyen la principal fuente de producción de Derecho a la que se debe hacer referencia.

En este ámbito, conviene en primer lugar analizar hasta qué punto el Derecho internacional de la inversión extranjera constituye un “*sistema multilateralizado*”, como expone Stephan W. SCHILL¹¹⁰, quien construye este concepto estableciendo que la naturaleza de las reglas multilaterales se basa en el hecho de que son generalizadas y se aplican sin discriminación a todos los actores participantes¹¹¹. Bajo el punto de vista de

¹⁰⁶ *Ibid.* Página 9.

¹⁰⁷ CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ citan a estos autores en su artículo “*Los contratos internacionales y el mito de la nueva “lex mercatoria”*”. *Ibid.* Página 13.

¹⁰⁸ Tal es el caso, entre otros, de VIRGÓS SORIANO, a quienes citan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Ibid.* Página 9.

¹⁰⁹ Autores citados por CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Ibid.* Página 13.

¹¹⁰ SCHILL, Stephan W. “*The Multilateralization of International Investment Law*”. Cambridge University Press. Año 2009. Página 9.

¹¹¹ *Ibidem.*

Stephan W. SCHILL, los APPRI y otros acuerdos internacionales de inversión generan la existencia de un “orden legal convergente”¹¹²:

“Los APPRI... funcionan de una forma análoga a un sistema multilateral ya que establecen principios generales uniformes que ordenan las relaciones entre los inversores extranjeros y los Estados receptores de una forma relativamente uniforme con independencia de las fuentes y objetivos o flujos de inversión transfronteriza específicos”.

Para la construcción de su teoría, Stephan W. SCHILL se apoya en los trabajos de John RUGGIE en el año 1992, años antes de que fuera nombrado Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, y para quien “el multilateralismo es una forma institucional que coordina las relaciones entre tres o más Estados sobre la base de principios generalizados que especifican la conducta apropiada para una clase de acciones, con independencia de los intereses particulares de las partes o las exigencias estratégicas que podrían existir en cualquier ocurrencia específica”¹¹³.

Sin embargo, para otros autores como Peter MUCHLINSKI la evidencia de la realidad falla al tratar de apoyar la teoría multilateral formulada por Stephan W. SCHILL, quien se concentra en la existencia de “principios generales” ejemplificados en las reglas del Derecho internacional. Para MUCHLINSKI “sólo las normas consuetudinarias pueden aportar suficiente peso como para ser vistas como generalmente vinculantes en ausencia de una provisión incluida en un tratado”¹¹⁴. En esta misma línea, SORNARAJAH expone que “una tesis como esta no podría llevarse a la práctica. No sólo los tratados son diversos en su formulación, sino que los laudos arbitrales que los interpretan exhiben tal divergencia que es improbable que se puedan extraer principios generales de ellos”¹¹⁵.

¹¹² *Ibidem.* (traducción libre del autor)

¹¹³ RUGGIE, John. “Multilateralism: The Anatomy of an Institution.”. Revista “International Organization”, número 46 (3). Año 1992. Páginas 561 a 598. Página 571. (traducción libre del autor)

¹¹⁴ MUCHLINSKI, Peter. “Corporations and the Uses of Law: International Investment Arbitration as a Multilateral Legal Order”. *Op. Cit.* Página 11. (traducción libre del autor)

¹¹⁵ SORNARAJAH, Michael. “The International Law on Foreign Investment” (edición año 2010). *Op. Cit.* Página 82. (traducción libre del autor)

Por lo que respecta a la tipología de los tratados, en materia de inversión extranjera existen dos tipos de tratados internacionales, los multilaterales y los bilaterales, que se diferencian por el número de partes intervinientes en los mismos (más de dos en los multilaterales, dos en el caso de los bilaterales).

Por una parte, se encuentran los tratados multilaterales de inversión, que pueden ser bien convenciones independientes dedicadas únicamente al tratamiento jurídico de la inversión, bien capítulos de tratados más amplios dedicados a diversos aspectos del comercio internacional, entre los cuales se cuenta la inversión extranjera. En ese contexto, el tratado internacional multilateral de mayor importancia es la Convención del CIADI (*“Convención del Centro Internacional para el Arreglo de Disputas sobre Inversiones”*¹¹⁶), que proporciona una serie de disposiciones procesales para la resolución de disputas mediante arbitraje en materia de inversión extranjera¹¹⁷. Como expone Javier DÍEZ-HOCHLEITNER, la incorporación del CIADI como foro de solución de controversias es frecuente en el ámbito de los tratados de inversión:

“Debemos aludir, en primer lugar, a la celebración entre los inversores extranjeros y los Estados receptores de inversión de contratos internacionalizados, que designan como Derecho aplicable el ordenamiento de un tercer Estado, la lex mercatoria o, incluso, el Derecho Internacional, sometiendo las controversias que pudieran surgir al arbitraje internacional. Estos contratos son relativamente frecuentes en la práctica. Baste pensar en las concesiones para la explotación de yacimientos petrolíferos que dieron lugar a célebres laudos arbitrales en los años setenta -tales como los recaídos en los asuntos Texaco-Calasiatic, British Petroleum o Liamco-, a resultas de actos de nacionalización llevados a cabo por Irán y Libia. Además, han contado con el respaldo de foros internacionales, como el Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI-ICSID en inglés-), creado en el Convenio de Washington de 1965. El CIADI tiene por objeto ofrecer medios de conciliación y arbitraje para la solución de las

¹¹⁶ Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Op. Cit.

¹¹⁷ En castellano *“Centro Internacional para el Arreglo de Disputas relativas a Inversiones”*. Michael SORNARAJAH hace referencia a la Convención del CIADI como tratado internacional en inversión extranjera, indicando que su naturaleza está meramente referida a aspectos procesales del arbitraje. En SORNARAJAH, Michael. *“The International Law on Foreign Investment”* (edición año 2010). Op. Cit. Página 81.

controversias que en materia de inversiones pudieran surgir entre Estados partes y nacionales de otros Estados partes que hayan consentido la jurisdicción del CIADI, ya sea mediante una cláusula contractual, un compromiso arbitral o convencional o, incluso, a través de su legislación interna.”¹¹⁸

Continuando con los tratados multilaterales, y hablando en este caso de contextos regionales, en América del Norte destaca el ya mencionado TLCAN, suscrito por Canadá, Estados Unidos y México en el año 1994, cuyo Capítulo 11 está enteramente dedicado al tratamiento jurídico de la inversión extranjera. El Capítulo 11 está dividido en dos apartados, el primero, 11-A, de naturaleza general en materia de inversiones extranjeras, y el segundo, 11-B, dedicado a la proposición de medios de solución de controversias en materia de inversión. Por lo que respecta a la atribución de responsabilidad a las empresas transnacionales que invierten en el marco de este tratado, como ya se indicó anteriormente el TLCAN contiene cláusulas para la responsabilización de los Estados Contratantes, pero no dispone de mecanismos recíprocos para la atribución de responsabilidad a las empresas transnacionales y multinacionales¹¹⁹.

En la zona sur del continente americano destaca el MERCOSUR (Tratado para la constitución de un mercado común entre la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y la República Oriental de Uruguay), firmado en Asunción (República de Paraguay) el 26 de marzo de 1991¹²⁰. En el caso del tratado MERCOSUR, éste consta de un protocolo específico que regula la resolución de controversias entre las partes, haciendo en este caso referencia a los enfrentamientos Estado-Estado, pero sin establecer previsiones específicas para proteger a los inversores¹²¹. Por su parte, en el caso de Asia procede hacer referencia al tratado por el

¹¹⁸ DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier. “Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRIS celebrados por España con países de Latinoamérica”. *Op. Cit.* Páginas 1 y 2.

¹¹⁹ *Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Op. Cit.* Artículo 1115.

¹²⁰ *Tratado para la constitución de un mercado común entre la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y la República Oriental de Uruguay.* Firmado en Asunción (República de Paraguay) el 26 de marzo de 1991.

¹²¹ *Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias.* Hecho en Brasilia (República Federativa de Brasil) el 17 de diciembre de 1991.

que se constituye la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, que da un marco de protección a las inversiones realizadas en el marco del tratado¹²².

Si hablamos de tratados internacionales bilaterales en materia de inversión extranjera, debe decirse que, hasta la fecha, se ha contabilizado la existencia de más de 3.000 acuerdos bilaterales en materia de inversiones¹²³. Continuando con el análisis de los APPRI, hay que señalar que, a pesar de que todos ellos van referidos al contexto de la inversión extranjera, su contenido y naturaleza resulta de lo más heterogéneo. Por lo general suelen contener un apartado en el que se establece qué inversiones van a estar bajo la protección del tratado, además de otro en el que se establece cuáles son esas protecciones en específico¹²⁴. Por lo que respecta a su contenido en materia de protección de los inversores extranjeros, como regla general los APPRI cubren las siguientes cuestiones: (i) el derecho a un tratamiento justo y equitativo para el inversor en lo que se refiere al tratamiento dado a la inversión realizada por éste; (ii) el derecho a recibir el mismo tratamiento jurídico que se otorga a los inversores nacionales por parte del Estado; (iii) el derecho a recibir una indemnización compensatoria que mitigue el daño causado al inversor en caso de expropiación, incluyendo en ciertos casos la expropiación indirecta; (iv) el derecho a la libre transferencia de rentas; y (v) el principio de “*nación más favorecida*”, esto es el derecho a recibir el tratamiento más favorable que se otorgue a las inversiones extranjeras en el Estado receptor de la inversión¹²⁵.

Por supuesto en materia de APPRI es importante tener en cuenta quiénes son los Estados que los suscriben, puesto que esta circunstancia va a ser determinante a la hora de fijar el contenido del tratado. Normalmente, el Estado que tiene mayor potencial económico es el que impone sus condiciones en el convenio, lo que genera en ocasiones acuerdos que dejan en una situación delicada a la otra parte, que suele ser, normalmente, la nación

¹²² Michael SORNARAJAH destaca como tratados multilaterales regionales de importancia los existentes en América del Norte y Asia. SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*” (edición año 2010). *Op. Cit.* Página 88.

¹²³ *Ibid.* Página 81.

¹²⁴ Podemos encontrar una referencia a las generalidades de los tratados bilaterales de inversión en la obra de Andreas LOWENFELD. LOWENFELD, Andreas F. “*International Economic Law*”. Editorial Oxford University Press. Página 474. Año 2002.

¹²⁵ Javier DíEZ-HOCHLEITNER hace una interesante síntesis del contenido general de las cláusulas de protección contenidas en los tratados bilaterales de inversión en su artículo titulado “*La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras*”. DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. “*La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras*”. *Op. Cit.* Página 2.

receptora de la inversión. Baste como ejemplo de esto analizar comparativamente los diferentes APPRI que han sido suscritos por Estados Unidos de América¹²⁶.

En cuanto a la resolución de controversias en el contexto de los APPRI, lo habitual es que encontremos el arbitraje como mecanismo elegido por las partes. Normalmente los tratados suelen remitir al CIADI (“*Centro internacional de arreglo de disputas relativas a inversiones*”) como foro para la solución de disputas: el CIADI es una institución arbitral perteneciente al Grupo del Banco Mundial¹²⁷, institución perteneciente al grupo de agencias especializadas de las Naciones Unidas que mantienen acuerdos con esta organización internacional¹²⁸ por lo que en consecuencia se trata de un tribunal arbitral vinculado a las Naciones Unidas¹²⁹. Otra de las referencias que suele hacerse en materia de solución de disputas es la que se refiere a las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional (en adelante “**UNCITRAL**”), sobre todo en los tratados bilaterales de inversión de creación más reciente. Tanto en el caso de que se elijan las reglas de solución de disputas del CIADI como si se opta por las de UNCITRAL, puede ser que la controversia se dirima ante árbitros designados específicamente para esa misión (lo que se conoce como arbitraje “*ad hoc*”), o bien ante instituciones específicamente dedicadas al arbitraje, como la Cámara de Comercio de París, o la *American Arbitration Association* (“*arbitraje institucional*”).

Como ya se expuso con anterioridad el arbitraje en materia de inversión extranjera es de naturaleza mixta, esto es, en él intervienen un Estado y un particular, que será idealmente una filial o sucursal de una empresa transnacional o multinacional. En cuanto a la sustanciación del arbitraje de nuevo resulta necesario recordar que a priori: (i) únicamente las compañías inversoras extranjeras van a disponer de la posibilidad de demandar a los

¹²⁶ Baste hacer referencia al contenido de los APPRI suscritos por los Estados Unidos de América, que generalmente contienen cláusulas tales como las relativas a (i) la no exigencia de un mínimo de “contenidos locales” en su inversión en el Estado receptor o (ii) la no prohibición de transferencia de las tecnologías de la empresa al Estado de origen. Para datos más específicos en relación con los tratados bilaterales suscritos por Estados Unidos véase la referencia realizada a este respecto por Michael SORNARAJAH. SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*” (edición año 2004). *Op. Cit.* Página 89.

¹²⁷ Para mayor información sobre el CIADI y su vínculo con el Grupo del Banco Mundial véase lo indicado a estos efectos en la página oficial en Internet del CIADI. *Op. Cit.* (traducción libre del autor)

¹²⁸ Para profundizar sobre este tema, véase lo indicado en el siguiente enlace oficial en Internet de las Naciones Unidas en el que se describe el Sistema de las Naciones Unidas: <<http://www.un.org/es/aboutun/uninbrief/unsystem.shtml>>. Referencia del 12 de enero de 2018.

¹²⁹ Una referencia al CIADI como medio designado para la resolución de disputas en inversión, así como al papel de la UNCITRAL en la inversión extranjera, la encontramos en la obra de Andreas LOWENFELD. LOWENFELD, Andreas. “*International Economic Law*” (edición año 2002). *Op.Cit.* Páginas 484 y 485.

Estados, pero no a la inversa, tal y como ya se explicó al hablar de la responsabilidad de las empresas transnacionales en materia de inversión, y (ii) será necesario comprobar en cada caso concreto si es necesario haber agotado previamente los medios de recurso interno para acudir al arbitraje internacional o, por el contrario, se puede acudir de forma directa al mecanismo arbitral para formular reclamaciones contra el Estado receptor de la inversión.

2. La costumbre internacional en inversión extranjera

En Derecho internacional, con carácter general, se habla de costumbre internacional cuando existe una práctica generalizada y concertada que se realiza por los sujetos de la comunidad internacional, y respecto de la cual existe la creencia de que es obligatoria.

Un ejemplo de costumbre internacional en el ámbito de la inversión extranjera es aquella según la cual los Estados “*gozan del derecho a admitir y regular las inversiones extranjeras dentro de su territorio*”¹³⁰. A la vista de lo anterior, como expone ROOT, cuando un Estado decide aceptar una inversión extranjera “*está sujeto a una serie de principios jurídicos emanados precisamente de la costumbre internacional que protegen a los inversores contra decisiones y tratamientos arbitrarios y discriminatorios*”¹³¹. En consecuencia, podemos observar cómo ya en la costumbre internacional encontramos indicios evidentes de protección al inversor extranjero que constituyen el germen del régimen jurídico que con el paso del tiempo se reflejaría en el articulado de los APPRI.

En este sentido debemos tener en cuenta que el desarrollo del Derecho internacional de la inversión extranjera a lo largo del siglo XX se produjo sobre todo en sus fases iniciales a través de la costumbre internacional como consecuencia de la falta de normas codificadas y precisas en este contexto, constituyéndose así como la “*fuentes jurídica*

¹³⁰ BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. “*Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*”. Publicación de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) de las Naciones Unidas. Página 15. Año 2010.

¹³¹ ROOT, Elihu. “*The basis of protection to citizens residing abroad*”. Artículo publicado en la revista “*American Journal of International Law*”. Volumen 4. Año 1910. Páginas 16 a 27. (traducción libre del autor)

prioritaria”, en palabras de Andreas LOWENFELD¹³². Como explica Juan Pablo BOHOSLAVSKY sería a partir de la década de 1960 cuando, ante la falta de concreción que implicaba la regulación jurídica del sector del comercio internacional a partir de la costumbre internacional, se comenzaría un proceso de codificación que llevaría a la expansión de los APPRI:

*“Ya en la década de los sesenta y a raíz de la abierta discrepancia respecto de los estándares mínimos que componían la costumbre internacional y el fracaso de los esfuerzos diplomáticos tendientes a concluir acuerdos multilaterales en materia de protección de las inversiones extranjeras (UNCTAD, 1998; Dolzer y Schreuer, 2008), y bajo la premisa de que un mayor flujo de capitales extranjeros beneficiaría tanto a países desarrollados como en desarrollo (World Bank, 1992), los países exportadores de capitales comenzaron a motorizar una estrategia más efectiva al compás de la expansión del comercio mundial: la negociación de acuerdos bilaterales con definiciones y pautas genéricas y expresas prórrogas de jurisdicción a favor de tribunales arbitrales (Wälde, 1998).”*¹³³

Por otra parte, conviene que recordemos también que las declaraciones emitidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas pueden constituir costumbre internacional “instantánea”, en palabras de Michael SORNARAJAH¹³⁴. Este hecho tiene importancia

¹³² LOWENFELD, Andreas F. “*International Economic Law*”. Editorial Oxford University Press. Año 2008. (traducción libre del autor)

¹³³ BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. “*Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*”. Op. Cit. Página 13.

¹³⁴ DÍEZ DE VELASCO expone, en relación con las declaraciones emanadas de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que “*destaca sobremano el papel desempeñado por las Resoluciones de la A.G. de la O.N.U. en la formación de la opinio juris. El T.I.J. ha confirmado plenamente en su Dictamen de 1996 sobre “La legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares”, aunque no haya reconocido finalmente valor consuetudinario a las numerosas Resoluciones de la A.G. que han proclamado que el empleo de armas nucleares constituye una ilegalidad y una violación de la Carta de la O.N.U., porque fueron aprobadas con numerosos votos en contra y abstenciones y por la aún firme adhesión a la práctica conocida como «política de disuasión» por parte de las potencias nucleares, que se reservan el derecho a emplear esas armas en el ejercicio de la legítima defensa contra un ataque armado que amenace sus intereses vitales de seguridad (I.C.J., Rep. 1996: párs. 71-73 y 96): «El Tribunal observa que las resoluciones de la Asamblea General, aunque no son vinculantes, pueden a veces tener valor normativo. En ciertas circunstancias pueden proporcionar pruebas importantes para determinar la existencia de una norma o la aparición de una opinio juris. Para saber si una determinada resolución de la Asamblea General cumple ese recaudo, hay que examinar su contenido y las condiciones en que se aprobó; también hay que ver si existe una opinio juris en cuanto a su carácter nonnativo. Puede ocurrir asimismo que una serie de resoluciones muestre la evolución gradual de la opinio juris necesaria para el establecimiento de una nueva norma» (I.C.J., Rep. 1996: pár. 70).*” DÍEZ DE VELASCO, Manuel. “*Instituciones de Derecho Internacional Público*”. (16ª edición). Op. Cit. Página 137.

en el contexto de la inversión extranjera, porque los países en vías de desarrollo se sirven de su superioridad numérica en la Asamblea para emitir declaraciones que pueden constituir *opinio iuris* de la comunidad internacional¹³⁵. En este contexto las resoluciones más relevantes son (i) la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales¹³⁶ y (ii) la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas por la que se aprueba la Carta de Derechos y Obligaciones Económicas de los Estados¹³⁷. Ambas resoluciones fueron emitidas en épocas en las que el proceso de descolonización avanzaba y existía una clara necesidad de los nuevos Estados emergentes de declarar y dejar patente, de la mejor forma posible, la evidencia de la propiedad de los recursos naturales de sus territorios. Sin embargo, las resoluciones de la Asamblea General, en el mejor de los casos, podrían tener el efecto de articular un conjunto de normas que pudieran aplicarse al contexto de la inversión extranjera¹³⁸. Ahora bien, en términos de eficacia jurídica, tampoco puede obviarse que las resoluciones emitidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, si bien carecen de fuerza vinculante formal, tienen un cierto poder vinculante que no puede ser ignorado.

Han sido varios los intentos de exponer que, en cierto modo, el régimen jurídico creado por el entramado de múltiples APPRI y acuerdos de inversión extranjera existentes en la comunidad internacional podría de algún modo constituir un “*proceso de internacionalización que los hace constituir principios del Derecho internacional*”¹³⁹. Lógicamente teorías como las planteadas sirven a las empresas transnacionales y multinacionales para, de algún modo u otro, preservar esta teoría sobre la prevalencia de los APPRI y su articulado frente a otras fuentes informadoras del Derecho internacional.

Y es que, si se plantea que los APPRI tienen una cierta prevalencia frente a otras fuentes del Derecho internacional, como por ejemplo las resoluciones de la Asamblea General de

¹³⁵ SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*” (edición año 2010). *Op. Cit.* Página 82.

¹³⁶ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número 1803 (XVII) de 14 de diciembre de 1982, sobre la soberanía permanente sobre los recursos naturales. *Op. Cit.* (traducción libre del autor)

¹³⁷ Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General. Carta de Derechos y Obligaciones Económicas de los Estados. Aprobada en virtud de la resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 12 de diciembre de 1974.

¹³⁸ Esto siempre que se analice la costumbre internacional desde un punto de vista positivista. SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*” (edición año 2010). *Op. Cit.* Página 82.

¹³⁹ *Ibid.* Página 83. (traducción libre del autor)

las Naciones Unidas, tal argumento debe necesariamente incorporar uno segundo, que es el de que ha de existir una norma superior en la jerarquía de normas del Derecho internacional que permita llegar a esta conclusión. Y aún más allá, como indica SORNARAJAH, la *ley* creada por acuerdos como los APPRI u otros acuerdos de inversión extranjera tiene una evidente poca fuerza en contraposición con el enorme número de Estados representados en la Asamblea General de las Naciones Unidas y las decisiones adoptadas por este órgano¹⁴⁰. Además, debe tenerse también en cuenta que el régimen jurídico creado por este tipo de acuerdos de inversión es después perfilado no sólo por los laudos arbitrales emitidos en respuesta a las disputas nacidas de los mismos, sino también por las opiniones de los juristas y expertos en Derecho internacional que opinan y juzgan sobre los mismos y que, en cualquier caso, constituyen una fuente subsidiaria del Derecho internacional.

Por lo tanto, de lo anterior cabe concluir que, en un supuesto de contraposición del entramado de tratados y acuerdos internacionales en materia de inversión extranjera frente al conjunto de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el sentido común nos debe hacer llegar a la conclusión de que los acuerdos y tratados internacionales en materia de inversión extranjera deben siempre y en cualquier caso ser consistentes y compatibles con el Derecho internacional y las normas que lo componen, entre otras lógicamente la que reconoce la soberanía del Estado y que, en cierto modo, debería entenderse como un argumento habilitante para que el Estado pueda de algún modo ejercer un cierto control sobre la inversión extranjera y su proceso y consecuencias.

3. Los principios generales del Derecho y el papel de la Corte Internacional de Justicia

Por lo que respecta a esta fuente del Derecho internacional, y si bien es cierto que los principios constituyen la última de las fuentes que informa al Derecho internacional en cuanto a relevancia y trascendencia práctica, no lo es menos que hay ciertas cuestiones que derivan directamente de los principios del Derecho internacional de inversión y en

¹⁴⁰ *Ibid.* Página 84.

las que, como veremos a continuación, podemos encontrar ejemplos de principios generales relativos a la protección del inversor extranjero.

De hecho, baste para ello indicar que la Corte Internacional de Justicia estableció en la resolución del caso “*Chorzów Factory*” (año 1928), que es un “*principio general del Derecho internacional’ que el incumplimiento de un compromiso genera la obligación de reparar*”¹⁴¹. De esta noción de la Corte Internacional de Justicia se ha derivado la concepción que actualmente se tiene de la necesidad de compensación en casos de expropiación en el contexto de la inversión. En base a lo anterior se observa que de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia se pueden derivar principios generales del Derecho internacional que tienen relación e influencia en el ámbito de la inversión extranjera. Independientemente de que la Corte Internacional de Justicia no sea el foro más referido en materia de controversias sobre inversión extranjera, ello no quiere decir que no pueda llegar a tener, en ciertas ocasiones, incidencia en la materia.

Otro ejemplo de principio general vigente en el ámbito de la inversión extranjera es el de las expectativas legítimas, entendidas como aquellas situaciones en las cuales un Estado crea una razonable y justificable expectativa en el inversor extranjero para actuar confiando en la conducta estatal que, cuando es incumplida por el Estado, crea en el inversor un cierto perjuicio. En palabras de DOLZER y SCHREUER las expectativas legítimas “*también trazan los límites del estándar de protección bajo análisis, particularmente en el supuesto de expropiación indirecta o regulatoria. Son consideradas un principio general del derecho, y también definen el alcance del estándar de tratamiento justo y equitativo*”¹⁴². En cuanto a su contenido, las expectativas legítimas comprenden (i) las manifestaciones explícitas de los Gobiernos¹⁴³ y (ii) el marco legal general, aunque en algunos casos se hayan contemplado también las garantías implícitas otorgadas a los inversores por los Estados¹⁴⁴.

¹⁴¹ Véase lo indicado por Dinah SHELTON en relación al *Caso Chorzów Factory* y al papel de la Corte Internacional de Justicia en materia de Derecho internacional de inversión. SHELTON, Dinah. “*Remedies in International Human Rights Law*”. *Op. Cit.* Página 51. (traducción libre del autor). Otras referencias al *Caso Chorzów Factory* también pueden encontrarse en la obra de Michael SORNARAJAH. SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*”. Cambridge University Press. Página 95. Año 2004. Cambridge (Reino Unido). (traducción libre del autor)

¹⁴² DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. “*Principles of international investment law*”. Oxford University Press. Año 2008. (traducción libre del autor)

¹⁴³ *Caso Revere Copper contra OPIC*. American Arbitration Association. Sentencia del 24 de agosto de 1978.

¹⁴⁴ *Caso Azurix contra Argentina*. Centro Internacional para el Arreglo de Disputas relativas a Inversiones. ICSID Case No. ARB/01/12. Laudo arbitral de 14 de julio de 2006.

En relación con la expectativa legítima resulta especialmente relevante el caso “*Metalclad v. The United Mexican States*”¹⁴⁵, resuelto por el CIADI y que enfrentó al Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos con una empresa norteamericana de tratamiento de residuos tóxicos, y supuso un referente en esta materia en el ámbito de la inversión extranjera. En este caso, el CIADI concluyó que México había expropiado indirectamente las propiedades de *Metalclad Corporation* sin proveer a la compañía con una compensación y, por lo tanto, había violado el contenido del artículo 1110 del TLCAN¹⁴⁶. Como expone BOHOSLAVSKY:

“Cuando el sistema legal en cuestión es considerado transparente y consistente con las obligaciones derivadas del derecho internacional, el inversor podría alegar que se le generaron expectativas legítimas. En el caso Metalclad contra México (el inversor actuó en el entendimiento de que ya contaba con todos los permisos para operar, pero resultó que faltaba el municipal), se advirtió que esas medidas (las garantías explícitas), tomadas en su conjunto con la representación del gobierno federal mexicano, en el cual Metalclad confió, y la ausencia de una oportuna, ordenada y substancial base para el rechazo del permiso para construir por parte de la municipalidad, implicaron, según el tribunal, una expropiación indirecta. Lo que el laudo no menciona es si aquella ambigüedad en cuanto al recaudo del permiso municipal no generaba, de hecho, cierta opacidad en el sistema legal mexicano, y qué tipo de expectativa esto podía generar en el inversor si éste aplicaba la debida diligencia al efectuar la evaluación jurídica del sistema.”

El caso “*Metalclad v. The United Mexican States*”¹⁴⁷ constituye un ejemplo de cómo los tribunales arbitrales en ciertas ocasiones recurren a los principios generales del Derecho para fundamentar determinados laudos arbitrales en materia de inversión extranjera¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Caso *Metalclad Corporation v The United Mexican States*. ICSID Case No. ARB(AB)/97/1. Laudo Arbitral de 30 de Agosto de 2000.

¹⁴⁶ *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. Op. Cit. Artículo 1110.

¹⁴⁷ Caso *Metalclad Corporation v The United Mexican States*. Op. Cit.

¹⁴⁸ Michael SORNARAJAH reflexiona sobre este tema en su obra “*The International Law on Foreign Investment*”. SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*” (edición año 2004). Op. Cit. Páginas 86 y 87.

4. Las decisiones arbitrales internacionales en materia de inversión extranjera

Por otra parte, también es relevante tener en cuenta en materia de fuentes informadoras del Derecho internacional de la inversión extranjera, además de las sentencias dictadas por los órganos judiciales internacionales, las vertidas por los paneles arbitrales en resolución de disputas surgidas en el marco de acuerdos multilaterales y bilaterales en materia de inversión extranjera.

Conviene tener en cuenta que, a fecha de elaboración de esta tesis doctoral, existen ya algunos laudos arbitrales que han hecho referencia a los derechos humanos, como es por ejemplo el dictado en el caso “*Técnicas Medioambientales Tecmed v. Estados Unidos Mexicanos*”¹⁴⁹, en el que el panel arbitral citó la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para sustentar el test de proporcionalidad a la hora de determinar la expropiación indirecta, al indicar que “*debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre la carga o peso impuesta al inversor extranjero y el objetivo perseguido a lograr con cualquier medida expropiatoria*”. En todo caso, como expone Leïla CHOUKROUNE, el uso de la jurisprudencia de derechos humanos en este caso no fue acertado al no haberse empleado una metodología correcta para aplicar la revisión de la proporcionalidad¹⁵⁰.

En lo que respecta a su eficacia como fuente informadora del Derecho internacional de la inversión extranjera, es también relevante tener en cuenta que los laudos arbitrales emitidos al amparo de las normas de la Convención del CIADI pueden ser considerados como prueba de la evidencia de normas utilizadas para la construcción del Derecho internacional de inversión extranjera¹⁵¹.

¹⁴⁹ Caso *Técnicas Medioambientales Tecmed v. Estados Unidos Mexicanos*. CIADI. Caso número. ARB(AF)/00/2. Laudo arbitral de 29 de mayo de 2003.

¹⁵⁰ CHOUKROUNE, Leïla. “*Judging the State in International Trade and Investment Law. Sovereignty Modern, the Law and the Economics*”. Centre for Social Sciences and Humanities. Editorial Springer. Año 2016. Página 471.

¹⁵¹ SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*” (edición año 2004). *Op. Cit.* Página 87.

CAPÍTULO II: ANÁLISIS CONCEPTUAL

I. DEFINICIÓN DE “EMPRESA TRANSNACIONAL”

Determinar el régimen jurídico aplicable a la empresa transnacional en el contexto del Derecho internacional es una tarea para la que resulta fundamental no sólo analizar el origen y contexto histórico de dicho tratamiento jurídico y la problemática que plantea, como se ha hecho ya anteriormente, sino también realizar un análisis detallado del propio concepto de empresa transnacional en sí mismo.

El primer elemento al que se debe prestar atención es el uso del término “*transnacional*” a lo largo de esta tesis doctoral: el uso de esta acepción tiene un motivo, que no es otro que el de mantener una coherencia sistemática y semántica con la terminología empleada por las Naciones Unidas en sus diferentes instrumentos relativos a las empresas transnacionales, entre ellos, la Norma sobre Responsabilidad de las Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas¹⁵² a la que ya se hizo referencia anteriormente en el Capítulo II.

Determinar y perfilar de una forma clara el concepto jurídico de empresa transnacional implica realizar un análisis en profundidad de varios elementos que configuran dicha definición, entre los cuales destacan los de naturaleza (i) semántica, (ii) jurídica – tanto a nivel nacional en la legislación española como a nivel internacional mediante su tratamiento e incorporación a diferentes normas informadoras del Derecho internacional - y, por supuesto, (iii) económica.

Y es que, como mostraremos a lo largo de este Capítulo, el planteamiento de una solución razonada para la problemática jurídica que se formula en esta tesis doctoral debe basarse en un conocimiento profundo del objeto de análisis al cual se pretende dotar de soluciones y herramientas, como punto de partida inicial.

¹⁵² *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos. Op. Cit.*

1. Tratamiento semántico y conceptual

La Real Academia Española indica en su Diccionario de la Lengua Española (en adelante el “**Diccionario de la Lengua Española**” o el “**Diccionario**”) que se conoce como empresa a una “*unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos*”¹⁵³. De esta definición cabe extraer algunas consideraciones iniciales sobre la empresa: su estructura organizada, su dedicación a una actividad concreta y delimitada y su finalidad de lucro.

Ahora bien, si se realiza un análisis del concepto de empresa desde un punto de vista jurídico, debemos para ello acudir a la definición dada por el Derecho mercantil en España, en el que se utiliza una terminología distinta para dirigirse a la empresa; y es que bajo la legislación mercantil española, con carácter general las referencias a la empresa se realizan a través del término “sociedad”. Se entiende por sociedad:

*“cualquier asociación voluntaria dirigida a la consecución de una finalidad común mediante la contribución de todos sus miembros. Se trata de un concepto único y unitario, porque no limita su vigencia al Derecho comercial, sino que es común a todo el Derecho privado; Unitario, porque se aplica a cualquier forma social, desde la más sencilla hasta la más sofisticada. Por lo demás, tres son los elementos del concepto de sociedad: origen negocial; fin común, y contribución de todos sus socios a su realización.”*¹⁵⁴

Así, atendiendo al concepto de sociedad podemos extraer del mismo una serie de características adicionales a las dadas a la empresa y de un carácter marcadamente

¹⁵³ Definición de “*empresa*”. *Diccionario de la Lengua Española*. Publicación de la Real Academia Española. Edición 23^a. Octubre de 2014. Entrada y acepción número 2. Disponible en Internet en el siguiente enlace: <<http://lema.rae.es/drae/?val=empresa>>. Referencia del 12 de enero de 2018.

¹⁵⁴ MENÉNDEZ, Aurelio. “*Lecciones de Derecho Mercantil*”. Coordinado por Aurelio MENÉNDEZ. Editorial Thomson Civitas. Página 217. Año 2003. Definición de “*sociedad*” acuñada por el catedrático de Derecho mercantil Cándido PAZ-ARES.

negocial: el origen voluntario de la sociedad¹⁵⁵ y la existencia y contribución de sus socios a un fin común. Por su parte, el Diccionario de la Lengua Española indica que se entiende por sociedad, desde un punto de vista de pertenencia, a una “*agrupación natural o pactada de personas, organizada para cooperar en la consecución de determinados fines*”¹⁵⁶.

Para otros autores como Rodrigo URÍA, los términos empresa y sociedad se entrelazan para dar lugar a una definición compleja de sociedad que incluye elementos propios de ambas: “*la asociación voluntaria de personas que crean un fondo común para colaborar en la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio individual, participando en el reparto de las ganancias que se obtengan*”¹⁵⁷.

De las definiciones anteriores cabría pues extraer una definición que aúna los conceptos de sociedad y empresa, en el entendido de que una sociedad es una agrupación de personas o entidades con personalidad jurídica que se reúnen voluntariamente para desarrollar una empresa, todo ello con el fin de obtener un lucro que se repartiría entre los socios, en caso de haber más de uno.

Regresando nuevamente al término empresa, si añadimos a esta palabra otra serie de adjetivos que aumenten su complejidad, nos encontraremos frente a diferentes tipologías de empresa, que pueden catalogarse conforme a distintos parámetros como por ejemplo la rama de actividad a la que se dedican, el ámbito en el cual actúan, el tipo de socios o miembros que la componen o su tratamiento jurídico.

En el caso que nos ocupa se realizará una diferenciación semántica entre diferentes tipos de empresas, partiendo para ello del ámbito en el que las empresas operan y desarrollan sus actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios, y tomando también para ello como base la categorización realizada por las Naciones Unidas en su Norma

¹⁵⁵ *Sentencia del Tribunal Supremo*. 8 de febrero de 1960. En ella se establece que una agrupación de mayoristas impuesta por el Estado no tiene carácter de sociedad por faltar el elemento voluntario en su constitución.

¹⁵⁶ *Diccionario de la Lengua Española*. Op. Cit. Definición de “*sociedad*”. Entrada y acepción número 2.

¹⁵⁷ VICENT CHULIÁ, Francisco. “*La sociedad en constitución*”. Artículo publicado en la obra “*Estudios de Derecho mercantil en Homenaje a Rodrigo Uria*”. Editorial Civitas. Páginas 855 a 911. Año 1978. Madrid.

sobre Responsabilidad de las Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas¹⁵⁸, en la cual se diferencia entre dos tipos de empresa: (i) empresa comercial y (ii) empresa transnacional. A su vez a esta distinción se le añadirá, con el fin de profundizar en la cuestión planteada, una mención a los conceptos de empresa “*nacional*” y “*multinacional*” como términos relacionados con los anteriores.

1.1. Empresa nacional

El Diccionario de la Lengua Española indica que nacional es aquello que “*pertenece a una nación*” y que también puede considerarse este término como opuesto al de “*extranjero*” es decir, no nacional¹⁵⁹. Si yuxtaponemos el término empresa con el adjetivo nacional, haremos referencia a una sociedad u organización que desarrolla una serie de actividades lucrativas dentro de una nación, y no en el extranjero, siendo por tanto actividades de ámbito doméstico.

1.2. Empresa comercial

Continuando con el análisis semántico de la empresa y sus diferentes acepciones terminológicas, la atribución a la misma de la consideración de “*comercial*” implica hacer referencia a que tiene relación “*con el comercio o los comerciantes*”¹⁶⁰.

También resulta interesante prestar atención al uso de este término en el ámbito jurídico en general y, en particular, en el ámbito del Derecho internacional: UNCITRAL expone en su “*Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*”¹⁶¹ (en adelante, la “**Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional**” o “**Ley Modelo**”) una interesante reflexión sobre la expresión “*comercial*” en el ámbito del arbitraje internacional al hacer referencia a su ámbito de aplicación indicando lo siguiente: “*la*

¹⁵⁸ *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos. Op. Cit.* Sección “I” – Definiciones.

¹⁵⁹ Definición de “*nacional*”. *Diccionario de la Lengua Española. Op. Cit.* Entrada y acepción número 1.

¹⁶⁰ *Ibid.* Definición de “*comercial*”. Entrada y acepción número 1.

¹⁶¹ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*. Elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL). Año 1985, con las enmiendas aprobadas en el año 2006. Publicada por las Naciones Unidas en el año 2008. Disponible en Internet en el sitio web oficial de la CNUDMI en el siguiente enlace: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf>. Referencia del 12 de enero de 2018.

presente Ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado”¹⁶². Y al referirse al término “comercial” la Ley Modelo aclara el término del siguiente modo:

*“Debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (“factoring”), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“leasing”), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera”*¹⁶³

Por tanto, siguiendo las indicaciones establecidas por UNCITRAL debería interpretarse este término en un sentido amplio que abarcaría las relaciones comerciales establecidas por una empresa, sean o no contractuales, y dentro de éstas, como mínimo, todo tipo de operaciones y transacciones incluidas en el ámbito de las descritas por UNCITRAL en la Ley Modelo.

1.3. Empresa transnacional y multinacional

Continuando con el análisis del Diccionario de la Lengua Española, también se encuentra en él la referencia al adjetivo “transnacional”, incorporando como primera acepción de esta definición aquella que indica que lo transnacional es aquello que “se extiende a través

¹⁶² *Ibid.* Artículo 1.

¹⁶³ *Ibid.* Nota al pie aclaratoria a la redacción del artículo 1.

de varias naciones”¹⁶⁴. Precisamente en el propio Diccionario se hace mención, como ejemplo ilustrativo de lo que implica este adjetivo, a la empresa. Por lo tanto y nuevamente, si continuamos añadiendo calificativos al concepto de empresa, en el caso que nos ocupa transnacional, haremos referencia a aquella que desarrolla su actividad mercantil, industrial o de prestación de servicios a través de diferentes Estados.

También, como entrada relacionada con el adjetivo “*transnacional*”, encontramos en el Diccionario de la Lengua Española el término “*multinacional*” al que se le atribuye una doble acepción: (i) como adjetivo se refiere a aquello perteneciente o relativo a múltiples naciones mientras que (ii) como sustantivo hace referencia a una “*sociedad mercantil o industrial cuyos intereses y actividades se hallan establecidos en muchos países*”¹⁶⁵.

Cabría pues considerar que, al menos desde un punto de vista lingüístico y semántico, las palabras “*transnacional*” y “*multinacional*” son sinónimas. Sin embargo, además de tener un origen etimológico diferenciado, desde un punto de vista jurídico se trata de conceptos diferenciados, aunque se utilicen con frecuencia de forma indistinta, tanto en el ámbito de la literatura económica¹⁶⁶ y en la terminología anglosajona¹⁶⁷, como por parte de algunas organizaciones internacionales como por ejemplo las siguientes:

- a) OCDE: esta organización internacional regional utiliza oficialmente el término “*multinacional*” para referirse a las empresas con proyección internacional. Así podemos encontrar este término en múltiples documentos de trabajo de la OCDE, así como en documentos oficiales que constituyen, de hecho, referencias jurídicas relevantes para el tratamiento de las empresas multinacionales y/o transnacionales en el ámbito del Derecho internacional. Tal es el caso de, entre otros documentos, las “*Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*” en el que se incorporan una serie de recomendaciones dirigidas por los gobiernos de los Estados miembros de la OCDE a las empresas multinacionales que operan en

¹⁶⁴ *Ibid.* Definición de “*transnacional*”. Referencia y acepción número 1.

¹⁶⁵ *Ibid.* Definición de “*multinacional*”. Referencia y acepción número 1.

¹⁶⁶ COLLAZO, Fidel Guillermo. “*Las corporaciones transnacionales. Una visión contemporánea.*” Páginas 104 y siguientes (referencia en página 2). Año 2004.

¹⁶⁷ TRATJENBERG, Raúl. “*El concepto de empresa transnacional*”. Página 15. Año 1999. Disponible en Internet en el siguiente enlace: <<http://decon.edu.uy/publica/Doc1099.pdf>>. Referencia del 12 de enero de 2018.

estos países o que tienen su sede en ellos¹⁶⁸, o el “*Código voluntario de conducta de las Corporaciones Multinacionales*”, elaborado por la misma organización internacional¹⁶⁹.

- b) OIT: también esta organización internacional, dedicada especialmente a la atención a los trabajadores y los derechos laborales, utiliza oficialmente el término “*multinacional*” para referirse a las empresas transnacionales, tanto en documentos de trabajo como en documentos oficiales. Un ejemplo lo encontramos en la “*Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social*”, documento que también forma parte del “*soft law*” como instrumento informador del Derecho internacional¹⁷⁰. Precisamente en este documento se incorpora una definición de empresa multinacional, entidad a la que se refiere en los siguientes términos:

“Entre las empresas multinacionales figuran las empresas, ya sean de dominio público, mixto o privado, que son propietarias o controlan la producción, la distribución, los servicios u otras facilidades fuera del país en que tienen su sede. El grado de autonomía de las distintas entidades que componen la empresa multinacional en relación con las demás varía grandemente de una empresa multinacional a otra, según el carácter de los lazos existentes entre estas unidades y sus respectivos campos de actividad, y teniendo en cuenta la gran diversidad en la forma de propiedad, el tamaño, el carácter y la localización de las operaciones de las empresas. A menos que se especifique de otro modo, la expresión «empresas multinacionales» se utiliza en esta Declaración para designar las distintas entidades (compañías matrices o unidades locales, o ambas, así como también el conjunto de la empresa) según la distribución de responsabilidades entre ellas, partiendo de la base de

¹⁶⁸ *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Op. Cit.*

¹⁶⁹ SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*” (edición año 2010). *Op. Cit.* Página 146. (traducción libre del autor).

¹⁷⁰ *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social. Op. Cit.*

que se prestarán cooperación y mutua asistencia cuando sea necesario para facilitar la aplicación de los principios establecidos en esta Declaración.”¹⁷¹

La empresa transnacional es aquella que opera mediante una matriz establecida en el país de origen de la sociedad, y desarrolla su actividad mercantil a través de los ordenamientos jurídicos de diferentes países, mediante la creación de un entramado societario complejo y sujeto a las legislaciones de los diferentes Estados donde actúa, dependiendo de dónde preste sus servicios o realice sus negocios, y sirviéndose para ello como apoyo, entre otras, de las figuras jurídicas de filial y sucursal. Así, el origen de la empresa transnacional se ubica en un sólo Estado desde el cual, a través de la matriz, se controla toda la actividad mercantil desarrollada por el entramado empresarial¹⁷². Para los autores Heriberto ESCOBAR GALLO y Vicente CUARTAS MEJÍA empresa transnacional es:

“aquella que posee y controla medios de producción en más de un país. Se distingue de las demás en que: 1) A través de una misma entidad de control se transfieren internacionalmente a un capital líquido, insumos, maquinaria, know-how, etc. 2) Los recursos así transferidos entre países no son efectivamente comercializados, ya que estas transferencias en general no envuelven transacciones de mercado.”¹⁷³

De esta definición es interesante la referencia a la unidad de control centralizada y a las transferencias de recursos en la empresa transnacional, hechos diferenciadores de la actividad de este tipo de entidades en el ámbito internacional, junto con el desarrollo de negocios a escala internacional, como indica VERNON, para quien una empresa transnacional es *“una compañía que intenta conducir sus actividades en una escala*

¹⁷¹ *Ibid.* Punto 6 (página 2).

¹⁷² Así lo expone Fidel Guillermo Collazo al explicar la diferencia entre empresas multinacionales y transnacionales. COLLAZO, Fidel Guillermo. *“Las corporaciones transnacionales. Una visión contemporánea”*. Op. Cit. Página 2.

¹⁷³ Definición de *“empresa transnacional”*. ESCOBAR GALLO, Heriberto y CUARTAS MEJÍA, Vicente. *“Diccionario Económico Financiero”*. Universidad de Medellín. Tercera edición. Septiembre de 2006.

*internacional, como quien cree que no existen fronteras nacionales, sobre la base de una estrategia común dirigida por el centro corporativo*¹⁷⁴.

Sin embargo, la empresa multinacional se diferencia de la transnacional en que su capital está conformado por capitales de varias nacionalidades, por lo que no se le puede atribuir una nacionalidad clara¹⁷⁵. Para otros autores como Raúl TRATJENBERG la definición de empresa multinacional es aún más restrictiva al entender, con arreglo a la tradición comúnmente aceptada en América Latina, que la empresa multinacional es aquella cuyo capital pertenece conjuntamente a diferentes Estados¹⁷⁶, siendo por lo tanto un capital de naturaleza pública y no privada.

Hechas estas diferenciaciones debe tenerse en cuenta que ambos conceptos pueden confluir de manera conjunta: una empresa multinacional puede operar también como transnacional en el caso de que tome la decisión de constituir filiales o sucursales en otros Estados y con arreglo a otras legislaciones distintas de la de su país de origen. Y es que como ya se concluyó en los trabajos realizados por el Centro de Empresas Transnacionales de la Universidad de Harvard en las décadas de 1960 y 1970, uno de los principales atributos que se pueden aplicar a la empresa transnacional es el de su carácter *ecléctico*¹⁷⁷, que ha quedado reflejado también en la literatura escrita sobre esta temática por expertos de diferentes disciplinas^{178 179}.

¹⁷⁴ VERNON, Raymond. *"Sovereignty at Bay, The Multinational Spread of U.S. Enterprises"*. Editorial Longman. Año 1971. (traducción libre del autor)

¹⁷⁵ COLLAZO, Fidel Guillermo. *"Las corporaciones transnacionales. Una visión contemporánea"*. Op. Cit. Página 2. También se puede encontrar esta misma reflexión en la obra de Heriberto ESCOBAR GALLO y Vicente CUARTAS MEJÍA, quienes definen la empresa multinacional como *"cualquier empresa que dedica gran parte de sus operaciones a una actividad que no se limite a un sólo país. Su propiedad y su personal administrativo deben pertenecer a diferentes países."* ESCOBAR GALLO, Heriberto y CUARTAS MEJÍA, Vicente. *"Diccionario Económico Financiero"*. Op. Cit. Definición de *"empresa multinacional"*.

¹⁷⁶ TRATJENBERG, Raúl. *"El concepto de empresa transnacional"*. Op. Cit. Página 15.

¹⁷⁷ Así lo expone el propio Raymond VERNON en el artículo póstumo publicado tras su fallecimiento en 1999 en la revista trimestral *"Corporaciones Transnacionales"* de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés). *"Transnational Corporations"*. Volumen 8, no. 2. Página 36. Agosto 1999. Disponible en Internet en el sitio web oficial de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo: <[http://unctad.org/en/Pages/Publications/Transnational-Corporations-\(Journal\).aspx](http://unctad.org/en/Pages/Publications/Transnational-Corporations-(Journal).aspx)>. Referencia del 12 de enero de 2018.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ El *"Proyecto sobre Empresas Multinacionales de la Universidad de Harvard"*, en el que Raymond VERNON participó de forma muy activa hasta su fallecimiento en 1999, es uno de los pilares inspiradores de la literatura en materia de empresas transnacionales, entre otros, publicada en la revista *"Corporaciones Transnacionales"* de la UNCTAD. *Ibid*. Página viii.

Precisamente en línea con lo planteado, autores como Peter MUCHLINSKI aúnan los conceptos “multinacional” y “transnacional” añadiendo también una referencia al concepto de matriz y filial:

“el auge del negocio internacional como un aspecto de la globalización ha creado grandes cadenas de corporaciones transnacionales controladas por empresas multinacionales. Éstas pueden estar organizadas dentro del propio grupo de la empresa multinacional en sí mismo, consistiendo entonces en un grupo de filiales controladas por su empresa matriz, o pueden estar compuestas de entidades legalmente separadas pero integradas económicamente”¹⁸⁰.

En cualquier caso, una vez realizada la distinción esencial entre empresa transnacional y multinacional más adelante en este Capítulo se hará referencia en mayor profundidad a otras cuestiones relevantes a tener en cuenta en materia de empresas transnacionales y en lo que hace referencia a su tratamiento ya no sólo semántico, sino jurídico – a nivel nacional e internacional - y económico.

2. Tratamiento jurídico

2.1. En el Derecho español

Una vez determinado el tratamiento semántico y conceptual de la empresa transnacional, procede ahora entrar a analizar el régimen jurídico que le resulta aplicable con el fin de extraer de éste elementos que nos ayuden a perfilar el concepto de empresa transnacional dotándolo también de un marco legal de referencia.

Para ello se partirá en primer lugar de un análisis del tratamiento dado a esta materia en el Derecho español, fundamentalmente analizando para ello el Código de Comercio y su normativa de desarrollo, así como las normas que regulan el tratamiento e incorporación

¹⁸⁰ MUCHLINSKI, Peter. “Corporations in International Law”. *Op. Cit.* Página 2. (traducción libre del autor)

de las normas de Derecho internacional en España. Adicionalmente se prestará atención a la normativa española sobre inversión extranjera, por su importancia en relación con el tema objeto de esta tesis doctoral.

a. El Real Decreto sobre Inversiones Exteriores

En el año 1999 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el “*Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores*”¹⁸¹ (en adelante el “**Real Decreto sobre Inversiones Exteriores**”), que derogaba a la anterior norma sobre esta materia, el “*Real Decreto 671/1992, de 2 de julio, sobre Inversiones Extranjeras en España*”. La norma regula las inversiones extranjeras en España, así como las inversiones extranjeras en el exterior¹⁸², y especifica que las inversiones extranjeras en España podrán formalizarse por los siguientes medios¹⁸³:

“Las inversiones extranjeras en España, a los efectos establecidos en el artículo siguiente, podrán llevarse a efecto a través de cualquiera de las siguientes operaciones:

a) Participación en sociedades españolas.

Se entienden comprendidas bajo esta modalidad tanto la constitución de la sociedad, como la suscripción y adquisición total o parcial de sus acciones o asunción de participaciones sociales. Asimismo, quedan también incluidos en el presente apartado la adquisición de valores tales como derechos de suscripción de acciones, obligaciones convertibles en acciones u otros valores análogos que por su naturaleza den derecho a la participación en el capital, así como cualquier negocio jurídico en virtud del cual se adquieran derechos políticos.

¹⁸¹ *Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 106, de 4 de mayo de 1999.

¹⁸² *Ibid.* Artículo 1.

¹⁸³ *Ibid.* Artículo 3.

- b) *La constitución y ampliación de la dotación de sucursales.*
- c) *La suscripción y adquisición de valores negociables representativos de empréstitos emitidos por residentes.*
- d) *La participación en fondos de inversión, inscritos en los Registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.*
- e) *La adquisición de bienes inmuebles sitos en España, cuyo importe total supere los 500.000.000 de pesetas, o su contravalor en euros o cuando, con independencia de su importe, proceda de paraísos fiscales, entendiéndose por tales, los países y territorios relacionados en el artículo único del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.*¹⁸⁴

¹⁸⁴ Adicionalmente a lo indicado en el Real Decreto sobre Inversiones Exteriores, y en particular en lo que se refiere a la compraventa de inmuebles ubicados en territorio español, resulta relevante hacer mención a las novedades introducidas por el Gobierno de España en el año 2013, mediante la promulgación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en cuyo artículo 63 se prevé la posibilidad de que los extranjeros residentes de forma regular en España puedan solicitar el visado de estancia o, en su caso, de residencia, en caso de que realicen una inversión significativa en nuestro país. Se considerará inversión significativa aquella que se subsuma dentro de alguno de los supuestos previstos en el artículo indicado:

- “1. Los extranjeros no residentes que se propongan entrar en territorio español con el fin de realizar una inversión significativa de capital podrán solicitar el visado de estancia, o en su caso, de residencia para inversores.
2. Se entenderá como inversión significativa de capital aquella que cumpla con alguno de los siguientes supuestos:
- a) Una inversión inicial por un valor igual o superior a 2 millones de euros en títulos de deuda pública española, o por un valor igual o superior a un millón de euros en acciones o participaciones sociales de empresas españolas, o depósitos bancarios en entidades financieras españolas.
- b) La adquisición de bienes inmuebles en España con una inversión de valor igual o superior a 500.000 euros por cada solicitante.
- c) Un proyecto empresarial que vaya a ser desarrollado en España y que sea considerado y acreditado como de interés general, para lo cual se valorará el cumplimiento de al menos una de las siguientes condiciones:
- 1.º Creación de puestos de trabajo.
- 2.º Realización de una inversión con impacto socioeconómico de relevancia en el ámbito geográfico en el que se vaya a desarrollar la actividad.
- 3.º Aportación relevante a la innovación científica y/o tecnológica.
3. Se entenderá igualmente que el extranjero solicitante del visado ha realizado una inversión significativa de capital cuando la inversión la lleve a cabo una persona jurídica, domiciliada en un territorio que no tenga la consideración de paraíso fiscal conforme a la normativa española, y el extranjero posea, directa o indirectamente, la mayoría de sus derechos de voto y tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de su órgano de administración.” Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 233 de fecha de 28 de septiembre de 2013. Artículo 63.

f) La constitución, formalización o participación en contratos de cuentas en participación, fundaciones, agrupaciones de interés económico, cooperativas y comunidades de bienes, cuando el valor total correspondiente a la participación de los inversores extranjeros sea superior a 500.000.000 de pesetas, o su contravalor en euros o cuando, con independencia de su importe, proceda de paraísos fiscales, entendiéndose por tales los países y territorios relacionados en el artículo único del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.”

El Real Decreto sobre Inversiones Exteriores, en vigor desde 1999, permite como se ha mostrado la formalización de inversiones extranjeras a través de múltiples modalidades, entre las cuales se encuentra (i) la inversión *portfolio* en diferentes modalidades tasadas en la norma (ii) la suscripción de valores negociables y/o participación en fondos de inversión (iii) la adquisición de bienes inmuebles ubicados en España y (iv) otras modalidades.

b. El Código de Comercio y la Ley de Sociedades de Capital

El “*Código de Comercio*”¹⁸⁵ (en adelante el “**Código de Comercio**”) es la norma que ha regulado el Derecho mercantil en España desde el año 1886. Entre otras cuestiones, en el Código de Comercio se especifica la función del Registro Mercantil en España como órgano encargado de la inscripción de las sociedades mercantiles¹⁸⁶ con fuerza constitutiva¹⁸⁷. El Código de Comercio fue a su vez completado a través de diversas normas que desarrollaron las disposiciones incluidas en su articulado. En materia de empresas la aportación normativa más reciente tuvo lugar en septiembre del año 2010, con la entrada en vigor de la “*Ley de Sociedades de Capital*”¹⁸⁸ (en adelante la “**Ley de Sociedades de Capital**”).

¹⁸⁵ *Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 289, de 16 de octubre de 1885. En vigor desde el día 1 de enero de 1886.

¹⁸⁶ *Ibid.* Artículo 13.2.

¹⁸⁷ *Ibid.* Artículo 22.

¹⁸⁸ *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital*. *Op. Cit.*

La Ley de Sociedades de Capital no proporciona un régimen jurídico que pueda resultar aplicable a la sociedad mercantil de nacionalidad española fuera de nuestra jurisdicción¹⁸⁹, aunque sí prevé la posibilidad de que una sociedad mercantil constituida con arreglo a Derecho español pueda desarrollar sus actividades en el exterior de nuestras fronteras. Así, en el artículo 13 de la Ley de Sociedades de Capital se establece que “*las sociedades de capital podrán abrir sucursales en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero*”¹⁹⁰. Del mismo modo, algo más adelante en la misma norma se regula la posibilidad de trasladar al extranjero el domicilio de la sociedad, competencia que queda reservada a la junta de accionistas¹⁹¹, así como la celebración de la propia junta fuera de España¹⁹².

Aunque la Ley de Sociedades de Capital guarda silencio en relación a la posibilidad de constitución de filiales en el extranjero por parte de sociedades mercantiles de nacionalidad española, cabe interpretar que, al preverse la posibilidad de trasladar el domicilio de la sociedad al extranjero, y toda vez que el domicilio social determina la nacionalidad de la sociedad¹⁹³, la aplicación analógica de esta previsión permitiría la constitución de filiales en el exterior.

c. La Ley de Tratados Internacionales y el concepto de “*sujeto de Derecho internacional*”

El instrumento jurídico más relevante en materia de incorporación y tratamiento del Derecho internacional bajo el ordenamiento jurídico español es la recientemente aprobada “*Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*”¹⁹⁴ (la “**Ley de Tratados Internacionales**”), cuya finalidad es la de actualizar el régimen jurídico recogido en la “*Constitución Española*”¹⁹⁵ (en adelante “**Constitución Española**”) en materia de incorporación de tratados internacionales. La

¹⁸⁹ Con la excepción de la Sociedad Anónima Europea a la que se hará referencia más adelante en este Capítulo, y regulada en los artículos 455 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. *Ibid.* Artículo 455 y siguientes.

¹⁹⁰ *Ibid.* Artículo 11.1.

¹⁹¹ *Ibid.* Artículo 160.g).

¹⁹² Siempre que se trate de una junta de carácter universal. *Ibid.* Artículo 178.2.

¹⁹³ *Ibid.* Artículo 8.

¹⁹⁴ *Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 288 de fecha 28 de noviembre de 2014.

¹⁹⁵ *Constitución Española. Op. Cit.*

Ley de Tratados Internacionales recoge la siguiente definición de “sujeto de Derecho internacional”:

*“Un Estado, una organización internacional u otro ente internacional que goce de capacidad jurídica para celebrar tratados internacionales.”*¹⁹⁶

Esta definición de sujeto del Derecho internacional resulta especialmente relevante en lo tocante a esta tesis doctoral. Conforme a la misma, bajo el Derecho español se consideran sujetos del Derecho internacional a (i) el Estado (ii) una organización internacional u (iii) otro ente internacional, siempre que cualquiera de estos sujetos goce de capacidad jurídica para celebrar tratados internacionales. Del análisis de esta definición se pueden extraer conclusiones muy relevantes que confirman lo ya expuesto en el Capítulo I de esta tesis doctoral en materia de Derecho internacional en general, en esta ocasión descendiendo al nivel de la incorporación de las disposiciones jurídicas internacionales al ordenamiento interno de un Estado, en este caso del Reino de España: y es que nuevamente nos encontramos ante la realidad de que las empresas (ya sean de tipo nacional, comercial, transnacional o multinacional) no gozan de reconocimiento jurídico como sujetos del Derecho internacional.

d. La incorporación del Derecho internacional en España: la Ley de Tratados Internacionales

Finalmente, resulta de interés en este apartado hacer referencia al régimen jurídico que regula en España la incorporación a nuestro ordenamiento de las normas de Derecho internacional. Para ello se hará referencia, en primera instancia, al articulado de la Constitución Española¹⁹⁷, para posteriormente analizar la Ley de Tratados Internacionales¹⁹⁸. El análisis del procedimiento jurídico aplicable en nuestro país a la incorporación de normas resulta relevante a efectos de esta tesis doctoral, toda vez que el objeto último de la misma es el de proponer la creación de una norma de Derecho

¹⁹⁶ Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Op. Cit. Artículo 2.d).

¹⁹⁷ Constitución Española. Op. Cit.

¹⁹⁸ Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Op. Cit.

internacional que, en caso de que se adoptara, tendría que cumplir con los requisitos de la legislación interna para poder ser objeto de incorporación al marco jurídico español.

El proceso de incorporación de los tratados internacionales en España se encuentra sujeto, conforme a lo previsto en el artículo 96 de la Constitución Española, a su válida celebración¹⁹⁹ con el consentimiento de las Cortes Generales, en aquellos casos que sea preceptivo²⁰⁰, y a su publicación oficial en España²⁰¹, fecha a partir de la cual la norma pasaría a formar parte del ordenamiento jurídico español²⁰². El mismo proceso resulta aplicable a la publicación oficial en el Reino de España de los instrumentos a través de los cuales se formaliza la derogación, modificación y suspensión de los tratados internacionales²⁰³.

¹⁹⁹ Constitución Española. Op. Cit. Artículo 96.

²⁰⁰ Ibid. Artículo 94.

²⁰¹ Dicha publicación ha de ser en el Boletín Oficial del Estado. A estos efectos, resulta de interés lo dispuesto en el ya derogado Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales, en cuyo artículo 29 se exponía la necesidad de publicación de los tratados en el Boletín Oficial del Estado. Aunque dicho Decreto 801/1972 resultó derogado por la aprobación y entrada en vigor de la *Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, esta última norma guarda silencio sobre la cuestión de la publicación de los tratados en el Boletín Oficial del Estado. Por este motivo, entendemos que debe emplearse el criterio del Decreto 801/1972, en tanto que se trata de la única referencia normativa específica y expresa en esta materia en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, estamos a continuación el texto del artículo de referencia:

“Los tratados en los cuales España sea parte se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado». La publicación se llevará a cabo:

Uno. Mediante la inserción del texto íntegro del instrumento de ratificación o de adhesión de España a dicho tratado.

Dos. Mediante la inserción del texto íntegro del tratado, ya conste este en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, así como, en su caso, de las reservas o declaraciones formuladas, y de cualquier otro documento anejo al tratado o complementario del mismo, en el caso de que España se hubiere obligado por la firma de su representante.”

Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 85 de fecha 8 de abril de 1972. Artículo 29.

En la misma línea de lo señalado anteriormente se posiciona DÍEZ DE VELASCO, quien entiende también que los tratados deben publicarse en el Boletín Oficial del Estado: *“Pero, lamentablemente, rara vez se publican (los tratados) en la fecha adecuada de entrada en vigor pactada internacionalmente. A diferencia del Código Civil, que concreta la publicación en el Boletín Oficial del Estado, el artículo 96 de la C.E. formula la obligación de la publicidad de forma amplia sin concretar en una determinada publicación oficial. Por otra parte, el artículo 29 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, establece que la publicación se llevará a cabo mediante la inserción texto íntegro del Tratado en el B.O.E. (incluidas, en su caso, las reservas o y otro documento anejo al tratado o complementario del mismo). Si el consentimiento se hubiere prestado mediante ratificación o adhesión también se publica este instrumento encabezando al propio Tratado y haciendo constar, en su caso, si se recabo la autorización de las Cortes Generales en los casos exigidos por los arts. 93 y 94.1 de la C.E.”* DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *“Instituciones de Derecho Internacional Público”*. Op. Cit. Página 247.

²⁰² Constitución Española. Op. Cit. Artículo 96.1.

²⁰³ Ibid. Artículo 96.2.

La Ley de Tratados Internacionales, publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 28 de noviembre de 2014²⁰⁴, pasó previamente por el sistema habitual de aprobación de leyes en España, mediante la publicación de su proyecto en el Boletín General de las Cortes Generales, que fue posteriormente aprobado con modificaciones por la Comisión de Asuntos Exteriores tras su paso por el Congreso y el Senado²⁰⁵.

La Ley de Tratados Internacionales ha tenido el efecto de adaptar el régimen jurídico aplicable al sistema de negociación, aprobación, firma e incorporación de tratados internacionales en el marco de la legislación española. Y es que, como expone ORTEGA CARCELÉN, existían ciertas lagunas en el ordenamiento jurídico español que requerían de una regulación adecuada: “*en efecto, la abundante práctica internacional de los más diversos organismos públicos en el entorno de la Unión Europea y en el contexto global, así como importantes evoluciones legislativas, como el reconocimiento de competencias internacionales en los estatutos de autonomía, exigían un desarrollo de la Constitución en este punto y una puesta al día de nuestro Derecho.*”²⁰⁶

Como se explica en su exposición de motivos, la Ley de Tratados Internacionales busca ordenar el *ius ad tractatum*²⁰⁷, esto es, la capacidad del Reino de España para celebrar tratados internacionales dentro del marco establecido por el (i) “*Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados*” (1969) (en adelante el “**Convenio de Viena de 1969**”)²⁰⁸ y (ii) el “*Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales*” (1986) (en adelante el “**Convenio de Viena de 1986**”), que aún no ha entrado en vigor pero completa el régimen jurídico establecido por la convención adoptada en 1969²⁰⁹. Así, la Ley de

²⁰⁴ Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Op. Cit.

²⁰⁵ Información disponible en el sitio web oficial del Congreso de los Diputados en Internet en el siguiente enlace:

<[²⁰⁶ ORTEGA CARCELÉN, Martín. “*Las leyes de acción exterior del Estado y de tratados: dos piezas internacionales que nuestro Derecho necesitaba*”. Revista “*Foro, Nueva Época*”. Volumen 18 \(número 1\). Año 2015. Páginas 299 a 316. Páginas 313 y 314.](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&QUERY=(121%2F000072*.NDOC.)>”. Referencia del 12 de enero de 2018.</p></div><div data-bbox=)

²⁰⁷ Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Op. Cit. Preámbulo I.

²⁰⁸ Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. Adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. Adoptado por el Reino de España mediante instrumento de adhesión de fecha 2 de mayo de 1972. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 142 de fecha 13 de junio de 1980. Disponible para su consulta en el siguiente enlace oficial en Internet de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: << [>>”. Referencia del 4 de febrero de 2018.](https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-11884)

²⁰⁹ Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Op. Cit. Preámbulo I.

Tratados Internacionales tiene el efecto de ordenar y clarificar tanto la capacidad del Estado central para la celebración de tratados internacionales, como la correspondiente a las Comunidades y Ciudades Autónomas en lo que respecta a los tratados de naturaleza administrativa y no normativa. Por otra parte, la Ley de Tratados Internacionales se refiere también a la capacidad para proponer la firma de este tipo de instrumentos jurídicos, y a los cambios y efectos producidos por la entrada de España en la Unión Europea²¹⁰.

La Ley de Tratados Internacionales se distribuye en torno a cinco títulos: ámbito objetivo de aplicación (I), competencia para la celebración de tratados regulando todo lo relativo a la competencia para la celebración y la celebración misma de los tratados internacionales y diferenciando, de la misma forma que hace el Convenio de Viena de 1969, entre la representación internacional de España, el proceso de celebración, la publicación y registro, la ejecución y observancia y la enmienda, suspensión y denuncia (II), acuerdos internacionales administrativos (III), acuerdos internacionales no normativos (IV) y, finalmente capacidad de las Comunidades Autónomas para la celebración de determinado tipo de tratados, en atención a la naturaleza autonómica del Estado en España²¹¹ (V).

La Ley de Tratados Internacionales diferencia entre tres tipos de acuerdos internacionales existentes en la práctica española²¹²:

- Tratados internacionales²¹³: se definen como acuerdos suscritos por España y otro u otros sujetos de Derecho internacional, que pueden estar compuestos por uno o más instrumentos unidos, con independencia de su denominación, y regidos por el Derecho internacional.

- Los acuerdos internacionales administrativos²¹⁴: acuerdos de naturaleza técnica que no ostentan la categoría de tratado, y se celebran por parte de órganos, organismos o entes de un sujeto de Derecho internacional en el caso de que

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ *Ibid*. Preámbulo III.

²¹² *Ibid*. Artículo 2.

²¹³ *Ibid*. Artículo 2.a).

²¹⁴ *Ibid*. Artículo 2.b).

resulten ser competentes por la materia del acuerdo, sujeto al Derecho internacional y no a un régimen jurídico interno o doméstico.

- Los acuerdos internacionales no normativos²¹⁵: se trata de acuerdos que no se enmarcan dentro de las dos categorías anteriores, y que son celebrados por (i) el Estado (ii) el Gobierno (iii) los órganos, organismos y entes de la Administración General del Estado (iv) las Comunidades y Ciudades Autónomas (v) las Entidades Locales (vi) las Universidades públicas y finalmente (vii) cualquier otro sujeto de Derecho público con competencias. El contenido de este tipo de acuerdos es puramente intencional, o bien hace referencia a compromisos de tipo político, técnico o logístico, lo que implica que no genera obligaciones internacionales ni se rige tampoco por el Derecho internacional.

Como expone GALLEGO HERNÁNDEZ en relación con los tipos de acuerdos internacionales referidos *ut supra*, la Ley de Tratados Internacionales resulta relevante por múltiples motivos, entre ellos, el de “*aportar, de forma novedosa, la regulación de dos nuevos tipos de acuerdos internacionales: el Acuerdo Internacional Administrativo y el Acuerdo Internacional No Normativo*”²¹⁶.

Además, de las definiciones anteriores cabe extraer algunas conclusiones relevantes: por una parte, y en lo tocante al objeto de análisis de esta tesis doctoral, la exclusión de la empresa de la condición de sujeto del Derecho internacional²¹⁷ conforme a la Ley de Tratados Internacionales y, por ende, de las diferentes categorías de acuerdos que pueden ser celebrados bajo el amparo de la referida norma. Por otro, y aun cuando se especifica que los acuerdos internacionales no normativos no se rigen por el Derecho internacional, resulta relevante prestar atención a las nuevas categorías de sujetos a quienes, bajo Derecho español, se otorga cierta capacidad de celebración de acuerdos de naturaleza jurídica internacional, aunque no se trate de acuerdos de naturaleza normativa ni regidos,

²¹⁵ *Ibid.* Artículo 2.c).

²¹⁶ GALLEGO HERNÁNDEZ, Ana Cristina. “*La Ley española de tratados de 2014*”. Artículo publicado en el Anuario Español de Derecho Internacional. Volumen 31. Año 2015. Páginas 193 a 240. Página 1. Si se desea realizar un análisis de la Ley de Tratados Internacionales en mayor profundidad, recomendamos la lectura de la obra colectiva “*Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*”. SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz de Andrés, DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José (Directores). “*Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*”. Editorial Civitas / Thomson Reuters. Año 2015.

²¹⁷ *Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Op. Cit.* Artículo 2.d)

en principio, por el Derecho internacional. Y es que cabe preguntarse, a la vista del articulado de la nueva Ley de Tratados Internacionales, cómo es posible que se otorgue capacidad de celebración de cierto tipo de instrumentos internacionales a entidades tales como Universidades o Ciudades Autónomas, y sin embargo se excluya de estas categorías a las empresas, cuyo poder, capacidad y tamaño puede exceder con mucho al de algunos de los sujetos actualmente reconocidos bajo la Ley de Tratados Internacionales.

Es curioso además observar esta laguna cuando, como expone MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, la Ley de Tratados Internacionales viene a cubrir la necesidad de aportar una nueva regulación jurídica a un orden jurídico internacional cambiante que trae causa, entre otras cuestiones, de un cambio en las fuentes del Derecho internacional: *“así las cosas, el sistema de fuentes del Derecho internacional en general y los tratados internacionales en particular no se escapan a este nuevo escenario, constatándose relevantes novedades que afectan tanto a los sujetos creadores de las normas, como también al modo de creación y tipología. Ahora bien, pese a todas las mutaciones que está experimentando el ordenamiento internacional, la voluntad de asumir (y cumplir) compromisos entre los sujetos de Derecho internacional sigue siendo pilar fundamental de la práctica internacional, aunque se haya ampliado el espectro de instrumentos para articular la manifestación de voluntades concordantes de las que puedan deducirse obligaciones o compromisos”*²¹⁸.

Cabe pues, a la luz de lo indicado por MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES y a la vista del articulado de la Ley de Tratados Internacionales, reflexionar sobre el motivo que ha llevado a que esta norma no haga referencia en su clausulado a la acción de nuevos actores que, al igual que los sujetos del Derecho internacional tradicionalmente reconocidos en este contexto, están modificando la práctica internacional de forma continua.

Por otra parte, la Ley de Tratados Internacionales tiene efectos jurídicos relevantes en tanto en cuanto regula por primera vez *“en razón de la naturaleza de nuestro Estado autonómico y las competencias asumidas en materia de acción exterior por las*

²¹⁸ Cabe señalar la relevancia de las opiniones vertidas por José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES por cuanto, en la fecha de publicación del artículo al que hacemos referencia, ostentaba el cargo de Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. *“La ley de tratados y otros acuerdos internacionales: una nueva regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar”*. Revista Española de Derecho Internacional. Sección ESTUDIOS. Volumen 67/1. Enero-mayo 2015. Páginas 13 a 60. Madrid. Páginas 16 y 17.

*Comunidades Autónomas a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía*²¹⁹ los mecanismos de participación de las Comunidades y Ciudades Autónomas en el proceso de celebración de tratados internacionales²²⁰: (i) capacidad para celebrar tratados internacionales²²¹ (ii) derecho a ser informadas²²² (iii) derecho a proponer al Gobierno la apertura de negociaciones para la celebración de tratados²²³ y (iv) posibilidad de solicitar la participación de una Comunidad o Ciudad Autónoma en la delegación española de negociación de un tratado²²⁴. Además, la Ley de Tratados Internacionales establece la posibilidad para las Comunidades y Ciudades Autónomas de celebrar por sí mismas acuerdos internacionales administrativos y acuerdos internacionales no normativos²²⁵. En estos últimos casos el Estado, a través de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, se reserva la competencia de verificar que la naturaleza jurídica de los mismos corresponde efectivamente a tales tipos de acuerdos y no a la de un tratado internacional²²⁶.

La Ley de Tratados Internacionales modifica el cuadro de competencias en materia de tratados internacionales, que queda configurado del siguiente modo:

| | Tratados internacionales |
|--|--|
| Consejo de Ministros ²²⁷ | <ul style="list-style-type: none"> - Autorización de firma y firma <i>ad referendum</i>. - Envío a las Cortes Generales para autorización, en su caso (Constitución Española (i) artículo 93 para los que deban ser autorizados mediante |

²¹⁹ *Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Op. Cit.* Preámbulo III.

²²⁰ *Ibid.* Capítulo V.

²²¹ El artículo 7 de la Ley de Tratados Internacionales indica a estos efectos lo siguiente: “*Las Comunidades Autónomas podrán participar en la celebración de tratados internacionales. Asimismo, las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla y las Entidades Locales podrán celebrar otros acuerdos internacionales en el marco de las competencias que les otorgan los tratados internacionales, la Constitución Española, los Estatutos de Autonomía y el resto del ordenamiento jurídico, en los términos establecidos en el título V de esta Ley.*” *Ibid.* Artículo 7.

²²² *Ibid.* Artículo 50. El artículo se completa además con la obligación del Gobierno, a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de informar a las Comunidades Autónomas sobre la negociación de tratados que se refieran a materias de su competencia. También se prevé, en el apartado 2 del mismo artículo, el derecho de las Comunidades Autónomas a remitir observaciones sobre las negociaciones que se estén desarrollando.

²²³ *Ibid.* Artículo 49. Las propuestas de las Comunidades Autónomas quedan sujetas a la decisión del Gobierno a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, quien previo informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y, en su caso, del competente en la materia de referencia, resolverá motivadamente la solicitud formulada.

²²⁴ *Ibid.* Artículo 51.

²²⁵ *Ibid.* Artículos 52.1 y 53.1.

²²⁶ *Ibid.* Artículos 52.3 y 53.3.

²²⁷ *Ibid.* Artículo 3.

| | |
|--|--|
| | <p>ley orgánica y (ii) 94.2 para el resto de tratados internacionales).</p> <ul style="list-style-type: none"> - Autorización de aplicación provisional de un tratado internacional previa a su entrada en vigor. - Acuerdo para otorgar el consentimiento para obligarse en relación con un tratado internacional. - Conocimiento de los acuerdos internacionales administrativos o no normativos cuando así lo aconseje la importancia de su contenido. |
| Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación ²²⁸ | <ul style="list-style-type: none"> - Competencia general en materia de tratados internacionales, así como atribuciones no asignadas a otros ministerios. - Seguimiento de la actividad convencional. - Asistencia técnica a los órganos encargados de la celebración de tratados internacionales. |
| Otros departamentos ministeriales ²²⁹ | <ul style="list-style-type: none"> - Negociación de los tratados internacionales, así como planteamiento, desarrollo y conclusión de la misma. - Presencia y participación en la celebración, aplicación y seguimiento del tratado internacional. - Mantener informado al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. - Propuesta de firma al Consejo de Ministros, conjunta con el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. |
| Comisión Interministerial ²³⁰ | Creación de una Comisión Interministerial encargada del seguimiento y coordinación de la actividad de la Administración General del Estado y los departamentos ministeriales en materia de tratados y otros acuerdos internacionales. |
| Ciudades y Comunidades Autónomas ²³¹ | <ul style="list-style-type: none"> - Capacidad para solicitar al Gobierno de España la negociación de un tratado internacional. - Negociación a cargo del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación con información a las Ciudades y Comunidades Autónomas y, en su caso, presencia de la Ciudades y Comunidades Autónomas. |

²²⁸ *Ibid.* Artículo 4.

²²⁹ *Ibid.* Artículo 5.

²³⁰ *Ibid.* Artículo 6.

²³¹ *Ibid.* Artículos 52 y 53.

| | |
|--|--|
| | <ul style="list-style-type: none"> - Celebración de acuerdos internacionales administrativos y no normativos, dentro de sus competencias. - Capacidad para celebrar tratados internacionales²³². |
| Plenos poderes para la firma de tratados internacionales ²³³ | <ul style="list-style-type: none"> - El Rey, Presidente del Gobierno y Ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación. - Jefes de Misión Diplomática y de Representación Permanente y/o Misión Especial. - Representantes acreditados ante una conferencia internacional, en los supuestos previstos en la norma. |

2.2. En Derecho comparado

Otra de las cuestiones a las que creemos necesario prestar atención en este Capítulo es la relativa al tratamiento jurídico dado a las empresas transnacionales en otros sistemas jurídicos nacionales. En este sentido, como expone Cynthia DAY WALLACE, lo cierto es que el reflejo de la regulación jurídica dada a este tipo de sujetos es un reflejo de la situación política, social y económica de cada Estado²³⁴. Los países en vías de desarrollo, como principales receptores de la inversión extranjera realizada por las empresas transnacionales, tienen aún un largo camino por delante en su tarea de establecer un régimen jurídico que les proteja frente al inversor extranjero. Y es que debemos tener en cuenta que en numerosas ocasiones las empresas transnacionales desarrollan sus actividades en sectores relacionados con materias primas y recursos naturales²³⁵. A continuación, se realizará una breve panorámica sobre el tratamiento dado a la inversión extranjera en diferentes lugares del mundo.

²³² Entendemos que el texto del artículo 7 de la Ley de Tratados Internacionales debe interpretarse en el sentido siguiente: las Comunidades Autónomas tendrán capacidad para celebrar tratados internacionales administrativos, pero no normativos. En el resto de supuestos, únicamente pueden solicitar la celebración del tratado o participar en la negociación junto al Gobierno de España. *Ibid.* Artículo 7.

²³³ *Ibid.* Artículo 10.1.

²³⁴ DAY WALLACE, Cynthia. “*The Multinational Enterprise and Legal Control. Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*”. Martinus Nijhoff Publishers. Kluwer International Law. Página 33. Año 2002.

²³⁵ *Ibid.* Páginas 33 y 34.

a. América Latina

La normativa reguladora de la inversión extranjera en América, especialmente en América Latina, comprende habitualmente algunos elementos esenciales que parten de la definición de “*inversor extranjero*”. En este sentido, y dentro de las numerosas definiciones existentes en los distintos sistemas jurídicos, el concepto de inversor extranjero podría aglutinarse bajo las siguientes características comunes²³⁶:

- Puede tratarse de una persona física o jurídica²³⁷, constituida válidamente con arreglo a la legislación de su Estado de origen.
- Realiza una inversión en un Estado diferente de aquél donde tiene fijado su domicilio²³⁸.
- La inversión puede ser realizada de forma directa o mediante el mecanismo *portfolio*²³⁹.
- También en ocasiones es relevante tener en cuenta los beneficios obtenidos por el inversor extranjero y que tienen su destino final fuera de la jurisdicción donde se ha realizado la inversión²⁴⁰.

Lo habitual es que este tipo de definiciones vengán acompañadas de otro tipo de medidas incluidas en la normativa de referencia, tales como por ejemplo (i) la exigencia de cumplimiento de requisitos administrativos adicionales (ii) el establecimiento de materias

²³⁶ Para un mayor detalle sobre diferentes definiciones de “inversor extranjero” véase el cuadro comparativo adjunto a la presente tesis doctoral como Anexo II.

²³⁷ Véase, por ejemplo la norma “*The Investment Authority Act*” (Antigua y Barbuda). *The Investment Authority Act*. Antigua y Barbuda. Ley número 15. Año 2006. Artículo 1. Disponible en el sitio web oficial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en el siguiente enlace: <http://www.sice.oas.org/investment/natlegis_s.asp>. Referencia del 23 de enero de 2018. También encontramos la misma distinción en legislación sobre inversión extranjera de la República Argentina. *Ley 21.382, de inversión extranjera. República Argentina. Ley aprobada como Anexo I del Decreto N° 1853/1993* (Boletín Oficial de fecha 8 de septiembre de 1993). Disponible en la página oficial en Internet de la Organización de los Estados Americanos (OEA). *Ibid.* Artículo 1.

²³⁸ Tal es el caso de la legislación sobre inversión extranjera de la República Argentina. *Ibidem*.

²³⁹ Como ejemplo de esta distinción entre tipos de inversión, resulta interesante el ofrecido por la legislación sobre inversión extranjera de los Estados Unidos Mexicanos. *Ley de Inversión Extranjera*. Publicada en el Diario Oficial de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos el 27 de diciembre de 1993. Última reforma publicada el 11 de agosto de 2014. Artículo 2.II. Igualmente es interesante el incorporado en la legislación de Trinidad y Tobago en su normativa sobre esta cuestión. *Foreign Investment Act. Chapter 70:07. Act 16 of 1990*. Trinidad y Tobago. Norma aprobada en el año 1990. Última reforma de 31 de diciembre de 2007. Artículo 2. Disponible en el sitio web oficial de la Organización de los Estados Americanos (OEA). *Op. Cit.*

²⁴⁰ Así ocurre, por ejemplo, en la normativa sobre inversión extranjera de la República de Cuba, en la que se realiza una diferencia entre (i) capital extranjero (ii) inversión extranjera y (iii) inversor extranjero. *Ley número 118 de Inversión Extranjera*. Aprobada por la Asamblea Nacional de la República de Cuba el 29 de marzo de 2014. Capítulo II, artículo 2.

reservadas o (iii) la exigencia de determinados porcentajes de accionariado nacional en las empresas constituidas para realizar la inversión.

b. La situación en África

Si se continúa con el análisis de otras regiones del mundo en una situación similar, esto es, en vías de desarrollo, no se puede obviar el caso africano. En este continente, con algunas contadas excepciones como las de Sudáfrica, Nigeria y Angola²⁴¹, el establecimiento de un régimen normativo que tuviera el efecto de controlar la inversión extranjera ha sido escaso²⁴². Y es que, aunque en algunas áreas del continente como el África subsahariana ha habido un importante desarrollo del marco normativo, especialmente a partir de la década de 1990, el avance producido ha sido bastante tímido²⁴³.

En cualquier caso, en el continente africano, a pesar de que la regulación normativa interna haya sido escasa y haya tenido una ligera evolución en las últimas décadas, sí es relevante hacer mención al importante crecimiento que ha experimentado la firma de APPRI por parte de los diferentes Estados del continente. Precisamente en el contexto de los APPRI suscritos recientemente en esta región del mundo podemos encontrar nuevamente una definición de inversor: así, mientras que en parte de estos tratados se hace mención expresa a los inversores, en otros se incluye una distinción entre nacionales y sociedades, sin mencionar necesariamente el término inversor²⁴⁴. Ahora bien, en aquellos APPRI en los cuales se incluye una definición de inversor, se puede observar que ésta responde a unos parámetros similares a los ya observados en la normativa de

²⁴¹ El régimen de aislamiento en el que se encontró sometida Suráfrica hasta el año 1994, y la limitada recepción de inversiones por parte de Nigeria hasta hace algunas décadas, hacen que se trate de Estados con un régimen de inversión extranjera sustancialmente distinto del que impera en otros Estados de la región. Véase en este sentido lo indicado por Cynthia Day Wallace. DAY WALLACE, Cynthia. *“The Multinational Enterprise and Legal Control. Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization”*. Op. Cit. Página 37. Sin embargo, en los años más recientes Suráfrica, Nigeria y Angola han liderado la recepción de inversión extranjera directa en la región. ASIEDU, Elisabeth. *“Foreign direct investment in Africa: the role of natural resources”*. The World Economy, Volume 29, Issue 1. Páginas 63 a 77 (página 1). Enero de 2006.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ De hecho, por ejemplo, en África se calcula que el desarrollo del marco normativo de la inversión extranjera no había superado el 11% en el año 2002. ASIEDU, Elisabeth. *“Policy reform and foreign direct investment in Africa”*. Development Policy Review 22 (1). Páginas 41 a 48. Año 2004.

²⁴⁴ Richard LEBERO realiza en su tesis doctoral en Derecho (Universidad de Glasgow) un análisis pormenorizado de los APPRI suscritos por los distintos Estados del continente africano, extrayendo además interesantes conclusiones sobre su redacción y articulado, tanto respecto a las diferentes cláusulas de protección incluidas en los mismos como respecto a sus definiciones, preámbulos y otros términos. LEBERO, Richard. *“The international law framework for foreign investment protection: an analysis of African treaty practice”*. Universidad de Glasgow. Página 96. Año 2012.

inversión extranjera en América Latina. Un ejemplo es la siguiente definición de inversor obtenida del APPRI suscrito entre las Repúblicas de Ghana y Malasia:

“(i) Cualquier persona natural que posea la ciudadanía de, o resida permanentemente en el territorio de una Parte Contratante de acuerdo con sus leyes;

(ii) Cualquier corporación, sociedad, trust, joint-venture, organización, asociación o empresa incorporada o válidamente constituida de acuerdo con las leyes aplicables de esa Parte Contratante”²⁴⁵.

Así pues, de la definición anterior se pueden extraer nuevamente una serie de características atribuibles al inversor extranjero, que son comunes con las ya observadas en el caso de los distintos Estados del continente americano: (i) naturaleza personal o jurídica del inversor y domicilio en país distinto del receptor de la inversión (ii) diferentes formas de realización de la inversión y (iii) como sucede en el caso americano, todo lo anterior, sujeto a la válida constitución del inversor con arreglo a su legislación de origen.

c. Asia

Sin duda uno de los continentes que mayor crecimiento de inversiones ha experimentado en la última década ha sido Asia. Y es que puede decirse que la progresión de Asia frente a América Latina, en lo que se refiere al desarrollo de la inversión extranjera, ha sido diametralmente opuesta: frente a un marco cada vez más restrictivo en el contexto iberoamericano, Asia permaneció tradicionalmente receptiva a la inversión extranjera²⁴⁶. En el caso asiático, esta apertura hacia el inversionista exterior resulta paradójica, dada la histórica actitud reacia de la mayoría de naciones de este continente frente a las tesis aperturistas sobre la inversión extranjera²⁴⁷, especialmente después de la llegada de la independencia a buena parte de ellas²⁴⁸.

²⁴⁵ *Agreement between the Government of the Republic of Ghana and the Government of Malaysia for the Promotion and Protection of Investments*. Artículo 1 (c). (traducción libre del autor)

²⁴⁶ DAY WALLACE, Cynthia. *The Multinational Enterprise and Legal Control. Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*. Op. Cit. Página 40.

²⁴⁷ SORNARAJAH, Michael. *The International Law on Foreign Investment* (edición año 2004). Op. Cit. Página 123.

²⁴⁸ *Ibid.* Página 127.

Aunque no resulta sencillo acotar un concepto unificado de “*inversor extranjero*” aplicable al continente asiático, sí puede decirse de esta región que se trata de un área especialmente formalista, y exigente en cuanto al cumplimiento de los estándares legales internos de cada Estado²⁴⁹. De hecho, en algunos Estados de la región, especialmente del sureste asiático, únicamente se otorga protección a aquéllas “*inversiones específicamente aprobadas por escrito*”²⁵⁰.

Sí cabe sin embargo hacer referencia a un instrumento regional que resulta aplicable en esta área desde su firma en 1994, aunque se trate de un documento no vinculante: los “*Principios sobre Inversiones del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico*”²⁵¹ (en adelante “**APEC**” y los “**Principios APEC**”) incorporan una serie de criterios esenciales aplicables a las inversiones en el área de Asia-Pacífico, bajo el auspicio de APEC, institución impulsora del documento. Entre las aportaciones realizadas por los Principios APEC, aunque no se pueda encontrar una definición específica de “*inversor extranjero*”, sí que se recogen una serie de menciones a la protección otorgada al inversor extranjero mediante la incorporación de algunos principios de inversión extranjera que, a día de hoy, además de estar positivados en numerosos instrumentos jurídicos en materia de inversión extranjera a nivel bilateral y multilateral, constituyen en sí mismos “*soft law*”, y por ende, principios informadores del Derecho internacional.

Entre estos criterios de protección al inversor podemos encontrar algunos principios largamente reconocidos en el contexto del Derecho internacional de la inversión extranjera como por ejemplo (i) el principio de trato nacional, por el que se entiende que el inversor extranjero debe recibir un trato no menos favorable que el otorgado a los inversores nacionales bajo la legislación doméstica²⁵² (ii) el derecho a la obtención de una indemnización en caso de expropiación²⁵³ o (iii) el derecho a la repatriación de la inversión formalizada²⁵⁴.

²⁴⁹ *Ibid.* Página 212.

²⁵⁰ Así lo expone SORNARAJAH en su aclamada obra sobre el Derecho internacional de la inversión extranjera, anteriormente citada en esta tesis doctoral. *Ibid.* Página 232.

²⁵¹ *APEC non-binding investment principles*. Principios sobre inversión del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC). Noviembre de 1994. El acceso al documento por el que se aprobaron estos principios está disponible en el sitio oficial en Internet de APEC: <<http://www.apec.org/Press/News-Releases/2010/~media/965E37FDA6D848B4A0350D68D2A4BE1C.ashx>>. Referencia del 23 de enero de 2018.

²⁵² *APEC non-binding investment principles*. *Op. Cit.*

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ *Ibid.*

d. Unión Europea

Resulta de interés mencionar en esta sede una figura societaria de naturaleza multinacional y transnacional con origen en el Derecho de la Unión Europea, y que ha sido objeto de incorporación jurídica en España e incorporada a la Ley de Sociedades de Capital: se trata de la *Sociedad Anónima Europea* (en adelante “**Sociedad Anónima Europea**”). La Sociedad Anónima Europea, regulada en virtud del “*Reglamento (CE) número 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001*^{255 256}, por el que se crea el estatuto de la Sociedad Anónima Europea” (en adelante el “**Reglamento de la Sociedad Anónima Europea**”), es un tipo de sociedad sujeta a un peculiar régimen jurídico con un carácter internacional. En este sentido, los expositivos del Reglamento de la Sociedad Anónima Europea indican lo siguiente:

*“El objetivo esencial que persigue el régimen jurídico de una SE requiere en todo caso, sin perjuicio de las necesidades de índole económica que puedan presentarse en el futuro, que pueda constituirse una SE tanto para permitir a sociedades de Estados miembros diferentes que se fusionen o creen una sociedad holding, como para ofrecer a sociedades y otras personas jurídicas que ejerzan una actividad económica y que estén sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes la posibilidad de crear filiales comunes.”*²⁵⁷

Así pues, el Reglamento de la Sociedad Anónima Europea da lugar en el contexto de la Unión Europea a un régimen jurídico que permite constituir una sociedad mediante la cual (i) sociedades de diferentes Estados miembros pueden fusionarse (ii) crear una sociedad *holding* o (iii) crear filiales comunes junto a otras personas jurídicas que

²⁵⁵ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Op. Cit. Título XIII. Artículos 455 y siguientes.

²⁵⁶ Reglamento (CE) número 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) número 294 de fecha 10 de noviembre de 2001 (páginas 1 a 21).

²⁵⁷ *Ibid.* Expositivo 10.

desarrollen una actividad económica. Con arreglo al Reglamento de la Sociedad Anónima Europea, se consideran elementos esenciales de este tipo de sociedad los siguientes²⁵⁸:

- Debe tratarse de una sociedad con un capital dividido en acciones.
- La sociedad debe tener personalidad jurídica propia.

También resulta relevante tener en cuenta algunos requisitos adicionales para constituir una Sociedad Anónima Europea con arreglo al Reglamento de la Sociedad Anónima Europea:

- No todos los tipos de sociedades pueden crear una Sociedad Anónima Europea, sino únicamente los tipos societarios autorizados por el Reglamento de la Sociedad Anónima Europea, que en el caso de España es el tipo societario de “*sociedad anónima*”²⁵⁹ y el de “*sociedad limitada*” en algunos casos tasados por la norma²⁶⁰.
- La constitución de la Sociedad Anónima Europea se realiza mediante el proceso jurídico de fusión²⁶¹, que será una fusión de naturaleza transfronteriza²⁶².
- El capital social mínimo para la constitución de una Sociedad Anónima Europea está fijado en 120.000 Euros²⁶³.

Partiendo de una perspectiva conceptual la Sociedad Anónima Europea podría considerarse, desde el punto de vista de la propiedad de su capital, como una empresa multinacional (dada la múltiple nacionalidad de los dueños de su capital), aunque también podría considerarse una empresa transnacional, puesto que la determinación del régimen jurídico que le resulta aplicable (más allá del Reglamento de la Sociedad Anónima Europea) depende del Estado Miembro donde tiene fijado su domicilio²⁶⁴ en origen, y se trata de una entidad jurídica que desarrolla sus actividades en más de una jurisdicción.

²⁵⁸ *Ibid.* Artículo 1.

²⁵⁹ *Ibid.* Artículo 2.1.

²⁶⁰ *Ibid.* Artículo 2.2.

²⁶¹ *Ibid.* Artículo 2.1.

²⁶² *Ibid.* Artículo 24.1.

²⁶³ *Ibid.* Artículo 4.1.

²⁶⁴ *Ibid.* Artículo 3.1.

En lo que respecta al régimen jurídico que resulta aplicable a la Sociedad Anónima Europea la norma establece, por lo que se refiere al proceso de fusión, que el ordenamiento jurídico del Estado miembro donde esté inscrita cada una de las sociedades afectadas por la operación societaria aplicará en lo relativo al régimen jurídico aplicable al propio proceso de fusión de dicha sociedad²⁶⁵, y también en lo que se refiere a la protección de los intereses de (i) los acreedores de las sociedades que se fusionen (ii) los obligacionistas de las sociedades que se fusionen y (iii) los tenedores de títulos distintos de las acciones a los que correspondan derechos especiales en las sociedades que se fusionen²⁶⁶. Por otra parte, en lo que respecta al régimen jurídico aplicable a la constitución y posterior inscripción de la SE de nueva creación, la legislación aplicable la determinará el domicilio de la nueva entidad²⁶⁷, siendo la misma normativa que aplicará en los supuestos de naturaleza concursal²⁶⁸ que puedan afectar a la nueva Sociedad Anónima Europea.

Otra de las particularidades que resultan de interés en lo que se refiere a la Sociedad Anónima Europea es que a pesar de que, una vez constituida, la Sociedad Anónima Europea se rige por la legislación del Estado donde tiene fijado su domicilio, el Reglamento de la Sociedad Anónima Europea también prevé la posibilidad de que, bajo determinadas circunstancias expresamente tasadas en la norma, un Estado Miembro pueda establecer o permitir que los estatutos que regulen la Sociedad Anónima Europea puedan disponer, en lo relativo al nombramiento de los miembros del órgano de dirección, que éstos sean nombrados o revocados con arreglo a la legislación de dicho Estado Miembro²⁶⁹.

2.3. En Derecho internacional: especial referencia a la labor de las Naciones Unidas

²⁶⁵ *Ibid.* Artículo 25.1.

²⁶⁶ *Ibid.* Artículo 24. También es relevante hacer mención a la protección al accionista minoritario en el proceso de fusión que da lugar a la Sociedad Anónima Europea. En este punto el Reglamento de la Sociedad Anónima Europea también regula, en su apartado 2, que los Estados Miembros podrán adoptar medidas para determinar la protección de los accionistas minoritarios.

²⁶⁷ *Ibid.* Artículo 26.

²⁶⁸ *Ibid.* Artículo 63.

²⁶⁹ *Ibid.* Artículo 39.

Realizado el análisis del tratamiento dado a la empresa transnacional más allá de las fronteras del Reino de España, aunque a nivel doméstico y regional, resultaría imposible cerrar este análisis conceptual sin antes prestar atención al concepto de empresa transnacional acuñado en el ámbito del Derecho internacional.

Para ello, comenzaremos por realizar una panorámica histórica desde la década de 1970 y hasta la actualidad con el fin de exponer la posición de las Naciones Unidas en relación con las empresas transnacionales. Y es que la ONU es una organización internacional que ha tenido un papel preponderante en la tarea de dar forma al concepto de gobernanza global tanto a nivel público e institucional, como de establecimiento de medidas de control para las empresas transnacionales. A continuación, y en una línea temporal paralela, se realizará un análisis de algunos de los instrumentos más relevantes disponibles en esta materia en el contexto del Derecho internacional, y mayoritariamente impulsados por las Naciones Unidas.

a. Naciones Unidas y corporaciones transnacionales: evolución histórica

La labor de las Naciones Unidas en relación con las empresas transnacionales ha pasado, desde su inicio en la década de 1970, por muy distintas etapas con intervalos intermitentes de actividad e inactividad fruto, entre otras razones, de las diferentes presiones políticas, económicas y sociales sufridas a lo largo del proceso.

El proceso comenzó en el año 1974 con la creación de la *Comisión de las Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales*^{270 271}, con sede en Nueva York (Estados Unidos de América) (en adelante la “**Comisión de Empresas Transnacionales**” o la “**Comisión**”), tras el impulso dado por el “*Grupo de Personas Eminentes*” (el “**Grupo**”)

²⁷⁰ Existen diversas fuentes que exponen la evolución de la tarea de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales. En este apartado se expondrán algunas, entre ellas las procedentes de fuentes oficiales de las Naciones Unidas como la revista trimestral “*Corporaciones Transnacionales*”, editada bajo el auspicio de la UNCTAD, y en particular, el artículo publicado en esta revista por Theodore H. MORAN en relación con la obra “*The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact*”, de Tagi SAGAFI-NEJAD y John H. DUNNING. MORAN, Theodore H. Revista trimestral “*Corporaciones Transnacionales*”. Volumen 18, número 2. Páginas 91 a 112 (página 92). Agosto de 2009. SAGAFI-NEJAD, Tagi y H. DUNNING, John. “*The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact*”. Indiana University Press. Año 2008.

²⁷¹ La decisión de constituir la Comisión de las Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales fue adoptada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en virtud de la resolución 1913 (LVII) de 5 de diciembre de 1974. *Resolución 1913 (LVII) de 5 de diciembre de 1974 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas*. Resolución por la que se constituye la Comisión de las Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales.

designado por Phylippe DE SEYGNE, Subsecretario General de las Naciones Unidas, como consecuencia de diferentes polémicas suscitadas en torno a las empresas transnacionales en aquella época²⁷². Las funciones principales de la Comisión consistían en (i) proporcionar información (ii) analizar las políticas existentes respecto a las empresas transnacionales y (iii) brindar servicios de asesoría, asistencia técnica y capacitación²⁷³.

En todo caso, la principal tarea a la que se encomendó la Comisión desde su constitución, a instancias del Grupo, fue la de impulsar la creación de un código de conducta para las empresas transnacionales (en adelante el “**Código de Conducta**”), que permitiera de algún modo evitar futuras controversias derivadas de la actuación de este tipo de entidades. La tarea de creación del Código de Conducta fue además apoyada por una sección de 77 naciones en vías de desarrollo, que pretendían dotar al futuro Código de Conducta de fuerza vinculante²⁷⁴. Esta tarea fue impulsada por la Comisión a lo largo de un periodo de cerca de 20 años, desde 1975 hasta 1992²⁷⁵, y entendida como la tarea más efectiva que podía ser llevada a cabo por una organización internacional para controlar de algún modo la actuación de las empresas transnacionales²⁷⁶.

Desde la creación de la Comisión en 1974, el Grupo continuó desarrollando su labor codificadora hasta que en 1982 remitió a la Comisión su primer informe sobre el Código de Conducta²⁷⁷. Tras el inicio de un nuevo periodo de negociaciones en el año 1983 se fueron desarrollando diferentes borradores del Código de Conducta, entre ellos el emitido en el año 1988, año en el que el Presidente de la Comisión acordó celebrar una sesión especial con el Secretario General de las Naciones Unidas y preparó un borrador de texto

²⁷² MORAN, Theodore H. Revista trimestral “*Corporaciones Transnacionales*”. *Op. Cit.* Página 92.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ *Ibid.* Página 93.

²⁷⁶ *Ibidem*.

²⁷⁷ El informe está recogido en el documento oficial de las Naciones Unidas E/C.10/1982/6. *Commission on Transnational Corporations, Report on the Special Session (7-18 March and 9-21 May 1983). Official Records of the Economic and Social Council, 1983, Supplement No. 7 (E/1983/17/Rev. 1), Annex II.* Informe de la Comisión de Empresas Transnacionales relativo a la sesión especial mantenida entre los días 7 y 18 de marzo y 9 y 21 de mayo del año 1983. Grabaciones oficiales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (documento número E/1983/17/Rev. 1). Esta versión del texto del Código de Conducta fue también reproducida en el documento “*Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations. Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations.* Comisión de Empresas Transnacionales. Informe sobre la Sesión Especial (7-18 marzo 1983), grabaciones oficiales en el Consejo Económico y Social. Suplemento número 7 (documento de las Naciones Unidas número E/1983/17/Rev. 1), Anexo II. Publicación “*Estudios Actuales*” de las Naciones Unidas, Serie A. Número E.86.II.A.15 (ST/CTC/SER.A/4). Páginas 28 a 45. Texto en su versión del año 1986.

de Código de Conducta²⁷⁸ que dio lugar a múltiples discusiones y comentarios. En un esfuerzo por facilitar el compromiso y al mismo tiempo mantener la redacción del borrador de Código de Conducta consensuado, el Presidente de la Comisión, en la reunión mantenida por ésta el 24 de mayo de 1990, transmitió al Consejo Económico y Social una versión revisada del borrador de Código de Conducta, basada en la versión del año 1988²⁷⁹.

En 1992, y tras un periodo de negociaciones, el proyecto de elaboración del Código de Conducta resultó fracasado: el entonces Secretario General de las Naciones Unidas Boutros GHALI declaró en 1992 que “*no había consenso posible*”²⁸⁰. En palabras de SAGAFI-NEJAD, el resultado obtenido tras dos décadas de esfuerzos fue “*la promoción de la inversión extranjera a través de incentivos y el Consenso de Washington*”²⁸¹. Finalmente en 1992, bajo el mandato de Boutros GHALI, las Naciones Unidas decidieron transferir la tarea desarrollada por la Comisión de Empresas Transnacionales para la elaboración del Código de Conducta a la UNCTAD, con sede en Ginebra (Suiza)²⁸², que ha continuado desarrollando tareas relacionadas con las empresas transnacionales, por ejemplo a través de la edición de la revista trimestral “*Corporaciones Transnacionales*”²⁸³, aunque la tarea de desarrollo del Código de Conducta quedó relegada a un segundo plano.

En cualquier caso, es relevante señalar que recientemente las Naciones Unidas han retomado su interés en regular la conducta de las empresas transnacionales: el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas decidió en su resolución A/HRC/RES/26/9 de 14 de julio de 2014 establecer un grupo de trabajo intergubernamental con el fin de “*regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho*

²⁷⁸ Documento oficial de las Naciones Unidas número E/1988/39/Add.1 por el que la Comisión de Empresas Transnacionales preparó, conjuntamente con el Secretario General de las Naciones Unidas, un borrador de Código de Conducta para las empresas transnacionales, para su remisión al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

²⁷⁹ Información recogida en el documento oficial de las Naciones Unidas E/C.10/1982/6. *Commission on Transnational Corporations, Report on the Special Session (7-18 March and 9-21 May 1983). Official Records of the Economic and Social Council, 1983, Supplement No. 7 (E/1983/17/Rev. 1), Annex II. Op. Cit. Página 1.*

²⁸⁰ MORAN, Theodore H. Revista trimestral “*Corporaciones Transnacionales*”. *Op. Cit.*

²⁸¹ SAGAFI-NEJAD, Tagi y H. DUNNING, John. “*The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact*”. *Op. Cit. Página 124.*

²⁸² MORAN, Theodore H. Revista trimestral “*Corporaciones Transnacionales*”. *Op. Cit. Página 97.*

²⁸³ Los diferentes números de la revista “*Corporaciones Transnacionales*” se encuentran disponibles en la página oficial en Internet de la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo). *Op. Cit.*

internacional de los derechos humanos”²⁸⁴ ²⁸⁵. Los resultados del grupo de trabajo deben presentarse en el 31º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos²⁸⁶.

b. El borrador de Código de Conducta de las Naciones Unidas

Ya se ha mostrado que la labor desarrollada por las Naciones Unidas respecto a las empresas transnacionales ha resultado fundamental para perfilar el régimen jurídico aplicable a las empresas transnacionales en el contexto del Derecho internacional. Ahora, y una vez establecido el marco histórico, procede realizar un análisis de los términos incorporados al borrador de Código de Conducta elaborado por las Naciones Unidas. En concreto se va a analizar a continuación el Código de Conducta, en su redacción en el año 1986, en plenas negociaciones previas a la presentación de la versión implementada en el año 1988²⁸⁷.

En el Código de Conducta se incluye la siguiente definición de empresa transnacional²⁸⁸:

“[...] significa una empresa, ya sea pública, privada o de capital mixto, compuesta de entidades en dos o más países, con independencia de la forma jurídica y de los campos de actividad de estas entidades, que opera bajo un sistema de toma decisiones, permitiendo políticas coherentes y una estrategia común a través de uno o más centros de decisión, en los que las entidades están tan unidas, por

²⁸⁴ Resolución A/HRC/RES/26/9 de 14 de julio de 2014. Adoptada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, relativa a la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. Página 2.

²⁸⁵ Es interesante observar cómo se realizó el reparto del voto en la aprobación de la Resolución A/HRC/RES/26/9: mientras que la resolución fue aprobada por un grupo de 20 Estados, mayoritariamente en vías de desarrollo (Argelia, Benin, Burkina Faso, China, Congo, Costa de Marfil, Cuba, Etiopía, Federación de Rusia, Filipinas, India, Indonesia, Kazajstán, Kenia, Marruecos, Namibia, Pakistán, Sudáfrica, República Bolivariana de Venezuela y Vietnam), 14 Estados votaron en contra, todos ellos, en mayor o menor medida, países desarrollados (Alemania, Austria, Estados Unidos de América, Estonia, ex República Yugoslava de Macedonia, Francia, Irlanda, Italia, Japón, Montenegro, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea y Rumania). Asimismo un grupo de 13 países se abstuvo en la votación (Arabia Saudita, Argentina, Botswana, Brasil, Chile, Costa Rica, Emiratos Árabes Unidos, Gabón, Kuwait, Maldivas, México, Perú y Sierra Leona). *Ibid.* Página 3.

²⁸⁶ *Ibidem.*

²⁸⁷ En 1988 el presidente de la Comisión de Empresas Transnacionales preparó, conjuntamente con el Secretario General de las Naciones Unidas, un borrador de Código de Conducta. El texto fue incorporado al documento de las Naciones Unidas E/1988/39/Add.1.

²⁸⁸ *Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations. Op. Cit.* (traducción libre del autor)

propiedad o de otro modo, que una o más de ellas podría ser capaz de ejercer una significativa influencia sobre las actividades de las otras y, en particular, de compartir conocimiento, fuentes y responsabilidades con las otras”.

También resulta relevante tener en cuenta que Código de Conducta contenía, además de una definición de corporación transnacional, una referencia expresa a los derechos humanos en relación con las corporaciones transnacionales que resulta trascendente por cuanto refleja el conflicto existente entonces en torno a su redacción²⁸⁹:

“Las corporaciones transnacionales deberían/deben respetar los derechos humanos y libertades fundamentales en los países en los que operan. En sus relaciones sociales e industriales, las corporaciones transnacionales deberían/deben no discriminar sobre la base de la raza, color, sexo, religión, lenguaje, origen social, técnico y nacional o la opinión política o de otro tipo. Las corporaciones transnacionales deberían/deben cumplir con las políticas gubernamentales diseñadas para extender la igualdad de oportunidad y trato”.

Como explica MUCHLINSKI, el principal desacuerdo no se encontraba en la necesidad de incluir una provisión como la mostrada en el Código de Conducta respecto a las corporaciones transnacionales y los derechos humanos, sino en su fuerza jurídico-vinculante, reflejada en las opciones “debería/debe” que aparecen en el texto citado. En esta cuestión el Código de Conducta pone de manifiesto el que hasta la fecha ha sido el asunto más controvertido en el debate sobre la extensión de las obligaciones en materia de derechos humanos aplicables a las empresas multinacionales o transnacionales: *“hasta qué punto una obligación legal en este sentido es posible bajo el Derecho*

²⁸⁹ Peter MUCHLINSKI se refiere al origen histórico del Código de Conducta citando para ello la obra del Centro de Corporaciones Transnacionales de las Naciones Unidas titulada *“The United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations”*. MUCHLINSKI, Peter. *“International Corporate Social Responsibility and International Law”*. Op. Cit. Página 15. *The United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*. Centro de Corporaciones Transnacionales de las Naciones Unidas (UNCTC). Current Studies Series A, número 4. Nueva York, Estados Unidos de América. Año 1986. Páginas 13 a 31. (traducción libre del autor)

*internacional*²⁹⁰. Aquí nuevamente la influencia de los actores empresariales se manifiesta en las vigorosas iniciativas adoptadas para desarrollar respuestas de carácter auto-regulatorio (vinculadas con la responsabilidad social corporativa) y evitar las obligaciones legalmente vinculantes²⁹¹.

En todo caso, resulta interesante observar la definición de corporación transnacional incorporada al Código de Conducta ya que se trata de un concepto significativamente complejo y que, sin embargo, será simplificado de forma notable en los instrumentos posteriormente implementados por las Naciones Unidas como la Norma sobre Responsabilidad de las Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas, tal como se mostrará más adelante en este Capítulo.

c. El Pacto Global de las Naciones Unidas

En 1999 se hizo público el documento conocido como Pacto Global de las Naciones Unidas (en adelante el “**Pacto Global**”). Este documento constituye el instrumento más importante en el ámbito del Derecho internacional²⁹² y la responsabilidad social corporativa, y aunque no incorpora de forma específica una definición de empresa transnacional resulta importante hacer referencia a él, al encontrarse en el espectro de iniciativas adoptadas por las Naciones Unidas. En 1999 el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi ANNAN, propuso en el Foro Económico Social de Davos la idea de lanzar un Pacto Global entre las Naciones Unidas y el empresariado mundial²⁹³ con el objetivo de lograr un crecimiento económico duradero en el contexto de la globalización, mediante la promoción de un conjunto de valores universales que son considerados fundamentales para satisfacer las necesidades de la población mundial. Se trata de un decálogo que pretende implementar de manera voluntaria los principios de la responsabilidad social corporativa en el contexto del empresariado global. A pesar de que el Pacto Global carece de fuerza vinculante, y no son más que recomendaciones de

²⁹⁰ MUCHLINSKI, Peter. “*International Corporate Social Responsibility and International Law*”. *Op. Cit.* Página 15. (traducción libre del autor)

²⁹¹ *Ibidem*.

²⁹² *Pacto Global de las Naciones Unidas*. Obtenido en la página oficial del Pacto Global de las Naciones Unidas. Disponible en Internet en el siguiente enlace: <<https://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/index.html>>. Referencia del 23 de enero de 2018.

²⁹³ Información obtenida de MORAN, Theodore H. Revista trimestral “*Corporaciones Transnacionales*”. *Op. Cit.* Página 105.

conducta para las empresas, sin embargo, deben ser tenidos en cuenta al menos como un elemento que ayude a la creación de una cultura empresarial de compromiso de las compañías con respecto de sus empleados, así como de las sociedades en las cuales desarrollan sus proyectos.

d. La Norma sobre Responsabilidad de las Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas²⁹⁴

El primer instrumento al que se debe acudir a la hora de determinar el concepto de empresa transnacional bajo el Derecho internacional es la Norma sobre Responsabilidad de las Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas, documento al que ya se hizo referencia con anterioridad. En este instrumento se recogen varias definiciones que resultan relevantes para determinar el concepto de empresa transnacional, siendo además uno de los primeros documentos en los que se incorpora esta referencia semántica a las empresas que operan en la escena internacional. Así, conforme a la Norma, se entiende por empresa transnacional:

*“Una entidad económica que realiza actividades en más de un país o un grupo de entidades económicas que realizan actividades en dos o más países, cualquiera que sea la forma jurídica que adopte, tanto en su propio país como en el país de la actividad, y ya sea que se le considere individual o colectivamente.”*²⁹⁵

Conforme a esta definición podrían extraerse una serie de características comunes aplicables a la empresa transnacional, que coinciden en parte con lo ya expuesto anteriormente a lo largo de este Capítulo: (i) entidad (o grupo de entidades) que realiza sus actividades en más de un país (ii) actividades desarrolladas bajo cualquier forma jurídica tanto en su país de origen como en el de destino y un elemento adicional, que tiene el efecto de poder dar cobertura al ya mencionado eclecticismo de las empresas transnacionales (iii) su consideración tanto individual como colectiva.

²⁹⁴ Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos. Op. Cit.

²⁹⁵ Ibid. Sección I “Definiciones”. Definición de “empresa transnacional”.

Adicionalmente, la Norma aporta una definición de empresa comercial que se yuxtapone al concepto de empresa transnacional:

“Por "otra empresa comercial" se entiende cualquier entidad comercial, sea cual sea el ámbito internacional o nacional de sus actividades, incluso si se trata de una empresa transnacional, contratista, subcontratista, proveedor, concesionario o distribuidor, la forma de asociarse o integrarse o cualquier otra forma jurídica utilizada para constituir esa entidad comercial y el tipo de derecho de propiedad de la entidad. A los efectos prácticos, se presumirá la aplicabilidad de las presentes Normas si la empresa comercial tuviera algún tipo de relación con una empresa transnacional, si los efectos de sus actividades no fueran totalmente locales ni las actividades supusieran violación alguna del derecho a la seguridad a que se hace referencia en los párrafos 3 y 4.”

296

Según esta definición, una empresa comercial será aquella que responda a las siguientes características: (i) ser una entidad comercial (ii) de ámbito internacional o nacional, incluso transnacional y/o (iii) entidad dedicada a la actividad de contratista, subcontratista, proveedor, concesionario o distribuidor y/o (iv) constituida bajo cualquier otra forma jurídica. Pero lo relevante de esta definición es que, más allá de aportar las características jurídicas y de ámbito de aplicación que deben tenerse en cuenta para determinar la naturaleza comercial de una empresa, realiza un puente que la conecta con la definición de empresa transnacional, extendiendo de este modo el ámbito de aplicación de la Norma a este nuevo campo.

Así, la Norma resultará de aplicación a la empresa comercial siempre que²⁹⁷ (i) la empresa comercial mantenga alguna clase de relación con una empresa transnacional y/o (ii) los

²⁹⁶ *Ibid.* Sección I “Definiciones”. Definición de “empresa comercial”.

²⁹⁷ *Ibid.* Sección I “Definiciones”. Definición de “empresa comercial”. Sección C “Derecho a la seguridad personal”.

efectos de sus negocios no sean totalmente locales y/o (iii) las actividades que realice no sean contrarias al derecho a la seguridad recogido en la Norma (y por tanto, no sean constitutivas de alguna clase de crimen de guerra, lesa humanidad o las disposiciones que adopte no resulten compatibles con el Derecho internacional). Por lo tanto, de la definición de empresa comercial incorporada a la Norma, además de una serie de características atribuibles a cualquier empresa de esta naturaleza, pueden extraerse también otra serie de parámetros que otorgan a la Norma la capacidad de extender sus efectos más allá del ámbito de la empresa transnacional, en este caso, hacia cualquier otra entidad que, cumpliendo con los estándares para ser considerada comercial, se relacione con la anterior o realice actividades “*no totalmente locales*”. Por otra parte, también se contempla la posibilidad de extender la aplicación de la Norma a aquellas empresas comerciales que no realicen actividades contrarias al derecho a la seguridad recogido en este instrumento: en este sentido, cabría plantearse una reflexión acerca de hasta qué punto esta parte de la definición podría modificarse con el fin de contemplar también a aquellas empresas comerciales que, por el motivo que sea, no cumplen con la obligación de respeto al derecho a la seguridad, aunque siempre con sujeción al ordenamiento interno del Estado de residencia de la empresa.

Por lo que respecta a la eficacia jurídica, la Norma sobre Responsabilidad de las Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas no constituye, como ya se ha expuesto con anterioridad, un documento jurídico con eficacia vinculante. Ahora bien, sí que se puede considerar como una fuente de “*soft law*”²⁹⁸ y por lo tanto informadora del Derecho internacional, si bien, por tanto, su observancia es voluntaria.

e. Los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones

En los APPRI también se encuentran referencias a definiciones de diferentes términos, entre ellos, el término “*inversor*”. Javier Díez-Hochleitner indica lo siguiente respecto a la definición de inversor incluida en los APPRI:

“Por lo que se refiere al ámbito subjetivo, todos los acuerdos incluyen en la definición de inversor a personas físicas y jurídicas. Respecto de

²⁹⁸ Definición de “*soft law*”, término jurídico. MARTIN, Elizabeth A. “*A Dictionary of Law*”. *Op. Cit.*

las primeras, encontramos cuatro modelos de acuerdo: (i) los que exigen que tengan la nacionalidad del Estado de inversión; (ii) los que se contentan con que sean residentes en dicho Estado; (iii) los que incluyen ambos requisitos 17, decantándose así por el criterio de la nacionalidad efectiva al que aludiera la CIJ en su sentencia de 1955 en el asunto Nottebohm; y (iv) los que, jugando con los criterios de nacionalidad y residencia, establecen una exigencia distinta respecto de los nacionales de cada uno de los Estados partes.

En cuanto a las personas jurídicas, los criterios utilizados en todos los acuerdos son básicamente los mismos. Partiendo de una definición amplia de persona jurídica (“incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones”, dice, por ejemplo, el artículo 1.1.b) del Acuerdo con Bolivia), se requiere que estén constituidas “o debidamente organizadas” conforme al derecho de una de las partes, añadiéndose en la mayoría de los casos la exigencia de que tengan su sede o domicilio social en el territorio de esa misma parte.”²⁹⁹

De lo indicado por DÍEZ-HOCHLEITNER cabe extraer algunas conclusiones:

1. Criterio de nacionalidad: la determinación de la condición de “*inversor*” bajo un APPRI se basa en el criterio de nacionalidad³⁰⁰.
2. Personas físicas: los APPRI establecen como condición para otorgar a una persona física la condición de “*inversor*” que tenga algún vínculo con el Estado receptor de la inversión, ya sea (i) porque ostenta la nacionalidad del Estado de inversión y/o (ii) porque es residente en dicho Estado y/o (iii) porque cumple con ambas condiciones.

²⁹⁹ DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier. “*Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRIS celebrados por España con países de Latinoamérica*”. *Op. Cit.* Página 6.

³⁰⁰ Así lo confirma, por ejemplo, la sentencia del *Caso Barcelona Traction* (Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 5 de febrero de 1970. *ICJ Reports*. Año 1970), citada por Javier DÍEZ-HOCHLEITNER. *Ibid.* Página 6.

3. Personas jurídicas: en el caso de las personas jurídicas el criterio empleado por los APPRI es parejo al que se emplea para las personas físicas, basado en el establecimiento de una conexión entre la persona jurídica y el Estado receptor de la inversión.

Como mostraremos más adelante en el Capítulo IV de esta tesis doctoral, el esquema de determinación de la condición de “*inversor*” utilizado en los APPRI será una de las piezas que servirán para construir nuestra Propuesta.

3. Tratamiento doctrinal

3.1 La visión de los magistrados de Bernardo SEPÚLVEDA-AMOR y Rosalyn HIGGINS, magistrados de la Corte Internacional de Justicia

Por lo que respecta a las instituciones judiciales internacionales vinculadas con el ámbito de los derechos humanos, y precisamente como consecuencia de la falta de codificación en el ámbito de la empresa transnacional y de su pobre regulación, existen escasas referencias al concepto de empresa transnacional en este contexto a las que se pueda acudir. Ahora bien, sí que existen algunas menciones acuñadas por magistrados que han ejercido o ejercen a día de hoy sus funciones en estas instituciones, entre los que destacamos a Bernardo SEPÚLVEDA-AMOR y Rosalyn HIGGINS, ambos magistrados de la Corte Internacional de Justicia.

a. Bernardo SEPÚLVEDA-AMOR

Bernardo SEPÚLVEDA-AMOR fue Vice-Presidente de la Corte Internacional de Justicia desde el 6 de febrero de 2006³⁰¹, y publicó en la década de 1980 un artículo relativo a las negociaciones para la adopción del Código de Conducta al que se ha hecho referencia con anterioridad en este Capítulo:

“En efecto, la naturaleza de la empresa transnacional, que realiza sus operaciones en una multitud de jurisdicciones económicas, legales y

³⁰¹ Esta información se encuentra disponible en el sitio oficial en Internet de la Corte Internacional de Justicia en el siguiente enlace: <<http://www.icj-cij.org/fr/tous-les-membres>>. Referencia del 23 de enero de 2018.

políticas, trae como consecuencia la necesidad de convenir acuerdos entre Estados.

[...]

*También tendría como objetivo uniformar o armonizar a escala internacional una serie de reglas jurídicas internas, relacionadas con el comportamiento de las empresas transnacionales.”*³⁰²

Más adelante en el mismo artículo, SEPÚLVEDA-AMOR reflexiona directamente sobre la definición de empresa transnacional, mencionando las dificultades enfrentadas a la hora de determinar este concepto durante las negociaciones para la redacción del Código de Conducta y anticipando, ya en 1981, el actual concepto de empresa transnacional que se ha ido desgranando a lo largo de este Capítulo:

*“La definición de empresas transnacionales ha provocado un difícil debate. [...] Aunque no se haya llegado todavía a una solución final, lo probable es que la definición se oriente más hacia la naturaleza transnacional de la empresa y a la existencia de un control y estrategia corporativa global, que hacia la índole de la propiedad de esa empresa.”*³⁰³

Así pues, y a la vista de esta definición de empresa transnacional cabe referirse nuevamente a los atributos que sirven para caracterizar a la empresa transnacional, que ya han sido citados previamente a lo largo de este Capítulo: (i) empresa de alcance transnacional, y por lo tanto operativa en más de un Estado (ii) existencia de un control corporativo y (iii) existencia de una estrategia corporativa que sirva para dictar las pautas de desarrollo de negocio y actividad de la empresa transnacional.

Quizás precisamente fruto de la controversia causada por la determinación de una definición adecuada para referirse a la empresa transnacional, si se compara la definición acuñada por SEPÚLVEDA-AMOR así como por otros expertos en la materia – a los que

³⁰² SEPÚLVEDA-AMOR, Bernardo. “La regulación internacional de las empresas transnacionales”. Conferencia dictada por Bernardo SEPÚLVEDA-AMOR en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México el 10 de febrero de 1981. Publicada en la “Revista del Colegio de México” (Centro de Estudios Internacionales). Abril-junio 1981. Páginas 443 a 453.

³⁰³ *Ibid.* Página 447.

se hará referencia en el apartado siguiente - con la incorporada en la Norma sobre Responsabilidad de las Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas, se observará que la definición acuñada en la Norma es significativamente más sencilla ya que, si bien hace referencia a la multiplicidad de Estados donde opera la empresa transnacional, la definición obvia los aspectos de control y estrategia que forman parte esencial de la definición de empresa transnacional, como se ha ido mostrando a lo largo de este Capítulo. Podría pues de ello deducirse que las negociaciones para acuñar una definición terminaron por simplificar el concepto en un intento de alcanzar un acuerdo de consenso.

b. Rosalyn HIGGINS

En el caso de Rosalyn HIGGINS, Magistrada de la Corte Internacional de Justicia entre 1995 y 2009, y Presidenta de este mismo tribunal entre febrero de 2006 y febrero de 2009³⁰⁴, sus reflexiones en torno al rol y consideración jurídica de las empresas multinacionales en el contexto del Derecho internacional se han plasmado en diferentes obras, entre las que destaca el libro *“Problems and Process: International Law and How We Use It”*³⁰⁵, en cuya edición del año 1994 expone la siguiente reflexión en torno a la personalidad jurídica de la empresa multinacional:

“Las corporaciones multinacionales son participantes en el proceso del Derecho internacional. Presentan reclamaciones ante las líneas de los Estados con el fin de maximizar ciertos valores como, por ejemplo, equidad y predictabilidad en las transacciones de negocios internacionales. En este sentido, la falta de una personalidad legal formal es irrelevante ya que las acciones de estos actores no estatales resultan en consecuencias jurídicas reales a nivel internacional. Así, la falta formal de personalidad jurídica bajo el Derecho internacional no es un impedimento para el desarrollo de reglas relativas a derechos empresariales y obligaciones en el Derecho

³⁰⁴ Esta información se encuentra disponible en el sitio oficial en Internet de la Corte Internacional de Justicia en el siguiente enlace: <<http://www.icj-cij.org/fr/tous-les-membres>>. Referencia del 23 de enero de 2018.

³⁰⁵ HIGGINS, Rosalyn. *“Problems and Process: International Law and How We Use It”*. Editorial Clarendon Oxford Press. Año 1994.

internacional.”³⁰⁶

Ya en el año 1994, HIGGINS consideraba que la falta de personalidad jurídica formal de la empresa multinacional en el Derecho internacional no podía ser considerada como un impedimento que imposibilitara desarrollar reglas relativas a los derechos y obligaciones empresariales en el contexto del Derecho internacional, superando así el concepto de empresa multinacional como sujeto del Derecho internacional en términos prácticos, al hacer a este tipo de sujetos susceptibles de atribución de derechos y obligaciones.

Unos años más tarde, en la reedición de 2004 de la obra “*Problems and Process: International Law and How We Use It*”³⁰⁷, Rosalyn HIGGINS daría un paso adicional en su análisis sobre la consideración jurídica de la empresa multinacional en el Derecho internacional en los siguientes términos:

“Yo creo que existe espacio para otra visión: que no es particularmente útil, tanto desde un punto de vista operativo como intelectual, basarse en la dicotomía sujeto-objeto que corre a lo largo de muchos escritos. Es más útil, y más apegado a la realidad percibida, volver a la visión del derecho internacional como un proceso particular de toma de decisiones. Dentro de este proceso (que es dinámico y no estático) hay una variedad de participantes, interponiendo reclamaciones contra las líneas de los Estados, con el objetivo de maximizar determinados valores. Las decisiones sobre este tipo de reclamaciones serán adoptadas por diferentes autoridades capacitadas para dicha toma de decisiones, como Asesores Jurídicos de Asuntos Exteriores, paneles arbitrales, cortes.

*Ahora, en este modelo, no hay “sujetos” y “objetos” sino sólo **participantes**. Los individuales **son** participantes, al igual que los Estados, las organizaciones internacionales (como las Naciones Unidas, el Fondo*

³⁰⁶ *Ibidem*. Página 50. Párrafo citado por Peter MUCHLINSKI en su artículo “*Corporations in International Law*”. MUCHLINSKI, Peter. “*Corporations in International Law*”. Artículo publicado en la obra de consulta “*Max Planck Encyclopedia of International Law*”. Op. Cit. Página 3. (traducción libre del autor)

³⁰⁷ HIGGINS, Rosalyn. “*Problems and Process: International Law and How We Use It*”. Editorial Clarendon Oxford Press. Reedición año 2004. Página 50. (traducción libre del autor)

*Monetario Internacional (FMI) o la OIT), las corporaciones multinacionales, e incluso los grupos privados no gubernamentales”.*³⁰⁸

A la vista de lo establecido por HIGGINS, se debe superar la consideración de “*sujetos*” y “*objetos*” del Derecho internacional para pasar a hablar de “*participantes*”, considerando dentro de esta categoría a la empresa multinacional, que por tanto ya no debe necesariamente ser considerada como “*sujeto*” u “*objeto*” del Derecho internacional, sino como “*participante*” en el proceso de toma de decisiones que constituye en sí mismo el propio Derecho internacional.

3.2 Otras opiniones doctrinales

Una vez determinado el concepto de empresa transnacional desde un prisma conceptual, jurídico e incluso a través de la visión doctrinal de algunos magistrados de la Corte Internacional de Justicia, la concreción de la definición más adecuada para referirse a este sujeto requiere prestar también atención a la literatura existente sobre esta materia, prestando para ello atención a lo que desde la década de 1970 se ha venido diciendo por los expertos respecto a la empresa transnacional y su concepto. Raymond VERNON, autor a quien ya se hizo referencia con anterioridad en este Capítulo, al referirse a las empresas transnacionales en “*Sovereignty at bay*” (en castellano, “*Soberanía en la bahía*”) su primera y pionera publicación sobre esta materia, aportaba una frase que resultaría años después especialmente reveladora para comprender el actual alcance y calado de la empresa transnacional:

*“De repente, parece, los Estados soberanos se sienten desnudos.”*³⁰⁹

Algo más adelante en este Capítulo mostraremos cómo esta mención realizada por VERNON tuvo un cierto carácter visionario, ya que este autor se refería, ya en la década

³⁰⁸ Nota sobre la traducción: por su relevancia, se han marcado en negrita determinadas palabras del texto con el fin de mantener el espíritu del texto original en la obra de HIGGINS, en la que estas palabras aparecen en cursiva en un texto en letra estándar. *Ibidem.* (traducción libre del autor)

³⁰⁹ Cita de Raymond VERNON de su obra “*Sovereignty at Bay: The Multinational Spread of U.S. Enterprises*”, recogida en la obra de Theodore H. MORAN “*The United Nations Library on Transnational Corporations*”. MORAN, Theodore H. “*The United Nations Library on Transnational Corporations*”. Obra editada por Theodore H. MORAN con la colaboración del editor general John H. DUNNING. Editorial Routledge. Volumen 7. Página 2. Año 1993. (traducción libre del autor). VERNON, Raymond. “*Sovereignty at Bay: The Multinational Spread of U.S. Enterprises*”. *Op. Cit.*

de 1970, a la importante posición que las empresas transnacionales ocuparían progresivamente en la empresa transnacional. Y es que, en la actualidad, son muchos los ejemplos de empresas transnacionales cuyo potencial económico supera al de Estados del tamaño de Suecia o Chile, por ejemplo.

También, durante las negociaciones para alcanzar una definición de empresa transnacional, se vivieron diferentes tensiones que dieron lugar a la actual definición de empresa transnacional. Como explican algunos autores, la determinación de una definición de empresa transnacional resultó una tarea complicada, ya que existían numerosos criterios e intereses de los distintos Estados que participaron en la negociación que llevaría a la elaboración de la definición de empresa transnacional incorporada en el borrador de Código de Conducta. Así, mientras que los Estados desarrollados deseaban que se incorporara a las empresas estatales a la definición, los Estados en vías de desarrollo deseaban que la definición se refiriera únicamente a las entidades de Derecho privado³¹⁰.

A lo largo de este Capítulo se ha hecho referencia también a varios autores que, además de Raymond VERNON, se han referido a la empresa transnacional, acuñando diferentes definiciones y características que han servido para referirse a este nuevo actor de la escena internacional y perfilar el concepto con el que referirse a este tipo de sociedades.

Así, por ejemplo, Theodore H. MORAN reflexiona acerca de la empresa transnacional, de la que indica que ésta responde a tres características o hechos fundamentales³¹¹:

- a. Que los Estados receptores de las empresas transnacionales reciben pocos beneficios.

En este sentido, como expone MORAN, existen múltiples factores o hipótesis que deben tenerse en cuenta a la hora de extraer una conclusión como la expuesta, como por ejemplo, las características del proyecto de inversión a realizar y, lógicamente, su importancia

³¹⁰ SORNARAJAH, Michael. *“The International Law on Foreign Investment”* (edición año 2004). *Op. Cit.* Página 243.

³¹¹ MORAN, Theodore H. *“Multinational corporations and dependency: a dialogue for dependentistas and non- dependentistas”*. Artículo publicado en la revista *“International Organization”*. Volumen 32, número 1. Páginas 79 a 100 (página 79). Año 2006.

estratégica³¹², el grado de desarrollo del Estado receptor y las condiciones en las que se encuentra el mercado local que recibe la inversión, y finalmente, el grado de certeza o falta de certeza de la inversión a realizar³¹³.

b. Que la inversión extranjera causa distorsiones en las economías locales.

Como indica Theodore H. MORAN, uno de los riesgos de la inversión extranjera reside en el hecho de que “*previene*” la creación de una economía indígena (en el sentido de “*local*”) al atraer a los inversores locales hacia el mercado del Estado de origen de la empresa transnacional³¹⁴.

Así, frente al planteamiento consistente en entender que la inversión extranjera puede servir a los efectos de (i) crear empleo local (ii) aumentar la demanda de empleo y (iii) reducir el retorno de capital al país de origen de la empresa transnacional³¹⁵, MORAN argumenta que alcanzar estas conclusiones parte de tres asunciones previas: (i) que la inversión extranjera “*añade*” a la inversión doméstica total (ii) que hay pleno empleo y (iii) que los productores locales y extranjeros utilizan tecnología equitativa en su intensidad laboral³¹⁶.

c. Que la inversión extranjera distorsiona los procesos políticos de los Estados receptores de las inversiones.

La capacidad de influencia de la empresa transnacional puede penetrar en diferentes grados en el contexto del Estado receptor de la inversión, entre otros, el correspondiente a los (i) productores locales (ii) diferentes cuerpos de profesionales técnicos del Estado y (iii) políticos que representan al Estado receptor de la inversión³¹⁷.

Existen numerosos ejemplos que muestran los resultados de la influencia política ejercida por las empresas transnacionales en el contexto de los Estados receptores de la inversión,

³¹² *Ibid.* Página 82.

³¹³ *Ibid.* Página 83.

³¹⁴ *Ibid.* Página 85. (traducción libre del autor)

³¹⁵ Así lo expone Theodore H. MORAN, al referirse a las teorías de diferentes economistas de corte neo-liberal como por ejemplo William R. CLINE. *Ibid.* Página 90.

³¹⁶ *Ibidem.*

³¹⁷ *Ibid.* Página 93.

entre ellos, algunos citados por MORAN. Un ejemplo es el de la “*Norma Hickenlooper*” (en inglés, literalmente, “*The Hickenlooper Amendment*”, en adelante la “**Norma Hickenlooper**”), en virtud de la cual el Senado de los Estados Unidos de América, a instancias de Harold GEENEN (presidente en aquellas fechas de la compañía International Telephone and Telegraph), emitió esta norma, redactada e ideada por el senador HICKENLOOPER (a quien debe su apodo), en virtud de la cual se insta al Presidente de los Estados Unidos de América a suspender la ayuda a los Estados que expropian la propiedad de los Estados Unidos de América sin una compensación rápida y efectiva³¹⁸. La Norma Hickenlooper fue adoptada mediante la introducción de una modificación a la Ley de Asistencia Extranjera de los Estados Unidos de América³¹⁹ del año 1964.

También en relación con la no injerencia de las empresas transnacionales en la política local de los Estados receptores de la inversión, es relevante indicar que en el Código de Conducta se indica que “*las corporaciones transnacionales no deberían interferir en los asuntos internos de los Estados receptores, con independencia de su participación en las actividades permitidas por las leyes, reglamentos o prácticas administrativas establecidas en dichos Estados receptores*”³²⁰. Igualmente, el Código de Conducta recoge la obligación de las empresas transnacionales de respetar la soberanía nacional de los Estados receptores de la inversión³²¹.

II. CARACTERÍSTICAS DE LA EMPRESA TRANSNACIONAL

El objetivo de este apartado consiste en realizar un ejercicio de síntesis, con el fin de determinar las características jurídicas y económicas que se atribuyen a la empresa transnacional, y que servirán a los efectos de configurar la definición de empresa transnacional.

³¹⁸ *Ibid.* Página 95.

³¹⁹ LILLICH, Richard B. “*The protection of foreign investment and the Hickenlooper Amendment*”. University of Pennsylvania Law Review, número 112, revisión 1116. Páginas 1116 a 1131 (página 1 interna). Año 1964.

³²⁰ Esta referencia se encuentra incorporada en la obra de Michael SORNARAJAH. SORNARAJAH, Michael. “*The international law on foreign investment*” (edición año 2004). *Op. Cit.* Página 251. (traducción libre del autor)

³²¹ *Ibid.* Página 243.

1. Características jurídicas

1.1. Características generales

De lo expuesto a lo largo de este Capítulo, se pueden extraer una serie de características jurídicas generales que resultan aplicables a la empresa transnacional y que exponemos a continuación:

- La empresa transnacional responde a una estructura cuyo origen se encuentra en la sociedad matriz, que tiene fijado su domicilio social en el país de origen de la empresa transnacional.
- En consecuencia, el régimen jurídico que resulta aplicable a la matriz de la empresa transnacional es el correspondiente a la legislación local del Estado de origen.
- La empresa transnacional, bajo el control de la matriz, desarrolla su actividad mercantil transnacional en diferentes Estados y a través de diferentes formas societarias, entre las que se destacan, entre otras, las figuras jurídicas de filial y sucursal, que se constituyen de conformidad con la legislación local del Estado receptor de la actividad o inversión desarrollada por la empresa transnacional.
- La constitución de la filial o sucursal por parte de la empresa matriz se puede formalizar a través de diferentes mecanismos³²² que determinan las características del flujo de inversión extranjera:
 - La adquisición por la matriz de parte o del conjunto de la propiedad de una empresa existente en el extranjero, mediante la adquisición de las acciones o participaciones representativas del capital social de la misma;
 - La formación de una nueva empresa en el extranjero, aportando la matriz el capital social, y constituyendo la nueva sociedad con arreglo al Derecho local del Estado receptor de la inversión; y

³²² TRATJENBERG, Raúl. “*El concepto de empresa transnacional*”. *Op. Cit.* Página 19.

- La ampliación de capital, con aporte de la matriz, en una empresa en el extranjero sobre la que ya existe propiedad parcial del capital por parte de terceros.
- En todo caso, lo habitual es que el capital de la filial o sucursal constituida en el país receptor de la inversión sea propiedad, ya sea de forma directa o indirecta, de la matriz de la empresa transnacional, que podrá ostentar la titularidad de forma total o parcial dependiendo de cada caso.
- La actividad mercantil de la empresa transnacional se encuentra sujeta a la legislación local de cada uno de los Estados receptores de la actividad de la empresa transnacional, y se desarrolla bajo el amparo jurídico de la filial o sucursal constituida en el Estado receptor por la matriz de la empresa transnacional.
- La sociedad matriz de la empresa transnacional ejerce como entidad de control sobre las actividades transnacionales de la empresa en las diferentes jurisdicciones, tanto desde un punto de vista económico como jurídico, siendo el marco jurídico la estructura sobre la que se estructura el control económico ejercido por la matriz.
- El control ejercido por la matriz puede realizarse por diferentes medios, tanto de naturaleza económica como jurídica, que pueden ir desde la titularidad de la propiedad del capital de cada filial o sucursal, hasta el establecimiento de un control de las relaciones comerciales o financieras de la empresa transnacional.
- Dentro de las actuaciones de control de naturaleza jurídica que pueden ejercerse por la matriz, se encontrarían las ejercidas a través de, entre otras:
 - La asunción de diferentes compromisos de hacer, no hacer, pago, y otros, nacidos de diferentes contratos de prestación de servicios, financiación y/o otra naturaleza en los que intervengan tanto la matriz como una o varias filiales o sucursales de la empresa transnacional.

- Los referidos contratos de prestación de servicios estarán sujetos a la legislación acordada por las partes, con la limitación de las diferentes legislaciones locales que afecten a cada una de las entidades por cuestiones de orden público.
 - El otorgamiento de garantías por parte de la filial o sucursal a favor de la matriz, y/o viceversa. Las garantías pueden revestir diferentes formas jurídicas, como por ejemplo garantías a primer requerimiento, fianzas solidarias o bien garantías de naturaleza real como derechos reales de prenda o hipoteca que, en su caso, deberán estar sujetos a la legislación local del Estado donde se encuentre el bien pignorado o hipotecado.
- Los recursos que se transfieren entre las diferentes sociedades que componen el entramado de la empresa transnacional no se comercializan de forma efectiva y en condiciones de mercado, sino que se trasladan mediante transacciones internas entre las diferentes sociedades, ubicadas como se indicó anteriormente en distintas jurisdicciones, y controladas por la sociedad matriz o entidad de control. Estas transacciones se instrumentan a través de los pertinentes contratos de servicios suscritos entre la sociedad matriz y las respectivas filiales y sucursales que compongan la estructura de la empresa transnacional en cada caso, sujetos a la legislación acordada por las partes, con la limitación de las diferentes legislaciones locales que afecten a cada una de las entidades por cuestiones de orden público.
 - En sentido estricto, la titularidad del capital social de las diferentes sociedades que componen la empresa transnacional debería ser de una única nacionalidad, conforme a la definición doctrinal de empresa transnacional que se expuso a lo largo de este Capítulo. Sin embargo, y como consecuencia del carácter ecléctico de este tipo de entidades, la propiedad del capital puede llegar a ser de una o varias nacionalidades, pero, en cualquier caso, siempre bajo el control final de la matriz, ya sea de forma directa o indirecta, como entidad de control.
 - La propiedad del capital social y la gestión de las sociedades que componen el entramado societario de la empresa transnacional se encuentran separadas.

1.2. La determinación de la nacionalidad de la empresa en el Derecho internacional

Como expusimos con anterioridad en este trabajo y defienden autores como DÍEZ-HOCHLEITNER, la determinación de la condición de “*inversor*” bajo un APPRI se basa en el criterio de nacionalidad³²³. Ahora bien, determinar la nacionalidad de la empresa transnacional en el contexto de un acuerdo de inversión no siempre resulta una tarea sencilla, ya que existen diferentes criterios para acometer esta tarea y aplicar el conocido como “*test de nacionalidad*”, a los que hacemos referencia a continuación³²⁴:

- El criterio del lugar de constitución de la compañía: en principio, según MUCHLINSKI, el criterio habitual es que la nacionalidad se determina haciendo referencia al lugar de constitución de la compañía³²⁵. A esto se añade que, en teoría, “*el domicilio habitualmente sigue a la constitución [de la compañía]*”³²⁶.
- La teoría de la “*ruptura del velo corporativo*”: la nacionalidad también puede determinarse aplicando la teoría conocida como “*ruptura del velo corporativo*”³²⁷, que se fundamenta en los dos siguientes criterios: (i) el lugar principal de negocios de la compañía (esto es, el domicilio) o (ii) la nacionalidad del interés de control³²⁸. La teoría de la “*ruptura del velo corporativo*” ha sido objeto de un tratamiento diferenciado tanto por las diferentes ramas del Derecho internacional como por los órganos judiciales y/o arbitrales encargados de su interpretación y aplicación:

En el contexto del Derecho internacional público, los criterios para la aplicación de la teoría de la “*ruptura del velo corporativo*” no han sido aceptados por la Corte Internacional de Justicia, que ha rechazado su aplicación en litigios como el caso

³²³ Así lo confirma, por ejemplo, la sentencia del *Caso Barcelona Traction*, citada por Javier DÍEZ-HOCHLEITNER. “*Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRIS celebrados por España con países de Latinoamérica*”. *Op. Cit.* Página 6.

³²⁴ MUCHLINSKI, Peter. “*Corporations in International Law*”. *Op. Cit.* Página 5.

³²⁵ *Ibidem*.

³²⁶ *Ibidem*. (traducción libre del autor)

³²⁷ *Ibidem*. (traducción libre del autor). Más adelante en esta tesis doctoral haremos también referencia a la teoría desarrollada por WESTBROOK (citado por CARBONNEAU) en relación con la ruptura del velo corporativo. CARBONNEAU, Thomas E. “*Cases and materials on International Litigation and Arbitration*”. *Op. Cit.* Página 38.

³²⁸ MUCHLINSKI, Peter. “*Corporations in International Law*”. *Op. Cit.* Página 5.

*“Barcelona Traction”*³²⁹. En este conflicto Bélgica reclamaba una compensación económica en representación de unos accionistas de nacionalidad belga, que eran propietarios de parte del capital social de una compañía canadiense de generación de energía cuyos activos principales estaban localizados en Cataluña (Reino de España). La demanda belga fue inadmitida sobre la base de dos fundamentos de derecho principales: (i) Bélgica no puede interponer demandas sobre la base de la aplicación del criterio analógico entre normas municipales y normas de Derecho mercantil de carácter nacional, que son las que regulan los derechos de los accionistas. La interposición de la demanda por parte de Bélgica sólo habría sido posible si la compañía Barcelona Traction hubiera dejado de existir, lo que no ocurría en este caso; y (ii) Bélgica no es el Estado donde se constituyó la compañía, y en consecuencia Bélgica no puede interponer una demanda en representación de ésta. Sólo Canadá podría interponer este tipo de demanda.

Sin embargo, en contraste con el criterio aplicado por la CIJ, en el ámbito del Derecho internacional privado en general y en particular en el ámbito del Derecho internacional de la inversión extranjera, las decisiones arbitrales adoptadas bajo la Convención del CIADI³³⁰ sí han aceptado el uso de los criterios señalados como válidos para aplicar la teoría de la *“ruptura del velo corporativo”* en conflictos como el caso *“CMS Gas Transmission Company v. Argentina”*³³¹. En este sentido, el artículo 25.2 de la Convención del CIADI establece que una persona física debe poseer la nacionalidad de un Estado contratante en la fecha en la que las partes consientan someter la disputa a la jurisdicción del CIADI, y en la fecha en la que la solicitud sea registrada por el Secretario General del CIADI³³².

Como expone MUCHLINSKI, *“los derechos de los accionistas a interponer demandas independientes basadas en el tratamiento de las compañías en las que invierten han sido aceptados en el sentido de que ser accionista habitualmente*

³²⁹ *Caso Barcelona Traction. Op. Cit.*

³³⁰ *Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Op. Cit.*

³³¹ *Caso CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina. ICSID Case No. ARB/01/8. Laudo arbitral de 17 de julio de 2003. Párrafo 51. MUCHLINSKI, Peter. “Corporations in International Law”. Op. Cit. Página 5.*

³³² *Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Op. Cit. Artículo 25.2.* El artículo 25 de la Convención del CIADI será objeto de análisis en el Capítulo V de esta tesis doctoral, en el que se formulará además una propuesta para modificar su redacción.

cualifica como una ‘inversión’ protegida en el contexto del significado que tenga en el APPRI que resulte de aplicación, obviando en consecuencia la noción tradicional del Derecho municipal según la cual sólo una corporación puede interponer una demanda que nazca de una lesión a sus intereses”³³³. En este sentido, y como ya expusimos con anterioridad en esta tesis doctoral, debe recordarse que la conocida como inversión “*portafolio*” es considerada por parte de la doctrina como acreedora de protección bajo el Derecho internacional de la inversión extranjera³³⁴.

- La teoría del “*control extranjero*” y el “*treaty shopping*”: como expone MUCHLINSKI, resulta también posible que una compañía constituida en el Estado demandado pueda interponer una demanda ante el CIADI, aún en el caso de que su nacionalidad sea la del demandado, y no la del demandante, requiriéndose para ello (i) un acuerdo expreso del demandado para tratar a la compañía como nacional de otro Estado contratante y (ii) un “*control extranjero*”³³⁵. Este proceso se fundamenta en la aplicación del controvertido criterio de “*control extranjero*”, que ha sido aceptado por el CIADI en algunos casos, como mostramos a continuación.

Este criterio ha sido aplicado por el CIADI en conflictos como el surgido en el caso “*Tokios Tokeles v. Ucrania*”³³⁶: en esta disputa, los accionistas ucranianos que controlaban el capital de una sociedad constituida bajo la legislación de la República de Lituania interpusieron una demanda contra la República de Lituania ante el CIADI, sobre la base del APPRI suscrito entre la República de Lituania y la República de Ucrania, que define al inversor como una entidad establecida en el territorio de la República de Lituania, de conformidad con sus leyes y reglamentos. Este método para determinar la nacionalidad de la sociedad fue aceptado por el panel arbitral del CIADI, aunque el Presidente del panel arbitral, Prosper WEIL, emitió un voto disidente argumentando que “*los APPRI no ofrecen*

³³³ MUCHLINSKI, Peter. “*Corporations in International Law*”. *Op. Cit.* Página 5. (traducción libre del autor)

³³⁴ Esta teoría es apoyada por diferentes autores, como Michael SORNARAJAH y Peter MUCHLINSKI. SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*”. Año 2010. *Op. Cit.* Páginas 8 a 10. MUCHLINSKI, Peter. “*Corporations in International Law*”. *Op. Cit.* Página 5.

³³⁵ *Ibid.* Página 5. (traducción libre del autor)

³³⁶ *Caso Tokios Tokeles v. The Republic of Ukraine*. ICSID Case No. ARB/02/18. Abril de 2004.

una posibilidad para los accionistas de poseer la misma nacionalidad que el Estado demandado para así beneficiarse de los procedimientos del CIADI, que fueron creados para la resolución de disputas entre inversores extranjeros y Estados receptores de inversión”³³⁷.

En línea con el planteamiento formulado por Prosper WEIL en la resolución del caso “*Tokios Tokelés v. Ucrania*”, debe tenerse en cuenta que la aplicación de criterios como el seguido en esta controversia implica el riesgo de fomentar la práctica conocida como “*treaty shopping*”. Esta práctica es definida por VAN WEEGHEL en el sentido de que “*connota una situación en la cual una persona que no tiene derecho a los beneficios de un convenio hace uso —en el más amplio significado de la palabra— de un individuo o una persona jurídica a efectos de obtener esos beneficios del tratado que no están disponibles directamente*”³³⁸.

En el contexto específico del Derecho internacional de la inversión extranjera y los APPRI, MUCHLINSKI define el “*treaty shopping*” como aquella práctica “*en virtud de la cual los inversores de un Estado pueden beneficiarse de la protección ofrecida bajo las disposiciones de un APPRI suscrito entre un segundo y un tercer Estado, de tal modo que se extiende la protección de ese APPRI a sus inversiones en el tercer Estado, aunque no exista un APPRI entre el tercer Estado y el país de origen de los inversores*”³³⁹. Esta circunstancia ha dado lugar a la creación y uso de “*compañías fantasma*” que permiten a los inversores beneficiarse de los Estados que han suscrito APPRI con Estados receptores de inversión, en circunstancias en las que la verdadera nacionalidad del interés de control podría implicar que ningún tratado daría protección a la inversión³⁴⁰. Mediante el uso del sistema de “*treaty shopping*”, los inversores de terceros Estados que no han suscrito APPRI con el Estado receptor de la inversión pueden beneficiarse de la

³³⁷ MUCHLINSKI, Peter. “*Corporations in International Law*”. *Op. Cit.* Página 6. (traducción libre del autor)

³³⁸ VAN WEEGHEL, Stef. “*The improper use of tax treaties*”. Colección “*Series on international taxation*”, número 19. Editorial Kluwer. Año 1998. Página 119. (traducción libre del autor)

³³⁹ MUCHLINSKI, Peter. “*Corporations and the Uses of Law: International Investment Arbitration as a Multilateral Legal Order*”. *Op. Cit.* Página 3. (traducción libre del autor)

³⁴⁰ *Ibid.* Página 18.

protección otorgada por el tratado sobre la base de la nacionalidad de la “*compañía fantasma*”³⁴¹.

- La aplicación del criterio de los bienes de la compañía y la doctrina del “*forum non conveniens*”: en el caso “*Bhopal*”³⁴², los tribunales estadounidenses (en este caso los tribunales de Distrito de Nueva York) debían determinar hasta qué punto los bienes de la compañía matriz Union Carbide, distribuidos a nivel mundial, podían posibilitar la interposición de una demanda contra su filial hindú ante la jurisdicción norteamericana. Finalmente, la corte competente rechazó ejercer su jurisdicción en este conflicto aplicando para ello la conocida doctrina del “*forum non conveniens*”, que prevé que una corte puede negarse a juzgar un caso sobre el que podría ejercer jurisdicción, fundamentando su decisión en que entienda que es preferible que el caso sea enjuiciado en una jurisdicción distinta y que también podría ser considerada competente para conocer de la disputa.

1.3. La notificación a la matriz de la empresa transnacional

Por último y en el contexto del análisis de las características jurídicas aplicables a la empresa transnacional, debemos hacer referencia a un elemento adicional que resulta de especial relevancia en el ámbito de la inversión extranjera, que es el relativo a notificación de la demanda a la corporación transnacional en el contexto de una controversia. Para ello analizamos a continuación el caso “*Volkswagenwerk Aktiengesellschaft v. Schlunk*”, resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América (en adelante la “**Suprema Corte**”) en el año 1988³⁴³.

En este conflicto, el hijo de un matrimonio fallecido en un accidente de tráfico en Estados Unidos de América interpuso una demanda en dicho Estado contra la compañía Volkswagen of America, Inc. (VWoA) alegando defectos en el automóvil, diseñado y vendido por la demandada VWoA. Cuando VWoA rechazó que hubiera diseñado o

³⁴¹ *Ibidem.* (traducción libre del autor)

³⁴² *Caso In Re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India. Op. Cit.* Para un resumen completo del caso véase lo indicado al respecto por Thomas CARBONNEAU. CARBONNEAU, Thomas E. “*Cases and materials on International Litigation and Arbitration*”. *Op. Cit.* Página 38.

³⁴³ *Caso Volkswagenwerk Aktiengesellschaft v. Schlunk.* Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. Caso número 86-1052. Sentencia de 15 de junio de 1988.

montado el vehículo, el demandante amplió la demanda para añadir como demandado al socio único de VWoA, la compañía alemana Volkswagenwerk Aktiengesellschaft (VWAG). La matriz alemana VWAG, en respuesta a la demanda interpuesta, alegó que la notificación a VWAG no había sido correctamente realizada al haberse interpuesto directamente en Estados Unidos de América contra su filial norteamericana, VWoA.

La Suprema Corte, aplicando para ello su propia interpretación sobre el Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial (la “**Convención de la Haya sobre Notificaciones**”)³⁴⁴, rechazó la alegación de VWAG al establecer que ambas compañías matriz y filial están tan íntimamente relacionadas que VWoA ejerce el papel de agente de notificaciones de su matriz alemana en Estados Unidos de América como una cuestión de Derecho, actuando así como agente “*involuntario*” de notificaciones de su matriz, con independencia del fallo o rechazo de VWAG a la hora de designar a VWoA como su agente de notificaciones en Estados Unidos de América.

Una de las cuestiones relevantes en torno al caso “*Volkswagenwerk Aktiengesellschaft v. Schlunk*” es la relativa a la interpretación de la Convención de la Haya sobre Notificaciones por parte de la Suprema Corte: al no existir un estándar en este tratado internacional para establecer qué se entiende por notificación, la Suprema Corte establece que debe acudirse a lo previsto en la legislación interna del Estado que ejerce jurisdicción sobre la controversia, en este caso el Derecho del Estado de Illinois, que autoriza a notificar a la matriz de una compañía estadounidense directamente en Illinois, sin necesidad de remitir documentación al Estado de nacionalidad de la matriz, en este caso la República Federal de Alemania. Así, y en tanto en cuanto la notificación realizada a la matriz es considerada válida bajo el Derecho interno del Estado de Illinois, la Suprema Corte considera que esta notificación es conforme con la Convención de la Haya sobre Notificaciones.

A estos efectos, subrayamos que aunque la Convención de la Haya sobre Notificaciones guarda silencio en lo que se refiere al concepto de notificación, no lo es menos que, en

³⁴⁴ *Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial*. Hecho en La Haya el 15 de noviembre de 1965. En vigor desde el 10 de febrero de 1969.

términos generales, los tratados internacionales se construyen de una forma más generosa o laxa que los acuerdos privados, por lo que para determinar de forma clara su significado debe irse más allá de su redacción y buscar la explicación en la propia historia del tratado, sus negociaciones y la construcción práctica adoptada por las partes³⁴⁵. En el caso concreto de la Convención de la Haya sobre Notificaciones, la historia del tratado muestra que el concepto de notificación debe ser determinado aplicando la legislación del Estado que ejerce jurisdicción sobre el conflicto.

2. Características económicas

A la hora de exponer las diferentes características de la empresa transnacional, además de perfilar este concepto desde un punto de vista jurídico, resulta también fundamental atender a los factores de naturaleza económica que definen a la empresa transnacional, y que como se expondrá a continuación, muestran un perfil de este tipo de entidades que se podría equiparar en muchos casos más al de un Estado que al de una entidad de Derecho privado.

2.1. El gran tamaño de la empresa

Uno de los hechos diferenciadores que caracterizan a las empresas transnacionales es el relativo a su tamaño. Ahora bien, antes de determinar los parámetros económicos que podrían servir como medida para la determinación del carácter transnacional de una empresa, es necesario tener en cuenta que existen diferentes criterios para la determinación de estas medidas: Raymond VERNON dedicó sus estudios durante el año 1965 a las quinientas primeras empresas de la lista publicada por la revista norteamericana “Fortune”. Unos años más tarde, y en línea quizás con el crecimiento del negocio y actividad internacional de este tipo de entidades, el Centro sobre Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas elaboró durante las décadas de 1970 y 1980 una exhaustiva base de datos en la que se incluyó a todas aquellas empresas con actividad transnacional que generaran más de mil millones de dólares en ventas³⁴⁶.

³⁴⁵ Este criterio ha sido fijado por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el *Caso Air France v. Saks*. *Caso Air France v. Saks*. Suprema Corte de los Estados Unidos de América, 470 U.S. 392. Sentencia del 4 de marzo de 1985.

³⁴⁶ TRATJENBERG, Raúl. “*El concepto de empresa transnacional*”. *Op. Cit.* Página 13.

Y es que el tamaño de algunas empresas transnacionales resulta incluso superior al de Estados del tamaño, por ejemplo, de Suecia. Así lo expone Dorothy TANCK DE ESTRADA, quien explica que la empresa Wal Mart Stores tuvo unas ventas de 256.33 miles de millones de dólares en el año 2004, mientras que Suecia generó un Producto Interior Bruto de 250.17 miles de millones de dólares para ese mismo periodo, y por lo tanto inferior al volumen de ventas de Wal Mart Stores ³⁴⁷.

A continuación, y como muestra de lo que se expone en este apartado al hacer referencia al tamaño de la empresa transnacional, en comparación con el de Estados soberanos, se acompaña un cuadro comparativo que recoge la relación, en el año 2016, entre el volumen de ventas anuales de ciertas empresas transnacionales y el Producto Interior Bruto (en adelante “**PIB**”) de algunos Estados ^{348 349}:

| Puesto Ranking Mundial | Empresa | Ventas 2016 (Miles Millones Dólares) | PIB 2016 (Miles Millones Dólares) | País | Puesto Ranking Mundial |
|-------------------------------|------------------------|---|--|-----------------|-------------------------------|
| 1 | Wal-Mart Stores | 485,3 | 514,5 | Suecia | 22 |
| 2 | Sinopec | 255,7 | 278,9 | Pakistan | 42 |
| 3 | Toyota Motor | 249,9 | 247,0 | Chile | 43 |
| 4 | Volkswagen | 240,3 | | | |
| 5 | Royal Dutch Shell | 234,8 | 238,5 | Finlandia | 44 |
| 6 | Berkshire Hathaway | 222,9 | 221,4 | Bangladesh | 45 |
| 7 | Apple | 217,5 | 205,3 | Vietnam | 46 |
| 8 | Petrochina | 214,8 | 204,8 | Portugal | 47 |
| 9 | Exxon Mobil | 197,5 | 195,3 | República Checa | 48 |
| 10 | McKesson | 196,5 | 192,7 | Grecia | 49 |
| 11 | United Health Group | 184,9 | 185,0 | Nueva Zelanda | 52 |
| 12 | British Petroleum (BP) | 183,8 | | | |
| 13 | CVS Health | 177,5 | 171,5 | Iraq | 53 |
| 14 | Samsung Electronics | 174,0 | | | |
| 15 | Daimler | 169,5 | 159,0 | Algeria | 54 |

³⁴⁷ TANCK DE ESTRADA, Dorothy. “*Régimen jurídico internacional de las empresas transnacionales en la esfera de los derechos humanos*”. Editorial Porrúa. Página 10. Año 2005.

³⁴⁸ (i) Información sobre el volumen de ventas obtenida de la lista de la revista *Forbes*, disponible en Internet en la web <www.forbes.com>. *Op. Cit.* El listado se organiza por volumen de ventas de las compañías a nivel mundial. (ii) Datos sobre Estados obtenidos de la página oficial en Internet del Banco Mundial, disponible en Internet en la web del Banco Mundial. Página oficial en Internet del Banco Mundial, disponible en Internet en el siguiente enlace: <http://databank.worldbank.org/data/download/GDP.pdf>. Referencias del 24 de enero de 2018.

³⁴⁹ El Producto Interior Bruto se define como “*el valor total no duplicado de los bienes y servicios económicos producidos dentro de las fronteras del país. Es igual al consumo más la formación bruta de capital más las exportaciones menos las importaciones, e incluye los productos de subsistencia producidos por los hogares para su propio consumo que se valoran equiparándolos a los precios corrientes locales de productos comparables*”. Definición extraída del Glosario del Banco Mundial. *Glosario del Banco Mundial*. Disponible en la página oficial en Internet del Banco Mundial. *Ibid.*

Del análisis de la comparación realizada en el cuadro que acaba de exponerse se pueden extraer algunas conclusiones relevantes entre las que destacamos las siguientes:

- En el cuadro se muestran varios ejemplos de empresas cuyo volumen de ventas supera al tamaño de Estados, basándonos en la información del Banco Mundial: tal sería el caso de Apple, cuyo volumen de ventas supera al PIB de Vietnam, o de Toyota Motor, que supera a Chile. También se observa el ejemplo de McKesson, que supera en volumen de ventas al PIB de Grecia.
- En total, encontramos un grupo de quince empresas que, respondiendo a las características para poder ser consideradas empresas transnacionales, conforme a los criterios tanto de la doctrina como de las Naciones Unidas, presentan un volumen de ventas que las equipara e incluso ubica por encima de algunos Estados en términos de comparación con el PIB de estos países, conforme al criterio del Banco Mundial.
- En términos de comparación económica, conforme al criterio del Banco Mundial, se observa cómo este grupo de empresas se ubica por potencial económico en una posición paralela a la de Estados ubicados entre los primeros cincuenta a nivel global.
- Continuando con el razonamiento anterior, en términos de volumen de ventas (siempre según la fuente consultada), podría considerarse que Wal-Mart Stores ocuparía el puesto 23 por tamaño en el listado de Estados a nivel mundial.

A la vista de los datos que se acaban de exponer, llamamos nuevamente a una reflexión sobre la consideración jurídica de la empresa transnacional como sujeto del Derecho internacional: si, como se observa, existen numerosos ejemplos de empresas transnacionales cuyo tamaño y potencial económico (por volumen de ventas) supera al PIB de muchos Estados ubicados, según datos oficiales del Banco Mundial, en la lista de los primeros treinta Estados mundiales por volumen de PIB, cabe abrir una reflexión sobre el motivo por el cual estas entidades carecen aún a día de hoy de consideración jurídica como sujetos del Derecho internacional. La motivación económica debería constituir, cuando menos, un argumento para llamar a la reflexión sobre la necesidad de

actualización del marco jurídico internacional, cuestión sobre la que se continuará reflexionando a lo largo de esta tesis doctoral.

Por último, y en términos de consideración de la empresa transnacional en cuanto a su tamaño, se debe también tener en cuenta que, de conformidad con la definición de empresa transnacional acuñada por las Naciones Unidas, no se debe excluir del concepto de empresa transnacional a las pequeñas y medianas empresas que realizan una actividad transnacional generando un volumen de negocio inferior a los mil millones de dólares, sino que la definición aportada por las Naciones Unidas debe ser extendida a todas las empresas que ejerzan una actividad de naturaleza transnacional³⁵⁰.

2.2. Separación de propiedad y control

Otra de las características esenciales que pueden atribuirse a toda empresa transnacional es aquélla que hace referencia a la separación entre la propiedad del capital de la compañía y la gestión de la misma. Como indica Raúl TRATJENBERG esta división se basa en:

“(i) la dispersión de la propiedad a través de la comercialización de los paquetes originales de acciones en el mercado público, que determina una proliferación de accionistas. Este proceso se alimenta con los mecanismos divisorios de la herencia y con la necesidad de aglutinar capitales para operar a mayores escalas; y

(ii) la necesidad de disponer de una clase de administradores profesionales y técnicamente adiestrados.”³⁵¹

2.3. Comportamiento oligopólico

Otro de los atributos que habitualmente pueden asignarse a la empresa transnacional es aquél que se refiere a su comportamiento oligopólico. Así, resulta habitual que las

³⁵⁰ TRATJENBERG, Raúl. “El concepto de empresa transnacional”. *Op. Cit.* Página 13.

³⁵¹ *Ibid.* Página 14.

empresas transnacionales operen en el ámbito de al menos una industria oligopólica³⁵². De hecho, existen diversos estudios empíricos que muestran la correlación positiva entre la concentración de productores o vendedores en el mercado originario, y la expansión transnacional³⁵³.

2.4. Propiedad de las filiales

Bajo el criterio de las Naciones Unidas, en el contexto de una empresa transnacional se considerará (i) filial subsidiaria aquélla en la que consten titulares de la propiedad mayoritaria y minoritaria desde el veinticinco por ciento del capital, y (ii) filial asociada aquélla en la que la propiedad del capital va desde el diez por ciento hasta el veinticinco por ciento del capital³⁵⁴. Estos constituyen los criterios esenciales para considerar una filial incluida en el ámbito de una empresa transnacional³⁵⁵.

2.5. El control económico

Otra de las características fundamentales, que se desarrolla de forma paralela a la del control jurídico, es la del control económico ejercido por la matriz sobre el entramado societario que compone la empresa transnacional.

El control económico puede establecerse a través de diferentes mecanismos, entre los cuales el más habitual es el de la ostentación de la propiedad (directa o indirecta) del capital social de las filiales o sucursales de la matriz en los diferentes Estados destinatarios de las actividades de la empresa transnacional. Ahora bien, no se trata del único criterio relevante, sino que existen otros elementos relevantes que deben ser tenidos en cuenta tales como por ejemplo los relativos a la titularidad de las relaciones de tipo comercial, financiero o tecnológico mantenidas por la empresa transnacional³⁵⁶.

³⁵² *Ibid.* Página 16.

³⁵³ Raúl TRATJENBERG cita a CAVES en su obra "*El concepto de empresa transnacional*". *Ibid.* Página 16. CAVES, Richard. "*Multinational Enterprise and Economic Analysis*". Cambridge University Press. Año 1982. Cambridge (Reino Unido).

³⁵⁴ *Ibid.* Página 20.

³⁵⁵ Así lo expone Raúl TRATJENBERG. *Ibid.* Página 21.

³⁵⁶ *Ibid.* Páginas 21 y 22.

Así, lo habitual es que la combinación de las diferentes formas de control económico por parte de la matriz, tanto directas como indirectas, permitan a la matriz de la empresa transnacional ejercer un control sobre toda su estructura y actividad, que se verá a su vez apoyado sobre una estructura jurídica de soporte construida en paralelo. Como expone TRATJENBERG *“esta capacidad de combinar formas directas e indirectas de control, que conforma un agente privado reuniendo poderes económicos totalmente desconocidos hasta el presente, es una de las novedades más importantes que introducen las ET – empresas transnacionales - en las relaciones económicas internacionales”*³⁵⁷.

³⁵⁷ *Ibid.* Páginas 22 y 23.

CAPÍTULO III: RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA TRANSNACIONAL:

LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA TRANSNACIONAL

Una vez aclarado y acotado el concepto de empresa transnacional, procede ahora realizar un estudio panorámico del régimen jurídico que les resulta aplicable, con el fin de poder determinar los mecanismos disponibles actualmente para reclamar las violaciones de derechos humanos acometidas por este tipo de entidades. Para ello, comenzaremos por hacer referencia a algunos antecedentes históricos en el ámbito del Derecho internacional de la inversión extranjera que resultan relevantes para este trabajo, por cuanto suponen los primeros ejemplos de la incorporación de referencias al Derecho internacional de los derechos humanos a esta rama del Derecho internacional.

A continuación, procederemos a realizar un análisis detallado de los instrumentos jurídicos disponibles en la actualidad en esta materia, comenzando por los de naturaleza normativa (tanto españoles, como en el Derecho comparado y a nivel jurídico internacional), para a continuación ofrecer una panorámica de los distintos mecanismos judiciales existentes para el enjuiciamiento de violaciones de los derechos humanos, tanto a nivel doméstico como internacional.

También en este Capítulo realizaremos un análisis de algunas soluciones alternativas disponibles a nivel jurídico para la problemática planteada, entre las que se cuentan las ofrecidas por el mecanismo de litigio transnacional, los medios alternativos de resolución de controversias (entre los que destacan la mediación, la conciliación y el arbitraje) y por supuesto, la responsabilidad social corporativa. Finalmente, prestaremos atención a las opiniones formuladas por la doctrina especializada en esta materia y dentro de la cual destacan propuestas innovadoras, como las ofrecidas por Todd WEILER o Steven RATNER, entre otros autores a quienes haremos referencia más adelante.

La finalidad que perseguimos con el contenido de este Capítulo es la de ofrecer un compendio lo más detallado posible de los diferentes mecanismos e instrumentos jurídicos disponibles en la actualidad en materia de responsabilidad de la empresa transnacional por violaciones de los derechos humanos, con el fin de mostrar las

debilidades y fortalezas del sistema vigente para de este modo poder ofrecer una solución razonada al respecto.

Comenzaremos pues analizando el régimen jurídico existente en el Derecho español en la actualidad, tanto desde la perspectiva del Derecho penal positivado en nuestro ordenamiento jurídico como a partir de otra clase de instrumentos jurídicos en cuyo diseño e implementación se encuentra inmerso el Gobierno de España a fecha de elaboración de esta tesis doctoral. Proseguiremos con un análisis de Derecho comparado, que tiene la finalidad de mostrar los diferentes mecanismos jurídicos disponibles para el resarcimiento de violaciones de los derechos humanos, tanto a nivel doméstico como internacional.

Posteriormente realizaremos un análisis detallado de los diferentes instrumentos judiciales disponibles para el enjuiciamiento de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales. Entre otras, y por lo que se refiere a los mecanismos judiciales domésticos, se hará referencia a la posibilidad de reclamación a través del Derecho interno de los Estados, concretamente en relación con el *Alien Tort Claims Statute* y el *Torture Victim Protection Act*³⁵⁸, que aparecen en los Estados Unidos de América como una vía alternativa para la reclamación de violaciones de los derechos humanos a través de la responsabilidad civil extracontractual. Por lo que respecta a los mecanismos judiciales internacionales también en este Capítulo se ofrecerá una panorámica sobre este tipo de instrumentos, prestando además especial atención a su efectividad y virtualidad práctica.

Tampoco podía faltar en este Capítulo una referencia a los medios alternativos de resolución de controversias, con un especial acento en el arbitraje, así como a la responsabilidad social corporativa, para finalmente dar cierre a este Capítulo haciendo referencia a la opinión de la doctrina.

³⁵⁸ Dinah SHELTON hace una breve referencia a la historia del “*Alien Tort Claims Statute*” en SHELTON, Dinah. “*Remedies in International Human Rights Law*”. *Op. Cit.* Página 161.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN MATERIA DE ACUERDOS DE INVERSIÓN Y DERECHOS HUMANOS

Antes de analizar el régimen jurídico aplicable a la empresa transnacional en la actualidad en el contexto del Derecho internacional, consideramos relevante hacer referencia en este Capítulo a algunos antecedentes históricos que son de especial interés para esta tesis doctoral, y que tienen que ver con la referencia al Derecho internacional de los derechos humanos en el contexto de los acuerdos de inversión, en tanto que principal herramienta jurídica informadora del Derecho internacional de la inversión extranjera.

En este sentido, a nivel bilateral analizaremos el modelo de APPRI elaborado por el Reino de Noruega (el “**Modelo de APPRI Noruego**”), así como el caso de la República de Sudáfrica. En términos regionales analizaremos ciertas disposiciones del acuerdo que regula el Mercado Común para el Sur y el Este de África (en inglés, *Common Market for Eastern and Southern Africa – COMESA - Common Investment Area*) y, finalmente, a nivel multilateral estudiaremos el caso del “*Acuerdo Multilateral de Inversión*” (por sus siglas en inglés, *Multilateral Agreement on Investment*, o “**MAI**”) cuyas negociaciones fueron auspiciadas por la OCDE.

1. Referencia a los derechos humanos en el texto de los APPRI

Aunque a fecha de elaboración de esta tesis doctoral son escasos los ejemplos de referencias a los derechos humanos en el contexto de acuerdos bilaterales de inversión, existen algunos precedentes históricos que acreditan que ya en el pasado reciente se han incorporado referencias a los derechos humanos al texto de este tipo de tratados internacionales.

En primer lugar, nos referimos al caso del Modelo de APPRI Noruego, elaborado por este país en el año 2007³⁵⁹, y en cuyo artículo 32 se establece lo siguiente³⁶⁰:

“ARTÍCULO [32]

RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA

Las Partes acuerdan animar a los inversores a conducir sus actividades inversoras en cumplimiento con las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y a participar en el Pacto Global de las Naciones Unidas”.

Como se puede observar, el Modelo de APPRI Noruego incluye ya una referencia indirecta a los derechos humanos, haciendo para ello mención tanto a las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales como al Pacto Global de las Naciones Unidas, instrumentos que proporcionan cierto grado de protección en materia de derechos humanos en general, derechos laborales, protección medioambiental y medidas anti-corrupción.

El Modelo de APPRI Noruego constituye una referencia especialmente relevante a efectos de esta tesis doctoral, ya que se trata del primer ejemplo histórico de la incorporación de referencias a derechos humanos en el texto de un APPRI³⁶¹ y, en consecuencia, de un caso que sienta un precedente que podría marcar la tendencia a seguir en el contexto de la inversión extranjera y los derechos humanos. A pesar de que el Gobierno de Noruega no llegó a adoptar el Modelo de APPRI Noruego³⁶², como expone

³⁵⁹ Peter MUCHLINSKI hace referencia al Modelo de APPRI Noruego en varios de sus artículos. MUCHLINSKI, Peter. “Corporations and the Uses of Law: International Investment Arbitration as a Multilateral Legal Order”. *Op. Cit.* Página 32. El Modelo de APPRI Noruego se encuentra disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). *Agreement between the Kingdom of Norway and [] for the Promotion and Protection of Investments*. Año 2007. Disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) en el siguiente enlace: < <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2873>>. Referencia del 24 de enero de 2018.

³⁶⁰ *Ibid.* Artículo 32. (traducción libre del autor)

³⁶¹ Así lo establece Peter MUCHLINSKI. MUCHLINSKI, Peter. “The Changing Face of Transnational Business Governance: Private Corporate Law Liability and Accountability of Transnational Groups in a Post-Financial Crisis World”. *Op. Cit.* Página 701.

³⁶² Así lo indica Damon VIS-DUNBAR. VIS-DUNBAR, Damon. “Norway Shelves Its Proposed Model Bilateral Investment Treaty”. Artículo publicado en la revista “Investment Treaty News”. 8 de junio de 2009. Disponible para su consulta en el siguiente enlace: < <https://www.iisd.org/itn/2009/06/08/norway-shelves-its-proposed-model-bilateral-investment-treaty/>>. Referencia del 24 de enero de 2018.

MUCHLINSKI “[...] el sólo hecho de que una cláusula [como la 32] haya sido incluida en un modelo de APPRI es por sí mismo altamente significativo y podría indicar que algunos países están considerando seriamente un movimiento hacia un mayor balance entre derechos y obligaciones, de tal modo que los intereses de otras partes interesadas estén mejor protegidos”³⁶³.

En todo caso, y a pesar de la relevancia histórica del Modelo de APPRI Noruego, debemos tener en cuenta varias cuestiones en lo que respecta a su eficacia jurídica:

- Los instrumentos a los que hace referencia el artículo 32 del Modelo de APPRI Noruego son, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, elementos pertenecientes al ámbito de la responsabilidad social corporativa, aunque puedan ser considerados como herramientas de “*soft law*”³⁶⁴.
- Además, la obligación incorporada en el artículo 32 del Modelo de APPRI Noruego tiene la naturaleza de una obligación jurídicamente no vinculante para el inversor, por lo que no podría utilizarse como fundamento para la interposición de una demanda por parte del Estado receptor de la inversión, de conformidad con las disposiciones del propio Modelo de APPRI Noruego en materia de derechos del inversor³⁶⁵.

Encontramos otro ejemplo de la demanda de incorporación de los derechos humanos al ámbito de los APPRI en el caso de la República de Sudáfrica, que en el proceso de revisión de su modelo de APPRI recibió comentarios por parte de la Comisión Sudafricana de Derechos Humanos, así como por parte del Representante Especial, reclamando al Gobierno de la República de Sudáfrica que aprovechara la ocasión de la revisión del modelo de APPRI para considerar el marco jurídico de derechos humanos en la operativa de la inversión extranjera³⁶⁶.

³⁶³ MUCHLINSKI, Peter. “*The Changing Face of Transnational Business Governance: Private Corporate Law Liability and Accountability of Transnational Groups in a Post-Financial Crisis World*”. *Op. Cit.* Página 701. (traducción libre del autor)

³⁶⁴ Definición de “*soft law*”, término jurídico. MARTIN, Elizabeth A. “*A Dictionary of Law*”. *Op. Cit.*

³⁶⁵ MUCHLINSKI, Peter. “*The Changing Face of Transnational Business Governance: Private Corporate Law Liability and Accountability of Transnational Groups in a Post-Financial Crisis World*”. *Op. Cit.* Página 701.

³⁶⁶ *Ibid.* Página 702.

En términos generales, la incorporación de cláusulas relativas a derechos humanos en el texto de los APPRI supone, como mostraremos a lo largo de esta tesis doctoral, un mecanismo que podría abrir una puerta a la posibilidad de otorgar una mayor protección a este tipo de derechos en el contexto de la inversión extranjera. Como expone MUCHLINSKI “*el punto de inicio es que las preocupaciones sobre derechos humanos no deberían mantenerse aparte de asuntos de política comercial más amplios, incluyendo la inversión*”³⁶⁷.

2. Ejemplos regionales: el Acuerdo de Inversión de COMESA

A nivel regional destacamos el ejemplo del Acuerdo de Inversión para el Mercado Común para el Sur y el Este de África (COMESA), que establece lo siguiente³⁶⁸:

“Artículo 28 (9)

Un Estado Miembro contra el que se interponga una demanda por parte de un inversor COMESA bajo las disposiciones de este artículo, podrá alegar como defensa, contrademanda, derecho de renuncia u otra reclamación similar, que el inversor COMESA que interpuso la demanda no ha cumplido con sus obligaciones bajo el presente Acuerdo, incluyendo las obligaciones de cumplir con todas las medidas domésticas aplicables, o que no ha adoptado todos los pasos o decisiones razonables para mitigar posibles daños”.

La cláusula mostrada supone, en la práctica, un intento por equilibrar las obligaciones de las partes bajo el acuerdo regulador de COMESA, aunque su aplicación podría ser evitada a través del recurso a la práctica del “*treaty shopping*”³⁶⁹, a la que ya nos hemos referido con anterioridad.

³⁶⁷ *Ibidem.* (traducción libre del autor)

³⁶⁸ *Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area.* Año 2007. Artículo 28 (9). Disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) en el siguiente enlace: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3092>>. Referencia del 24 de enero de 2018. (traducción libre del autor)

³⁶⁹ MUCHLINSKI, Peter. “*Corporations and the Uses of Law: International Investment Arbitration as a Multilateral Legal Order*”. *Op. Cit.* Página 22. (traducción libre del autor)

3. El caso del “Multilateral Agreement on Investment” de la OCDE

Cerramos el apartado relativo a los antecedentes de referencias a los derechos humanos en el Derecho internacional de la inversión extranjera incorporando una referencia al “*Multilateral Agreement on Investment*” (en castellano, Acuerdo Multilateral sobre Inversión)³⁷⁰ cuyas negociaciones fueron auspiciadas por la OCDE, aunque finalmente no cristalizaran en la adopción de un acuerdo³⁷¹.

El MAI constituye el primer ejemplo en la historia del Derecho internacional de la inversión extranjera de un tratado que incluye referencias al Derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la referencia incluida en este borrador de tratado internacional es más débil, desde el punto de vista de su eficacia jurídica, que la incluida en el Modelo de APPRI Noruego, ya que se limita a la incorporación de un anexo con el texto de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, cuya adopción se deja al arbitrio de las partes y es de carácter no vinculante.

De hecho, el propio texto consolidado del borrador del MAI, que refleja las negociaciones que tuvieron lugar entre las partes, indica expresamente que “*la anexión de las Directrices no debería influir en la interpretación o aplicación del acuerdo, incluso para el propósito de la resolución de disputas; ni tampoco modificar su carácter no vinculante*”³⁷².

II. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DISPONIBLES EN LA ACTUALIDAD

1. Instrumentos jurídicos en el Derecho español

³⁷⁰ *Multilateral Agreement on Investment. Draft consolidated text.* Versión que consolida el texto del acuerdo considerado a lo largo de las negociaciones hasta el momento en que se discontinuaron en abril de 1998. Disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la OCDE en el siguiente enlace: <<http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>>. Referencia del 24 de enero de 2018.

³⁷¹ En este sentido, la página oficial de la OCDE indica que las negociaciones para la adopción del *Multilateral Agreement on Investment* se discontinuaron en el año 1998. Información disponible en el siguiente enlace: <<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/multilateralagreementoninvestment.htm>>. Referencia del 24 de enero de 2018.

³⁷² *Multilateral Agreement on Investment. Draft consolidated text. Op. Cit.* Página 96. (traducción libre del autor)

El régimen jurídico disponible en España en materia de empresas transnacionales y determinación de responsabilidad puede describirse a través de tres instrumentos independientes y de distinta naturaleza jurídica, que se encuentran a fecha de elaboración de esta tesis doctoral en puntos de madurez variados, tal como mostraremos a lo largo de este Capítulo, y de los que hacemos a continuación una breve referencia:

- Derecho penal: los instrumentos disponibles en el Derecho penal, especialmente en materia de determinación de la responsabilidad de la empresa, suponen la piedra angular sobre la que se perfila el marco jurídico aplicable a las empresas transnacionales bajo el Derecho español.
- Principios Rectores: la incorporación al ordenamiento jurídico español de los Principios Rectores aprobados por las Naciones Unidas³⁷³ en el año 2011 se realizó formalmente el día 28 de julio de 2017 a través de la aprobación, por parte del Consejo de Ministros, del Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos (en adelante el “**Plan Nacional Español**”)³⁷⁴. El Plan Nacional Español fue incorporado además al ordenamiento jurídico español a través de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Resolución de 1 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores, por la que se publica el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos³⁷⁵.
- Punto Nacional de Contacto: el Gobierno de España ha implementado medidas relacionadas con la empresa y los derechos humanos, y en particular, en relación

³⁷³ *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit.*

³⁷⁴ *Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España.* Documento aprobado por el Consejo de Ministros el día 28 de julio de 2017. Disponible para su consulta en el siguiente enlace oficial en Internet del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación: << <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/DerechosHumanos/Documents/170714%20PAN%20Empresas%20y%20Derechos%20Humanos.pdf>>>. Adicionalmente, en la página oficial en Internet del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se puede acceder al enlace en el cual se encuentra colgada la versión oficial del Plan Nacional de Empresa y Derechos Humanos aprobado por el Consejo de Ministros el pasado día 28 de julio de 2017. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit* Referencias del 29 de enero de 2018. Véase a estos efectos lo indicado en el siguiente enlace a la página oficial en Internet del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, en el que se confirma la aprobación del Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos por el Consejo de Ministros, con fecha 28 de julio de 2017, a propuesta del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación: << http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/ElMinisterioInforma/Paginas/Noticias/20170814_MINISTERIO13.aspx>>. Referencia del 29 de enero de 2018.

³⁷⁵ *Resolución de 1 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores, por la que se publica el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos.* Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 222 de fecha 14 de septiembre de 2017.

con la implementación de las Líneas Directrices de la OCDE sobre Empresas Multinacionales, mediante la creación del Punto Nacional de Contacto³⁷⁶. Además, desde el año 2015, el Gobierno de España cuenta con una Guía de Procedimiento para la Resolución de Casos Específicos (en adelante la “**Guía Española de Procedimiento**”), documento elaborado por la Subdirección General de Comercio e Internacional de Servicios e Inversiones de la Secretaría de Estado de Comercio en el que se explica de forma detallada el procedimiento para la tramitación ante el Punto Nacional de Contacto de casos específicos sobre la inapropiada aplicación de las Líneas Directrices por una empresa multinacional³⁷⁷.

- Responsabilidad Social Corporativa: en el año 2014 se hizo pública por el Gobierno de España a través del Ministerio de Empleo y Seguridad Social la “*Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora*”³⁷⁸.

1.1. Derecho penal

³⁷⁶ Punto Nacional de Contacto de las Líneas Directrices. Disponible para su acceso en la página oficial en Internet del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (Secretaría de Estado de Comercio) en el siguiente enlace: <http://www.comercio.gob.es/es-ES/inversiones-exteriores/punto-nacional-contacto-lineas-directrices/Paginas/El_PNC.aspx>. Referencia del 24 de enero de 2018.

³⁷⁷ *Guía de Procedimiento para la Resolución de Casos Específicos. Punto Nacional de Contacto de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Descripción breve. Procedimiento para la tramitación ante el Punto Nacional de Contacto de casos específicos sobre la aplicación inapropiada de las Líneas Directrices por una empresa multinacional.* Documento elaborado por la Subdirección General de Comercio Internacional de Servicios e Inversiones. Secretaría de Estado de Comercio del Ministerio de Economía y Competitividad. 1 de septiembre de 2015. Disponible para su consulta en el siguiente enlace oficial en Internet del Ministerio de Economía y Competitividad: <<http://www.comercio.gob.es/es-ES/inversiones-exteriores/punto-nacional-contacto-lineas-directrices/PDF/Guia-Procedimiento-PNC-15-11-20.pdf>>. Referencia del 24 de enero de 2018.

³⁷⁸ *Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas. Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora.* Documento elaborado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y aprobado por el Consejo de Ministros del Gobierno de España en su reunión celebrada el día 24 de octubre de 2014. Para mayor información sobre la aprobación de este documento véase el siguiente enlace oficial en Internet del Gabinete de Comunicación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: <<http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/2336>>. Referencia del 24 de enero de 2018. Documento completo disponible para su consulta en el siguiente enlace en Internet de la Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES): <http://www.cepes.es/index.php?action=carga&a=archivo_564b17c6ad112.pdf>. Referencia del 24 de enero de 2018.

Como hemos comentado con anterioridad, una de las primeras cuestiones a las que se debe prestar atención en materia de responsabilidad de la empresa transnacional, debe ser la de analizar el trato dado a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito doméstico, y en concreto en el caso que nos ocupa, en lo que respecta al marco jurídico español.

La doctrina ha discutido de forma continuada sobre el hecho de si una persona jurídica debería ser o no sujeto de responsabilidad penal, pudiéndose concluir de tal debate que al menos los colectivos societarios sí que deben ser considerados sujetos de responsabilidad en el ámbito penal. Así, como afirma DÍEZ RIPOLLÉS, dichos colectivos societarios “*se han convertido en un sujeto autónomo, cotidiano y protagonista en las interacciones sociales de las sociedades capitalistas avanzadas, por lo que están presentes en la comisión de delitos muy diversos*”³⁷⁹.

Volviendo en cualquier caso al análisis del régimen jurídico local, debe subrayarse que el ámbito doméstico es fundamental si se pretende lograr la atribución de responsabilidad jurídico-penal a las empresas transnacionales ya que, como bien indica GARCÍA MOSQUERA, “[...] *los tribunales internacionales carecen de competencia para imponer sanciones penales a las personas jurídicas, la responsabilidad penal de las empresas únicamente puede imponerse a través de los sistemas jurídicos nacionales*”³⁸⁰. Precisamente en esta reflexión formulada por GARCÍA MOSQUERA volvemos a encontrar un elemento que se reitera a lo largo del análisis formulado en esta tesis doctoral, y que no es otro que aquél que se refiere, bajo el Derecho internacional, a la falta de atribución de la consideración de “*sujeto*” del Derecho internacional a las personas jurídicas.

Ahora bien, a nivel doméstico español y en línea con lo apuntado, conviene en primera instancia que subrayemos que la responsabilidad penal de la persona jurídica es un elemento positivado en el ordenamiento jurídico español en fechas relativamente

³⁷⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española*”. Artículo publicado en la revista “*Estudios Penales y Criminológicos*”, volumen XXXIII. Páginas 321 a 368. Página 2. Año 2013.

³⁸⁰ GARCÍA MOSQUERA, Marta. “*La personalidad jurídica de empresas transnacionales como requisito de la responsabilidad del art. 31 BIS CP. Consideraciones en el contexto de la Unión Europea*”. Artículo publicado en la revista “*InDret. Revista Para el Análisis del Derecho*”, número 1/2012. Páginas 321 a 368 (página 2 interna). Enero de 2012. Barcelona.

recientes, en concreto en el año 2010, mediante la aprobación de la “*Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*”³⁸¹ (en adelante la “**Ley Orgánica 5/2010**”). Mediante la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010 se introdujeron diversas modificaciones al articulado del Código Penal español³⁸² (el “**Código Penal**”). Entre ellas destacamos la incorporación de un artículo adicional, el 31 bis, cuya redacción es la siguiente:

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

*[...]”*³⁸³

A la vista de la redacción del artículo 31 bis del Código Penal, y con el fin de determinar el régimen de responsabilidad que resulta aplicable en España a las personas jurídicas en general, y a las empresas transnacionales en particular, debemos realizar un análisis del

³⁸¹ *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 152 de fecha 23 de junio de 2010.

³⁸² *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 281 de fecha 24 de noviembre de 1995.

³⁸³ *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Artículo 31 bis.

ámbito subjetivo que les resulta aplicable, es decir, aquél que se refiere al autor del hecho punible.

En este contexto resulta fundamental que determinemos quiénes son los sujetos pasivos a los que va dirigido el contenido del artículo 31 bis del Código Penal, y en concreto, procede analizar en este ámbito el concepto de “*persona jurídica*”: mientras que para unos autores el concepto de persona jurídica debe extraerse de lo dispuesto por otras ramas del Derecho³⁸⁴ para otros este concepto debe nacer de los lineamientos dictados en este sentido por el propio Derecho penal³⁸⁵.

En cualquier caso, desde una perspectiva positivista es esencial que tengamos presente que el concepto de persona jurídica cobra existencia a partir de su incorporación a una norma perteneciente a un ordenamiento jurídico concreto, y que por lo tanto la determinación del concepto de persona jurídica, en cada caso, dependerá de la legislación que resulte aplicable a dicho sujeto. Así, en el caso de la empresa transnacional, la determinación de la personalidad jurídica de este tipo de entidades dependería, a priori, de la legislación interna de cada uno de los Estados donde la empresa transnacional ejerza sus actividades de forma local.

En este sentido y en el caso del Derecho español, tal como indica DÍEZ RIPOLLÉS “*otros supuestos problemáticos, como holdings, grupos de sociedades, uniones temporales de empresas, así como unidades de producción o distribución, o empresas filiales, de otras empresas radicadas en el extranjero, no son contemplados por la ley*³⁸⁶”. Por lo tanto, al guardar silencio nuestra legislación sobre la cuestión relativa a las empresas transnacionales, deberemos atender en primera instancia a las formas societarias a través de las cuales este tipo de entidades operan habitualmente en España: la filial y la sucursal.

³⁸⁴ Marta GARCÍA MOSQUERA reflexiona sobre el concepto de persona jurídica haciendo referencia a varios autores que consideran que el concepto de persona jurídica debe extraerse de lo dispuesto por otras ramas del Derecho. Tal es el caso de autores como MIRAS MARÍN, N., FEIJÓO SÁNCHEZ, B. o POZUELO PÉREZ, L. citados en GARCÍA MOSQUERA, Marta “*La personalidad jurídica de empresas transnacionales como requisito de la responsabilidad del art. 31 BIS CP. Consideraciones en el contexto de la Unión Europea*”. *Op. Cit.* Página 336.

³⁸⁵ Lo mismo sucede por lo que respecta a los autores que defienden que el concepto de persona jurídica debe analizarse desde la perspectiva penal, a los que cita Marta GARCÍA MOSQUERA, como por ejemplo y entre otros GÓMEZ TOMILLO, M. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. *Ibidem*.

³⁸⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española*”. *Op. Cit.* Página 13.

Bajo el Derecho español esto implicaría una diferencia fundamental en cuanto a la determinación del régimen jurídico aplicable a la empresa transnacional:

- Si la empresa transnacional opera en España a través de una filial, en tanto en cuanto esta última constituye en sí misma una persona jurídica constituida con arreglo al Derecho español bajo cualquiera de las formas societarias disponibles en nuestro ordenamiento conforme a la Ley de Sociedades de Capital, la filial dispondría de personalidad jurídica propia bajo nuestra legislación nacional con independencia de la matriz de la cual depende, al haber sido creada bajo nuestro ordenamiento.
- Sin embargo, en los casos en los que la empresa transnacional opera en España a través de la forma societaria de sucursal, ésta no gozaría de personalidad jurídica, por lo que podría entenderse entonces que la personalidad jurídica de la sucursal debería ser aquélla que resulte atribuible a su matriz³⁸⁷, bajo la legislación doméstica que resulte aplicable a esta última.

En este sentido, y confirmando lo planteado, debemos acudir a lo planteado por la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la que al hacer referencia a las personas jurídicas extranjeras se hace referencia indirecta a nuestro Código Civil, indicando lo siguiente:

“En nuestro sistema, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se ha hecho depender de su nacionalidad, si bien las entidades extranjeras, conforme prevé el artículo 9.11 del Código de Comercio, se rigen por su Ley personal, esto es, la determinada por su nacionalidad, en todo lo relativo a su capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. Para determinar pues la personalidad

³⁸⁷ La Ley de Sociedades de Capital regula las formas jurídicas de sucursal de sociedad (artículo 11) y sociedad filial. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Op. Cit.

*jurídica de las entidades extranjeras, habrá que estar a la legislación nacional que les sea propia.”*³⁸⁸

De hecho, en tanto en cuanto la Ley de Sociedades de Capital establece en su artículo 9.2 que el criterio fundamental para determinar la nacionalidad de una persona jurídica es el de su domicilio social³⁸⁹, bajo el criterio de GARCÍA MOSQUERA en el caso de las sucursales la legislación aplicable sería la correspondiente a su matriz: *“lo que se deduce de esta regulación es que únicamente serán reconocidas en España como auténticas sociedades extranjeras (con capacidad para actuar con su propia personalidad e invocando el régimen jurídico societario propio de la ley del país de su constitución) aquellas sociedades que no tengan ni su domicilio ni su actividad principal en España; es decir, aquellas que únicamente tengan en nuestro país una actividad comercial esporádica, o un establecimiento secundario (oficina, agencia o sucursal)”*.³⁹⁰

Sin embargo para otros autores como FEIJÓO SÁNCHEZ, por contra a lo planteado por GARCÍA MOSQUERA, el hecho de que una persona jurídica extranjera cuente en España con una sucursal, o bien con otro tipo de unidad sin personalidad jurídica para el ejercicio de sus actividades empresariales, no implica que a dicha sucursal o ente análogo no le resulte aplicable la legislación española por no disponer de personalidad jurídica: para FEIJÓO SÁNCHEZ en estos supuestos deberían quedar abiertas tanto la vía del artículo 31 bis del Código Penal, como la del artículo 129³⁹¹. Desde el punto de vista de esta tesis doctoral,

³⁸⁸ Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la personalidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010. Página 16.

³⁸⁹ Así lo afirma y expone Marta GARCÍA MOSQUERA. GARCÍA MOSQUERA, Marta *“La personalidad jurídica de empresas transnacionales como requisito de la responsabilidad del art. 31 BIS CP. Consideraciones en el contexto de la Unión Europea”*. Op. Cit. Página 348. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Op. Cit. Artículo 9.2.

³⁹⁰ GARCÍA MOSQUERA, Marta *“La personalidad jurídica de empresas transnacionales como requisito de la responsabilidad del art. 31 BIS CP. Consideraciones en el contexto de la Unión Europea”*. Op. Cit. Página 349.

³⁹¹ José Luis DE LA CUESTA hace referencia a FEIJÓO SÁNCHEZ en su artículo *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”*. DE LA CUESTA, José Luis. *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”*. Artículo publicado en la *“Revista Electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal”*. Año 2011. Notas al pie número 2 y 166, citando a FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José y su artículo *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas”*. publicado en la obra *“Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero”*, de DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dirección) y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Prologuista). Páginas 65 a 142.

nos inclinamos por la postura de FEIJÓO SÁNCHEZ por cuanto, desde el punto de vista de la protección de los derechos humanos, parecería razonable no utilizar un criterio restrictivo por resultar limitativo en cuanto a su alcance y eficacia³⁹².

Por otra parte, y considerando que debemos determinar la personalidad jurídica a partir de la legislación aplicable al sujeto concreto, resulta de interés que en esta sede hagamos referencia al caso de la Sociedad Anónima Europea, al que ya se hizo referencia en el Capítulo anterior de esta tesis doctoral, en tanto en cuanto constituye un ejemplo de una forma societaria transfronteriza positivada en la legislación comunitaria vigente. Y es que el artículo 1.3 del Reglamento de la Sociedad Anónima Europea indica expresamente que “*la SE [sociedad anónima europea] tendrá personalidad jurídica propia*”³⁹³. Por lo tanto y a la vista de lo indicado, la Sociedad Anónima Europea podría ser susceptible de responsabilidad penal bajo el Derecho español, al gozar de personalidad jurídica propia.

Pasando en este caso a analizar la competencia jurisdiccional de los tribunales españoles en el caso de violaciones de los derechos humanos, debemos en este caso prestar atención a la normativa comunitaria, y en particular al “*Reglamento (CE) 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*”³⁹⁴, y según el cual “*salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado*”³⁹⁵. Así, y atendiendo nuevamente al criterio del domicilio que mencionamos con anterioridad, cabría entender que cuando la violación de los derechos humanos fuera cometida por una empresa transnacional domiciliada en el Reino de España, los tribunales españoles serían competentes.

³⁹² También debe tenerse en cuenta que este criterio extensivo es el empleado tanto por las Naciones Unidas como por el Gobierno de España en el Plan de Empresa y Derechos Humanos. Plan de Empresa y Derechos Humanos. Gobierno de España. 26-06-2014. Borrador para tramitar en el Consejo de Ministros. Borrador de documento sobre empresas y derechos humanos elaborado por el Gobierno de España con fecha 26 de junio de 2014. Disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el siguiente enlace: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Spain_NationalPlanBHR.doc>. Referencia del 24 de enero de 2018.

³⁹³ Reglamento (CE) número 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001. Op. Cit. Artículo 1.3.

³⁹⁴ Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea número 12 de fecha 16 de enero de 2001.

³⁹⁵ Ibid. Artículo 2.1.

1.2. Principios Rectores de Naciones Unidas

Ya en el Capítulo I de esta tesis doctoral realizamos un análisis pormenorizado de los Principios Rectores impulsados por las Naciones Unidas, implementados en el año 2011 por John RUGGIE, en aquél entonces Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Como expone Naciones Unidas en la página oficial en Internet del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos “*el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas anima encarecidamente a todos los Estados al desarrollo, incorporación y actualización de un plan nacional de acción sobre negocios y derechos humanos como parte de la responsabilidad del Estado en la diseminación e implementación de los Principios Rectores en materia de Negocios y Derechos Humanos*”³⁹⁶.

En este sentido, el Reino de España fue uno de los primeros Estados en seguir las recomendaciones de las Naciones Unidas en esta materia al iniciar ya en el año 2014 la elaboración de un borrador de plan nacional para la incorporación de los Principios Rectores al ordenamiento jurídico español (en adelante el “**Borrador de Plan Nacional**”), siguiendo así el ejemplo de otros países como Reino Unido y Holanda (año 2013), o Italia, Dinamarca y Finlandia (año 2014)³⁹⁷.

Posteriormente, en septiembre del año 2015 el Gobierno de España continuó con su tarea de implementación de los Principios Rectores a través de la publicación de la Guía Española de Procedimiento³⁹⁸, a la que ya hemos hecho referencia con anterioridad en este trabajo, y a cuyo contenido específico haremos referencia más adelante en este mismo Capítulo.

Finalmente, el día 28 de julio de 2017, el Consejo de Ministros del Gobierno de España aprobó, a propuesta del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, el documento

³⁹⁶ Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

³⁹⁷ *Ibidem.*

³⁹⁸ *Guía de Procedimiento para la Resolución de Casos Específicos. Punto Nacional de Contacto de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Descripción breve. Procedimiento para la tramitación ante el Punto Nacional de Contacto de casos específicos sobre la aplicación inapropiada de las Líneas Directrices por una empresa multinacional. Op. Cit.*

titulado “*Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos*”³⁹⁹ (al que ya nos hemos referido anteriormente en este trabajo como el “**Plan Nacional Español**”), que se encuentra disponible para su lectura y consulta, a nivel nacional, en la página oficial en Internet del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación⁴⁰⁰, y a nivel de las Naciones Unidas, en la página oficial en Internet del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁴⁰¹.

Es importante tener en consideración que, en términos de naturaleza y eficacia jurídica, el Plan Nacional Español, al haber sido aprobado por el Consejo de Ministros del Gobierno de España, tiene la consideración jurídica de “*soft law*”, siendo por tanto elemento informador tanto de la legislación española como del Derecho internacional, al tratarse de un instrumento jurídico que transpone a un ordenamiento nacional los Principios Rectores adoptados por las Naciones Unidas⁴⁰².

También debemos tener en cuenta a la hora de valorar la eficacia jurídica de este instrumento el denominado “*Plan de Acción de la Unión Europea para los derechos humanos y la democracia*”⁴⁰³, ya que este instrumento al que se refería expresamente el Borrador de Plan Nacional, germen del actual Plan Nacional Español, prevé de forma expresa que todos los Estados Miembros de la Unión Europea elaboren un plan nacional incorporando los Principios Rectores de las Naciones Unidas antes del final del año 2013⁴⁰⁴, plazo que fue extendido recientemente hasta el año 2017 y que finalmente ha sido cumplido por el Gobierno de España con la reciente aprobación del Plan Nacional Español por parte del Consejo de Ministros⁴⁰⁵.

³⁹⁹ Tal como se indicó anteriormente en esta tesis doctoral, el “*Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos*” fue aprobado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, el día 28 de julio de 2017. Página oficial en Internet del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. *Op. Cit.* Referencia del 29 de enero de 2018.

⁴⁰⁰ *Ibidem.*

⁴⁰¹ Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.* Referencia del 29 de enero de 2018.

⁴⁰² Véase en este sentido la definición de “*soft law*” citada anteriormente en el Capítulo II de esta tesis doctoral. Definición de “*soft law*”, término jurídico. MARTIN, Elizabeth A. “*A Dictionary of Law*”. *Op. Cit.*

⁴⁰³ *Plan de Empresa y Derechos Humanos. Gobierno de España. 26-06-2014. Borrador para tramitar en el Consejo de Ministros. Op. Cit.* Página 4.

⁴⁰⁴ Debe tenerse en cuenta que conforme al Marco Estratégico de la UE sobre Derechos Humanos y Democracia, los Estados Miembros de la Unión Europea deberían haber aprobado un plan nacional antes de la finalización del año 2013. *Marco Estratégico de la UE sobre Derechos Humanos y Democracia*. Aprobado por el Consejo de la Unión Europea el día 25 de junio de 2012 bajo el número 11855/12. Medida 25 c). Disponible en la página oficial en Internet del Consejo de la Unión Europea: <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11855-2012-INIT/es/pdf>>. Referencia del 24 de enero de 2018.

⁴⁰⁵ El *Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos* fue aprobado por el Consejo de Ministros el pasado día 28 de julio de 2018 a propuesta del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, según la

Nuevamente, y tal y como sucede en el caso del Plan Nacional Español, tanto el “*Plan de Acción de la Unión Europea para los derechos humanos y la democracia*” adoptado en el año 2012, y enmarcado en el “*Marco Estratégico de la UE sobre Derechos Humanos y Democracia*” como el recientemente aprobado “*Plan de Acción sobre Derechos Humanos y Democracia*” para el periodo 2015-2019 pueden considerarse como instrumentos jurídicos con la consideración de “*soft law*” y por lo tanto informadores del Derecho internacional.

Ahora bien, antes de entrar a analizar en profundidad el contenido del Plan Nacional Español, resulta de interés que prestemos atención a la evolución histórica que dio lugar a su redacción, a través de un análisis de la evolución del Borrador de Plan Nacional que precedió al actual Plan Nacional Español.

La versión del Borrador de Plan Nacional adoptada en el año 2014, que es la segunda y que constituye el germen del actual Plan Nacional Español, incorpora una serie de modificaciones respecto a la primera versión que son fundamentales y que muestran la problemática política que plantea la incorporación de propuestas como la formulada en esta tesis doctoral a la hora de proceder a su implementación en la práctica. Como expone Encarnación MONTOYA MARTÍN, esta segunda versión del Borrador de Plan Nacional eliminó la redacción de las medidas 24 y 26, que hacían referencia a la incorporación de cláusulas sociales y medioambientales en los tratados y acuerdos comerciales de inversión⁴⁰⁶:

información publicada a estos efectos en la página oficial en Internet del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. Página oficial en Internet del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. *Op. Cit.* Referencia del 29 de enero de 2018. *Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit.* En el nuevo Plan de Acción sobre Derechos Humanos y Democracia de la Unión Europea, adoptado en abril de 2015, se amplía el plazo para la adopción de planes nacionales por parte de los Estados Miembros de la Unión Europea hasta el año 2017. *Action Plan on Human Rights and Democracy (2015-2019)*. “*Keeping human rights at the heart of the EU agenda*”. Comunicación conjunta del Parlamento Europeo y el Consejo Europeo de fecha 28 de abril de 2015. Medida 17 b). Disponible en la página oficial en Internet del Consejo de la Unión Europea: <http://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/joint-communication-ap-human-rights-and-democracy_en.pdf>. Referencia del 24 de enero de 2018.

⁴⁰⁶ MONTOYA MARTÍN, Encarnación. “*El Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos y el marco regulatorio de las empresas del sector público*”. Revista Catalana de Dret Públic, número 49. Páginas 177 a 202 (página 185). Diciembre de 2014. Ponencia realizada por Encarnación MONTOYA MARTÍN en el congreso internacional «*La implementación de los principios rectores de la ONU sobre empresas y Derechos humanos en España*», dirigido por María del Carmen MÁRQUEZ CARRASCO, que tuvo lugar en Sevilla los días 4 a 6 de noviembre del 2013, y que posteriormente daría lugar a la obra colectiva “*España y la implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: oportunidades y desafíos*” editada por María del Carmen MÁRQUEZ CARRASCO. MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen (editora) “*España y la implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: oportunidades y desafíos*”. Editorial Huygens. Año 2014.

“MEDIDA 24: Se incluirán cláusulas relativas al cumplimiento de los Principios Rectores en los tratados o contratos de inversión firmados por España, haciéndose constar explícitamente que la necesidad de cumplir sus objetivos no suponga una relajación o flexibilización de las medidas de carácter general que afectan a los derechos laborales y el medio ambiente exigiendo a cada Parte Contratante altos niveles de protección medioambiental y laboral.

MEDIDA 26: El Gobierno velará activamente porque los tratados de comercio y de protección recíproca de inversiones (APPRI), contemplen referencias explícitas a los impactos en los derechos humanos y al respeto de las convenciones de la OIT por parte de las empresas facilitando la asistencia técnica requerida en colaboración con los órganos y agencias de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).”

Por otra parte, la redacción de la medida 25 del Borrador de Plan Nacional fue también objeto de modificación. Mientras que la redacción original de la medida hacía referencia a la *“inclusión de disposiciones relativas a la protección de los derechos humanos, incluidos los derechos laborales, y del medio ambiente en los acuerdos de inversión y de carácter comercial que celebre la Unión Europea con terceros sujetos en línea con lo expresado por el Parlamento Europeo en su Resolución de 25 de noviembre de 2010 (Diario Oficial de la Unión Europea Serie C 99E, 3-4-2012, p. 31)”*⁴⁰⁷, el texto incorporado en la segunda versión del Borrador de Plan Nacional fue matizado para incluir lo siguiente: *“Para contribuir a la creación del adecuado marco internacional, el Gobierno promoverá en los foros internacionales especializados, especialmente aquellos organizados por parte de los organismos multilaterales de iniciativa financiera y comercial, una mayor implementación de los Principios Rectores, asegurándose, además, que estas instituciones no limiten la capacidad de los Estados miembros de*

⁴⁰⁷ *Ibidem.*

cumplir su deber de protección, ni pongan trabas a la observancia de los derechos humanos por parte de las empresas”⁴⁰⁸.

A la vista de lo indicado, la redacción incorporada en la segunda versión del Borrador de Plan Nacional para las medidas 24, 25 y 26 fue “*aligerada*”: se evolucionó de una redacción que implicaba un cierto carácter imperativo para las actuaciones del Gobierno de España en relación con los Principios Rectores a la finalmente adoptada, que hacía referencia a la obligación de “*best efforts*”⁴⁰⁹ del Gobierno de España en relación con la promoción de los Principios Rectores en el ámbito de la inversión y los acuerdos comerciales entre Estados y organismos internacionales de carácter regional como la Unión Europea. Véase en este sentido la actual redacción de la medida 24⁴¹⁰:

“MEDIDA 24: El Gobierno promoverá que los futuros tratados o acuerdos firmados por España que afecten al ámbito de los Principios Rectores, contemplen referencias al respeto de los derechos humanos, con especial atención a los derechos ambientales, sociales y laborales. Asimismo, el Gobierno promoverá la inclusión de estas referencias en los acuerdos que celebre la Unión Europea con terceros Estados en esta materia, para garantizar la coherencia comunitaria y para asegurar su concordancia con los Principios Rectores, además impulsar que estos acuerdos no limiten la capacidad de los Estados miembros de cumplir su deber de protección”.

Como se puede observar, la segunda versión del Borrador de Plan Nacional, aunque sigue haciendo referencia a los Principios Rectores, señala que el Gobierno de España “*promoverá*” que los acuerdos suscritos que afecten al ámbito de los Principios Rectores,

⁴⁰⁸ *Plan de Empresa y Derechos Humanos. Gobierno de España. 26-06-2014. Borrador para tramitar en el Consejo de Ministros. Op. Cit. Página 21. Medida 25.*

⁴⁰⁹ El término jurídico “*best efforts*” hace referencia a “*El mayor esfuerzo posible para alcanzar algo o hacer algo, especialmente cuando esto es difícil: usar tus mejores esfuerzos para hacer algo*” (literalmente del inglés “*the greatest possible effort to achieve something or do something, especially when this is difficult: use your best efforts to do sth*”). Definición de “*best efforts*”. *Cambridge Business English Dictionary*. Cambridge University Press. Año 2015. Disponible para su consulta en Internet en el siguiente enlace: <<http://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/best-efforts>>. Referencia del 24 de enero de 2018. (traducción libre del autor)

⁴¹⁰ *Plan de Empresa y Derechos Humanos. Gobierno de España. 26-06-2014. Borrador para tramitar en el Consejo de Ministros. Op. Cit. Página 20. Medida 24.*

así como los que celebre con la Unión Europea, contemplen referencias al respeto a los derechos humanos. Sin embargo, se trata de una referencia de carácter voluntario y que carece, en consecuencia, de carácter imperativo, generando por tanto una obligación de “best efforts”⁴¹¹ para el Gobierno de España en este contexto. Es interesante observar lo indicado por Encarnación MONTOYA MARTÍN en relación con estas reformas introducidas al Borrador de Plan Nacional⁴¹²:

“El retroceso respecto al primer borrador del Plan Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos es manifiesto: de las tres medidas que hacían referencia a la incorporación en los acuerdos comerciales y en los tratados de inversión de las cláusulas sociales, ambientales y en materia de derechos humanos, dos han sido eliminadas y la tercera se ha visto totalmente reformulada. La actual medida es mucho más genérica. Ahora ya no se nombra la norma del Parlamento Europeo reflejada en la versión anterior y no se menciona a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y no se refleja la inclusión en los tratados de comercio e inversiones de cláusulas ni de disposiciones, sino de referencias. Como se recoge en la Declaración de la sociedad civil sobre el futuro de la política internacional europea en materia de inversiones (2010), ha llegado el momento de plantear una perspectiva alternativa y desarrollar un modelo de tratado de inversiones que fomente realmente inversiones social y ambientalmente sostenibles en el largo plazo, y que transforme la compleja red europea de tratados bilaterales de inversiones en un sistema más transparente, predecible y equilibrado.”

Los cambios realizados al Borrador de Plan Nacional nos muestran, por una parte, la existencia de una tendencia palpable en la línea de la propuesta que formulamos en esta tesis doctoral respecto a la incorporación de los derechos humanos al ámbito de la inversión extranjera, al tiempo que ponen de manifiesto las dificultades prácticas a las

⁴¹¹ Definición de “best efforts”. *Cambridge Business English Dictionary*. Cambridge University Press. *Op.Cit.*

⁴¹² MONTOYA MARTÍN, Encarnación. “El Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos y el marco regulatorio de las empresas del sector público”. *Op. Cit.* Página 198.

que se enfrenta la implementación de medidas como las que defendemos. En cualquier caso, y precisamente con el objetivo de superar las dificultades enfrentadas por este tipo de medidas, consideramos que deben formularse propuestas como la incorporada en este trabajo, con el fin de lograr que los derechos humanos sean contemplados de forma expresa en el ámbito de la inversión extranjera y se pueda desarrollar un modelo de inversión socialmente sostenible y beneficioso para todos los actores involucrados en él.

Una vez analizada su evolución histórica previa, procedemos a continuación a analizar de forma pormenorizada el Plan Nacional Español, comenzando por su Capítulo I, en el que se incluye el compromiso del Gobierno de España con los Principios Rectores⁴¹³ y su aplicación: *“El presente documento recoge el Plan de Acción Nacional para aplicar los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos. Como manifestación específica del compromiso más amplio con la protección y la promoción de los derechos humanos, en este Plan se plasma el compromiso de España de proteger los derechos humanos, también frente a cualquier impacto negativo que la actividad empresarial pudiera tener sobre ellos, y de proporcionar a las eventuales víctimas de los mismos un remedio efectivo”*⁴¹⁴.

En cuanto a su estructura, el Plan Nacional Español se organiza en torno a cuatro capítulos con el siguiente contenido⁴¹⁵:

- Capítulo I: Compromiso de aplicar los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.
- Capítulo II. Antecedentes y contexto.
- Capítulo III. Ámbitos de actuación y medidas.
- Capítulo IV. Seguimiento y actualización.

Por lo que respecta a su duración, y aunque el Plan Nacional Español tiene una duración inicial de tres años⁴¹⁶, debe tenerse en cuenta que el Gobierno de España plantea la

⁴¹³ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit.

⁴¹⁴ Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit. Página 3.

⁴¹⁵ Ibid. Página 2.

⁴¹⁶ Ibid. Página 22.

implementación de este instrumento jurídico “*no tanto como un resultado definitivo y duradero, sino más bien como un primer paso en un proceso continuo*”⁴¹⁷.

También es relevante tomar en consideración que la aplicación de las medidas del Plan Nacional Español queda en manos de una “*Comisión de Seguimiento*” cuyo compromiso de creación es asumido por el Gobierno de España, y que debería estar constituida en un plazo máximo de 3 meses a contar desde la fecha de aprobación del Plan Nacional Español por el Consejo de Ministros, contando con representantes de los siguientes ministerios⁴¹⁸:

- Ministerio de la Presidencia
- Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación
- Ministerio de Empleo y Seguridad Social
- Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital
- Ministerio de Economía, Industria y Competitividad
- Ministerio de Hacienda y Función Pública
- Ministerio de Justicia
- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad

Además, se indica expresamente que si hay una persona que acuda en representación de estos ministerios a las reuniones periódicas del Consejo Estatal de Responsabilidad social de las Empresas⁴¹⁹ (órgano al que haremos referencia más adelante en este mismo Capítulo), se procurará que sea la misma persona que acuda a las reuniones del Comité de Seguimiento⁴²⁰. Las decisiones del Comité de Seguimiento serán adoptadas por consenso⁴²¹.

⁴¹⁷ *Ibidem.*

⁴¹⁸ *Ibidem.*

⁴¹⁹ El Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas, al que nos referiremos de forma más detallada más adelante en este mismo Capítulo, fue creado en el año 2008 por iniciativa de Ministerio de Empleo y Seguridad Social. *Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 52 de fecha 29 de febrero del año 2008.

⁴²⁰ *Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit. Página 22.*

⁴²¹ *Ibidem.*

En cuanto al tratamiento jurídico dado a los derechos humanos, es también relevante tener en cuenta que el Plan Nacional Español ubica los derechos humanos en el ámbito de la responsabilidad social corporativa.

Muestra de ello es el estrecho vínculo que el Plan Nacional Español mantiene con la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas⁴²², al entenderse que “*el concepto de responsabilidad social de las empresas considera de manera amplia el impacto de las empresas en las sociedades. Los derechos humanos constituyen un elemento de la responsabilidad social de las empresas junto a otros muchos como los sociales, medioambientales, los relativos a la conciliación del trabajo y la vida familiar, buena gobernanza y transparencia. Sin embargo, debido a sus peculiaridades, la relación entre empresas y derechos humanos ha sido objeto de consideración específica en los Principios Rectores, cuya aplicación se lleva a cabo mediante la adopción del presente Plan*”⁴²³. Precisamente en línea con lo anteriormente señalado, el Plan Nacional Español se refiere en su Capítulo II (Antecedentes y Contexto) a los derechos humanos en el ámbito empresarial como “*elemento de la responsabilidad social de las empresas*”⁴²⁴.

Cabe pues realizar una reflexión en torno al tratamiento jurídico dado a los derechos humanos en el Plan Nacional Español, ya que, como se acaba de mencionar, este instrumento ubica el respeto y aplicación de los derechos humanos en el ámbito empresarial en el contexto de la responsabilidad social corporativa, por tanto, de observancia voluntaria para las empresas, lo que resta eficacia jurídica a estos derechos en el contexto empresarial, al quedar su respeto, observancia y aplicación sujetos a la voluntad de cada compañía.

En todo caso, el Capítulo II del Plan Nacional Español continúa exponiendo su marco jurídico de referencia, dentro del cual se pueden diferenciar diversos grupos de instrumentos jurídicos de distintas clases, pertenecientes tanto al ámbito español, como al de las Naciones Unidas y al de la Unión Europea:

⁴²² *Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas. Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora. Op. Cit.*

⁴²³ *Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit. Página 7.*

⁴²⁴ *Ibidem.*

- En el marco de las Naciones Unidas, la principal referencia en el Plan Nacional Español se realiza a los Principios Rectores⁴²⁵, detallando de forma específica los tres pilares que componen el denominado “Marco “Proteger, Respetar y Remediar”” que dio origen a dichos Principios Rectores⁴²⁶. Seguidamente, el Plan Nacional Español hace referencia a diferentes instrumentos de “soft law” entre los que destaca la “Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”⁴²⁷. A este respecto, el Plan Nacional Español insiste en realizar referencias a la alineación entre empresas y derechos humanos desde el punto de vista de la responsabilidad social corporativa: “la Agenda 2030 invita a las empresas a alinear su estrategia corporativa de negocio con los objetivos de desarrollo para buscar el valor añadido que pueden aportar en los países en desarrollo, por lo que los ODS son un marco perfecto. Las empresas entienden que, paralelamente a la obtención de beneficios, deben responder a los reclamos de la sociedad y generar confianza como un actor de desarrollo”⁴²⁸.

- A continuación, el Plan Nacional Español realiza una serie de referencias a instrumentos pertenecientes al ámbito del Derecho de la Unión Europea⁴²⁹, comenzando por la “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”⁴³⁰ y siguiendo con otros relacionados con el ámbito de la

⁴²⁵ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit. Página 5.

⁴²⁶ Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit. Página 5.

⁴²⁷ Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. 70/1. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Código A/RES/70/1. Resolución de fecha 25 de septiembre de 2015. Texto íntegro disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo en el siguiente enlace: < http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d1_es.pdf>. Página oficial en Internet de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Referencias del 29 de enero de 2018. Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit. Página 6.

⁴²⁸ *Ibidem*.

⁴²⁹ Véase a estos efectos lo indicado en el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos cuando se indica que “En el marco de la Unión Europea (UE), cabe hacer referencia en primer término en este contexto a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Además, iniciativas relevantes como la Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social – uno de los siete ejes de la Estrategia Europa 2020 – o el Acta del Mercado Único de 2010 abordan igualmente la Responsabilidad Social Corporativa. La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Estrategia renovada de la Unión Europea (Unión Europea) para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas” Bruselas, 25.10.2011, COM(2011) 681 final, insta a los Estados miembros a desarrollar un plan de aplicación de los Principios Rectores.” *Ibidem*.

⁴³⁰ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el día 18 de diciembre del año 2000. Documento 2000/C 364/01. Versión de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea según la adaptación de la misma realizada en Estrasburgo el día 12 de diciembre de 2017, conforme a lo dispuesto a estos efectos en el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea, en su versión consolidada tras las modificaciones introducidas en el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, y en el que se indica que “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7

responsabilidad social corporativa en el contexto europeo como, por ejemplo, la “Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas”⁴³¹ o la “Declaración de Madrid”⁴³², ambos instrumentos, al igual que parte de los referidos en el ámbito de las Naciones Unidas, orientados al respeto y observancia voluntaria de los derechos humanos en el contexto de la responsabilidad social empresarial.

- De nuevo continuando con las referencias a la responsabilidad social corporativa, y por lo que respecta al ámbito del marco jurídico español en materia de empresas y derechos humanos, llamamos la atención sobre el hecho de que el Plan Nacional Español haga referencia expresa a la “Proposición no de Ley sobre Responsabilidad Social Corporativa y Derechos Humanos”, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, a propuesta del Grupo Parlamentario Socialista, el día 21 de mayo de 2013⁴³³. Esta proposición, que fue publicada en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, fue posteriormente modificada por una serie de enmiendas incorporadas a propuesta del Grupo Parlamentario Popular⁴³⁴ (la “**Proposición No de Ley sobre RSC**”). Algo más adelante en este Capítulo haremos una referencia detallada al contenido de la Proposición No de Ley sobre RSC.

de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. Disponible para su consulta en la página oficial del Parlamento Europeo en Internet en el siguiente enlace: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf>. Referencia del 14 de abril de 2018. Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea número C 83/13 de fecha 30 de marzo de 2010. Disponible para su consulta en el siguiente enlace oficial en Internet de la Agencia del Boletín Oficial del Estado: <<<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>>>. Referencia del 14 de abril de 2018. Artículo 6.1.

⁴³¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas. Comisión Europea. Bruselas, 25 de octubre de 2011. COM (2011) 681 final.

⁴³² Declaración de Madrid “La Economía Social, un modelo empresarial para el futuro de la Unión Europea”. Documento publicado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social del Gobierno de España el 23 de mayo de 2017.

⁴³³ Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Socialista, sobre Responsabilidad Social Corporativa y Derechos Humanos (número de expediente 162/000591). Publicada en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados serie D, número 251, de fecha 5 de abril de 2013.

⁴³⁴ La “Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Socialista, sobre Responsabilidad Social Corporativa y Derechos Humanos” fue objeto de enmienda por parte del Grupo Parlamentario Popular, lo que llevó a la realización de modificaciones en su texto. El texto del documento modificado por las enmiendas fue publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados serie D, número 279, de fecha 29 de mayo de 2013.

Por su parte, el Capítulo III del Plan Nacional Español se dedica, de forma detallada, a indicar cuáles son los ámbitos de actuación y las medidas que el Gobierno de España va a adoptar en el ámbito de las empresas y los derechos humanos. Estas medidas se estructuran en torno a dos “pilares”:

- Pilar I: el deber del Estado de proteger los derechos humanos.
- Pilar III: acceso a mecanismos de reparación.

Ahora bien, conviene en todo caso tener en consideración que el cumplimiento de lo dispuesto en el Capítulo III del Plan Nacional Español dependerá de la disponibilidad presupuestaria: *“Todos los compromisos que se deriven de la aplicación de las medidas de este Plan quedan condicionados a las disponibilidades presupuestarias existentes en cada ejercicio y a los objetivos de estabilidad presupuestaria fijada por el Gobierno y no podrán suponer aumento neto de los gastos de personal al servicio de la Administración”*⁴³⁵.

⁴³⁵ *Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit. Página 8.* Recordamos a estos efectos que la Constitución Española fue reformada el día 27 de septiembre de 2011, con el fin de incorporar en su artículo 135 el denominado “principio de estabilidad presupuestaria” con la siguiente redacción: “1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.

2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.

3. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

5. Una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará:

a) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse.

b) La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural.

c) La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

6. Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias.” Reforma del artículo 135 de la Constitución

a. Pilar I. El deber del Estado de proteger los derechos humanos.

Dentro de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, el Plan Nacional Español se centra en este Capítulo II en el deber del Estado de proteger los derechos humanos, dividiendo los Principios Rectores en dos clases: (i) principios fundacionales y (ii) principios operacionales⁴³⁶.

Por lo que respecta a los principios fundacionales, el Plan Nacional Español cita de forma extensa el contenido de los Principios Rectores números 1 y 2, que hacen referencia al deber del Estado de proteger y respetar los derechos humanos⁴³⁷ y cuyos elementos pueden sintetizarse en tres acciones fundamentales cuyo ejercicio recae en el Estado⁴³⁸:

1º. Deber del Estado de respetar y proteger los derechos humanos:

El Plan Nacional Español se refiere a esta obligación del Estado fijándose en su esencia, que tiene que ver ya no sólo con el deber de protección frente a las violaciones de los derechos humanos cometidas por terceros, sino con las medidas para proporcionar un remedio efectivo en este contexto: *“Las obligaciones internacionales asumidas por España exigen que respete y proteja los derechos humanos. Ello incluye el deber de protección frente a las violaciones o abusos de derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas. Mediante este Plan se reafirma el compromiso de España de proteger los derechos humanos, también frente a cualquier impacto negativo que la actividad empresarial pudiera tener sobre ellos, y de proporcionar a las eventuales víctimas de los mismos un remedio efectivo.”*⁴³⁹

Ahora bien, a la hora de concretar los medios empleados para dar cumplimiento a esta obligación del Estado, el Plan Nacional Español, a diferencia de lo que ocurría con el Borrador de Plan Nacional, en el que se incluían toda una serie de medidas concretas a implementar por el Gobierno de España en esta materia⁴⁴⁰, pasa a realizar una detallada

Española, de 27 de septiembre de 2011. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 233, de 27 de septiembre de 2011. *Constitución Española. Op. Cit.* Artículo 135.

⁴³⁶ *Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit.* Páginas 8 y 13.

⁴³⁷ *Ibid.* Página 8.

⁴³⁸ *Ibidem.*

⁴³⁹ *Ibidem.*

⁴⁴⁰ *Plan de Empresa y Derechos Humanos. Gobierno de España. 26-06-2014. Borrador para tramitar en el Consejo de Ministros. Op. Cit.* Apartado B.

mención al conjunto de diferentes tratados internacionales suscritos por el Reino de España y pertenecientes al ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, indicando expresamente lo siguiente: “*El deber del Estado de proteger se refiere a las obligaciones definidas en los tratados que ha ratificado. España es parte en la práctica totalidad de los principales tratados en materia de derechos humanos y, en concreto, en los siguientes: [...]*”⁴⁴¹.

Así, el Plan Nacional Español hace una detallada referencia a instrumentos como, por ejemplo: (i) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁴² (ii) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁴³ (iii) la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁴⁴⁴ o (iv) la Convención sobre los Derechos del Niño^{445 446}.

A continuación, el Plan Nacional Español hace referencia a otra serie de instrumentos internacionales elaborados por la Organización Internacional del Trabajo, y relacionados con el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, y en concreto con los derechos laborales, refiriéndose a ellos como los “*ocho convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*”⁴⁴⁷.

⁴⁴¹ *Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit.* Página 8.

⁴⁴² *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.* Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. En vigor desde el 3 de enero de 1976. Disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el siguiente enlace: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>. Referencia del 30 de enero de 2018.

⁴⁴³ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.* Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. En vigor desde el 23 de marzo de 1976. Disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el siguiente enlace: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>>. Referencia del 30 de enero de 2018.

⁴⁴⁴ *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.* Aprobada en la 93ª sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 10 de diciembre de 1984. Disponible para su consulta en el siguiente enlace oficial de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Internet: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>>. Referencia del 30 de enero de 2018.

⁴⁴⁵ *Convención sobre los Derechos del Niño.* Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49 de la propia convención. Disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el siguiente enlace: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>>. Referencia del 30 de enero de 2018.

⁴⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁴⁷ *Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit.* Página 9.

Así pues, el Plan Nacional Español, en lugar de referirse a medidas concretas a adoptar por parte del Estado en el ámbito del respeto y la protección de los derechos humanos, se refiere a esta obligación vinculándola de forma directa al clausulado de los tratados internacionales suscritos por el Reino de España en este contexto.

2º. Deber del Estado de enunciar claramente que se espera que todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que cumplan con su obligación de respetar los derechos humanos en el ejercicio de sus actividades empresariales⁴⁴⁸.

En este contexto, el Plan Nacional Español incorpora referencias a toda una serie de diferentes Principios Rectores⁴⁴⁹, vinculados todos ellos con este ámbito. En concreto, hace referencia a los Principios Rectores números 13, 15, 16, 18, 20 y 21, cuyo contenido se expone de forma detallada y extensa⁴⁵⁰. Llamamos la atención sobre el hecho de que este deber del Estado se vincule de forma directa a aquellas empresas que tengan fijado su domicilio en el territorio y/o jurisdicción del Reino de España, ya que precisamente por esta vía, se está fijando por escrito en el Plan Nacional Español un medio objetivo para establecer el vínculo jurídico con la empresa transnacional en el ámbito de los derechos humanos.

En este caso, las medidas contempladas en el Plan Nacional Español incluyen, entre otras, algunas como las siguientes:

- Organización de campañas de sensibilización sobre la aplicación de las Líneas Directrices y los Principios Rectores, a través (i) del Punto Nacional de Contacto (ii) de las asociaciones empresariales y (iii) del Pacto Mundial de las Naciones Unidas, entre otras instituciones⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ *Ibid.* Páginas 9 a 14.

⁴⁴⁹ *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit.*

⁴⁵⁰ Principios rectores números 13, 15, 16, 18, 20 y 21. *Ibidem.*

⁴⁵¹ *Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit.* Páginas 11 y 12.

- Campañas de sensibilización e información dirigidas a las empresas en sus diferentes niveles de decisión, lo que incluye tanto a los consejos de administración como a los órganos directivos⁴⁵².
- Medidas relacionadas con los denominados “*códigos de autorregulación*”⁴⁵³.
- Sistema de incentivos: la Comisión de Seguimiento asume el encargo de diseñar y someter al Gobierno de España la adopción de un “*sistema de incentivos que incluya tanto a grandes empresas como a Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES) que realicen políticas adecuadas en el ámbito de los derechos humanos*”⁴⁵⁴. Los incentivos a los que hace referencia el Plan Nacional Español pueden ser de tipo económico, comercial, de presencia, visibilidad e imagen, o de otros tipos, con la condición de que las empresas acrediten fehacientemente el cumplimiento de los siguientes requisitos⁴⁵⁵:
 - Un compromiso público de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos.
 - Un proceso de diligencia debida en línea con los estándares habituales en la materia por la OCDE.
 - Unos procesos que permitan mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos provocadas por la inobservancia o mala aplicación de los Principios Rectores por parte de las empresas.

En cuanto a los principios operacionales, el Plan Nacional Español hace referencia expresa en este apartado a los Principios Rectores números 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10⁴⁵⁶, transcribiendo literalmente su contenido, como sucede en las ocasiones anteriores, para a continuación detallar toda una serie de medidas previstas en relación con cada uno de ellos:

⁴⁵² *Ibidem*.

⁴⁵³ En concreto en este caso, se hace referencia a “*experiencias sectoriales relevantes, como el Código Ético Mundial para el Turismo de la Organización Mundial del Turismo (OMT) o el Código de Conducta para la protección de los niños, niñas y adolescentes contra la Explotación Sexual en la Industria del Turismo y los Viajes, así como las convenciones relevantes en materia laboral de la OIT*”. *Ibid.* Página 12.

⁴⁵⁴ *Ibidem*.

⁴⁵⁵ *Ibid.* Páginas 12 y 13.

⁴⁵⁶ *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit.*

- Principio Rector 3: la obligación de protección del Estado se concreta en la adopción de medidas destinadas a⁴⁵⁷:

“a) Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales normas resultan adecuadas y remediar eventuales carencias;

b) Asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan, sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas;

c) Asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades;

d) Alentar y si es preciso exigir a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos”.

En este contexto, el Plan Nacional Español incluye una batería de medidas principalmente relacionadas con la formación y capacitación en materia de respeto a los derechos humanos, entre las que destacan algunas como las siguientes⁴⁵⁸:

- Realización de campañas de formación para funcionarios públicos, e incluso para administraciones públicas de terceros Estados, así como para organizaciones representativas de la economía social, las cámaras de comercio e incluso las escuelas de negocio.
- Evaluación periódica de la adecuación de las normas vigentes en el Reino de España en relación con los derechos humanos, en cooperación con la Comisión de Seguimiento y el Consejo Estatal de Responsabilidad Social Corporativa.

⁴⁵⁷ *Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit. Página 13.*

⁴⁵⁸ *Ibid. Páginas 13 y 14.*

- Implementación de medidas de promoción continua de información para las pequeñas y medianas empresas en materia de respeto y aplicación de los derechos humanos.
 - Colaboración en la creación de programas presenciales de capacitación para la puesta en práctica de medidas de respeto y prevención en materia de derechos humanos en el contexto empresarial.
 - Refuerzo del Punto Nacional de Contacto como punto central para proporcionar información en relación con las medidas adoptadas por el Gobierno de España respecto del Principio Rector número 3.
- Principio Rector 4: con carácter adicional a lo previsto en el Principio Rector número 3, los Estados deben también “*adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos*”⁴⁵⁹. En este contexto, el Plan Nacional Español incluye la adopción de una serie de medidas concretas, entre las que destacan las siguientes⁴⁶⁰:
- En el marco de la internacionalización de empresas se establece expresamente que, en el plazo de un año a contar desde la fecha de aprobación del Plan Nacional Español por el Consejo de Ministros, deberá crearse un “*Grupo de Trabajo*” en el marco del “*Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Española*”⁴⁶¹, que deberá evaluar la creación de un “*plan de acción*” que permita examinar la coherencia de las políticas de apoyo a la internacionalización y su adecuada alineación con los Principios Rectores.

⁴⁵⁹ *Ibid.* Página 14.

⁴⁶⁰ *Ibid.* Página 15.

⁴⁶¹ *Ministerio de Economía y Competitividad. Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Española 2014-2015.* Documento disponible para su consulta en la página oficial en Internet del Ministerio de Economía y Competitividad en el siguiente enlace: <http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comercio/140228_Plan_Internacionalizacion.pdf>. Referencia del 30 de enero de 2018.

- Realización de una campaña de capacitación y formación sobre los Principios Rectores, a cargo del Gobierno de España.
 - Promoción de los principios de “*Inversión Socialmente Responsable*”⁴⁶² en el ámbito de las empresas del sector público.

- Principio Rector 5: este principio se refiere al deber del Estado de ejercer una adecuada supervisión respecto a su propio cumplimiento en materia de obligaciones de derechos humanos, a la hora de contratar los servicios de empresas. En este contexto, el Plan Nacional Español prevé como medida específica la realización de una tarea de supervisión por parte de las administraciones públicas a la hora de contratar servicios de terceros⁴⁶³.

- Principio Rector 6: la promoción del respeto a los derechos humanos por parte de las empresas con las que los Estados realizan transacciones comerciales forma también parte de los deberes de los Estados en el ámbito de los Principios Rectores. En relación con este deber, el Plan Nacional Español incluye dos medidas concretas⁴⁶⁴:
 - El análisis de la adecuación de la legislación española en vigor en materia de contratación pública con el respeto y observancia de los Principios Rectores.
 - El deber de vigilancia asumido por el Gobierno de España respecto del cumplimiento y observancia de los derechos humanos por parte de las empresas con las que realice transacciones comerciales, indicando expresamente como condición que “*no se añadan cargas administrativas para los poderes adjudicadores o las empresas*”⁴⁶⁵.

- Principio Rector 7: este principio hace referencia a la obligación de los Estados de tratar de asegurar que las empresas que operan en contextos afectados por

⁴⁶² *Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit. Página 15.*

⁴⁶³ *Ibidem.*

⁴⁶⁴ *Ibid.* Páginas 15 y 16.

⁴⁶⁵ *Ibid.* Página 16.

conflictos respeten los derechos humanos. En este ámbito, el Plan Nacional Español establece una serie de medidas entre las que destacan las siguientes⁴⁶⁶:

- Informar a las empresas, a través de sus órganos de representación en el exterior, de los riesgos en materia de derechos humanos y su especial sensibilidad en el caso de zonas en conflicto.
- Desarrollar medidas específicas de prevención de la violencia sexual y de género.
- *“El Gobierno se compromete a incluir cláusulas de respeto a los derechos humanos en la contratación de servicios militares y de seguridad privados de acuerdo con los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (1990), el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (1979) y el Tratado sobre el Comercio de Armas (2013).”*⁴⁶⁷

Llamamos especialmente la atención sobre esta medida, ya que se trata de un precedente escrito en una norma de “*soft law*” incorporada al Derecho español, y por lo tanto informadora del Derecho internacional, de una medida de incorporación de cláusulas de respeto a los derechos humanos en el contexto de contratos comerciales, en este caso relacionados con servicios militares y de seguridad privados, lo que constituye un significativo precedente a los efectos de la propuesta planteada en este trabajo, en relación con la posibilidad de incorporar cláusulas de respeto a los derechos humanos en el ámbito de contratos de naturaleza comercial.

- Principio Rector 8: la toma de conciencia por parte de los departamentos y organismos gubernamentales respecto a la obligación del Estado de respeto y aplicación de los derechos humanos constituye también un deber del Estado, para el cual el Plan Nacional Español prevé la adopción de una serie de medidas, de las cuales destacamos a continuación las de mayor relevancia⁴⁶⁸:

⁴⁶⁶ *Ibid.* Páginas 16 y 17.

⁴⁶⁷ *Ibid.* Página 16.

⁴⁶⁸ *Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit.* Página 17.

- Difusión de información entre los funcionarios y trabajadores del sector público.
 - Ofrecimiento de información a través de los Ministerios de Hacienda y Función Pública, Asuntos Exteriores y de Cooperación, Economía, Industria y Competitividad, y Energía, Turismo y Agenda Digital⁴⁶⁹.
- Principio Rector 9: “*Los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo, a través de tratados o contratos de inversión*”⁴⁷⁰.

La incorporación expresa de este Principio Rector al Plan Nacional Español resulta especialmente relevante a los efectos de este trabajo, puesto que en él se hace referencia, entre otras cuestiones, a la incorporación de un “*marco normativo adecuado*” que permita el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, entre otros, a través de tratados o contratos de inversión.

En este contexto, el Plan Nacional Español prevé una medida cuyo texto enunciamos de forma literal a continuación, dada su especial relevancia a los efectos de esta tesis doctoral: “*El Gobierno promoverá la inclusión de referencias al respeto de los derechos humanos en los acuerdos sobre comercio, inversiones u otros relacionados con actividades empresariales firmados por España que afecten al ámbito de los Principios Rectores. Asimismo, el Gobierno promoverá la inclusión de tales referencias en los acuerdos que celebre la Unión Europea con terceros Estados en esta materia*”⁴⁷¹.

Debemos subrayar la importancia de la medida incorporada en el Plan Nacional Español, en tanto que instrumento jurídico de “*soft law*”, y por lo tanto informador del Derecho internacional, puesto que a través de ella se prevé la obligación del

⁴⁶⁹ *Ibidem.*

⁴⁷⁰ *Ibidem.*

⁴⁷¹ *Ibidem.*

Estado español de incorporar cláusulas de respeto a los derechos humanos en los acuerdos sobre comercio, inversiones u otros relacionados con actividades empresariales suscritos por el Reino de España, cuando éstos que afecten al ámbito de los Principios Rectores.

Esta medida es una prueba que confirma la tendencia existente en el Derecho internacional respecto a la incorporación de cláusulas de derechos humanos en el ámbito del Derecho internacional de la inversión extranjera, y que además apunta en la misma dirección de los planteamientos, propuestas y medidas que se plantean a lo largo de esta tesis doctoral, constituyendo además un importante precedente para los futuros tratados de inversión que se celebren por el Reino de España, y en cuya redacción, de conformidad con lo indicado a estos efectos en el Plan Nacional Español, debería preverse la incorporación de cláusulas relativas al respeto a los derechos humanos.

Finalmente, dentro de las medidas incluidas en relación con el Principio Rector número 9, se incorpora la relativa a la obligación del Gobierno de España de fomentar la aplicación de los “*Principios de Naciones Unidas para los contratos responsables*”⁴⁷², desarrollados en 2011 por el Representante Especial.

- Principio Rector 10: por último, el Plan Nacional Español hace referencia en este apartado al principio relativo a la labor del Estado en el contexto de organismos multilaterales, y a su deber de asegurar que estos organismos alienten el respeto y cumplimiento de los derechos humanos, y que no limiten la capacidad de actuación de los Estados en este ámbito. A este respecto, el Plan Nacional Español incluye una serie de medidas específicas⁴⁷³:

⁴⁷² *Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit. Página 17. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie. Addendum. Principles for responsible contracts: integrating the management of human rights risks into State-investor contract negotiations: guidance for negotiators.* Documento de la Asamblea General de las Naciones Unidas número A/HRC/17/31/Add.3. 25 de mayo de 2011.

⁴⁷³ *Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit. Página 18.*

- Promoción, por parte del Gobierno de España, de la aplicación de los Principios Rectores en el marco del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.
- Promoción, por parte del Gobierno de España, de la adhesión por parte de terceros Estados a la “*Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales*”, en cuyo texto se incorporan las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales⁴⁷⁴.
- Promoción, por parte del Gobierno de España, de una mayor implicación de la OIT en relación con la aplicación de los Principios Rectores, y también en el ámbito de la Unión Europea.

b. Pilar III. Acceso a mecanismos de reparación.

El Pilar III del Plan Nacional Español, al igual que sucede con el Pilar I, se divide en torno a dos tipos de principios: (i) principios fundacionales, concretamente el Principio Rector 25, y (ii) principios operacionales, en particular, el Principios Rectores 26, 27, 28, 30 y 31⁴⁷⁵, todos ellos vinculados, de uno u otro modo, a dar cumplimiento al deber del Estado de reparar las violaciones de los derechos humanos producidas en el contexto empresarial.

En materia de principios fundacionales, el Principio Rector número 25 hace referencia al deber del Estado de adoptar medidas, en el ámbito de las actividades empresariales, que sean apropiadas para garantizar que las víctimas de abusos o violaciones de los derechos humanos puedan acceder a mecanismos judiciales, administrativos o legislativos que les permitan defenderse de una forma adecuada⁴⁷⁶. En este contexto, el Plan Nacional Español prevé la adopción de una serie de medidas concretas⁴⁷⁷:

- La Comisión de Seguimiento, en el plazo de un año desde la aprobación del Plan Nacional Español por parte del Consejo de Ministros, debe elaborar un informe sobre la eficacia de los mecanismos jurídicos existentes en el ordenamiento

⁴⁷⁴ *Ibidem*.

⁴⁷⁵ *Ibid*. Páginas 18 a 21.

⁴⁷⁶ *Ibid*. Páginas 18 y 19.

⁴⁷⁷ *Ibid*. Página 19.

jurídico español para asegurar la responsabilidad civil de las empresas en el caso de que se produzcan violaciones de los derechos humanos.

- Además, el Gobierno de España deberá colaborar con la sociedad civil en la promoción de la realización de actividades de promoción del respeto a los derechos humanos en el ámbito empresarial.
- Por otra parte, el Gobierno de España aplicará sus compromisos derivados de la “*Declaración de las Naciones Unidas sobre Defensores de Derechos Humanos*”

⁴⁷⁸.

El Plan Nacional Español incluye a continuación referencia a los principios rectores considerados “*operacionales*” en materia de acceso a mecanismos de reparación en caso de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas, haciendo referencia a los Principios Rectores números 26, 27, 28, 30 y 31⁴⁷⁹.

- Principio Rector 26: el Plan Nacional Español hace referencia en este apartado al principio dirigido a asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales existentes cuando concurren violaciones de los derechos humanos. A este respecto, el Plan Nacional Español incluye una serie de medidas específicas⁴⁸⁰:
 - Refuerzo de la actividad de terceros Estados dirigida a promocionar la independencia del poder judicial.
 - Formación de jueces y otro personal del ámbito judicial en materia de derechos humanos y empresas.
 - Acceso de los ciudadanos a información sobre la obligación de respeto a los derechos humanos en el ámbito empresarial.

⁴⁷⁸ *Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms*. Resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Documento número A/RES/53/144. 8 de marzo de 1999.

⁴⁷⁹ Principios números 26, 27, 28, 30 y 31. *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie. *Op. Cit.*

⁴⁸⁰ *Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos*. Gobierno de España. *Op. Cit.* Páginas 19 y 20.

- Principio Rector 27: el Estado debe asumir el deber de establecer mecanismos extrajudiciales de reclamación paralelos al sistema judicial ordinario, que sean efectivos y eficaces. Para ello, el Plan Nacional Español incluye una medida consistente en la elaboración, en el plazo de un año desde su aprobación por parte del Consejo de Ministros, de un informe sobre el cuerpo normativo vigente en España y los mecanismos extrajudiciales de reclamación, que deberá ser emitido por la Comisión de Seguimiento⁴⁸¹.
- Principio Rector 28: este principio hace referencia al deber del Estado de facilitar el acceso a los mecanismos de reclamación no estatales en caso de concurrencia de violaciones de los derechos humanos en el ámbito empresarial, para lo que el Gobierno de España se encargará de recopilar guías de buenas prácticas en esta materia⁴⁸².
- Principio Rector 30: las corporaciones industriales y colectividades múltiples deben asumir el compromiso de permitir el acceso de las víctimas a mecanismos de reclamación eficaces en caso de que concurra una violación de los derechos humanos. Para ello, se prevé el apoyo del Gobierno de España en este ámbito y la emisión por su parte de recomendaciones en este contexto⁴⁸³.
- Principio Rector 31: finalmente, este apartado del Plan Nacional Español hace referencia al Principio Rector 31, que se refiere a las características que deben cumplir los mecanismos extrajudiciales de reclamación para resultar eficaces en la reparación de las violaciones de los derechos humanos en el contexto empresarial. En este ámbito, el Plan Nacional Español se limita a referirse a las medidas ya propuestas anteriormente en relación con los Principios Rectores 27, 28 y 30⁴⁸⁴.

Como cierre, el Plan Nacional Español incluye en su Capítulo IV toda una serie de medidas que tienen como objetivo principal dar seguimiento al cumplimiento de las

⁴⁸¹ *Ibid.* Página 20.

⁴⁸² *Ibidem.*

⁴⁸³ *Ibid.* Páginas 20 y 21.

⁴⁸⁴ *Ibid.* Página 21.

medidas incluidas en él, así como actualizar su contenido cuando corresponda. En concreto, por ejemplo, en el Capítulo IV se constituye la Comisión de Seguimiento y también se establecen sus reglas de funcionamiento⁴⁸⁵, y también se fija la duración del Plan Nacional Español⁴⁸⁶.

Por lo que respecta a la evaluación de su impacto, en el Capítulo IV se indica expresamente que, transcurridos dos años desde la aprobación del Plan Nacional Español por el Consejo de Ministros, “*la Comisión de Seguimiento llevará a cabo en el plazo de seis meses una evaluación de su impacto en relación con la prevención, mitigación y remedio de los efectos negativos que la actividad empresarial pudiera tener sobre los derechos humanos*”⁴⁸⁷, de tal modo que, sobre la base de las conclusiones resultantes del informe emitido por la Comisión de Seguimiento, deberá elaborarse una nueva versión del Plan Nacional Español, cuyo texto deberá estar finalizado antes de que finalice el periodo de tres años de duración del Plan Nacional Español establecido en su articulado⁴⁸⁸.

1.3. Punto Nacional de Contacto de las Líneas Directrices

En el mes de noviembre del año 2014 se aprobó la creación del Punto Nacional de Contacto de las Líneas Directrices (el “**Punto Nacional de Contacto**”) mediante la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Orden PRE/2167/2014, de 11 de noviembre, por la que se crea y regula la composición y funcionamiento del Punto Nacional de Contacto para la puesta en práctica de las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para empresas multinacionales⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ *Ibid.* Página 22.

⁴⁸⁶ *Ibidem.*

⁴⁸⁷ *Ibid.* Página 23.

⁴⁸⁸ *Ibidem.*

⁴⁸⁹ Orden PRE/2167/2014, de 11 de noviembre, por la que se crea y regula la composición y funcionamiento del Punto Nacional de Contacto para la puesta en práctica de las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para empresas multinacionales. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 281 de fecha 20 de noviembre de 2014.

El Punto Nacional de Contacto, como órgano colegiado interministerial adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Competitividad⁴⁹⁰, tiene por principal función la de “*la puesta en práctica de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, en adelante el PNC, así como la regulación de su composición y funcionamiento*”⁴⁹¹, siendo su presidente el Secretario de Estado de Comercio de dicho Ministerio⁴⁹². En cuanto a su estructura orgánica se compone de los siguientes órganos:

- Presidencia y vicepresidencia⁴⁹³.
- Secretaría, ejercida por el titular de la Subdirección General de Comercio Internacional de Servicios e Inversiones de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad⁴⁹⁴.
- Consejo asesor, de composición variada y del que forman parte los siguientes miembros procedentes de la sociedad civil⁴⁹⁵: (i) dos representantes del mundo empresarial (ii) dos representantes procedentes de sindicatos españoles, según las reglas previstas en la norma y (iii) dos personas en representación de organizaciones no gubernamentales. Su función es la de contribuir a la promoción de las actividades del Punto Nacional de Contacto.

Por lo que se refiere a las funciones del Punto Nacional de Contacto, el artículo 5 de la Orden PRE/2167/2014 especifica las siguientes⁴⁹⁶:

1. Difundir en España las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.
2. Mejorar el conocimiento de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, así como aprobar su programa de difusión.

⁴⁹⁰ *Plan de Empresa y Derechos Humanos. Gobierno de España. 26-06-2014. Borrador para tramitar en el Consejo de Ministros. Op. Cit. Artículo 2.1.*

⁴⁹¹ *Ibid.* Artículo 1.

⁴⁹² *Ibid.* Artículo 2.2.

⁴⁹³ *Ibidem.*

⁴⁹⁴ *Ibid.* Artículo 3.

⁴⁹⁵ *Ibid.* Artículo 4.

⁴⁹⁶ *Ibid.* Artículo 5.1.

3. Elaborar un informe anual sobre las actividades anteriores para que sea transmitido al Consejo asesor.
4. Responder a consultas planteadas por Puntos Nacionales de Contacto de otros Estados⁴⁹⁷.
5. En el apartado tercero del artículo 5 se prevé que el Punto Nacional de Contacto contribuya “*al estudio y solución de los problemas que surjan en relación con la aplicación de las Líneas Directrices en casos específicos*”⁴⁹⁸ para lo cual se indica, además, que el Punto Nacional de Contacto procederá a la elaboración de la Guía Española de Procedimiento⁴⁹⁹. En relación con esta cuestión, la Secretaría de Estado de Comercio elaboró, con fecha 1 de septiembre de 2015, una Guía de Procedimiento para la resolución de casos específicos, a cuyo contenido específico nos referiremos a continuación en este mismo apartado.

La Guía Española de Procedimiento, aprobada por el Punto Nacional de Contacto el día 20 de noviembre de 2015, contando con el informe favorable del Consejo Asesor⁵⁰⁰, tiene como finalidad analizar casos específicos en los que una empresa multinacional no respete, o bien no aplique adecuadamente, las Líneas Directrices, respecto de cuya naturaleza jurídica indica lo siguiente: “*Las Directrices no pueden sustituir a la legislación nacional ni prevalecer sobre ella y no deberían colocar a las empresas frente a obligaciones contradictorias. Sin embargo, la actuación del PNC debería inducir a las empresas a respetar las Directrices sin infringir las Leyes nacionales*”⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ *Ibid.* Artículo 5.2.

⁴⁹⁸ *Ibid.* Artículo 5.3.

⁴⁹⁹ *Guía de Procedimiento para la Resolución de Casos Específicos. Punto Nacional de Contacto de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Descripción breve. Procedimiento para la tramitación ante el Punto Nacional de Contacto de casos específicos sobre la aplicación inapropiada de las Líneas Directrices por una empresa multinacional.* Documento elaborado por la Subdirección General de Comercio Internacional de Servicios e Inversiones. Secretaría de Estado de Comercio del Ministerio de Economía y Competitividad. 1 de septiembre de 2015. Disponible para su consulta en el siguiente enlace oficial en Internet del Ministerio de Economía y Competitividad: <<http://www.comercio.gob.es/es-ES/inversiones-exteriores/punto-nacional-contacto-lineas-directrices/PDF/Guia-Procedimiento-PNC-15-11-20.pdf>>. Referencia del 24 de enero de 2018.

⁵⁰⁰ *Ibid.* Página 1.

⁵⁰¹ *Ibid.* Página 9.

Para cumplir con su función, y en particular en lo que se refiere al tratamiento de casos específicos, se indica expresamente que el Punto Nacional de Contacto actuará aplicando los siguientes principios:

- Imparcialidad, lo que implica que el Punto Nacional de Contacto debe resolver los asuntos sin aplicar “*presiones indebidas ni amenazas*”⁵⁰².
- Compatibilidad con las Líneas Directrices, lo que implica que el Punto Nacional de Contacto deberá tratar cada caso de conformidad con los principios y normas enunciados en las Líneas Directrices⁵⁰³.
- Equidad, en el sentido de que el Punto Nacional de Contacto debe garantizar que los procesos sustanciados ante esta institución sean llevados a cabo en condiciones de justicia y equidad, con un acceso razonable, entre otras cuestiones, a las fuentes de información disponibles⁵⁰⁴.
- Previsibilidad, lo que implica que la tarea del Punto Nacional de Contacto se limita “*a la mediación o buenos oficios, suministrando a las partes informaciones claras y accesibles sobre el modo en que se desarrollará el procedimiento, los plazos y actuaciones, y los criterios que ha aplicado en el análisis de casos*”⁵⁰⁵.
- Aunque el Punto Nacional de Contacto actuará siempre bajo el principio de transparencia, también se indica expresamente en la Guía Española de Procedimiento que cuando este organismo actúe mediante la prestación de “*buenos oficios*” en la implementación de las Líneas Directrices “*se adoptarán las medidas necesarias para mantener la confidencialidad de los procedimientos con el objeto de lograr la mayor eficacia posible y, respetando, en todo caso, la confidencialidad de las informaciones cuando una de las partes así lo solicite, tras valorar si acceder a la petición no supone menoscabo para el desarrollo de su función.*”⁵⁰⁶ Esta misma medida de confidencialidad resulta de aplicación en

⁵⁰² *Ibid.* Página 2.

⁵⁰³ *Ibidem.*

⁵⁰⁴ *Ibidem.*

⁵⁰⁵ *Ibidem.*

⁵⁰⁶ *Ibid.* Páginas 2 y 3.

cuanto al resultado de los procedimientos sustanciados ante el Punto Nacional de Contacto, todo ello con el fin de lograr la “*efectiva implementación*” de las Líneas Directrices⁵⁰⁷.

- Por último, entre los principios que gobiernan la actuación del Punto Nacional de Contacto se encuentra el relativo al compromiso de las partes de participar en el procedimiento de buena fe, con el fin de alcanzar una solución amigable a las diferencias existentes⁵⁰⁸.

La Guía Española de Procedimiento también regula, en su Apartado 3.2, el procedimiento que se sustancia ante el Punto Nacional de Contacto para cada caso específico, y que se sustancia en tres Fases (I, II y III).

En primera instancia, y antes de analizar las diferentes fases del procedimiento sustanciado ante el Punto Nacional de Contacto, debe tenerse en consideración, por lo que se refiere a los sujetos con legitimación activa, que “*Cualquier institución o persona física o jurídica puede dirigirse al Punto Nacional de Contacto para presentar su caso sobre la aplicación inapropiada de las Líneas Directrices por una empresa multinacional*”⁵⁰⁹, lo que implica que el procedimiento plantea una legitimación activa de tipo amplio que abarca tanto a personas jurídicas como a personas físicas.

En cuanto al procedimiento en sí mismo, la Fase I se refiere a la aceptación o rechazo de un caso, que corresponderá a la Secretaría del Punto Nacional de Contacto (la “**Secretaría del PNC**”), y que deberá ser formulada en un plazo máximo de 15 días hábiles a contar desde la fecha de recepción de la solicitud⁵¹⁰. Una vez recibida la solicitud, la Secretaría del PNC procederá a comunicarla, dentro del plazo indicado, a la empresa afectada, así como al Consejo Asesor y al resto de miembros del PNC⁵¹¹.

La Secretaría del PNC deberá elaborar un informe sobre el caso planteado, sus partes, circunstancias, empresa afectada, la existencia de jurisprudencia relevante sobre la

⁵⁰⁷ *Ibid.* Página 3.

⁵⁰⁸ *Ibidem.*

⁵⁰⁹ *Ibidem.*

⁵¹⁰ *Ibidem.*

⁵¹¹ *Ibidem.*

materia, así como las actuaciones realizadas por el Punto Nacional de Contacto en otros casos similares, y que deberá ser enviado a los miembros del PNC, y también al Consejo Asesor⁵¹².

El Punto Nacional de Contacto, basándose en el informe elaborado por la Secretaría del PNC, deberá valorar la posibilidad de realizar actuaciones de “*buenos oficios*” en relación con el caso planteado y, posteriormente, y tomando en consideración su juicio sobre la pertinencia de actuaciones de “*buenos oficios*” decidirá en pleno sobre la aceptación o rechazo de la solicitud formulada, todo ello en un plazo no superior a tres meses desde la fecha de recepción de la solicitud, y habiendo tomado en cuenta la opinión del Consejo Asesor⁵¹³. Una vez tomada una decisión, el Punto Nacional de Contacto deberá comunicar al solicitante la decisión sobre la aceptación o rechazo de la solicitud planteada en un plazo máximo de quince días hábiles⁵¹⁴.

En el supuesto de que la solicitud fuera aceptada, se pasaría a la Fase II del procedimiento en la que, tal y como se indica en la propia Guía Española de Procedimiento, el Punto Nacional de Contacto “*aconsejará la mediación o conciliación a las partes con el fin de ayudar a la resolución de las cuestiones a resolver. Si las partes aceptan, la mediación podrá realizarse por un profesional independiente seleccionado de común acuerdo por ellas o, alternativamente, por el PNC*”⁵¹⁵. Tal como se acaba de indicar, la mediación, sujeta a su previa autorización por las partes, podrá ser realizada bien por un experto independiente, bien por el propio Punto Nacional de Contacto, siempre sobre la base de los siguientes compromisos⁵¹⁶:

- La actuación de buena fe de las partes en conflicto.
- El respeto a la confidencialidad a lo largo del procedimiento, y en especial en las comunicaciones de cada una de las partes con el Punto Nacional de Contacto.
- El compromiso de no actuar contra la otra parte ante los medios de comunicación.

⁵¹² *Ibid.* Páginas 3 y 4.

⁵¹³ *Ibid.* Página 4.

⁵¹⁴ *Ibidem.*

⁵¹⁵ *Ibid.* Página 5.

⁵¹⁶ *Ibidem.*

Por último, debe tomarse en consideración que el procedimiento de mediación ante el Punto Nacional de Contacto no podrá tener una duración de más de un año⁵¹⁷.

El procedimiento sustanciado ante el Punto Nacional de Contacto acaba con la Fase III, dedicada a la finalización del caso, que puede tener dos resultados⁵¹⁸:

1. En el supuesto de que las partes alcancen un acuerdo, se considerará completado el procedimiento y el Punto Nacional de Contacto emitirá un informe al respecto, detallando el caso acontecido, las partes afectadas, y una declaración final en la que se incluirá la conformidad de las partes sobre las conclusiones alcanzadas en su texto.
2. En el supuesto de que las partes no lleguen a un acuerdo, el Punto Nacional de Contacto emitirá igualmente un informe refiriendo los principales aspectos del caso, partes afectadas, así como una declaración de cierre sin acuerdo indicando, en su caso, los motivos que han impedido encontrar una solución para el conflicto planteado.

En ambos supuestos será necesario que se oiga al Consejo Asesor antes de que el Punto Nacional de Contacto emita su informe⁵¹⁹.

Consideramos también relevante hacer referencia a algunas otras cuestiones que se incorporan en la Guía Española de Procedimiento y que nos sirven para delimitar las características y naturaleza del procedimiento sustanciado ante el Punto Nacional de Contacto:

- Seguimiento: se prevé de forma expresa la posibilidad de que el Punto Nacional de Contacto pueda dar seguimiento a los casos sustanciados ante él y su posterior evolución⁵²⁰.

⁵¹⁷ *Ibid.* Página 6.

⁵¹⁸ *Ibidem.*

⁵¹⁹ *Ibidem.*

⁵²⁰ *Ibidem.*

- Relación con otras instituciones: en la Guía Española de Procedimiento se prevé de forma expresa la posibilidad de que el Punto Nacional de Contacto pueda realizar consultas con otras instituciones durante la sustanciación de un caso concreto⁵²¹, tanto a nivel nacional como, por ejemplo, a nivel internacional, con el Comité de Inversión de la OCDE.

- Relación con otros Puntos Nacionales de Contacto: la Guía Española de Procedimiento también prevé la posibilidad de que el Punto Nacional de Contacto pueda mantener relaciones y comunicaciones con oficinas equivalentes de Estados que se hayan adherido a las Líneas Directrices⁵²². En este contexto, resulta además de interés tener en consideración las siguientes cuestiones:
 - Para el caso de empresas multinacionales que afecten a empresas que pertenezcan al territorio de otro Estado adherido a las Líneas Directrices, la Guía Española de Procedimiento establece que *“En aquellos casos específicos en el que una de las partes sea una multinacional de uno de los países en el territorio del otro, entre ambas partes decidirán cuál debe liderar la solución del caso.”*⁵²³.
 - Por otra parte, si el caso tiene que ver con una empresa que desarrolla su actividad en varios Estados adheridos a las Líneas Directrices, o bien con un consorcio o grupo de empresas, la Guía Española de Procedimiento establece que los Puntos Nacionales de Contacto deben consultarse entre sí, con el fin de determinar cuál será el que tomará la dirección del caso planteado⁵²⁴.
 - Por último, cuando se trate de empresas radicadas en Estados no adheridos a las Líneas Directrices, el Punto Nacional de Contacto intentará recabar la información que sea posible a través de las representaciones diplomáticas y, en su caso, de los Gobiernos correspondientes⁵²⁵.

⁵²¹ *Ibid.* Página 8.

⁵²² *Ibidem.*

⁵²³ *Ibidem.*

⁵²⁴ *Ibid.* Páginas 8 y 9.

⁵²⁵ *Ibidem.*

- La Guía Española de Procedimiento también indica de forma expresa que el Punto Nacional de Contacto mantendrá contacto y comunicaciones con el Comité de Inversión de la OCDE, con el fin de incluir en su Informe Anual sobre las Líneas Directrices información sobre los casos sustanciados ante esta institución, tanto en proceso como finalizados. Este Informe Anual deberá además ser remitido tanto al Consejo Asesor como a la Secretaría del PNC⁵²⁶.

En cualquier caso, llamamos la atención sobre lo indicado en el artículo 5.4 de la Orden PRE/2167/2014, en el que se indica que “*de las actuaciones llevadas a cabo por el Punto Nacional de Contacto en el ejercicio de sus funciones, no podrá derivarse efecto jurídico directo alguno respecto a terceros en los términos del artículo 40.3 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*”⁵²⁷. En virtud de lo previsto en dicho artículo, las capacidades del Punto Nacional de Contacto para ejercer efectos jurídicos sobre terceros resultarían anuladas, como así se prevé además en el artículo 40.3 de la “*Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*” respecto a los órganos colegiados⁵²⁸.

1.4. Responsabilidad Social Corporativa

Para cerrar esta panorámica sobre los instrumentos jurídicos disponibles en España en materia de derechos humanos y empresa resulta esencial prestar atención a la responsabilidad social corporativa: como ya se indicó con anterioridad en esta tesis doctoral la responsabilidad social corporativa constituye un elemento importante en materia de protección de los derechos humanos frente a las actividades empresariales, aunque se trate de un instrumento cuyo uso depende de la voluntad de las empresas, debido a su propia naturaleza jurídica.

⁵²⁶ *Ibid.* Página 9.

⁵²⁷ Orden PRE/2167/2014, de 11 de noviembre, por la que se crea y regula la composición y funcionamiento del Punto Nacional de Contacto para la puesta en práctica de las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para empresas multinacionales. Op. Cit. Artículo 5.4.

⁵²⁸ Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 90, de 15 de abril de 1997. Artículo 40.3.

Los instrumentos jurídicos disponibles en materia de responsabilidad social corporativa en España son de muy reciente incorporación. Pasamos a continuación a realizar una panorámica sobre los mismos:

- a. “Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas”⁵²⁹

En el año 2008, a propuesta del Gobierno de España, se dio en nuestro país uno de los primeros pasos para la promoción de las políticas de responsabilidad social empresarial en el ámbito de las empresas, gracias a la creación del Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas (el “**Consejo Estatal**”). Este órgano, creado mediante Real Decreto en febrero del año 2008, constituye la primera institución de naturaleza pública dedicada a la promoción y fomento de la responsabilidad social corporativa en España. Los objetivos del Consejo Estatal son los siguientes⁵³⁰:

- Erigirse en foro de debate en España en materia de responsabilidad social tanto para las empresas, como para las organizaciones sindicales y empresariales, administraciones públicas y otras organizaciones relevantes.
- Fomentar iniciativas en materia de responsabilidad social, especialmente enfocadas a las pequeñas y medianas empresas.
- Informar sobre las regulaciones existentes en España en materia de responsabilidad social empresarial.
- Promocionar y divulgar estándares de las memorias e informes de responsabilidad social elaborados por las empresas españolas.
- Analizar el desarrollo de las políticas de responsabilidad social de la empresa en España.

⁵²⁹ Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas. Op. Cit.

⁵³⁰ Ibid. Artículo 3.

Para el cumplimiento de los objetivos señalados anteriormente el Consejo Estatal tiene atribuidas las siguientes funciones⁵³¹: (i) emisión de informes y estudios a solicitud del Gobierno de España o del propio Consejo Estatal (ii) remisión al Gobierno de España de una memoria anual (iii) erigirse en Observatorio de la Responsabilidad Social de las Empresas en España (iv) promover iniciativas en materia de responsabilidad social (v) colaborar y cooperar con otros órganos análogos y (vi) participar en foros nacionales e internacionales relacionados con la responsabilidad social empresarial.

Además, llamamos la atención sobre el hecho de que el Plan Nacional Español, al que ya nos hemos referido de forma detallada con anterioridad en este Capítulo, también atribuye al Consejo Estatal una serie de funciones en relación con las medidas incorporadas en dicho documento entre las cuales destacamos la relativa a la coordinación entre la Comisión de Seguimiento del Plan Nacional y el Consejo Estatal, al menos con carácter anual⁵³².

- b. “Ley 2/2011, de 24 de marzo, de Economía Sostenible”⁵³³ (la “Ley de Economía Sostenible”)

La Ley de Economía Sostenible, aprobada por el Gobierno de España en el año 2011, resulta de especial interés en lo que se refiere al marco jurídico de la responsabilidad social corporativa en España, ya que se trata de uno de los primeros instrumentos jurídicos vinculantes y con rango de ley en los que se incorporó una mención específica a esta materia. Se trata de una norma estructurada en diferentes títulos y capítulos, entre los cuales destacamos dentro del Título I (Mejora de la calidad de la regulación) el Capítulo VI (Responsabilidad Social de las Empresas), compuesto por un único artículo, el 39, consagrado íntegramente a la responsabilidad social de las empresas⁵³⁴.

De este artículo 39 merece la pena que prestemos atención a los siguientes elementos, compromisos y metas:

⁵³¹ *Ibid.* Artículo 4.

⁵³² *Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit.* Página 13.

⁵³³ *Ley 2/2011, de 24 de marzo, de Economía Sostenible.* Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 55 de fecha 5 de marzo de 2011.

⁵³⁴ *Ibid.* Título I, Capítulo VI - Responsabilidad Social de las Empresas. Artículo 39.

- Mantenimiento de una política de promoción de la responsabilidad social corporativa por parte de las Administraciones Públicas, con el fin de incentivar la adopción por parte de las empresas, tanto públicas como privadas, de este tipo de iniciativas⁵³⁵. Estas medidas y políticas de promoción se traducirán en una serie de características e indicadores que servirán para la autoevaluación de las empresas en materia de responsabilidad social.
- Los indicadores anteriormente señalados deberán *“atender especialmente a los objetivos de transparencia en la gestión, buen gobierno corporativo, compromiso con lo local y el medioambiente, respeto a los derechos humanos, mejora de las relaciones laborales, promoción de la integración de la mujer, de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, de la igualdad de oportunidades y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y del consumo sostenible”*⁵³⁶, siempre en línea con las recomendaciones del Consejo Estatal.
- También es de interés tener en cuenta que el artículo hace una referencia expresa a las sociedades anónimas, de quienes se indica que podrán hacer públicos sus informes relativos a las políticas y resultados en materia de responsabilidad social empresarial, debiendo remitir una copia de dicho informe al Consejo Estatal en el caso de que se trate de empresas con más de 1.000 asalariados⁵³⁷. Aunque se trata de una referencia de carácter voluntario, resulta significativo observar que en la Ley de Economía Sostenible se haga una referencia expresa a un tipo societario y no a otros como la sociedad limitada, por ejemplo.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las medidas incorporadas al artículo 39 de la Ley de Economía Sostenible debemos tener en cuenta que, como indica en este sentido Encarnación MONTOYA MARTÍN⁵³⁸:

“El artículo 39 constituye un mandato para la propia Administración de promover la responsabilidad social de todas las

⁵³⁵ *Ibid.* Artículo 39.1.

⁵³⁶ *Ibid.* Artículo 39.2.

⁵³⁷ *Ibid.* Artículo 39.3.

⁵³⁸ MONTOYA MARTÍN, Encarnación. *“El Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos y el marco regulatorio de las empresas del sector público”*. Op. Cit. Página 185.

empresas, organizaciones e instituciones públicas o privadas, especialmente a las pequeñas y medianas, difundiendo su conocimiento y las mejores prácticas existentes. A tal efecto, el Gobierno ha de poner a su disposición un conjunto de características e indicadores para su autoevaluación en materia de responsabilidad social, así como modelos o referencias de reporte, todo ello de acuerdo con los estándares internacionales en la materia. El conjunto de características, indicadores y modelos de referencia deberá atender especialmente a los objetivos de transparencia en la gestión, buen gobierno corporativo, compromiso con lo local y el medioambiente, respeto a los derechos humanos, mejora de las relaciones laborales, promoción de la integración de la mujer, de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, de la igualdad de oportunidades y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y del consumo sostenible. La promoción de la responsabilidad social de las empresas por la Administración se limita en el artículo 39 a que las sociedades anónimas puedan hacer públicos, con carácter anual, sus políticas y resultados en materia de responsabilidad social empresarial a través de un informe específico. Y en el caso de sociedades anónimas de más de mil asalariados, este informe anual de responsabilidad social empresarial será objeto de comunicación al Consejo Estatal de Responsabilidad Social Empresarial con el fin de permitir efectuar un adecuado seguimiento sobre el grado de implantación de las políticas de responsabilidad social empresarial en las grandes empresas españolas. Asimismo, cualquier empresa podrá solicitar voluntariamente ser reconocida como empresa socialmente responsable.”

c. Proposición No de Ley sobre RSC⁵³⁹

Este instrumento jurídico, elaborado y debatido en el Congreso de los Diputados a propuesta del Grupo Socialista⁵⁴⁰, y aprobado finalmente por el Pleno del Congreso de los Diputados el día 21 de mayo de 2015 (tras la introducción de una serie de enmiendas aprobadas por el Grupo Parlamentario Popular⁵⁴¹), resulta especialmente relevante al tratarse del único documento de carácter doméstico español que, entre otras cuestiones, ha instado al Gobierno de España a la incorporación a nuestro ordenamiento de los Principios Rectores de las Naciones Unidas⁵⁴². La Proposición No de Ley sobre RSC incorporó además algunos acuerdos y mandatos adicionales como los siguientes:

- Recomendar al Consejo Estatal que incorpore en sus informes referencia al Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie⁵⁴³, así como a los Principios Rectores de las Naciones Unidas⁵⁴⁴.
- Promover la adopción e implementación de los Principios Rectores por las “grandes empresas españolas que operan en todo el mundo”, todo ello dentro de los Planes de Fomento de la Marca España^{545 546}.
- Analizar la forma de vincular la obtención de ayuda oficial del Estado al cumplimiento de obligaciones en materia de derechos humanos⁵⁴⁷.

⁵³⁹ Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Socialista, sobre Responsabilidad Social Corporativa y Derechos Humanos (número de expediente 162/000591). Op. Cit.

⁵⁴⁰ Ibidem.

⁵⁴¹ Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Socialista, sobre Responsabilidad Social Corporativa y Derechos Humanos (número de expediente 162/000591). Texto modificado con enmiendas, publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados serie D, número 279, de fecha 29 de mayo de 2013. Op. Cit.

⁵⁴² Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Socialista, sobre Responsabilidad Social Corporativa y Derechos Humanos (número de expediente 162/000591). Op. Cit. Acuerdo número 1.

⁵⁴³ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit.

⁵⁴⁴ Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Socialista, sobre Responsabilidad Social Corporativa y Derechos Humanos (número de expediente 162/000591). Op. Cit. Acuerdo número 2.

⁵⁴⁵ Ibid. Acuerdo número 4.

⁵⁴⁶ En relación con la Marca España, es interesante tener en cuenta que el Gobierno de España tiene este proyecto entre sus prioridades desde hace ya algunos años. Entre las iniciativas desarrolladas en esta materia destacamos que en el año 2012 se creó el Alto Comisionado del Gobierno para la Marca España, dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. Real Decreto 998/2012, de 28 de junio, que crea la figura del Alto Comisionado del Gobierno para la Marca España. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 155 de fecha 29 de junio de 2012.

⁵⁴⁷ Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Socialista, sobre Responsabilidad Social Corporativa y Derechos Humanos (número de expediente 162/000591). Op. Cit. Acuerdo número 5.

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la Proposición No de Ley sobre RSC debe tenerse en cuenta que, como indica ARROYO DOMÍNGUEZ, se trata de un “*acto de manifestación de la función del impulso político de la Cámara*”⁵⁴⁸, siendo la consecuencia de tal naturaleza que, al tratarse de la manifestación de una voluntad política, su contenido sólo podrá ser político⁵⁴⁹.

- d. “Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora”⁵⁵⁰.

Finalmente, en materia de responsabilidad social empresarial resulta relevante que prestemos atención al documento titulado “*Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora*” (la “**Estrategia Española**”), elaborado por el Gobierno de España a través del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Este documento hace referencia a las siguientes cuestiones⁵⁵¹:

- Contexto europeo e institucional en materia de responsabilidad social empresarial.
- Estrategia Española de responsabilidad social empresarial.
- Consejo Estatal y funciones de este órgano, así como su relación con los grupos de interés.
- Visión, principios y objetivos.
- Ejecución y seguimiento.

La Estrategia Española informa sobre el posicionamiento español en materia de responsabilidad empresarial así como sobre la visión de España a nivel global en esta materia y sobre las funciones y tareas del Consejo Estatal, entre otras cuestiones, y tiene por objeto “*apoyar el desarrollo de las prácticas responsables de las organizaciones públicas y privadas con el fin de que se constituyan en un motor significativo de la*

⁵⁴⁸ ARROYO DOMÍNGUEZ, Jesús. “Apuntes sobre la proposición no de ley: concepto y práctica parlamentaria”. *Anuario de Derecho Parlamentario*. Número 16. Año 2005. Páginas 135 a 152. Página 142.

⁵⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁵⁰ *Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas. Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora. Op. Cit.*

⁵⁵¹ *Ibid.* Página 4.

*competitividad del país y de su transformación hacia una sociedad y una economía más productiva, sostenible e integradora”*⁵⁵².

La Estrategia Española se basa en los siguientes principios⁵⁵³: (i) competitividad (ii) cohesión social (iii) creación de valor compartido (iv) sostenibilidad (v) transparencia y (vi) voluntariedad, en base a los cuales persigue el cumplimiento de los siguientes objetivos⁵⁵⁴:

- a. Impulsar y promover la responsabilidad social en las empresas españolas, incluidas las pequeñas y medianas, así como en el resto de organizaciones públicas y privadas.
- b. Identificar la responsabilidad social empresarial como atributo de competitividad, sostenibilidad y cohesión social.
- c. Difundir a la sociedad los valores de la responsabilidad social empresarial.
- d. Crear un marco de referencia común en materia de responsabilidad social corporativa que garantice el respeto a los principios de la “*Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado*”⁵⁵⁵.

Los objetivos de la Estrategia Española se desarrollan a través de una serie de diez líneas de actuación⁵⁵⁶ así como un plan de medidas incorporado al propio documento⁵⁵⁷. La ejecución y seguimiento del progreso de estas líneas de actuación y medidas se deja en manos de las Administraciones Públicas, a quienes se atribuye las siguientes obligaciones:

⁵⁵² *Ibid.* Página 28.

⁵⁵³ *Ibid.* Páginas 28 a 30.

⁵⁵⁴ *Ibid.* Página 30.

⁵⁵⁵ *Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado*. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 295 de fecha 10 de diciembre de 2013.

⁵⁵⁶ *Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas. Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora. Op. Cit.* Página 31.

⁵⁵⁷ *Ibid.* Páginas 33 y siguientes.

“- Velar para que la asunción de la responsabilidad social por parte de las organizaciones sea real y cumpla con los criterios de materialidad.

- Impulsar la difusión de la RSE para que ésta llegue al conjunto de la sociedad.

- Velar porque la RSE vaya calando en todos los estadios del tejido productivo sin que ello suponga la inclusión de nuevas cargas administrativas o de otra índole.

- Erigirse como claros ejemplos de entidades responsables en todos y cada uno de sus ámbitos de influencia.”⁵⁵⁸

La Estrategia Española fija también una serie de responsabilidades que se atribuyen a las empresas y organizaciones, entre las que destacan las siguientes⁵⁵⁹: (a) definir estrategias de responsabilidad social adecuadas al tamaño de cada organización (b) reforzar las necesidades prioritarias (c) establecer canales de comunicación con grupos de interés y (d) apostar por la innovación y las buenas prácticas con el fin de obtener un desarrollo sostenible.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la Estrategia Española es un instrumento carente de fuerza vinculante tanto por su tipología como por su contenido relativo a la responsabilidad social corporativa que es, como se ha indicado ya a lo largo de esta tesis doctoral, una actividad realizada por las empresas de forma voluntaria.

2. Instrumentos jurídicos en el Derecho comparado

Una vez analizado el régimen jurídico disponible en España en materia de empresas transnacionales y determinación de responsabilidad procederemos a continuación a realizar un análisis sobre algunos instrumentos disponibles en esta materia en el Derecho comparado, con el fin de analizar algunos ejemplos de herramientas jurídicas que podrían resultar útiles para el estudio realizado en esta tesis doctoral.

⁵⁵⁸ *Ibid.* Página 56.

⁵⁵⁹ *Ibid.* Página 57.

Para ello, realizaremos una panorámica sobre la incorporación de los Principios Rectores al régimen jurídico nacional de los Estados, basándonos en la información proporcionada a estos efectos por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos a través de su sitio oficial en Internet especializado en esta materia⁵⁶⁰, y siempre tomando en consideración la labor del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos como organismo de las Naciones Unidas encargado de dar seguimiento a la tarea de implementación de las Líneas Directrices en los ordenamientos jurídicos internos, y tomando en cuenta la especial relevancia de esta institución ya no sólo en la escena general de las relaciones internacionales, sino de forma particular en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos indica expresamente que *“el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas alienta vivamente a todos los Estados a desarrollar, incorporar y actualizar un plan de acción nacional sobre empresas y derechos humanos como parte de la responsabilidad del Estado de diseminar e implementar los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos”*⁵⁶¹.

En todo caso, y de conformidad con la información actualizada proporcionada a estos efectos por parte del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, a fecha de elaboración de esta tesis doctoral los Estados que han incorporado los Principios Rectores a sus ordenamientos jurídicos internos son los siguientes: Irlanda, República Checa, Reino Unido, Holanda, Italia, Dinamarca, Finlandia, Lituania, Suecia, Noruega, Colombia, Suiza, Estados Unidos de América, Alemania, Francia, Polonia, España, Bélgica y Chile⁵⁶².

Igualmente, y siguiendo la información proporcionada a estos efectos por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, existen a fecha de elaboración de este trabajo otros Estados que se encuentran en proceso de incorporación de los Principios Rectores a sus ordenamientos internos en diferentes grados, entre los que se encuentran algunos como los siguientes⁵⁶³: Argentina, Australia, Azerbaiyán,

⁵⁶⁰ Esta información se encuentra disponible en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

⁵⁶¹ *Ibidem.* (traducción libre del autor)

⁵⁶² *Ibidem.* (traducción libre del autor)

⁵⁶³ *Ibidem.* (traducción libre del autor)

Guatemala, Grecia, Japón, Jordania, Kenya, Letonia, Luxemburgo, Malasia, Mauricio, Estados Unidos Mexicanos, Marruecos, Mozambique, Myanmar, Nicaragua, Portugal, Eslovenia, Tailandia y Uganda.

Finalmente, existen, de conformidad con la información proporcionada a estos efectos por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos humanos, otros “*Estados en los que ni las instituciones nacionales relacionadas con los derechos humanos ni la sociedad civil han comenzado a dar pasos encaminados a la elaboración de un plan nacional (en materia de derechos humanos)*”: se trata de Ghana, India, Indonesia, Kazajistán, Nigeria, la República de Corea, Sudáfrica, Tanzania y Filipinas⁵⁶⁴.

Además, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos podrá ser referido por su denominación completa, esto es, “**Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos**”, o bien por sus siglas, “**ACNUDH**”), con el fin de facilitar la elaboración de los diferentes Planes Nacionales por parte de los Estados, elaboró una guía sobre la implementación de los Principios Rectores durante el Quinto Foro Anual del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos , que tuvo lugar entre el 14 y el 16 de noviembre de 2016, y titulada “*Guía sobre los Planes Nacionales de Acción en Empresas y Derechos Humanos*”⁵⁶⁵ (la “**Guía sobre los Planes Nacionales**”).

La Guía sobre los Planes Nacionales pretende ayudar a los Estados proporcionándoles una serie de directrices para que puedan adoptar sus propios Planes Nacionales en materia de empresas y derechos humanos e incorporar así los Principios Rectores a sus ordenamientos internos, todo ello a través de la implementación de las siguientes fases⁵⁶⁶:

⁵⁶⁴ *Ibidem.* (traducción libre del autor)

⁵⁶⁵ *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights. UN Working Group on Business and Human Rights.* Documento publicado por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos en Ginebra (Suiza) en noviembre de 2016. Documento disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

⁵⁶⁶ *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights. UN Working Group on Business and Human Rights. Op. Cit.* Páginas i e ii.

- Fase 1 - iniciación: consiste en la publicación de un compromiso de formal del Gobierno correspondiente respecto a la creación de un Plan Nacional en materia de empresas y derechos humanos.
- Fase 2 – evaluación y consulta: obtención de una comprensión adecuada sobre el impacto de las actuaciones empresariales adversas en los derechos humanos, y consulta con los grupos y actores afectados (también denominados “*partes interesadas*”).
- Fase 3 – redacción de un Plan Nacional inicial: elaboración de un primer borrador de Plan Nacional para su consulta con las diferentes partes interesadas, con la finalidad de aprobar un Plan Nacional definitivo en materia de empresas y derechos humanos.
- Fase 4 – implementación: esta fase consiste en la aplicación del Plan Nacional adoptado por cada Estado, concretando las medidas de coordinación entre los diferentes departamentos gubernamentales y otras instituciones y organismos que participen en la misma, así como previendo la monitorización del sistema creado.
- Fase 5 – actualización: evaluación de los resultados de cada Plan Nacional con el fin de adaptarlo a las necesidades que vayan surgiendo en cada momento en cada Estado.

El ACNUDH ofrece las siguientes herramientas adicionales a los Estados para ayudarles en la adopción de sus respectivos Planes Nacionales en materia de empresas y derechos humanos:

- Documento titulado “*Planes Nacionales sobre Empresas y Derechos Humanos. Kit de herramientas para el Desarrollo, Implementación y Revisión de los Compromisos del Estado respecto a los contextos de desarrollo en materia de empresas y derechos humanos*”, elaborado por el Instituto Danés de Derechos

Humanos y la Mesa Redonda Internacional sobre Rendición de Cuentas Corporativas⁵⁶⁷.

- Recursos e información adicional sobre los Planes Nacionales publicados por el *Centro de Recursos sobre Empresas y Derechos Humanos (Business and Human Rights Resource Centre)* en su página oficial en Internet⁵⁶⁸.

A continuación, y conforme a lo señalado anteriormente, procederemos a realizar una panorámica por el contenido de los Planes Nacionales adoptados por los Estados anteriormente citados en este apartado, y a través de los cuales han incorporado los Principios Rectores a sus ordenamientos jurídicos internos. Dada la variedad de Estados a los que haremos referencia, seguiremos un sistema de organización consistente en, primeramente, agruparlos por continentes, refiriéndonos en primera instancia a Europa y después a América. Dentro de esta organización geográfica, nos referiremos a los planes Nacionales en orden cronológico, tomando para ello como referencia su fecha de aprobación e incorporación interna en cada Estado, y comenzando por los más recientes.

2.1. Europa

a. República de Irlanda

Según la información proporcionada a estos efectos por el ACNUDH⁵⁶⁹, Irlanda fue el último Estado en incorporar los Principios Rectores a su ordenamiento interno, concretamente en noviembre de 2017, a través de la publicación del documento titulado

⁵⁶⁷ *National Action Plans on Business and Human Rights. A Toolkit for the Development, Implementation, and Review of State Commitments to Business and Human Rights Frameworks*. Documento elaborado por el Instituto Danés de Derechos Humanos y la Mesa Redonda Internacional sobre Rendición de Cuentas Corporativas (*International Corporate Accountability Roundtable*). Junio de 2014. Documento disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

⁵⁶⁸ Información disponible en la página oficial en Internet del *Business and Human Rights Resource Centre* (Centro de Recursos sobre Empresas y Derechos Humanos) en el siguiente enlace: < <http://business-humanrights.org/en/un-guiding-principles/implementation-tools-examples/implementation-by-governments/by-type-of-initiative/national-action-plans>>. Referencia del 24 de enero de 2018.

⁵⁶⁹ Información disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

“*Plan Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos 2017-2020*”⁵⁷⁰ (el “**Plan Nacional Irlandés**”).

Por lo que se refiere a su estructura, el Plan Nacional Irlandés se divide en tres secciones dedicadas a analizar (i) el contexto internacional y el proceso interno de consultas (ii) el marco jurídico existente y (iii) las acciones a adoptar⁵⁷¹ en materia de empresas y derechos humanos.

Por lo que se refiere a la Sección 1, dedicada al contexto internacional, en ella se hace referencia a los Principios Rectores, haciendo mención expresa a los tres pilares que componen las obligaciones del Estado en materia de empresas y derechos humanos⁵⁷²:

- Obligación del Estado de proteger los derechos humanos.
- Responsabilidad corporativa de proteger los derechos humanos.
- Acceso a mecanismos de solución.

El Plan Nacional Irlandés también hace referencia a otros instrumentos internacionales relevantes en esta materia y que también se citan, por ejemplo, en el Plan Nacional Español⁵⁷³, como por ejemplo la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible⁵⁷⁴.

A continuación, el Plan Nacional Irlandés se refiere a su marco jurídico interno, haciendo mención a los instrumentos adoptados para materias como (i) la protección de los derechos de los trabajadores (ii) la adopción de medidas anti-corrupción (iii) la incorporación de medidas de igualdad de género (iv) la aprobación de normas contra la trata de seres humanos (v) la aprobación de normas para la protección del medio ambiente (vi) la incorporación de leyes para la protección de datos personales (vii) la adopción de medidas para evitar la corrupción y las violaciones de los derechos humanos a lo largo de

⁵⁷⁰ *National Action Plan on Business and Human Rights 2017-2020*. Documento elaborado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Comercio del Gobierno de Irlanda. Noviembre de 2017. Disponible para su consulta en el siguiente enlace oficial en Internet del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <<<https://www.dfa.ie/media/dfa/alldfawebsitemedia/National-Plan-on-Business-and-Human-Rights-2017-2020.pdf>>>. Referencia del 31 de enero de 2018.

⁵⁷¹ *Ibid.* Página 3. (traducción libre del autor)

⁵⁷² *Ibid.* Página 8. (traducción libre del autor)

⁵⁷³ *Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit.* Página 6.

⁵⁷⁴ *Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. 70/1. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Op. Cit.*

la cadena de suministro o (viii) la protección contra las violaciones de los derechos humanos en el ámbito de la contratación pública⁵⁷⁵.

El Plan Nacional Irlandés continúa haciendo referencia en su Sección 3 a las acciones implementadas o a implementar en materia de empresas y derechos humanos, dentro de las cuales distingue, por una parte (i) los denominados “*compromisos clave*”⁵⁷⁶, entre los que se encuentran los relacionados con cuestiones como la elaboración de un estudio sobre el marco legislativo en materia de derechos humanos y empresas, o el análisis de la estrategia de comercio de Irlanda para asegurar su coherencia con los Principios Rectores, estableciendo además una fecha límite para su ejecución y, por otra parte, (ii) las “*prioridades iniciales*” para el Grupo de Implementación en Empresas y Derechos Humanos, cuya tarea principal consiste en dar cumplimiento a los “*compromisos clave*” señalados anteriormente⁵⁷⁷, y en el que se incorporan medidas organizadas en torno a las tres obligaciones fundamentales incorporadas en los Principios Rectores y relacionadas con (a) la obligación del Estado de proteger los derechos humanos (b) la responsabilidad empresarial en materia de protección de los derechos humanos y (c) el acceso a medidas de reparación⁵⁷⁸.

b. República Checa

Según la información proporcionada a estos efectos por el ACNUDH, la República Checa aprobó su Plan Nacional en materia de empresas y derechos humanos en el mes de octubre del año 2017⁵⁷⁹ (el “**Plan Nacional Checo**”).

Sin embargo, a fecha de elaboración de esta tesis doctoral, el texto del Plan Nacional Checo no se encuentra disponible para su lectura y análisis por lo que, ante esta circunstancia, hacemos mención a título informativo respecto al documento titulado “*Plan de Acción Nacional para la Responsabilidad Social Corporativa en la República*

⁵⁷⁵ *National Action Plan on Business and Human Rights 2017-2020. Op. Cit.* Páginas 13 a 15. (traducción libre del autor)

⁵⁷⁶ *Ibid.* Páginas 16 y 17. (traducción libre del autor)

⁵⁷⁷ *Ibid.* Páginas 18 y 19. (traducción libre del autor)

⁵⁷⁸ *Ibidem.*

⁵⁷⁹ Información disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

Checa” que fue elaborado por el Ministerio de Comercio e Industria de la República Checa para el periodo 2016-2018⁵⁸⁰.

c. Reino de España

En orden cronológico inverso, el siguiente Plan Nacional en materia de empresas y derechos humanos que, conforme a la información proporcionada a estos efectos por el ACNUDH⁵⁸¹, fue aprobado e incorporado al ordenamiento interno, es el correspondiente al Reino de España que, como ya se indicó anteriormente en este mismo Capítulo de forma detallada, incorporó el Plan Nacional Español⁵⁸² el pasado día 28 de julio de 2017 mediante su aprobación por parte del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.

Por lo que respecta al Plan Nacional Español, en este apartado nos remitimos a lo indicado con anterioridad a este respecto en este mismo Capítulo, y que damos aquí por reproducido.

d. Reino de Bélgica

Según la información proporcionada a estos efectos por el ACNUDH, el Reino de Bélgica aprobó su Plan Nacional en materia de empresas y derechos humanos en el mes de julio del año 2017⁵⁸³ (el “**Plan Nacional Belga**”)⁵⁸⁴.

⁵⁸⁰ *National Action Plan for Corporate Social Responsibility in the Czech Republic*. Documento elaborado por el Ministerio de Industria y Comercio de la República Checa para el periodo 2016-2018. Disponible para su consulta en el siguiente enlace oficial en Internet del Ministerio de Industria y Comercio de la República Checa: <<<https://www.mpo.cz/assets/en/business/corporate-social-responsibility/2017/4/National-Action-Plan-CSR-in-the-CR-2016---2018-AJ.pdf>>>. Referencia de 31 de enero de 2018. (traducción libre del autor)

⁵⁸¹ Información disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

⁵⁸² *Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit.*

⁵⁸³ Información disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

⁵⁸⁴ *Plan d'action national. Entreprises et Droits de l'Homme*. Documento elaborado por el Gobierno de Bélgica, de fecha 23 de junio de 2017. Disponible para su consulta en el siguiente enlace oficial en Internet del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <<https://www.sdgs.be/sites/default/files/publication/attachments/20170720_plan_bs_hr_fr.pdf>>. Referencia del 31 de enero de 2018.

Por lo que se refiere a su contenido, el Plan Nacional Belga se organiza en torno a una serie de apartados que detallan (i) el contenido de la propuesta (ii) el contexto y marco jurídico en materia de empresas y derechos humanos en el Reino de Bélgica (iii) el proceso de elaboración del contenido del Plan Nacional Belga (iv) el alcance del Plan Nacional Belga (v) el cuadro de protección de los derechos humanos en el marco jurídico belga (vi) el seguimiento de la ejecución del Plan Nacional Belga y (vii) la propuesta de acciones concretas⁵⁸⁵: esta última sección incorpora una extensa batería de medidas en muy diferentes ámbitos entre los que se cuentan, por ejemplo, algunas como las siguientes, desarrolladas de forma muy detallada en el texto del Plan Nacional Belga:

- La creación de una “*caja de herramientas*” con instrumentos que permitan la adopción de medidas de protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial⁵⁸⁶.
- La elaboración de un informe sobre las medidas de reparación disponibles en el marco de la autoridad pública⁵⁸⁷.
- La formulación de recomendaciones sobre cómo mejorar el acceso al sistema de reparación judicial⁵⁸⁸.
- La promoción de medidas dedicadas a la protección de los derechos humanos en el ámbito de la responsabilidad empresarial⁵⁸⁹.
- La sensibilización de las empresas en materia de respeto a los derechos humanos en el ámbito empresarial⁵⁹⁰.
- El refuerzo de la colaboración entre los organismos públicos en materia de adopción de medidas de protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial⁵⁹¹.
- El refuerzo y control del respeto a los derechos humanos en los mercados públicos⁵⁹².
- El seguimiento de la evolución de los derechos humanos en el contexto de la responsabilidad social corporativa⁵⁹³.

⁵⁸⁵ *Ibidem*. (traducción libre del autor)

⁵⁸⁶ *Ibid*. Página 12. (traducción libre del autor)

⁵⁸⁷ *Ibid*. Página 13. (traducción libre del autor)

⁵⁸⁸ *Ibid*. Página 14. (traducción libre del autor)

⁵⁸⁹ *Ibid*. Página 15. (traducción libre del autor)

⁵⁹⁰ *Ibid*. Página 22. (traducción libre del autor)

⁵⁹¹ *Ibid*. Página 25. (traducción libre del autor)

⁵⁹² *Ibid*. Página 33. (traducción libre del autor)

⁵⁹³ *Ibid*. Página 45. (traducción libre del autor)

- El refuerzo del Punto Nacional de Contacto de la OCDE⁵⁹⁴.

e. República de Polonia

En el mes de mayo de 2017, de conformidad con la información proporcionada a estos efectos por el ACNUDH, la República de Polonia aprobó su Plan Nacional en materia de empresas y derechos humanos⁵⁹⁵ (el “**Plan Nacional Polaco**”)⁵⁹⁶.

El Plan Nacional Polaco se estructura en torno a tres pilares que se fundamentan en el contenido de los Principios Rectores⁵⁹⁷:

- Pilar I: el deber del Estado de proteger los derechos humanos.
- Pilar II: la responsabilidad empresarial de protección de los derechos humanos.
- Pilar III: el acceso a mecanismos de reparación.

En cuanto a su contenido, y sobre la base de la estructura citada anteriormente, el Plan Nacional Polaco hace referencia a la historia del nacimiento de los Principios Rectores⁵⁹⁸, a la que nos hemos referido de forma detallada en esta tesis doctoral, para pasar a continuación a hacer referencia a la “*conducta corporativa responsable*” como concepto relevante para comprender la aplicación y tratamiento que debe darse a los derechos humanos en el ámbito empresarial⁵⁹⁹. Seguidamente, el Plan Nacional Polaco se refiere a las medidas implementadas para la incorporación de los Principios Rectores a los ordenamientos jurídicos nacionales⁶⁰⁰, procediendo a continuación a analizar, de forma detallada, los tres pilares de los Principios Rectores a los que hicimos referencia anteriormente:

⁵⁹⁴ *Ibid.* Página 51. (traducción libre del autor)

⁵⁹⁵ Información disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

⁵⁹⁶ *Polish National Action Plan for the Implementation of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights 2017-2020*. Documento aprobado por el Consejo de Ministros de la República de Polonia con fecha 29 de mayo de 2017. Disponible para su consulta en el siguiente enlace oficial en Internet del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: << http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PolandNationalPlan_BHR.pdf>>. Referencia del 31 de enero de 2018.

⁵⁹⁷ *Ibid.* Páginas 2 y 3. (traducción libre del autor)

⁵⁹⁸ *Ibid.* Páginas 4 y 5. (traducción libre del autor)

⁵⁹⁹ *Ibid.* Páginas 6 y 7. (traducción libre del autor)

⁶⁰⁰ *Ibid.* Página 7. (traducción libre del autor)

- Pilar I⁶⁰¹: se refieren medidas específicas en relación con este pilar bajo el marco jurídico polaco, como por ejemplo las relacionadas con (i) la prohibición de los trabajos forzados (ii) la igualdad en el empleo y la ocupación (iii) la prevención de la explotación económica de los niños (iv) la libertad de asociación (v) el derecho a un salario justo (vi) la salud y seguridad ocupacional (vii) el derecho a la protección de las trabajadoras femeninas (viii) la mejora de las cualificaciones profesionales (ix) el derecho al desarrollo. En este Pilar I también se incluyen otras medidas relacionadas con el marco jurídico europeo y la contratación pública, así como una referencia a las medidas legislativas cuya adopción está prevista en el ámbito del Derecho polaco⁶⁰².

- Pilar II⁶⁰³: en lo que se refiere a la obligación empresarial de respetar los derechos humanos, el Plan Nacional Polaco hace referencia en este caso a las medidas planteadas por el Relator Especial en el marco de los Principios Rectores⁶⁰⁴, para incluir a continuación una serie de medidas específicas en este contexto, tales como⁶⁰⁵ (i) la implementación de las medidas incluidas en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible⁶⁰⁶ (ii) el diálogo e intercambio de conocimientos en materia de responsabilidad social corporativa (iii) la implementación de una estrategia de inversión y el perfil ideal de inversor (iv) el apoyo en la implementación de los Principios Rectores por las empresas y (v) la igualdad de oportunidades para personas con discapacidades.

- Pilar III: en materia de acceso a medidas de reparación, el Plan Nacional Polaco hace referencia a una serie de medidas entre las que destacan algunas como, entre otras⁶⁰⁷, (i) el análisis del actual marco normativo polaco en esta cuestión (ii) la protección bajo el marco jurídico del Derecho civil polaco (iii) el sistema de mediación en procedimientos económicos, civiles y laborales (iv) la protección

⁶⁰¹ *Ibid.* Páginas 8 a 17. (traducción libre del autor)

⁶⁰² *Ibid.* Páginas 17 a 27. (traducción libre del autor)

⁶⁰³ *Ibid.* Páginas 27 a 37. (traducción libre del autor)

⁶⁰⁴ *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit.*

⁶⁰⁵ *Polish National Action Plan for the Implementation of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights 2017-2020. Op. Cit.* Páginas 29 a 37. (traducción libre del autor)

⁶⁰⁶ *Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. 70/1. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Op. Cit.*

⁶⁰⁷ *Polish National Action Plan for the Implementation of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights 2017-2020. Op. Cit.* Páginas 37 a 52. (traducción libre del autor)

bajo el Derecho penal (v) la responsabilidad de las entidades colectivas o (v) el acceso a la asistencia jurídica previa al juicio.

Por último, el Plan Nacional Polaco hace referencia a las medidas de implementación, dentro de las cuales destacan algunas concretas como, por ejemplo, las relacionadas con (i) la educación y (ii) el seguimiento del cumplimiento de las medidas acordadas⁶⁰⁸.

f. República Francesa

La República Francesa aprobó, a tenor de lo indicado en este sentido por el ACNUDH, su Plan Nacional en materia de empresas y derechos humanos en el mes de mayo del año 2017⁶⁰⁹ (el “**Plan Nacional Francés**”)⁶¹⁰.

El Plan Nacional Francés está organizado, de forma similar a lo que ocurre con algunos otros de los Planes Nacionales que son objeto de análisis en este Capítulo, siguiendo la guía de los Principios Rectores y sus tres ejes principales⁶¹¹:

- Pilar I: la obligación del Estado de proteger los derechos humanos.
- Pilar II: la responsabilidad empresarial y el respeto a los derechos humanos.
- Pilar III: el acceso a medidas de reparación efectivas.

En cuanto a su contenido, el Plan Nacional Francés comienza con una extensa introducción en la que, de modo similar a lo que ocurre con el Plan Nacional Español⁶¹², el Gobierno de Francia ha optado por transcribir la redacción literal de los Principios Rectores⁶¹³.

⁶⁰⁸ *Ibid.* Páginas 53 y 54. (traducción libre del autor)

⁶⁰⁹ Información disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

⁶¹⁰ *National Action Plan for the Implementation of the United Nations Guiding Principles On Business and Human Rights*. Documento disponible para su consulta en el siguiente enlace oficial en Internet del Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Francesa: << https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/pnadh_version_finale_en_cle8ffacb.pdf>>. Referencia del 1 de febrero de 2018.

⁶¹¹ *Ibid.* Página 2.

⁶¹² *Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit.*

⁶¹³ *National Action Plan for the Implementation of the United Nations Guiding Principles On Business and Human Rights*. Documento elaborado por el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Francesa. *Op. Cit.* Páginas 4 a 11.

Seguidamente, y ya en el Capítulo I, el Plan Nacional Francés realiza una referencia al panorama normativo aplicable no sólo a nivel de Derecho internacional, sino también en materia de Derecho europeo y Derecho francés⁶¹⁴, haciendo además referencia a los instrumentos jurídicos en materia de empresas y derechos humanos elaborados por diferentes organizaciones internacionales con un papel relevante en esta materia.

A nivel internacional, el Plan Nacional Francés hace referencia a la labor de organizaciones internacionales como la ONU, la Organización Internacional del Trabajo, o la OCDE. En este contexto, se hace una referencia a las medidas y acciones realizadas por el Gobierno de Francia, así como a las acciones a realizar, entre las que destacan (i) la implementación de los Principios Rectores en la lucha contra el cambio climático y (ii) la cooperación con la Organización Mundial del Comercio y la Organización Internacional del Trabajo para incorporar los estándares sociales internacionales a los procesos de producción⁶¹⁵.

En el ámbito europeo, el Plan Nacional Francés se refiere a la labor llevada a cabo por organizaciones internacionales del calado del Consejo de Europa y la Unión Europea, y también a la labor relativa a la suscripción de tratados internacionales de comercio e inversión, tanto a nivel bilateral por parte de la propia República Francesa, como a nivel de la Unión Europea, y a la incorporación en ellos de referencias a la responsabilidad social corporativa⁶¹⁶. Se refieren numerosas acciones adoptadas por el Gobierno de Francia, así como algunas otras cuya implementación está prevista, tales como por ejemplo (i) la monitorización del cumplimiento de las recomendaciones emitidas por el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales con fecha 24 de junio de 2016⁶¹⁷ (ii) la supervisión de la incorporación de cláusulas relativas al desarrollo sostenible en el marco de los tratados de libre comercio suscritos a nivel de la Unión Europea o (iii) la contribución al debate sobre el concepto de “*grupo de empresas*” en la Unión Europea⁶¹⁸.

⁶¹⁴ *Ibid.* Páginas 12 a 36.

⁶¹⁵ *Ibid.* Página 16.

⁶¹⁶ *Ibid.* Páginas 17 a 22.

⁶¹⁷ *Ibid.* Página 22.

⁶¹⁸ *Ibidem.*

En relación con las dos últimas cuestiones señaladas, llamamos la atención sobre el hecho de que el Plan Nacional Francés, como ya ocurre en el caso del Plan Nacional Español, incluye algunas referencias relativas a la posibilidad de incorporar cláusulas relativas a la protección de los derechos humanos en el ámbito de tratados de libre comercio, lo que nuevamente confirma la tendencia existente en este contexto en el ámbito del Derecho internacional y, además, reafirma las propuestas que formulamos en este trabajo. Igualmente, consideramos interesante subrayar el hecho de que se haga referencia al concepto de “*grupo de empresas*” y su análisis en el marco del Derecho de la Unión Europea, puesto que se trata de una cuestión relevante en lo que se refiere a la determinación de la responsabilidad de las compañías en el ámbito europeo.

Por lo que se refiere al Derecho doméstico, el Plan Nacional Francés realiza también una panorámica sobre los instrumentos disponibles en este ámbito bajo el Derecho francés, refiriéndose para ello al marco constitucional, así como a las nuevas medidas legislativas adoptadas en la República Francesa en materia de responsabilidad social corporativa, y a las actuaciones realizadas en el ámbito de la administración pública, tanto en materia de contratación pública como en lo que se refiere a las relaciones interministeriales⁶¹⁹. El Plan Nacional Francés, además de referirse a las medidas ya adoptadas por el Gobierno de Francia en este contexto, propone algunas nuevas medidas como, por ejemplo, (i) aportar recursos financieros para lograr una efectiva implementación de los Principios Rectores (ii) centralizar la información y documentación creando un sistema electrónico centralizado sobre empresas y derechos humanos⁶²⁰ o (iii) asegurar la implementación de (a) las “*Directrices Voluntarias sobre el Gobierno Responsable de la Tenencia de tierras, industrias pesqueras y bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*” (VGGT, por sus siglas en inglés⁶²¹) y (b) los “*Principios para una Inversión Responsable en Sistemas de Agricultura y Alimentación*” (RAI, por sus siglas en inglés⁶²²) por parte

⁶¹⁹ *Ibid.* Páginas 22 a 36.

⁶²⁰ *Ibid.* Páginas 26 y 27.

⁶²¹ *Voluntary guidelines on the Responsible Governance of Tenure of lands, fisheries and forests in the context of national food security*. Documento elaborado por el Comité Mundial para la Seguridad Alimentaria de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO, por sus siglas en inglés “*Food Agricultural Organization*”). Roma, 2012. Documento disponible para su consulta en el siguiente enlace a la página oficial en Internet de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura: << <http://www.fao.org/docrep/016/i2801e/i2801e.pdf>>>. Referencia del 2 de febrero de 2018. (traducción libre del autor)

⁶²² *Principles for Responsible Investment in Agriculture and Food Systems*. Documento elaborado por el Comité Mundial para la Seguridad Alimentaria de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO, por sus siglas en inglés “*Food Agricultural Organization*”) en relación con los Principios para una Inversión Responsable en Sistemas de Agricultura y Alimentación aprobados por el Comité Mundial para la Seguridad Alimentaria el 15 de octubre de 2014, en su 41ª sesión. Documento

de los actores económicos franceses que operan fuera de las fronteras de la República Francesa⁶²³.

En cuanto al Capítulo II, dedicado a la responsabilidad de la empresa en materia de respeto a los derechos humanos, al igual que sucedía en el caso del Capítulo I, se enumeran toda una serie de medidas ya implementadas por el Gobierno de Francia en este contexto⁶²⁴, seguidas de una batería de acciones a implementar entre las que destacan (i) la implementación de instrumentos normativos que obliguen a las empresas a realizar un proceso de diligencia debida sobre sus actuaciones empresariales y su concordancia con el respeto a los derechos humanos (ii) el refuerzo de los derechos humanos en los criterios de compras (iii) la promoción del diálogo social y la expresión laboral en el ámbito empresarial o (iv) la realización de estudios de impacto en materia de empresas y derechos humanos⁶²⁵.

El Capítulo III, en el que se hace referencia al acceso a mecanismos de reparación⁶²⁶, sigue analiza de forma diferenciada los mecanismos judiciales y no judiciales disponibles en este contexto.

En el ámbito judicial, a nivel internacional, el Plan Nacional Francés hace en este caso referencia al Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre Trabajo Forzoso adoptado por la OIT en el año 1930⁶²⁷. A nivel europeo, se incluye una breve referencia al Tribunal

disponible para su consulta en el siguiente enlace a la página oficial en Internet de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura: <<
http://www.fao.org/fileadmin/templates/cfs/Docs1314/rai/CFS_Principles_Oct_2014_EN.pdf>>.
Referencia del 2 de febrero de 2018. (traducción libre del autor)

⁶²³ *National Action Plan for the Implementation of the United Nations Guiding Principles On Business and Human Rights*. Documento elaborado por el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Francesa. *Op. Cit.* Páginas 32 y 33.

⁶²⁴ *Ibid.* Páginas 37 a 45.

⁶²⁵ *Ibid.* Páginas 38 a 44.

⁶²⁶ *Ibid.* Páginas 46 a 60.

⁶²⁷ *Ibid.* Página 47. *Po29 - Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930*. Protocolo adoptado en la 103ª sesión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el día 28 de mayo de 2014. Disponible para su consulta en el siguiente enlace oficial en Internet de la Organización Internacional del Trabajo: <<
[Referencias del 2 de febrero de 2018.](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:Po29>>.
<i>Co29 – Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29)</i>. Convenio adoptado en la 14ª reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el día 10 de junio de 1930. En vigor desde el día 1 de mayo de 1932. Disponible para su consulta en el siguiente enlace oficial en Internet de la Organización Internacional del Trabajo: <<
<a href=)

Europeo de Derechos Humanos y a su sistema de funcionamiento⁶²⁸. A nivel de la República Francesa, el Plan Nacional Francés incorpora menciones al sistema de responsabilidad civil y penal bajo Derecho francés, así como al procedimiento seguido en estos contextos de conformidad con la legislación francesa, a la capacidad de los tribunales franceses para atraer jurisdicción en ciertos casos, y al sistema francés de acciones colectivas⁶²⁹. Igualmente, se hace mención al acceso a la tutela judicial efectiva, así como al sistema de protección para aquellos que denuncien violaciones de los derechos humanos en el ámbito empresarial⁶³⁰.

Por lo que respecta a los mecanismos no judiciales de reparación, se hace referencia al Punto Nacional de Contacto creado por la República Francesa, y a la labor desarrollada por este organismo en materia de empresas y derechos humanos. En este contexto, el Plan Nacional Francés propone reforzar las actividades del Punto Nacional de Contacto con el fin de reforzar la protección de los derechos humanos en el contexto empresarial. Por otra parte, y por lo que se refiere a la labor de la OIT, el Plan Nacional Francés se refiere, entre otras medidas a implementar, al refuerzo de la labor de la OIT en el ámbito de los derechos laborales⁶³¹. A nivel doméstico, el Plan Nacional Francés hace referencia a la figura del “*Defensor de Derechos*”, configurada a nivel constitucional y que permite a cualquier persona física o jurídica presentar una queja en caso de que considere que se han violado sus derechos individuales. En cuanto a las acciones, se proponen algunas dedicadas específicamente a la mejora del sistema de quejas, como por ejemplo (i) la pronta resolución de las quejas formuladas y (ii) la difusión de información sobre la existencia de este tipo de mecanismos alternativos⁶³².

g. República Federal de Alemania

El Gobierno de la República Federal de Alemania adoptó un Plan Nacional en materia de empresas y derechos humanos el día 16 de diciembre de 2016, tras un proceso de consulta de dos años llevado a cabo con la sociedad civil y representantes del sector empresarial y

⁶²⁸ *National Action Plan for the Implementation of the United Nations Guiding Principles On Business and Human Rights*. Documento elaborado por el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Francesa. *Op. Cit.* Página 47.

⁶²⁹ *Ibid.* Páginas 47 a 51.

⁶³⁰ *Ibid.* Página 53.

⁶³¹ *Ibid.* Páginas 54 a 57.

⁶³² *Ibid.* Páginas 58 y 59.

el gobierno, titulado “*National Action Plan. Implementation of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights. 2016-2020*”⁶³³ ⁶³⁴, que será de aplicación entre los años 2016 y 2020 y tiene por objeto la incorporación e implementación de los Principios Rectores a nivel interno en el país (el “**Plan Nacional Alemán**”).

En cuanto a su contenido, el Plan Nacional Alemán se refiere en primera instancia al proceso de generación de las medidas que incorpora, para hacer a continuación referencia a las expectativas del Gobierno Federal en cuanto al proceso de diligencia debida en el ámbito de los derechos humanos ⁶³⁵. Seguidamente, el Plan Nacional Alemán hace referencia a las “*acciones clave*”⁶³⁶ que se estructuran en torno a los siguientes temas: (i) la obligación de protección del Estado (ii) los retos en la práctica corporativa (iii) los medios disponibles para su implementación y (iv) la garantía de acceso a mecanismos de reparación⁶³⁷. Por último, el Plan Nacional Alemán hace referencia a las medidas de seguimiento, así como a la forma de asegurar la coherencia de las políticas públicas adoptadas en Alemania con el respeto a los derechos humanos en la práctica empresarial.

h. Confederación Suiza

Según la información proporcionada a estos efectos por el ACNUDH⁶³⁸, el día 9 de diciembre de 2016 el Consejo Federal de la Confederación Suiza aprobó un informe en el que subraya las líneas esenciales de un plan nacional para la implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas. El documento titulado “*Informe sobre la*

⁶³³ Esta información se encuentra disponible en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.* También se puede encontrar información sobre el Plan Nacional de la República Federal de Alemania en la página oficial en Internet del Centro de Recursos sobre Empresas y Derechos Humanos. *Op. Cit.*

⁶³⁴ *National Action Plan. Implementation of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights. 2016-2020*. Plan Nacional sobre empresas y derechos humanos para el periodo 2016-2020 adoptado por la República Federal de Alemania el 16 de diciembre de 2016.

⁶³⁵ *Ibid.* Página 3. (traducción libre del autor)

⁶³⁶ *Ibidem.*

⁶³⁷ *Ibidem.*

⁶³⁸ Esta información se encuentra disponible en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.* Información también disponible en la página oficial del Gobierno de la Confederación Suiza en el siguiente enlace: <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-64884.html>>. Referencia del 2 de febrero de 2018. (traducción libre del autor)

estrategia de Suiza respecto a la aplicación de los Principios rectores de las Naciones Unidas relativos a las empresas y a los derechos del hombre”⁶³⁹ recoge la posición del Consejo Federal de la Confederación Suiza respecto a la incorporación de los Principios Rectores mediante la exposición de 50 instrumentos políticos, si bien no genera medidas jurídicamente vinculantes (en adelante el "**Plan Nacional Suizo**")⁶⁴⁰.

Destacamos la siguiente frase recogida del Plan Nacional Suizo: “*la adopción de los Principios rectores de la ONU ha marcado igualmente un cambio de paradigma en lo que se refiere a clarificar los roles complementarios del Estado y de las empresas en materia de defensa y de respeto a los derechos del hombre en el marco de las actividades económicas*”⁶⁴¹. Como podemos observar, esta referencia incluida en el Plan Nacional Suizo se alinea con lo ya señalado anteriormente por nuestra parte en esta tesis doctoral en lo que se refiere a la existencia de un cambio de paradigma en las relaciones entre empresas y Estados en el ámbito de los derechos humanos, consagrada en este caso en los Principios Rectores.

El Plan Nacional Suizo va más allá al señalar que, en ejecución de lo dispuesto en el postulado “*Una estrategia Ruggie para Suiza*”⁶⁴², el Consejo Federal asume la responsabilidad de someter a la Asamblea Federal de la Confederación Suiza una estrategia que debe tener por objetivo aplicar en Suiza los Principios Rectores, y que debe contener una serie de elementos entre los que se encuentra precisamente el cambio de paradigma en materia responsabilidad social y ecológica de las empresas: “*1. Integración del cambio de paradigma registrado en el marco de referencia “proteger, respetar y reparar” de John Ruggie y, por tanto, redefinición del concepto de responsabilidad social y ecológica de las empresas [...]*”⁶⁴³.

⁶³⁹ *Rapport sur la stratégie de la Suisse visant à mettre en oeuvre les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat 12.3503, Alec von Graffenried, 14 décembre 2012 du 9 décembre 2016.* Documento elaborado por el Consejo Federal de la Confederación Suiza de fecha 9 de diciembre de 2016, disponible para su consulta en el siguiente enlace: < <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/46598.pdf>>. Referencia del 2 de febrero de 2018.

⁶⁴⁰ *Ibid.* Página 4.

⁶⁴¹ *Ibidem.* (traducción libre del autor)

⁶⁴² VON GRAFFENRIED, Alec. “*Une stratégie Ruggie pour la Suisse*”. Documento número 12.3503. 14 de diciembre de 2012. Depositado en el Consejo Nacional del Parlamento Suizo con fecha 13 de junio de 2012.

⁶⁴³ El texto literal del Plan Nacional Suizo en este punto indica lo siguiente: “*1. intégration du changement de paradigme ressortant du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » de John Ruggie et, partant, redéfinition du concept de responsabilité sociale et écologique des entreprises ;”.* *Rapport sur la stratégie de la Suisse visant à mettre en oeuvre les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux*

El Plan Nacional Suizo se organiza en torno a una introducción, que va seguida de una descripción resumida de los Principios Rectores, y a continuación de una explicación sobre la posición del Consejo Federal de la Confederación Suiza al respecto⁶⁴⁴ en la que se explica entre otras cuestiones que la Confederación Suiza contribuyó a financiar la elaboración de los Principios Rectores⁶⁴⁵. A continuación, se exponen una serie de recomendaciones dirigidas a las empresas establecidas en la Confederación Suiza y que se condensan en las siguientes categorías⁶⁴⁶:

- Medidas de diligencia debida en materia de derechos humanos.
- Medidas de compromiso político.
- Mecanismos de reparación.
- Consulta con otros grupos y actores afectados.

A pesar de lo señalado anteriormente en cuanto a la referencia al cambio de paradigma en relación al rol de Estados y empresas en materia de derechos humanos, debemos también tener en cuenta que el Plan Nacional Suizo subraya la falta de carácter jurídicamente vinculante de gran parte de las medidas incluidas en el mismo: “(*estas medidas están*) encuadradas en el marco de la de la libertad económica y conforme al principio de proporcionalidad incorporado en la Constitución, la Confederación asume su obligación de poner en práctica una combinación inteligente de medidas jurídicamente no vinculantes acompañadas, en caso necesario, de medidas legales complementarias”⁶⁴⁷. Las medidas incluidas en el Plan Nacional Suizo concretan la obligación de protección y garantía de los derechos humanos, en el entendimiento de que forman parte de un proceso continuo cuya supervisión corre a cargo del Consejo Federal y que debe ser actualizado cada cuatro años⁶⁴⁸, todo ello sobre la base de los pilares incorporados en los Principios Rectores⁶⁴⁹:

- Pilar 1: la obligación de proteger que incumbe al Estado.

entreprises et aux droits de l'homme. Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat 12.3503, Alec von Graffenried, 14 décembre 2012 du 9 décembre 2016. Op. Cit. Página 4. (traducción libre del autor)

⁶⁴⁴ *Ibid.* Página 5.

⁶⁴⁵ *Ibidem.*

⁶⁴⁶ *Ibid.* Página 8.

⁶⁴⁷ *Ibid.* Página 10. (traducción libre del autor)

⁶⁴⁸ *Ibidem.*

⁶⁴⁹ *Ibid.* Páginas 13 a 43.

- Pilar 3: acceso a vías efectivas de recurso.

i. República de Italia

En el caso italiano, y conforme a la información proporcionada por el ACNUDH, la incorporación de los Principios Rectores se produjo en dos fases inspirándose en el marco del proceso de elaboración de Planes Nacionales recomendado por el ACNUDH en su Guía Sobre los Planes Nacionales ⁶⁵⁰, y que sirvieron para diseñar y posteriormente detallar e implementar el contenido del Plan Nacional elaborado por el Gobierno de la República de Italia (el “**Plan Nacional Italiano**”):

1. En el mes de marzo del año 2014⁶⁵¹ se aprobó el documento titulado “*Fundamentos del Plan de Acción Italiano sobre los Principios Rectores de las Naciones Unidas en materia de Negocios y Derechos Humanos*”⁶⁵².
2. Posteriormente, en diciembre de 2016, la República de Italia hizo público el “*Plan Nacional Italiano sobre Empresas y Derechos Humanos*”⁶⁵³, elaborado por el Comité Interministerial para los Derechos Humanos (CIDU) del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación del Gobierno de la República de Italia.

El Plan Nacional Italiano parte del compromiso del Gobierno de Italia en torno a la protección de los derechos humanos, que se concreta en las siguientes medidas⁶⁵⁴:

- Continuar promocionando el respeto universal de los derechos humanos.
- Coordinar la aplicación del Plan Nacional Italiano.

⁶⁵⁰ *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights. UN Working Group on Business and Human Rights. Op. Cit.* Página i.

⁶⁵¹ Esta información se encuentra disponible en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

⁶⁵² *The Foundations of the Italian Action Plan on the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights.* Documento elaborado por el Gobierno de Italia en relación con la incorporación de los Principios Rectores al ordenamiento interno italiano. Marzo de 2014.

⁶⁵³ *Italian National Action Plan on Business and Human Rights. 2016-2021.* Documento elaborado en diciembre de 2016 por el Comité Interministerial para los Derechos Humanos (CIDU) del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación Internacional del Gobierno de la República de Italia. Disponible para su consulta en el siguiente enlace del CIDU: <http://www.cidu.esteri.it/resource/2016/12/49117_f_NAPBHRENGFINALEDEC152017.pdf>. Referencia del 24 de enero de 2018.

⁶⁵⁴ *Ibid.* Página 5.

- Reforzar las relaciones entre empresas y agentes sociales sobre la base del respeto a los derechos humanos.
- Fomentar que las empresas apliquen las medidas incluidas en el Plan Nacional Italiano.

El Plan Nacional Italiano se estructura en torno a los tres pilares que componen los Principios Rectores, y que se refieren a: (i) la responsabilidad del Estado italiano de proteger los derechos humanos, (ii) la responsabilidad de las empresas respecto al respeto a los derechos humanos y (iii) las medidas de remedio en caso de violaciones de los derechos humanos⁶⁵⁵.

Por lo que se refiere a las medidas concretas, el Plan Nacional Italiano hace referencia a seis prioridades nacionales en esta materia, que son las siguientes⁶⁵⁶:

1. Promover los procesos de diligencia debida, especialmente en las pequeñas y medianas empresas.
2. Promover la protección medioambiental y la sostenibilidad.
3. Eliminar el “*caporalato*” y otras formas de explotación y trabajos forzados.
4. Promocionar la protección de los derechos laborales, especialmente en los procesos de internacionalización de las empresas.
5. Abordar la discriminación y la falta de igualdad.
6. Fortalecer el rol del Gobierno de Italia en materia de derechos humanos, con base en la cooperación internacional.

Por lo que respecta a la obligación de protección del Estado el Plan Nacional Italiano hace mención a diferentes tipos de políticas llevadas a cabo en Italia por la administración pública en materia de empresas y derechos humanos⁶⁵⁷, distinguiendo entre (i) principios fundacionales⁶⁵⁸ y (ii) principios operativos⁶⁵⁹, así como a medidas a adoptar en el futuro.

⁶⁵⁵ *Ibid.* Página 7.

⁶⁵⁶ *Ibidem.*

⁶⁵⁷ *Ibid.* Página 10.

⁶⁵⁸ *Ibidem.*

⁶⁵⁹ *Ibid.* Página 12.

Finalmente señalamos que el Plan Nacional Italiano, elaborado para su aplicación entre los años 2016 y 2021, deberá ser objeto de monitorización y revisión, así como de un proceso continuo de consulta con los diferentes actores y agentes afectados por las medidas incluidas en el mismo. Esta tarea corre a cargo del CIDU, dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación Internacional del Gobierno de la República de Italia⁶⁶⁰.

Asimismo, debemos señalar que, tal como hemos observado ya en los casos de Reino Unido y Holanda, la República Italiana dispone de un Punto Nacional de Contacto (el “**Punto Nacional de Contacto Italiano**”) con una página de acceso oficial en Internet⁶⁶¹, que responde además a unas características similares a las de los Puntos Nacionales de Contacto descritos anteriormente en este apartado, sirviendo como “*procedimiento sin coste, no judicial, de solución de disputas, dispuesto en las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*”⁶⁶².

En lo que respecta a sus funciones, el Punto Nacional de Contacto Italiano ha desarrollado también otras labores relacionadas con las empresas y los derechos humanos entre las que destacan algunas como (i) la coordinación con las agencias de internacionalización y exportación de la República de Italia⁶⁶³ (ii) la realización de actividades de concienciación en materia de derechos humanos y empresas⁶⁶⁴ (iii) seguimiento del proceso de diligencia debida por parte de las empresas italianas⁶⁶⁵.

Por último, destacamos algunos elementos adicionales del Plan Nacional Italiano que consideramos relevantes:

⁶⁶⁰ *Ibid.* Página 29.

⁶⁶¹ La página oficial en Internet de acceso al Punto de Contacto Nacional de Italia es la siguiente: <<http://pcnitalia.sviluppoeconomico.gov.it/en/>>. Página oficial del Gobierno de la República Italiana. Referencia del 24 de enero de 2018.

⁶⁶² *Ibid.* Referencia incorporada en la página oficial al hacer referencia a las acciones disponibles para los ciudadanos en el siguiente enlace: <<http://pcnitalia.sviluppoeconomico.gov.it/en/are-you-citizen/3-instances-to-ncp>>. Referencia del 24 de enero de 2018.

⁶⁶³ *The Foundations of the Italian Action Plan on the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights. Op. Cit.* Página 44.

⁶⁶⁴ *Ibidem.*

⁶⁶⁵ *Ibidem.*

- En el Plan Nacional Italiano también se indica que los inversores extranjeros que pretendan realizar una inversión en la República Italiana deberán cumplir con la normativa interna italiana⁶⁶⁶.
- En materia de crédito a la exportación, el Plan Nacional Italiano hace referencia, como ya hiciera el Plan Nacional del Reino Unido, a las “*Aproximaciones Comunes*” de la OCDE. Se trata de las “*Aproximaciones Comunes sobre Medioambiente y Créditos a la Exportación con Apoyo Oficial*”, que datan del año 2003⁶⁶⁷. Como se indica en el propio documento, a pesar de que se trata de un documento que adopta la forma de Recomendación de la OCDE “*se trata de recomendaciones que no son legalmente vinculantes, pero la práctica les concede una gran fuerza de persuasión representando la voluntad política de los Estados Miembros de la OCDE*”⁶⁶⁸.
- En lo que se refiere a las medidas de remedio en caso de concurrencia de violaciones de los derechos humanos merece la pena que prestemos atención a cómo el Plan Nacional Italiano se refiere a la atribución de responsabilidad y, en particular, a la referencia normativa que se hace en este instrumento de cara a determinar la jurisdicción de los jueces italianos en el caso de violaciones de los derechos humanos a empresas transnacionales⁶⁶⁹:

“Debería tenerse en cuenta que la cuestión debería ser aclarada especificando el elemento transnacional de la empresa, el contexto legal del cuestionario y su propósito. En particular, se añade que la Ley italiana proporciona reglas en relación con la jurisdicción de los jueces italianos (Artículos 3 y siguientes de la Ley No. 218/1995), entonces la cuestión, tal como se formula en el cuestionario, parece no estar clara (de una parte, se refiere a la

⁶⁶⁶ *Ibid.* Página 46.

⁶⁶⁷ *Ibid.* Página 48. Las Aproximaciones Comunes fueron actualizadas en el año 2012 con la aprobación del documento titulado “*Recommendation of the Council on common approaches for officially supported export credits and environmental and social due diligence (the “Common Approaches”)*”. *Recommendation of the Council on common approaches for officially supported export credits and environmental and social due diligence (the “Common Approaches”)*. *Op. Cit.*

⁶⁶⁸ *The Foundations of the Italian Action Plan on the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights*. *Op. Cit.* (traducción libre del autor)

⁶⁶⁹ *Ibid.* Páginas 66 y 67. (traducción libre del autor)

Ley italiana, y de la otra, se refiere a las demandas extraterritoriales).

Haciendo un esfuerzo proactivo de interpretación, se nota lo siguiente. Bajo la premisa de que la razón de la pregunta es saber si una empresa “extranjera” está capacitada para acceder a una corte italiana, el criterio para identificar la jurisdicción civil se establece en el Artículo 3 y siguientes de la Ley Italiana de Derecho Internacional privado (Ley 218/1995). Sobre la premisa de que la razón es la de identificar al juez europeo que tiene jurisdicción para entender de una disputa transnacional, debe tenerse en cuenta que dentro del marco de la Unión Europea los criterios jurisdiccionales se gobiernan por el Reglamento (CE) No. 44/2001, comúnmente denominado Bruselas I, que pronto será objeto de revisión. En particular, los artículos 2 y 55 identifican a los jueces europeos que tienen jurisdicción para resolver una disputa civil transnacional.”

Así pues, y sobre la base de lo expuesto, debería tenerse en cuenta lo dispuesto en el Reglamento CE 44/2001⁶⁷⁰ en lo relativo a la determinación de la jurisdicción de la justicia europea en materia de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas europeas.

j. Reino Unido

Según la información proporcionada a estos efectos por el ACNUDH, Reino Unido fue uno de los primeros Estados en incorporar los Principios Rectores a su ordenamiento interno, si bien la última versión de su Plan Nacional data de mayo del año 2016⁶⁷¹.

Reino Unido elaboró su primer Plan Nacional mediante la publicación, en septiembre del año 2013, del documento titulado “*Buen Negocio. Implementando los Principios*

⁶⁷⁰ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *Op. Cit.*

⁶⁷¹ Esta información se encuentra disponible en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

Rectores de las Naciones Unidas sobre Negocios y Derechos Humanos”⁶⁷² actualizado en mayo de 2016⁶⁷³ (el “**Plan Nacional de Reino Unido**”).

El Plan Nacional de Reino Unido hace referencia a la obligación del Estado de proteger los derechos humanos, así como a las expectativas del Gobierno británico respecto de las empresas, al acceso a los remedios disponibles en caso de concurrencia de violaciones de los derechos humanos y, finalmente, a las medidas de implementación y seguimiento del Plan Nacional de Reino Unido⁶⁷⁴.

Ya en la versión inicial del Plan Nacional de Reino Unido se exponía, por parte del Gobierno británico, que las empresas “*nos han indicado que necesitan del Gobierno coherencia política y claridad, así como un mensaje político consistente. Necesitan certeza sobre las expectativas del Gobierno sobre ellas en materia de derechos humanos, y esperan apoyo para el cumplimiento de dichas expectativas. Este plan de acción pretende cumplir con estas necesidades*”⁶⁷⁵.

En este sentido las dos versiones del Plan Nacional de Reino Unido detallan los instrumentos jurídicos vigentes en el Reino Unido en esta materia, entre los cuales se destacan por ejemplo (i) la Ley de Seguridad en el Trabajo (1974) (ii) la Ley de Protección de Datos (1998) (iii) la Ley Anticorrupción o (iv) la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998)⁶⁷⁶ ⁶⁷⁷. Precisamente esta es una de las cuestiones que queremos subrayar: tanto en el caso de España como en el del Reino Unido

⁶⁷² *Good Business. Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. Documento presentado al Parlamento por el Secretario de Estado de Asuntos Exteriores y para la Commonwealth por mandato de Su Majestad. Documento número “Cm 8695”. Septiembre de 2013. Disponible para su consulta en la página oficial en Internet del Gobierno del Reino Unido en el siguiente enlace: < https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/236901/BHR_Action_Plan_-_final_online_version_1_.pdf>. Referencia del 24 de enero de 2018.

⁶⁷³ El documento citado en la nota al pie anterior fue actualizado en el mes de mayo del año 2016. *Good Business. Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. Documento presentado al Parlamento por el Secretario de Estado de Asuntos Exteriores y para la Commonwealth por mandato de Su Majestad. Documento número “Cm 9255”. Mayo de 2016. Disponible para su consulta en la página oficial en Internet del Gobierno del Reino Unido en el siguiente enlace: < https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/522805/Good_Business_Implementing_the_UN_Guiding_Principles_on_Business_and_Human_Rights_updated_May_2016.pdf>. Referencia del 24 de enero de 2018.

⁶⁷⁴ *Ibid.* Página 1.

⁶⁷⁵ *Good Business. Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. Edición de septiembre de 2013. *Op. Cit.* Página 6. (traducción libre del autor)

⁶⁷⁶ En el documento “*Good Business. Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*” se realiza una panorámica de la normativa vigente en Reino Unido en materia de derechos humanos y empresa. *Ibid.* Páginas 8 y 9.

⁶⁷⁷ *Good Business. Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. Edición de mayo de 2016. *Op. Cit.* Página 7.

y otros Estados a los que haremos referencia más adelante, nos encontramos con una realidad jurídica compleja en la que no existe un marco normativo claro a nivel doméstico en materia de derechos humanos y empresas que pueda ser aplicado de forma objetiva. Se trata de una cuestión que no sólo genera inseguridad jurídica en el sujeto obligado, en este caso la empresa (y el Estado en cuanto a su deber de protección), sino también en las víctimas de abusos y violaciones de los derechos humanos, para quienes el acceso a una reparación no siempre resulta sencillo. Esta es precisamente una de las razones que motivan el hecho de que la práctica totalidad de los Planes Nacionales que se analizarán en este apartado incorporen una sección dedicada específicamente a la reparación del daño.

Resulta relevante indicar también que el Plan Nacional de Reino Unido reconoce expresamente la influencia del Derecho internacional consuetudinario en materia de obligaciones relativas a los derechos humanos:

*“El Reino Unido está sujeto a obligaciones internacionales en materia de derechos humanos bajo el Derecho internacional consuetudinario como resultado de los instrumentos jurídicos internacionales que hemos firmado y ratificado. Las obligaciones en materia de derechos humanos generalmente aplican únicamente en el territorio y/o jurisdicción de un Estado. Por lo tanto, no existe un requerimiento general a los Estados para regular las actividades extraterritoriales de las empresas domiciliadas en su jurisdicción, aunque existen excepciones limitadas a esto, por ejemplo bajo el régimen de los tratados. El Reino Unido podría también escoger aplicar como política en determinados casos la regulación de la conducta de los negocios británicos en el extranjero”*⁶⁷⁸.

A la vista del texto citado podemos concluir que, si bien es cierto que el Derecho internacional consuetudinario impone obligaciones a los Estados en materia de derechos humanos, no lo es menos que los Estados tienen limitada su capacidad de actuación

⁶⁷⁸ *Ibid.* Página 6. (traducción libre del autor)

respecto a la regulación de las actividades desarrolladas por las empresas domiciliadas en sus jurisdicciones cuando éstas actúan fuera de ellas, aunque pueda haber excepciones que dependerán en último término de la voluntad política de los Estados.

El Plan Nacional de Reino Unido hace referencia en sus dos versiones a una serie de acciones realizadas por el Gobierno británico a nivel internacional en relación con los Principios Rectores, entre las cuales son destacables algunas como las siguientes⁶⁷⁹:

- Apoyo y promoción de una inversión extranjera responsable en materia de derechos humanos, bajo la presidencia del G-8 por parte del Reino Unido.
- Control del otorgamiento de ayudas públicas por parte del Reino Unido, en referencia a la no concesión de ayudas y contratos públicos a empresas que sean responsables de violaciones de los derechos humanos.
- Negociación y acuerdo respecto a las “*Aproximaciones Comunes*” de la OCDE para el año 2012⁶⁸⁰. En este documento se indica “*que se requiere a las Agencias de Crédito a la Exportación (ECAs) que tengan en cuenta no sólo potenciales impactos medioambientales sino también sociales, que se considera incluyen “impactos adversos relevantes en proyectos en materia de derechos humanos”*”⁶⁸¹.
- Apoyo al Pacto Global de las Naciones Unidas⁶⁸².
- Adopción por parte del Gobierno británico de la Ley contra el soborno del Reino Unido, en línea con los compromisos de la OCDE en este sentido⁶⁸³.

⁶⁷⁹ *Good Business. Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. Edición de septiembre de 2013. *Op. Cit.* Páginas 9 y siguientes.

⁶⁸⁰ *Recommendation of the Council on common approaches for officially supported export credits and environmental and social due diligence (the “Common Approaches”)*. Documento elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico con el código TAD/ECG(2012)5. 28 de junio de 2012.

⁶⁸¹ *Good Business. Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. Edición de septiembre de 2013. *Op. Cit.* Página 10. (traducción libre del autor)

⁶⁸² *Pacto Global de las Naciones Unidas*. *Op. Cit.*

⁶⁸³ *Good Business. Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. Edición de mayo de 2016. *Op. Cit.* Página 7.

- Suscripción por parte de Reino Unido de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, en las que precisamente este Estado está reconocido como uno de los Puntos Nacionales de Contacto más efectivos⁶⁸⁴.

Por lo que respecta a las acciones de remedio en caso de violación de los derechos humanos, es interesante que prestemos atención a la figura del “*Punto Nacional de Contacto del Reino Unido*” citada en el párrafo anterior (el “**Punto Nacional de Contacto Británico**”) y creada por el Gobierno británico, y entre cuyas funciones destaca la de “*considerar alegaciones por la falta de cumplimiento de los Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*”^{685 686}. El Punto Nacional de Contacto Británico es un instrumento de carácter extrajudicial promovido por el ejecutivo del Reino Unido, que ha creado una página oficial en Internet a través de la cual se pueden presentar reclamaciones relativas al incumplimiento por parte de una empresa británica de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales⁶⁸⁷, todo ello en cumplimiento de lo previsto en dicho documento.

Se trata de un sistema de investigación, enjuiciamiento y mediación de naturaleza extrajudicial y en el que actúa como protagonista en todas las etapas el Punto Nacional de Contacto Británico como institución. Por lo que respecta a su funcionamiento se rige, entre otros instrumentos, por los “*Procedimientos del Punto de Contacto Nacional del Reino Unido para el tratamiento de quejas surgidas en relación con las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*”⁶⁸⁸ (el “**Manual de Procedimientos**”). Es relevante indicar que este documento se inspira en el propio texto de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, por lo que muchos

⁶⁸⁴ *Ibid.* Página 7. (traducción libre del autor) *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Op. Cit.*

⁶⁸⁵ *Good Business. Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights.* Edición de septiembre de 2013. *Op. Cit.* Página 17. (traducción libre del autor)

⁶⁸⁶ *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Op. Cit.*

⁶⁸⁷ Página oficial en Internet del Gobierno del Reino Unido para la presentación de quejas por incumplimiento de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Disponible en el siguiente enlace: <<https://www.gov.uk/uk-national-contact-point-for-the-organisation-for-economic-co-operation-and-development-oecd-guidelines-for-multinational-enterprises>>. Referencia del 24 de enero de 2018.

⁶⁸⁸ *UK NCP procedures for dealing with complaints brought under the OECD guidelines for multinational enterprises.* Documento elaborado por el Ministerio de Negocios, Innovación y Capacidades del Gobierno del Reino Unido. 28 de abril de 2008 (última actualización de fecha 27 de noviembre de 2013). Enero de 2014. El documento se encuentra disponible para su consulta en la página oficial en Internet del Gobierno del Reino Unido en el siguiente enlace: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/270577/bis-14-518-procedural-guidance.pdf>. Referencia del 24 de enero de 2018.

de los elementos que lo componen proceden de ellas. Así cabe destacar los siguientes elementos fundamentales:

- Según lo indicado a estos efectos por las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, cualquier “*parte interesada*” puede presentar una reclamación ante el Punto Nacional de Contacto Británico. Indica el Manual de Procedimientos en este sentido que estarían legitimados para la presentación de quejas, por ejemplo (i) una comunidad afectada por una actividad empresarial (ii) empleados de una compañía o sus representantes sindicales o (iii) una organización no gubernamental⁶⁸⁹. En todo caso, debemos tener presente que el Manual de Procedimientos reconoce que el Punto Nacional de Contacto Británico “*considerará todas las reclamaciones que reciba*”⁶⁹⁰, pero aclara igualmente que “*los demandantes deberían tener un interés cercano en el caso y tener capacidad para proporcionar información sobre él. Deberían, además, de conformidad con los principios de las Líneas Directrices, tener una visión clara del resultado que desean alcanzar*”⁶⁹¹.
- Adicionalmente, será necesario que en su reclamación el demandante indique qué punto o puntos de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales han sido violados por la empresa denunciada⁶⁹². En cualquier caso, la justificación que se aporte por el demandante deberá ser “*suficiente para soportar una queja presentada ante el Punto Nacional de Contacto*” y se basará en la aportación de pruebas⁶⁹³.
- El Manual de Procedimientos incorpora también un procedimiento de reclamación en el que se detallan las diferentes fases del mismo. En caso de que la reclamación prospere, y tras el cumplimiento de una serie de pasos previos, la solución del mismo se sustanciaría preferentemente mediante mediación⁶⁹⁴. Sin embargo, si las partes no aceptan este medio de solución, o el mismo no alcanza un resultado satisfactorio para las partes, el caso volverá a ser analizado por el

⁶⁸⁹ *Ibid.* Páginas 6 y 7.

⁶⁹⁰ *Ibid.* Página 7. (traducción libre del autor)

⁶⁹¹ *Ibidem.* (traducción libre del autor)

⁶⁹² *Ibidem.*

⁶⁹³ *Ibidem.* (traducción libre del autor)

⁶⁹⁴ *Ibid.* Páginas 14 a 17.

Punto Nacional de Contacto Británico⁶⁹⁵ y el proceso culminará con la emisión por parte de este órgano de una Declaración Final⁶⁹⁶ en la que este órgano analizará los hechos, expondrá en su caso los resultados de la mediación y realizará además una serie de recomendaciones⁶⁹⁷.

- Si bien la Declaración Final no constituye en sí misma un documento vinculante para las partes, ni dispone de la naturaleza jurídica de una sentencia o documento judicial de otra clase, debe tenerse en cuenta al respecto del mismo las siguientes cuestiones:
 - Aunque se trate de un documento de naturaleza confidencial las partes están facultadas para hacer público el contenido de la Declaración Final⁶⁹⁸.
 - Una vez emitida la Declaración Final el Punto Nacional de Contacto Británico informará al Ministro de Negocios, Innovación y Capacidades, y cuando el documento esté listo para su publicación, remitirá copia del mismo a la Cámara de los Comunes y a la Cámara de los Lores para su publicación⁶⁹⁹.
 - La Declaración Final, cuando incorpore recomendaciones, será además objeto de seguimiento por parte del Punto Nacional de Contacto Británico⁷⁰⁰.

Como elemento positivo a favor de este mecanismo podemos señalar que la iniciativa del Punto Nacional de Contacto Británico constituye un instrumento que sin duda es útil a nivel particular para la detección de violaciones de las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* por parte de empresas británicas y, a nivel general, para la protección de las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas. También procede que señalemos que, dado su sistema de funcionamiento, el Punto Nacional de Contacto Británico dispone de una significativa agilidad que ayudará sin duda a una buena resolución del mismo. Igualmente positiva es la incorporación de la

⁶⁹⁵ *Ibid.* Página 17.

⁶⁹⁶ *Ibid.* Página 18.

⁶⁹⁷ *Ibidem.*

⁶⁹⁸ *Ibidem.*

⁶⁹⁹ *Ibidem.*

⁷⁰⁰ *Ibid.* Página 19.

mediación como medio de solución de controversias en esta sede, y también el hecho de que se informe de los resultados finales a las autoridades políticas británicas.

Sin embargo, y como aspecto negativo, debe tenerse en cuenta que el Punto Nacional de Contacto Británico es un procedimiento extrajudicial, en el que no interviene la administración de justicia y cuyo resultado no es vinculante para las partes. Adicionalmente se echa en falta que el procedimiento incorpore en alguna de sus fases la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o “*de oficio*” por parte del propio Punto Nacional de Contacto Británico.

k. Reino de Noruega

El Plan Nacional del Reino de Noruega, conforme a la información proporcionada por el ACNUDH⁷⁰¹, publicado en el mes de octubre del año 2015 y titulado “*Business and Human Rights National Action Plan for the implementation of the UN Guiding Principles*”, fue elaborado por el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de Noruega⁷⁰² (el “**Plan Nacional Noruego**”).

El Plan Nacional Noruego distribuye su contenido en torno a una serie de ejes inspirados en los Principios Rectores: (a) desarrollos globales y responsabilidad social corporativa, sección en la que se hace referencia a las distintas iniciativas internacionales existentes en materia de empresa y derechos humanos⁷⁰³, (b) obligación del Estado de protección de los derechos humanos e interpretación del Gobierno de Noruega sobre los Principios Rectores existentes en este contexto⁷⁰⁴, (c) responsabilidad de la empresa en materia de respeto a los derechos humanos⁷⁰⁵ y (d) acceso a medidas de remedio⁷⁰⁶.

⁷⁰¹ Esta información se encuentra disponible en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

⁷⁰² *Business and Human Rights National Action Plan for the implementation of the UN Guiding Principles*. Documento relativo a la adopción de los Principios Rectores por el Reino de Noruega. Código de publicación E-951-E. Documento publicado por los Servicios de Administración del Gobierno con el número 11/2015. Octubre de 2015. Disponible para su consulta en el siguiente enlace en Internet del Gobierno de Noruega: < https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/ud/vedlegg/mr/business_hr_b.pdf >. Referencia del 2 de febrero de 2018.

⁷⁰³ *Ibid.* Apartado 1 “*Global developments and CSR*”. Páginas 10 a 14.

⁷⁰⁴ *Ibid.* Apartado 2 “*The State duty to protect human rights*”. Páginas 16 a 27.

⁷⁰⁵ *Ibid.* Apartado 3 “*The Corporate responsibility to protect human rights*”. Páginas 28 a 36.

⁷⁰⁶ *Ibid.* Apartado 4 “*Access to remedy*”. Páginas 38 a 42.

En algunas de las secciones, como la relativa a las medidas de remedio, el Plan Nacional Noruego hace referencia a los diferentes mecanismos disponibles en su ordenamiento jurídico interno para hacer frente a la protección de los derechos humanos y proporcionar medidas adecuadas de remedio en materia de derechos humanos⁷⁰⁷.

e. 1. Reino de Suecia

El Reino de Suecia, de conformidad con la información hecha pública a estos efectos por el ACNUDH⁷⁰⁸, hizo público su plan nacional para la implementación de los Principios Rectores en el mes de agosto del año 2015. El documento, titulado “*Action plan for business and human rights*”, fue elaborado por los Ministerios de Empresa e Innovación y de Asuntos Exteriores del Gobierno de Suecia⁷⁰⁹ (el “**Plan Nacional Sueco**”), tras diversas consultas mantenidas por el Gobierno de Suecia con diferentes miembros de la sociedad civil como empresas, organizaciones no gubernamentales, sindicatos y agencias gubernamentales⁷¹⁰.

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica de los Principios Rectores, el Plan Nacional Sueco indica que “*los Principios Rectores no crean ninguna nueva obligación bajo el Derecho internacional. Aplican a todos los Estados y a todas las empresas y consisten en una serie de guías jurídicamente no vinculantes. Aunque algunos de los principios van dirigidos a las empresas comerciales, esto no quiere decir que ninguna parte de la responsabilidad del Estado en asegurar el respeto a los derechos humanos sea transferida a las empresas. En cualquier caso, los Principios Rectores clarifican la importancia de los compromisos existentes de los Estados y de lo que pueden significar para las empresas, y las ubica en un determinado contexto*”⁷¹¹.

⁷⁰⁷ *Ibidem*.

⁷⁰⁸ Esta información se encuentra disponible en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

⁷⁰⁹ *Action Plan for Business and Human Rights*. Documento producido por el Ministerio Sueco de Asuntos Exteriores con el número de artículo UD 15.021. Agosto de 2015. Estocolmo (Suecia). Documento disponible para su consulta en el siguiente enlace: <<http://www.government.se/contentassets/822dc47952124734b60daf1865e39343/action-plan-for-business-and-human-rights.pdf>>. Referencia del 2 de febrero de 2018.

⁷¹⁰ Consultas mantenidas durante el mes de marzo de 2015, según se indica en el propio Plan Nacional Sueco. *Ibid.* Página 6.

⁷¹¹ *Ibid.* Página 7. (traducción libre del autor)

En cuanto a su estructura, el Plan Nacional Sueco consta de un esquema similar al observado ya en algunos de los Planes Nacionales analizados en este apartado y que sigue la línea marcada en este sentido por los Principios Rectores: (i) referencia al deber de proteger asignado al Estado, (ii) mención a la responsabilidad corporativa en materia de derechos humanos y (iii) acceso a medidas adecuadas de remedio⁷¹². En cada uno de estos apartados el Plan Nacional Sueco hace referencia a la legislación nacional sueca aplicable respecto de la materia analizada.

Finalmente, el Plan Nacional Sueco incluye una referencia detallada a las medidas adoptadas por el Gobierno Sueco en materia de empresa y derechos humanos e implementación de los Principios Rectores desde el año 2013⁷¹³, para continuar con una mención a las medidas planificadas para ser adoptadas en el futuro en este contexto⁷¹⁴.

m. República de Lituania

La República de Lituania, según la información proporcionada por el ACNUDH, entregó a las Naciones Unidas el plan nacional aprobado para la implementación de los Principios Rectores en el mes de febrero del año 2015⁷¹⁵. El documento elaborado por el Gobierno de Lituania se titula “*Plan Nacional de Lituania para la implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Negocios y Derechos Humanos*” (el “**Plan Nacional Lituano**”) y se encuentra disponible para su consulta en la página oficial en Internet del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁷¹⁶.

El Plan Nacional Lituano gira en torno a tres objetivos: (1) asegurar la obligación del Estado de proteger, respetar y defender los derechos humanos⁷¹⁷, (2) promover la

⁷¹² *Ibid.* Página 2.

⁷¹³ *Ibid.* Anexo “*Measures taken*”. Páginas 21 a 25.

⁷¹⁴ *Ibid.* Anexo “*Measures planned*”. Páginas 25 a 29.

⁷¹⁵ Esta información se encuentra disponible en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

⁷¹⁶ *Lithuania's National Plan for the implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. Documento elaborado por la Misión Permanente de la República de Lituania ante la Oficina de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales en Ginebra (Suiza). 9 de febrero de 2015. Disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el siguiente enlace: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Lithuania_NationalPlanBHR.pdf>. Referencia del 2 de febrero de 2018.

⁷¹⁷ *Ibid.* Página 1.

responsabilidad corporativa y el respeto en el campo de los negocios y los derechos humanos⁷¹⁸ y (3) asegurar el acceso a un remedio efectivo en caso de que concurran violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas⁷¹⁹. Al hacer referencia al objetivo número 1, el Plan Nacional Lituano expone una serie de medidas a adoptar por el Gobierno de Lituania y entre las cuales se cuentan algunas como: (i) la implementación de medidas legislativas de protección de los derechos humanos y de mejora de los procesos legales y administrativos⁷²⁰, (ii) medidas contra la corrupción⁷²¹, (iii) medidas de capacitación para evitar la discriminación entre hombres y mujeres, personas discapacitadas y otros colectivos⁷²² y (iv) medidas a nivel internacional, entre las que se encuentran algunas como por ejemplo una participación activa del Gobierno de Lituania en la OCDE y la adopción de tratados internacionales en la materia por parte del Estado Lituano⁷²³. Por su parte, el objetivo número 2 se centra en acciones de responsabilidad social corporativa⁷²⁴, mientras que el objetivo número 3 hace referencia, dentro del acceso a medidas de remedio, a medidas ya adoptadas como⁷²⁵: (i) la mejora de los mecanismos de ayuda legal, (ii) la mejora de los procedimientos civiles y del sistema de responsabilidad civil, (iii) la mejora del sistema de reclamaciones colectivas y (iv) a otra serie de medidas en proceso de adopción.

n. República de Finlandia

También Finlandia aprobó en el año 2014, según lo indicado a estos efectos por el ACNUDH⁷²⁶, aunque en este caso en el mes de octubre, su propio plan nacional para la implementación de los Principios Rectores, con la publicación del documento titulado “*Plan Nacional para la implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Negocios y Derechos Humanos*”⁷²⁷ (el “**Plan Nacional Finlandés**”) y que

⁷¹⁸ *Ibid.* Página 5.

⁷¹⁹ *Ibid.* Página 8.

⁷²⁰ *Ibid.* Páginas 1 y 2.

⁷²¹ *Ibid.* Página 2.

⁷²² *Ibid.* Páginas 2 a 4.

⁷²³ *Ibid.* Página 4.

⁷²⁴ *Ibid.* Página 5.

⁷²⁵ *Ibid.* Páginas 9 y 10.

⁷²⁶ Esta información se encuentra disponible en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

⁷²⁷ *National Action Plan for the implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. Publicación del Ministerio de Empleo y Competitividad de la Economía del Gobierno de Finlandia número 46/2014. Octubre de 2014. Documento disponible para su consulta en la página oficial en Internet del Ministerio de Asuntos Económicos y Empleo del Gobierno de Finlandia en el siguiente enlace: <

se refiere de forma separada e independiente a (i) la responsabilidad de protección del Estado en materia de derechos humanos (ii) el Estado y las empresas (iii) expectativas hacia las empresas en materia de respeto de los derechos humanos y (iv) medidas de reparación⁷²⁸.

El Plan Nacional Finlandés hace en su primera sección un repaso a las diferentes medidas internas adoptadas por el Gobierno Finlandés en materia de protección de los derechos humanos, así como a las medidas de carácter supranacional e internacional como por ejemplo las relacionadas con la Unión Europea y la OCDE, respectivamente⁷²⁹. En la sección segunda el Plan Nacional Finlandés se refiere a: (i) las medidas de exigencia de respeto a los derechos humanos en los procedimientos de contratación pública, (ii) la exigencia de respeto a los derechos humanos para la obtención de financiación pública en Finlandia, así como en la obtención de créditos a la exportación⁷³⁰ y (iii) las medidas básicas de responsabilidad social corporativa.

Al hacer referencia a qué se espera de las empresas finlandesas en materia de respeto a los derechos humanos, el Plan Nacional Finlandés vuelve a referirse de forma expresa a las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y al proceso de diligencia debida, entendido como “*un proceso de examen con el que las compañías identifican y prevén los actuales y potenciales efectos adversos de sus actividades en su proceso de toma de decisiones y gestión del riesgo*”⁷³¹. Algo más adelante en el mismo apartado se indica que una de las propuestas realizadas al Gobierno finlandés en esta cuestión es la de incorporar, a nivel legislativo, una obligación de diligencia debida que resulte aplicable a todas las empresas finlandesas⁷³².

Finalmente, en materia de acceso a vías de remedio en caso de violaciones de los derechos humanos, el Plan Nacional Finlandés hace referencia a los mecanismos judiciales domésticos y a las garantías ofrecidas por el sistema judicial finlandés⁷³³ y, al igual que

http://tem.fi/documents/1410877/2861373/TEMjul_46_2014_National_action_plan_for_the_implementation_of_the_UN_guiding_principles_web_21102014.pdf/0488370a-b200-43bf-9c69-1a211b50ca14 >. Referencia del 2 de febrero de 2018.

⁷²⁸ *Ibid.* Página 9.

⁷²⁹ Un resumen de esta información puede ser consultado en el Plan Nacional Finlandés de forma detallada. *Ibid.* Páginas 13 a 16.

⁷³⁰ *Ibid.* Páginas 20 a 23.

⁷³¹ *Ibid.* Página 24. (traducción libre del autor)

⁷³² *Ibid.* Página 25.

⁷³³ *Ibid.* Página 30.

el resto de planes nacionales analizados, se refiere al Punto Nacional de Contacto propuesto por las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* que, en el caso de Finlandia, corresponde de forma conjunta al Ministerio de Economía y Empleo y al Comité de Responsabilidad Social Corporativa⁷³⁴. En cualquier caso, debe tenerse presente que el Punto de Contacto Nacional de la República de Finlandia se encuentra en fase de desarrollo, estando prevista la presentación de un plan en este sentido por parte del Ministerio de Economía y Empleo para finales del año 2015⁷³⁵.

o. Reino de Dinamarca

En el caso de Dinamarca, el ACNUDH especifica que el Plan Nacional fue aprobado en fechas cercanas a las del italiano, en particular en el mes de abril del año 2014⁷³⁶, con la publicación por el Gobierno danés del documento titulado “*Plan Danés de Acción Nacional – implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos*”⁷³⁷ (el “**Plan Nacional Danés**”). Como hemos observado ya al analizar los planes nacionales de otros Estados para la implementación de los Principios Rectores, en el caso del Plan Nacional Danés la estructura responde a un esquema ya descrito con anterioridad: tras un primer capítulo dedicado a la introducción del tema los siguientes hacen referencia a los tres pilares de la materia: (a) la obligación del Estado de proteger los derechos humanos (b) la responsabilidad de las empresas en el respeto a los derechos humanos y (c) el acceso a medidas de remedio⁷³⁸.

Por lo que se refiere a la obligación de protección del Estado el Plan Nacional Danés hace referencia a una serie de medidas adoptadas y/o en proceso de adopción para mejorar la implementación de los Principios Rectores, entre las cuales se cuentan algunas como (i)

⁷³⁴ *Ibid.* Página 31.

⁷³⁵ *Ibidem.*

⁷³⁶ Esta información se encuentra disponible en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

⁷³⁷ *Danish National Action Plan – implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. Marzo de 2014. Documento elaborado por el Gobierno de Dinamarca en relación con la adopción de los Principios Rectores en su ordenamiento interno. Documento disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el siguiente enlace: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Denmark_NationalPlanBHR.pdf. Referencia del 2 de febrero de 2018.

⁷³⁸ *Ibid.* Página 6.

mejorar la comunicación y coherencia política de las diferentes instancias del Estado⁷³⁹ (ii) establecer una comunicación por parte del Gobierno danés hacia las empresas danesas, informándoles de que el Gobierno Danés espera de ellas que éstas “*deben asumir la responsabilidad de respetar los derechos humanos cuando operen en el extranjero, especialmente en países en vías de desarrollo donde puede existir un riesgo incrementado de que se produzca un impacto adverso sobre los derechos humanos*”⁷⁴⁰ (iii) proteger los derechos humanos a través de la adopción de normas domésticas sobre la materia⁷⁴¹ (iv) establecer obligaciones de respeto a los derechos humanos a nivel doméstico en la legislación danesa, como por ejemplo las relativas a protección de datos, empleo juvenil y derechos laborales⁷⁴² (v) prever la obligación de las empresas de capital público de respetar los derechos humanos⁷⁴³, así como la obligación de respeto a los derechos humanos para la participación en procedimientos de contratación pública en Dinamarca⁷⁴⁴ y (vi) promover actividades de concienciación y de responsabilidad social corporativa desde la administración pública⁷⁴⁵.

En materia de responsabilidad de las empresas en cuanto al respeto a los derechos humanos, el Plan Nacional Danés hace referencia a diferentes iniciativas de responsabilidad social corporativa implementadas en Dinamarca⁷⁴⁶, pero, sin embargo, no menciona otra clase de cuestiones como las relativas a la determinación de la responsabilidad de las empresas por violaciones a los derechos humanos, determinación de la jurisdicción competente, etcétera.

Para finalizar, el Plan Nacional Danés se refiere a las acciones de remedio en el caso de que se produzcan violaciones de los derechos humanos por parte de empresas, mencionando expresamente tanto los mecanismos de naturaleza judicial como los de naturaleza extrajudicial y, dentro de estos últimos, distinguiendo entre los auspiciados por el Estado y los de iniciativa privada⁷⁴⁷.

⁷³⁹ *Ibid.* Página 12.

⁷⁴⁰ *Ibidem.* (traducción libre del autor)

⁷⁴¹ En esta sección se hace referencia a los múltiples tratados y otras iniciativas a las que el Estado Danés se ha adherido a nivel internacional en materia de derechos humanos y empresas. *Ibid.* Páginas 12 y 13.

⁷⁴² *Ibid.* Páginas 13 y 14.

⁷⁴³ *Ibid.* Página 14.

⁷⁴⁴ *Ibidem.*

⁷⁴⁵ *Ibid.* Páginas 14 y 15.

⁷⁴⁶ *Ibid.* Página 19.

⁷⁴⁷ *Ibid.* Página 20.

Además de la referencia a los mecanismos tradicionales de resolución judicial de conflictos, en el Plan Nacional Danés se indica que el Consejo Danés de Responsabilidad Social Corporativa recomendó al Gobierno de Dinamarca que, para los casos de graves violaciones de los derechos humanos, acudiera a mecanismos previstos por instituciones internacionales tales como la Unión Europea o las Naciones Unidas⁷⁴⁸. Igualmente, en materia de medios alternativos de resolución de controversias se indica que en el año 2012 el Gobierno del Reino de Dinamarca anunció el establecimiento de la Institución de Mediación y Gestión de Reclamaciones para una Conducta Empresarial Responsable, que fue aprobada mediante ley aprobada por el Parlamento Danés el 12 de junio de 2012, con la pretensión de “*asegurar que un mecanismo extrajudicial tenga la máxima legitimidad y autoridad*”⁷⁴⁹. Esta institución cumple en Dinamarca unas funciones similares a las de los Puntos Nacionales de Contacto, ya que su función principal es la de “*investigar casos que impliquen potenciales impactos adversos provocados por compañías danesas sobre las pautas internacionales de responsabilidad social corporativa, tal como las mismas se describen en las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*”⁷⁵⁰, y como en el caso de los restantes Puntos Nacionales de Contacto, resuelve los conflictos a través de la mediación⁷⁵¹ y dispone de su propia página oficial de acceso en Internet⁷⁵².

p. Reino de Holanda

Según la información proporcionada a estos efectos por el ACNUDH⁷⁵³, Holanda hizo público su plan nacional para la implementación de los Principios Rectores en el mes de diciembre del año 2013 (el “**Plan Nacional Holandés**”). El documento, disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Misión Permanente del Reino de Holanda ante las Naciones Unidas⁷⁵⁴, se estructura en torno a cinco apartados que abarcan una

⁷⁴⁸ *Ibid.* Página 21.

⁷⁴⁹ *Ibidem.*

⁷⁵⁰ *Ibid.* Página 22. (traducción libre del autor)

⁷⁵¹ *Ibidem.*

⁷⁵² La página oficial de acceso en Internet a la Institución de Mediación y Gestión de Reclamaciones para una Conducta Empresarial Responsable es la siguiente: <<http://businessconduct.dk>>. Referencia del 2 de febrero de 2018.

⁷⁵³ Esta información se encuentra disponible en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

⁷⁵⁴ *National Action Plan on Business and Human Rights*. Publicación número 33 de la Cámara de Representantes del Reino de Holanda. Diciembre de 2013. Disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Misión Permanente del Reino de Holanda ante las Naciones Unidas: <http://www.netherlandsmission.org/binaries/content/assets/postenweb/v/verenigde_staten_van_amerika/the-permanent-mission-to-the-un/actionplanbhr.pdf>. Referencia del 24 de enero de 2018.

breve panorámica del régimen jurídico holandés vigente en esta materia, así como la respuesta del Gobierno de Holanda ante el proceso de consulta realizado con cerca de cincuenta representantes de la comunidad empresarial, organizaciones de la sociedad civil y otros expertos respecto a los Principios Rectores⁷⁵⁵ y, finalmente, referencia a los mecanismos de remedio disponibles en Holanda ante violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas.

Por lo que se refiere al marco jurídico vigente en Holanda en materia de derechos humanos y empresas, el Plan Nacional Holandés se refiere a diversos instrumentos jurídicos implementados por el Gobierno de Holanda en esta materia, entre los que destacan los siguientes:

- *“Un mundo que ganar. Una Nueva Agenda para la Ayuda, el Comercio y la Inversión”*⁷⁵⁶: se trata de un documento elaborado por el Ministerio de Asuntos Exteriores del Gobierno de Holanda, y aprobado por la Cámara de Representantes de dicho país en abril de 2013. En él se incorporan una serie de propuestas en materia de empresas, derechos humanos y responsabilidad social corporativa. En cualquier caso, se trata de un documento orientativo y que no dispone de fuerza vinculante.
- *“La responsabilidad social corporativa se amortiza. Política de RSC de Holanda”*⁷⁵⁷: en este documento, aprobado también por la Cámara de Representantes del Reino de Holanda, se hace referencia a las políticas de responsabilidad social empresarial adoptadas por dicho Estado.
- Asimismo, el Plan Nacional Holandés cita algunos otros documentos de naturaleza política, como el titulado *“Respeto y Justicia para Todos”*⁷⁵⁸.

⁷⁵⁵ *Ibid.* Página 3.

⁷⁵⁶ *A world to gain. A New Agenda for Aid, Trade and Investment.* Publicación de la Cámara de Representantes del Reino de Holanda 33 625, número 1. Abril de 2013. (traducción libre del autor)

⁷⁵⁷ *Corporate social responsibility pays off. CSR policy of The Netherlands.* Publicación de la Cámara de Representantes del Reino de Holanda 24 685, número 164. Junio de 2013. Disponible en la página oficial en Internet del Gobierno de Holanda: <<https://www.government.nl/documents/policy-notes/2013/06/28/csr-pays-off>>. Referencia del 24 de enero de 2018.

⁷⁵⁸ *Respect and Justice for All.* Publicación de la Cámara de Representantes del Reino de Holanda 32 735, número 78. Junio de 2013. (traducción libre del autor)

Tras las consultas realizadas por el Gobierno de Holanda a las que nos referimos anteriormente, éste ha adoptado algunas iniciativas que implican un papel más activo por su parte como por ejemplo: (i) clarificar su mensaje en materia de derechos humanos y responsabilidad empresarial (ii) procurar la implementación de políticas de desarrollo sostenible en todas las contrataciones públicas (iii) participar en foros internacionales relacionados con la materia e (iv) incorporar los Principios Rectores y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales a los acuerdos de inversión suscritos por el Reino de Holanda⁷⁵⁹.

Por lo que se refiere a los remedios en caso de violaciones de los derechos humanos el Plan Nacional Holandés, además de hacer referencia a su sistema judicial interno, se refiere también a otros dos instrumentos alternativos:

- El “*Sistema ACCESS*”, creado en diciembre del año 2012, es un sistema independiente de solución de controversias nacido con la visión de “*construir y mejorar el acceso efectivo a la resolución de disputas entre empresas y comunidades tanto dentro como fuera de la corte. ACCESS apoya y facilita mecanismos locales de solución de disputas, en su convencimiento de que las soluciones locales son las más efectivas y sostenibles, y que las compañías y otras partes interesadas únicamente utilizarán el diálogo y la mediación si tienen confianza tanto en el diseño como en la función de dichos mecanismos*”⁷⁶⁰.
- El Punto Nacional de Contacto del Reino de Holanda, de características muy similares al existente en el Reino Unido⁷⁶¹ y creado, al igual que el británico, sobre la base de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

⁷⁵⁹ *National Action Plan on Business and Human Rights. Op. Cit.* Páginas 3 a 10.

⁷⁶⁰ *Ibid.* Página 11. (traducción libre del autor). El Sistema ACCESS dispone de una página de consulta en Internet en el siguiente enlace: <<http://www.accessfacility.org>>. Referencia del 24 de enero de 2018.

⁷⁶¹ *National Action Plan on Business and Human Rights. Op. Cit.* Página 12. Al igual que sucede con el Punto Nacional de Contacto del Reino Unido, el Punto Nacional de Contacto del Reino de Holanda dispone de su propia página web en el sitio oficial en Internet del Gobierno de Holanda en el siguiente enlace: <<http://www.oecdguidelines.nl/ncp>>. Referencia del 24 de enero de 2018.

2.2. América

a. República de Chile

El ACNUDH especifica que la República de Chile hizo público su “*Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos*” en el mes de julio del año 2017⁷⁶² ⁷⁶³ (el “**Plan Nacional Chileno**”).

En cuanto a su estructura, el Plan Nacional Chileno, fundamentado en los Principios Rectores, hace referencia a los siguientes temas principales⁷⁶⁴:

- El valor de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos.
- La contribución de las empresas al desarrollo sostenible.
- El primer Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas de Chile: explicando, a través de una línea temporal, el proceso de negociación y consultas que llevó a la elaboración del Plan Nacional Chileno, así como (i) los objetivos y (ii) las acciones incluidas en el Plan Nacional Chileno.

Seguidamente, el Plan Nacional Chileno se refiere a los tres pilares que estructuran los Principios Rectores⁷⁶⁵, añadiendo un cuarto pilar dedicado a las medidas de seguimiento:

- Pilar I: dividido en nueve ejes que incorporan medidas en materia de (i) capacitaciones y (ii) diálogo y (iii) inclusión y y no discriminación (iv) transparencia y participación (v) contrataciones públicas (vi) fortalecimiento de la coherencia entre políticas públicas (vii) fortalecimiento de la coherencia

⁷⁶² Esta información se encuentra disponible en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

⁷⁶³ *Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos. Chile*. Documento elaborado por los Ministerios de Relaciones Exteriores, Secretaría General de la Presidencia, Secretaría General de Gobierno, Economía, Fomento y Turismo, Desarrollo Social, Justicia y Derechos Humanos, Trabajo y Previsión Social, Minería, Energía, Medio Ambiente y Mujer y Equidad de Género del Gobierno de la República de Chile. Documento disponible para su consulta en la página oficial en Internet del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el siguiente enlace: <<https://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/plan_de_accio_n_nacional_de_derechos_humanos_y_empresas.pdf>>. Referencia del 2 de febrero de 2018.

⁷⁶⁴ *Ibid.* Páginas 18 a 35.

⁷⁶⁵ *Ibid.* Páginas 37 a 87.

política internacional (viii) legislación, políticas e incentivos (ix) empresas estatales.

- Pilar II: dividido en tres ejes que se refieren a acciones en relación con (i) cuestiones de contexto (ii) el fomento de la debida diligencia empresarial en el contexto de los derechos humanos y (iii) los reportes en materia de derechos humanos.
- Pilar III: por último, el pilar relativo al acceso a mecanismos de reparación se instrumenta en torno a bsds< ejes (i) mecanismos estatales judiciales (ii) mecanismos estatales no judiciales (iii) mecanismos no estatales y (iv) criterios de eficacia en los mecanismos de reclamación extrajudiciales.
- Pilar IV: este pilar incorpora medidas en materia de implementación y seguimiento del contenido del Plan Nacional Chileno, incorporando a continuación una “*hoja de ruta*” en este sentido⁷⁶⁶.

b. Estados Unidos de América

De conformidad con la información proporcionada a estos efectos por el ACNUDH⁷⁶⁷, el día 16 de diciembre de 2016 los Estados Unidos de América adoptaron, a través de la Secretaría de Estado del Gobierno de los Estados Unidos de América, el primer Plan Nacional en materia de empresas y derechos humanos para este país bajo el título “*Conducta empresarial responsable. Primer Plan Nacional de Acción para los Estados Unidos de América*”⁷⁶⁸ (el “**Plan Nacional Norteamericano**”).

El Plan Nacional Norteamericano se construye sobre la base del concepto de “*conducta empresarial responsable*” que se define como “*un concepto amplio basado en la idea de*

⁷⁶⁶ *Ibid.* Páginas 90 a 93.

⁷⁶⁷ Esta información se encuentra disponible en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

⁷⁶⁸ *Responsible business conduct. First National Action Plan for the United States of America. December 16, 2016.* Documento elaborado por la Secretaría de Estado del Gobierno de los Estados Unidos de América con fecha 16 de diciembre de 2016. Disponible para su consulta en el siguiente enlace oficial en Internet de la Secretaría de Estado del Gobierno de los Estados Unidos de América: < <https://www.state.gov/documents/organization/265918.pdf>>. Referencia del 2 de febrero de 2018.

que los negocios pueden desarrollarse adecuadamente mientras se realiza el bien, y que los gobiernos deberían implementar y facilitar las condiciones para que la conducta empresarial responsable tenga lugar. El concepto toma particular importancia en dos aspectos de la relación empresa-sociedad: (1) enfatizar y acentuar las contribuciones positivas que las empresas pueden hacer para el progreso económico, medioambiental y social y (2) reconocer y evitar posibles impactos adversos de las conductas empresariales, así como afrontarlos cuando tengan lugar”⁷⁶⁹.

El Plan Nacional Norteamericano busca obtener una adecuada aplicación del concepto de conducta empresarial responsable citado anteriormente estructurándose en torno a cinco categorías de acción⁷⁷⁰ que se llevarán a cabo por parte del Gobierno norteamericano:

- Liderar a través del ejemplo, no sólo a nivel interno sino también a nivel internacional y en relación con otros Estados⁷⁷¹, a través de la implementación de los siguientes instrumentos y mecanismos a nivel internacional, entre otra serie de medidas:
 - Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales⁷⁷².
 - Principios Rectores⁷⁷³.
 - Consorcio anti-corrupción: la Agencia de los Estados Unidos para la Cooperación Internacional (USAID)⁷⁷⁴ creará próximamente el Consorcio Global Anti-Corrupción (GACC) que se define como “*una nueva iniciativa para apoyar los esfuerzos internacionales para sacar a la luz la corrupción, generar preocupación pública, y facilitar la acción de los gobiernos, la aplicación de la ley, y las organizaciones multilaterales. GACC expandirá la calidad y el ámbito de las investigaciones de la sociedad civil y la emisión de informes becando a periodistas de*

⁷⁶⁹ *Ibid.* Página 4. (traducción libre del autor)

⁷⁷⁰ *Ibid.* Página 6.

⁷⁷¹ *Ibid.* Página 7.

⁷⁷² *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Op. Cit.*

⁷⁷³ *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit.*

⁷⁷⁴ Para obtener mayor información sobre la Agencia de los Estados Unidos para la Cooperación Internacional (en inglés “*United States Agency for International Development*”, USAID), creada por el presidente de los Estados Unidos John F. Kennedy mediante orden ejecutiva en el año 1961, véase la información disponible en su página oficial en Internet: <www.usaid.gov>. Referencia del 15 de febrero de 2017.

investigación y facilitando la colaboración entre los actores anti-corrupción de la sociedad civil. La iniciativa mejorará la capacidad de la sociedad civil para perseguir la acción gubernamental y también la capacidad de los organismos internacionales para combatir la corrupción”⁷⁷⁵.

- Colaborar con los agentes y partes interesadas. Entre otras, en este ámbito se encuentran iniciativas como las llevadas a cabo por la Asociación para un Trabajo Justo, o la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas, contando para ello con la colaboración de diferentes organismos además del propio Gobierno norteamericano, entre los que se encuentra USAID⁷⁷⁶.
- Facilitar a las empresas el desarrollo y ejercicio de una conducta empresarial responsable. En este caso, y también con la colaboración tanto del Gobierno norteamericano como de USAID y otras agencias y organismos, se facilitan herramientas para ayudar a que las empresas desarrollen una conducta empresarial responsable entre las que se encuentran: (i) publicaciones e informes sobre derechos humanos, trabajo infantil y cambio climático, que incluyen referencias específicas a los derechos laborales, (ii) guías prácticas para la implementación de políticas corporativas socialmente responsables⁷⁷⁷ o (iii) la Financial Action Task Force (FATF-GAFI)⁷⁷⁸ y sus medidas contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.
- Reconocer la ejecución positiva por parte de las empresas. Se trata de iniciativas a desarrollar por el Gobierno norteamericano consistentes en la concesión de premios a empresas por su conducta empresarial respetuosa con los derechos

⁷⁷⁵ *Responsible business conduct. First National Action Plan for the United States of America. December 16, 2016. Op. Cit.* Página 8. (traducción libre del autor)

⁷⁷⁶ *Ibid.* Páginas 13 y 14. (traducción libre del autor)

⁷⁷⁷ *Ibid.* Páginas 17 a 21. (traducción libre del autor)

⁷⁷⁸ El *Financial Action Task Force* (FATF) (en castellano, “Grupo de Acción Financiera”, GAFI) es un órgano intergubernamental establecido en el año 1989, cuyo objetivo es el de establecer estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y otras amenazas relacionadas con la integridad del sistema financiero internacional. Para mayor información sobre GAFI véase su página oficial en Internet en el siguiente enlace: < <http://www.fatf-gafi.org>>. Referencia del 2 de febrero de 2018.

humanos. Destaca entre ellos el Premio a la Excelencia Empresarial concedido por la Secretaría de Estado del Gobierno de los Estados Unidos de América⁷⁷⁹.

- Proporcionar acceso a medidas de remedio adecuadas. En este caso, destacamos el compromiso del Gobierno norteamericano en relación con la creación del Punto Nacional de Contacto de los Estados Unidos de América, medida que aparece en el Plan Nacional Norteamericano como pendiente de implementación, aunque prevista para su ejecución en el año 2017⁷⁸⁰. Además, y también en este contexto, el Gobierno norteamericano tiene prevista la constitución de un comité asesor que recomiende medidas a implementar con el fin de proporcionar un remedio adecuado a las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas norteamericanas⁷⁸¹.

c. República de Colombia

La República de Colombia fue, según la información proporcionada a estos efectos por el ACNUDH, el primer Estado del continente americano en adoptar un plan nacional para la implementación de los Principios Rectores, tarea que llevó a cabo en el mes de diciembre del año 2015⁷⁸². El documento “*Colombia Avanza. Derechos humanos y empresa. Plan de Acción de Derechos Humanos y Empresa*” fue elaborado por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos de la República de Colombia (el “**Plan Nacional Colombiano**”⁷⁸³) y recoge referencias a los 31 Principios Rectores.

El Plan Nacional Colombiano “*es un instrumento de política pública construido de manera participativa con empresas, organizaciones de la sociedad civil y el apoyo de la Comunidad Internacional, para garantizar el respeto a los derechos humanos en las*

⁷⁷⁹ *Responsible business conduct. First National Action Plan for the United States of America. December 16, 2016. Op. Cit.* Página 22.

⁷⁸⁰ *Ibid.* Página 23.

⁷⁸¹ *Ibidem.*

⁷⁸² Esta información se encuentra disponible en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

⁷⁸³ *Colombia Avanza. Derechos humanos y empresa. Plan de Acción de Derechos Humanos y Empresa.* Documento elaborado por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos de la República de Colombia. Documento relativo a la adopción de los Principios Rectores por la República de Colombia. 9 de diciembre de 2015. Documento disponible para su consulta en el siguiente enlace: < http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA_Colombia_9dic.pdf>. Referencia del 2 de febrero de 2018.

*actividades empresariales*⁷⁸⁴ en el que se expone el proceso que dio lugar a su elaboración por parte de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y que recoge medidas para ser adoptadas en un periodo de 3 años desde su adopción⁷⁸⁵.

El Plan Nacional Colombiano se estructura en base a tres ejes principales: (i) objetivos (principales y específicos)⁷⁸⁶, (ii) líneas de acción⁷⁸⁷ y (iii) el deber del Estado de proteger los derechos humanos⁷⁸⁸.

A continuación, el Plan Nacional Colombiano se centra en medidas concretas haciendo referencia a: (a) las medidas de naturaleza interinstitucional dirigidas a coordinar la acción de las diferentes instituciones públicas colombianas para lograr una adecuada protección de los derechos humanos⁷⁸⁹, que incluyen la creación de un Comité de Expertos con representantes de la sociedad civil (estudiantes, indígenas, organizaciones no gubernamentales, sindicatos, etcétera)⁷⁹⁰, (b) el papel del Estado como “*actor económico*”, capítulo en el que se busca hacer referencia a toda una serie de medidas a ser adoptadas por las instituciones públicas colombianas para proteger los derechos humanos y construidas de forma paralela a las previstas en los Principios Rectores para las empresas⁷⁹¹, (c) las medidas para la participación efectiva de la sociedad civil en la promoción y defensa de los derechos humanos⁷⁹², (d) el papel del Estado como orientador sobre las medidas a adoptar por las empresas en materia de derechos humanos⁷⁹³, (e) la debida diligencia en materia de derechos humanos entendida como “*el conjunto de medidas que de manera sistemática realiza una empresa que actúe con prudencia, para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, atendiendo a sus circunstancias específicas por el sector de actividad, contexto operativo, dimensión y factores similares*”⁷⁹⁴, (f) la cultura de los derechos humanos y construcción de la paz en el sector empresarial, apartado en el que se hace referencia a la promoción de una cultura

⁷⁸⁴ *Ibid.* Página 4.

⁷⁸⁵ *Ibid.* Página 6.

⁷⁸⁶ *Ibid.* Página 8.

⁷⁸⁷ *Ibid.* Página 9.

⁷⁸⁸ *Ibidem.*

⁷⁸⁹ *Ibid.* Páginas 10 a 12.

⁷⁹⁰ *Ibidem.*

⁷⁹¹ *Ibid.* Páginas 12 y 13.

⁷⁹² *Ibid.* Páginas 13 y 14.

⁷⁹³ *Ibid.* Páginas 14 y 15.

⁷⁹⁴ *Ibid.* Página 16.

de respeto a los derechos humanos por parte del Gobierno de Colombia⁷⁹⁵, (g) el respeto a los derechos humanos entendido como una ventaja competitiva⁷⁹⁶, (h) las medidas de responsabilidad social corporativa⁷⁹⁷, (i) los mecanismos judiciales y administrativos que proporcionan medidas para el acceso a sistemas de remedio relacionados con violaciones de los derechos humanos⁷⁹⁸ y (j) los mecanismos de naturaleza extrajudicial⁷⁹⁹.

3. Instrumentos internacionales en materia de responsabilidad internacional de la empresa transnacional

Como ya mostramos en el Capítulo II de esta tesis doctoral al analizar la responsabilidad de la empresa transnacional en el contexto del Derecho internacional, la preocupación y atención de la comunidad internacional en torno al problema de la responsabilidad de las empresas transnacionales en el contexto internacional y de los derechos humanos es un tema controvertido que ha tenido una profunda relevancia desde hace décadas y que aún a día de hoy sigue sin resolver. Uno de los objetivos siempre deseados por la comunidad jurídica internacional, integrada en la Comisión de Derecho Internacional (autora del “*Borrador de Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados*”⁸⁰⁰, entre otros instrumentos internacionales de relevancia), así como en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, fue el de elaborar un auténtico código de conducta que sirviera como argumento jurídico para hacer caer el peso de la ley sobre aquellas compañías que incurrieran en violaciones de los derechos humanos, aunque se trata de una tarea aún inacabada. Sobre esta cuestión y los orígenes históricos de esta problemática se realizó ya un análisis pormenorizado en el Capítulo I de esta tesis doctoral al analizar tanto la tarea de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁸⁰¹ como los trabajos de John RUGGIE reflejados en el “*Anexo al Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*”, de marzo de

⁷⁹⁵ *Ibid.* Página 18.

⁷⁹⁶ *Ibid.* Páginas 20 y 21.

⁷⁹⁷ *Ibid.* Páginas 21 y 22.

⁷⁹⁸ *Ibid.* Página 23.

⁷⁹⁹ *Ibid.* Página 24.

⁸⁰⁰ *Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts. Op. Cit.*

⁸⁰¹ *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos. Op. Cit.*

2011⁸⁰². Procedemos ahora a ofrecer una panorámica sobre los instrumentos jurídicos internacionales disponibles en esta materia con el fin de ofrecer una visión conjunta sobre ellos y mostrar sus fortalezas y debilidades.

3.1. Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales

Dentro de los distintos instrumentos elaborados por la OCDE en materia de empresas y derechos humanos el primero digno de mención por orden histórico es el Código voluntario de conducta de las corporaciones multinacionales⁸⁰³. Sin embargo, entendemos que resulta de especial interés realizar un análisis sobre un instrumento posterior elaborado por la misma organización internacional y denominado “*Líneas Directrices de la OCDE sobre Empresas Multinacionales*”⁸⁰⁴, cuyo origen se encuentra en la Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales⁸⁰⁵. Las Líneas Directrices fueron aprobadas en su versión actual el día 25 de mayo de 2011 por cuarenta y dos Estados⁸⁰⁶ a las mismas durante la celebración del cincuenta aniversario de la OCDE⁸⁰⁷.

Entre las aportaciones incorporadas en las Líneas Directrices destacamos las siguientes⁸⁰⁸:

- Un capítulo sobre derechos humanos acorde con los Principios Rectores adoptados por las Naciones Unidas y titulado “*Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”*”.
- Un enfoque nuevo y amplio en relación con el principio de la diligencia debida y con la gestión responsable de la cadena de suministro por parte de las empresas que evite violaciones de los derechos humanos.

⁸⁰² Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit.

⁸⁰³ SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*” (edición año 2004). Op. Cit. Página 172.

⁸⁰⁴ *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*. Op. Cit.

⁸⁰⁵ *Ibid.* Páginas 3 y 4.

⁸⁰⁶ Los 42 Estados que suscribieron las Líneas Directrices son los 34 Estados Miembros de la OCDE, más (i) Brasil (ii) Colombia (iii) Costa Rica (iv) Egipto (v) Jordania (vi) Letonia (viii) Lituania (ix) Marruecos (x) Perú (xi) Rumanía y Túnez. *Ibidem*.

⁸⁰⁷ *Ibid.* Página 4.

⁸⁰⁸ *Ibid.* Página 6.

- Aportaciones en materias específicas tales como empleo y relaciones laborales, lucha contra la corrupción, las peticiones de soborno y otras formas de extorsión, medio ambiente, intereses de los consumidores, divulgación de información y cuestiones tributarias.
- Una guía de procedimiento para fortalecer el papel desempeñado por los Puntos Nacionales de Contacto y mejorar sus capacidades y funciones.

De los elementos anteriores quizás el más significativo sea la creación de los Puntos Nacionales de Contacto a los que nos referimos de forma pormenorizada en el apartado anterior de este Capítulo III⁸⁰⁹:

“Las Directrices están respaldadas por un singular mecanismo de implementación: los Puntos Nacionales de Contacto (PNC), que son organismos constituidos por los gobiernos de los países adherentes con el fin de promover e implementar las Directrices. Los PNC ayudan a las empresas y a las partes interesadas a tomar las medidas adecuadas para impulsar la aplicación de las Directrices. También constituyen una plataforma de mediación y conciliación para resolver los problemas prácticos que puedan plantearse.”

Y es que aún cuando las Líneas Directrices, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, no constituyen más que un conjunto de recomendaciones⁸¹⁰, se trata de un texto que podría llegar con el tiempo a forma parte de la costumbre internacional y que, en cierta medida, engrosa la fuerza del Derecho internacional, aunque sea de manera meramente propositiva, en materia de responsabilidad privada ante los derechos humanos⁸¹¹. A ello debe añadirse su importancia política, que en ningún caso debe ser obviada. Como muestra, señalamos que a fecha de elaboración de esta tesis doctoral existen un total de cuarenta y cinco Estados a nivel mundial (entre ellos el Reino de

⁸⁰⁹ *Ibid.* Página 3.

⁸¹⁰ *Ibid.* Páginas 15 y 19.

⁸¹¹ Cabe no obstante afirmar que, al tratarse de una declaración emanada de la OCDE, no se puede hablar del mismo rango de influencia que en el caso de documentos emanados de otras organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, aunque igualmente se trate de un instrumento jurídico con categoría de “soft law”.

España) que han creado, en mayor o menor grado de desarrollo, su propio Punto Nacional de Contacto⁸¹².

En materia de contenido obligacional, las Líneas Directrices incluyen una serie principios generales que generan deberes que resultan aplicables a las empresas transnacionales y de entre los cuales destacamos los siguientes⁸¹³:

- Respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos de las personas afectadas por sus actividades empresariales.
- Abstenerse de buscar o de aceptar exenciones no contempladas en el marco legal o regulatorio relacionadas con los derechos humanos, el medioambiente, la salud, la seguridad, el trabajo, el sistema tributario, los incentivos financieros u otras cuestiones varias⁸¹⁴.
- Implementar los principios de diligencia debida recogidos en las Líneas Directrices, con el fin de desarrollar una tarea de auto-análisis y auto-evaluación respecto al cumplimiento de los estándares internacionales en materia de empresas y derechos humanos.
- Abstenerse de cometer injerencias en la política local del Estado receptor de la inversión.

Las Líneas Directrices prevén también que las empresas cumplan con un deber de información⁸¹⁵ según el cual deberán garantizar la publicación, en los plazos oportunos, de información exacta sobre todos los aspectos significativos de sus actividades, estructura, situación financiera, resultados, accionistas y sistema de gobierno corporativo. Ya mencionamos anteriormente que las Líneas Directrices incorporan también un

⁸¹² Esta información se encuentra disponible en el siguiente enlace oficial de la OCDE en Internet sobre los Puntos Nacionales de Contacto: <<http://mneguidelines.oecd.org/ncps/>>. Referencia del 2 de febrero de 2018.

⁸¹³ *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Op. Cit.* Páginas 22 y 23.

⁸¹⁴ En este sentido destacamos la referencia a las cláusulas de estabilización que realizamos en el Capítulo II de esta tesis doctoral, y sobre ellas, el trabajo de Paul COMEAUX y Stephan KINSELLA. COMEAUX, Paul E., y KINSELLA, N. Stephan. “*Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance*”. *Op. Cit.*

⁸¹⁵ *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Op. Cit.* Páginas 30 a 34.

capítulo específico dedicado a los derechos humanos y dentro del cual se incluyen también una serie de obligaciones concretas para las empresas multinacionales en este contexto⁸¹⁶.

También las Líneas Directrices hacen mención a las cuestiones relativas a empleo y relaciones laborales, aunque reconociendo en este campo la competencia de la organización internacional sectorial de referencia, la Organización Internacional del Trabajo⁸¹⁷. En materia laboral las Líneas Directrices indican de forma expresa que “reflejan las disposiciones pertinentes de la Declaración de 1998 así como las de la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT de 1977, revisada por última vez en 2006”⁸¹⁸.

3.2. La Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo

La “Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo” fue adoptada por la OIT en el año 1977, datando su última versión del año 2006⁸¹⁹. La Declaración Tripartita constituyó el primer paso histórico en la lucha por la construcción de mecanismos de asignación de responsabilidades en materia de derechos humanos, aunque en este caso a nivel sectorial en materia laboral. Referida fundamentalmente a la implementación de propuestas en materia de derechos de los trabajadores dirigidas a empresas y gobiernos, además de a empleados, la Declaración Tripartita parte de un principio similar al de las Líneas Directrices, declarando la importancia de las compañías transnacionales en el contexto internacional y la necesidad de asunción por su parte de las responsabilidades correlativas a su relevancia. Ahora bien, debemos tener en cuenta que al igual que en el caso de las Líneas Directrices, la Declaración Tripartita carece de eficacia vinculante, puesto que como su propio nombre indica, se trata de una mera declaración que no genera obligaciones, sino más bien recomendaciones. Al hilo de esto, y del mismo modo que

⁸¹⁶ *Ibid.* Página 35.

⁸¹⁷ *Ibid.* Página 41.

⁸¹⁸ *Ibidem.*

⁸¹⁹ *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo. Op. Cit.*

anteriormente se comentó, ello no quiere decir que este documento sea irrelevante, puesto que se trata de un texto que, en alguno de sus aspectos, podría considerarse que forma parte del Derecho Consuetudinario y por lo tanto informador del Derecho internacional⁸²⁰
821.

3.3. La Norma sobre Responsabilidad de las Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas

Uno de los instrumentos jurídicos de mayor relevancia e impacto en el contexto del Derecho internacional, y en materia de empresas y derechos humanos, son las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, adoptadas por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁸²², a las que ya nos hemos referido anteriormente y sobre las cuales se profundizará a continuación, y que constituyen una de las iniciativas jurídicas más significativas de la comunidad internacional en esta materia.

El día 23 de agosto del año 2003 la Subcomisión para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó el texto del documento más importante de los elaborados hasta la fecha en materia de responsabilidad de las empresas transnacionales en relación con los derechos humanos. Las *“Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la*

⁸²⁰ Cabe no obstante afirmar que, al igual que en el caso de las Líneas Directrices, al tratarse de una declaración emanada de la Organización Internacional del Trabajo, no se puede hablar del mismo rango de influencia que en el caso de documentos emanados de otras organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, aunque se trate de un instrumento jurídico con categoría de *“soft law”*.

⁸²¹ En cuanto a la naturaleza jurídica de las declaraciones emanadas de la Organización Internacional del Trabajo como fuente del Derecho internacional, resulta especialmente relevante tomar en consideración el hecho de que sean emanadas de la Conferencia Internacional del Trabajo: *“Pese a que la Constitución de la OIT no hace referencia a este tipo de instrumentos dentro de sus disposiciones, tanto la Conferencia como el Consejo de Administración acogieron la figura de las declaraciones. Al no estar sometida a ratificación, el peso de una declaración depende en gran parte del objetivo que persiga y del órgano que la expida. Al respecto, se destacan especialmente las declaraciones adoptadas por la Conferencia. El órgano máximo de la OIT recurrió en muy contadas ocasiones a este tipo de instrumentos y siempre con la finalidad de reafirmar los principios fundamentales de la Organización, lo cual confiere a las Declaraciones de la Conferencia una gran solemnidad. Por este carácter y pese a que técnicamente no son vinculantes, las Declaraciones de la Conferencia pueden ser percibidas como una expresión del derecho consuetudinario internacional o del jus cogens, es decir, del orden público internacional.”* BEAUDONNET, Xavier. *“Derecho internacional del trabajo y Derecho interno. Manual de formación para jueces, juristas y docentes en Derecho”*. Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo. Año 2009. Página 49.

⁸²² *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos. Op. Cit.*

esfera de los derechos humanos”⁸²³ suponen el esfuerzo documentado más importante en esta materia de los elaborados hasta la fecha por la comunidad internacional. Obviamente, tal y como indica Dorothy TANCK DE ESTRADA,

*“con esta nueva comunidad humana global, también ha surgido la demanda social hacia los actores poderosos como las empresas transnacionales, en el sentido de que asuman el hecho de que un poder grande viene acompañado de una responsabilidad del mismo tamaño ”*⁸²⁴

Partiendo de la afirmación inicial de la responsabilidad de los Estados en materia de derechos humanos, la Norma pasa a reconocer igualmente la responsabilidad de la iniciativa privada en esta materia. Como establece el propio texto en su preámbulo,

*“las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, sus directivos y las personas que trabajan para ellas tienen también la obligación de respetar los principios y normas generalmente reconocidos que se enuncian en los tratados de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales (...)”*⁸²⁵

En este sentido, las Normas determinan en su artículo 1 la existencia de responsabilidades primarias y secundarias en materia de derechos humanos atribuidas de forma respectiva al Estado y a las corporaciones transnacionales, al indicar lo siguiente:

“1. Los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos consagrados en la legislación internacional y nacional, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar, incluso velando por que las

⁸²³ *Ibidem*. También resulta relevante tener en cuenta el comentario a las Normas realizado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y en el que se dan pautas para realizar una adecuada interpretación de su texto. *Comentario relativo a las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2 (2003)*. Documento elaborado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Subcomisión para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos. Sesión 55^a. 26 de agosto de 2003.

⁸²⁴ TANCK DE ESTRADA, Dorothy. *“Régimen jurídico internacional de las empresas transnacionales en la esfera de los derechos humanos”*. Editorial Porrúa, Primera Edición. Página 5. Año 2005. Ciudad de México.

⁸²⁵ *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos. Op. Cit.* Página 2.

*empresas transnacionales y otras empresas comerciales respeten los derechos humanos. Dentro de sus respectivas esferas de actividad e influencia, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen la obligación de promover y proteger los derechos humanos consagrados en el derecho internacional y en la legislación nacional, incluidos los derechos e intereses de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar*⁸²⁶.

Como explica MUCHLINSKI, esta provisión de las Normas sitúa a los Estados como principales reguladores en materia de respeto a los derechos humanos frente a las empresas transnacionales, configurando así una responsabilidad “primaria” del Estado y una “secundaria” de las empresas transnacionales en este contexto⁸²⁷. Ahora bien, aún considerando admisible el planteamiento formulado por MUCHLINSKI, no puede obviarse que este artículo de las Normas también reconoce de forma implícita la existencia de una responsabilidad específica de la empresa transnacional adicional a la del Estado.

En todo caso, si hay algo por lo que este instrumento resulta de excepcional relevancia no es sólo por el hecho de que implique la primera mención expresa a la responsabilidad de las empresas en la esfera de los derechos humanos incorporada a un instrumento de Derecho internacional *stricto sensu*, sino porque este hecho en sí mismo supone evidenciar la superación del principio de responsabilidad internacional de los Estados que ha venido informando al Derecho internacional a lo largo del siglo XX, al reconocer expresamente la existencia de una responsabilidad imputable a entidades que a día de hoy no gozan de la consideración de sujetos del Derecho internacional.

Debemos tener en cuenta, antes de hacer referencia al propio contenido de la Norma, que no se trata de un documento jurídicamente vinculante, puesto que no ha sido firmado o ratificado por los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Ahora bien, debido a la naturaleza jurídica de su contenido, el cual se nutre fundamentalmente de principios

⁸²⁶ Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos. Op. Cit. Artículo 1.

⁸²⁷ MUCHLINSKI, Peter. “International Corporate Social Responsibility and International Law”. Op. Cit. Página 18.

integrantes de la costumbre internacional del Derecho internacional, podemos argumentar que la Norma forma parte de lo que en términos técnicos se conoce como “*soft law*”, expresión que según DEL TORO HUERTA “*busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica*”⁸²⁸ lo que “*supone la existencia de una normatividad relativa en el sistema internacional y la consecuente afrenta al sistema dicotómico tradicional*”⁸²⁹.

Hecha esta acotación técnica haremos a continuación referencia al contenido del documento, en el cual se enumeran las principales obligaciones que se le imputan a cualquier empresa transnacional en materia de derechos humanos, realizando antes una referencia genérica a las obligaciones de los Estados⁸³⁰. A continuación, se introduce un apartado referente a definiciones para acotar los conceptos fundamentales en materia de responsabilidad de la empresa y derechos humanos. Son los siguientes⁸³¹:

- Empresa transnacional.
- Empresa comercial.
- Parte interesada.
- Derechos humanos.

La delimitación de estos conceptos, a la que ya nos referimos de forma pormenorizada en el Capítulo II de esta tesis doctoral cuando realizamos el análisis conceptual del término “*empresa transnacional*”, resulta esencial a la hora de crear una teoría jurídica sobre la responsabilidad de la empresa transnacional en materia de derechos humanos puesto que constituye uno de los elementos fundamentales en la construcción de la teoría de atribución de la responsabilidad por daño. Como se verá más adelante en este mismo Capítulo, una de las tendencias actuales más innovadoras en este contexto parte del empleo de la teoría del delito como base para la construcción de mecanismos de asignación de la responsabilidad⁸³². Sobre la misma línea, la determinación exacta de

⁸²⁸ DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. “*El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho internacional*”. Artículo publicado en el “*Anuario Mexicano de Derecho Internacional*”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Volumen VI. Páginas 513 a 549 (página 519). Año 2006.

⁸²⁹ *Ibid.* Página 519.

⁸³⁰ *Ibid.* Página 4.

⁸³¹ *Ibid.* Páginas 7 y 8.

⁸³² A este respecto véase el trabajo de Steven RATNER. RATNER, Steven E. “*Corporations and Human Rights: A theory of legal responsibility*”. *Op. Cit.* También es relevante el trabajo de WESTBROOK, a quien

conceptos tales como el de empresa transnacional o multinacional, resulta un elemento clave a la hora de identificar al sujeto autor del daño, siendo la inclusión de esta clase de conceptos elemento base en la construcción de mecanismos de atribución de responsabilidad.

Regresando nuevamente a las obligaciones establecidas por la Norma, ésta hace referencia a un total de ocho compromisos que deben ser asumidos por las empresas tanto transnacionales como comerciales en materia de derechos humanos. Cada una de las mencionadas categorías se desglosa en varias obligaciones concretas, que completan el sentido de cada sección. Las principales responsabilidades enunciadas se enmarcan en los siguientes conceptos generales⁸³³:

- Obligaciones generales⁸³⁴: en este caso, se hace referencia a la obligación general del Estado y de las empresas, tanto transnacionales como comerciales, de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos y de respetar, en términos generales, las normas que componen el Derecho internacional.
- Derecho a la igualdad de oportunidades y a un trato no discriminatorio⁸³⁵: en este caso, el nivel de protección se refiere a todas las formas de discriminación, lo que incluye la discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, nacionalidad, origen social, condición social, pertenencia a un pueblo indígena, discapacidad, edad – excepto en el caso de la infancia, que puede ser objeto de un mayor grado de protección – u otras condiciones de las personas.
- Derecho a la seguridad personal: esta categoría de protección hace referencia a que las empresas, tanto comerciales como transnacionales “*no cometerán actos que constituyan crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio, tortura, desapariciones forzadas, trabajo forzoso u obligatorio, toma de rehenes,*

se refiere CARBONNEAU en su obra “*Cases and materials on International Litigation and Arbitration*”. CARBONNEAU, Thomas E. “*Cases and materials on International Litigation and Arbitration*”. *Op. Cit.* Página 38.

⁸³³ *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos. Op. Cit.* Páginas 4 a 7.

⁸³⁴ *Ibid.* Página 4.

⁸³⁵ *Ibidem.*

*ejecuciones sumarias o arbitrarias, violaciones del derecho humanitario o delitos internacionales de otra índole contra la persona humana”*⁸³⁶.

- Derechos de los trabajadores⁸³⁷: esta obligación se desglosa en una serie de elementos más detallados, como por ejemplo la abstención de contratar trabajos forzosos, el pago de un salario digno o la obligación de mantener un entorno laboral seguro y saludable para los trabajadores.
- Respeto de la soberanía nacional y de los derechos humanos⁸³⁸: en este caso, la obligación se refiere tanto a los derechos humanos (lo que incluye los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos), que deberán ser respetados por las empresas tanto comerciales como transnacionales, como a la obligación de respetar la soberanía nacional de los Estados y de no incurrir en sobornos y otras prácticas corruptas.
- Protección del consumidor⁸³⁹.
- Protección del medio ambiente⁸⁴⁰: en este caso, se exige a las empresas comerciales y transnacionales el respeto a las normas domésticas de los Estados en materia de protección del medio ambiente.

3.4. Los Principios Rectores

Dentro del marco jurídico aplicable a la empresa transnacional en el contexto del Derecho internacional debemos también prestar atención a otro de los instrumentos más relevantes de entre los elaborados por las Naciones Unidas: los Principios Rectores. Estos principios se encuentran reflejados, como indicamos anteriormente en esta tesis doctoral, en el Anexo al Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John RUGGIE,

⁸³⁶ *Ibidem.*

⁸³⁷ *Ibid.* Página 5.

⁸³⁸ *Ibid.* Páginas 5 y 6.

⁸³⁹ *Ibid.* Página 6.

⁸⁴⁰ *Ibidem.*

de marzo de 2011⁸⁴¹. En él se presentan los "*Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*"⁸⁴².

En términos de naturaleza jurídica, tal como sucede con algunos otros de los instrumentos que estamos describiendo en esta sección, los Principios Rectores carecen de fuerza jurídica vinculante, aunque al haber sido adoptados por un órgano de las Naciones Unidas gozan de la consideración de normas de "*soft law*" que informan al Derecho internacional. Sin embargo, no puede obviarse la importancia política de los Principios Rectores y tampoco la tarea de promoción que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos está realizando respecto a ellos. Como ya mencionamos anteriormente en este mismo Capítulo, subrayamos que a fecha de elaboración de esta tesis doctoral existen seis Estados que han adoptado los Principios Rectores en su Derecho interno en mayor o menor medida, así como otro grupo de veintiún Estados que se encuentran en pleno proceso de incorporación de los mismos⁸⁴³.

La primera cuestión que debemos tener en cuenta a la hora de analizar los Principios Rectores es que éstos se basan a su vez en tres principios generales, a los que ya nos hemos referido a lo largo de este Capítulo cuando hemos hecho referencia a los planes nacionales adoptados por los Estados al incorporar los Principios Rectores, y que son los siguientes⁸⁴⁴:

- "a) Las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales;*
- b) El papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos;*

⁸⁴¹ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit.

⁸⁴² *Ibidem*.

⁸⁴³ Esta información se encuentra disponible en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de incorporación al Derecho interno de cada Estado respecto a los Principios Rectores. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Op. Cit.

⁸⁴⁴ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit. Página 7.

c) La necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento.”

A la luz de los principios generales descritos la primera sección de los Principios Rectores se refiere a la obligación de protección que recae sobre el Estado en materia de derechos humanos. Esta obligación se desglosa a su vez en una serie de obligaciones específicas atribuidas al Estado y que describimos y analizamos a continuación⁸⁴⁵:

1. Proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en el territorio y/o jurisdicción de un Estado concreto por terceros, incluidas las empresas. Esto implica la adopción por parte del Estado de medidas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia, entre otras.
2. Obligación del Estado de informar debidamente a las empresas que operan en su territorio sobre el marco normativo que les resulta aplicable y las obligaciones que les corresponden, entre ellas la de respetar los derechos humanos.
3. Como obligación reglamentaria, los Estados tienen la obligación de hacer cumplir las leyes que aplican en su territorio, lo que implica también a las empresas que operan en su jurisdicción.
4. Otra cuestión relevante es, en lo que se refiere a la conexión entre Estados y empresas, la obligación del Estado de adoptar medidas adicionales de protección de los derechos humanos en el caso de: (i) empresas que sean propiedad o estén de algún modo controladas por el Estado y (ii) empresas que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, entre otros.

⁸⁴⁵ *Ibid.* Páginas 7 a 14.

5. En línea con la obligación anterior los Estados deben también asumir la obligación de exigir obligaciones adicionales de protección de los derechos humanos a: (i) aquellas empresas privadas cuyos servicios contraten y (ii) aquellas empresas con las que establezcan transacciones comerciales.
6. Prestar especial atención y protección adicional a los derechos humanos en el caso de empresas que operen en zonas afectadas por conflictos, procurando adoptar medidas para que estas empresas no cometan abusos.
7. Coherencia política y de comunicación, consistente en que los diferentes departamentos, organismos y otras instituciones que componen el Estado se comuniquen con un discurso coherente en materia de protección de los derechos humanos.
8. Los Estados deben también asumir la obligación de establecer un marco normativo nacional adecuado que asegure la obligación de cumplimiento de las obligaciones de protección de los derechos humanos cuando suscriban contratos o acuerdos de inversión. Esta propuesta incorporada a los Principios Rectores constituye precisamente uno de los argumentos que apoya la propuesta de incorporar medidas de remedio en caso de violaciones de los derechos humanos en el articulado de los tratados de inversión, comenzando por el nivel bilateral entre Estados y también por el mixto, esto es, entre Estados y empresas.
9. En su condición de miembros de organizaciones multilaterales, los Estados deben promover la protección de los derechos humanos en estos organismos, así como animar al resto de Estados miembros a realizar acciones en el mismo sentido.

Como comentamos anteriormente, los Principios Rectores no sólo incluyen una serie de obligaciones aplicables a los Estados, sino que también hacen referencia a una serie de obligaciones que resultan de aplicación a las empresas. Pasamos a continuación a describir estas obligaciones⁸⁴⁶:

⁸⁴⁶ *Ibid.* Páginas 15 a 25.

- a. En términos de tipo de empresa a la que se dirigen las obligaciones reflejadas en el documento, los Principios Rectores indican expresamente que “*la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos*”⁸⁴⁷.

Nuevamente y como ya indicamos al hacer mención a las “*Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*”, incidimos en que el hecho de poder acotar de una forma adecuada el tipo de empresa a la cual se aplican los Principios Rectores resulta muy importante para la construcción de una teoría de atribución de responsabilidades aplicable a la empresa transnacional.

- b. Obligación genérica de protección de los derechos humanos, lo que incluye: (i) abstenerse de violar los derechos humanos de terceros y (ii) afrontar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna clase de participación.
- c. Los derechos humanos objeto de protección en este contexto abarcan todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En términos expuestos de los propios Principios Rectores “*abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*”⁸⁴⁸. Adicionalmente y desde un punto de vista local las empresas deben cumplir también con la normativa vigente en su Estado.
- d. La responsabilidad de las empresas en lo que se refiere a la protección de los derechos humanos tiene dos facetas: (i) evitar que sus propias actividades

⁸⁴⁷ *Ibid.* Página 16.

⁸⁴⁸ *Ibid.* Página 15.

- provoquen consecuencias negativas sobre los derechos humanos y (ii) tratar de prevenir o mitigar las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, incluso cuando no hayan contribuido a generarlas si están relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales.
- e. Las empresas deben asumir la obligación de adoptar políticas internas que promuevan la protección de los derechos humanos, lo que implica entre otras cuestiones: (i) la asunción de un compromiso político claro en materia de derechos humanos, (ii) la incorporación de un proceso de diligencia debida que permita identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo la empresa aborda su impacto sobre los derechos humanos y (iii) la creación de un proceso que permita mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que se hayan producido como resultado de la actuación de la empresa.
 - f. La obligación de compromiso político descrita con anterioridad supone, entre otras cuestiones: (a) la adopción de políticas relevantes sobre derechos humanos al más alto nivel dentro de la empresa, (b) la obtención de un asesoramiento externo especializado en la materia, (c) el establecimiento, de forma clara, de las expectativas de la empresa en cuanto a protección de los derechos humanos y (d) la comunicación de todo lo anterior por parte de la empresa tanto a nivel interno como externo.
 - g. La asunción por parte de la empresa de obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos que supone la creación de un proceso que permita identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo la empresa aborda su impacto sobre los derechos humanos.
 - h. Las empresas deben también asumir la obligación de evaluar las consecuencias que sus actividades empresariales puedan tener sobre los derechos humanos. Además, las conclusiones de estas evaluaciones deberán incorporarse a las funciones y procesos internos de la empresa, y las empresas deberán también realizar un seguimiento de la eficacia de las medidas adoptadas.

- i. En el supuesto de que una empresa determine, en la evaluación de sus propias actividades empresariales, que ha provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos, debe repararlas o contribuir a su reparación.

Finalmente, la sección III de los Principios Rectores recoge de forma expresa y detallada el desarrollo de la obligación del Estado de reparar. Y es que, como parte de su deber de protección contra las violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales:

*“los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces”*⁸⁴⁹.

Dentro de estas medidas destacamos las siguientes⁸⁵⁰:

1. En materia de mecanismos judiciales estatales los Estados deben adoptar las medidas necesarias para lograr que sus sistemas judiciales domésticos sean eficaces a la hora de abordar violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas, buscando cuando sea necesario la eliminación de obstáculos legales.
2. En el contexto de los mecanismos extrajudiciales los Estados deben también propiciar la creación de este tipo de sistemas alternativos, que sean eficaces y apropiados, y que sirvan como complemento a los mecanismos de naturaleza judicial con el fin de crear un sistema integral de reparación de las violaciones de los derechos humanos. Nuevamente en este sentido subrayamos el hecho de que esta medida, incorporada en el principio rector número 27⁸⁵¹, sirve también como

⁸⁴⁹ *Ibid.* Página 25.

⁸⁵⁰ *Ibid.* Páginas 25 a 32.

⁸⁵¹ *Ibid.* Principio rector número 27.

argumento de apoyo a la propuesta de solución que se formulará en el siguiente Capítulo de esta tesis doctoral.

3. Los Estados deben también asumir la obligación de facilitar el acceso a los mecanismos de reparación no estatales (esto es, los disponibles en organismos regionales e internacionales de derechos humanos⁸⁵²) cuando concurren violaciones de los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales.

A cuanto a la naturaleza jurídica de los Principios Rectores en el ámbito de la responsabilidad empresarial, en palabras de Carmen MÁRQUEZ CARRASCO, “*un estándar global de conducta esperada para todas las corporaciones empresariales, donde quiera que operen. Existe con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir con sus propias obligaciones en materia de derechos humanos*”⁸⁵³.

III. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

Planteada la problemática de la atribución de responsabilidad a las empresas transnacionales y analizada la “*realidad normativa*”, procede ahora realizar un estudio general de los mecanismos judiciales disponibles actualmente tanto en el Derecho interno como en el Derecho internacional para reclamar las violaciones de estos derechos. Comenzaremos haciendo referencia a los posibles mecanismos de resarcimiento a través del Derecho interno de los Estados. En este sentido, nos ocuparemos del análisis de los casos español y norteamericano. Así, prestaremos atención en primer lugar al Derecho interno español y a la doctrina de justicia universal promovida desde la Audiencia Nacional. A continuación, analizaremos la práctica norteamericana por revestir ésta un especial interés para nuestro objeto de estudio ya que, gracias a el *Alien Tort Claims Statute* y el *Torture Victim Protection Act*, se abre en los Estados Unidos de América una posible vía para la reclamación de violaciones de los derechos humanos a través de la responsabilidad civil extracontractual.

⁸⁵² *Ibid.* Página 28.

⁸⁵³ MÁRQUEZ CARRASCO, Carmen. “*The United Nations mandate on business and human rights: future lines of action*”. Revista de Estudios Jurídicos nº 12/2012 (Segunda Época). Universidad de Jaén. Año 2012. Página 13. (traducción libre del autor)

Por su parte, en el contexto del Derecho internacional, procederemos en primera instancia a analizar las vías de reclamación ante instituciones internacionales en el ámbito de las Naciones Unidas, en tanto que vigilantes y observadoras de la problemática de los derechos humanos en el contexto de la comunidad internacional, para finalizar con un examen de los mecanismos judiciales para el resarcimiento de las violaciones a los derechos humanos que existen a nivel internacional regional tanto en América como en Europa, África, Asia y Oriente Medio.

1. Vías judiciales domésticas

Como señalábamos, de forma previa al análisis de los los mecanismos internacionales disponibles para el resarcimiento de violaciones de los derechos humanos procede realizar el análisis de las herramientas judiciales domésticas que han tenido relevancia a la hora de enjuiciar este tipo de casos y que han servido para sentar un precedente en este contexto. El análisis de la práctica judicial de los estados en el ámbito de la responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos resulta de interés por ser escasa una práctica similar en el marco de los tribunales internacionales y, en este sentido, podría utilizarse como elemento de determinación de una tendencia. En este sentido, como se ha apuntado *ut supra*, comenzaremos por analizar la jurisprudencia española, que fue en su momento pionera en esta materia, para, posteriormente estudiar el caso de los Estados Unidos de América.

1.1. El caso español: la doctrina de la justicia universal de la Audiencia Nacional

Dentro del marco jurídico español, consideramos relevante hacer referencia a algunas vías alternativas de reclamación que sentaron un precedente sirviendo como base para la elaboración de una doctrina jurídica internacional en materia de atribución de responsabilidad por violaciones de los derechos humanos: estos mecanismos resultan especialmente relevantes para esta tesis doctoral, no sólo por el precedente que representaron en el ámbito del Derecho internacional, sino porque presentan ciertos elementos característicos que sirven como apoyo para algunos de los planteamientos que formulamos en nuestra propuesta, especialmente por lo que se refiere a la atracción de la

jurisdicción universal por parte de una institución judicial sobre la base de una violación de los derechos humanos, y que constituye precisamente uno de los argumentos de base para nuestra propuesta, por aplicación analógica, en lo tocante a la atracción o atribución voluntaria de jurisdicción a un tribunal arbitral en el marco de un APPRI, en caso de concurrencia de una violación de los derechos humanos.

Nos referimos en concreto al papel desempeñado en este contexto por la Audiencia Nacional, que en los últimos años se involucró en diversos procesos judiciales con alcances internacionales relacionados con esta cuestión, ejerciendo un poder extraterritorial que hasta entonces nadie se había atrevido a utilizar. Entre los casos más conocidos enjuiciados por la Audiencia Nacional en materia de justicia universal se encuentran algunos como los siguientes:

- *Leopoldo Galtieri*: general argentino que fue demandado por el asesinato de cuatro miembros de una misma familia de nacionalidad española en 1976, y para quien el juez de la Audiencia Nacional Baltasar Garzón ordenó prisión provisional el 25 de marzo de 1997 al interpretar que “*las amnistías domésticas no pueden vincular a las cortes de otro Estado y, en consecuencia, no hay razón por la que Galtieri no pueda ser juzgado por terrorismo y genocidio ante los tribunales españoles, aunque se le haya concedido la amnistía por parte de los tribunales argentinos*”⁸⁵⁴. Para fundamentar la decisión adoptada, la Audiencia Nacional se apoyó en la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que declararon que la legislación de amnistía argentina es incompatible con los diferentes tratados internacionales de los que es parte la República Argentina⁸⁵⁵.
- *Augusto Pinochet*: en el año 1998 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó un auto en el que entendía que le correspondía ejercer la jurisdicción universal sobre los crímenes de genocidio y terrorismo que habían tenido lugar durante la dictadura chilena⁸⁵⁶.

⁸⁵⁴ MALLINDER, Louise. “*Amnesty, Human Rights and Political Transitions*”. Hart Publishing. Página 296. Año 2008. (traducción libre del autor)

⁸⁵⁵ *Ibidem*.

⁸⁵⁶ *Ibid*. Página 305. *Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 5 de noviembre de 1998*. Apelación 173/1998, Investigación Criminal 1/1998. En el auto se confirma la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena.

- *José Couso*: la Audiencia Nacional emitió también una orden de detención internacional contra los dos militares que presuntamente asesinaron en abril de 2003 a José Couso, cámara de la cadena de televisión española Telecinco que falleció durante un ataque norteamericano al Hotel Palestina, en Bagdad, durante la guerra de Irak.

En el caso de José Couso, y a pesar de la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 2006, que contemplaba la competencia de la justicia española para la investigación de su muerte⁸⁵⁷, finalmente la Audiencia Nacional decidiría con fecha 28 de octubre de 2009⁸⁵⁸ proceder al sobreseimiento de la causa que se había iniciado años antes, aunque se produjo el voto discrepante de una de las magistradas implicadas en el caso quien defendía la tesis de la jurisdicción universal de los tribunales españoles en el caso de crímenes contra los derechos humanos en su Voto Particular (de fecha 30 de octubre de 2009), indicando lo siguiente:

*“parece oportuno destacar el necesario reconocimiento de que los hechos denunciados podrían constituir los delitos que, por las razones expuestas, justifican la intervención de los órganos jurisdiccionales españoles competentes en la materia, pues corresponde a la fase de instrucción procesal allegar los elementos de juicio necesarios para posibilitar la ulterior calificación jurídica de tales hechos”*⁸⁵⁹

No obstante lo anterior, el caso continuó con su andadura ante la Audiencia Nacional: en su último auto relativo al caso de la muerte de José Couso el juez de la Audiencia Nacional, Santiago Pedraz, decidió, con fecha 17 de marzo de 2014⁸⁶⁰, que el caso de José Couso no se ve afectado por la *“Ley de 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder*

⁸⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo. 11 de diciembre de 2006.

⁸⁵⁸ Auto de la Sala de lo Penal, Sección 30, de la Audiencia Nacional, de fecha 23 de octubre de 2009.

⁸⁵⁹ Voto Particular de la Magistrada Clara Eugenia Bayarri García de fecha 30 de octubre de 2009, relativo al Auto de la Sala de lo Penal, Sección 30, de la Audiencia Nacional, de fecha 23 de octubre de 2009.

⁸⁶⁰ Auto de la Audiencia Nacional de fecha 17 de marzo de 2014. Juzgado de Instrucción Número 1, sumario 27/2007.

*Judicial, relativa a la justicia universal*⁸⁶¹ (la “**Ley 1/2014**”) a la que haremos referencia a continuación.

La jurisdicción universal ejercida por la Audiencia Nacional se había venido encontrando en fechas recientes con diversos escollos políticos tanto a nivel internacional como a nivel doméstico. El inicio de las dificultades se produjo el 25 de junio de 2009, fecha en la que el Congreso de los Diputados aprobó una enmienda con el fin de modificar el artículo 23 de la “*Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial*” (la “**Ley Orgánica del Poder Judicial**”) con la intención de impedir que los órganos jurisdiccionales españoles pudieran ejercer la jurisdicción universal sobre causas contra los derechos humanos que se produjeran en el extranjero y que no afectaran a nacionales españoles⁸⁶². La reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial se realizó finalmente en el mes de noviembre del año 2009 con la aprobación de la “*Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*”⁸⁶³. Con esta reforma se modificó el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial limitando la jurisdicción ejercida por la justicia española, que quedó facultada para enjuiciar “*los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos [...]*”⁸⁶⁴. En el artículo se estableció además que “*sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado*

⁸⁶¹ *Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal*. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 63 de fecha 14 de marzo de 2014.

⁸⁶² Véase al respecto la noticia publicada en el diario “*El País*” con fecha 25 de junio de 2009. Disponible en Internet en el siguiente enlace: <http://www.elpais.com/articulo/espana/Congreso/limita/jurisdiccion/universal/justicia/espanola/elpepu esp /20090625elpepunac_14/Tes>. Referencia del 2 de febrero de 2018.

⁸⁶³ *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 266 de fecha 4 de noviembre de 2009.

⁸⁶⁴ *Ibid.* Artículo primero, que modifica el artículo 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles”⁸⁶⁵.

Sin embargo, la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial operada en el año 2009 no fue suficiente para evitar la polémica y los conflictos políticos, por lo que cinco años después se aprobó la Ley 1/2014 por la que se modificó nuevamente el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al prever en el apartado 5 y el nuevo apartado 6 del mismo artículo lo siguiente⁸⁶⁶:

“ [..]

5. Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos:

a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.

b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:

1. la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o,

2. se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada.

⁸⁶⁵ *Ibidem.*

⁸⁶⁶ *Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. Op. Cit. Artículo Único por el que se modifican los apartados 2, 4 y 5 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y se introduce un nuevo apartado 6 en dicho artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.*

Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.a del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal.

A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal.

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

“

“6. Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal.”

Conforme a la reforma operada por la Ley 1/2014 la jurisdicción universal a ejercer por los tribunales españoles, ya limitada con la reforma operada en el año 2009 a la que nos referimos anteriormente, quedó aún más restringida al preverse dos requisitos adicionales para su ejercicio: (i) que no se haya iniciado un procedimiento internacional o doméstico en el Estado afectado por los hechos para conocer de la causa y (ii) que se haya interpuesto una querrela en España por el afectado o por el Ministerio Fiscal.

En cualquier caso, señalamos que la Ley 1/2014 se encuentra en proceso de revisión judicial al haber sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Partido Socialista Obrero Español ante el Tribunal Constitucional con fecha 12 de junio de 2014, y que aún se encuentra pendiente de resolución en la fecha de elaboración de esta tesis doctoral⁸⁶⁷.

1.2. El mecanismo de reclamación a través de la responsabilidad civil: el caso de Estados Unidos de América

Una vez vista la doctrina de justicia universal ejercida por la Audiencia Nacional en España, procede ahora analizar las posibilidades de reclamación a nivel nacional, en este caso en un contexto más acotado y específico como es el de la responsabilidad civil extracontractual en los Estados Unidos de América.

El “*Alien Tort Claims Statute*” fue adoptado por el primer Congreso de los Estados Unidos en el año 1789⁸⁶⁸. Su objetivo esencial es otorgar jurisdicción a los tribunales de distrito en Estados Unidos en demandas interpuestas por extranjeros por actos de

⁸⁶⁷ Para obtener más información sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Partido Socialista Obrero Español contra la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, véase la noticia publicada a este respecto en el diario “*El País*” el día 12 de junio de 2014: <http://politica.elpais.com/politica/2014/06/12/actualidad/1402583479_668190.html>. Referencia del 2 de febrero de 2018.

⁸⁶⁸ Sobre el “*Alien Tort Claims Statute*” pueden consultarse, entre otros: POLLOCK, A. “*A political emarrasement: Jurisdiction and the Alien Tort Statute, Foreign Sovereign Immunities Act and Political Question Doctrine*”, en *California Western Law Review*, 2015, p. 226; SHELTON, Dinah. “*Remedies in International Human Rights Law*”. *Op. Cit.* Página 161.

responsabilidad civil cometidos en violación de un tratado internacional concluido por los Estados Unidos o del Derecho de Gentes. También debemos hacer referencia al “*Torture Victim Protection Act*”, el cual permite a cualquier sujeto que ostente la nacionalidad norteamericana interponer demanda ante los tribunales de su país por las torturas que hubiera sufrido en el extranjero. Ambos textos legales deben a su vez ser interpretados de acuerdo al “*Foreign Sovereign Immunities Act*”, ley norteamericana en la que se prevén una serie de mecanismos para imputar responsabilidad a los Estados soberanos cuando éstos actúan en calidad de sujetos privados o particulares⁸⁶⁹.

Tal como indican varios autores⁸⁷⁰, el “*Alien Tort Claims Statute*” (en adelante “**ATS**”) ha sido empleado en numerosas ocasiones como medio para solicitar en Estados Unidos indemnizaciones por violaciones a los derechos humanos a través de la vía habilitada por la responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, a pesar de que es cierto que el mecanismo como tal existe, no pueden obviarse las dificultades que entraña la interposición de una demanda basada en esta norma. A pesar de lo indicado es importante señalar como los tribunales norteamericanos han usado la ATS en casos de violaciones de los Derechos humanos, fundamentalmente cuando se trata de violaciones de normas de *ius cogens*⁸⁷¹. Así, la doctrina señala el *asunto Filartiga v. Peña-Irala* (1980) como el primer caso moderno en el que se invoca esta norma para reconocer la competencia de los tribunales norteamericanos en los supuestos de violaciones de derechos humanos⁸⁷². Otro de los asuntos que reviste interés en este ámbito es caso “*Sosa v. Álvarez-Machain*” (2004)⁸⁷³, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos de

⁸⁶⁹ Un análisis este marco normativo norteamericano puede consultarse en DE CASTRO SÁNCHEZ, Claribel y MARCOS MARTÍN, Teresa. “*A vueltas con la inmunidad de los funcionarios extranjeros en los casos de violación de derechos humanos: ¿un nuevo horizonte tras la decisión en el Asunto Yousef v. Samantar?*”. *Ordine internazionale e diritti umani*. 3/2017. Páginas 508 a 513.

⁸⁷⁰ HOFFMAN, Paul y STEPHENS, Beth. “*International Human Rights Cases Under State Law and in State Courts*”. *U.C. Irvine Law Review*, número 9. Página 9. Año 2013. Disponible para su consulta en el siguiente enlace: < http://scholarship.law.uci.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1077&context=ucilr&sei-redir=1&referer=https%3A%2F%2Fscholar.google.es%2Fscholar%3Fas_ylo%3D2011%26q%3Dalien%2Bort%2Bclaims%2Bstatute%2Bhuman%2Brights%26hl%3Des%26as_sdt%3D0%2C5#search=%22alien%20ort%20claims%20statute%20human%20rights%22>. Referencia del 15 de febrero de 2017. SHELTON, Dinah. “*Remedies in International Human Rights Law*”. *Op. Cit.*

⁸⁷¹ DE CASTRO SÁNCHEZ, Claribel y MARCOS MARTÍN, Teresa. “*A vueltas con la inmunidad de los funcionarios extranjeros en los casos de violación de derechos humanos: ¿un nuevo horizonte tras la decisión en el Asunto Yousef v. Samantar?*”. *Op. Cit.* p. 510.

⁸⁷² *Ibid.*

⁸⁷³ Paul HOFFMAN y Beth STEPHENS hacen referencia al *Caso Sosa v. Álvarez-Machain* como primer precedente en el que el “*Alien Tort Claims Statute*” es aplicado por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América al entender que “*dicho estatuto permite las reclamaciones de derechos humanos por violaciones de un pequeño conjunto de normas internacionales de derechos humanos ampliamente aceptadas y claramente definidas*”. HOFFMAN, Paul y STEPHENS, Beth. “*International Human Rights Cases Under State Law and in State Courts*”. *Op. Cit.* *Caso Sosa v. Álvarez-Machain*. 542 U.S. 692. Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. Año 2004.

América analizaba hasta qué punto el Derecho internacional extiende su responsabilidad al autor del daño cuando el demandado es un actor privado como por ejemplo una empresa o un individual. En esta línea, tal como señala SHELTON “*implícitamente, la Corte aceptó que los actores privados podrían ser responsables de acuerdo a las normas del Derecho internacional*”⁸⁷⁴ confirmando así el planteamiento de asunción de responsabilidad al que hemos venido haciendo referencia a lo largo de este Capítulo.

Asimismo, existen numerosos casos en los que la “*Torture Victim Protection Act*” ha sido invocada ante los tribunales estadounidenses con la finalidad de ver reparados los daños ocasionados por violación de derechos humanos. Es el caso del Asunto “*Filártiga v. Peña-Irala*” (1980), mencionado anteriormente⁸⁷⁵. Una cuestión sobre la que queremos llamar la atención es la relativa a la aplicación en este asunto de la costumbre internacional. Cuando la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito aceptó ejercer su jurisdicción sobre esta disputa lo hizo “*sobre la visión de que el Derecho consuetudinario internacional goza del estatus de ley común federal a la hora de conceder jurisdicción federal bajo la sección 1350 respecto a una demanda entre extranjeros. La posición de la corte respecto a que el Derecho consuetudinario internacional era ley federal era la visión predominante en ese momento – una visión que subsiguientemente ha sido apodada la “posición moderna”*”⁸⁷⁶. No obstante, debemos también indicar al respecto de este caso, tal y como indica Todd WEILER en su estudio sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales, que la condena que se obtuvo nunca pudo ser ejecutada⁸⁷⁷.

A partir de ese momento y hasta la actualidad, lo cierto es que se han sustanciado numerosos casos ante los tribunales norteamericanos por torturas, en los que se han

⁸⁷⁴ Vid. SHELTON, Dinah. “*Remedies in International Human Rights Law*”. *Op. Cit.* Página 161. (traducción libre del autor)

⁸⁷⁵ En el Caso *Filártiga v. Peña Irala* se analizó una demanda por torturas relacionadas con el Gobierno de Paraguay y la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos consideró que las cortes norteamericanas eran competentes para conocer del enjuiciamiento de este caso, condenando al gobierno paraguayo al pago de cerca de 6 millones de dólares al demandante. HOFFMAN, P y STEPHENS, B. “*International Human Rights Cases Under State Law and in State Courts*”. *Op. Cit.* Página 10. Caso *Filártiga v. Peña Irala*. 630 F.2d 876. Corte del Segundo Circuito de los Estados Unidos. Año 1980.

⁸⁷⁶ VÁZQUEZ, Carlos Manuel. “*Alien Tort Claims and the Status of Customary International Law*”. Publicación del Georgetown Public Law and Legal Theory Research. Trabajo número 12-140. Páginas 531 a 546 (página 531). Año 2012. Disponible para su consulta en el siguiente enlace: < <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1077>>. Referencia del 2 de febrero de 2018. (traducción libre del autor)

⁸⁷⁷ WEILER, Todd. “*Balancing Human Rights and Investor Protection: a New Approach for a Different Legal Order*”. *Op. Cit.* Páginas 2 y 3.

llegado a conceder indemnizaciones muy altas⁸⁷⁸. En muchos de estos asuntos, los demandados han sido exjefes de Estado o de Gobiernos, como es el caso de Ferdinand Marcos, Presidente de la República de Filipinas, quien recibió una docena de demandas en Estados Unidos por presunta comisión de torturas, o Robert Mugabe, Presidente del Frente Nacional-Unión Patriótica Africana, partido que ejercía el poder en la República de Zimbabwe, y a quien se acusó igualmente de la comisión de actos de tortura⁸⁷⁹.

Sin embargo, existen también otros casos llamativos en materia de demandas civiles planteadas por violación de derechos humanos, fundamentalmente por tortura, en el que los demandados no son gobiernos u otras administraciones públicas, o personas particulares que estaban ejerciendo algún cargo político en el momento de la comisión del acto, si no que, desde hace unos años, también es posible la reclamación de responsabilidades por actos cometidos por personas individuales, sean estas físicas o jurídicas. Así, en el año 2002 se dio un paso hacia una nueva perspectiva en esta clase de demandas, al aceptar las cortes norteamericanas ejercer la jurisdicción en el caso “*Mechinovic et al. v. Vuckovic*”, en el que cuatro refugiados nacionales de Bosnia-Herzegovina reclamaban indemnización por responsabilidad civil derivada de actos de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, detención arbitraria, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, cometidos por un soldado de nacionalidad serbia. La corte estimó todas las peticiones de los demandantes, salvo la de genocidio, y se concedió una indemnización de 35 millones de dólares, en la que se incluían daños pecuniarios y los que se conocen como “*daños punitivos*” (es decir, aquéllos que se otorgan como castigo ejemplar por la magnitud de la conducta cometida, con la intención de evitar la repetición de hechos similares)⁸⁸⁰.

Resulta interesante esta vía de atribución de responsabilidad a sujetos particulares en el ejercicio de funciones públicas puesto que éste es precisamente uno de los supuestos empleados por Steven RATNER para construir su teoría de asignación de responsabilidad a las empresas transnacionales, como mostraremos más adelante en este mismo trabajo al

⁸⁷⁸ Es el caso del Asunto “*Mechinovic et al. v. Vuckovic*” (2002), en el que se alcanzó una indemnización de 35 millones de dólares. *Caso Mechinovic et al v. Vuchovic*. 198 F. Supp. 2d 1322. N.D. Ga. Año 2002.

⁸⁷⁹ Dinah SHELTON comenta estos casos al analizar el “*Torture Victim Protection Act*”. SHELTON, Dinah. “*Remedies in International Human Rights Law*”. *Op. Cit.* Página 168. *Caso Mechinovic et al v. Vuchovic*. *Op. Cit.*

⁸⁸⁰ SHELTON, Dinah. “*Remedies in International Human Rights Law*”. *Op. Cit.* Página 168.

analizar su planteamiento de esta problemática⁸⁸¹. Para este autor, sería posible construir una serie de supuestos de atribución de responsabilidad a la compañía transnacional en los que se incluyan no sólo aquellos actos que sean realizados directamente por ellas, sino también aquellos que se hayan producido con su contribución.

A modo de comentario general acerca de la aplicación tanto del “*Alien Tort Claims Statute*” como del “*Torture Victims Protection Act*” llamamos la atención sobre la problemática que presenta este mecanismo, y que no es la relativa al procedimiento en sí mismo, (que de hecho sí se puede decir que sirve como mecanismo para dar atención a las víctimas y proporcionarles una tutela judicial), sino que más bien tiene que ver con la efectividad de las resoluciones obtenidas en esta clase de procedimientos. Así, como en el caso “*Filártiga v. Peña-Irala*”, en el que se dictó una condena pecuniaria bastante significativa que nunca pudo ser ejecutada, el problema que se plantea es el siguiente: cómo dotar a este tipo de resoluciones de la ejecutividad y fuerza legal necesarias para que verdaderamente se dé una reparación a las víctimas. Desde este punto de vista podemos observar que los medios domésticos de reclamación de responsabilidades parecen plantear bastantes problemas a la hora de proporcionar una efectividad, al menos en lo que respecta a la ejecución del contenido de la sentencia.

Por otra parte, cabe incluir un apunte de naturaleza práctica relacionado con el arreglo arbitral que tiene relevancia ya que puede provocar la inutilización de la vía judicial facilitada por el ATS y que está relacionada con la “*ejecutividad*” y efectividad de los laudos arbitrales. En términos generales, podríamos afirmar que normalmente va a resultar más sencillo obtener el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral que el reconocimiento y ejecución de una sentencia dictada por un tribunal extranjero. El reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales se encuentra regulado por la Convención de Nueva York⁸⁸², tratado ampliamente ratificado por los Estados de la Comunidad Internacional, lo que hace, al menos a priori, más sencillo el proceso de reconocimiento y ejecución. Así, en virtud del artículo 3 de la Convención, se establece que “*cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá*

⁸⁸¹ Para un análisis pormenorizado de la teoría de Steven RATNER, véase su obra sobre empresas y derechos humanos citada anteriormente en esta tesis doctoral. RATNER, Steven E. “*Corporations and Human Rights: A theory of legal responsibility*”. *Op. Cit.* A partir de la página 496.

⁸⁸² Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. *Op. Cit.*

su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. [...]”⁸⁸³.

Así pues podemos entender que, aunque el mecanismo de la responsabilidad civil como tal está vigente y disponible para su uso cuando proceda, y por lo tanto debe mencionarse en cualquier estudio sobre la atribución de responsabilidad como el que nos ocupa, no debe olvidarse que la problemática señalada podría, en cierto modo, señalar el camino del arbitraje como la mejor vía de solución en el caso de violaciones de derechos por parte de empresas transnacionales, que constituye el objeto de estudio de este trabajo.

1.3. El sistema norteamericano de acciones colectivas

Junto a la posibilidad de entablar demandas civiles individuales ante los tribunales norteamericanos en base a la “*Alien Tort Claims Statute*” y el “*Torture Victim Protection Act*”, existe la posibilidad en Estados Unidos de América de plantear acciones colectivas contra personas físicas o jurídicas. En este sentido, puede constatarse que la mayoría de las acciones colectivas relativas a derechos humanos se han interpuesto a través del “*Alien Tort Claims Statute*” y el “*Torture Victim Protection Act*”⁸⁸⁴. Es importante señalar que existen diferentes clases de acciones colectivas según éstas sean interpuestas contra personas individuales o bien contra personas jurídicas o empresas. Mostramos a continuación algunos de los casos más paradigmáticos sustanciados a través de este tipo de mecanismos.

a. Casos contra personas físicas: “*In re Estate of Ferdinand Marcos litigation*”

Por lo que a las acciones colectivas contra personas físicas se refiere, el más paradigmático es el procedimiento sustanciado contra Ferdinand Marcos, al que ya nos hemos referido⁸⁸⁵, en el que el Tribunal Federal del Distrito de Hawai certificó en 1991 una acción de clase de más de 10.000 demandantes, que finalizó con la condena de

⁸⁸³ *Ibid.* Artículo 3.

⁸⁸⁴ REQUEJO ISIDRO, Marta. “*Derechos humanos y acciones colectivas*”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Número 16. Páginas 313 a 366 (páginas 314 y 315). Año 2012.

⁸⁸⁵ SHELTON, Dinah. “*Remedies in International Human Rights Law*”. *Op. Cit.* Página 168. Para una referencia completa sobre este caso véase el Capítulo I de esta tesis doctoral.

Marcos (en particular de su patrimonio, dado que éste había fallecido en 1989) al pago de 1,2 billones de dólares en concepto de daños punitivos e indemnización económica⁸⁸⁶.

b. Casos contra personas jurídicas

Este tipo de acciones colectivas son muy numerosas y, además, al tener como parte demandada a personas jurídicas revisten un mayor interés para nuestro trabajo, por lo que procederemos a analizar aquellas que consideramos más importantes a nuestros efectos.

i. *“In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster”*

El caso de Union Carbide, al que ya nos referimos detalladamente en el Capítulo I de esta tesis doctoral, representa otro de los ejemplos paradigmáticos de este tipo de acciones colectivas interpuestas contra empresas⁸⁸⁷. Dos años después de la tragedia, en 1986, los tribunales de distrito de la jurisdicción de Nueva York, donde se habían interpuesto las demandas por responsabilidad civil (porque era en Nueva York donde Union Carbide Limited tenía fijado su domicilio social), decidieron desechar este caso en aplicación de la doctrina *“forum non conveniens”*. Esta doctrina, tradicionalmente aplicada por los tribunales estadounidenses, establece que una corte puede negarse a juzgar un caso sobre el que podría ejercer jurisdicción basándose en que encuentre que es preferible que el caso sea sustanciado ante una jurisdicción distinta de la suya, y que también podría ejercer competencia sobre la controversia. En este caso la propia corte americana llegó a argumentar que sería *“imperialista”* por su parte pretender ejercer jurisdicción sobre este caso dejando de lado a las cortes de La India. Como la propia corte de Nueva York establece:

“La Unión de La India es una potencia mundial en el año 1986, y sus cortes tienen la probada capacidad para impartir una justicia justa y equitativa. Privar al poder judicial hindú de esta oportunidad para

⁸⁸⁶ REQUEJO ISIDRO, Marta. *“Derechos humanos y acciones colectivas”*. Op. Cit. Página 316. *Caso In Re Estate of Ferdinand Marcos Litigation*. Corte de Distrito de los Estados Unidos (Hawái). Sentencia del 30 de noviembre de 1995.

⁸⁸⁷ Para un resumen completo del *Caso Bhopal*, véase la cita realizada en su obra por Thomas CARBONNEAU. CARBONNEAU, Thomas E. *“Cases and materials on International Litigation and Arbitration”*. Op. Cit. Páginas 38 a 46. *In Re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India*. Sentencia 634 F. Supp. 842, 8444 (S.D.N.Y. 1986)

*aparecer alto frente al mundo y para emitir un juicio ante su propia población significaría volver a revivir una historia de subservicio y subyugación de la que La India ya ha emergido”*⁸⁸⁸.

La sentencia dictada por la justicia hindú llegaría después de más de 25 años, en 2010⁸⁸⁹. La condena incluía la obligación impuesta a cada uno de los condenados de pagar una indemnización por valor de 100.000 rupias (aproximadamente 1.774 Euros) y una multa impuesta a la compañía por un valor de 8.870 Euros⁸⁹⁰.

ii. *“Does v. The Gap”*⁸⁹¹

Uno de los casos en los que se aceptó el empleo de la figura de acción colectiva o “*de clase*” es el que agrupó en el año 2002 a cerca de 30.000 trabajadores del sector textil en Saipan (Islas Marianas del Norte) contra una serie de corporaciones entre las que se encontraban The Gap, J. Crew, Tommy Hilfiger y Target, que interpusieron una demanda colectiva bajo la alegación de violaciones de derechos humanos en el ámbito laboral, incluyendo prácticas de esclavitud. El caso finalizó con un acuerdo en el año 2004 convirtiéndose en el primero en que una acción de clase es certificada bajo la norma federal “*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*”⁸⁹².

iii. *“Abdullahi v. Pfizer Inc.”*⁸⁹³

Este caso se inició en 2001 al amparo del “*Alien Tort Claims Statute*” por las familias de dos menores nigerianos a quienes Pfizer Inc. había suministrado fármacos experimentales sin consentimiento. La demanda acabaría extendiéndose a doscientas familias afectadas como consecuencia de la solicitud de Pfizer al gobierno nigeriano para realizar ensayos clínicos a doscientos menores durante un episodio de epidemia de meningitis en el país.

⁸⁸⁸ CARBONNEAU, Thomas E. “*Cases and materials on International Litigation and Arbitration*”. *Op. Cit.* Página 46. (traducción libre del autor)

⁸⁸⁹ Artículo publicado en el diario “*El País*” el día 8 de junio de 2010, en el que se detallan los pormenores de la sentencia condenatoria emitida por las autoridades judiciales indias para este caso. Disponible en Internet: <http://elpais.com/diario/2010/06/08/sociedad/1275948004_850215.html>. Referencia del 2 de febrero de 2018.

⁸⁹⁰ *Ibidem*.

⁸⁹¹ REQUEJO ISIDRO, Marta. “*Derechos humanos y acciones colectivas*”. *Op. Cit.* Páginas 319 y 320. *Caso Does I. v. The Gap Inc.* Corte de Distrito de las Islas Marianas del Norte. Caso número CV-01-0031. 10 de mayo de 2002.

⁸⁹² *Ibid.* Página 320.

⁸⁹³ *Ibidem.* *Caso Abdullahi v. Pfizer Inc.* 562 F.3d 163. Corte del Segundo Circuito de los Estados Unidos. Año 2009.

Aunque la justicia estadounidense se inhibió inicialmente en este caso aplicando nuevamente la doctrina “*forum non conveniens*” finalmente esta decisión sería revocada, concluyéndose la disputa en un acuerdo entre las partes en el año 2011.

2. Tratamiento jurisprudencial internacional: Las instituciones internacionales relacionadas con los derechos humanos

2.1. Sistema de las Naciones Unidas

Después de la II Guerra Mundial, y como consecuencia de los abominables acontecimientos que acaecieron como consecuencia de ella, los Estados de la comunidad internacional comenzaron a mostrar preocupación por los derechos humanos y se hizo patente la necesidad de mantener cierto nivel de supervisión respecto a las actuaciones de los gobiernos en relación con la ciudadanía. Fruto de esta concienciación nacería la Carta de las Naciones Unidas, en cuyo artículo 55 se proclama que las Naciones Unidas promoverán “*el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades*”⁸⁹⁴. En el marco de las Naciones Unidas los trabajos de promoción y defensa de los derechos humanos se han venido realizando de forma incansable desde su nacimiento a mediados de este siglo, especialmente a través de su codificación en diferentes instrumentos jurídicos internacionales, así como a través del establecimiento de mecanismos de control del grado de cumplimiento de estos derechos⁸⁹⁵.

Por lo que a la labor de codificación se refiere, ocupa un lugar principal la denominada “*Carta Internacional de Derechos Humanos*”⁸⁹⁶, esto es: (i) la “*Declaración Universal de Derechos Humanos*”⁸⁹⁷, (ii) el “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y*

⁸⁹⁴ En SHELTON, Dinah. “*Remedies in International Human Rights Law*”. *Op. Cit.* Página 104. (traducción libre del autor). *Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Op. Cit.* Artículo 55.c).

⁸⁹⁵ Para una mayor información, se puede consultar, entre otros: ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. “*La Protección Internacional de los derechos humanos (I)*”, en *Instituciones de Derecho Internacional Público* (DÍEZ DE VELASCO, Manuel). Editorial Tecnos. 18ª Edición. 2013. Páginas 666 y ss.

⁸⁹⁶ *Carta Internacional de Derechos Humanos. Op. Cit.*

⁸⁹⁷ *Declaración Universal de Derechos Humanos. Op. Cit.*

Políticos”⁸⁹⁸ y (iii) el “*Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales*”⁸⁹⁹, por constituir la base esencial del sistema universal de protección de los derechos humanos. A este “nucleo duro” de los instrumentos universales de protección de los derechos humanos, se suman otros textos de contenido más específico que busca, o bien la erradicación de las formas más graves de violación de los derechos, como es el caso de la “*Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*”⁹⁰⁰, o la protección de determinados grupos vulnerables, como es el caso de la “*Convención sobre los Derechos del Niño*”⁹⁰¹.

Por lo que se refiere a los mecanismos de protección, el principal órgano especializado en esta materia en el sistema de las Naciones Unidas es el Consejo de Derechos Humanos, creado mediante resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de junio de 2006⁹⁰² y que sustituye a la antigua Comisión de Derechos Humanos⁹⁰³. Desde el año 2007 el Consejo de Derechos Humanos dispone de un procedimiento de investigación que tiene la finalidad de establecer un sistema de revisión periódica universal⁹⁰⁴ de las políticas de derechos humanos de los Estados Miembros de las Naciones Unidas⁹⁰⁵. Así mismo, es posible presentar quejas ante el Consejo de Derechos Humanos, quejas que tienen carácter confidencial con el fin de “*aumentar la cooperación con el Estado interesado*”⁹⁰⁶. De todos modos, como indica VILLÁN DURÁN el sistema de revisión periódica universal adolece de cuatro carencias fundamentales⁹⁰⁷:

⁸⁹⁸ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Op. Cit.*

⁸⁹⁹ *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Op. Cit.*

⁹⁰⁰ *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Op. Cit.*

⁹⁰¹ *Convención sobre los Derechos del Niño. Op. Cit.*

⁹⁰² *Resolución de la Asamblea General número 60/251. Consejo de Derechos Humanos. Código A/RES/60/251. Resolución de fecha 3 de abril de 2006. Texto íntegro disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el siguiente enlace: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251._Sp.pdf>. Referencia del 2 de febrero de 2018.*

⁹⁰³ *Ibid.* Apartado 5.g).

⁹⁰⁴ *Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos. Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos. Resolución de fecha 18 de junio de 2007. Disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el siguiente enlace: <http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/resolutions/A_HRC_RES_5_1.doc>. Referencia del 2 de febrero de 2018.*

⁹⁰⁵ *Ibid.* Apartado C.8.

⁹⁰⁶ *Ibid.* Apartado A.86.

⁹⁰⁷ VILLÁN DURÁN, Carlos. “*Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*”. Artículo publicado en la “*Revista Electrónica de Estudios Internacionales*” número 12, año 2006. Páginas 6 y 7. Año 2006.

1. El sistema no explica cómo se medirá el grado de incumplimiento del Estado afectado.
2. El sistema tampoco explica cómo se va a transmitir al Consejo de Derechos Humanos la información relativa al posible incumplimiento cometido por un Estado.
3. La resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos, por la que se crea el sistema de revisión periódica universal, prevé que el examen será realizado por los propios Estados Miembros, pero no se contempla si dicho examen será realizado de forma pública o privada.
4. Se trata de un sistema diseñado para detectar las necesidades de cada Estado Miembro en materia de derechos humanos más que para evaluar el grado de incumplimiento de cada país.

Por otra parte, además de la competencia general que se le atribuye al Consejo de Derechos Humanos, en el marco de los tratados de derechos humanos se han creado una serie de órganos y mecanismos que pretenden vigilar el grado de cumplimiento de los Estados respecto de estos tratados, es lo que se denomina mecanismos convencionales. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁰⁸ estableció la creación de un órgano para la vigilancia y cuidado de los derechos humanos en su artículo 28.1: “*se establecerá un Comité de Derechos Humanos (en adelante denominado el Comité). Se compondrá de dieciocho miembros, y desempeñará las funciones que se señalan más adelante*”⁹⁰⁹. La labor del Comité de Derechos Humanos consiste en comprobar la adecuación de los Estados con dicho tratado a través de investigaciones y de la emisión de informes que deben ser completados por los países miembros⁹¹⁰. Existe además la posibilidad de que se interpongan reclamaciones interestatales⁹¹¹ ante el Comité. Por otra parte, y gracias a la promulgación del Primer Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹¹² es posible que se consideren por el Comité de Derechos

⁹⁰⁸ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Op. Cit.*

⁹⁰⁹ *Ibid.* Artículo 28.1.

⁹¹⁰ *Ibid.* Artículo 40.

⁹¹¹ *Ibid.* Artículo 41.

⁹¹² *Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.* Adoptado el 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, U.N.T.S 171. Artículo 1. También podemos encontrar

Humanos reclamaciones formuladas por sujetos individuales en relación con violaciones de los derechos humanos. En esta misma línea, otros tratados en materia de derechos humanos, como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, o la Convención de los Derechos del Niño que hemos mencionado *ut supra*, establecen también órganos y mecanismos de control, entre los que se incluyen la posibilidad de plantear quejas tanto entre Estados como por sujetos individuales⁹¹³. En cualquier caso, si bien se trata de un mecanismo de materia contenciosa, no nos hallamos ante un verdadero tribunal por lo que el resultado final en el marco de estos sistemas es una decisión que no tiene el valor de una sentencia.

Conviene señalar que, a día de hoy, no existe un Tribunal de Derechos Humanos en el ámbito de las Naciones Unidas, ya que la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”)⁹¹⁴, por una parte, no tiene competencia específica en materia de derechos humanos y, por otra, no permite el planteamiento de demandas por parte de individuos. En cualquier caso, creemos necesario prestar atención al papel de la CIJ, ya que, si bien se trata de una institución que no se dedica de forma específica a la protección de los derechos humanos, lo cierto es que ha desempeñado un papel importante al pronunciarse ocasionalmente sobre esta materia, esencialmente a través de su competencia consultiva. Así, sucedió en el año 1996 cuando se solicitó la opinión sobre las armas nucleares⁹¹⁵, o en el año 2004 cuando se le solicitó la opinión consultiva sobre la construcción del muro en los territorios palestinos ocupados⁹¹⁶. En este sentido, resulta interesante subrayar que, en el caso de la Opinión Consultiva sobre el uso de las Armas Nucleares, la CIJ observó que “la

referencia a esta cuestión en SHELTON, Dinah. “*Remedies in International Human Rights Law*”. *Op. Cit.* Página 105.

⁹¹³ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. *Op. Cit.* Artículo 17.

⁹¹⁴ Recordamos que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia forma parte de la Carta de las Naciones Unidas. Artículo 1: “*La Corte Internacional de Justicia establecida por la Carta de las Naciones Unidas, como órgano judicial principal de las Naciones Unidas, quedará constituida y funcionará conforme a las disposiciones del presente Estatuto.*” *Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Op. Cit.* Artículo 1.

⁹¹⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996.* (en castellano “*Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares. Opinión consultiva C.I.J. Informes 1996*”). Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia. 8 de julio de 1996. Informe 1996. Página 226. Disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Corte Internacional de Justicia. *Op. Cit.* (traducción libre del autor)

⁹¹⁶ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004.* (en castellano “*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado. Opinión consultiva C.I.J. Informes 2004*”). Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia. 9 de julio de 2004. Informe 2004. Página 136. Disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Corte Internacional de Justicia. *Op. Cit.* (traducción libre del autor).

protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempos de guerra”⁹¹⁷.

Sin embargo, siguiendo a TOMUSCHAT, puede afirmarse que la posición de la Corte Internacional de Justicia no ha sido clara, ni en el caso de las armas nucleares ni en otros acontecidos con posterioridad como el análisis sobre la legalidad de la construcción del muro en los territorios ocupados palestinos (2004)⁹¹⁸ o la disputa entre la República Democrática del Congo y Uganda en el año 2005⁹¹⁹.

A la vista de lo señalado, y con la salvedad de las opiniones consultivas a las que hemos hecho referencia *ut supra*, consideramos que el papel de la Corte Internacional de Justicia en cuanto a la emisión de fallos, sentencias, opiniones consultivas u otros instrumentos jurídicos internacionales en materia de empresas y derechos humanos ha sido muy limitado a fecha de elaboración de este trabajo.

2.2. Corte Penal Internacional⁹²⁰

La panorámica sobre las instancias judiciales internacionales competentes en materia de derechos humanos no puede cerrarse sin hacer referencia a la Corte Penal Internacional (CPI), creada en el año 1998 y cuyo tratado fundacional se encuentra en vigor desde el año 2002⁹²¹. Aunque se trata de una institución judicial independiente, internacionalmente reconocida y vinculada a las Naciones Unidas⁹²², ha de subrayarse que el ejercicio de su competencia es limitada, tanto *ratione materiae*, como *ratione personae*. En razón de la materia, tal y como se desprende del artículo 5 del Estatuto de

⁹¹⁷ TOMUSCHAT, Christian. “*Human Rights and International Humanitarian Law*”. Artículo publicado en la “*Revista Europea de Derecho Internacional*”. Volumen 21, número 1. Páginas 15 a 23 (página 17). Año 2010. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996. Op. Cit.* (traducción libre del autor)

⁹¹⁸ *Ibid.* Página 18.

⁹¹⁹ *Ibidem. Armed activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda). Judgment, I.C.J. Reports 2005.* (en castellano “*Actividades armadas en el Territorio del Congo (República Democrática del Congo v. Uganda). Fallo C.I.J. Informes 2005*”). Fallo de la Corte Internacional de Justicia. 19 de diciembre de 2005. Informes 2005. Página 168. (traducción libre del autor)

⁹²⁰ Para una mayor información sobre la labor de la Corte Penal Internacional en materia de derechos humanos, se puede consultar, entre otros, la obra de Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ. ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. *La Protección Internacional de los Derechos Humanos (I). Op. Cit.*

⁹²¹ *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Hecho en Roma (Italia) el 17 de julio de 1998. En vigor desde el día 1 de julio del año 2000. Series de Tratados de las Naciones Unidas, volumen 2187, número 38544. Disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Corte Penal Internacional en el siguiente enlace: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rdo1SPA.pdf>>. Referencia del 2 de febrero de 2018.

⁹²² *Ibid.* Artículo 2.

Roma, la CPI tendrá competencia para juzgar los crímenes de genocidio, Crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión. Por lo que se refiere a la competencia *ratione personae*, la CPI puede juzgar a cualquier persona mayor de dieciocho años siempre y cuando se de alguna de las siguientes situaciones: (i) que el presunto autor de los hechos sea nacional de algún Estado Parte del Estatuto por el cual se establece la Corte Penal Internacional⁹²³, (ii) que el presunto autor, independientemente de su nacionalidad, cometa el acto en el territorio de un Estado Parte en el Estatuto o (iii) en aquellos casos en los que “*el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes [...]*”⁹²⁴. Precisamente esta cuestión relativa a la posibilidad o no de dotar de competencias suficientes a la Corte Penal Internacional fue uno de los principales objetos de debate durante los años previos a la constitución efectiva de este tribunal. Como expone Jean Marcel FERNANDES⁹²⁵:

“como el órgano fue durante tanto tiempo un anhelo de la comunidad de Estados, cabe entonces dotarle de la eficacia necesaria para “garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera”, como prevé el Estatuto de Roma. Su fundamento está, por lo tanto, en el Derecho internacional, no en jurisdicciones estatales tomadas aisladamente. Resta saber si el principio de la complementariedad, que se basa en la soberanía, irá, al revés, a protagonizar el fin de la aspiración de permitir a la CPI promover la justicia universal”.

En cuanto a la labor de la Corte Penal Internacional en materia de derechos humanos en el contexto empresarial y a pesar de que, como hemos mostrado, el ámbito de actuación de esta institución judicial en este contexto es limitado, entendemos que ello no obsta para que, en un futuro, la Corte Penal Internacional pueda emitir sentencias o fallos que puedan resultar relevantes en este contexto, por ejemplo, en materia de violaciones de los

⁹²³ *Ibid.* Artículo 12.2.

⁹²⁴ *Ibid.* Artículo 13.b).

⁹²⁵ FERNANDES, Jean Marcel. “*La Corte Penal Internacional. Soberanía versus justicia universal*”. Editoriales TEMIS y UBIJUS. Página 25. Año 2008.

derechos humanos originadas en el contexto o en ejecución de contratos relacionados con empresas militares.

2.3. La labor de los tribunales de las organizaciones regionales

Analizada la competencia de los tribunales internacionales con proyección universal y su posible incidencia en el tema de los derechos humanos y las empresas transnacionales, procedemos ahora a realizar un análisis de los mecanismos judiciales disponibles a nivel regional para la depuración de responsabilidades por las violaciones de estos derechos, ya que las personas físicas disponen de una serie de mecanismos para su defensa susceptibles de uso ante instancias judiciales internacionales específicamente dedicadas al enjuiciamiento de violaciones de los derechos humanos en el marco de organizaciones regionales. Y es que, como señala la Profesora ESCOBAR⁹²⁶, el Derecho internacional de los derechos humanos ha protagonizado un mayor desarrollo en los ámbitos regionales y ello por la estrecha conexión con el fenómeno de las organizaciones internacionales. Por ello, creemos necesario el análisis de los sistemas de protección existentes en los continentes americano, africano y europeo, que abordamos a continuación.

a. Organización de los Estados Americanos

En el continente americano, el sistema de derechos humanos tiene su sustento legal en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José (Costa Rica) del 7 al 22 de noviembre de 1969 y también conocida con el nombre de “*Pacto de San José*”⁹²⁷ (la “**Convención Americana**”). El artículo 33 de la Convención Americana⁹²⁸ establece que “*son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:* a) *la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión,* y b) *la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte* “. El sistema interamericano de derechos humanos se compone, conforme a lo previsto en la

⁹²⁶ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. “*La Protección Internacional de los Derechos Humanos (II)*”. *Instituciones de Derecho Internacional Público* (DIEZ DE VELASCO, Manuel). *Op. Cit.* Página 697.

⁹²⁷ *Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32)*. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Disponible la página oficial en Internet de la Organización de los Estados Americanos: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf>. Referencia del 2 de febrero de 2018.

⁹²⁸ *Ibid.* Artículo 33.

Convención Americana, de dos órganos primarios: la Comisión y la Corte, que siguen el procedimiento previsto a estos efectos en la propia Convención Americana⁹²⁹ y que resumimos brevemente a continuación.

La Comisión recibe las denuncias por violaciones de la Convención Americana que pueden ser presentadas ante ella por “*cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización*”⁹³⁰, previo cumplimiento de los requisitos previstos a estos efectos en la propia Convención Americana y que son los siguientes⁹³¹:

“1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;

b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;

c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y

d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

[...]”

Así, y conforme a lo previsto en el artículo 46 de la Convención Americana, las quejas a presentar ante la Comisión deberán cumplir con los siguientes requisitos: (i) agotamiento de las vías de reclamación en la jurisdicción interna del Estado donde se haya cometido el acto objeto de la reclamación, (ii) que se presente dentro del plazo de seis meses desde

⁹²⁹ Sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos nos remitimos, entre otros a ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. “Logros: La acción de la OEA en el ámbito de los derechos humanos”. “Las Organizaciones Internacionales”. (DÍEZ DE VELASCO, Manuel). Editorial Tecnos. 16^a Edición. Año 2010. Páginas 751-764.

⁹³⁰ *Ibid.* Artículos 41, 44 y 45.

⁹³¹ *Ibid.* Artículo 46.

la resolución definitiva del caso a nivel doméstico, (iii) que la reclamación no esté siendo sustanciada por otro procedimiento de “*arreglo internacional*” y, finalmente, (iv) que la petición contenga los datos identificativos del demandante. A este respecto destacamos que el requisito de agotamiento de los recursos internos supone uno de los principales problemas a la hora de proporcionar a las víctimas de violaciones de derechos humanos una satisfacción adecuada, puesto que este requisito hace que el proceso de reclamación pueda alargarse en el tiempo.

Otro aspecto de la Convención Americana que queremos señalar es que las quejas, aunque puedan ser presentadas tanto por personas físicas como por entidades no gubernamentales reconocidas y por Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, únicamente pueden presentarse contra violaciones de la Convención Americana cometidas por un Estado Parte de la misma, pero no por personas físicas o jurídicas nacionales de dichos Estados Parte⁹³². Nuevamente encontramos una limitación a la posibilidad de resarcimiento de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales en este contexto, que tiene su origen en la problemática planteada a lo largo de esta tesis doctoral respecto a la consideración de las personas físicas y jurídicas como sujetos del Derecho internacional.

Cuando se presentan reclamaciones ante la Comisión la Convención Americana, se prevé (para el caso de que la reclamación sea asumida a trámite) la posibilidad de investigación por parte de la Comisión, así como la reclamación de informaciones a los Estados involucrados, en su caso, y el intento de alcanzar una “*solución amistosa*” al conflicto “*fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención*”⁹³³ y seguida, en este caso, de un informe emitido por la Comisión sobre el caso correspondiente⁹³⁴.

Agotados los pasos mencionados, y en el supuesto de que el conflicto no sea resuelto de forma amistosa, el caso podrá ser sometido al enjuiciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por iniciativa (i) de la Comisión o (ii) de un Estado Parte de la Convención Americana⁹³⁵. En el caso de que la Corte determine que se ha producido una

⁹³² *Ibid.* Artículo 44.

⁹³³ *Ibid.* Artículo 48.

⁹³⁴ *Ibid.* Artículo 49.

⁹³⁵ *Ibid.* Artículo 61.

violación de la Convención Americana “dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”⁹³⁶.

Por lo referente a la naturaleza jurídica de las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana⁹³⁷ (cuya sede se encuentra en San José, capital de Costa Rica) deviene necesario indicar que tienen naturaleza declarativa por cuanto no implican, al menos de forma directa, modificación alguna del ordenamiento jurídico interno del Estado implicado⁹³⁸, aunque su contenido es obligatorio para los Estados Parte de la Convención Americana⁹³⁹, además de definitivo e inapelable⁹⁴⁰. Se han dado casos como “*Velásquez Rodríguez v. Honduras*”⁹⁴¹ o “*Loayza Tamayo v. República Independiente del Perú*”⁹⁴² en los que la Corte, en ejercicio de sus facultades conforme a la Convención Americana⁹⁴³, ha dictado el pago de una indemnización a los demandantes, aunque el reconocimiento y ejecución de estas decisiones puede resultar complejo ya que la ejecución de ésta se realizará en el Estado correspondiente siguiendo para ello el procedimiento legal interno vigente en dicho Estado⁹⁴⁴. La doctrina reafirma de hecho la problemática que plantea en determinados casos el hecho de que el reconocimiento y ejecución de las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

⁹³⁶ *Ibid.* Artículo 63.

⁹³⁷ Para una información ampliada acerca de las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, véase la obra de Javaid REHMAN. REHMAN, Javaid. “*International Human Rights Law. A practical approach*”. Editorial Longman. Página 229. Año 2003.

⁹³⁸ Sin embargo, a pesar de lo dicho, se han dado casos en que el Estado implicado se ha visto obligado a cambiar su legislación interna. Tal es el *Caso Loayza Tamayo v. República Independiente del Perú*, tras el cual la República del Perú se vio obligada a efectuar modificaciones en su legislación interna para adecuarla a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Caso Loayza Tamayo v. República Independiente del Perú*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 17 de septiembre de 1997. Sentencia disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf>. Referencia del 2 de febrero de 2018.

⁹³⁹ *Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32)*. *Op. Cit.* Artículo 68.1.

⁹⁴⁰ *Ibid.* Artículo 67.

⁹⁴¹ *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 29 de julio de 1988. Sentencia disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Referencia del 2 de febrero de 2018.

⁹⁴² *Caso Loayza Tamayo v. República Independiente del Perú*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 17 de septiembre de 1997. *Op. Cit.*

⁹⁴³ *Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32)*. *Op. Cit.* Artículo 68.2.

⁹⁴⁴ *Ibidem*.

dependa de los procedimientos legales internos vigentes en cada Estado. Como explica AYALA CORAO en relación con esta cuestión⁹⁴⁵:

“La vía ordinaria, cuando el condenado no cumple voluntariamente es el embargo de sus bienes y su ulterior remate para obtener el dinero que se precisa. No obstante, en la mayoría de los Estados Americanos persisten una serie de obstáculos a la ejecución de las sentencias de condena contra el Estado, que impiden la operatividad de la ejecución de estas sentencias. Entre estos obstáculos suelen encontrarse: 1. la formulación restrictiva del principio de legalidad presupuestaria, en el sentido de que el Estado no puede hacer erogaciones de su tesoro, no previstas en sus leyes de presupuesto; y 2. disposiciones normativas sobre la inembargabilidad de los fondos públicos, las cuales en caso de incumplimiento voluntario por el Estado prohíben el embargo y la posibilidad de despachar mandamientos de ejecución contra fondos públicos. El profesor García de Enterría ha denominado a estos privilegios como “un asombroso fósil medieval viviente fuera de su medio”.

Por tanto, en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nos encontramos nuevamente con una problemática que ya hemos descrito anteriormente a lo largo de este Capítulo, y que no es otra que la relativa a la efectividad y ejecutividad de las sentencias y resoluciones dictadas por tribunales internacionales vinculados con la protección de los derechos humanos. Y es que aún en el caso de que estas instituciones determinen en sus pronunciamientos que se ha producido una violación de los derechos humanos, lo cierto es que después del reconocimiento judicial viene la fase de ejecución de la sentencia en la que nos encontramos con muchas dificultades como las que estamos describiendo en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁹⁴⁵ AYALA CORAO, Carlos M. “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Artículo publicado en la Revista de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, año 5, número 1. Páginas 127 a 201 (página 139). Año 2007.

2.4. Sistemas regionales europeos

Cambiando de escenario, en referencia al continente europeo comenzamos por indicar que en el sistema europeo de derechos humanos existen tres instituciones relevantes: el Consejo de Europa (el “**Consejo de Europa**”), la Unión Europea (la “**Unión Europea**”), y la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (la “**OSCE**”), a cuya labor en materia de derechos humanos nos referimos a continuación en este apartado.

a. La labor del Consejo de Europa en materia de derechos humanos

En el caso del Consejo de Europa, institución específicamente dedicada a la promoción y protección de los derechos humanos en el sistema regional europeo, el texto legal de mayor importancia es el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, más conocido como “*Convenio europeo de derechos humanos*” (el “**Convenio Europeo**”), que fue suscrito el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953⁹⁴⁶. También destacamos la Carta Social Europea⁹⁴⁷, suscrita en 1961 y cuyo objeto es la protección y promoción de derechos de naturaleza económica y social.

El Convenio Europeo estableció inicialmente la existencia de dos órganos principales en materia de protección contra violaciones de los derechos humanos, configurando de este modo un sistema muy similar al ya visto en el caso de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y compuesto por una Comisión, un Comité de Ministros y un Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁹⁴⁸. Sin embargo, a partir

⁹⁴⁶ *Convenio europeo sobre derechos humanos y libertades fundamentales*. Suscrito el 4 de noviembre de 1950, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953. Disponible en la página oficial del Consejo de Europa en el siguiente enlace: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf>. *Carta Social Europea (revisada)*. Revisión hecha en Estrasburgo el día 3 de mayo de 1996, modificando el texto de la Carta Social Europea aprobada en Turín el día 18 de octubre de 1961. Disponible para su consulta en el siguiente enlace en Internet: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168047e013>>. *Carta Social Europea*. Hecha en Turín el día 18 de octubre de 1961. Referencias del 2 de febrero de 2018.

⁹⁴⁷ El Gobierno de España se adhirió a la Carta Social Europea mediante instrumento de ratificación de fecha 29 de abril de 1980. *Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín el día 18 de octubre de 1961*. Instrumento de Ratificación por el que el Gobierno de España ratificó la Carta Social Europea, en los términos previstos en el Boletín Oficial del Estado número 153 de fecha 26 de junio de 1980. La Carta Social Europea entró en vigor en el Reino de España el 5 de junio de 1980, treinta días después de la fecha del depósito del Instrumento de ratificación español, de conformidad con su artículo 35. *Carta Social Europea. Op. Cit.* Artículo 35.

⁹⁴⁸ Vid. ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. “*La Protección Internacional de los Derechos Humanos (II)*”. *Op. Cit.* Páginas 703-704.

del 1 de noviembre de 1998⁹⁴⁹ la Comisión dejaría de existir, todas las competencias de instrucción y enjuiciamiento se residencian en el TEDH y se mantiene al Comité de Ministros⁹⁵⁰ con las siguientes funciones principales: (i) sometimiento de asuntos y solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para su enjuiciamiento⁹⁵¹ (ii) supervisión de los acuerdos amistosos alcanzados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁵² y (iii) supervisión de la ejecución de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁵³.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo (Francia), dispone al igual que la Corte Interamericana de Derechos Humanos de mecanismos de reclamación de responsabilidad tanto de naturaleza interestatal como individual, tal y como se desprende de los preceptos 33 y 34 del Convenio Europeo⁹⁵⁴. Así, a la luz de estos artículos, están legitimados para la interposición de reclamaciones por posibles violaciones del Convenio Europeo “*cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos*”⁹⁵⁵. Nuevamente, y tal como sucede en el caso de la Convención Interamericana, nos encontramos ante un sistema que no proporciona un medio para hacer posible reclamar la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas nacionales de Estados Partes del Convenio Europeo, como actores no estatales, por violaciones de dicho tratado.

Al igual que sucede en el sistema interamericano de derechos humanos, es requisito para la interposición de cualquier clase de acción judicial que se hayan agotado previamente los recursos judiciales disponibles en el ordenamiento interno, de acuerdo a lo establecido por el artículo 35 del Convenio Europeo⁹⁵⁶ (se hace extensivo al sistema europeo el comentario que se hizo anteriormente respecto a la Corte Interamericana y el agotamiento de los recursos judiciales internos). Las resoluciones emitidas por la Gran Sala del

⁹⁴⁹ *Protocolo no 11 (STE no 155) al Convenio Europeo de Derechos Humanos*. En vigor desde el 1 de noviembre de 1998.

⁹⁵⁰ *Convenio europeo sobre derechos humanos y libertades fundamentales*. Op. Cit. Artículo 31.a).

⁹⁵¹ *Ibid.* Artículos 31.a) y 47.1.

⁹⁵² *Ibid.* Artículo 39.4.

⁹⁵³ *Ibid.* Artículo 46.2.

⁹⁵⁴ *Ibid.* Artículos 33 y 34.

⁹⁵⁵ *Ibid.* Artículo 34.

⁹⁵⁶ *Ibid.* Artículo 35.1.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen carácter definitivo⁹⁵⁷ y fuerza obligatoria para los Estados Partes del Convenio Europeo⁹⁵⁸.

Por lo que respecta a su jurisprudencia en materia de responsabilidad por violaciones de los derechos humanos en el contexto empresarial, existen algunos casos especialmente significativos en los que el TEDH ha adoptado decisiones que tienen relevancia y ello por dos razones, primero, por lo que dichos pronunciamientos implican para los sistemas jurídicos internos de los Estados miembros del Consejo de Europa, segundo, porque en tanto que jurisprudencia internacional, pueden considerarse como fuentes auxiliares informadoras del Derecho internacional de los derechos humanos, de conformidad con lo dispuesto a estos efectos en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia⁹⁵⁹. En concreto, resultan muy relevantes los siguientes casos⁹⁶⁰:

- “*Taskin y otros v. Turquía*”^{961 962}: nos encontramos ante un litigio que nace como consecuencia de la autorización dictada por las autoridades administrativas de Turquía a favor de la explotación de una mina de oro en la región de Ovacik (Bergama). Tras la obtención de una autorización inicial por la empresa minera en 1992, se realiza un procedimiento de evaluación ambiental en el año 1994 que decide autorizar la explotación, a pesar de que el informe de evaluación ambiental advertía sobre los graves riesgos para la salud derivados de la explotación de la mina. Tras varios procesos administrativos, finalmente los habitantes de Bérghamo decidieron acudir ante el TEDH para solicitar que se revocara la autorización concedida a la empresa turca como consecuencia de los riesgos ambientales existentes. En este caso, la jurisprudencia del TEDH resulta especialmente relevante puesto que hace referencia al hecho de cómo el TEDH “*tomó en consideración la decisión del*

⁹⁵⁷ *Ibid.* Artículo 44.1.

⁹⁵⁸ *Ibid.* Artículo 46.1.

⁹⁵⁹ *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Op. Cit.* Artículo 38.

⁹⁶⁰ Las profesoras Claribel DE CASTRO SÁNCHEZ y Carmen QUESADA ALCALÁ han hecho una interesante reflexión sobre los casos que referimos a continuación en su análisis sobre los derechos humanos en el ámbito de las relaciones laborales. En DE CASTRO SÁNCHEZ, CLARIBEL y QUESADA ALCALÁ, CARMEN: “*Responsabilidad de las empresas en la esfera de los derechos humanos*”. En FERNÁNDEZ DE TEJADA MUÑOZ, VICTORIA (Coordinadora). *Derechos humanos y relaciones laborales*. Páginas 1 a 48 (página 39). Editorial Netbiblo. Año 2010.

⁹⁶¹ Para una mayor información sobre el *Caso Taskin* véase el artículo de Gabriel DOMÉNECH PASCUAL sobre este caso. DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. “*Protección de los derechos humanos frente a la autorización administrativa de una entidad minera riesgosa para la salud y el medio ambiente. Comentario a la STEDH de 10 de noviembre de 2004 (Taskin y otros c. Turquía)*”. Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental. Número 74, año 2005. Páginas 73 a 80.

⁹⁶² *Caso Taskin y otros c. Turquía*. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de noviembre de 2004.

*Consejo de Estado conforme a la cual la autorización de explotación de la mina no era conforme al interés público, puesto que vulneraba el derecho a la vida y al medio ambiente de la población de Bergama. Así que, finalmente, el Tribunal Europeo consideró que Turquía había violado su obligación de garantizar a los demandantes el derecho al respeto a la vida privada y familiar. En conclusión, para el Tribunal, por unanimidad, Turquía había violado el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*⁹⁶³. Así pues, vemos cómo en este caso el TEDH considera que el Estado tiene una obligación no sólo negativa, sino también positiva, en el sentido de proteger a los ciudadanos de actuaciones que puedan resultar dañinas para ellos⁹⁶⁴.

- *“López Ostra v. España”*⁹⁶⁵: este caso, que afecta directamente al Reino de España, tuvo que ver con la demanda interpuesta por unos demandantes que alegaban haber sufrido serias consecuencias en su salud como consecuencia del mal funcionamiento de una planta de residuos de curtiembre situada al lado del apartamento donde vivían. La empresa, que había comenzado a operar sin disponer de la pertinente autorización administrativa ya en el año 1988, generó gases tóxicos desde el inicio de su actividad, lo que hizo que las autoridades municipales terminaran por evacuar a los vecinos y ofrecerles una vivienda alternativa durante unos meses, pero finalmente se le concedió a la empresa una autorización parcial para continuar con su actividad. Finalmente, los vecinos acudieron al TEDH que, en palabras de DE CASTRO SÁNCHEZ y QUESADA ALCALÁ *“reconoció que la polución ambiental puede afectar a los derechos humanos de los individuos”*⁹⁶⁶. Para el TEDH, es el Estado quien tiene la obligación de valorar la relación entre el objetivo perseguido con la actividad económica y el daño causado, con el fin de determinar si éste es proporcional y legítimo⁹⁶⁷.

⁹⁶³ DE CASTRO SÁNCHEZ, Claribel. *“Responsabilidad de las empresas en la esfera de los derechos humanos”*. En FERNÁNDEZ DE TEJADA MUÑOZ, VICTORIA (Coordinadora). *Derechos humanos y relaciones laborales. Op. Cit.* Página 39.

⁹⁶⁴ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. *“Protección de los derechos humanos frente a la autorización administrativa de una entidad minera riesgosa para la salud y el medio ambiente. Comentario a la STEDH de 10 de noviembre de 2004 (Taskin y otros c. Turquía)”*. *Op. Cit.* Página 4.

⁹⁶⁵ Caso *López Ostra v. España*. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994.

⁹⁶⁶ DE CASTRO SÁNCHEZ, Claribel y QUESADA ALCALÁ, Carmen. *“Responsabilidad de las empresas en la esfera de los derechos humanos”*. *Op. Cit.* Página 40.

⁹⁶⁷ *Ibidem*.

- “*Zander v. Suecia*”⁹⁶⁸: este supuesto se refiere a la reclamación interpuesta por unos demandantes que alegaban que se les había denegado recurso ante la amenaza de daño ambiental por el funcionamiento de una planta de depósito y tratamiento de residuos, en la que había signos evidentes de contaminación por cianuro. Las autoridades municipales asumieron la obligación de proveer a la población con agua potable y, tras reducirse los niveles de cianuro, la empresa solicitó una renovación de la licencia, lo que trajo la reclamación de los vecinos de que ésta asumiera la obligación de proporcionar agua potable de modo gratuito. Las autoridades municipales renovaron el permiso de la empresa, pero denegaron la solicitud de los vecinos. Finalmente, el TEDH consideró que el Reino de Suecia había violado las disposiciones del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación con la tutela judicial efectiva⁹⁶⁹.

Las principales aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con las sentencias referidas son, como exponen la profesora DE CASTRO y la profesora QUESADA, las siguientes⁹⁷⁰:

1. Debe tenerse en cuenta la relevancia del rol de la Comisión Europea de Derechos Humanos en este contexto, por cuanto se refiere a la importancia del hecho de que el público conozca información sobre la actividad empresarial, incluyendo la obligación del Estado de recoger y difundir esta información. Se trata de un asunto al que nos referiremos más adelante, en las Conclusiones y la Propuesta que acompañamos a este trabajo.
2. Por otra parte, la gran relevancia de la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos estriba en el hecho de que “*se le proporciona un instrumento judicial a las víctimas de violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas cuando pretenden impugnar una decisión administrativa*”⁹⁷¹.

⁹⁶⁸ *Caso Zander v. Suecia*. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 1993.

⁹⁶⁹ Podemos encontrar una referencia detallada al razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en este caso en la obra de Claribel DE CASTRO SÁNCHEZ y Carmen QUESADA ALCALÁ. DE CASTRO SÁNCHEZ, CLARIBEL y QUESADA ALCALÁ, Carmen. “*Responsabilidad de las empresas en la esfera de los derechos humanos*”. *Op. Cit.* Página 39.

⁹⁷⁰ *Ibid.* Páginas 40 y 41.

⁹⁷¹ *Ibid.* Página 40.

3. Es especialmente relevante el argumento esgrimido por el TEDH en cuanto a la compatibilización entre desarrollo económico y violaciones de los derechos humanos, contexto en el que, como expone la Profesora DE CASTRO SÁNCHEZ, *“la degradación del medio ambiente no sólo vulnera los derechos humanos de los individuos, sino que atenta contra el desarrollo económico de los pueblos”*⁹⁷².

No obstante lo indicado, debemos tener en cuenta también que las decisiones adoptadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al igual que las emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, adolecen de importantes carencias en materia de ejecución, siendo ésta una cuestión cuya solución se encuentra principalmente en manos de los Estados. En esta postura se coloca Paola Andrea ACOSTA ALVARADO al afirmar que *“a pesar de los esfuerzos por lograr la consolidación de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y de los importantísimos resultados de su trabajo, estos aparatos enfrentan serios obstáculos que impiden su perfecto funcionamiento y obstruyen su capacidad para erigirse como escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia”*⁹⁷³. Entre estos obstáculos, la autora señala *“la elevada congestión del Tribunal Europeo y los diversos inconvenientes para el adecuado cumplimiento de sus sentencias, así como la ausencia de recursos suficientes y la falta de voluntad política en el aparato interamericano, son, entre otras, las principales causas de esta situación”*⁹⁷⁴.

Por tanto, en pro de la efectividad y eficiencia, se muestra necesario el fortalecimiento de estos sistemas, tarea para la que los Estados juegan un papel esencial ya que *“corresponde a los Estados la principal responsabilidad por evitar su colapso y asegurar su efectividad”*⁹⁷⁵. Así, los Estados deben trabajar, por una parte, en el perfeccionamiento de los sistemas nacionales de protección, adaptando sus ordenamientos internos a las obligaciones internacionales y, por otra, cumpliendo las sentencias de los mecanismos internacionales cuando éstos se pronuncien.

⁹⁷² *Ibidem*.

⁹⁷³ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *“Tribunal Europeo y Corte Interamericana de derechos humanos: ¿Escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?”*. Artículo publicado en diciembre de 2007 en el marco del programa Alfa Dikia bajo la dirección de la Profesora Argelia QUERALT JIMÉNEZ. Universidad de Barcelona. Página 72. Diciembre de 2007.

⁹⁷⁴ *Ibidem*.

⁹⁷⁵ *Ibidem*.

b. La labor de la Unión Europea

Siguiendo con el continente europeo, resulta necesario hacer un análisis de la acción de la Unión Europea en materia de derechos humanos, ya que hoy los derechos humanos constituyen una de las bases axiológicas sobre las que se asienta la Unión Europea⁹⁷⁶, tal y como se desprende de la redacción actual del artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (en adelante “TUE”): “*la Unión se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los Derechos Humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías*”⁹⁷⁷. Ciertamente, los derechos humanos no han constituido el epicentro de actividad de esta organización, sin embargo, sí se le ha dedicado un espacio en el sistema comunitario a los derechos humanos⁹⁷⁸. De hecho, en los primitivos tratados constitutivos de las Comunidades europeas no se recogían los derechos humanos como categoría autónoma fundamentalmente por los objetivos preferentemente económicos que se habían atribuido a estas organizaciones⁹⁷⁹. Sin embargo, con el paso de los años y gracias en gran medida a la labor del TJUE iniciada en los años sesenta, “*los derechos fundamentales han alcanzado carta de naturaleza dentro del proceso de integración hasta alcanzar su posición actual, en el que se configuran en una doble dimensión: como un elemento de legitimación política y democrática de la Unión Europea, y como parámetro de la legalidad de la actuación de las instituciones comunitarias e –incluso– de los Estados Miembros*”⁹⁸⁰.

⁹⁷⁶ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. “*La ciudadanía y los derechos fundamentales en la Unión Europea*”. *Instituciones de la Unión Europea*. Editorial Tirant Lo Blanch. 2015. Página 88.

⁹⁷⁷ *Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea*. Op. Cit. Artículo 2.

⁹⁷⁸ Sobre la evolución en materia de derechos humanos en la Unión Europea, pueden consultarse, entre otros: CASTILLO DAUDÍ, Mireya. “*Los Derechos humanos en la Unión Europea*”. *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario. Perspectivas desde la AEPDIRI*. Editorial Marcial Pons. Año 2008. Páginas 231 a 247; DE CASTRO SÁNCHEZ, Claribel. “*Los principios Generales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: especial referencia a los derechos humanos*”. *Principios Generales del Derecho. Antecedentes Históricos y Horizonte Actual*. (REINOSO BARBERO, Fernando. Coord.). Editorial Aranzadi. Año 2014. Páginas 1065 a 1078; ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. “*Los Derechos humanos en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*”. *El Derecho Internacional: normas, leyes y valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*. 2005. Pp. 115 y ss. y “*La ciudadanía y los derechos fundamentales en la Unión Europea*”. Op. Cit. pp. 88 y ss.; FREIXES SANJUAN, Teresa. “*Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y perspectiva, la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales*”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. N° 4. 2004. pp. 43-86.

⁹⁷⁹ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. “*La ciudadanía y los derechos fundamentales en la Unión Europea*”. Op. Cit. p. 87.

⁹⁸⁰ *Ibidem*.

En el marco de la Unión Europea, la primera mención expresa a los derechos humanos se encuentra en el preámbulo del Acta Única Europea, siendo incorporada en la parte dispositiva de los tratados por el Tratado de Maastricht en 1992, continuando dicha inclusión, con referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el Tratado de Ámsterdam (1996) y en el Tratado de Niza (2000). Sin embargo, el salto cualitativo se produce con la “*Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*”, adoptada en Niza en el año 2000⁹⁸¹ y proclamada conjuntamente por el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión. “El objeto de este instrumento es recoger de forma integrada y sistematizada los derechos reconocidos tanto en el seno de la Unión como en los Estados Miembros”⁹⁸². A pesar del gran significado de la Carta, lo cierto es que, al ser una mera declaración solemne de las instituciones europeas carecía de efecto jurídicamente vinculante. Esta situación ha cambiado desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 ya que, en virtud del nuevo artículo 6.1 del TUE “*La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados*”⁹⁸³. Así, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la finalidad de la Carta es dotar a los ciudadanos europeos de un texto legal en el que se reconocen de forma expresa sus derechos y libertades fundamentales, para que este texto pase a formar parte del acervo comunitario.

Es necesario subrayar el rol fundamental desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), máxima instancia judicial de la Unión Europea, en este ámbito material. Ciertamente, si bien en sus primeros años de actividad el Tribunal se negó a pronunciarse en materia de derechos humanos hasta la Sentencia Stauder (1969), lo cierto es que esto cambió tras la mencionada decisión judicial y, a través de la acción pretoriana, el TJUE va conformando con el paso de los años una jurisprudencia en materia de derechos humanos⁹⁸⁴. Como indica Javaid REHMAN “*el Tribunal de Justicia ha dejado claro que las provisiones del Derecho comunitario deben ser aplicadas y construidas por los Estados miembros con referencia a los principios de los derechos fundamentales*”⁹⁸⁵.

⁹⁸¹ *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Op. Cit.

⁹⁸² ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. “*La ciudadanía y los derechos fundamentales en la Unión Europea*”. Op. Cit. p. 96.

⁹⁸³ *Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea*. Op. Cit. Artículo 6.1.

⁹⁸⁴ DE CASTRO SÁNCHEZ, Claribel. “*Los principios generales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea: Especial referencia a los derechos humanos*”. Op. Cit. p. 1074.

⁹⁸⁵ REHMAN, Javaid. “*International Human Rights Law. A practical approach*”. Op. Cit. Página 184. (traducción libre del autor)

Pero, además, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas internacionales, tanto universales como regionales, que han sido analizados, el caso del TJUE es diferente, por cuanto este tribunal sí tiene competencia *ratione personae* respecto de las personas físicas, lo que constituye una oportunidad para exigir responsabilidad a las empresas por vulneración de los derechos humanos en alguna medida⁹⁸⁶.

c. La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa

La perspectiva del panorama regional europeo se cierra con una referencia a la OSCE, organización internacional que si bien en sus orígenes, al igual que la Unión Europea, no tenía entre sus objetivos primordiales la promoción y protección de los derechos humanos, estos fueron incluidos por Acta Final de Helsinki, adoptada en 1975⁹⁸⁷, en el Principio VII, que establece que la OSCE y sus miembros se rigen por el “*respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, incluida la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia*”⁹⁸⁸. A partir de ese momento y a través de diferentes documentos se fueron adoptando decisiones relativas a la Dimensión Humana de la Seguridad de la OSCE⁹⁸⁹, destacando la decisión de crear la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODIHR), adoptada en la reunión de Praga de 1992, institución que en la actualidad desarrolla la principal acción de la organización en el ámbito de la dimensión humana. Sin embargo, lo cierto es que esta institución focaliza su atención sobre derechos de las minorías, el Estado de Derecho, la lucha contra la intolerancia y la xenofobia y la trata de seres humanos. Por tanto, en el ámbito concreto que constituye el objeto de este trabajo: las empresas transnacionales y los derechos humanos, la relevancia de esta organización es mínima.

⁹⁸⁶ Citamos a modo de muestra algunos ejemplos de sentencias emanadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relacionadas con personas individuales, como por ejemplo: (1) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de abril de 2013, asuntos C-335/11 y C-337/11, HR Danmark, relativa al reconocimiento de los derechos individuales de las personas con discapacidad (2) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 11 de diciembre de 2014, asunto C-333/13, sobre el derecho a la igualdad de trato aplicable a los ciudadanos de la Unión Europea sin actividad económica que residen en el territorio de otro Estado Miembro de la Unión Europea.

⁹⁸⁷ Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa. Acta Final. Adoptada en Helsinki en el año 1975. Disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la OSCE en el siguiente enlace: <<http://www.osce.org/es/mc/39506?download=true>>. Referencia del 2 de febrero de 2018.

⁹⁸⁸ *Ibid.* Principio VII.

⁹⁸⁹ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. “La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE)”. En DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Las Organizaciones Internacionales. Op. Cit.* Página 738.

2.5. Unión Africana

Por lo que respecta a la escena regional africana, el texto legal más importante en materia de derechos humanos es la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos, también conocida como “*Carta de Banjul*”, suscrita en junio del año 1981 en el marco de la Unión de Estados Africanos⁹⁹⁰.

El sistema africano de derechos humanos dispone de una Comisión⁹⁹¹ y, desde el año 2004, de un Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos⁹⁹². Se trata de un tribunal de corte similar a los ya vistos en los sistemas interamericano y europeo, y creado a imagen y semejanza de éstos, quizás con la esperanza de obtener resultados al menos similares a los alcanzados por estas instituciones judiciales. La jurisdicción del Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos “*debería extenderse a todos los casos y disputas remitidos a él en relación con la interpretación y aplicación de la Carta, este Protocolo y cualquier otro instrumento relevante en materia de Derechos Humanos ratificado por los Estados afectados*”⁹⁹³. En cuanto a la legitimación activa podrán interponer denuncias ante el Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos⁹⁹⁴: (i) la Comisión Africana de Derechos Humanos (ii) el Estado Parte que haya presentado una queja ante la Comisión Africana de Derechos Humanos (iii) el Estado Parte contra el que se haya presentado una queja ante la Comisión Africana de Derechos Humanos (iv) el Estado Parte cuyo ciudadano sea víctima de una violación de los derechos humanos y (v) las organizaciones intergubernamentales africanas. En este caso, nos encontramos nuevamente (tal y como sucede por ejemplo en el caso del sistema interamericano de derechos humanos) con un problema de legitimación activa, ya que el estatuto del Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos no prevé la posibilidad de que las personas físicas puedan interponer quejas ante éste, aunque se

⁹⁹⁰ *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul)*. Documento adoptado el 27 de julio de 1981, también conocido como “*Carta de Banjul*”. Aprobado el 27 de julio de 1981 durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana reunida en Nairobi, Kenia. Disponible para su consulta en castellano en la página oficial en Internet del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados: < <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297> >. Referencia del 2 de febrero de 2018.

⁹⁹¹ *Ibid.* Artículo 30.

⁹⁹² El Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos se constituyó en el año 1998 pero el tratado por el que se creó no entró en vigor hasta el año 2004. *Protocolo de la Carta Africana para el Establecimiento del Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos*. Promulgado el 10 de junio de 1998, en vigor desde el 25 de enero de 2004.

⁹⁹³ *Ibid.* Artículo 3. (traducción libre del autor)

⁹⁹⁴ *Ibid.* Artículo 5.1.

prevea de forma indirecta que los Estados Parte puedan presentar dicha reclamación en representación de sus nacionales. Por último, señalamos que las decisiones adoptadas por el Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos por mayoría son definitivas y no pueden ser recurridas⁹⁹⁵.

Ahora bien, si ya en el caso de los sistemas de derechos humanos interamericano y europeo nos encontramos con dificultades serias a la hora de garantizar una adecuada protección de los derechos humanos, en el caso del sistema africano estas dificultades son aún mayores tanto por la juventud del sistema como por las dificultades políticas que enfrenta. Y es que no podemos olvidar que el Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos lleva en funcionamiento desde el año 2004, tras un duro periodo de negociaciones políticas. Así exponía OBINNA OKERE la problemática del sistema africano de derechos humanos en 1984, una década antes del nacimiento del Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos⁹⁹⁶:

“Es sin embargo en el área de la maquinaria de protección de los derechos garantizados donde aparece la mayor diferencia entre la Carta Africana de un lado y la Convención Americana y las Convenciones Europeas de otro. Mientras que la Carta Africana se concibe y limita a sí misma a la solución diplomática de las disputas que implican violaciones de los derechos humanos, a través de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, los sistemas europeo y americano han avanzado más allá de las soluciones diplomáticas hacia el estadio de la solución judicial a las violaciones de derechos humanos.”

De hecho, a fecha de hoy aún existen dudas sobre la auténtica eficacia de las resoluciones adoptadas por el Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos ya que las decisiones adoptadas por éste, al igual que comentáramos respecto de las emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el TEDH, adolecen de importantes

⁹⁹⁵ *Ibid.* Artículo 28.2.

⁹⁹⁶ OBINNA OKERE, B. “*The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and People’s Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems*”. Artículo publicado en la revista “*Human Rights Quarterly*”. Volumen 6, número 2. Páginas 141 a 159 (página 156). Mayo de 1984. (traducción libre del autor)

dificultades a la hora de lograr su ejecución. Un ejemplo de este tipo de dificultades en el caso africano lo encontramos en la guerra civil en Libia: en marzo del año 2011 el Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos adoptó una serie de medidas provisionales ordenando al Estado libio (en aquél entonces presidido por Muammar Gaddafi) “*abstenerse inmediatamente de cualquier acción que pueda resultar en la pérdida de vidas o la violación de la integridad física de las personas*”⁹⁹⁷. Como explica Laurence R. HELFER “*la violencia disminuyó de forma marcada unas semanas después, pero sólo después de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas autorizara a la OTAN a usar la fuerza militar para proteger a los civiles*”⁹⁹⁸.

A lo largo de este apartado hemos venido analizando hasta qué punto una resolución adoptada por un tribunal de derechos humanos como los descritos puede llegar a adquirir fuerza ejecutiva y terminar por aplicarse y otorgar a su acreedor aquello que le fue concedido por la corte. Este problema de la ejecutoriedad de las resoluciones es uno de los principales puntos débiles de los mecanismos internacionales de reclamación ante violaciones que proveen los principales sistemas de derechos humanos, tanto el africano, como el interamericano y el europeo. La fuerza ejecutiva de las resoluciones de los tribunales internacionales de derechos humanos es pues uno de los temas que debe centrar la atención de los juristas dedicados al estudio del Derecho internacional, especialmente en el caso de aquéllos especializados en el área de los derechos humanos. Como indica Todd WEILER,

“las obligaciones derivadas del Derecho internacional de los derechos humanos se han vuelto, en muchos casos, perseguibles por actores no estatales ante cuerpos internacionales de toma de decisiones totalmente imparciales. Sin embargo, a pesar del hecho de que la economía internacional y las obligaciones de derechos humanos comparten el objetivo de proteger a los actores no estatales y a menudo proveen un mecanismo individualizado para

⁹⁹⁷ Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos. Orden de Medidas Provisionales. Adoptada con fecha 30 de marzo de 2011.

⁹⁹⁸ HELFER, Laurence. “*The effectiveness of international adjudications*”. Capítulo publicado en el libro “*Oxford Handbook on International Adjudication*”. Obra editada por C. ROMANO, K.J. ALTER y Y. SHANY. ROMANO, Cesare, HELFER, Laurence y ALTER, Karen. “*Oxford Handbook on International Adjudication*”. Oxford University Press. Páginas 464 a 481 (páginas 469 y 470). Año 2014. (traducción libre del autor)

la ejecución, hay una notable distinción: la efectividad de la ejecución”⁹⁹⁹

2.6. Sistemas regionales en Asia y Oriente Medio

Cerramos la panorámica sobre los sistemas regionales de derechos humanos haciendo referencia al continente asiático y el mundo árabe. Como indica DONNELLY “*la maquinaria regional de derechos humanos en Asia y el Medio Oriente ha sido hasta hace muy poco prácticamente inexistente – aunque en el último par de años parece que se han dado algunos primeros pasos importantes, especialmente en el mundo árabe*”¹⁰⁰⁰.

La Liga de Estados Árabes creó en el año 1968 la Comisión Árabe Permanente de Derechos Humanos, posiblemente en respuesta a la ocupación de los territorios palestinos que tuvo lugar en el año 1967. En palabras de DONNELLY, “*éste ha sido su principal foco de atención desde entonces*”¹⁰⁰¹. Además, la Liga de Estados Árabes aprobó también la Carta Árabe de Derechos Humanos, en vigor desde el año 2008¹⁰⁰², en virtud de la cual se crea un Comité Árabe de Derechos Humanos¹⁰⁰³ cuya función principal es la de evaluar informes sobre derechos humanos que le sean remitidos por los Estados Miembros de la Liga de Estados Árabes¹⁰⁰⁴ y en la que no se prevé la posibilidad de que las personas físicas puedan interponer quejas por violaciones de los derechos humanos. Así, siguiendo a DONNELLY, puede afirmarse que “*sus actividades – las del Comité Árabe de Derechos Humanos – están, en cualquier caso, formalmente restringidas a la revisión de los informes estatales y no hay nada que sugiera que esas revisiones son susceptibles de ser de algún modo penetrantes*”¹⁰⁰⁵.

Por lo que respecta al continente asiático, en este caso no existe un sistema regional de derechos humanos al que pueda hacerse referencia, lo que probablemente se deba a

⁹⁹⁹ WEILER, Todd. “*Balancing Human Rights and Investor Protection: a New Approach for a Different Legal Order*”. *Op. Cit.* Página 2. (traducción libre del autor)

¹⁰⁰⁰ DONNELLY, Jack. “*Universal Human Rights in Theory and Practice*”. Cornell University Press. Tercera Edición. Página 178. Año 2013. (traducción libre del autor)

¹⁰⁰¹ *Ibidem.* (traducción libre del autor)

¹⁰⁰² *Carta Árabe de Derechos Humanos*. Aprobada por la Liga de Estados Árabes el 22 de mayo del año 2004. En vigor desde el 15 de marzo del año 2008. Disponible para su consulta en el siguiente enlace: <<https://www1.umn.edu/humanrts/instree/loas2005.html>>. Referencia del 2 de febrero de 2018.

¹⁰⁰³ *Ibid.* Artículo 45.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.* Artículo 48.

¹⁰⁰⁵ DONNELLY, Jack. “*Universal Human Rights in Theory and Practice*”. *Op. Cit.* Página 178. (traducción libre del autor)

razones de extensión geográfica y a las diferencias culturales, étnicas y religiosas existentes entre los diferentes Estados de la zona¹⁰⁰⁶.

Sin embargo, la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) sí que ha realizado tareas destacables en materia derechos humanos a las que nos referimos a continuación de forma resumida:

- En el año 2008, y tras más de una década de esfuerzo del Grupo de Trabajo para un Mecanismo de Derechos Humanos en ASEAN, los Ministros de Exteriores de los Estados Miembros de ASEAN crearon un Panel de Alto Nivel para redactar los términos de referencia de un órgano de derechos humanos para ASEAN como organización¹⁰⁰⁷.
- En el año 2009 ASEAN creó la Comisión Intergubernamental de ASEAN para los Derechos Humanos y en el año 2010 se constituyó la Comisión de ASEAN para la Promoción y Protección de los Derechos de los Niños y las Mujeres¹⁰⁰⁸.
- En el año 2012 se aprobó por los Jefes de Estado de los Estados Miembros de ASEAN la “*Declaración de Derechos Humanos de ASEAN*”¹⁰⁰⁹.

Aunque los sistemas árabe y asiático en el ámbito de los derechos humanos son mecanismos poco desarrollados a fecha de elaboración de este trabajo, tal como se ha mostrado, consideramos relevante hacer mención a los mismos con el fin de subrayar las debilidades de los sistemas de protección de los derechos humanos existentes en estas zonas geográficas, y que reafirman la necesidad de buscar mecanismos alternativos de protección de los derechos humanos que puedan proporcionar una solución satisfactoria para los casos de violaciones de los derechos humanos acontecidos en el ámbito empresarial en estas regiones, más allá de las herramientas ofrecidas por sus propios sistemas regionales de derechos humanos. Estas soluciones podrían implementarse, entre

¹⁰⁰⁶ *Ibid.* Página 179.

¹⁰⁰⁷ *Ibidem.*

¹⁰⁰⁸ *La Comisión Intergubernamental de ASEAN sobre Derechos Humanos. Lo que debes saber sobre ella.* Informe elaborado por la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) y disponible para su consulta en la página oficial en Internet de ASEAN en el siguiente enlace: < <http://aichr.org/documents/> >. Página 1. Referencia del 3 de febrero de 2018.

¹⁰⁰⁹ *ASEAN Human Rights Declaration.* Adoptada por los Jefes de Estado de los Estados Miembros de ASEAN el día 18 de noviembre de 2012 en Phnom Penh (Camboya). *Ibidem.* (traducción libre del autor)

otras vías, a través de la incorporación de cláusulas de protección de los derechos humanos en el marco de los APPRI suscritos a nivel bilateral, e incluso regional, por los Estados pertenecientes a estas zonas geográficas, en línea con la propuesta que formulamos en esta tesis doctoral.

IV. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: EL LITIGIO TRANSNACIONAL

Como expone Robert WAI, para muchos internacionalistas el litigio transnacional de carácter privado, en el que se dirimen demandas privadas que enfrentan a actores privados bajo normas privadas, ha resultado un sistema de escaso interés¹⁰¹⁰. Sin embargo, el litigio transnacional es un mecanismo que podría (en palabras textuales de WAI) ser una “*segunda mejor estrategia*”¹⁰¹¹ que podría servir, por ejemplo, para obtener un “*final sustantivo*” en forma de una sentencia nacida de un juicio por daños que proporcione compensación, restitución o redistribución a las víctimas de una conducta transnacional dañina¹⁰¹², todo ello frente a unas instituciones judiciales internacionales que no han abordado este tipo de controversias de una forma adecuada¹⁰¹³. Además, debemos tener en cuenta que es frecuente que el litigio transnacional resuelva controversias relacionadas con daños causados en el extranjero¹⁰¹⁴.

Sin embargo, no podemos obviar que el litigio transnacional es un sistema que tiene sus límites: puede resultar lento, costoso, e incluso inaccesible para determinado tipo de públicos¹⁰¹⁵. A esto debemos añadir que, al ser el litigio transnacional un sistema que emplea las reglas del Derecho internacional privado, su uso no está exento de dificultades: debemos tener en cuenta que muchos tribunales nacionales son reacios a la aplicación de las normas de Derecho internacional privado, no sólo por razones de procedimiento sino también por la dificultad que puede entrañar determinar la legitimación activa del

¹⁰¹⁰ WAI, Robert. Capítulo titulado “*Transnational Private Litigation and Transnational Global Governance*”. Publicado en la obra colectiva “*Criticizing Global Governance*”. LEDERER, Markus y MÜLLER, Philipp. S. (editores). “*Criticizing Global Governance*”. Editorial Palgrave Macmillan. Nueva York (Estados Unidos de América). Año 2005. Páginas 243 y siguientes. Página 244.

¹⁰¹¹ *Ibid.* Página 245. (traducción libre del autor)

¹⁰¹² *Ibidem.*

¹⁰¹³ *Ibidem.*

¹⁰¹⁴ *Ibid.* Página 247.

¹⁰¹⁵ *Ibid.* Página 252.

demandante (es decir, si el tribunal es competente para ejercer jurisdicción sobre una determinada controversia) o decidir cuál debe ser el Derecho que resulta aplicable a un conflicto (legislación aplicable)¹⁰¹⁶.

Un ejemplo de este tipo de dificultades lo encontramos en el ya citado caso “*Bhopal*”¹⁰¹⁷, en el que los tribunales de distrito de Nueva York rechazaron ejercer su jurisdicción sobre el conflicto aplicando la doctrina “*forum non conveniens*” en virtud de la cual consideraron preferible que la jurisdicción fuera ejercida por los tribunales de La India, país donde se habían producido los daños enjuiciados en la controversia.

En todo caso, como expone WAI, el litigio transnacional ofrece algunas ventajas que destacamos a continuación:

1. El litigio transnacional es un sistema que permite acceder de una forma más directa e interponer demandas frente a determinado tipo de sujetos, entre los que destacamos en particular a las empresas transnacionales¹⁰¹⁸.
2. Además, el litigio transnacional resulta una herramienta particularmente útil para la interposición de determinado tipo de demandas, especialmente cuando éstas están relacionadas con responsabilidad civil, compensación por enriquecimiento injusto, etcétera¹⁰¹⁹. Como expone WAI, el litigio transnacional puede resultar especialmente efectivo cuando lo que se busca es la obtención de una compensación para un grupo pequeño de particulares, ya que se basa en la aplicación de un sistema de justicia correctiva en el que la finalidad perseguida es la restauración y reparación del daño causado¹⁰²⁰.
3. El litigio transnacional puede también servir como una herramienta “*reguladora*” que controle en cierto modo las actuaciones de los actores económicos transnacionales, en tanto en cuanto se trata de un sistema que, al proporcionar

¹⁰¹⁶ *Ibidem*.

¹⁰¹⁷ *Caso In Re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India. Op. Cit.*

¹⁰¹⁸ LEDERER, Markus y MÜLLER, Philipp. S. (editores). “*Criticizing Global Governance*”. *Op. Cit.* Página 247.

¹⁰¹⁹ *Ibidem*.

¹⁰²⁰ *Ibidem*.

compensación a los particulares en casos relacionados con daños, genera un efecto disuasorio que puede resultar particularmente útil frente a un sistema internacional que adolece de lagunas jurídicas relevantes, y en el que las instituciones judiciales internacionales enfrentan dificultades para afrontar los conflictos de una forma útil y eficaz¹⁰²¹.

4. Desde un punto de vista procesal, el litigio transnacional puede también ofrecer ventajas legales. En primer lugar, puede servir de ayuda a las partes más desfavorecidas en la controversia, gracias a herramientas como la publicidad del proceso, la aplicación del concepto de “*interés público*”, la figura del jurado y el concepto de “*daños punitivos*”¹⁰²². Por otra parte, el litigio transnacional puede resultar beneficioso para determinado tipo de demandas, con independencia del resultado final del juicio, ya que puede hacer que aflore información o documentación desconocida para las partes, o provocar la participación de determinados testigos, contribuyendo así a lo que WAI denomina como “*transparencia social corporativa*”¹⁰²³.

A la vista de lo expuesto, el litigio transnacional, aún tratándose de una herramienta sujeta a ciertos riesgos y limitaciones, presenta ventajas que deberían ser consideradas y puestas en valor en el ámbito del Derecho internacional de la inversión extranjera. Como expone Gabriel CAVAZOS VILLANUEVA, “*el litigio transnacional constituye una seria contribución para la gobernanza global, por lo que debería ser promocionado y reforzado*”¹⁰²⁴.

V. LA VÍA DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

¹⁰²¹ *Ibid.* Página 248.

¹⁰²² *Ibid.* Páginas 248 y 249.

¹⁰²³ *Ibid.* Página 249.

¹⁰²⁴ CAVAZOS VILLANUEVA, Gabriel. “*The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law: The Mexican Experience*”. Tesis doctoral presentada el día 7 de noviembre de 2007 en la Escuela de Derecho de la Universidad de Tulane (Estados Unidos de América) para la obtención del grado de Doctor en Filosofía. Página 252. (traducción libre del autor)

Al principio de este Capítulo, indicamos que haríamos referencia no sólo al panorama normativo y judicial existente en materia de empresas y derechos humanos, sino también a otras formas alternativas de solución de conflictos disponibles para su uso y que a día de hoy han sido ya positivadas en el Derecho internacional. Nos referimos a los denominados “*medios alternativos de solución de controversias*” que son (i) la mediación (ii) la conciliación y (iii) el arbitraje. En primer lugar, debemos diferenciar estos tres medios alternativos de solución de conflictos en cuanto a su concepto:

- a. Mediación: se trata de un mecanismo de solución de conflictos que puede surgir en el contexto de un proceso judicial (en cuyo caso la denominaremos “*mediación judicial*”) o bien fuera de éste, siendo entonces conocida como “*mediación extrajudicial*”. La principal característica de la mediación consiste en que su resultado no es obligatorio para las partes. Como expone Marta BLANCO CARRASCO “*su actuación sólo se convierte en mediación (en el sentido de una Resolución Alternativa de conflicto) en la medida en que sigue siendo neutral y no impone una solución a las partes interesadas*”¹⁰²⁵.

A lo largo de este Capítulo hemos mostrado cómo en el contexto de las empresas y los derechos humanos existen algunos ejemplos de sistemas legales nacionales que prevén la mediación como un medio de solución de conflictos en caso de violaciones de los derechos humanos. Así sucede por ejemplo en el caso de las legislaciones nacionales reflejadas, entre otros, en (i) el Plan Nacional de Reino Unido¹⁰²⁶, (ii) el Plan Nacional Holandés¹⁰²⁷ o (iii) el Plan Nacional Danés¹⁰²⁸, que incorporan referencias a la mediación como consecuencia de lo previsto a estos efectos en las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales¹⁰²⁹.

- b. Conciliación: la conciliación judicial se conoce como “*la actuación desarrollada durante el transcurso de un procedimiento judicial dirigida a que las partes en*

¹⁰²⁵ BLANCO CARRASCO, Marta. “*Mediación y sistemas alternativos de solución de conflictos: una visión jurídica*”. Editorial Reus. Páginas 45 a 47. Año 2009.

¹⁰²⁶ *Good Business. Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Op. Cit.*

¹⁰²⁷ *National Action Plan on Business and Human Rights. Op. Cit.*

¹⁰²⁸ *Danish National Action Plan – implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Op. Cit.*

¹⁰²⁹ *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Op. Cit. Página 3.*

conflicto alcancen la solución al conflicto antes de que el juez se pronuncie sobre el mismo”¹⁰³⁰. También existe la conciliación extrajudicial a la que suele acudir habitualmente como paso previo para intentar evitar el conflicto judicial¹⁰³¹. Como se extrae de lo expuesto, la conciliación es un medio alternativo de solución de controversias que implica la necesidad de que las partes alcancen una solución de mutuo acuerdo respecto a la disputa que haya surgido entre ellas, ya sea en un marco judicial o extrajudicial.

- c. Arbitraje: el arbitraje es un mecanismo de solución que se debe llevar a cabo mediante el alcance de un acuerdo entre las partes en el que ambas manifiesten por escrito su voluntad de resolver el conflicto planteado entre ellas, sometiéndose para ello de mutuo acuerdo a la decisión de un árbitro¹⁰³². El laudo emitido al final del procedimiento arbitral “*constituye un título ejecutivo sobre cuya base puede autorizarse la ejecución forzosa*”¹⁰³³.

Una vez que hemos procedido a analizar las principales diferencias existentes entre la mediación, la conciliación y el arbitraje, procedemos ahora a analizar de forma pormenorizada la institución arbitral por ser de especial interés para el objeto y propuesta que desarrollaremos en el Capítulo siguiente de esta tesis doctoral.

Debemos en primer lugar tener en cuenta que el arbitraje se encuentra ampliamente reconocido tanto en el marco la legislación internacional como en el Derecho doméstico en numerosos Estados. Tal es el caso de los Estados Miembros de la Unión Europea, que disponen en su totalidad de una legislación doméstica específica en materia de arbitraje¹⁰³⁴. En el caso de España, la institución¹⁰³⁵ del arbitraje se encuentra regulada por la “*Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*”¹⁰³⁵ (la “**Ley de Arbitraje**”). La Ley de Arbitraje se inspira en la Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional¹⁰³⁶, como se explica en su Exposición de Motivos: “*su principal criterio inspirador es el de basar el*

¹⁰³⁰ BLANCO CARRASCO, Marta. “*Mediación y sistemas alternativos de solución de conflictos: una visión jurídica*”. *Op. Cit.* Página 40.

¹⁰³¹ *Ibid.* Página 41.

¹⁰³² *Ibid.* Página 39.

¹⁰³³ *Ibidem.*

¹⁰³⁴ *Ibid.* Página 37.

¹⁰³⁵ *Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 309 de fecha 26 de diciembre de 2003.

¹⁰³⁶ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Op. Cit.*

*régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, "teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional"*¹⁰³⁷.

Es importante que tengamos en cuenta que la Ley de Arbitraje resulta aplicable por razón de su objeto tanto a los arbitrajes de naturaleza doméstica como a los internacionales¹⁰³⁸, que define del siguiente modo¹⁰³⁹:

"1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.

b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.

c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual."

Así, y de conformidad con la Ley de Arbitraje, se consideran arbitrajes internacionales amparados por esta norma aquéllos que cumplan con alguno de los siguientes requisitos:

¹⁰³⁷ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. Op. Cit. Exposición de Motivos - I.

¹⁰³⁸ Ibid. Artículo 1.1.

¹⁰³⁹ Ibid. Artículo 3.

(i) que cuando se vaya a celebrar el arbitraje las partes tengan su domicilio en diferentes Estados, (ii) que el lugar de cumplimiento del arbitraje se encuentre en un Estado diferente de aquéllos donde tienen fijado su domicilio las partes o (iii) que la controversia “*afecte a intereses del comercio internacional*”.

Por lo que se refiere a la legislación que resultará aplicable al fondo de la controversia a sustanciar mediante arbitraje internacional, en este caso rige la libertad de elección por lo que el conflicto se resolverá con arreglo a la legislación que las partes elijan de mutuo acuerdo¹⁰⁴⁰.

Queremos también destacar especialmente la eficacia del laudo emitido al final del proceso arbitral, sea este doméstico o internacional, ya que la Ley de Arbitraje indica expresamente que “*el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes*”¹⁰⁴¹. Por lo que se refiere a la acción de anulación a interponer contra el laudo arbitral ésta únicamente tiene cabida cuando la parte que alegue la anulación pruebe la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias¹⁰⁴²: (i) inexistencia o invalidez del convenio arbitral, (ii) falta de notificación de la designación de un árbitro o imposibilidad para hacer valer sus derechos, (iii) resolución por los árbitros de cuestiones no sometidas a su decisión, (iv) designación de los árbitros fuera del acuerdo entre las partes, (v) resolución por los árbitros de cuestiones no susceptibles de arbitraje o (vi) laudo contrario al orden público. Además, el laudo puede ser objeto de ejecución forzosa conforme a la legislación española aplicable en esta materia¹⁰⁴³.

La Ley de Arbitraje se refiere también al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, al ser el Reino de España parte de la Convención de Nueva York¹⁰⁴⁴ a la que hicimos referencia anteriormente en esta tesis doctoral. Así en la propia norma se establece que¹⁰⁴⁵:

¹⁰⁴⁰ *Ibid.* Artículo 34.2.

¹⁰⁴¹ *Ibid.* Artículo 43.

¹⁰⁴² *Ibid.* Artículo 41.1.

¹⁰⁴³ *Ibid.* Artículos 44 y siguientes.

¹⁰⁴⁴ *Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Op. Cit.*

¹⁰⁴⁵ *Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. Op. Cit.* Artículo 46.

“1. Se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español.

2. El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.”

Esta incorporación en la Ley de Arbitraje nos lleva en primer lugar a subrayar su importancia, ya que implica la posibilidad de que se puedan reconocer y ejecutar en España toda clase de laudos arbitrales extranjeros siguiendo el procedimiento legalmente establecido. Y en segunda instancia nos lleva también a destacar la importancia de la Convención de Nueva York, de la que a fecha de elaboración de esta tesis doctoral son parte un total de ciento veinte Estados¹⁰⁴⁶, ya que en el artículo 3 de este tratado internacional se prevé de forma expresa el compromiso de todos los Estados Parte a la hora de reconocer y ejecutar laudos arbitrales como indicamos anteriormente en este Capítulo¹⁰⁴⁷. Lo previsto en el artículo 3 de la Convención de Nueva York demuestra la gran eficacia de los laudos arbitrales puesto que todos los Estados Parte de este tratado se comprometen no sólo a reconocer la autoridad de los laudos arbitrales sino también a conceder su ejecución en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, lo que resulta de vital importancia a efectos de esta tesis doctoral como expondremos en el siguiente Capítulo.

En el contexto de la inversión extranjera, ya mencionamos anteriormente que el tratado internacional multilateral de mayor importancia es la Convención del CIADI (Convención del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), que proporciona una serie de disposiciones procesales para la resolución de

¹⁰⁴⁶ Para mayor información sobre los Estados Parte de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, véase el siguiente enlace de la Organización de los Estados Americanos al respecto: <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/intl_conv/caicnys.asp>. Referencia del 2 de febrero de 2018.

¹⁰⁴⁷ *Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Op. Cit.* Artículo 3.

disputas mediante arbitraje en materia de inversión extranjera¹⁰⁴⁸. Sin embargo, también son relevantes las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)¹⁰⁴⁹. El análisis del arbitraje como medio de solución de disputas en inversión extranjera resulta de interés a los efectos de este trabajo puesto que una de las propuestas académicas que se han planteado para lograr la atribución de responsabilidades a las empresas transnacionales es la de implementar un mecanismo arbitral en los APPRI que pueda ser competente para juzgar violaciones a los derechos humanos¹⁰⁵⁰.

VI. RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA

También resulta importante hacer referencia en este Capítulo a otras formas de establecimiento de medidas de responsabilidad para las empresas, en este caso adoptadas por las propias compañías. La responsabilidad social corporativa es una filosofía empresarial que sostiene que ésta puede y debe jugar un papel más allá de generar utilidades y ganancias, puesto que la empresa es un ente social con una misión de servicio a la comunidad que debe mostrar preocupación por el bienestar colectivo. La ética empresarial puede definirse como el compromiso continuo por parte de las empresas de comportarse éticamente y contribuir al desarrollo económico, a la vez que mejoran la calidad de vida de la fuerza laboral y de sus familias, así como de la comunidad local y la sociedad como conjunto. Ahora bien, conviene que realicemos una distinción jurídica entre los documentos y textos que se han mencionado hasta ahora, y la responsabilidad social corporativa. Como indica Dorothy TANCK DE ESTRADA:

“es importante distinguir la responsabilidad social corporativa de la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras

¹⁰⁴⁸ Michael SORNARAJAH hace referencia a la Convención del CIADI como tratado internacional en inversión extranjera, indicando que su naturaleza está meramente referida a aspectos procesales del arbitraje. SORNARAJAH, Michael. *“The International Law on Foreign Investment”* (edición año 2004). *Op. Cit.* Página 88. *Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Op. Cit.*

¹⁰⁴⁹ *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI*. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL). Revisado en el año 2010. Disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la CNUDMI en el siguiente enlace: <<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>>. Referencia del 3 de febrero de 2018.

¹⁰⁵⁰ Véase a estos efectos el trabajo de Todd WEILER. WEILER, Todd. *“Balancing Human Rights and Investor Protection: a New Approach for a Different Legal Order”*. *Op. Cit.*

empresas comerciales en sentido jurídico (...) La primera, se refiere a un esfuerzo por parte de la comunidad empresarial por satisfacer de manera adecuada las exigencias éticas y las demandas sociales por lograr un balance entre el gran poder de las compañías y las aportaciones que éstas realizan a la sociedad de acogida”¹⁰⁵¹.

Sin embargo, en el caso de la responsabilidad de la empresa se trata de la asunción de responsabilidades en un sentido jurídico, y no meramente moral o ético. Por otra parte, la iniciativa para la asunción de esta clase de responsabilidades tiene un origen diferente en cada caso: la primera proviene de la propia iniciativa privada, mientras que en el segundo caso se trata de iniciativas impulsadas por la sociedad civil, gobiernos, organizaciones internacionales y otros organismos con interés en la materia.

En este contexto en 1999 se adoptó el Pacto Global de las Naciones Unidas¹⁰⁵², al que ya nos referimos con anterioridad en el Capítulo II de esta tesis doctoral. Este documento se estructura en torno a diez principios de responsabilidad social empresarial distribuidos en cuatro áreas:

- Derechos humanos.
- Condiciones laborales.
- Medio ambiente.
- Transparencia y anti-corrupción.

A pesar de que el Pacto Global es un instrumento de naturaleza voluntaria construido a partir de recomendaciones de conducta para las empresas, no por ello puede obviarse su importancia desde un punto de vista político y de creación de una cultura empresarial de respeto a los derechos humanos, dirigida tanto a sus empleados como a la sociedad en la cual desarrollan sus actividades. A fecha de elaboración de esta tesis doctoral ciento sesenta y un Estados se han adherido al Pacto Global, así como un total de 8.346 empresas¹⁰⁵³.

¹⁰⁵¹ TANCK DE ESTRADA, Dorothy. "Régimen jurídico internacional de las empresas transnacionales en la esfera de los derechos humanos". *Op. Cit.* Página 6.

¹⁰⁵² Pacto Global de las Naciones Unidas. *Op. Cit.*

¹⁰⁵³ *Ibidem.*

MUCHLINSKI explica que, en contraste con la responsabilidad social corporativa en términos generales, cuya clasificación puede resultar compleja, el Pacto Global constituye un “[...] conjunto más específico de estándares. Los Diez Principios bajo los cuales se funda el Pacto Global afectan a las áreas de derechos humanos, trabajo, medio ambiente y anti-corrupción. De ellas se considera que gozan de un consenso universal, y que derivan de un número de significativos instrumentos internacionales”¹⁰⁵⁴. Y es que debe tenerse en cuenta que, aunque la responsabilidad social corporativa se componga en realidad de una serie de directrices, criterios y obligaciones de carácter voluntario y no jurídicamente vinculante, éstas traen causa de los diferentes instrumentos jurídicos que componen el Derecho internacional de los derechos humanos.

Para algunos autores, se debe considerar también la responsabilidad social corporativa en el ámbito del Derecho internacional de la inversión extranjera. Así, MUCHLINSKI se refiere a la existencia de una “*Responsabilidad Social Corporativa Internacional*” que se define como un “*concepto general que cubre las obligaciones sociales y económicas generales de las empresas que unidas puede considerarse que definen la ‘buena ciudadanía corporativa’ y que incluye la mejor práctica de gestión en materia de gobernanza corporativa para alcanzar este fin*”¹⁰⁵⁵. Las obligaciones reflejadas en el concepto de “*Responsabilidad Social Corporativa Internacional*” constituyen un “*quid pro quo’ para la protección de los inversores y sus inversiones bajo los acuerdos internacionales de inversión y las reglas económicas internacionales como por ejemplo las de la Organización Mundial del Comercio*”¹⁰⁵⁶.

Para otros autores como Thomas DONALDSON, la “*Responsabilidad Social Corporativa Internacional*” de las empresas transnacionales como principal tipo de inversor extranjero puede ser vista como una respuesta a la percepción popularizada de que existe una significativa disminución de la rendición de cuentas por parte de las empresas como consecuencia de la globalización económica¹⁰⁵⁷. Desde un punto de vista filosófico, podría justificarse apelando a la idea de “*contrato social*” y a la necesidad de

¹⁰⁵⁴ MUCHLINSKI, Peter. “*International Corporate Social Responsibility and International Law*”. Op. Cit. Página 4. (traducción libre del autor)

¹⁰⁵⁵ *Ibid.* Página 7. (traducción libre del autor)

¹⁰⁵⁶ *Ibid.* Página 2. (traducción libre del autor)

¹⁰⁵⁷ Peter MUCHLINSKI cita a Thomas DONALDSON en su artículo sobre la “*Responsabilidad Social Corporativa Internacional*”. *Ibid.* Página 11. DONALDSON, Thomas. “*The Ethics of International Business*”. Oxford University Press. Editorial UK Paperback. Oxford, Reino Unido. Año 1992.

que todos los actores, incluyendo los actores no estatales, respeten la preservación de la dignidad humana a través de su adhesión a los derechos humanos fundamentales consagrados en los instrumentos jurídicos que componen el Derecho internacional de los derechos humanos¹⁰⁵⁸.

VII. TRATAMIENTO DOCTRINAL

Una vez analizada la problemática de la atribución de responsabilidad a las empresas transnacionales, y analizados los diversos mecanismos normativos y judiciales de reclamación disponibles para resarcir violaciones a los derechos humanos tanto a nivel doméstico como del Derecho internacional, es el momento de estudiar las propuestas que se han hecho por parte de los académicos para solventar la problemática descrita en esta tesis doctoral. Para ello, estudiaremos las soluciones teóricas propuestas por Todd WEILER¹⁰⁵⁹, jurista canadiense, y Steven RATNER,¹⁰⁶⁰. Nos referiremos también a la teoría de asignación de responsabilidades formulada por WESTBROOK¹⁰⁶¹, así como a las propuestas formuladas por el profesor Peter MUCHLINSKI, de la Universidad de Londres, en diferentes artículos¹⁰⁶². A continuación, haremos referencia a la teoría planteada por Gabrielle MARCEAU, Consejera de Asuntos Jurídicos del Secretariado de la Organización Mundial del Comercio (“OMC”), acerca del posible papel de los tribunales de la OMC en relación con los derechos humanos¹⁰⁶³. Las propuestas académicas se cerrarán con una breve referencia a la doctrina alemana de aplicación de

¹⁰⁵⁸ MUCHLINSKI, Peter. “*International Corporate Social Responsibility and International Law*”. *Op. Cit.* Página 11.

¹⁰⁵⁹ Véase WEILER, Todd. “*Balancing Human Rights and Investor Protection: a New Approach for a Different Legal Order*”. *Op. Cit.*

¹⁰⁶⁰ El trabajo teórico completo de Ratner en materia de responsabilidad de las empresas transnacionales puede encontrarse en RATNER, Steven E. “*Corporations and Human Rights: A theory of legal responsibility*”. *Op. Cit.*

¹⁰⁶¹ Para una información más completa acerca de esta teoría de atribución de responsabilidad a las empresas transnacionales elaborada por WESTBROOK, véase CARBONNEAU, Thomas E. “*Cases and materials on International Litigation and Arbitration*”. *Op. Cit.* Página 38.

¹⁰⁶² Peter MUCHLINSKI ha formulado diferentes propuestas relativas a cómo mejorar los derechos humanos en varios de sus artículos, tanto relacionadas con la incorporación de cláusulas de protección de derechos humanos al texto de los APPRI, como relativas a la posibilidad de la incorporación de este tipo de acuerdos en el contexto de los seguros de crédito a la exportación. Véase MUCHLINSKI, Peter. “*Corporations and the Uses of Law: International Investment Arbitration as a Multilateral Legal Order*”. *Op. Cit.*; “*The Changing Face of Transnational Business Governance: Private Corporate Law Liability and Accountability of Transnational Groups in a Post-Financial Crisis World*”. *Op. Cit.* y “*Corporations in International Law*”.

¹⁰⁶³ MARCEAU, Gabrielle. “*WTO Dispute Settlement and Human Rights*”. *Op. Cit.*

los derechos fundamentales en las relaciones entre sujetos particulares, conocida por su expresión en alemán, “*Drittwirkung*”.

En todo caso, el principal objetivo que se persigue con la presentación de estas teorías es el de entrar a su análisis y realizar un estudio sobre las ventajas e inconvenientes de las mismas para posteriormente aplicarlas, en su caso, a la propuesta de solución que formularemos en el Capítulo IV de este trabajo.

1. El arbitraje como mecanismo de solución: Todd WEILER¹⁰⁶⁴

El planteamiento hecho por Todd WEILER en su estudio “*Equilibrando los derechos humanos y la protección a la inversión: una nueva aproximación para un orden legal diferente*”¹⁰⁶⁵ gira en torno a la problemática de atribución de responsabilidad a las empresas transnacionales desde la perspectiva de los tratados de inversión o APPRI. Esta clase de tratados tienen una serie de características comunes que merece la pena mencionar en esta sede, puesto que tienen incidencia en la esfera de los derechos humanos. Como hace notar WEILER los convenios de inversión protegen, con carácter general, los intereses de la empresa transnacional, sobre todo a través de la implementación en los tratados de cláusulas de arbitraje de naturaleza mixta¹⁰⁶⁶ mediante las cuales se dota a la compañía transnacional de un mecanismo para reclamar al Estado receptor de la inversión en el caso de que surja alguna clase de desavenencia.

A lo largo de este Capítulo hemos descrito varios mecanismos para la reclamación de responsabilidades por violaciones a los derechos humanos, tales como los previstos ante la Tribunal Europeo de Derechos Humanos o ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, WEILER apunta a una debilidad clave de estos medios a la que ya hemos hecho referencia anteriormente y que es, bajo su punto de vista, la causa de las

¹⁰⁶⁴ La información contenida en este apartado se basará en el trabajo del jurista canadiense Todd WEILER, especializado en arbitrajes en el contexto del TLCAN, autor de un trabajo sobre la responsabilidad de las multinacionales en el campo de los derechos humanos: WEILER, Todd. “*Balancing Human Rights and Investor Protection: a New Approach for a Different Legal Order*”. *Op. Cit.*

¹⁰⁶⁵ Traducción al castellano del original en inglés: “*Balancing Human Rights and Investor Protection: a New Approach for a Different Legal Order*”. *Ibid.* Página 1. (traducción libre del autor)

¹⁰⁶⁶ Arbitraje mixto, como se explicó a la hora de hablar de los tratados de inversión en el Capítulo I de esta tesis doctoral, es aquél en el cual las partes contendientes son un Estado y un sujeto privado, que en el supuesto de inversión será una empresa transnacional.

dificultades para el resarcimiento de las violaciones de derechos humanos: se trata de la problemática de la efectividad en la ejecución de las resoluciones obtenidas ante cualquiera de las instancias judiciales mencionadas. Ante esta problemática este abogado canadiense se plantea la búsqueda de un mecanismo de solución de reclamaciones por violaciones a los derechos humanos cuyas decisiones (o resoluciones) gocen de la efectividad adecuada para dar resarcimiento a las víctimas de estas actuaciones.

En este contexto WEILER hace referencia al mecanismo de arbitraje que se prevé en la mayoría de los tratados de inversión como un medio idóneo para el resarcimiento de violaciones a los derechos humanos, dada la gran capacidad ejecutiva que caracteriza a los laudos arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York a la que nos hemos referido anteriormente en este Capítulo¹⁰⁶⁷.

Otro de los puntos sobre los que se hace énfasis en este estudio es el relativo a la legislación local de los Estados receptores de inversión, cuestión sobre la cual hemos incidido también con anterioridad: normalmente en cualquier APPRI o tratado bilateral de inversión se establece que la empresa transnacional se compromete a adecuar sus actuaciones a la legislación interna del Estado donde invierte. Este hecho, que en una primera aproximación podría parecer beneficioso, podría resultar perjudicial en algunos casos. Y es que debe tenerse en cuenta que los Estados receptores de inversiones (que son, por otra parte y en su mayoría, países en situación de desarrollo) renuncian en ocasiones a parte de sus derechos con el objetivo de lograr convertirse en acreedores de inversiones de grandes corporaciones transnacionales, lo que hace que flexibilicen su legislación interna, hasta tal punto que en algunos casos llegan a obviar la observancia incluso del respeto a los derechos humanos (baste mencionar de nuevo las cláusulas de estabilización a las que ya nos hemos referido de forma reiterada).

WEILER se refiere también a los códigos de conducta corporativa: se trata de una solución propuesta por algunas empresas transnacionales que consiste en la elaboración de textos internos en los que se contengan disposiciones en referencia a la actuación de cada empresa (puesto que serían específicos, elaborados individualmente para cada compañía), y en los que se haga referencia expresa a los derechos humanos y a la

¹⁰⁶⁷ *Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Op. Cit.*

obligación de su observancia y respeto por parte de la compañía. Sin embargo, tal y como indica el autor, estos códigos son de naturaleza voluntaria y se enmarcan dentro del campo de la responsabilidad social corporativa, ya que su adopción va a depender de lo que cada compañía estime pertinente para sus intereses y perspectivas.

Regresando de nuevo a los tratados de inversión, WEILER hace una reflexión y se plantea que, dado que es cierto que los mecanismos arbitrales incorporados en los APPRI resultan ser un mecanismo efectivo para la resolución de controversias de naturaleza económica, podrían ser igualmente efectivos para la obtención de indemnizaciones y resarcimientos por violaciones a los derechos humanos. Es por este motivo que el autor propone la inclusión de cláusulas de protección de los derechos humanos en los tratados de inversión, ya que en la actualidad los APPRI se refieren cuestiones de naturaleza comercial. Mostramos como ejemplo la definición de “*inversión*” incorporada al Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos¹⁰⁶⁸:

“Artículo I

[...]

4. Inversión significa, entre otros, los siguientes activos propiedad de, o controlados por, inversores de una Parte Contratante y establecidos en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con la legislación de esta última:

a) una empresa;

b) acciones, partes sociales, y otras formas de participación de capital en una empresa;

c) instrumentos de deuda de una empresa.

(i) cuando la empresa es una filial del inversor, o

(ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años, pero no incluye una obligación de una Parte Contratante o de una empresa del Estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;

¹⁰⁶⁸ Acuerdo sobre promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos. Hecho en México el 10 de octubre de 2006. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 81 de fecha 3 de abril de 2008. Artículo 1.4.

- d) un préstamo a una empresa*
- (i) cuando la empresa es una filial del inversor, o*
 - (ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años;*
- e) la propiedad de bienes muebles o inmuebles, así como hipotecas, derechos de prenda, usufructos u otra propiedad tangible o intangible, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial, adquiridos o utilizados para actividades económicas u otros fines empresariales;*
- f) derechos que resulten de la aportación de capital u otros recursos en el territorio de una Parte Contratante para el desarrollo de una actividad económica en el territorio de la otra Parte Contratante, entre otros los que se deriven de un contrato o concesión;*
- Quedan excluidas de esta definición las reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:*
- (i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte Contratante a una empresa en territorio de la otra Parte Contratante; o*
 - (ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por el inciso d);*
- [...]*”

La propuesta de WEILER supondría el ofrecer a las empresas transnacionales que, a cambio de obtener protección mediante los tratados bilaterales de inversión, se comprometieran a respetar los derechos humanos, estableciendo en los acuerdos un mecanismo arbitral que sirviera como medio de solución de disputas no sólo de naturaleza comercial, sino también relacionadas con el respeto a los derechos humanos.

Por lo que respecta a la forma de resarcimiento de las violaciones de los derechos humanos, Todd WEILER sugiere la implementación de un sistema de compensación que habilite medios para indemnizar a las víctimas acudiendo directamente a las empresas responsables. Con un sistema como el mencionado en caso de surgir un conflicto, y tras la sustanciación del correspondiente procedimiento de arbitraje, en caso de que se

alcanzara la conclusión de que ha habido una violación de los derechos humanos se fijaría también una compensación para la víctima que correría a cargo de la propia empresa transnacional. Además, al ser la propia empresa la encargada del pago de la compensación a la víctima, WEILER sugiere que podría incluso utilizarse este sistema como sustituto del de imposición de sanciones, que podría ser mucho más gravoso para las empresas y, por otra parte, no supone resarcimiento para la víctima más allá de lo meramente moral.

A pesar de que el arbitraje pueda ser un medio de solución de controversias complejo y costoso en algunas ocasiones, WEILER defiende que sigue siendo una herramienta jurídica notoriamente útil que puede evitar complicaciones y dar soluciones relativamente satisfactorias y rápidas a un problema, como es éste de las violaciones a los derechos humanos por actores no estatales, que está falto de propuestas y de soluciones que sean realmente efectivas y que proporcionen al menos un mínimo resarcimiento a las víctimas de esta clase de casos. Sobre todo, deben destacarse como ventajas del arbitraje (i) la relativa rapidez en el enjuiciamiento de las causas y (ii) la fuerza ejecutiva de los laudos arbitrales, los cuales son reconocibles y ejecutables hoy día, sin mayores dificultades, en todos los Estados firmantes de la Convención de Nueva York¹⁰⁶⁹.

Una vez hecha la principal propuesta de su estudio este jurista canadiense pasa a analizar algunas otras teorías que se han elaborado por los académicos en relación con la atribución de responsabilidad a las empresas transnacionales. En concreto, WEILER se remite a Steven RATNER y a su trabajo titulado “*Empresas y derechos humanos: una teoría de responsabilidad legal*”¹⁰⁷⁰, en el que este jurista de la Universidad de Yale explora la implementación de una teoría para hacer que las empresas transnacionales se responsabilicen por sus violaciones a los derechos humanos.

¹⁰⁶⁹ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Op. Cit. Artículo 3.

¹⁰⁷⁰ Traducción al castellano del original en inglés: “*Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*”. RATNER, Steven E. “*Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*”. Op. Cit. (traducción libre del autor)

2. La visión de Steven RATNER ¹⁰⁷¹

El planteamiento de Steven RATNER en torno a la atribución de responsabilidad a las empresas transnacionales se enfoca desde una óptica distinta a la de Todd WEILER pero que puede ser, sin embargo (y tal y como el propio autor canadiense propone), complementaria de la planteada por WEILER. El trabajo de RATNER parte de un principio básico que es el siguiente: en su opinión, si hasta ahora sólo se había contemplado la responsabilidad de los Estados por violaciones a los derechos humanos esto sucedía porque eran éstos, y más en concreto sus gobiernos, los únicos que ostentaban el poder y que por tanto podían incurrir en semejante clase de conductas.

Sin embargo, en el siglo XX, y especialmente en los años sesenta y setenta, con el inicio del proceso de descolonización y las mejoras en las comunicaciones y el transporte, empezaron a emerger otros actores en la esfera internacional, además de los Estados: hablamos de las empresas transnacionales, las cuales ostentan un poder que es en ciertos casos incluso superior al de algunas naciones, tal y como se ha señalado en el Capítulo II de esta tesis doctoral. En este orden de cosas RATNER reflexiona acerca del siguiente planteamiento: si las empresas transnacionales gozan de mayor poder económico – e incluso político - que muchos Estados ¿por qué no han visto aumentado correlativamente su margen de responsabilidad? Partiendo de este planteamiento este jurista norteamericano comienza a construir una teoría de atribución de responsabilidad a la empresa transnacional en la que se ofrecen diversos supuestos bajo los cuales podría imputarse a estas empresas una violación de los derechos humanos. En primera instancia se establece la existencia de tres niveles esenciales de responsabilidad para las empresas transnacionales:

2.1. Complicidad de la empresa transnacional con agentes oficiales en la perpetración de violaciones de los derechos humanos

En este primer caso, debe tenerse en cuenta que, tal y como indica el propio RATNER, es bastante más frecuente encontrarse con casos en los que se producen violaciones de

¹⁰⁷¹ *Ibidem*. La teoría que se analiza en este apartado, en materia de atribución de responsabilidad a las empresas multinacionales por violaciones a los derechos humanos, fue elaborada por Steven RATNER, de la Universidad de Yale.

los derechos humanos por actuaciones conjuntas de un gobierno con una empresa, que aquéllos en los que solamente el Estado está incurriendo en alguna clase de responsabilidad. La cuestión estriba en el hecho de que, aunque solamente el gobierno sea responsable en teoría de la garantía de los derechos de los ciudadanos, en tanto que una de sus funciones es la del mantenimiento del orden público, parece que este último es el único sujeto que puede ser responsable por las violaciones que cometa respecto de estos derechos. Y es que desde el momento en que se están produciendo actuaciones conjuntas, o en complicidad, de administraciones públicas (más en concreto de sus agentes oficiales) y empresas transnacionales, estas últimas pasan a jugar un nuevo rol: como indica el propio RATNER “*el rol único de los Estados en asegurar algunos derechos (como por ejemplo el derecho a ser aconsejado libremente) no excluye las obligaciones para las empresas con respecto a otros derechos relacionados*”¹⁰⁷². Esto implica que desde el momento en que esta clase de actuaciones pueden ser llevadas a cabo por actores no estatales como las compañías transnacionales en colaboración con Estados o con sujetos que trabajan para dichos Estados, deben extenderse las obligaciones a estos nuevos actores y, consecuentemente, debe ampliarse su margen de responsabilidad.

Un ejemplo en la práctica de lo que esto significaría podemos encontrarlo en el caso “*Shell*” en Nigeria¹⁰⁷³. Si se hubiera podido demostrar que esta compañía petrolera estaba proporcionando armamento al gobierno nigeriano (tal y como denuncian algunas organizaciones no gubernamentales, como por ejemplo Human Rights Watch¹⁰⁷⁴) se podría haber imputado responsabilidad a la empresa por estas actuaciones a través de la teoría propuesta por RATNER.

2.2. Actuación de la empresa transnacional que supone el ejercicio de un poder “de facto” o de hecho en una determinada región, implicando igualmente violaciones de los derechos humanos

¹⁰⁷² Traducción al castellano del original en inglés: “*the unique role for states in securing some rights (such as the right to free counsel) does not preclude duties for corporations with respect to other, related rights*”. *Ibid.* Página 493. (traducción libre del autor)

¹⁰⁷³ Para mayor información sobre el *Caso Shell* y sus implicaciones véase GARCIA ÁLVAREZ, L. “*Daños privados por contaminación en el tráfico externo: a propósito del caso Akpan vs. Shell*”. Cuadernos de Derecho Transnacional, volumen 5, número 2. Octubre de 2013.

¹⁰⁷⁴ Sobre la tarea de Human Rights Watch y su denuncia del *Caso Shell* véase el siguiente artículo publicado en la página oficial en Internet de esta organización gubernamental en el siguiente enlace: <<http://www.hrw.org/reports/1999/nigeria/nigeria0199.pdf>>. Referencia del 3 de febrero de 2018. (traducción libre del autor)

En este caso, la teoría de asignación de responsabilidades acuñada por RATNER apunta a la responsabilidad de la propia empresa transnacional partiendo del principio que atribuye a los Estados responsabilidad por los actos cometidos por sus agentes. Basándose en el “*Borrador de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos*”, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, artículos 4 a 11¹⁰⁷⁵, RATNER apunta que “*el Estado es responsable por los actos de sus órganos, incluso cuando van más allá de su autoridad, por los actos de los grupos no gubernamentales ejerciendo autoridad gubernamental en la ausencia de un gobierno oficial, por las conductas de otros que adopta después del hecho, y por asistir conscientemente a otro Estado en sus actuaciones ilegales*”¹⁰⁷⁶.

RATNER defiende la aplicación analógica del contenido de los mencionados preceptos del *Borrador de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos* a la actuación de las empresas transnacionales cuando éstas ejercen un poder “*de facto*” en un determinado territorio. Lo anterior implicaría que, desde el momento en que una empresa transnacional está ejerciendo el poder en un determinado territorio de un Estado (se entiende que es ejercicio de poder “*de hecho*” esto es: formalmente existe un gobierno o, en caso de que no exista, la compañía no está legalmente designada como poder dominante en esa zona) ésta va a ser responsable de las actuaciones que lleve a cabo en dicho territorio, lo que implicaría atribuirle la misma responsabilidad que en esas mismas circunstancias habría tenido un Estado. Así, y siempre que se dieran las circunstancias anteriormente descritas, se produciría una equiparación entre el Estado y la empresa transnacional a efectos de atribución de responsabilidad jurídica en caso de violaciones de los derechos humanos.

2.3. Responsabilidad de la compañía por la realización de actuaciones que caen dentro del marco de las normas aplicables al caso

En este tercer nivel de asignación de responsabilidades RATNER analiza las obligaciones internacionales que se deberían aplicar directamente a las empresas inversoras y a sus inversiones, poniendo como ejemplo las derivadas de violaciones de normas aplicables a

¹⁰⁷⁵ *Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts. Op. Cit.* Artículos 4 a 11.

¹⁰⁷⁶ *Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts. Ibidem.* Citado por Steven RATNER. RATNER, Steven E. “*Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*”. *Op. Cit.* Página 490. (traducción libre del autor)

sus propias actividades. El autor hace referencia a la violación por las empresas transnacionales de las normas de Derecho laboral internacional, en concreto en relación con las disposiciones emanadas de la Organización Internacional del Trabajo. Desde su punto de vista la violación de esta clase de normas cuyo propósito es, entre otras cuestiones, el de reconocer obligaciones de las empresas en relación con sus empleados, implicaría que la empresa transnacional incurriría en responsabilidad por los actos cometidos en este contexto¹⁰⁷⁷.

2.4. El proceso para la atribución de responsabilidades

La obra de RATNER profundiza en su teoría de atribución de responsabilidades analizando los pasos o indicios que en opinión de este jurista deben seguirse para poder establecer la responsabilidad de una empresa transnacional por violaciones de los derechos humanos. En cierto modo, podría decirse que esta parte del estudio supone la construcción de una especie de “*tipo penal*” (sin que esta expresión haga referencia necesariamente al Derecho penal) compuesta de una serie de elementos básicos de tal suerte que, en caso de que la conducta de la empresa pueda tipificarse o encajarse en ellos, ya sea en mayor o en menor medida, deberá determinarse la responsabilidad de la compañía por violaciones de los derechos humanos. Dicho lo anterior, se procede ahora a analizar los cuatro elementos esenciales que componen ese “*tipo penal*” al que se acaba de hacer referencia, que son los que siguen¹⁰⁷⁸:

a) Relación de la empresa transnacional con el gobierno del Estado receptor de la inversión: RATNER entiende que, a mayor relación y lazos de unión entre la administración del Estado receptor de la inversión y la compañía inversora, mayor será el grado de responsabilidad que esta última tendrá por cualquier violación de los derechos humanos que se produzca. Aquí procedería entrar al análisis de la complicidad entre la empresa y el gobierno, o los agentes del gobierno (el primero de los tres niveles de responsabilidad mencionados previamente).

¹⁰⁷⁷ Para una información más extensa acerca de las normas de la Organización Internacional del Trabajo en relación con las empresas transnacionales, véase lo indicado en esta tesis doctoral al respecto en este Capítulo IV y también lo indicado por Steven RATNER. *Ibid.* Páginas 478 a 479.

¹⁰⁷⁸ El desarrollo detallado y extenso de cada uno de los cuatro elementos mencionados se encuentra en la obra de Steven RATNER. *Ibid.* Páginas 497 a 522.

b) Nexos entre los negocios e intereses de la compañía y la población afectada (esto es, la población local del lugar donde se instale la inversión). Por lo que respecta a la relación entre la empresa transnacional y la población local del territorio donde se está realizando la inversión, RATNER parte en este caso de la idea de que los Estados son responsables de la población que se encuentra en su propio territorio en virtud del principio de territorialidad. En este contexto el planteamiento sería el siguiente: dado el enorme espacio territorial afectado por las actuaciones de cualquier empresa transnacional, no es posible aplicarles el principio de territorialidad para establecer su responsabilidad por las inversiones que realizan. Por esta causa RATNER argumenta que *“la determinación de las obligaciones de la empresa debe referirse a los nexos de la compañía con los individuales que ostentan derechos humanos”*¹⁰⁷⁹.

Una vez realizado este razonamiento el siguiente paso consiste en analizar el grado de conexión que existe entre la empresa transnacional y la población local del país donde se está realizando la inversión. La propuesta de RATNER consiste en establecer que, a mayor grado de relación de la empresa con la población, mayor será su grado de responsabilidad por cualquier violación de los derechos humanos que pueda cometer. En este contexto tendría importancia el segundo de los niveles de asignación de responsabilidad de la teoría de RATNER: cuando una compañía está ejerciendo un poder o control *“de facto”* sobre un determinado territorio (el autor pone como ejemplo casos en los que Estados en desarrollo conceden a compañías transnacionales el derecho de explotación exclusiva de una determinada cantera de mineral en su territorio) se entiende que dicho poder se extiende también a la población que vive en dicha demarcación, y que muy probablemente está trabajando para la compañía. Como advierte el propio RATNER *“la empresa opera como un quasi-Estado cuyas especiales obligaciones sobre aquéllos bajo su control son aceptadas tanto en la filosofía moral como en la doctrina del Derecho internacional”*¹⁰⁸⁰.

c) Naturaleza jurídica del acto de que se trate, así como de los derechos y obligaciones relacionados con él. Una vez que se ha determinado la conexión de la compañía transnacional tanto con el gobierno del Estado receptor de la inversión, como con la población local del territorio donde invierte, es necesario proceder al análisis de los

¹⁰⁷⁹ *Ibid.* Página 507. (traducción libre del autor)

¹⁰⁸⁰ *Ibid.* Página 509. (traducción libre del autor)

derechos que se han violado en cada caso concreto. Según RATNER esto implica que desde el momento en que la compañía transnacional viola los derechos humanos (incluyendo derechos laborales) en el ejercicio de sus actividades empresariales estará incurriendo en responsabilidad por sus actuaciones.

d) Estructura, así como forma de funcionamiento de la empresa transnacional. En este contexto resulta de interés hacer referencia a WESTBROOK y su teoría de atribución de responsabilidad a la empresa transnacional¹⁰⁸¹. Este autor plantea tres elementos para establecer la asignación de responsabilidad a la empresa transnacional basados en (i) la ruptura del velo corporativo por abuso de la forma societaria (ii) la dirección de la compañía y (iii) el patrimonio total de la empresa, que serán analizados de forma detallada en el apartado siguiente.

3. WESTBROOK: teoría de atribución de responsabilidad

Thomas CARBONNEAU cita a este autor en su libro “*Cases and materials on International Litigation and Arbitration*”¹⁰⁸². WESTBROOK¹⁰⁸³ construye tres teorías de atribución directa de responsabilidad a la empresa transnacional basadas en la propia estructura interna de la compañía. Son las siguientes:

- Ruptura del velo corporativo: consistiría en evitar las limitaciones a la responsabilidad corporativa cuando pueda demostrarse que la empresa responsable ha abusado previamente de su propia forma corporativa en la comisión de los hechos, perdiendo así las protecciones otorgadas por el escudo jurídico de la responsabilidad limitada. Esta teoría resultaría de aplicación especialmente en aquellos casos en los que exista una sociedad matriz que mantenga el control de su subsidiaria.

¹⁰⁸¹ Véase CARBONNEAU, Thomas E. “*Cases and materials on International Litigation and Arbitration*”. *Op. Cit.* Páginas 38 a 46.

¹⁰⁸² Para una información más completa acerca de esta teoría de atribución de responsabilidad a las empresas transnacionales véase la referencia a WESTBROOK realizada por CARBONNEAU. *Ibidem*.

¹⁰⁸³ Para mayor información sobre la obra de WESTBROOK pueden consultarse, entre otros: WESTBROOK, Jay Lawrence. “*Theories of Parent Company Liability and the Prospects for an International Settlement*”. *Tex. International Law Journal* número 20. Año 1985. Páginas 321 a 333. WESTBROOK, Jay Lawrence. “*Global Solution to Multinational Default*”. *Michigan Law Review* número 98. Revisión 2276. Páginas 2276 a 2328. Años 1999-2000. Estados Unidos de América.

- Atribución de responsabilidad financiera global a la empresa transnacional: con independencia de dónde se encuentre éste o de dónde se haya obtenido, el total del patrimonio de la compañía transnacional debe hacer frente a las responsabilidades derivadas de sus actos sin importar la forma societaria de la empresa. Este planteamiento ha sido también mantenido por la Corte Suprema norteamericana en el caso “*Container Corp. of America v. Franchise Tax Board*”¹⁰⁸⁴: “*en ese caso, California aplicó un tratamiento “unitario” a los ingresos de una multinacional. En lugar de tributar por los ingresos atribuibles a la corporación californiana o a las operaciones de la empresa multinacional en California, el Estado aplicó la tributación a los ingresos mundiales de la multinacional sobre la base de la proporción de sus actividades en California medidas en función de nóminas, importe de ventas, y factores similares... La razón de permitir el tratamiento unitario se encontraba en gran parte en el riesgo de que la multinacional pudiera de otro modo manipular sus actividades e informes financieros para evitar ingresos razonablemente susceptibles de tributación por California*”.

En cualquier caso, y como explica WESTBROOK, el riesgo de aplicar esta teoría en Estados en vías de desarrollo se encuentra en que podría funcionar como elemento disuasorio para la inversión extranjera.

- Responsabilidad de la dirección de la empresa transnacional: en este caso, se trataría de imputar responsabilidad a la empresa por el control que ésta ejerce sobre sus sociedades subsidiarias – al menos en Estados emergentes – ya sean filiales o sucursales, de acuerdo con “*alguna clase de estándar de responsabilidad internacional en la inversión y la gestión*”¹⁰⁸⁵. La responsabilidad, según WESTBROOK, abarcaría tanto la formación como la supervisión de la gestión

¹⁰⁸⁴ CARBONNEAU cita a WESTBROOK en su libro “*Cases and materials on International Litigation and Arbitration*”, haciendo referencia a la opinión de WESTBROOK sobre el tratamiento “unitario” de los ingresos de la multinacional en el *Caso Container Corp. of America v. Franchise Tax Board*. CARBONNEAU, Thomas E. “*Cases and materials on International Litigation and Arbitration*”. Op. Cit. Página 39. *Caso Container Corp. of America v. Franchise Tax Board*. 463 U.S. 159. 103 S.Ct. 2933, 77 L.Ed.2d 545. Suprema Corte de los Estados Unidos de América. Año 1998. (traducción libre del autor)

¹⁰⁸⁵ CARBONNEAU, Thomas E. “*Cases and materials on International Litigation and Arbitration*”. Op. Cit. Página 39. (traducción libre del autor)

local y la aportación regular de tecnología actualizada, al menos relacionada con temas de seguridad¹⁰⁸⁶.

Las tres teorías de atribución de responsabilidad a las que acabamos de referirnos fueron construidas por WESTBROOK para analizar la posible atribución de responsabilidad de Union Carbide India Limited, filial de la empresa norteamericana Union Carbide Ltd., implicada en el caso “*Bhopal*”, al que se hizo referencia con anterioridad en este trabajo¹⁰⁸⁷.

Debemos indicar en relación con la teoría construida por WESTBROOK que ésta resulta complementaria respecto a la planteada por RATNER, ya que mientras que la formulada por este último se refiere a la relación de la empresa transnacional con el Estado, territorio y población donde ésta ejerce sus actividades empresariales y de inversión, la teoría de WESTBROOK se centra en el análisis de la propia estructura de la compañía a través de (i) su forma societaria (ii) la distribución de su patrimonio y (iii) la dirección de la empresa.

4. Peter MUCHLINSKI: propuestas en torno a la protección de los derechos humanos en el contexto de la inversión extranjera

En el caso de Peter MUCHLINSKI, profesor de Derecho Comercial Internacional de la Universidad de Londres, no podemos hablar de la existencia *per se* de un artículo u obra única en la que haya plasmado sus propuestas sobre cómo mejorar la protección de los derechos humanos en el ámbito de la inversión extranjera. Sin embargo, este académico ha ido desgranando en algunos de sus artículos ciertas propuestas especialmente interesantes en este contexto a las que hacemos referencia de forma resumida a continuación, dada su relevancia para la construcción de la propuesta que formulamos en esta tesis doctoral:

¹⁰⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁸⁷ *Ibid*. Páginas 38 a 46.

4.1. Incorporación de los derechos humanos al texto de los APPRI: la referencia a John RUGGIE

En línea con el planteamiento formulado por Todd WEILER¹⁰⁸⁸, también Peter MUCHLINSKI se ha referido a la posibilidad de incorporar los derechos humanos al texto de los APPRI como una posible vía de solución para dotar a esta categoría de derechos de un mayor grado de protección en el ámbito de la inversión extranjera. Así, bajo su punto de vista: *“es posible que en el futuro algunos países incluyan las responsabilidades de los inversores en APPRI de nueva generación, incluyendo cláusulas de observancia de los derechos humanos que aplicarían tanto a las Partes Contratantes como a los inversores de cada Parte”*¹⁰⁸⁹.

Según MUCHLINSKI, el problema surge especialmente en torno a los que denomina *“APPRI de primera generación”* y su orientación exclusivamente dirigida a la protección del inversor¹⁰⁹⁰. MUCHLINSKI se apoya en los planteamientos de John RUGGIE como Representante Especial para señalar que este tipo de APPRI *“necesitan ser sustituidos por acuerdos más equilibrados que reconozcan la altamente sensible interacción de los intereses públicos y privados que genera la inversión extranjera. En este sentido el actual trabajo de John Ruggie como Representante Especial del Secretario General de la ONU para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas es de un gran significado. No sólo considera asuntos como el rol de los derechos humanos en los IIAs (acuerdos internacionales de inversión) sino que también cuestiona la contratación responsable en los contratos de inversión entre inversores extranjeros y gobiernos. Es difícil imaginar que este trabajo no tenga nunca influencia en el desarrollo del universo de los IIAs.”*¹⁰⁹¹.

El autor expone también que, en el contexto del Derecho económico internacional, las responsabilidades corporativas podrían ser incluidas en instrumentos jurídicos

¹⁰⁸⁸ WEILER, Todd. *“Balancing Human Rights and Investor Protection: a New Approach for a Different Legal Order”*. Op. Cit.

¹⁰⁸⁹ MUCHLINSKI, Peter. *“Corporations and the Uses of Law: International Investment Arbitration as a Multilateral Legal Order”*. Op. Cit. Páginas 21 y 22. (traducción libre del autor)

¹⁰⁹⁰ *Ibid.* Página 23.

¹⁰⁹¹ *Ibidem.* (traducción libre del autor). Véase también el trabajo de John RUGGIE como Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit.*

pertenecientes al ámbito del Derecho internacional de la inversión extranjera, haciendo para ello referencia a algunos precedentes ya existentes, como es el caso del Modelo de APPRI Noruego, al que ya hicimos referencia con anterioridad en esta tesis doctoral¹⁰⁹².

En términos de eficacia jurídica, tal como expone MUCHLINSKI, el posible resultado de llevar a la práctica jurídica internacional ejemplos como el del Modelo de APPRI noruego podría resultar en la incorporación de cláusulas de observancia de los derechos humanos en el texto de los APPRI, lo que podría “*asegurar el efecto directo de las responsabilidades corporativas en materia de derechos humanos bajo el Derecho internacional. Este tipo de cláusulas podrían ofrecer protección respecto al cumplimiento por parte del inversor de las normas internacionales sobre derechos humanos en sus operaciones en el Estado receptor de la inversión, y hacer que la falta de cumplimiento se convierta en la base de una reclamación contra el inversor ya sea por parte del Estado receptor de la inversión o de terceras partes directamente afectadas por esto*”¹⁰⁹³. Ahora bien, MUCHLINSKI sugiere que este tipo de reclamaciones, basadas en cláusulas de observancia de los derechos humanos incorporadas en los APPRI, podrían estar sujetas al cumplimiento previo de la condición de agotar los recursos internos en el Estado receptor de la inversión¹⁰⁹⁴.

4.2. La vía de los seguros de crédito a la exportación

Como indicamos anteriormente, las propuestas de Peter MUCHLINSKI en torno a un comportamiento “*socialmente responsable*” en el ámbito de la inversión extranjera no sólo se han referido a la incorporación de los derechos humanos al texto de los APPRI, sino que también ha formulado otras propuestas interesantes, como la del recurso a los seguros de crédito a la exportación. Y es que, como explica el autor, los Estados podrían hacer uso de su control sobre las garantías de crédito a la exportación para exigir la asunción de compromisos de responsabilidad social y evaluación del impacto como

¹⁰⁹² MUCHLINSKI, Peter. “*The Changing Face of Transnational Business Governance: Private Corporate Law Liability and Accountability of Transnational Groups in a Post-Financial Crisis World*”. *Op. Cit.* Página 700. *Agreement between the Kingdom of Norway and [] for the Promotion and Protection of Investments*. *Op. Cit.*

¹⁰⁹³ MUCHLINSKI, Peter. “*The Changing Face of Transnational Business Governance: Private Corporate Law Liability and Accountability of Transnational Groups in a Post-Financial Crisis World*”. *Op. Cit.* Página 703. (traducción libre del autor)

¹⁰⁹⁴ *Ibidem.*

condición para la emisión de pólizas de garantía de cobertura de riesgo político a favor de inversores¹⁰⁹⁵.

De hecho, y tal y como sucediera ya en el caso de la observancia de los derechos humanos en el texto de los APPRI, MUCHLINSKI ofrece algunos ejemplos concretos de este tipo de cláusulas, como el del “*Export Credits Guarantee Department*” (ECGD) del Reino Unido, que debe tener en consideración la contribución de las inversiones al desarrollo sostenible y a la promoción de los derechos humanos y el buen gobierno¹⁰⁹⁶.

A nivel internacional, MUCHLINSKI se refiere al caso de la agencia MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*, por sus siglas en inglés), perteneciente al Grupo del Banco Mundial¹⁰⁹⁷. En la Política sobre Sostenibilidad Medioambiental y Social¹⁰⁹⁸ de la agencia MIGA se establecen expresamente una serie de “*Estándares de Ejecución*” en los siguientes términos:

“MIGA reconoce la responsabilidad de los negocios en el respeto a los derechos humanos, con independencia de las obligaciones del Estado de respetar, proteger y cumplir con los derechos humanos. Esta responsabilidad significa evitar infringir los derechos humanos de otros y prestar atención a los impactos adversos que los negocios puedan causar o contribuir a causar en los derechos humanos. Cumplir con esta responsabilidad también significa crear acceso a un

¹⁰⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁹⁶ *Ibidem*. Véase también en este sentido el Noveno Informe de la Sesión 2004-2005 del Comité de Industria y Comercio de la Cámara de los Comunes sobre la implementación de los Principios de Negocio de la ECGD. *House of Commons. Trade and Industry Committee. Implementation of ECGD's Business Principles. Ninth Report of Session 2004-05. Report, together with formal minutes. Order by The House of Commons to be printed 8 March 2005*. Documento elaborado por el Comité de Industria y Comercio de la Cámara de los Comunes, de fecha 8 de marzo de 2005, de disponible para su consulta en la página oficial en Internet de publicaciones del Parlamento Británico en el siguiente enlace: < <https://www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmtrdind/374/374.pdf>>. Referencia del 3 de febrero de 2018.

¹⁰⁹⁷ Para mayor información sobre la agencia MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*) véase la página oficial en Internet de este organismo en el siguiente enlace: < <https://www.miga.org>>. Referencia del 3 de febrero de 2018.

¹⁰⁹⁸ Véase también a estos efectos la Política de la agencia MIGA sobre Sostenibilidad Medioambiental y Social. *MIGA (Multilateral Investment Guarantee Agency) – World Bank Group – Policy on Environmental and Social Sustainability. October 1, 2013*. Documento relativo a la política de la agencia MIGA (Grupo Banco Mundial) en materia de sostenibilidad medioambiental y social, de fecha 1 de octubre de 2013. Aplicable a todos los proyectos asegurados a partir del 1 de octubre de 2013. Disponible para su consulta en el siguiente enlace: < https://www.miga.org/Documents/Policy_Environmental_Social_Sustainability.pdf>. Referencia del 3 de febrero de 2018.

mecanismo efectivo de reclamación que pueda facilitar una rápida indicación y pronto remedio de diversas reclamaciones relacionadas con los proyectos. Los Estándares de Ejecución de MIGA apoyan esta responsabilidad del sector privado. Cada uno de los Estándares de Ejecución tiene elementos relacionados con las dimensiones de los derechos humanos que los negocios pueden enfrentar en el curso de sus operaciones. En consistencia con esta responsabilidad, MIGA realiza procesos de diligencia debida relativos al nivel y calidad de los riesgos y al proceso de identificación de impactos llevado a cabo por sus Clientes contra los requisitos de los Estándares de Ejecución, informados por país, sector y conocimiento del Cliente”¹⁰⁹⁹.

En línea con lo que acabamos de señalar, la Política sobre Sostenibilidad Medioambiental y Social de la agencia MIGA prevé expresamente en su apartado 19 la obligación de cumplimiento con los Estándares de Ejecución, al indicar que *“MIGA no concede soporte de garantía a proyectos de los que no se pueda esperar que cumplan con los requisitos de los Estándares de Ejecución en un periodo de tiempo razonable. Los retrasos persistentes en el cumplimiento de estos requisitos pueden llevar a una pérdida de la cobertura concedida por MIGA”*¹¹⁰⁰.

5. Gabrielle MARCEAU: los derechos humanos ante la OMC¹¹⁰¹

El estudio de MARCEAU sobre los derechos humanos reflexiona acerca de la posibilidad de utilizar el sistema de solución de disputas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) para la interposición de demandas por violaciones al Derecho internacional de los derechos humanos. Además, la autora elabora una teoría en la que sugiere que las normas elaboradas por esta organización sean interpretadas conforme al Derecho internacional en general, y al Derecho internacional de los derechos humanos en particular. En la actualidad, tal y como la propia MARCEAU indica en la síntesis inicial de su trabajo,

¹⁰⁹⁹ *Ibid.* Apartado 12. (traducción libre del autor)

¹¹⁰⁰ *Ibid.* Apartado 19. (traducción libre del autor)

¹¹⁰¹ Este apartado está basado en el trabajo realizado por Gabrielle MARCEAU en torno al papel de los derechos humanos en el contexto de la Organización Mundial del Comercio. MARCEAU, Gabrielle. “WTO Dispute Settlement and Human Rights”. *Op. Cit.*

*“desde el momento en que los Estados están vinculados simultáneamente por todas sus obligaciones y derechos internacionales, todos los miembros de la OMC que violen los derechos humanos podrían ser responsables, pero esta responsabilidad no puede ser ejecutada por los cuerpos adjudicativos de la OMC”*¹¹⁰².

La reflexión de MARCEAU parte de un problema inicial que desde su punto de vista genera dificultades a la hora de dar a los derechos humanos protagonismo en el marco del sistema de solución de controversias de la OMC: se trata de la falta de referencia expresa a los derechos humanos en las normas emanadas de esta organización. La relación entre los derechos humanos y el sistema de arreglo de disputas de la OMC genera múltiples escenarios diferentes en los que la respuesta no es clara: desde la posibilidad de que un Estado se niegue a cumplir una norma de la OMC por considerar que de hacerlo estaría violando los derechos humanos, hasta analizar si las normas de la OMC podrían, en un caso dado, constituir una habilitación legal para que un Estado incurriera en violaciones de los derechos humanos. Éstas son sólo algunas de las múltiples incógnitas que MARCEAU trata de despejar en su estudio.

El trabajo de MARCEAU parte de tres premisas principales que va resolviendo a lo largo de su estudio y que son las siguientes:

1. El sistema de solución de disputas de la OMC, y las normas emanadas de esta organización, son un subsistema del Derecho internacional. La principal consecuencia de esta afirmación sería, para MARCEAU, que las normas de la OMC deberían siempre interpretarse a la luz del Derecho internacional general, y del Derecho internacional de los derechos humanos como rama de este último (esto es lo que se conoce como *“interpretación de buena fe”*¹¹⁰³).

2. Los órganos de solución de controversias de la OMC tienen dificultades para hacer que normas distintas de las emanadas de su propia organización puedan tener fuerza ejecutiva. MARCEAU explica que el sistema de la OMC, como subsistema del Derecho internacional, consta de su propio sistema interno de solución de controversias y de sus propias interpretaciones, lo que hace que la autora dude acerca del interés que podría

¹¹⁰² *Ibid.* Página 2. (traducción libre del autor)

¹¹⁰³ *Ibid.* Página 5. (traducción libre del autor)

haber en aplicar en la OMC normas que no fueran las de la propia organización, tales como, por ejemplo, las del Derecho internacional de los derechos humanos.

Por otra parte, tal y como indica MARCEAU, no parece probable al menos a primera vista que un órgano de solución de disputas integrado en la OMC pueda declarar que se ha producido la violación de una norma que no pertenece a su sistema, como por ejemplo podría ser una norma internacional referente a los derechos humanos. También en relación con este aspecto, MARCEAU reflexiona acerca de las normas de *ius cogens*, en tanto que informadoras del Derecho internacional con carácter general (en virtud de lo establecido por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, al que ya se hizo referencia en este trabajo), e indica que éstas deberían ser invocadas y aplicadas por los órganos de solución de disputas de la OMC. Este hecho tendría relevancia, puesto que en el conjunto de normas de *ius cogens* se encuentran diversos principios relativos a los derechos humanos.

3. El papel del sistema de solución de disputas de la OMC es esencial a la hora de interpretar el cuerpo normativo de la organización. El estudio elaborado por Gabrielle MARCEAU resulta interesante en el contexto del análisis de la situación de los derechos humanos en el Derecho comercial internacional. Sin embargo, aunque esta propuesta es interesante en cuanto al establecimiento de un sistema que permita resarcir violaciones a los derechos humanos, porque en definitiva supone una contribución a la mayor efectividad de esta rama del Derecho internacional, quizás podría resultar demasiado limitada al acotarse únicamente al ámbito de la OMC. Y es que el sistema de solución de controversias aportado por la OMC únicamente permite la interacción de Estados como sujetos de las disputas: se echa en falta una reflexión acerca del papel de las empresas transnacionales en este contexto ya que si bien es cierto que los actores estatales tienen un enorme peso y fuerza en la comunidad internacional existen otros agentes, como es el caso de las empresas transnacionales, cuya relevancia y peso en esta esfera resulta muy relevante.

6. La doctrina del “*Drittwirkung*”

Queremos también hacer referencia en este trabajo, aunque sea de manera muy breve, a la doctrina alemana conocida como “*Drittwirkung*”. Esta doctrina pretende la construcción de un sistema de aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones jurídicas entre particulares, tanto de forma activa como pasiva.

La doctrina del “*Drittwirkung*” podría resultar útil a la hora de analizar la situación particular de cada sujeto individual, tanto respecto de las obligaciones que tiene respecto de los demás sujetos particulares en cuanto a que debe respetar sus derechos fundamentales, como en cuanto a los propios derechos que le asisten. Sin embargo, su vigencia a la hora de estudiar la atribución de responsabilidad a las empresas transnacionales resulta ciertamente escasa ¹¹⁰⁴.

¹¹⁰⁴ La doctrina del *Drittwirkung* es mencionada por Andrew CLAPHAM en su libro acerca de los derechos humanos en la esfera privada. CLAPHAM, Andrew. “*Human Rights in the Private Sphere*”. Editorial Oxford University Press. Páginas 90 y 91. Reimpresión del año 2002.

CAPÍTULO IV: PROPUESTA RAZONADA DE SOLUCIÓN

I. ACOTACIÓN INICIAL

Los Capítulos anteriores de esta tesis doctoral sirvieron para ofrecer una panorámica de los aspectos más relevantes que inciden en el tratamiento jurídico dado a la empresa transnacional desde una perspectiva internacional, doméstica (española) y comparada. Para ello ofrecimos una mirada a los orígenes históricos de la problemática planteada en esta tesis, así como un análisis en profundidad del concepto jurídico de empresa transnacional, todo ello acompañado de una revisión a fondo del régimen legal aplicable a este tipo de entidades bajo el Derecho internacional y bajo el Derecho español y comparado. La finalidad que perseguimos mostrando estos elementos es la de subrayar las fortalezas y debilidades del sistema jurídico aplicable en la actualidad a las empresas transnacionales en el contexto del Derecho internacional, con el fin de iluminar el camino que nos lleve a realizar una propuesta razonada de solución que ofrezca posibles alternativas para subsanar los problemas y deficiencias detectados (en adelante la **“Propuesta”**).

Para ello, en este Capítulo formularemos una propuesta genérica bajo la cual podría implementarse un sistema de reclamación y enjuiciamiento de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales con un objetivo primordial: implementar un mecanismo jurídico de atribución de responsabilidad a las empresas transnacionales fundamentado en el Derecho internacional y que tenga como principal característica aquella consistente en dotar de la máxima efectividad a las decisiones adoptadas por los órganos encargados del enjuiciamiento de las actuaciones cometidas por este tipo de entidades. Los elementos fundamentales de la Propuesta son los siguientes:

- Elaborar y proponer una fórmula genérica de redacción que contemple de forma expresa e inequívoca los siguientes elementos principales: (i) la referencia a los derechos humanos y al Derecho internacional de los derechos humanos (ii) las categorías de sujetos legitimados en este contexto, tanto a nivel activo como

pasivo (iii) la posibilidad de asignación de responsabilidad a las empresas transnacionales por violaciones de los derechos humanos y (iv) la referencia expresa a mecanismos de solución efectivos para la problemática planteada.

- Formular dentro de esta propuesta un mecanismo para enjuiciar y resolver las controversias surgidas en materia de derechos humanos a través del arbitraje internacional sustanciado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones del Banco Mundial, al que también nos referiremos en adelante como CIADI.
- Incorporar una solución procesal, consistente en formular una propuesta alternativa de redacción para el Capítulo II de la Convención del CIADI (Convención del Centro Internacional de Arreglo de disputas sobre Inversiones¹¹⁰⁵), con el fin de dotar a este tribunal arbitral de las herramientas jurídicas necesarias para que pueda ser habilitado como foro para la solución de controversias relativas a violaciones de los derechos humanos cometidas, entre otros, por empresas transnacionales.

Una vez planteados los elementos fundamentales de la Propuesta que formularemos es necesario que señalemos también que la implementación jurídico-práctica de la misma, con arreglo al Derecho internacional, podría formularse en torno a dos escenarios fundamentales:

- (i) Mediante la adopción de un tratado internacional de naturaleza multilateral que contemple la asignación de responsabilidad a las empresas transnacionales por violaciones de los derechos humanos.
- (ii) A través de la modificación progresiva del texto de los acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones, o APPRI, que permita dotar a dichos tratados internacionales de las herramientas jurídicas necesarias para que puedan proporcionar soluciones eficaces ante las violaciones de los

¹¹⁰⁵ *Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Op. Cit.*

derechos humanos cometidas por las empresas transnacionales que se benefician de sus disposiciones.

Una vez formulada la Propuesta, y como reflexión final, tras analizar y justificar cada uno de los elementos de la misma, expondremos una panorámica sobre las ventajas e inconvenientes de ambas alternativas jurídicas con el fin de analizar la virtualidad práctica de cada una de ellas y nuestras conclusiones al respecto.

II. PROPUESTA DE REDACCIÓN

A continuación, y siguiendo los criterios descritos con anterioridad, ofrecemos nuestra propuesta de redacción genérica de articulado para el futuro tratado internacional a adoptar. Debemos tener en cuenta que la redacción concreta del articulado de esta Propuesta está formulada como modelo genérico, de tal modo que, en el caso de que fuera finalmente implementada, debería adaptarse a las condiciones concretas del instrumento jurídico que corresponda, ya sea multilateral o bilateral.

“Propuesta genérica de redacción para la implementación de un tratado internacional relativo a la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en el ámbito de los derechos humanos “

1. Marco jurídico de referencia

- 1.1. El presente tratado se adopta al amparo de los principios fundamentales basados en promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales.
- 1.2. Las disposiciones de este tratado deberán ser interpretadas y aplicadas considerando los principios y normas generalmente reconocidos en el Derecho internacional que se enuncian en los tratados de las Naciones Unidas y otros instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos que a continuación se señalan, a título enunciativo pero no limitativo:
 - Declaración Universal de Derechos Humanos.
 - Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.
 - Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
 - Convención sobre la Esclavitud y Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud.

- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.
- Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, y sus dos Protocolos Facultativos destinados a proteger a las víctimas de los conflictos armados.
- Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950) y Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.
- Carta Árabe de Derechos Humanos.
- Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- Convenio sobre la Diversidad Biológica.
- Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos.
- Convención sobre Responsabilidad Civil por Daños Resultantes de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente.
- Declaración sobre el derecho al desarrollo.
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.
- Plan de Aplicación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible.
- Declaración del Milenio de las Naciones Unidas.
- Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.
- Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna, aprobado por la Asamblea Mundial de la Salud.
- Criterios Éticos para la promoción de medicamentos y la política de Salud para todos en el siglo XXI de la Organización Mundial de la Salud.
- Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
- Convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo.
- Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo.
- Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la Organización Internacional del Trabajo.
- Convención y Protocolo relativos al Estatuto de los Refugiados.
- Convención de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos sobre la lucha contra el soborno de funcionarios extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.
- Normas relativas a las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos.
- Pacto Global de las Naciones Unidas.

- Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.
- Recomendaciones del Comité sobre Inversiones Internacionales y Empresas Transnacionales de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.
- Principios Rectores recogidos en el Informe del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie.
- Convenio número 87 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación.
- Convenio número 98 relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva.
- Cualesquiera otros instrumentos jurídicos internacionales que se hayan adoptado o se adopten en el futuro para promover la protección de los derechos humanos.

2. Definiciones

2.1. Daño: se entiende por “daño”

a. Daño material, compuesto por:

- (i) Daño emergente.
- (ii) Lucro cesante.
- (iii) Daño físico.

b. Daño inmaterial, compuesto por:

- (i) Daño jurídico.
- (ii) Daño moral.
- (iii) Daño al proyecto de vida.
- (iv) Daño social.

2.2. Parte Interesada: tendrá la consideración de “*Parte Interesada*” cualquier Estado o Gobierno, Empresa Transnacional, Empresa Comercial o Sujeto Individual, así como los empleados, accionistas y otros individuos vinculados con los mencionados sujetos, que se hayan visto afectados por las acciones de un Estado, Empresa Transnacional, Empresa Comercial o Sujeto Individual y que le hayan causado un daño como consecuencia de un incumplimiento de las disposiciones del presente tratado internacional y/o de una violación de los derechos humanos contemplada en las disposiciones del presente tratado y cometida por cualquier medio. Para los efectos del presente tratado internacional será necesario para ser considerado como “*Parte Interesada*” que el Estado o Gobierno, Empresa Transnacional, Empresa Comercial o Sujeto Individual (i) ostente la nacionalidad y/o tenga fijado su domicilio social en alguno de los Estados Parte del presente tratado y/o (ii) que la actuación denunciada y/o el daño sufrido se haya producido en el territorio de alguno de los Estados Parte del presente tratado.

2.3. Afectados Indirectos: el concepto de “*Parte Interesada*” incluye también a aquellos sujetos que de manera indirecta resulten afectados por la acción u omisión contraria a los derechos humanos, en el presente o en el futuro. Aquí cabe incluir, con carácter enunciativo pero no limitativo, a los consumidores, clientes, gobiernos, comunidades vecinas, pueblos, organizaciones no gubernamentales, instituciones crediticias públicas y privadas, proveedores y otras organizaciones.

2.4. Estado o Estado Parte: se entenderá por “*Estado*” o “*Estado Parte*” del presente tratado a aquél Estado (así como a su Gobierno e instituciones) que haya depositado

el correspondiente instrumento de ratificación manifestando su consentimiento en obligarse por lo previsto en las disposiciones del mismo.

2.5. Empresa Transnacional: por "*Empresa Transnacional*" se entiende una entidad económica que realiza actividades en más de un país, o un grupo de entidades económicas que realizan actividades en dos o más países, cualquiera que sea la forma jurídica que adopte, tanto en su propio país como en el país de la actividad, y ya sea que se le considere individual o colectivamente. Para los efectos del presente tratado internacional será necesario que la Empresa Transnacional (i) ostente la nacionalidad y/o tenga su domicilio social fijado en el territorio de alguno de los Estados Parte del presente tratado y/o (ii) desarrolle sus actividades en el territorio de alguno de los Estados Parte de este tratado para que sea susceptible de atribución de responsabilidades bajo sus disposiciones.

2.6. Empresa Comercial: por "*Empresa Comercial*" se entiende cualquier entidad comercial, sea cual sea el ámbito internacional o nacional de sus actividades, incluso si se trata de una Empresa Transnacional, contratista, subcontratista, proveedor, concesionario o distribuidor, la forma de asociarse o integrarse o cualquier otra forma jurídica utilizada para constituir esa entidad comercial y el tipo de derecho de propiedad de la entidad. A efectos prácticos, se presumirá la aplicación del presente tratado internacional si la Empresa Comercial tuviera algún tipo de relación con una Empresa Transnacional, y/o si los efectos de sus actividades no fueran totalmente locales. Para los efectos del presente tratado internacional será necesario que la Empresa Comercial (i) ostente la nacionalidad y/o tenga su domicilio social fijado en el territorio de alguno de los Estados Parte del presente tratado y/o (ii) desarrolle sus actividades en el territorio de alguno de los Estados Parte de este tratado para que sea susceptible de atribución de responsabilidades bajo sus disposiciones.

2.7. Sujeto Individual: se define como "*Sujeto Individual*" a una persona humana con capacidad de obrar que se encuentra en pleno ejercicio de sus facultades jurídicas, incluyendo sus derechos y sus obligaciones (en caso de tratarse de personas que no gozan de capacidad de obrar, deberán actuar por medio de representante legal). Para los efectos del presente tratado internacional, será necesario que el Sujeto Individual ostente la nacionalidad de alguno de los Estados Parte del presente tratado.

3. Obligaciones generales en materia de derechos humanos

3.1 Los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos consagrados en la legislación internacional y nacional, en cumplimiento de lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el resto de instrumentos jurídicos existentes en el contexto del Derecho internacional para la promoción y protección de los derechos humanos, así como de asegurar que se cumplan estos derechos, respetarlos y hacerlos respetar, incluso velando por que las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales respeten los derechos humanos.

3.2 Las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales, sus directivos, incluidos los administradores, miembros del consejo de administración o directores y otros ejecutivos, y las personas que trabajan para ellas tienen, entre otras, obligaciones y responsabilidades en la esfera de los derechos humanos, además de la responsabilidad de promover y proteger los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el resto de instrumentos jurídicos internacionales que componen el Derecho internacional de los derechos humanos, incluidos, con carácter enunciativo, pero no limitativo, los derechos e intereses de la mujer y de los pueblos indígenas, así como los de otros grupos en situación de

vulnerabilidad, el derecho a la seguridad personal, y también los derechos de los trabajadores, los derechos de los consumidores, y los derechos en materia de protección del medio ambiente.

4. Obligaciones de los Estados

4.1 Los Estados reconocen expresamente su obligación de respetar los compromisos adquiridos en virtud de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos descritos en el presente tratado internacional, incluyendo, con carácter enunciativo pero no limitativo, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el resto de instrumentos que componen la Carta Internacional de Derechos Humanos.

4.2 Asimismo, los Estados asumen el compromiso de respetar, cumplir y hacer cumplir con todos y cada uno de los acuerdos y recomendaciones reflejadas bajo los Principios Rectores incorporados en el Informe del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie.

4.3 Como consecuencia de la adopción de este tratado, los Estados asumen el compromiso de respetar sus propias legislaciones internas y de hacer que sus legislaciones internas sean respetuosas con los derechos humanos.

4.4 Los Estados asumen el compromiso de velar por los derechos humanos en sus territorios, así como de brindar a sus ciudadanos una adecuada protección de sus derechos humanos, cumpliendo así con los mandatos dictados por los instrumentos jurídicos internacionales vigentes en esta materia. La obligación de los Estados en materia de protección de los derechos humanos incluye:

- i la obligación de protección frente a violaciones de los derechos humanos;
- ii el compromiso de reparación del daño causado; y
- iii el compromiso de proporcionar acceso a un remedio adecuado para las víctimas de violaciones de los derechos humanos.

4.5 En línea con la obligación de vigilancia descrita en el apartado anterior, los Estados asumen el compromiso de supervisar en sus jurisdicciones el cumplimiento de su propia legislación interna por parte de:

- i las instituciones públicas del Estado;
- ii las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales que ejerzan su actividad comercial en su territorio; y
- iii los Sujetos Individuales

4.6 Los Estados manifiestan su compromiso irrevocable de acatar cualquier decisión adoptada por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones del Banco Mundial (en adelante “**CIADI**”), en el enjuiciamiento de cualquier incumplimiento o violación de los derechos humanos bajo las disposiciones del presente tratado.

4.7 Los Estados renuncian expresamente a exigir el agotamiento de sus vías administrativas o judiciales internas como condición previa para someter a conciliación o arbitraje cualquier disputa surgida de cualquier incumplimiento o violación de los derechos humanos bajo las disposiciones del presente tratado.

4.8 Los Estados manifiestan igualmente su compromiso irrevocable de ejecutar la decisión adoptada por el CIADI sin incurrir en dilaciones innecesarias.

5. Obligaciones de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales

- 5.1** Se reconoce expresamente la obligación de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales de respetar los compromisos adquiridos en virtud de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos descritos en el presente tratado internacional, incluyendo, con carácter enunciativo pero no limitativo, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el resto de instrumentos que componen la Carta Internacional de Derechos Humanos.
- 5.2** Asimismo, se reconoce expresamente la obligación de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales de respetar y cumplir los Principios Rectores reflejados en el Informe del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie.
- 5.3** Se reconoce y asume expresamente el compromiso irrevocable de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales de respetar los derechos humanos, con independencia de su tamaño, sector, contexto operacional, titularidad y estructura.
- 5.4** Se reconoce y asume expresamente el compromiso irrevocable de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales de proteger y respetar los derechos humanos, y en consecuencia de:
- i abstenerse de violar los derechos humanos de terceros; y
 - ii afrontar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna clase de participación
- 5.5** Se reconoce y asume expresamente el compromiso irrevocable de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales de adoptar medidas de diligencia debida y otras que sirvan para prevenir violaciones de los derechos humanos, así como de abstenerse de cometer actuaciones que puedan implicar violaciones de los derechos humanos.
- 5.6** Se reconoce y asume expresamente el compromiso irrevocable de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales de respetar las legislaciones internas de los Estados donde ejerzan sus actividades bajo cualquier forma jurídica.
- 5.7** Las obligaciones de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en materia de protección de los derechos humanos a las que se hace referencia en este tratado incluyen también la obligación y el compromiso irrevocable de reparar el daño causado de una forma justa y adecuada.
- 5.8** Se reconoce expresamente el compromiso irrevocable de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales de acatar la decisión adoptada por el CIADI en el enjuiciamiento de actuaciones llevadas a cabo por Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales que puedan ser consideradas como un incumplimiento o violación de los derechos humanos bajo las disposiciones del presente tratado.
- 5.9** Se reconoce y asume expresamente el compromiso irrevocable de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales de ejecutar la decisión adoptada por el CIADI sin incurrir en dilaciones innecesarias.

6. Del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones

6.1 Se reconoce y acepta expresamente la competencia y jurisdicción del CIADI para la resolución de las controversias que se susciten bajo el presente tratado internacional entre cualquiera de los sujetos contemplados en el mismo, ya sean Estados, Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales o Sujetos Individuales.

6.2 En consecuencia, se asume el compromiso irrevocable y expreso de someter las controversias que se susciten bajo el presente tratado internacional al arbitrio del CIADI.

6.3 El foro para la solución de las controversias que se deriven de cualquier violación o incumplimiento de las disposiciones del presente tratado es el CIADI, con sede en Washington, D.C. (Estados Unidos de América) o en cualquier otra sede con la que el CIADI hubiera alcanzado un acuerdo a tal efecto y con la que estuvieran de acuerdo las partes involucradas en la controversia.

7. De los sujetos legitimados, legitimación activa y acciones colectivas

7.1. De los sujetos

7.1.1 Podrán ser encausados por violaciones de cualquier disposición del presente tratado internacional los siguientes sujetos:

- i Estados Parte.
- ii Empresas Transnacionales.
- iii Empresas Comerciales.
- iv Sujetos Individuales.

7.1.2 Están legitimados para la iniciación de acciones por violaciones de los derechos humanos al amparo del presente tratado todos los sujetos que ostenten la condición de “*Parte Interesada*” recogida en los artículos 25 y siguientes de la Convención del CIADI y sus normas de desarrollo, así como en virtud de lo dispuesto a estos efectos en el presente tratado.

7.2 Del interés legítimo

7.2.1 Está legitimado para iniciar un procedimiento de controversia cualquiera de los sujetos mencionados en esta sección y en los artículos 25 y siguientes de la Convención del CIADI, siempre y cuando ostente un interés legítimo en la controversia.

7.2.2 La evaluación de este interés legítimo será realizada por el CIADI de conformidad con el procedimiento previsto a estos efectos en la Convención del CIADI.

7.3 De las acciones colectivas

7.3.1 Tanto en los casos de arbitraje como en los de conciliación, se podrá solicitar ante el CIADI la interposición de demandas colectivas.

7.3.2 Las solicitudes de demanda colectiva serán valoradas por el CIADI sobre un criterio “*caso por caso*” basado en (i) las especiales circunstancias de la controversia y/o (ii) el especial interés en la disputa del colectivo solicitante.

7.4 Amicus curiae

- 7.4.1 Tanto en los casos de arbitraje como en los de conciliación, se podrá prever la presentación de escritos ante el CIADI por parte de terceras partes no involucradas directamente en la disputa, o “*amicus curiae*”.
- 7.4.2 Los escritos presentados por “*amicus curiae*” serán valorados y tenidos en cuenta por el CIADI para la resolución de la controversia sobre un criterio “*caso por caso*”.
- 7.4.3 El CIADI podrá adoptar la decisión de iniciar un procedimiento “*de oficio*” en caso de que, tras la recepción de un escrito presentado por un “*amicus curiae*” en relación con una determinada disputa o caso, estime la concurrencia de elementos suficientes para considerar pertinente la apertura de un procedimiento de arbitraje.

7.5 Experto independiente

- 7.5.1 Tanto en los casos de arbitraje como en los de conciliación se podrá prever la participación de expertos independientes en el procedimiento, bien a instancia de parte o a instancia del CIADI.
- 7.5.2 Los escritos presentados por expertos independientes en cualquier fase del procedimiento serán valorados y tenidos en cuenta por el CIADI sobre un criterio “*caso por caso*”.

8 Incumplimiento y violación

8.1 Incumplimiento

Se entiende por incumplimiento:

- a. Cualquier incumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente tratado.
- b. Cualquier incumplimiento de las disposiciones contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en el resto de instrumentos jurídicos internacionales que la desarrollan, entre ellos, con carácter enunciativo pero no limitativo, los contemplados en la Carta Internacional de Derechos Humanos.
- c. Cualquier incumplimiento de una disposición jurídica de protección de los derechos humanos que acarree una violación de los derechos humanos.

La realización de cualquier acto que pueda ser considerado como un incumplimiento de los descritos en el presente artículo será considerado como un incumplimiento de las disposiciones del presente tratado internacional, y será objeto de persecución y sanción bajo el procedimiento previsto en el presente tratado, así como en la Convención del CIADI y sus normas de desarrollo.

8.2 Violación

Se entiende por violación:

- a. Cualquier acción u omisión que resulte contraria a lo dispuesto en el presente tratado.
- b. Cualquier acción u omisión que resulte contraria a la Declaración Universal de Derechos Humanos o de cualquiera de los instrumentos jurídicos internacionales que la desarrollan, entre ellos, con carácter enunciativo pero no limitativo, los contemplados en la Carta Internacional de Derechos Humanos.

- c. Cualquier acción u omisión que resulte contraria a la normativa interna en materia de derechos humanos del Estado donde se cometió dicha acción u omisión.
- d. La realización por parte de un Estado Parte del presente tratado internacional de (i) una acción consistente en la emisión de una o varias normas o disposiciones legales internas que resulten contrarias a su propia normativa interna en materia de derechos humanos; y/o (ii) una acción u omisión que resulte contraria a su propia normativa interna en materia de derechos humanos.
- e. La realización por cualquier Estado Parte del presente tratado internacional de (i) una acción consistente en la emisión de cualquier norma o disposición legal que resulte contraria a la Declaración Universal de Derechos Humanos o de cualquiera de los instrumentos jurídicos internacionales que la desarrollan, entre ellos, con carácter enunciativo pero no limitativo, los contemplados en la Carta Internacional de Derechos Humanos; y/o (ii) una acción u omisión que resulte contraria a la Declaración Universal de Derechos Humanos o de cualquiera del resto de instrumentos jurídicos internacionales que la desarrollan, entre ellos, con carácter enunciativo pero no limitativo, los contemplados en la Carta Internacional de Derechos Humanos.
- f. La celebración por cualquier Estado Parte del presente tratado internacional de cualquier acuerdo o tratado con otros Estados, instituciones u organismos internacionales, cuando éste resulte contrario a de la Declaración Universal de Derechos Humanos o de cualquiera del resto de instrumentos jurídicos internacionales que la desarrollan, entre ellos, con carácter enunciativo pero no limitativo, los contemplados en la Carta Internacional de Derechos Humanos.
- g. En general, cualquier violación de los derechos humanos.

La realización de cualquier acción que pueda subsumirse dentro de las descritas en la presente sección, y que pueda en consecuencia resultar contraria a los derechos humanos, podrá ser considerada como un incumplimiento de las disposiciones del presente tratado internacional y podrá ser objeto de persecución y sanción bajo el procedimiento previsto en el presente tratado, así como en la Convención del CIADI y sus normas de desarrollo.

9 Procedimiento

9.1 Prevalencia de las disposiciones del tratado

Los procedimientos de conciliación y arbitraje previstos en el presente tratado internacional se rigen:

- (i) Por las disposiciones contenidas en este tratado internacional.
- (ii) Con carácter subsidiario, y para todas aquellas cuestiones no reguladas en este tratado, por las disposiciones de la Convención del CIADI y en sus normas de desarrollo.

9.2 De la conciliación

- 9.2.1 Los Estados Parte del presente tratado internacional se comprometen a promover la búsqueda y alcance de soluciones amistosas para los conflictos surgidos en el ámbito de este tratado a través de la conciliación, siempre que ello resulte posible.
- 9.2.2 Asimismo, se reconoce el compromiso de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales de buscar soluciones amistosas mediante conciliación a las disputas nacidas bajo el presente tratado, siempre que ello resulte posible.
- 9.2.3 El procedimiento de conciliación será sustanciado ante una Comisión de Conciliación constituida con arreglo a las disposiciones previstas en la Convención del CIADI.

- 9.2.4 El procedimiento de conciliación será el previsto a estos efectos en los artículos 28 y siguientes de la Convención del CIADI.
- 9.2.5 El procedimiento de conciliación concluirá con un acta elaborada por la Comisión de Conciliación, en la que se detallará la solución alcanzada por las partes, en su caso, o bien se indicará la falta de acuerdo entre ellas, concluyendo en cualquier caso y de este modo el procedimiento de conciliación.
- 9.2.6 A lo largo de la sustanciación del procedimiento de arbitraje, se podrá prever la presentación de escritos por parte de “*amicus curiae*” de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 7.4 del presente tratado.
- 9.2.7 La sustanciación de un procedimiento de conciliación no se considera requisito necesario para la iniciación de un procedimiento de arbitraje bajo las disposiciones del presente tratado.

9.3 Del arbitraje

- 9.3.1 Todas las disputas por arbitraje conducidas ante el CIADI serán sustanciadas con arreglo a la Convención que regula el funcionamiento de dicho tribunal y el resto de instrumentos jurídicos que regulan su funcionamiento.
- 9.3.2 El procedimiento arbitral se desarrollará de acuerdo a las normas contenidas en la Convención del CIADI y sus normas de desarrollo.
- 9.3.3 El laudo arbitral se compondrá de los siguientes elementos:
- i. Determinación relativa a si ha tenido lugar o no violación del presente tratado internacional, y sus disposiciones, por cualquier medio posible.
 - ii. Determinación del daño producido, incluyendo, en su caso, los siguientes elementos:
 1. Daños materiales.
 2. Daños inmateriales.
 3. Evaluación de los daños por medio de peritaje realizado por un experto independiente.
 - iii. Determinación, en su caso, de la compensación pecuniaria a abonar, incluyendo cuando corresponda:
 1. Reparación del daño material.
 2. Compensación del perjuicio causado por daño emergente y/o lucro cesante.
 3. Indemnización por daño inmaterial.
 4. Pago de costas.
 - iv. Determinación, en su caso, de sanciones pecuniarias para las partes involucradas en la controversia.
 - v. Posibilidad (al arbitrio del CIADI) de publicación del laudo en los Diarios Oficiales y los tres medios de prensa escrita más leídos de (i) el territorio del Estado donde se cometió la violación y/o (ii) el territorio del Estado donde la entidad responsable de la violación tenga fijado su domicilio social y/o cuya nacionalidad ostente, según sea el caso.
 - vi. Posibilidad (al arbitrio del CIADI) de establecimiento de un proceso de supervisión del cumplimiento de las disposiciones del laudo. Esta actuación podrá ser delegada por el CIADI, en su caso, en una institución supervisora del cumplimiento del laudo, que será acordada por el propio CIADI.
 - vii. Posibilidad (al arbitrio del CIADI) de realizar una revisión y evaluación de la situación del caso transcurridos dos (2) años desde la emisión del

laudo. En casos justificados el CIADI podrá decidir revisar y evaluar el estado del caso con posterioridad al periodo de dos (2) años mencionado anteriormente.

viii. Posibilidad (al arbitrio del CIADI) de que el CIADI realice sugerencias a las partes con respecto a su legislación interna, las cuales les serán remitidas para su estudio y evaluación.

9.3.4 El laudo es obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación, excepto en los casos previstos en la Convención del CIADI.

9.3.5 Cualquier incumplimiento del laudo será considerado como una violación del presente tratado internacional.

9.3.6 Dicho incumplimiento podrá acarrear para la parte actora la posibilidad de la imposición de una sanción por parte del CIADI, cuya cuantía será determinada por el CIADI.

9.3.7 La aclaración, revisión y/o anulación del laudo arbitral será realizada de conformidad con el procedimiento previsto a estos efectos en los artículos 50 y siguientes de la Convención del CIADI.

9.3.8 A lo largo de la sustanciación del procedimiento de arbitraje, se podrá prever la presentación de escritos por parte de “*amicus curiae*”, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 6.4 del presente tratado.

10 Entrada en vigor

El presente tratado entrará en vigor un mes después de la fecha en la que se haya depositado el instrumento de ratificación de este tratado por todos los Estados Parte del mismo / un mes después de la fecha en la que se haya depositado el instrumento de ratificación de este tratado por al menos dos tercios de los Estados Parte del mismo.

[***]”

III. JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA

1. Derecho de los tratados

La primera cuestión que debe tenerse en cuenta a la hora de entrar a un análisis más detallado del borrador de Propuesta es que ésta deberá ser adoptada conforme al Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (el “**Convenio de Viena**”)¹¹⁰⁶. Cumplir con el procedimiento previsto en el Convenio de Viena es esencial, dado que la validez y eficacia de la Propuesta depende de la adecuada observancia de los requisitos y

¹¹⁰⁶ *Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. Adoptado por el Reino de España mediante instrumento de adhesión de fecha 2 de mayo de 1972. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 142 de fecha 13 de junio de 1980. Op. Cit.*

procedimientos previstos en el mismo para la adopción de tratados internacionales. Entre ellos destacamos una serie de elementos fundamentales:

1. El borrador de tratado internacional resultante de la Propuesta deberá ser adoptado por Estados, en tanto en cuanto son éstos quienes ostentan la capacidad para su celebración¹¹⁰⁷.

De lo anterior debemos extraer la consecuencia de que no sería factible incluir la posibilidad de que el tratado resultante de la Propuesta fuera suscrito también por otros entes como empresas transnacionales, por ejemplo, al no ostentar éstos en la actualidad la condición de sujetos del Derecho internacional.

Por ello en la Propuesta, y concretamente en la sección correspondiente a las obligaciones de los Estados, hemos incorporado una obligación *in vigilando* de los Estados Parte de la misma en el contexto de sus jurisdicciones, tanto respecto a las actuaciones de las empresas de cualquier naturaleza que ejerzan su actividad comercial en sus territorios, como en relación con las actividades ejercidas por las personas o sujetos individuales. Y es que debemos recordar que de conformidad con lo previsto a estos efectos en el propio Convenio de Viena “*un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio [...]*”¹¹⁰⁸.

En cualquier caso, tampoco podemos olvidar que también hemos incorporado en la Propuesta una sección completa en la que se detallan de forma explícita las obligaciones de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos.

2. Por lo que respecta a la entrada en vigor de la Propuesta existirían dos alternativas conforme al Convenio de Viena: (i) establecer en el propio texto del tratado resultante un mecanismo de entrada en vigor, ya sea por régimen de mayorías o fijando una fecha de efectos determinada o (ii) acordar que el tratado entre en vigor, por defecto, en la fecha en la que se tenga constancia del consentimiento en

¹¹⁰⁷ *Ibid.* Artículo 6.

¹¹⁰⁸ *Ibid.* Artículo 29.

obligarse por las disposiciones del tratado emitido por todos los Estados negociadores del mismo¹¹⁰⁹.

En nuestro caso, el mecanismo de entrada en vigor variaría en función de si el tratado adoptado es de naturaleza multilateral o bilateral:

(i) En el caso de que se tratase de un tratado multilateral, habría dos alternativas: (a) que la entrada en vigor del tratado quede sujeta al depósito del instrumento de ratificación por todos los Estados Parte del mismo o (b) que la entrada en vigor del tratado quede sujeta al depósito del instrumento de ratificación por un número mínimo de Estados. En este sentido, entendemos que lo más recomendable sería fijar una fecha concreta para la entrada en vigor del mismo una vez obtenida la ratificación de un número mínimo de Estados Parte, ya que éste sería el modo más sencillo de evitar que la vigencia del tratado internacional resultante de la Propuesta dependa de la adopción de decisiones políticas internas en el seno de los Estados negociadores. A estos efectos, proponemos que el número mínimo de Estados Parte quede fijado en dos tercios¹¹¹⁰.

(ii) En el caso de que se tratase de un tratado bilateral, y al participar en el mismo únicamente dos Estados, entendemos que la entrada en vigor debería producirse una vez que ambos Estados hayan manifestado su consentimiento en obligarse por las disposiciones del mismo.

3. Una vez que el tratado internacional resultante de la Propuesta haya entrado en vigor será necesario que se tramite ante la Secretaría General de las Naciones Unidas para su registro o archivo e inscripción, según el caso, y para su publicación¹¹¹¹.

¹¹⁰⁹ *Ibid.* Artículo 24.

¹¹¹⁰ Proponemos la cifra de dos tercios de los Estados Parte del borrador de tratado, aplicando a estos efectos, por analogía, el criterio incorporado en el artículo 9.2 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, para el supuesto de celebración de una conferencia internacional dedicada a la adopción de un tratado internacional multilateral. *Ibid.* Artículo 9.2.

¹¹¹¹ *Ibid.* Artículo 80.

2. Referencia al Derecho internacional de los derechos humanos

En el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos existen numerosos ejemplos de tratados internacionales que hacen referencia en sus textos a diferentes instrumentos jurídicos internacionales que tienen que ver, ya sea de forma directa o indirecta, con el Derecho internacional de los derechos humanos. A continuación, y en línea con la fórmula planteada en los tratados internacionales sobre derechos humanos, hacemos referencia a aquellos instrumentos jurídicos internacionales que, ya sea de forma explícita o implícita, están incorporados en la redacción de la Propuesta o sirven de marco jurídico para ella, así como a los motivos que nos han llevado a su incorporación.

2.1. La Norma sobre Responsabilidad de las Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas

La Norma sobre Responsabilidad de las Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas es la herramienta jurídica internacional que ha servido como base para la redacción de la Propuesta y que constituye el principal instrumento jurídico en materia de derechos humanos emanado de las Naciones Unidas.

Con independencia de la referencia a las Normas que realizaremos a continuación, recordamos en esta sede que la labor de las Naciones Unidas en relación con las empresas transnacionales ha pasado, desde su inicio en la década de 1970, por distintas etapas con intervalos intermitentes de actividad e inactividad como consecuencia de las diferentes presiones políticas, económicas y sociales sufridas que han ido afectando al proceso.

Los trabajos sobre empresas transnacionales estuvieron inicialmente a cargo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales¹¹¹². Las funciones principales de la Comisión de Empresas Transnacionales consistían en (i) proporcionar

¹¹¹² MORAN, Theodore H. Revista trimestral “*Corporaciones Transnacionales*”. *Op. Cit.* Página 92. SAGAFI-NEJAD, Tagi y H. DUNNING, John. “*The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact*”. *Op. Cit.* La decisión de constituir la Comisión de las Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales fue adoptada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en virtud de la resolución 1913 (LVII) de 5 de diciembre de 1974. *Resolución 1913 (LVII) de 5 de diciembre de 1974 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas*. Resolución por la que se constituye la Comisión de las Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales.

información (ii) analizar las políticas existentes respecto a las empresas transnacionales y (iii) brindar servicios de asesoría, asistencia técnica y capacitación¹¹¹³.

Sin embargo, la principal tarea a la que se encomendó la Comisión de Empresas Transnacionales desde su constitución fue la de impulsar la creación de un Código de Conducta para las empresas transnacionales, que permitiera de algún modo evitar futuras controversias derivadas de la actuación de este tipo de entidades en el ejercicio de sus actividades comerciales. Las tareas de elaboración del Código de Conducta se iniciaron en 1974 y, tras cerca de dos décadas de negociaciones, resultaron en fracaso en 1992¹¹¹⁴.

Por ello, en ese mismo año y bajo el mandato de Boutros GHALI, las Naciones Unidas decidieron transferir la tarea desarrollada por la Comisión de Empresas Transnacionales para la elaboración del Código de Conducta a la Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo¹¹¹⁵, que ha continuado desempeñando tareas relacionadas con las empresas transnacionales, aunque la tarea de desarrollo del Código de Conducta quedó relegada a un segundo plano.

En cualquier caso, y a pesar del fracaso sufrido en relación con el Código de Conducta, la Organización de las Naciones Unidas ha retomado recientemente su interés en regular la conducta de las empresas transnacionales: el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas decidió en su resolución A/HRC/RES/26/9 de 14 de julio de 2014 establecer un grupo de trabajo intergubernamental con el fin de “*regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos*”¹¹¹⁶.

En cuanto al Código de Conducta, hacemos referencia a él dado que se trata de un instrumento jurídico precursor que ha constituido la base sobre la que se ha cimentado la elaboración de la Norma sobre Responsabilidad de las Empresas Transnacionales de las

¹¹¹³ *Ibidem*.

¹¹¹⁴ MORAN, Theodore H. Revista trimestral “*Corporaciones Transnacionales*”. *Op. Cit.* Página 97.

¹¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹¹⁶ *Resolución A/HRC/RES/26/9 de 14 de julio de 2014*. Adoptada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, relativa a la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. Página 2.

Naciones Unidas, instrumento jurídico internacional clave para la elaboración de la Propuesta.

Por lo que respecta a las Normas, éstas fueron adoptadas el 23 de agosto de 2003 mediante resolución de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas bajo el título “*Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos*”¹¹¹⁷, y constituyen el primer precedente jurídico de calado internacional específicamente dedicado a regular el tratamiento de los derechos humanos en el ámbito de las empresas transnacionales y multinacionales. El objetivo perseguido por las Normas es el de imponer a las empresas directamente, conforme al Derecho internacional, la misma gama de obligaciones de derechos humanos que han aceptado cumplir los Estados en virtud de los tratados que ratifican¹¹¹⁸.

La incorporación de las Normas a la Propuesta constituye un elemento esencial para el supuesto dado que, aunque no se pueden considerar en ningún caso como una norma de Derecho internacional imperativo, sino como un instrumento jurídico de “*soft law*”¹¹¹⁹, las Normas constituyen el esfuerzo jurídico documentado más importante en esta materia de los elaborados hasta la fecha por la comunidad internacional.

2.2. La Declaración Universal de Derechos Humanos

Las Normas comienzan su Preámbulo haciendo referencia a la Carta de las Naciones Unidas y a los principios y obligaciones en materia de derechos humanos¹¹²⁰ que se recogen en este instrumento jurídico¹¹²¹, haciendo también mención en su articulado a toda una serie de tratados internacionales que componen el grueso del cuerpo normativo del Derecho internacional de los derechos humanos. Dentro de ese conjunto de tratados

¹¹¹⁷ La Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos aprobó las *Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos* en su Resolución 2003/16, de 13 de agosto de 2003.

¹¹¹⁸ *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie. *Op. Cit.*

¹¹¹⁹ Definición de “*soft law*”, término jurídico. MARTIN, Elizabeth A. “*A Dictionary of Law*”. *Op. Cit.*

¹¹²⁰ *Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. *Op. Cit.* Preámbulo y artículos 1, 2, 55 y 56.

¹¹²¹ *Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos*. *Op. Cit.* Preámbulo.

e instrumentos jurídicos internacionales se encuentra la Declaración Universal de Derechos Humanos¹¹²².

Conviene recordar, en materia de legislación doméstica, que en numerosos textos constitucionales en el Derecho comparado se hace también referencia expresa a la Declaración Universal de Derechos Humanos¹¹²³: este es un mecanismo a través del cual los Estados se sirven para declarar públicamente su compromiso, así como su firme convicción y creencia en los derechos humanos. Como muestra de la referencia realizada en la legislación interna de los Estados a la Declaración Universal de Derechos Humanos, véase el artículo 10.2 de la Constitución Española¹¹²⁴:

“Artículo 10

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

Es cierto que la Declaración Universal de Derechos Humanos, como su propio nombre indica, es una mera declaración que en teoría carece de fuerza jurídico-vinculante para los Estados. Sin embargo, y dado que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos forma parte del conjunto de normas de Derecho consuetudinario internacional y en consecuencia tiene la capacidad de “*servir de modelo para medir la conducta de los Estados*”¹¹²⁵ al estar

¹¹²² *Declaración Universal de Derechos Humanos. Op. Cit.*

¹¹²³ Un ejemplo de esta tendencia constitucional es la Constitución Española, a la que ya hicimos referencia anteriormente en esta tesis doctoral, y en cuyo artículo 10.2 se declara el expreso compromiso del Estado español en relación a la Declaración Universal de Derechos Humanos y al cuerpo jurídico de tratados internacionales en materia de derechos humanos: “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*” *Constitución Española. Op. Cit.* Artículo 10.2.

¹¹²⁴ *Ibid.* Artículo 10.

¹¹²⁵ Esta referencia a la “*Declaración Universal de Derechos Humanos*” como norma perteneciente al Derecho internacional consuetudinario la podemos encontrar en la propia página oficial en Internet de las Naciones Unidas en el enlace relativo a la Carta Internacional de Derechos Humanos. *Carta Internacional de Derechos Humanos. Op. Cit.*

compuesta por un conjunto de principios que informan al Derecho internacional y que constituyen el mínimo estándar de tratamiento que debe ser dado a los seres humanos¹¹²⁶.

Es por todos estos motivos que consideramos relevante incorporar en la Propuesta una referencia expresa a la Declaración Universal de Derechos Humanos como herramienta de referencia en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos.

2.3. Otros instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos

Debemos también tener en cuenta que existe toda una serie de tratados internacionales en materia de derechos humanos que sí ostentan la condición jurídica de tratados internacionales bajo el Derecho internacional, generando obligaciones vinculantes para los Estados parte de los mismos, así como otra serie de instrumentos legales internacionales que aún no gozando de la condición jurídica de tratado internacional son elementos informadores del Derecho internacional en calidad de “*soft law*”¹¹²⁷.

En cualquier caso, este conjunto de declaraciones, tratados internacionales y otros instrumentos que componen el Derecho internacional de los derechos humanos tal como se conoce en la actualidad genera una serie de criterios de estándares mínimos de tratamiento de los seres humanos que deben ser respetados por todos los Estados, ya no sólo como miembros de las Naciones Unidas, sino también como consecuencia de las obligaciones que han asumido al manifestar su consentimiento en obligarse por las disposiciones de dichos tratados como Estados parte de los mismos.

Por todos estos motivos consideramos que es también muy relevante que se incorporen referencias expresas a este cuerpo de instrumentos jurídicos internacionales en el articulado de la Propuesta, tanto con el fin de establecer un marco jurídico de referencia para este borrador de tratado, como en referencia a las obligaciones de los Estados Parte

¹¹²⁶ En relación con esta cuestión, véase lo comentado por Concepción ESCOBAR en la obra de Manuel DÍEZ DE VELASCO “*Instituciones de Derecho Internacional Público*”. ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. “*La Protección Internacional de los Derechos Humanos (I)*”. *Instituciones de Derecho Internacional Público* (DÍEZ DE VELASCO, Manuel). *Op. Cit.* ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. “*La Protección Internacional de los Derechos Humanos (II)*”. *Instituciones de Derecho Internacional Público* (DÍEZ DE VELASCO, Manuel). *Op. Cit.*

¹¹²⁷ Definición de “*soft law*”, término jurídico. MARTIN, Elizabeth A. “*A Dictionary of Law*”. *Op. Cit.*

del mismo y a las obligaciones aplicables a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, y así lo plasmamos en el texto de la Propuesta (artículos 1, 3, 4 y 5).

La referencia realizada en la Propuesta se basa fundamentalmente en la redacción dada en este contexto en el preámbulo de las Normas, pero en esta ocasión trasladada al propio articulado del tratado y en concreto a su artículo 1, en el que se indica expresamente que este conjunto de disposiciones jurídicas internacionales deberá ser utilizado como marco de interpretación de las disposiciones del tratado:

“Las disposiciones de este tratado deberán ser interpretadas y aplicadas considerando y teniendo en cuenta los principios y normas generalmente reconocidos en el Derecho internacional que se enuncian en los tratados de las Naciones Unidas y otros instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos que a continuación se señalan a título meramente enunciativo pero no limitativo: [...]”

La finalidad que se persigue al incorporar este conjunto de disposiciones al articulado de la Propuesta es la de dotarlas de carácter normativo y convertirlas en un marco jurídico que deberá ser utilizado y aplicado por el CIADI en el enjuiciamiento de los conflictos que sean sustanciados ante él, y por lo tanto ir más allá de la realización de una mera declaración de intenciones en el preámbulo del tratado.

En el decálogo de instrumentos internacionales de derechos humanos que se recogen en el artículo 1 de la Propuesta hemos incorporado también un grupo de instrumentos de naturaleza regional que no aparecen reflejados en las Normas, dado que consideramos relevante que este tipo de tratados internacionales, declaraciones y otros instrumentos relativos a los derechos humanos se encuentren reflejados de forma expresa en el articulado del borrador de tratado. Los instrumentos que han sido incorporados a la Propuesta son los siguientes:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹²⁸.

¹¹²⁸ Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32). Op. Cit.

- Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales¹¹²⁹.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹¹³⁰.
- Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹¹³¹.
- Carta Árabe de Derechos Humanos¹¹³².
- Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático¹¹³³.

A nuestro entender resulta necesario hacer referencia en la Propuesta a este conjunto de instrumentos jurídicos dado que todos ellos forman parte del Derecho internacional de los derechos humanos. Además, consideramos que el reflejo de los tratados de naturaleza regional en el contexto de los derechos humanos cumple también la función de generar un marco jurídico de referencia en esta materia que sea aplicable a nivel regional y que de algún modo descienda desde el nivel de tratamiento jurídico universal dado por instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, para referirse también a otros instrumentos jurídicos igualmente relevantes en los sistemas regionales de derechos humanos.

En todo caso, en relación con esta cuestión, debemos tomar en consideración que los tratados regionales de derechos humanos resultan vinculantes para aquellos Estados que son parte de las organizaciones internacionales regionales en cuyo ámbito han sido dictados – ya sea, por ejemplo, la Unión Europea o la Organización de Estados Americanos -, toda vez que han aceptado su clausulado como Estados Parte de estas organizaciones internacionales. Cuestión distinta es la relativa a la consideración jurídica de estos tratados internacionales en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos en general, respecto del cual ostentan la condición de fuente informadora, conforme a lo indicado en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹¹²⁹ *Convenio europeo sobre derechos humanos y libertades fundamentales. Op. Cit.*

¹¹³⁰ *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Op. Cit.*

¹¹³¹ *Carta africana de derechos humanos y de los pueblos (Carta de Banjul). Op. Cit.*

¹¹³² *Carta Árabe de Derechos Humanos. Op. Cit.*

¹¹³³ *ASEAN Human Rights Declaration. Op. Cit.*

2.4. Los Principios Rectores y las Líneas Directrices

Asimismo, consideramos relevante hacer mención en el artículo 1 de la Propuesta a algunos instrumentos jurídicos adicionales dedicados específicamente al tratamiento de la responsabilidad de las empresas transnacionales en el contexto de los derechos humanos y que no se mencionan de forma íntegra en las Normas, entre los cuales destacamos especialmente (i) los Principios Rectores de las Naciones Unidas¹¹³⁴, elaborados por John RUGGIE en el año 2011, y dentro de los cuales se recoge y contempla todo un decálogo de obligaciones en materia de derechos humanos aplicables no sólo a los Estados sino también a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales y (ii) las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, que analizamos de forma pormenorizada en Capítulos anteriores de esta tesis doctoral¹¹³⁵.

En el caso de los Principios Rectores, este instrumento jurídico ha sido empleado como marco jurídico de referencia para la Propuesta dado que se trata de una de las herramientas informadoras del Derecho internacional de mayor relevancia en materia de responsabilidad no sólo de las empresas transnacionales, sino también de los Estados.

Debemos tener en consideración que, aunque los Principios Rectores no constituyen en sí mismos una norma de Derecho internacional imperativo, están positivados en resoluciones emitidas por órganos de la Organización de las Naciones Unidas, por lo que constituyen normas de “*soft law*” que informan al Derecho internacional¹¹³⁶.

Los Principios Rectores tienen como finalidad desarrollar las recomendaciones de la iniciativa del Consejo de Derechos Humanos denominada “*Marco*” cuya finalidad es la de promover la protección, respeto y remedio de los derechos humanos en el marco de la actuación de las empresas, y que fue aprobada en virtud de la resolución 7/8 del Consejo

¹¹³⁴ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. *Op. Cit.*

¹¹³⁵ Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. *Op. Cit.* Téngase en cuenta que en la actual redacción de las “*Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos*” se hace ya referencia a las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, por lo que el ejercicio realizado en este caso se limita a una mera actualización de la edición de este instrumento. *Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos. Op. Cit.* Preámbulo.

¹¹³⁶ Definición de “*soft law*”, término jurídico. MARTIN, Elizabeth A. “*A Dictionary of Law*”. *Op. Cit.*

de Derechos Humanos del año 2008¹¹³⁷. El Marco se basa en tres elementos fundamentales: (i) la obligación del Estado de ofrecer protección al ciudadano frente a los abusos cometidos por terceros, incluidas las empresas (ii) la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos y (iii) la necesidad de mejorar las vías a través de las cuales las víctimas pueden acceder a vías de reparación efectivas, tanto judiciales como extrajudiciales¹¹³⁸.

Como indicamos anteriormente en esta tesis doctoral, cuando en el año 2007 se renovó el mandato del Representante Especial, éste procedió a realizar recomendaciones con la intención de aglutinar las normas y prácticas en materia de empresa y derechos humanos en un único marco jurídico. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas prorrogó en 2008 el mandato del Representante Especial hasta el mes de junio de 2011¹¹³⁹, y fue entonces cuando el Representante Especial elaboró los Principios Rectores, que quedaron reflejados en el Anexo al Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John RUGGIE, de marzo de 2011, siendo esta versión de los Principios Rectores a la que hacemos referencia en nuestra Propuesta.

Por lo que respecta a las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, se trata de un instrumento jurídico internacional cuyo origen se encuentra en la Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales¹¹⁴⁰. Las Líneas Directrices fueron aprobadas en su versión actual el día 25 de mayo de 2011 por los cuarenta y dos Gobiernos adherentes a las mismas durante la celebración del cincuenta aniversario de la OCDE¹¹⁴¹. Aunque se trata de un instrumento jurídico compuesto de recomendaciones no por ello debe obviarse su importancia política ya que las Líneas Directrices constituyen uno de los instrumentos de mayor acogida e

¹¹³⁷ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit. Página 2. Resolución 7/8. Consejo de Derechos Humanos. Mandato del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos. Consejo de Derechos Humanos. Número de referencia A/HRC/7/L.11.

¹¹³⁸ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit. Página 4.

¹¹³⁹ Resolución 8/7. Mandato del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, en virtud de la cual se prorroga el mandato del Representante Especial por un periodo de 3 años (esto es, hasta junio del año 2011). Resolución 8/7. Mandato del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Resolución adoptada en el 28º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos con fecha 18 de junio de 2008.

¹¹⁴⁰ Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Op. Cit. Páginas 3 y 4.

¹¹⁴¹ Ibid. Página 4.

incorporación por parte de los Estados Miembros de la OCDE y cuya adopción se apoya de forma expresa por parte del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹¹⁴².

Es por ello que consideramos fundamental hacer referencia a las Líneas Directrices en la Propuesta como un elemento que, pese a no gozar de la consideración de tratado internacional y estar compuesto por un conjunto de recomendaciones¹¹⁴³, forma parte de la costumbre internacional y engrosa la fuerza del Derecho internacional, aunque sea de manera meramente propositiva, en materia de responsabilidad privada ante los derechos humanos¹¹⁴⁴.

2.5. Otras referencias

Finalmente, la referencia en el borrador de Propuesta a los diferentes instrumentos jurídicos internacionales existentes en materia de empresas transnacionales y derechos humanos se cierra mediante la incorporación de una referencia concreta a estos instrumentos también en los artículos de la misma relativos a las obligaciones atribuidas a los diferentes actores (Estados y empresas transnacionales y otras empresas comerciales) que sirva para ayudar a la construcción del mecanismo de atribución de responsabilidades y para la determinación del marco jurídico de referencia que resulta aplicable en este contexto.

El artículo 1 de la Propuesta concluye con una cláusula final que hace referencia a “*cualesquiera otros instrumentos jurídicos internacionales que se hayan adoptado o se adopten en el futuro para promover la protección de los derechos humanos*” y que tiene la finalidad de dar cobertura bajo el borrador de tratado a cualesquiera otros instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos que no hayan sido

¹¹⁴² Si se desea obtener más información sobre la labor del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre esta materia, véase la información reflejada en la página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que se hace referencia al grado de avance de cada Estado en cuanto a la elaboración de planes nacionales en materia de empresas y derechos humanos sobre la base de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, entre otros instrumentos. Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. Cit.*

¹¹⁴³ *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Op. Cit.* Páginas 15 y 19.

¹¹⁴⁴ Cabe no obstante afirmar que, al tratarse de una declaración emanada de la OCDE, no se puede hablar del mismo rango de influencia que en el caso de documentos emanados de otras organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, aunque igualmente se trate de un instrumento jurídico con categoría de “*soft law*”.

mencionados de forma expresa en la Propuesta, tanto existentes en la actualidad como futuros (en el sentido de que no existieran o estuvieran en vigor en la fecha de adopción del tratado).

3. Obligaciones de los Estados

Como ya comentamos anteriormente en este Capítulo la Propuesta ha sido formulada para ser adoptada por los Estados, de conformidad con la actual redacción del Convenio de Viena. Es por ello que dentro de la misma hemos considerado necesario incorporar en el artículo 4 una serie de obligaciones específicas en materia de derechos humanos que resultan aplicables a los Estados.

La redacción de estas obligaciones de los Estados está inspirada en los diferentes elementos incorporados en los Principios Rectores¹¹⁴⁵, las Líneas Directrices¹¹⁴⁶ y los diferentes Planes Nacionales que fueron analizados en el Capítulo III de esta tesis doctoral al referirse a las obligaciones atribuibles a los Estados en materia de derechos humanos, y es precisamente por ello que en el apartado 4.2 del artículo 4 se hace referencia específica a los Principios Rectores con la siguiente redacción:

“Asimismo, los Estados asumen el compromiso de respetar, cumplir y hacer cumplir con todos y cada uno de los acuerdos y recomendaciones reflejadas bajo los Principios Rectores incorporados en el Informe del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie.”¹¹⁴⁷

La finalidad que se persigue al incorporar esta redacción a la Propuesta es la de lograr que el artículo atribuya a los Estados no sólo las obligaciones generales que se reflejan en él, sino también otra serie de obligaciones específicas a las que nos referimos en el

¹¹⁴⁵ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit.

¹¹⁴⁶ Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Op. Cit.

¹¹⁴⁷ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit.

Capítulo III de esta tesis doctoral y que se encuentran recogidas de forma específica en los Principios Rectores (páginas 7 a 14) ¹¹⁴⁸.

Destacamos a continuación las principales obligaciones atribuidas a los Estados que reflejamos en el artículo 4 de la Propuesta, sobre la base de las referencias cruzadas a otros instrumentos jurídicos internacionales que acabamos de realizar:

1. La obligación de respetar el Derecho internacional de los derechos humanos: como ya indicamos previamente consideramos esencial incorporar en la Propuesta una obligación específica y expresa en esta materia que sirva a los efectos de hacer recaer sobre los Estados una obligación concreta de respeto de los derechos humanos¹¹⁴⁹.
2. Adicionalmente consideramos relevante incorporar una referencia a los Principios Rectores de las Naciones Unidas¹¹⁵⁰ y a la obligación de los Estados de respetar estos principios de los cuales se derivan toda una serie de obligaciones específicas atribuibles a los Estados, a las cuales hicimos referencia de forma pormenorizada en el Capítulo IV de esta tesis doctoral.

Esta referencia expresa a los Principios Rectores resulta fundamental para imponer obligaciones a los Estados en materia de derechos humanos, ya que no sólo proporciona un marco jurídico internacional de referencia en el ámbito de las Naciones Unidas – con independencia de la naturaleza jurídica de los Principios Rectores como instrumento jurídico internacional -, sino que además sirve como fundamento para la imposición de obligaciones concretas a los Estados en esta materia, más allá de las referencias genéricas que pudieran incorporarse en este sentido a la Propuesta.

Además, debemos tener en cuenta que los Principios Rectores se encuentran reflejados también en los diferentes Planes Nacionales en materia de derechos humanos citados en el Capítulo IV, entre los que se encuentra el Plan Nacional

¹¹⁴⁸ *Ibid.* Páginas 7 a 14.

¹¹⁴⁹ La referencia a la obligación del Estado de respetar los derechos humanos se encuentra reflejada de forma expresa en los Principios Rectores recogidos por John RUGGIE. *Ibid.* Página 7.

¹¹⁵⁰ *Ibidem.*

Español¹¹⁵¹, y en los que se configuran también una serie de obligaciones específicas atribuibles a los Estados.

3. La obligación de respeto de los derechos humanos por parte de los Estados tiene diferentes facetas a las que se hace referencia en el artículo 4 de la Propuesta y que derivan a su vez de los Principios Rectores reflejados en los Planes Nacionales ya referidos previamente¹¹⁵²:
 - a. Respeto al Derecho internacional de los derechos humanos en términos generales.
 - b. Respeto en la legislación interna: los Estados se comprometen no sólo a respetar los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino también a hacer que sus legislaciones internas respeten estos tratados y los derechos derivados de los mismos de forma expresa y concreta.
 - c. Obligación de velar, respetar, proteger y reparar por los derechos humanos: los Estados asumen además una obligación de velar por los derechos humanos que incluye no sólo (i) la obligación de protección frente a violaciones de los derechos humanos sino también (ii) la obligación de reparar tales violaciones y (iii) la obligación de proporcionar acceso a un remedio adecuado para las víctimas en caso de concurrencia de este tipo de acontecimientos.

4. Obligación de vigilancia: como mencionamos con anterioridad, y en tanto en cuanto las empresas transnacionales no podrían adherirse *a priori* al tratado internacional resultante de la Propuesta formulada en esta sección al no ostentar la condición de sujetos del Derecho internacional, consideramos necesario incorporar una obligación adicional para los Estados en materia de derechos humanos en este sentido.

Se trata de la obligación de los Estados de asegurarse de que las actividades desarrolladas en su territorio por (i) las administraciones públicas (ii) las empresas transnacionales y comerciales de toda naturaleza y (iii) las personas individuales

¹¹⁵¹ *Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit.*

¹¹⁵² *Ibidem.*

respetan las disposiciones de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

5. Renuncia a las vías judiciales internas: otra de las claves de la cláusula 3 de la Propuesta se refiere a la renuncia expresa realizada por los Estados en relación con la exigencia de que las víctimas de violaciones de los derechos humanos deban agotar las vías judiciales o administrativas internas antes de acudir a las vías de conciliación y arbitraje que se prevén en las disposiciones del borrador de tratado. La renuncia se incorpora de forma expresa por diferentes motivos:
 - a. En gran parte de sistemas de derechos humanos se exige el agotamiento de los recursos judiciales internos antes de permitir a las víctimas acceder a las vías de solución previstas en sus disposiciones¹¹⁵³. A nuestro entender este tipo de exigencia no hace sino limitar las posibilidades de las víctimas de acceder a un remedio judicial adecuado, lo cual resulta contrario al derecho a una tutela judicial efectiva consagrado en diferentes instrumentos que forman parte del Derecho internacional de los derechos humanos como por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹⁵⁴. Es por ello que consideramos fundamental, precisamente con el fin de garantizar en cierto modo el ejercicio de este derecho, incorporar de forma expresa la renuncia de los Estados Parte de la Propuesta a sus recursos judiciales internos como paso previo para que las víctimas puedan acudir a los remedios previstos en la misma.
 - b. Además, debemos considerar también que la Convención del CIADI prevé en su artículo 26 que cualquier Estado Contratante “*podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio*”¹¹⁵⁵. Por lo tanto, resulta necesario incorporar la renuncia expresa de los Estados a esta prerrogativa que se les otorga a través de la Convención del

¹¹⁵³ Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32). Op. Cit. Artículo 46.

¹¹⁵⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Op. Cit. Artículo 14.

¹¹⁵⁵ Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Op. Cit. Artículo 26.

CIADI con el fin de reforzar el acceso a la tutela judicial efectiva en las disposiciones del borrador de tratado.

6. Sometimiento a jurisdicción: por último, y con el fin de dotar a la Propuesta de un mecanismo efectivo de solución de controversias, se incorpora no sólo el reconocimiento expreso de los Estados de la competencia del CIADI para el arreglo de cualquier disputa que pueda surgir en torno a las Normas mediante arbitraje, sino también el compromiso irrevocable de los Estados de acatar cualquier decisión adoptada por este tribunal arbitral.

Estos compromisos se cierran con una obligación adicional de los Estados relativa al rápido cumplimiento de las decisiones adoptadas por el CIADI y que busca evitar dilaciones innecesarias en la ejecución del contenido del laudo arbitral resultante de cualquier procedimiento de resolución de controversias sustanciado ante este tribunal.

4. Obligaciones de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales

La configuración de la Propuesta como una herramienta creadora de obligaciones vinculantes para las empresas transnacionales en materia de derechos humanos resulta uno de los elementos fundamentales del texto ya que, como mencionamos anteriormente, uno de los principales objetivos que se pretenden alcanzar con esta Propuesta es el de generar obligaciones específicas para las empresas transnacionales en materia de derechos humanos, dotándola además de los elementos jurídicos necesarios para hacerla efectiva.

Al no poder hacer que las empresas transnacionales sean parte de este tratado internacional por no ostentar la condición de sujetos del Derecho internacional la eficacia del articulado incorporado a la Propuesta queda limitada, aunque ello no obsta para que el decálogo de obligaciones incorporado al artículo 4 ostente, al menos, la condición de “*soft law*”¹¹⁵⁶ y por lo tanto elemento informador del Derecho internacional al mismo

¹¹⁵⁶ Definición de “*soft law*”, término jurídico. MARTIN, Elizabeth A. “*A Dictionary of Law*”. *Op. Cit.*

nivel que ya ostentan otros instrumentos jurídicos citados anteriormente, como los Principios Rectores¹¹⁵⁷ o las Normas¹¹⁵⁸. Además de mantener esta referencia en el articulado consideramos esencial acompañarla de otros elementos que sirvan para dotarla de las mayores herramientas de eficacia posibles, como por ejemplo la relativa a la obligación “*in vigilando*” de los Estados incorporada al artículo 4 y a la que nos referimos en el apartado anterior.

En cuanto a la redacción de estas obligaciones atribuibles a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, en primer lugar, señalamos que está inspirada, como ya ocurre en el caso del artículo 4, en los diferentes elementos incorporados en los Principios Rectores¹¹⁵⁹, las Líneas Directrices¹¹⁶⁰ y los diferentes Planes Nacionales descritos en el Capítulo III de esta tesis doctoral. Nuevamente la redacción del apartado 5.2 del artículo 5 hace referencia específica a los Principios Rectores¹¹⁶¹ como marco jurídico de referencia, con el fin de que se pueda atribuir una serie de obligaciones adicionales a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales más allá de las referencias genéricas incorporadas en el borrador de artículo¹¹⁶².

Por ello, en el artículo 5 de la Propuesta se incorporan una serie de obligaciones específicas atribuibles a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (tal como se definen estos términos en las propias Normas) sobre la base de los Principios Rectores¹¹⁶³, de las cuales destacamos los siguientes elementos:

1. Obligación de respetar los derechos humanos: como ya indicamos previamente consideramos necesario incorporar en la Propuesta una obligación específica y expresa que sirva a los efectos de hacer recaer una obligación de respeto a los derechos humanos sobre las empresas transnacionales y otras empresas

¹¹⁵⁷ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit.

¹¹⁵⁸ Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos. Op. Cit.

¹¹⁵⁹ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit.

¹¹⁶⁰ Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Op. Cit.

¹¹⁶¹ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit.

¹¹⁶² Ibid. Páginas 15 a 25.

¹¹⁶³ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit.

comerciales. Esta obligación se desglosa en una serie de obligaciones fundamentales que exponemos a continuación:

- a. Obligación de respetar la Carta Internacional de los Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos¹¹⁶⁴.
- b. Obligación de cumplir con los Principios Rectores de las Naciones Unidas elaborados por John RUGGIE¹¹⁶⁵, que posteriormente han sido reflejados en los diferentes Planes Nacionales en materia de empresas y derechos humanos. Recordamos que en los Principios Rectores se hace referencia a toda una serie de obligaciones concretas atribuibles a las empresas en materia de derechos humanos que nos sirven (i) como base para elaborar el decálogo de obligaciones de las empresas incorporado a la Propuesta y también (ii) como marco de referencia para la configuración de dichas obligaciones.

En este contexto, y como muestra de la importancia de este tipo de referencias normativas al configurar obligaciones de sujetos, ponemos como ejemplo el caso particular del Plan Nacional Español, en cuyo Capítulo B¹¹⁶⁶ se hace referencia a diferentes obligaciones relacionadas con el deber de respetar los derechos humanos por parte de las empresas, acotando los derechos humanos objeto de protección igualmente a aquéllos incluidos en instrumentos como, por ejemplo, los “*ocho convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo*”¹¹⁶⁷.

¹¹⁶⁴ Esta obligación se deriva de lo previsto a estos efectos en los Principios Rectores de las Naciones Unidas en materia de obligaciones de las empresas con respecto a los derechos humanos. *Ibid.* Página 15.

¹¹⁶⁵ *Ibidem.*

¹¹⁶⁶ *Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Op. Cit.* Capítulo B.

¹¹⁶⁷ Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo a los que se refiere el Plan Nacional Español son, en concreto, los siguientes, ratificados todos ellos por el Reino de España: “- *Convenio Núm. 29 sobre el trabajo forzoso u obligatorio - Convenio Núm. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación - Convenio Núm. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva - Convenio Núm. 100 sobre la igualdad de remuneración - Convenio Núm. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso - Convenio Núm. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) - Convenio Núm. 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo - Convenio Núm. 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación.*” *Ibid.* Página 9. La actual redacción de las “*Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*” hace mención a los derechos de los trabajadores en su Preámbulo (página 2) al citar la “*Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social y la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la Organización Internacional del Trabajo*” y también de forma concreta en su sección D (página 5). *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos. Op. Cit.* Páginas 2 y 5.

- c. Obligación de respetar los derechos humanos independientemente del tamaño, sector, contexto operacional, titularidad y estructura de la empresa transnacional o comercial de que se trate¹¹⁶⁸. Esta mención resulta relevante a los efectos de la Propuesta dado que la intención de la misma es que sea aplicable a todo tipo de empresas transnacionales y otras empresas comerciales, sin que se tenga en cuenta el tamaño o volumen de negocio de las mismas, en línea con lo planteado a estos efectos en los Principios Rectores¹¹⁶⁹.
- d. Obligación de proteger y respetar los derechos humanos, que incorpora a su vez las obligaciones de (i) abstenerse de violar los derechos humanos de terceros y (ii) afrontar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna clase de participación¹¹⁷⁰. En concreto esta obligación de protección y respeto a los derechos humanos que se refiere expresamente en los Principios Rectores tiene una serie de implicaciones específicas: (i) obligación de prevención, esto es *“hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos implica tomar las medidas adecuadas para prevenirlas, mitigarlas y, en su caso, remediarlas”*¹¹⁷¹ y (ii) obligación de reparación¹¹⁷².
2. Obligación de adopción de medidas de diligencia debida, que nace a su vez de la obligación de respeto a los derechos humanos¹¹⁷³, y que implica que las empresas deben asumir la obligación de adoptar políticas corporativas internas que promuevan la protección de los derechos humanos y (i) adoptar un compromiso político claro en materia de derechos humanos (ii) incorporar un proceso de diligencia debida que permita identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas respecto a cómo la empresa aborda su impacto sobre los derechos humanos y (iii)

¹¹⁶⁸ La referencia a las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos, con independencia de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura, se recoge en los Principios Rectores: *“Estos Principios Rectores se aplican a todos los Estados y a todas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura.”. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit. Página 7.*

¹¹⁶⁹ *Ibidem.*

¹¹⁷⁰ *Ibid.* Página 5.

¹¹⁷¹ *Ibid.* Página 15.

¹¹⁷² *Ibid.* Páginas 23 y 24.

¹¹⁷³ *Ibid.* Páginas 17 y siguientes.

crear un proceso que permita mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que se hayan producido como resultado de la actuación de la empresa.

3. Obligación de respeto a las legislaciones internas: las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, en contraposición a la obligación de vigilancia de los Estados en este mismo contexto que mencionamos previamente, asumen el compromiso de cumplir con las legislaciones internas de los Estados donde ejercen sus actividades. Este cumplimiento se refiere, en términos generales, a la legislación interna de cada Estado, y en términos específicos, a la legislación interna sobre derechos humanos vigente en cada país¹¹⁷⁴.
4. Obligación de velar por los derechos humanos: las empresas transnacionales y otras empresas comerciales asumen además una obligación de velar por los derechos humanos que incluye no sólo (i) la obligación de protección sino también (ii) la obligación de reparación de las violaciones de los derechos humanos que hayan tenido lugar. En particular en relación con la obligación de reparación los Principios Rectores indican lo siguiente:

*“Si una empresa detecta una situación de este tipo, ya sea mediante el proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos o por otros medios, debe emplearse a fondo, en virtud de su responsabilidad de respetar los derechos humanos, para remediar esa situación, por sí sola o en cooperación con otros actores. El establecimiento de mecanismos de reclamación a nivel operacional para los posibles afectados por las actividades empresariales puede constituir un medio eficaz de reparación, siempre que cumplan ciertos requisitos que se enumeran en el Principio 31”*¹¹⁷⁵.

¹¹⁷⁴ La referencia a la obligación de respeto a la legislación interna de cada Estado se encuentra reflejada en las “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”. Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos. Op. Cit. Página 4.

¹¹⁷⁵ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Op. Cit. Páginas 23 y 24.

5. Sometimiento a jurisdicción: por último, y con el fin de dotar a la Propuesta de un mecanismo efectivo de solución de controversias, se incorpora no sólo el reconocimiento expreso a la competencia del CIADI como foro arbitral para el arreglo de cualquier disputa que pueda surgir en torno a las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales y otras empresas comerciales, sino también el compromiso irrevocable de acatar y cumplir cualquier decisión adoptada por este tribunal arbitral.

Estos compromisos se cierran con una obligación adicional que busca evitar que se dilate en exceso el plazo de cumplimiento de las decisiones adoptadas por el CIADI, con el fin de asegurar el buen cumplimiento y ejecución del contenido del laudo arbitral resultante de cualquier procedimiento de resolución de controversias sustanciado ante este tribunal.

5. El arbitraje como medio de solución de controversias

Anteriormente en esta tesis doctoral ya hicimos referencia a las propuestas de diferentes autores algunos de los cuales – tal es el caso de Todd WEILER y Peter MUCHLINSKI¹¹⁷⁶ – proponían el empleo del arbitraje como mecanismo de solución de controversias para enjuiciar casos de violaciones de los derechos humanos. Nuevamente conviene que recordemos en este contexto que existen numerosas razones que justifican la recomendación de uso del arbitraje como medio de solución de controversias en el ámbito de la empresa y los derechos humanos, entre las cuales destacamos algunas de las más relevantes:

1. Debemos en primer lugar tener en cuenta que el arbitraje se encuentra ampliamente reconocido tanto en el Derecho internacional como en la legislación doméstica de numerosos Estados. Tal es el caso de los Estados Miembros de la Unión Europea, que disponen en su totalidad de una legislación doméstica

¹¹⁷⁶ WEILER, Todd. “Balancing Human Rights and Investor Protection: a New Approach for a Different Legal Order”. *Op. Cit.* MUCHLINSKI, Peter. “Corporations and the Uses of Law: International Investment Arbitration as a Multilateral Legal Order”. *Op. Cit.* MUCHLINSKI, Peter. “The Changing Face of Transnational Business Governance: Private Corporate Law Liability and Accountability of Transnational Groups in a Post-Financial Crisis World”. *Op. Cit.* MUCHLINSKI, Peter. “Corporations in International Law”. Artículo publicado en la obra de consulta “Max Planck Encyclopedia of International Law”. *Op. Cit.*

específica en materia de arbitraje¹¹⁷⁷. En el caso de España, la institución del arbitraje se encuentra regulada por la Ley de Arbitraje¹¹⁷⁸.

2. También es relevante tener en cuenta la fuerza ejecutiva del laudo arbitral, que “*constituye un título ejecutivo sobre cuya base puede autorizarse la ejecución forzosa*”¹¹⁷⁹. En este contexto por ejemplo a nivel doméstico la Ley de Arbitraje española indica expresamente que “*el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes*”¹¹⁸⁰.
3. Además, debemos tener en cuenta que numerosos Estados son parte de la Convención de Nueva York¹¹⁸¹, lo que facilita no sólo el reconocimiento sino también la ejecución de los laudos arbitrales. Tal es por ejemplo, y entre otros, el caso de la Ley de Arbitraje española, que reconoce expresamente la referencia a la Convención de Nueva York al referirse al procedimiento de *exequátur* para los laudos arbitrales¹¹⁸².
4. En referencia a la Convención de Nueva York, debemos tener en cuenta su importancia y nivel de reconocimiento internacional, ya que en el artículo 3 de este tratado internacional se prevé de forma expresa el compromiso de todos los Estados Parte a la hora de reconocer y ejecutar laudos arbitrales¹¹⁸³. En este sentido es importante subrayar que a fecha de elaboración de esta tesis doctoral la Convención de Nueva York ha sido suscrita por un total de ciento veinte Estados¹¹⁸⁴.

¹¹⁷⁷ BLANCO CARRASCO, Marta. “*Mediación y sistemas alternativos de solución de conflictos: una visión jurídica*”. *Op. Cit.* Página 37.

¹¹⁷⁸ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. *Op. Cit.*

¹¹⁷⁹ BLANCO CARRASCO, Marta. “*Mediación y sistemas alternativos de solución de conflictos: una visión jurídica*”. *Op. Cit.* Página 39.

¹¹⁸⁰ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. *Op. Cit.* Artículo 43.

¹¹⁸¹ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. *Op. Cit.*

¹¹⁸² Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. *Op. Cit.* Artículo 46.

¹¹⁸³ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. *Op. Cit.* Artículo 3.

¹¹⁸⁴ Para mayor información sobre los Estados Parte de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, véase la página oficial en Internet de la Organización de los Estados Americanos al respecto. *Op. Cit.*

Y es que precisamente el artículo 3 de la Convención de Nueva York nos demuestra la eficacia de los laudos arbitrales, ya que implica para los Estados Parte de dicho tratado un compromiso no sólo de (i) reconocimiento de la autoridad del laudo arbitral sino también de (ii) concesión de la ejecución del laudo en su ordenamiento jurídico interno, siendo ambos elementos esenciales para dotar a esta Propuesta de la necesaria eficacia para lograr una adecuada protección y reparación en caso de concurrencia de violaciones de los derechos humanos.

También en relación con la eficacia de los laudos arbitrales, es de interés hacer referencia a la Convención del CIADI, en cuyo artículo 54.1 se hace referencia expresa a la eficacia de los laudos dictados por este tribunal arbitral¹¹⁸⁵. Esta cuestión será analizada de forma pormenorizada en el apartado siguiente.

6. El CIADI como foro de solución de controversias

La selección del Centro Internacional para el Arreglo de Disputas sobre Inversiones, o CIADI, como foro para la solución de las controversias derivadas del tratado internacional resultante de la Propuesta podría parecer *a priori* poco apropiada al tratarse de un órgano arbitral especializado en el enjuiciamiento de disputas relativas a inversiones. Sin embargo, existen una serie de motivos que fundamentan la elección de este foro a los cuales nos referimos a continuación de forma detallada:

1. Organización de las Naciones Unidas: la primera de las cuestiones que deben tenerse en cuenta a la hora de analizar la elección del CIADI como foro para la solución de las controversias derivadas del tratado resultante de esta Propuesta es aquélla relativa al contexto de esta institución en el ámbito de las organizaciones internacionales.

¹¹⁸⁵ Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Op. Cit. Artículo 54.1.

En este sentido, conviene que tengamos en cuenta que el CIADI es una institución arbitral perteneciente al Grupo del Banco Mundial¹¹⁸⁶, siendo a su vez el Banco Mundial parte del grupo de agencias especializadas de las Naciones Unidas que mantienen acuerdos con esta organización internacional¹¹⁸⁷. En consecuencia y aunque de forma indirecta, el CIADI se encuentra vinculado a las Naciones Unidas, lo que dota a este tribunal arbitral de unas condiciones en el ámbito de las organizaciones internacionales que son especialmente relevantes en el contexto del enjuiciamiento de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales.

2. Reconocimiento del CIADI como institución arbitral en el sector de la inversión extranjera: debemos tener en cuenta que el CIADI es una de las instituciones dedicadas al arbitraje institucional que goza de una mayor aceptación en el ámbito de la inversión extranjera. Así lo indican varios autores especializados en esta materia a los que hicimos referencia a lo largo de esta tesis doctoral, como es el caso de Andreas LOWENFELD¹¹⁸⁸, que señala que el CIADI es el foro de solución de controversias seleccionado de forma más habitual en los APPRI o tratados bilaterales de inversión¹¹⁸⁹ o Javier DÍEZ-HOCHLEITNER¹¹⁹⁰, quien indica a este respecto lo siguiente:

*“De entre las garantías concedidas por los APPRIs destaca la internacionalización de los mecanismos de solución de controversias y, en particular, la posibilidad para los inversores extranjeros de someter sus controversias con el Estado huésped al arbitraje internacional, incluido normalmente el arbitraje CIADI.”*¹¹⁹¹

¹¹⁸⁶ Para mayor información sobre el CIADI y su vínculo con el Grupo del Banco Mundial véase lo indicado a estos efectos en la página oficial en Internet del CIADI. *Op. Cit.*

¹¹⁸⁷ Véase para mayor información lo indicado a estos efectos en el enlace oficial en Internet de las Naciones Unidas relativo al Sistema de las Naciones Unidas. *Op. Cit.*

¹¹⁸⁸ LOWENFELD, Andreas. “*International Economic Law*”. *Op.Cit.* Páginas 484 y 485.

¹¹⁸⁹ Andreas LOWENFELD hace referencia al CIADI como medio designado para la resolución de disputas en inversión en su obra “*International Economic Law*”. *Ibidem.*

¹¹⁹⁰ DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier. “*Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRIS celebrados por España con países de Latinoamérica*”. *Op. Cit.* Página 3.

¹¹⁹¹ *Ibidem.*

El alto número de APPRI que señalan al CIADI como foro de solución de controversias en el ámbito de la inversión, unido al alto grado de aceptación de que goza este foro (cuestión a la que nos referiremos más adelante en esta misma sección), son razones que refuerzan nuestra apuesta por esta institución arbitral como foro para la solución de disputas en el marco de la Propuesta.

3. El CIADI como foro de solución de controversias: otra de las cuestiones clave que debemos considerar es que gran parte de los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones vigentes a día de hoy prevén ya al CIADI como uno de los foros de solución de disputas habituales. Así sucede por ejemplo en el caso de la mayoría de los APPRI suscritos por el Reino de España, en los que el CIADI es uno de los foros que se ofrecen para la resolución de conflictos¹¹⁹².
4. Eficacia de los laudos: de conformidad con lo previsto a estos efectos en la Convención del CIADI todos aquellos Estados que ostenten la condición de Estado Contratante bajo dicho tratado asumen el compromiso de reconocer y ejecutar los laudos dictados por el CIADI bajo las disposiciones del mismo. En este sentido el artículo 54.1 de la Convención del CIADI indica lo siguiente¹¹⁹³:

“Artículo 54

(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.

¹¹⁹² En el listado que se adjunta a esta tesis doctoral como [Anexo I](#) se detallan los APPRI suscritos por el Reino de España que incorporan la posibilidad de someter las disputas a la jurisdicción del CIADI.

¹¹⁹³ Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Op. Cit. Artículo 54.1.

[...]”

De lo dispuesto en este artículo debemos destacar una serie de cuestiones relevantes:

- a. Según fuentes oficiales del propio CIADI, a fecha 11 de enero de 2018 la Convención del CIADI había sido firmada por un total de ciento sesenta y dos Estados, de los que ciento cincuenta y tres han depositado instrumentos de ratificación conforme a lo dispuesto en la propia Convención, pudiendo en consecuencia indicarse que la Convención se encuentra en vigor para dichos ciento cincuenta y tres Estados en las fechas indicadas por el propio CIADI en su información oficial¹¹⁹⁴. Lo indicado oficialmente por el CIADI en cuanto a los Estados Contratantes de la Convención sirve como muestra y prueba de la gran aceptación de que goza este tribunal arbitral en el contexto de la inversión extranjera ya no sólo en términos políticos sino también en términos de vinculación jurídica, la cual resulta esencial para garantizar la eficacia de los laudos dictados por el CIADI.
- b. Lo dispuesto en el artículo 54.1 de la Convención implica para los Estados no sólo el compromiso de reconocer y ejecutar el contenido de los laudos dictados por el CIADI sino también el compromiso relacionado con el aspecto pecuniario de dicha ejecución: los Estados Contratantes asumen el compromiso de ejecutar el compromiso pecuniario de cada laudo dictado por el CIADI en sus territorios tal como si dicho laudo hubiera sido dictado por un tribunal existente en dichos Estados Contratantes¹¹⁹⁵. A los efectos de la Propuesta formulada es importante tener en cuenta lo relativo a la ejecución del contenido pecuniario de los laudos dictados por el CIADI, ya que

¹¹⁹⁴ La información sobre los Estados que han firmado y/o ratificado la Convención del CIADI se encuentra disponible en la página oficial en Internet del propio CIADI en el documento titulado “*List of Contracting States and Signatories of the Convention (as of January 11, 2018)*” (en castellano, “*Lista de Estados Contratantes y Signatarios de la Convención (a 11 de enero de 2018)*”) de fecha 11 de enero de 2018. Disponible para su consulta en el siguiente enlace: < <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf> >. Referencia del 3 de febrero de 2018. *List of Contracting States and Signatories of the Convention (as of January 11, 2018)*. Documento del Centro Internacional para el Arreglo de Disputas sobre Inversiones del Banco Mundial (CIADI) en el que se especifican los Estados Contratantes y Signatarios de la Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de otros Estados a fecha 11 de enero de 2018.

¹¹⁹⁵ *Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Op. Cit.* Artículo 54.1.

precisamente el contenido económico de la decisión adoptada por el laudo es uno de los elementos más importantes que componen el concepto de reparación del daño en el caso de concurrencia de una violación de los derechos humanos, tal y como el mismo se encuentra formulado en la Propuesta.

5. Prueba de evidencia: tal como expone Michael SORNARAJAH los laudos emitidos por el CIADI pueden ser considerados como prueba de la evidencia de normas utilizadas para la construcción del Derecho internacional de inversión extranjera¹¹⁹⁶.

Aunque este valor sea principalmente aplicable al ámbito de la inversión consideramos relevante el papel que los laudos del CIADI podrían jugar, aplicando esta consideración probatoria en términos analógicos, en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos.

6. Modificación de la Convención del CIADI: como mostraremos más adelante, para que el CIADI pueda servir como foro para el arreglo de disputas relacionadas con violaciones de los derechos humanos por parte de empresas transnacionales resulta necesario realizar una serie de modificaciones a su texto con el fin de habilitarla para este cometido desde un punto de vista jurídico, tanto sustantivo como procesal.

Esta necesidad se debe a que es preciso analizar no sólo (i) el aspecto sustantivo de la Propuesta, esto es, la posible implementación de un texto jurídico que haga referencia a los derechos humanos y a las obligaciones atribuidas a las empresas transnacionales en este contexto, sino también (ii) el aspecto procesal de la Propuesta, con el fin de estudiar la posibilidad de modificar la Convención del CIADI para de este modo habilitar a esta institución arbitral como foro para la resolución de controversias en el contexto de la inversión extranjera y los derechos humanos. Esta posibilidad de modificación de la Convención del CIADI será analizada de forma pormenorizada en el siguiente apartado de este mismo

¹¹⁹⁶ SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*” (edición año 2004). *Op. Cit.* Página 87.

Capítulo como elemento que completará la Propuesta de solución que formulamos en esta tesis doctoral.

7. Sede de solución controversias: el artículo 6 de la Propuesta se cierra con una mención a la sede del CIADI donde se celebrarían, en su caso, las conciliaciones y arbitrajes sustanciados bajo las disposiciones del borrador de tratado. La selección de la sede se fundamenta en el artículo 2 de la Convención del CIADI¹¹⁹⁷, en el cual se especifica que la sede del CIADI es “*la oficina principal del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento*” ubicada en la ciudad de Washington, D.C. (Estados Unidos de América)¹¹⁹⁸ y en el artículo 63 de la misma Convención del CIADI¹¹⁹⁹ en el que se establece que “*Si las partes se pusieran de acuerdo, los procedimientos de conciliación y arbitraje podrán tramitarse: (a) en la sede de la Corte Permanente de Arbitraje o en la de cualquier otra institución apropiada, pública o privada, con la que el Centro hubiere llegado a un acuerdo a tal efecto; o (b) en cualquier otro lugar que la Comisión o Tribunal apruebe, previa consulta con el Secretario General.*”

7. Modificación de la Convención del CIADI

Tal como comentamos en el apartado anterior de este Capítulo una de las claves sobre las que se fundamenta el borrador de tratado en el que se materializa la Propuesta es la relativa a las cuestiones de naturaleza procesal: debemos tener en cuenta que no sólo es importante atender al contenido sustantivo de la Propuesta en lo que se refiere a cuestiones como el marco jurídico de referencia en el Derecho internacional de los derechos humanos, o la determinación de las responsabilidades y obligaciones de los Estados, empresas transnacionales y otras empresas comerciales, sino que también es esencial construir una alternativa que sea efectiva desde un punto de vista jurídico-procesal.

¹¹⁹⁷ Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Op. Cit. Artículo 2.

¹¹⁹⁸ Para mayor información sobre el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento véase lo indicado a estos efectos en la página oficial en Internet del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad en el siguiente enlace: <http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.32ac44f94b634f76faf2b910026041a0/?vgnnexto id=7aee8d6481d3a310VgnVCM1000002006140aRCRD> >. Referencia del 3 de febrero de 2018.

¹¹⁹⁹ Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Op. Cit. Artículo 63.

En este último sentido hemos indicado ya en varias ocasiones a lo largo de este Capítulo que nuestra apuesta se basa en vincular la operativa y funcionamiento jurídico de la Propuesta a la Convención del CIADI, instrumento jurídico que regula el funcionamiento de este tribunal arbitral que sirve como foro de solución para las controversias surgidas bajo las disposiciones de nuestra Propuesta.

Así, la Propuesta proporciona el marco jurídico principal en materia procesal mientras que todas aquellas cuestiones procesales que no se encuentren expresamente reguladas en la misma se sustancian de conformidad con el procedimiento previsto a estos efectos en la Convención del CIADI¹²⁰⁰ y en sus normas de desarrollo. Esto resulta especialmente relevante en lo que se refiere a la sustanciación de procedimientos de arbitraje y conciliación por violaciones de los derechos humanos. En este sentido se incorpora la siguiente mención expresa en el artículo 9.1 de la Propuesta:

“9.1 Prevalencia de las disposiciones del tratado

Los procedimientos de conciliación y arbitraje previstos en el presente tratado internacional se rigen:

- (i) Por las disposiciones contenidas en este tratado internacional.*
- (ii) Con carácter subsidiario, y para todas aquellas cuestiones no reguladas en este tratado, por las disposiciones de la Convención del CIADI y sus normas de desarrollo.”*

También debemos tener en cuenta que para que la Convención del CIADI¹²⁰¹ pueda operar como instrumento jurídico-procesal para la Propuesta resulta necesario realizar también ciertas modificaciones a su articulado que tienen como finalidad principal la de implementar en ella un sistema de legitimación activa y pasiva paralelo al contemplado en la Propuesta y que sirva por lo tanto (i) para habilitar el acceso al sistema de solución de controversias a toda clase de sujetos (Estados, personas físicas y personas jurídicas – empresas transnacionales y otras empresas comerciales) y (ii) para permitir la atribución de responsabilidades a cualquiera de los sujetos descritos anteriormente por violaciones de los derechos humanos. A estas cuestiones nos referiremos en las siguientes secciones de este apartado.

¹²⁰⁰ Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Op. Cit.

¹²⁰¹ *Ibidem.*

7.1. Modificación del artículo 25

La primera modificación de la Convención del CIADI que proponemos afecta al texto del artículo 25, que inaugura el Capítulo II relativo a la jurisdicción del CIADI¹²⁰², y para el que proponemos la siguiente redacción, resaltando en negrita nuestras propuestas de cambio en el texto:

“Artículo 25

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan:

(a) De una inversión

(i) entre un nacional de un Estado Contratante y otro Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado).

(ii) entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y un nacional de otro Estado Contratante.

Las disputas sobre inversiones podrán someterse a la jurisdicción del Centro siempre que las partes hayan consentido por escrito en someter su jurisdicción a dicho Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(b) De un incumplimiento de cualquiera de las disposiciones del “tratado internacional relativo a la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en el ámbito de los derechos humanos” cometida por cualquiera de los sujetos descritos en el apartado (3) de este artículo y denunciada por un sujeto que ostente la condición de “Parte Interesada” tal como este término se define en el apartado (4) siguiente del presente artículo.

¹²⁰² Ibid. Artículo 25.

(c) De una violación de los derechos humanos contemplada en las disposiciones del “tratado internacional relativo a la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en el ámbito de los derechos humanos”, cometida por cualquiera de los sujetos descritos en el apartado (3) de este artículo y denunciada por un sujeto que ostente la condición de “Parte Interesada” tal como este término se define en el apartado (4) siguiente del presente artículo.

(2) Se entenderá como “Nacional de Estado Contratante”:

(a) toda persona natural que ostente, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también ostentaban la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, ostente la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, ostentando en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

(3) Podrán ser encausados por:

(i) el incumplimiento de cualquiera de las disposiciones del “tratado internacional relativo a la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en el ámbito de los derechos humanos”; y/o

(ii) cualquier violación de los derechos humanos contemplada en las disposiciones del “tratado internacional relativo a la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en el ámbito de los derechos humanos”

Cualquiera de los siguientes sujetos:

- *Estados Contratantes.*
- *Empresas Transnacionales.*
- *Empresas Comerciales.*
- *Nacionales de Estados Contratantes.*

Estarán legitimados para la iniciación de acciones por los incumplimientos y/o violaciones de los derechos humanos descritos en los apartados (i) e (ii) anteriores todos los sujetos que ostenten la condición de “Parte Interesada” tal como la misma se define en el apartado (4) siguiente de este artículo.

(4) Definiciones:

(a) Parte Interesada: tendrá la consideración de “Parte Interesada” cualquier Estado o Gobierno, Empresa Transnacional, Empresa Comercial o persona natural, así como los empleados, accionistas y otros individuos vinculados con los mencionados sujetos, que se hayan visto afectados por las acciones de un Estado, Empresa Transnacional, Empresa Comercial o persona natural y que le hayan causado un daño como consecuencia de un incumplimiento de las disposiciones del “tratado internacional relativo a la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en el ámbito de los derechos humanos” y/o de una violación de los derechos humanos cometida por cualquier medio y contemplada en las disposiciones de dicho tratado. Para los efectos del presente Convenio será necesario que la Parte Interesada ostente además (i) la condición de “Nacional de otro Estado Contratante” tal como la misma se define en el apartado (2) anterior del presente artículo y/o (ii) que ostente la nacionalidad y/o tenga fijado su domicilio en el territorio de alguno de los Estados Contratantes del Convenio y/o (iii) que la actuación denunciada y/o el daño causado se haya/n producido en el territorio de alguno de los Estados Contratantes.

(b) Afectados Indirectos: el concepto de “Parte Interesada” incluye también a aquellos sujetos que de manera indirecta

resulten afectados por el incumplimiento de las disposiciones del “tratado internacional relativo a la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en el ámbito de los derechos humanos” y/o la acción u omisión contraria a los derechos humanos cometida por cualquier medio y contemplada en dicho tratado, en el presente o en el futuro. Aquí cabe incluir, con carácter enunciativo pero no limitativo, a los consumidores, clientes, gobiernos, comunidades vecinas, pueblos, organizaciones no gubernamentales, instituciones crediticias públicas y privadas, proveedores y otras organizaciones. Para los efectos del presente Convenio será necesario que el Afectado Indirecto ostente además (i) la condición de “Nacional de Estado Contratante” tal como la misma se define en el apartado (2) anterior del presente artículo y/o (ii) que ostente la nacionalidad y/o tenga fijado su domicilio en el territorio de alguno de los Estados Contratantes del Convenio y/o (iii) que la actuación denunciada y/o el daño causado se haya/n producido en el territorio de alguno de los Estados Contratantes.

(c) Empresa Transnacional: por "empresa transnacional" se entiende una entidad económica que realiza actividades en más de un país o un grupo de entidades económicas que realizan actividades en dos o más países, cualquiera que sea la forma jurídica que adopte, tanto en su propio país como en el país de la actividad, y ya sea que se le considere individual o colectivamente. Para los efectos del presente Convenio, será necesario que la Empresa Transnacional ostente, además, la condición de “Nacional de Estado Contratante” tal como la misma se define en el apartado (2) anterior del presente artículo.

(d) Empresa Comercial: por "Empresa Comercial" se entiende cualquier entidad comercial, sea cual sea el ámbito internacional o nacional de sus actividades, incluso si se trata de una Empresa Transnacional, contratista, subcontratista, proveedor, concesionario o distribuidor, la forma de asociarse o

integrarse o cualquier otra forma jurídica utilizada para constituir esa entidad comercial y el tipo de derecho de propiedad de la entidad. A efectos prácticos, se presumirá la aplicación del presente Convenio si la Empresa Comercial tuviera algún tipo de relación con una Empresa Transnacional, y/o si los efectos de sus actividades no fueran totalmente locales. Para los efectos del presente Convenio, será necesario que la Empresa Comercial ostente, además, la condición de “Nacional de Estado Contratante” tal como la misma se define en el apartado (2) anterior del presente artículo.

(5) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

(6) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Se entenderá que esta notificación constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior del presente artículo.”

Consideramos relevante destacar una serie de cuestiones sobre la propuesta de redacción que ofrecemos para el artículo 25 de la Convención del CIADI¹²⁰³, que son las siguientes:

1. Jurisdicción del CIADI. La primera modificación que se incorpora al redactado del artículo 25 de la Convención del CIADI¹²⁰⁴ aparece en el apartado (1) (a) del mismo. La redacción original del artículo es la siguiente:

“(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión

¹²⁰³ *Ibidem.*

¹²⁰⁴ *Ibidem.*

*entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”*¹²⁰⁵.

De conformidad con lo previsto en esta disposición de la Convención del CIADI, este instrumento jurídico, en su redacción vigente, reitera el mecanismo de denuncia que ya describimos en el Capítulo I de esta tesis doctoral y que está presente en numerosos acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, como por ejemplo los suscritos por el Reino de España¹²⁰⁶. Según este mecanismo la persona jurídica o natural que ostente la nacionalidad de un Estado Contratante de la Convención del CIADI tiene la posibilidad de demandar a cualquier Estado Contratante por una disputa relativa a una inversión: sin embargo, no existe un mecanismo recíproco que permita a un Estado Contratante interponer una demanda contra una persona física o natural por este mismo motivo.

Es por ello que consideramos necesario modificar la redacción del primer apartado del artículo 25.1 de la Convención del CIADI¹²⁰⁷ para de este modo ampliar la jurisdicción del CIADI, habilitando en primera instancia un mecanismo recíproco que permita a los Estados Contratantes disponer de un mecanismo de defensa frente a las actuaciones de las personas jurídicas (en el caso que nos ocupa, de las empresas) y naturales en el contexto de inversiones internacionales.

2. En las letras (b) y (c) del apartado (1) del artículo 25¹²⁰⁸ se hace referencia a otros dos tipos de disputas que se someten a la jurisdicción del CIADI, una vez

¹²⁰⁵ *Ibid.* Artículo 25.1.

¹²⁰⁶ Recordamos en este sentido que la mayor parte de los APPRI suscritos por el Reino de España se encuentra incorporada, de un modo u otro, una cláusula de protección para el inversor extranjero de naturaleza muy similar a la que aparece en la Convención del CIADI. Se adjunta a la presente tesis doctoral, como Anexo I, listado de los APPRI suscritos por el Reino de España con referencia a la incorporación de la cláusula de protección al inversor extranjero.

¹²⁰⁷ *Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Op. Cit.* Artículo 25.1.

¹²⁰⁸ *Ibidem.*

ampliada, y que son las contempladas en el artículo 8 de la Propuesta y derivadas de (i) el incumplimiento de cualquier disposición de la Propuesta y/o (ii) cualquier violación de los derechos humanos contemplada en las disposiciones del borrador de tratado.

De este modo se logra vincular la Convención del CIADI a las disposiciones del borrador de Propuesta otorgando al CIADI jurisdicción sobre las violaciones de los derechos humanos contempladas en la Propuesta ya no sólo a través de las disposiciones de esta última sino también mediante el articulado de la propia Convención del CIADI que es, como hemos mencionado anteriormente, el instrumento jurídico que regula el funcionamiento de este tribunal arbitral.

3. Mientras que el apartado (2) del artículo 25¹²⁰⁹ se mantiene en su redacción original, en el apartado (3) siguiente del mismo precepto¹²¹⁰ se hace referencia a aquellos sujetos a quienes se otorga la legitimación activa y pasiva para la interposición de denuncias ante el CIADI.

La propuesta de enmienda del apartado (3) del artículo 25 de la Convención del CIADI¹²¹¹ está construida como un espejo del artículo 7 de la Propuesta: comienza previendo la legitimación pasiva definiendo para ello (i) los incumplimientos de las disposiciones de la Propuesta y (ii) las violaciones de los derechos humanos e incorporando a continuación las categorías de sujetos a quienes se puede encausar por este tipo de actuaciones como posibles responsables. Estos sujetos son los mismos ya contemplados en el borrador de Propuesta:

- Estados Contratantes.
- Empresas Transnacionales.
- Empresas Comerciales.
- Nacionales de Estados Contratantes.

¹²⁰⁹ *Ibid.* Artículo 25.2.

¹²¹⁰ *Ibid.* Artículo 25.3.

¹²¹¹ *Ibidem.*

La incorporación de estas cuatro categorías de sujetos es muy similar a la incorporada en la Propuesta y sobre ella destacamos algunos aspectos:

- a. En los cuatro supuestos debemos recordar que, como veremos a continuación al analizar las definiciones incorporadas en el apartado (4) del mismo artículo 25 de la Convención del CIADI¹²¹², es condición para el establecimiento de la legitimación pasiva el que exista un vínculo de estos sujetos con alguno de los Estados que ostentan la condición de Estado Contratante bajo las disposiciones de la Convención del CIADI, siendo que este vínculo se establece a través de la definición de “*Nacional de Estado Contratante*” incluida en el apartado (2) del artículo 25¹²¹³. Este vínculo en el caso de la legitimación activa (esto es, la que corresponde a la “*Parte Interesada*” y el “*Afectado Indirecto*”) puede establecerse también a través de la actuación denunciada y/o el daño producido, cuando alguno de ellos se haya producido en el territorio de alguno de los Estados Contratantes.
- b. Asimismo, queremos puntualizar que en este caso se hace referencia a los “*Nacionales de Estados Contratantes*” y no a los “*Sujetos Individuales*”, como se les define en la Propuesta, para mantener de este modo la integridad y coherencia sistemática con este término que se encuentra definido en el apartado (2) del artículo 25 de la Convención del CIADI en su redacción vigente¹²¹⁴.

Por lo que respecta a la legitimación activa ésta se atribuye a todos aquellos sujetos que ostenten la condición de “*Parte Interesada*”, tal como este concepto se define en el apartado (4) de nuestra propuesta de redacción para el artículo 25 de la Convención del CIADI¹²¹⁵, esto es, los Estados, empresas transnacionales y comerciales y personas físicas que se hayan visto afectadas (i) por cualquier incumplimiento de las disposiciones del borrador de tratado y/o (ii) por violaciones de los derechos humanos reguladas en las disposiciones de la Propuesta. Estos sujetos deberán además cumplir con una condición adicional

¹²¹² *Ibid.* Artículo 25.4.

¹²¹³ *Ibid.* Artículo 25.2.

¹²¹⁴ *Ibidem.*

¹²¹⁵ *Ibid.* Artículo 25.4.

consistente en ostentar un vínculo con alguno de los Estados que ostentan la condición de Estado Contratante bajo las disposiciones de la Convención del CIADI, que podrá determinarse (i) por nacionalidad (conforme a la definición de “*Nacional de Estado Contratante*” incorporada al mismo artículo 25.2 de la Convención del CIADI¹²¹⁶) y/o (ii) por domicilio y/o (iii) a través de la ubicación física donde se ha producido la acción u omisión y/o el daño denunciado.

Además, la definición de “*Parte Interesada*” se complementa con una definición adicional incorporada al apartado (4) del artículo 25 de la Convención del CIADI¹²¹⁷ que es la de “*Afectado Indirecto*” a través de la cual nos referimos a aquellos otros sujetos que se ven afectados indirectamente por las actuaciones contrarias a los derechos humanos contempladas en la Propuesta.

Más adelante en este Capítulo entraremos a analizar de forma detallada estos conceptos jurídicos junto al resto de conceptos incorporados al artículo 2 de la Propuesta.

4. En el apartado (4) del borrador de artículo 25¹²¹⁸ que proponemos se hace mención a una serie de definiciones necesarias para el establecimiento de la legitimación activa y pasiva en nuestra propuesta de modificación para la Convención del CIADI, cuya construcción es muy similar a la de las definiciones incorporadas en el artículo 2 de la Propuesta. Se trata de las definiciones de (i) Parte Interesada, (ii) Afectado Indirecto, (iii) Empresa Transnacional y (iv) Empresa Comercial.

Como hemos indicado con anterioridad, estas definiciones, inspiradas en la terminología empleada en las Normas de las Naciones Unidas¹²¹⁹, buscan establecer de forma clara las categorías de sujetos legitimados tanto activa como pasivamente por violaciones de los derechos humanos, fijando como condición la existencia de un vínculo con alguno de los Estados Contratantes de la Convención del CIADI. Este sistema de determinación de la legitimación activa y pasiva

¹²¹⁶ *Ibid.* Artículo 25.2.

¹²¹⁷ *Ibid.* Artículo 25.4.

¹²¹⁸ *Ibidem.*

¹²¹⁹ *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*. Op. Cit. Sección I.

pretende, en primera instancia, clarificar el modo de determinar quién ostenta la capacidad (i) para interponer reclamaciones bajo las disposiciones del borrador de tratado y (ii) para ser sujeto de atribución de responsabilidades por violaciones de los derechos humanos y/o de las disposiciones del borrador de tratado y, en segundo lugar, evitar en la medida de lo posible (junto al resto de la propuesta de redacción que sugerimos para el artículo 25 de la Convención del CIADI) el riesgo de “*treaty shopping*”¹²²⁰.

7.2. Modificación del artículo 28

El siguiente artículo de la Convención del CIADI que sugerimos modificar es el 28¹²²¹, en el cual se prevé quiénes son los sujetos legitimados para iniciar procedimientos de conciliación ante el CIADI. La modificación que proponemos para este artículo va ligada a la sugerida para el artículo 25 de la Convención del CIADI¹²²². Subrayamos a continuación, en negrita, la propuesta de cambio en el texto que proponemos:

“Artículo 28:

(1) Cualquier sujeto que ostente la condición de “Parte Interesada”, tal como este término se define en el artículo 25 (4) de la presente Convención, y que desee incoar un procedimiento de conciliación, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General, quien enviará copia de la misma a la otra parte.

(2) La solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de éstas a la conciliación, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el

¹²²⁰ Para mayor información sobre el concepto de “*treaty shopping*” véase lo indicado a estos efectos en el Capítulo III de esta tesis doctoral, así como las referencias de autores como VAN WEEGHEL y Peter MUCHLINSKI. VAN WEEGHEL, Stef. “*The improper use of tax treaties*”. *Op. Cit.* Página 119. MUCHLINSKI, Peter. “*Corporations and the Uses of Law: International Investment Arbitration as a Multilateral Legal Order*”. *Op. Cit.* Página 3.

¹²²¹ Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados. *Op. Cit.* Artículo 28.

¹²²² *Ibid.* Artículo 25.

arbitraje.

(3) El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación.”

La propuesta que formulamos consiste en alterar el texto del apartado (1) del artículo 28¹²²³, en cuya redacción original la legitimación activa quedaba reservada a (i) los Estados Contratantes y (ii) los Nacionales de Estados Contratantes, para extenderla a cualquier sujeto que ostente la condición de “*Parte Interesada*” tal y como este concepto jurídico quedó definido en la redacción sugerida por nuestra parte para el apartado (4) del artículo 25¹²²⁴.

7.3. Procedimiento de enmienda de la Convención del CIADI

Para proceder a formalizar la enmienda a los artículos 25 y 28 de la Convención del CIADI¹²²⁵ descrita en los apartados anteriores del presente Capítulo, resulta necesario tener en consideración lo dispuesto a estos efectos en el Capítulo IX de la Convención del CIADI (Enmiendas)¹²²⁶, en el que se regula el mecanismo de modificación de este tratado internacional.

La primera cuestión que debe tenerse en cuenta es que el proceso de modificación de la Convención del CIADI depende de los Estados Contratantes que son, de conformidad con lo previsto a estos efectos en su artículo 65, los únicos sujetos legitimados para proponer una enmienda de la Convención del CIADI¹²²⁷. De conformidad con lo previsto en el artículo 65 de la Convención del CIADI el proceso de enmienda de este tratado internacional es el siguiente:

¹²²³ *Ibid.* Artículo 28.1.

¹²²⁴ *Ibid.* Artículo 25.4.

¹²²⁵ *Ibid.* Artículo 25 y 28.

¹²²⁶ *Ibid.* Capítulo IX. Enmiendas.

¹²²⁷ *Ibid.* Artículo 65.

1. Cualquier Estado Contratante que desee proponer una enmienda a la Convención del CIADI deberá remitir una notificación escrita al Secretario General del CIADI con al menos noventa días de antelación a la reunión del Consejo Administrativo del CIADI a cuya consideración se someterá la propuesta de modificación planteada¹²²⁸.
2. Una vez recibida la propuesta de modificación, el Secretario General deberá remitir inmediatamente copia de la notificación a todos los miembros del Consejo Administrativo del CIADI¹²²⁹.
3. Una vez recibida la propuesta por el Consejo Administrativo del CIADI éste deberá someterla a votación, siendo necesario obtener el voto afirmativo de al menos dos tercios de sus miembros para lograr la aprobación de la propuesta de enmienda ¹²³⁰ ¹²³¹.
4. En el supuesto de que se logre la aprobación de la propuesta de enmienda por parte del Consejo Administrativo del CIADI, la enmienda deberá ser remitida a todos los Estados Contratantes para que éstos a su vez procedan a su ratificación, aceptación o aprobación, según corresponda¹²³².
5. Debe tenerse en cuenta que para que la propuesta de enmienda a la Convención del CIADI entre en vigor es necesario el cumplimiento de las siguientes condiciones:
 - a. La propuesta de modificación deberá ser ratificada, aceptada o aprobada por todos los Estados Contratantes de la Convención del CIADI¹²³³.

¹²²⁸ *Ibidem.*

¹²²⁹ *Ibidem.*

¹²³⁰ *Ibid.* Artículo 66.1.

¹²³¹ El Consejo Administrativo del CIADI se compone de un representante de cada uno de los Estados Contratantes. A fecha de elaboración de esta tesis doctoral constan 153 Estados Contratantes de la Convención del CIADI, de conformidad con la información disponible a estos efectos en la página oficial en Internet del CIADI. *Op. Cit.*

¹²³² *Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Op. Cit.* Artículo 66.1.

¹²³³ *Ibidem.*

- b. Una vez que la propuesta de enmienda se haya ratificado, aprobado o aceptado por todos los Estados Contratantes de la Convención del CIADI, será necesario que el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (depositario de la Convención del CIADI¹²³⁴) despache una comunicación a todos los Estados Contratantes informándoles de que todos los Estados Contratantes han procedido a ratificar, aprobar o aceptar la propuesta de enmienda formulada.

Finalmente debemos señalar, por lo que se refiere a la eficacia jurídica de las enmiendas a la Convención del CIADI, que éstas carecen de efectos retroactivos, por lo que en ningún caso podrán afectar a los derechos y obligaciones de un Estado Contratante nacidos del consentimiento a la jurisdicción del CIADI otorgado por parte de dicho Estado Contratante con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor¹²³⁵.

8. Sujetos legitimados

El artículo 7 de la Propuesta constituye uno de los elementos fundamentales para la construcción del mecanismo de atribución de responsabilidad a la empresa transnacional, ya que es en este precepto en el que se designan de manera específica aquellos individuos (tanto institucionales o públicos como privados) que podrán intervenir, tanto de forma activa como pasiva, en el proceso previsto en la Propuesta en el caso de que concurra un supuesto susceptible de ser considerado como violación de los derechos humanos y/o incumplimiento de las disposiciones del borrador de tratado. Conviene indicar algunas cuestiones adicionales respecto a la referencia realizada a los sujetos en este artículo:

1. Legitimación activa y pasiva: en el artículo 7 no sólo se menciona a aquellos sujetos que pueden ser encausados (y en su caso posteriormente condenados) en un proceso de atribución de responsabilidad por violaciones de los derechos humanos. En este artículo se hace también referencia a aquellos sujetos legitimados activamente en el proceso, y por lo tanto capacitados para la

¹²³⁴ El depositario de la Convención del CIADI es el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, de conformidad con lo dispuesto a estos efectos en la Convención del CIADI. *Ibid.* Artículos 2 y 73.

¹²³⁵ *Ibid.* Artículo 66.2.

interposición de demanda, siempre que reúnan los elementos necesarios para ello (interés legítimo).

Analizando las diferentes categorías mencionadas en este artículo debemos comentar que, como ya expusimos anteriormente en esta tesis doctoral al describir la estructura de los acuerdos bilaterales de inversión, es característica general de los mismos la falta de establecimiento de mecanismos recíprocos: es decir, la posibilidad de interposición de demanda queda en manos de la empresa o corporación privada, investida de este modo con la legitimación activa, mientras que la legitimación pasiva se le asigna únicamente a los Estados, que quedan de esta manera incapacitados para demandar, configurando así un sistema desequilibrado que resulta inadecuado en cuanto a la cobertura y garantía de los derechos humanos en el ámbito de la inversión.

Con la redacción incorporada a la Propuesta se crea un mecanismo recíproco en el que todos aquellos sujetos que ostentan la capacidad para interponer demandas (legitimación activa) son a su vez legitimados pasivamente, y por lo tanto también susceptibles de ser responsabilizados por las violaciones de los derechos humanos que puedan cometer.

2. Vinculación con los Estados Parte: es condición para el establecimiento de la legitimación (tanto activa como pasiva) la existencia de un nexo de unión que vincule a estos sujetos con alguno de los Estados que ostentan la condición de Estado Parte del borrador de tratado. Este vínculo puede establecerse de dos modos:

(i) Por ostentar la nacionalidad y/o tener fijado el domicilio social en alguno de los Estados Parte del borrador de tratado; y/o

(ii) Porque la acción u omisión contraria a los derechos humanos y/o el daño causado se haya producido en el territorio de alguno de los Estados Parte de la Propuesta.

La incorporación de este mecanismo de vinculación se fundamenta en el sistema recogido en este sentido en los APPRI, en los que la determinación de la condición

de “*inversor*” se basa en el criterio de nacionalidad que se determina (i) por ostentar la nacionalidad del Estado receptor de la inversión y/o (ii) tener fijada la residencia en el Estado receptor de la inversión y/o (iii) cumplir con las condiciones (i) e (ii) anteriores de forma conjunta, dependiendo del caso¹²³⁶.

Ahora bien, como hemos indicado anteriormente, este sistema de determinación de la legitimación se amplía haciendo referencia al lugar donde tenga lugar la acción u omisión y/o el daño que dan lugar a la reclamación. Como establecimos previamente, este sistema de determinación de la legitimación activa y pasiva tiene por objetivo clarificar el modo de determinar quién ostenta la capacidad para interponer reclamaciones y para ser objeto de asignación de responsabilidades, y también pretende reducir, en la medida de lo posible, el riesgo de “*treaty shopping*”¹²³⁷.

3. Sujetos: los sujetos mencionados son los clásicos que aparecen como susceptibles de ser objeto de atribución de responsabilidades en cualquier mecanismo de responsabilidad (entiéndase, refiriéndose a responsabilidad civil¹²³⁸):
 - Estados, entendidos como aquellos Estados que ostentan la condición de “*Estado Parte*” del borrador de tratado.
 - Personas físicas.

¹²³⁶ DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier. “*Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRIS celebrados por España con países de Latinoamérica*”. *Op. Cit.* Página 6.

¹²³⁷ Para mayor información sobre el concepto de “*treaty shopping*” véase lo indicado a estos efectos en el Capítulo III de esta tesis doctoral, así como las referencias de autores como VAN WEEGHEL y Peter MUCHLINSKI. VAN WEEGHEL, Stef. “*The improper use of tax treaties*”. *Op. Cit.* Página 119. MUCHLINSKI, Peter. “*Corporations and the Uses of Law: International Investment Arbitration as a Multilateral Legal Order*”. *Op. Cit.* Página 3.

¹²³⁸ En relación con esta cuestión, y como ejemplo, véase el concepto de “Operador” incluido en el artículo 2 (Definiciones) de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, en el que se indica que ostenta la condición de Operador “*cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que desempeñe una actividad económica o profesional o que, en virtud de cualquier título, controle dicha actividad o tenga un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico. Para su determinación se tendrá en cuenta lo que la legislación sectorial, estatal o autonómica, disponga para cada actividad sobre los titulares de permisos o autorizaciones, inscripciones registrales o comunicaciones a la Administración*”. *Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 255 de fecha 24 de octubre de 2007. Artículo 2.

- Personas jurídicas: dentro de esta tercera categoría debemos diferenciar entre (i) empresas transnacionales y (ii) empresas comerciales, tal y como ambos conceptos se definen en las Normas¹²³⁹.

El empleo de estos términos se debe a una serie de motivos que exponemos a continuación:

- a. Se trata de la terminología empleada por las Naciones Unidas en las “*Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*”¹²⁴⁰.
- b. Consideramos que es conveniente el empleo de esta terminología dado que ha sido acuñada por una organización internacional con un importante rol como referencia institucional en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos.
- c. Esta misma terminología se emplea además en otros instrumentos jurídicos emanados de las Naciones Unidas como es el caso de los Principios Rectores, en los que John RUGGIE se refiere a las empresas transnacionales con este mismo término¹²⁴¹.
- d. También es importante que diferenciamos los conceptos de “*empresa transnacional*” y “*empresa comercial*”, a los que ya hicimos referencia de forma pormenorizada en el Capítulo II de esta tesis doctoral. Y es que debemos tener presente que, como ya expusimos con anterioridad, las empresas y grandes corporaciones transnacionales no siempre operan bajo la forma jurídica de su matriz sino que en numerosas ocasiones y con la finalidad de beneficiarse de ventajas legales y fiscales, entre otras, las compañías crean sus propias filiales de nacionalidad homóloga a la del Estado receptor de la inversión, circunstancia que dificulta la labor de identificación del sujeto responsable del daño causado cuando se inicia un

¹²³⁹ Para revisar las definiciones de “*empresa transnacional*” y “*empresa comercial*” que se incluyen en las “*Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*” véase lo previsto a estos efectos en su Sección I. *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*. Sección I.

¹²⁴⁰ *Ibidem*.

¹²⁴¹ *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie. *Op. Cit.*

proceso de determinación de responsabilidades en el contexto de violaciones de los derechos humanos.

Cuando se dan esta clase de circunstancias, de acuerdo a la teoría expuesta por WESTBROOK (citado a su vez por Thomas CARBONNEAU¹²⁴²) que ya mencionamos anteriormente en esta tesis doctoral, puede hablarse de la existencia de tres teorías de atribución directa de responsabilidad a la empresa transnacional: (i) ruptura del velo corporativo (ii) asignación de responsabilidad financiera global a la empresa transnacional y (iii) responsabilidad de la dirección de la empresa transnacional.

La Propuesta aquí formulada puede servir como un primer paso para, apoyada en las diferentes teorías doctrinales mencionadas a lo largo de esta tesis doctoral y en los mecanismos establecidos en el propio borrador de tratado, hacer posible la atribución de responsabilidades a sujetos (personas jurídicas) que, en otras circunstancias, no podrían ser vinculados a posibles violaciones de los derechos humanos desde un punto de vista jurídico¹²⁴³. Así pues, el artículo 7 de la Propuesta resulta esencial en la construcción del mecanismo de atribución de responsabilidades a la empresa transnacional, siempre interpretado y aplicado de forma sistemática junto a otras secciones de la Propuesta que resultan igualmente relevantes.

4. Parte Interesada: en el artículo relativo a los sujetos se incorpora una referencia a la definición del concepto jurídico de “*Parte Interesada*” extraído de las “*Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos*”¹²⁴⁴, que se modifica ligeramente en el artículo 2 de la Propuesta (relativo a las definiciones),

¹²⁴² Para una información más completa acerca de esta teoría de atribución de responsabilidad a las empresas multinacionales véase la obra de Thomas CARBONNEAU. CARBONNEAU, Thomas E. “*Cases and materials on International Litigation and Arbitration*”. *Op. Cit.* Página 38. (traducción libre del autor)

¹²⁴³ Conviene recordar que el mecanismo de descripción y definición específica que se propone en esta tesis se basa en la teoría de Steven RATNER, autor al que ya se ha hecho referencia previamente en esta tesis doctoral. RATNER, Steven E. “*Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*”. *Op. Cit.*

¹²⁴⁴ *Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos. Op. Cit. Sección I.*

vinculándolo a los artículos 25 y siguientes de la Convención del CIADI¹²⁴⁵ al indicar lo siguiente:

“7.1.2 Están legitimados para la iniciación de acciones por violaciones de los derechos humanos al amparo del presente tratado todos los sujetos que ostenten la condición de “Parte Interesada” recogida en los artículos 25 y siguientes de la Convención del CIADI y sus normas de desarrollo, así como en virtud de lo dispuesto a estos efectos en el presente tratado.”

En relación con este artículo indicar que una de las claves sobre las cuales se fundamenta la Propuesta formulada en esta tesis doctoral tiene que ver con la vinculación de las disposiciones del borrador de tratado propuesto a las encargadas de la regulación del funcionamiento del CIADI y recogidas, como hemos comentado en reiteradas ocasiones, en la Convención del CIADI¹²⁴⁶ cuya modificación propusimos anteriormente en este Capítulo.

A fecha de elaboración de esta tesis doctoral, el artículo 25 de la Convención del CIADI¹²⁴⁷ regula la jurisdicción del CIADI incorporando una redacción concreta a la que nos referimos en el apartado 7 anterior, y respecto al cual formulamos también una alternativa para modificar su redactado con el fin de adaptarlo a la configuración jurídica de las disposiciones contenidas en esta Propuesta. La modificación que sugerimos para este artículo pretende permitir la habilitación también en la Convención del CIADI de los sujetos mencionados en el artículo 6 de la Propuesta (Estados, personas físicas y personas jurídicas – esto es, empresas transnacionales y otras empresas comerciales) como sujetos dotados tanto de legitimación activa como pasiva en el contexto de violaciones de los derechos humanos.

5. Interpretación sistemática: el artículo relativo a los sujetos no debe ser interpretado de manera autónoma, sino que cada una de las categorías de sujetos

¹²⁴⁵ Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Op. Cit. Artículos 25 y siguientes.

¹²⁴⁶ *Ibidem.*

¹²⁴⁷ *Ibid.* Artículo 25.

a las que se hace referencia en él se encuentra definida en el último de los artículos de esta Propuesta, dedicado a la definición de cada uno de los sujetos intervinientes en el contexto de las empresas transnacionales y los derechos humanos.

9. Acciones colectivas

Una vez analizada la mención a los sujetos legitimados, y en lo que respecta a la incorporación de la referencia a las acciones colectivas, debemos tener en cuenta su importancia ya que en la Propuesta se menciona no sólo la responsabilidad de los diferentes sujetos en el contexto de violaciones de los derechos humanos, sino que se da un paso más allá al prever la posibilidad de interposición de demandas colectivas en este ámbito (de los términos ingleses “*class*” y “*collective actions*”¹²⁴⁸).

Según B. VAN SCHAACK las acciones colectivas en el contexto específico de los derechos humanos (en idioma inglés “*human rights class actions*”) se definen como “*litigios en forma de acción colectiva relativas a conductas que han tenido lugar en el extranjero, cuyo objetivo es (1) obligar al cumplimiento de las normas internacionales sobre derechos humanos derivadas de la costumbre internacional o recogidas en tratados internacionales (como el Convenio contra la tortura, el Convenio contra el genocidio, y los Convenios de Ginebra) o (2) compensar violaciones del Derecho internacional a través de normas y recursos legales locales, como el enriquecimiento injusto*”¹²⁴⁹.

¹²⁴⁸ “*Collective action*”: se define como una acción tomada por un grupo (ya sea de manera directa o en su interés a través de una organización) en persecución de intereses compartidos percibidos por los miembros. Parece lógico esperar que la gente que tiene un interés en común actuará de este modo –por ejemplo los pensionistas actuarán por pensiones más altas, o los mineros por mayor seguridad bajo tierra-. “*Action taken by a group (either directly or on its behalf through an organization) in pursuit of members' perceived shared interests. It seems logical to expect that people who have an interest in common will act on it—for example that pensioners will act for higher pensions, or miners for greater underground safety.*” Definición de “*Collective action*”, término jurídico. SCOTT, John y MARSHALL, Gordon. “*A Dictionary of Sociology*”. Oxford University Press. Oxford Reference Online. (traducción libre del autor)

¹²⁴⁹ Marta REQUEJO ISIDRO hace referencia a la definición de “*human rights class action*” acuñada por Beth VAN SCHAACK en su artículo “*Unfulfilled Promise: The Human Rights Class Action*”. REQUEJO ISIDRO, Marta “*Derechos humanos y acciones colectivas*”. *Op. Cit.* Página 314. VAN SCHAACK, Beth. “*Unfulfilled Promise: The Human Rights Class Action*”. U. Chi. Legal F. Año 2003. Número 279. (traducción libre del autor)

Debemos extraer una serie de conclusiones de esta definición que resultan esenciales para justificar la incorporación de esta figura a la Propuesta desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos:

1. Obligación de cumplimiento: se reconoce dentro de la finalidad de la acción colectiva aquella tendente a obligar a cumplir con las normas internacionales derivadas de la costumbre internacional en materia de derechos humanos, o bien reflejadas en el texto de tratados internacionales.
2. Obligación de compensación: se reconoce expresamente el derecho a obtener compensaciones por violaciones de los derechos humanos, a través de recursos locales. Al referirnos al ámbito local debemos ubicarlo en concreto en los Estados Unidos de América dado que se trata de una figura empleada típicamente en este país: *“Con razón se ha dicho que «Las acciones colectivas internacionales relativas a derechos humanos aúnan dos universos únicos: el enfoque particular de EEUU respecto al Derecho Internacional, y las class actions americanas»; y que «la acción colectiva internacional en materia de derechos humanos es una extensión lógica de una de las formas predilectas de impact litigation empleada en Estados Unidos”*¹²⁵⁰. La figura de acción colectiva en el ámbito de los derechos humanos está presente ya desde hace varios años en el ámbito de los derechos humanos a nivel doméstico en Estados Unidos de América, como mostramos en el Capítulo IV de esta tesis doctoral. Además, y aunque la aparición de acciones colectivas en el contexto del Derecho internacional de los derechos humanos sea aún tímida, también se debe considerar que en Estados Unidos de América existen una serie de disposiciones específicas que posibilitan el acceso a los tribunales federales en casos relativos a violaciones de normas de Derecho internacional público¹²⁵¹.

¹²⁵⁰ REQUEJO ISIDRO, Marta *“Derechos humanos y acciones colectivas”*. Op. Cit. Página 314.

¹²⁵¹ *Ibidem*.

Debemos tener en cuenta la relevancia de la inclusión del elemento de legitimación colectiva en procedimientos de responsabilidad por violaciones de los derechos humanos por una serie de razones de naturaleza variada:

1. Es importante tener en cuenta los beneficios logísticos, de fuerza procesal, política e incluso ante la opinión pública que presentan las herramientas de legitimación colectiva. Se trata de razones y fundamentos que consideramos necesario subrayar para la justificación de esta Propuesta. Tal y como se desprende de la misma definición de “*class action*”, cuando se aglutinan intereses de diversos sujetos en una misma controversia es posible y en ciertos casos incluso preferible, por razones de logística, operatividad judicial y economía procesal, que un sujeto u organización se persone como representante de varios afectados.

2. Otra de las razones por las que la acción colectiva es una herramienta interesante en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos deriva de la propia definición de determinados actos considerados contrarios al Derecho internacional y que suelen exigir la existencia de una pluralidad de víctimas. Así sucede si analizamos las definiciones de crimen de guerra, genocidio y lesa humanidad recogidas, entre otros instrumentos, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional¹²⁵²:
 - a. En el caso del crimen de genocidio, se entiende que puede concurrir la existencia de este tipo de delito cuando se comete “*con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal*”¹²⁵³.
 - b. Si analizamos la definición de “*crimen de guerra*” veremos que en ella se hace referencia a “*la comisión en gran escala de tales crímenes*”¹²⁵⁴.
 - c. Por lo que respecta a la definición de crimen de lesa humanidad, éste se define como un delito cometido como “*parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*”¹²⁵⁵.

¹²⁵² Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Op. Cit.

¹²⁵³ *Ibid.* Artículo 6.

¹²⁵⁴ *Ibid.* Artículo 8.1.

¹²⁵⁵ *Ibid.* Artículo 7.1.

3. La acción colectiva en materia de derechos humanos es una herramienta que sirve como apoyo y ayuda para el desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos puesto que como expone Harvey RISHIKOF “*dota de un concreto significado derechos enunciados de forma genérica en catálogos de diversos instrumentos internacionales, y posibilita la formación de la opinio iuris, elemento necesario del Derecho internacional consuetudinario*”¹²⁵⁶.

Por lo que se refiere a la estructura del artículo 7.3 de la Propuesta relativo a las acciones colectivas destacamos de él los siguientes elementos:

1. La acción colectiva será valorada por el CIADI sobre un criterio “*caso por caso*”, es decir, atendiendo a las circunstancias específicas de cada supuesto enjuiciado.
2. Para valorar la aceptación de la solicitud de acción colectiva el CIADI tendrá en cuenta (i) las especiales circunstancias de la controversia y/o (ii) el especial interés del colectivo en la disputa.
3. La acción colectiva podría ser ejercitada directamente por alguno de los integrantes del colectivo afectado, o bien por organizaciones especializadas en violaciones de los derechos humanos, o incluso abogados duchos en materia de acciones colectivas, los cuales podrían participar en el proceso en calidad de representantes legales de los afectados.
4. Debemos también tener en cuenta que el artículo 7 de la Propuesta debe ser interpretado de forma sistemática junto a otros preceptos del borrador como el artículo 3 (Obligaciones Generales), en el que se hace referencia a los derechos recogidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos¹²⁵⁷ con carácter general, y también a algunos grupos específicos de derechos humanos que pueden ostentar una naturaleza jurídica de tipo colectivo:

¹²⁵⁶ Marta REQUEJO ISIDRO cita a Harvey RISHIKOF, quien se refiere a la condición de *opinio iuris* de las acciones colectivas en su artículo “*Framing International Rights with a Janusism Edge- Foreign Policy and Class Actions-Legal Institutions as Soft Power*”. REQUEJO ISIDRO, Marta “*Derechos humanos y acciones colectivas*”. *Op. Cit.* Página 329. RISHIKOF, Harvey. “*Framing International Rights with a Janusism Edge-Foreign Policy and Class Actions-Legal Institutions as Soft Power*”. U. Chi. Legal F. Páginas 247 a 278 (página 247). Año 2003.

¹²⁵⁷ *Carta Internacional de Derechos Humanos. Op. Cit.*

“3.2 Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, sus directivos, incluidos los administradores, miembros del consejo de administración o directores y otros ejecutivos, y las personas que trabajan para ellas tienen, entre otras, obligaciones y responsabilidades en la esfera de los derechos humanos, además de la responsabilidad de promover y proteger los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el resto de instrumentos jurídicos internacionales que componen el Derecho internacional de los derechos humanos, incluidos, con carácter enunciativo, pero no limitativo, los derechos e intereses de la mujer y de los pueblos indígenas, así como los de otros grupos en situación de vulnerabilidad, el derecho a la seguridad personal, y también los derechos de los trabajadores, los derechos de los consumidores, y los derechos en materia de protección del medio ambiente.”

Es importante tener presente que varias de las categorías de derechos humanos que se mencionan en este precepto son de naturaleza colectiva, como sucede por ejemplo en el caso de: (i) los derechos de los pueblos indígenas (ii) los derechos de la mujer (iii) los derechos de los trabajadores (iv) los derechos de los consumidores o (v) los derechos en materia de protección del medio ambiente¹²⁵⁸.

La incorporación de estas categorías de derechos humanos en el artículo 2 tiene como finalidad subrayar y dotar de una especial atención a estos grupos de derechos humanos que ostentan una naturaleza colectiva, al subrayar la especial obligación de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales de respetar estas categorías de derechos humanos. Así, mientras que a través del artículo 3 se genera la obligación, en el artículo 7 se configura el mecanismo de

¹²⁵⁸ La profesora CARMONA LARA expone en este sentido que “como bien jurídico el ambiente asume un valor de objeto de protección y en algunos casos adquiere la categoría de bien jurídico constitucionalizado, y también es un bien jurídico colectivo y único”. CARMONA LARA, María del Carmen. “Derechos humanos y medio ambiente: los nuevos desafíos”. Artículo publicado en la obra “El mito del desarrollo y las transiciones a la democracia. Terceras jornadas sobre Globalización y Derechos Humanos”. Obra coordinada por Luis T. DÍAZ MÜLLER. DÍAZ MÜLLER, Luis T. (Coordinador). “El mito del desarrollo y las transiciones a la democracia. Terceras jornadas sobre Globalización y Derechos Humanos”. Universidad Nacional Autónoma de México. Páginas 33 a 62. Año 2006. Página 5.

demanda colectiva para facilitar a las víctimas un mecanismo de protección y amparo contra las violaciones de este tipo de derechos humanos.

5. Además, debemos destacar que algunos de los derechos humanos que se mencionan en este artículo de la Propuesta se encuentran reflejados en la actual redacción de diferentes secciones de las “*Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos*”¹²⁵⁹, siendo este uno de los elementos que refuerza su incorporación a la redacción de la Propuesta.

10. Interés legítimo

En sede de legitimación activa la fórmula planteada se basa en el concepto de “*interés legítimo*” que se incorpora en el artículo 7.2 de la Propuesta, clave fundamental en cualquier sistema de responsabilidad civil, y entendido como la capacidad de demandar reconocida por la ley a favor del sujeto cuyos intereses han sido lesionados y cuya titularidad puede probar documental y/o fácticamente. La construcción de este concepto en la Propuesta bebe directamente de la teoría jurídica norteamericana denominada “*standing to sue*”, que establece la necesidad de existencia de elementos y justificaciones suficientes a favor del demandante que le permitan ser apto para la interposición de una denuncia ante una violación de los derechos humanos.

A continuación, analizaremos en profundidad la jurisprudencia acuñada en torno a este concepto jurídico con el fin de delimitar los límites legales del mismo. Para ello vamos a fijar nuestra atención en el concepto jurídico y jurisprudencial “*standing to sue*”¹²⁶⁰ construido a lo largo de los años por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

¹²⁵⁹ *Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos. Op. Cit.*

¹²⁶⁰ “*Standing to sue*”: un sujeto que tiene el derecho a brindar acción legal contra otra parte tiene derecho a demandar a esa parte. Una parte que ha sido transgredida por otra parte tiene derecho a demandar a esta parte, si la parte lesionada puede demostrar que sus derechos fueron violados. “*A person who has the right to bring legal action against another party has standing to sue that party. A party who is injured by another party has standing to sue that party, if the injured one can show that his rights were violated.*” Definición de “*Standing to sue*”, término jurídico. PATRICK, John J., PIOUS, Richard M. y RITCHIE, Donald A. “*The Oxford Guide to the United States Government*”. Editorial Oxford University Press. Oxford Reference Online. Año 2001. (traducción libre del autor)

El concepto “*standing to sue*” fue acuñado por la Corte Suprema para analizar casos relacionados con daños ambientales, y se compone de una serie de criterios jurisprudenciales que han servido en la tarea de acotar y delimitar la responsabilidad tanto de las instituciones públicas como privadas en este contexto. A los efectos de la Propuesta este concepto jurídico resulta de especial relevancia ya que, sobre la base de los elementos que lo componen, extraeremos de él una serie de claves que nos ayudarán a entender en qué casos un sujeto estaría dotado de un interés legítimo para interponer una demanda ante el CIADI por una violación de los derechos humanos. Haremos a continuación referencia a algunos de los casos más significativos en materia de responsabilidad por daño ambiental sustanciados ante la Suprema Corte, con el fin de delimitar el concepto de “*standing to sue*”¹²⁶¹.

10.1. “Sierra Club vs. Morton” ¹²⁶²

En este caso, la asociación ecologista norteamericana Sierra Club interpuso demanda contra el Servicio Forestal por autorizar la construcción de un complejo recreativo, con capacidad para recibir diariamente a 14.000 personas, en el “*Valle del Rey Mineral*” (que había sido parte del Sequoia National Park, uno de los más importantes parques nacionales de los Estados Unidos de América). El elemento más importante en este litigio fue el concepto “*standing to sue*”, una de las piezas fundamentales que construyen el sistema de responsabilidad civil por daño ambiental en los Estados Unidos, y que consiste en la determinación del grado de legitimación activa del que dispone un sujeto para poder interponer una demanda por daños ambientales (futuros en el caso que nos ocupa). Sierra Club obtuvo sentencia favorable en primera instancia, mientras que en apelación se le negó la capacidad o “*standing to sue*” para poder interponer la demanda. Finalmente, la Suprema Corte estableció en su sentencia que:

“en ausencia de alegación de que la asociación o sus miembros habían sido afectados en alguna de sus actividades por el complejo propuesto, la asociación que reclamaba un especial interés en la conservación de

¹²⁶¹ La referencia de estos casos fue obtenida de la obra de Jesús JORDANO FRAGA. JORDANO FRAGA, Jesús. “*La protección del Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*”. J.M. Bosch Editor, S.A. Primera Edición. Año 1995.

¹²⁶² *Caso Sierra Club vs. Morton*. 405 U.S. 727, 92 S. Ct. 1361. Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Año 1972. Sería conveniente citar la fuente en la que has consultado la sentencia.

*los refugios naturales de caza y los bosques, carecía de standing bajo la Administrative Procedure Act para mantener la acción”*¹²⁶³.

Probablemente en este caso se denegó la posibilidad de acción porque la Corte Suprema entendió que la asociación Sierra Club no había sufrido daños en sus intereses privados. Previsiblemente, la actitud de Sierra Club en el proceso se centró en el pensamiento de que la interposición de demandas como la mencionada tenía cierta relevancia “*pública*” que hacía innecesario disponer de alguna clase de elemento o interés añadido para demandar, especialmente en lo tocante a intereses privados. Sin embargo, la Corte Suprema indica que “*un mero interés*” en una controversia o situación no es suficiente para que una asociación pueda interponer una demanda tiene que existir alguna clase de interés particular afectado.

Para concluir los comentarios respecto a este caso, debemos mencionar que Jesús JORDANO FRAGA indica que esta controversia, juzgada en el año 1972, sirvió para abrir la puerta a posibles reclamaciones contra la administración norteamericana por daños ambientales, y se constituye por tanto como precursora de esta clase de mecanismos judiciales en los Estados Unidos de América¹²⁶⁴.

10.2. “United States vs. Students Challenging Regulatory Agency Procedures”¹²⁶⁵

En este caso, se enjuiciaba la pretensión de un grupo ambiental de prohibir una serie de medidas emanadas de órdenes de la Comisión Interestatal de Comercio de los Estados Unidos, relativas a ferrocarriles, que podían resultar altamente perjudiciales para el medio ambiente. Los demandantes alegaban que el sistema de transporte de cargas era “*discriminatorio*” con respecto a los bienes reciclables y reciclados, y añadido a lo anterior, denunciaban que no se habían solicitado informes para el establecimiento de las mencionadas medidas, que podían estar tomándose por lo tanto en situación de peligro. El grupo ambiental, por otra parte, declaraba en su demanda que sus intereses particulares

¹²⁶³ JORDANO FRAGA, Jesús. “*La protección del Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*”. *Op. Cit.* Página 360.

¹²⁶⁴ *Ibid.* Página 362.

¹²⁶⁵ *Caso United States vs. Students Challenging Regulatory Agency Procedures*. 412 U.S. 669, 93 S. Ct. 2405. Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. Sentencia del 18 de junio de 1973.

estaban siendo afectados porque los miembros del grupo utilizaban los bosques, ríos y praderas por donde iba a pasar la nueva línea de ferrocarril para sus actividades como grupo ambientalista y ecologista.

En primera instancia la organización logró que el juez imposibilitara la adopción de las medidas recurridas, pero se produjo una apelación por parte del Gobierno de los Estados Unidos, la Comisión Interestatal y diversas asociaciones de ferrocarriles que estaban involucradas en la controversia. La demanda llegaría finalmente a manos de la Corte Suprema. En este caso, a diferencia de lo que sucedió en la demanda anterior, interpuesta por Sierra Club, la Suprema Corte estimó que realmente el grupo ambientalista “*Students Challenging Regulatory Agency Procedures*” sí disponía de “*standing to sue*” para la interposición de la demanda, por lo cual se estimaron los intereses de los demandantes. De hecho, como indica la Suprema Corte:

*“el litigante debe alegar que él ha sido o será de hecho perceptiblemente dañado por la actuación de la agencia impugnada, y no tan sólo que él puede imaginar circunstancias en las cuales puede ser afectado por la actuación administrativa. Y es igualmente claro que las alegaciones deben ser ciertas y susceptibles de prueba en juicio. En este caso nos encontramos ante una demanda en la cual los apelados alegaron un perjuicio específico y perceptible que los distingue de otros ciudadanos que no usan los recursos naturales que reclamaban, afectados por la actuación administrativa”*¹²⁶⁶

10.3. “Lujan vs. National Wildlife Federation”¹²⁶⁷

En este caso, se analizó hasta qué punto la Federación Nacional de la Naturaleza Salvaje disponía de los elementos necesarios en el “*standing to sue*” para poder interponer una demanda relativa a “*tierras públicas*”¹²⁶⁸. Se iban a adoptar una serie de medidas que

¹²⁶⁶ JORDANO FRAGA, Jesús. “*La protección del Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*”. *Op. Cit.* Página 364.

¹²⁶⁷ *Caso Lujan vs. National Wildlife Federation*. 110 S. Ct. 3177. Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. Año 1990.

¹²⁶⁸ Definición de “*tierras públicas*”, término jurídico: se trata de extensiones de tierra pertenecientes al Gobierno Federal. Contienen aproximadamente el 20% de las explotaciones forestales, así como ingentes cantidades de minerales y otros recursos naturales. JORDANO FRAGA, Jesús. “*La protección del Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*”. *Op. Cit.* Página 365. Jordano Fraga cita a ARBUCKLE, J. Gordon, STOLL,

podrían, en un futuro, permitir la realización de actividades mineras en ciertas zonas de excepcional belleza natural, las cuales serían contrarias a varias disposiciones y regulaciones norteamericanas, entre ellas las contenidas en la “*Environmental Law Policy Act*”, principal norma reguladora en materia medioambiental en Estados Unidos de América.

Tras lograr la paralización de las acciones en apelación, finalmente la Corte Suprema otorgó “*Writ of Certiorari*”¹²⁶⁹, y tras analizar el caso finalmente revocó la decisión emitida en segunda instancia, determinando que no se podía considerar la existencia de una violación de las mencionadas normas medioambientales norteamericanas. En opinión del Tribunal, la Federación Nacional de la Naturaleza Salvaje podría reclamar los daños, pero debería hacerlo por cada una de las actuaciones individualizadas y no en referencia genérica a un “*conjunto de acciones*”. Esta sentencia fue duramente criticada al considerarse un grave paso atrás en el proceso de interposición de demandas por daños ambientales por las razones logísticas y de desahogo de la carga judicial que ya fueron previamente mencionadas.

A la vista de los casos expuestos en relación con el concepto “*standing to sue*”, podemos extraer una serie de conclusiones en cuanto a los elementos que componen el “*interés legítimo*” tal como el mismo se encuentra configurado en la Propuesta:

1. Existencia de un interés real afectado: resulta necesario que el demandante acredite la existencia real de un interés afectado por las actuaciones objeto de la denuncia interpuesta, con el fin de que se pueda evaluar el daño causado y así poder también, en su caso, determinar la necesidad de una compensación o indemnización para la víctima.

Richard G. y otros autores de la obra “*Environmental Law Handbook*”. ARBUCKLE, J. Gordon, STOLL, Richard G. y otros. “*Environmental Law Handbok*”. Government Institutes Inc. Páginas 333 y 334. Año 1989.

¹²⁶⁹ Definición de “*Certiorari, Writ of*”, término jurídico: la Suprema Corte de los Estados Unidos de América tiene la autoridad, dada por el Congreso de los Estados Unidos (de acuerdo al Artículo 3, Sección 2, de la Constitución de los Estados Unidos), de elaborar un “*writ of certiorari*”, que es una orden dada a una corte inferior para preparar un caso y remitirlo a la Suprema Corte para su revisión. El término latino “*certiorari*” significa “*ser informado*”. “*The U.S. Supreme Court has the authority, given by Congress (according to Article 3, Section 2, of the Constitution), to issue a writ of certiorari, which is an order to a lower court to prepare the record of a case and submit it to the Supreme Court for review. The Latin term “certiorari” means “to be informed*”. Definición de “*Certiorari, Writ of*”, término jurídico. PATRICK, John J., PIOUS, Richard M. y RITCHIE, Donald A. “*The Oxford Guide to the United States Government*”. Op. Cit. (traducción libre del autor)

2. Daño concreto e individualizado: el daño no puede ser referido de forma genérica sino que debe ser concreto y por tanto estar debidamente individualizado. En consecuencia, cuando la reclamación sea interpuesta por una asociación o colectivo se requerirá un requisito adicional consistente en que se acredite la existencia de un daño a nivel individual. Como se expone en el caso “*United States vs. Students Challenging Regulatory Agency Procedures*”¹²⁷⁰, cuando una reclamación es interpuesta por una asociación o grupo resulta necesario que se acredite la existencia de un interés particular afectado en el que se pueda concretar el daño por la violación de los derechos humanos reclamada en el procedimiento.
3. Acreditación documental: la acreditación de la existencia de un interés afectado deberá ser justificada documentalmente, tanto en los casos de reclamación individual como en los de reclamación a nivel colectivo.

11. “*Amicus curiae*”

Sobre la figura de “*amicus curiae*” en primer lugar conviene que aclaremos el significado y función de esta figura jurídica. Como expone BÓRQUEZ BÉCKER “*los Amicus curiae políticos o modernos, son aquellos en los que quien actúa, lo hace sin la designación por la corte, pero usualmente teniendo un fuerte interés en la resolución de la disputa, incluso sin tener interés jurídico como tercer participante. Por lo general, representan grupos de personas unidas por el mismo interés que surge de una estructura organizada*”¹²⁷¹.

La aparición de esta clase de figuras en la Propuesta resulta un elemento relevante puesto que supone dar continuidad a una herramienta jurídica ya existente y en funcionamiento en el ámbito de los derechos humanos y el arbitraje inversión, al mismo tiempo que permite habilitar en la Propuesta un mecanismo a través del cual ciertos colectivos puedan estar representados en los procesos que se sustancien ante el CIADI cuando tengan un especial interés en la disputa.

¹²⁷⁰ Caso *United States vs. Students Challenging Regulatory Agency Procedures*. Op. Cit.

¹²⁷¹ BÓRQUEZ BECKER, Sebastián F. “*Amicus curiae: un análisis comparativo del sistema de solución de diferencias de la OMC y el arbitraje internacional de inversión*”. Artículo publicado en la Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional, número I, volumen 2. Páginas 272 a 303 (página 276). Año 2015.

Lo primero que hay que recordar es que la figura jurídica de “*amicus curiae*” está muy presente en el Derecho internacional de los derechos humanos, donde existe una amplia doctrina relativa a la participación de este tipo de figuras ante tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹²⁷². También esta figura está presente en el ámbito del arbitraje de inversión¹²⁷³.

En cuanto al funcionamiento lo habitual es que el sistema de participación del “*amicus curiae*” se articule a través de la presentación de un escrito ante el órgano encargado de enjuiciar la controversia de que se trate, que tiene la facultad de aceptar o rechazar dicha solicitud. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de los escritos presentados por “*amicus curiae*” durante la resolución de disputas sustanciadas ante la Organización Mundial del Comercio, que valora la aceptación de este tipo de documentos bajo un criterio “*caso por caso*”, dependiendo de las características de la controversia de que se trate¹²⁷⁴. Sin embargo debemos diferenciar entre dos elementos: (i) la posibilidad de presentación de escritos por parte de “*amicus curiae*” y (ii) la valoración de lo expuesto en estos escritos por parte del órgano de enjuiciamiento. En este contexto y en el caso de la OMC, debemos recordar que esta organización internacional ha variado su criterio a lo largo de los años en cuanto a la aceptación y consideración de los mismos¹²⁷⁵.

Por lo que respecta al ámbito del arbitraje de inversión, la primera cuestión que debemos considerar y que justifica la incorporación de la figura de “*amicus curiae*” a la Propuesta formulada en esta tesis doctoral, es que una de las clásicas ventajas que tradicionalmente se han atribuido al arbitraje es la de la confidencialidad del procedimiento y del laudo¹²⁷⁶, lo que podría interpretarse como contradictorio respecto a la participación de “*amicus*

¹²⁷² *Ibid.* Página 274.

¹²⁷³ *Ibidem.*

¹²⁷⁴ *Ibid.* Páginas 276 y 277.

¹²⁷⁵ Así lo podemos comprobar, como expone BÓRQUEZ BECKER, si analizamos las decisiones adoptadas por parte de la Organización Mundial del Comercio en diferentes casos en los que ha habido un interés de participación por parte de “*amicus curiae*”, como por ejemplo (i) el caso “*Australia-Salmón (DS 18)*”, en el que se tuvo en consideración la documentación aportada por “*amicus curiae*” para la toma de la decisión final o (ii) el caso “*CE-Amianto (DS 135)*” en el que se fijó el criterio para la consideración de los escritos de *amicus curiae* sobre una base “*caso por caso*”. *Ibid.* Páginas 281 a 287. *Caso Australia – Salmón. Diferencia DS18*. Controversia entre Canadá y Australia en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Resuelta por mutuo acuerdo entre Australia y Canadá el 18 de mayo del año 2000. *Caso CE – Amianto. Diferencia DS135*. Controversia entre Canadá y las Comunidades Europeas. Resuelta por el Órgano de Apelación de la OMC el 12 de marzo de 2001. La información sobre el caso “*Australia – Salmón*” y el caso “*CE – Amianto*” ha sido obtenida de la página oficial en Internet de la OMC en el siguiente enlace: < https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm>. Referencia del 4 de febrero de 2018.

¹²⁷⁶ BÓRQUEZ BECKER, Sebastián F. “*Amicus curiae: un análisis comparativo del sistema de solución de diferencias de la OMC y el arbitraje internacional de inversión*”. *Op. Cit.* Página 291.

curiae” en este tipo de casos. En este sentido debemos tener en cuenta que, aunque tradicionalmente la figura de “*amicus curiae*” no ha sido aceptada en los procedimientos de arbitraje de inversión, en los últimos años se han producido algunas decisiones que han permitido la entrada paulatina de este tipo de roles en el ámbito de la inversión extranjera.

Tal es el caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), cuya Comisión se pronunció en el año 2001 en un documento interpretativo en el sentido de que “*nada en el TLCAN impone una obligación general de confidencialidad entre las partes en disputa mediante arbitraje bajo el Capítulo Once, y, sujeto a la aplicación del Artículo 1137(4), nada en el TLCAN impide a las partes proporcionar acceso público a remitidos a, o emitidos por, un tribunal constituido por el Capítulo Once*”¹²⁷⁷. Dos años más tarde, en el año 2003, los Estados Parte del TLCAN adoptaron un procedimiento relativo a la participación de terceras partes no involucradas en la disputa. Bajo este procedimiento las terceras partes que deseen participar en la controversia deben en primera instancia solicitar la autorización del tribunal arbitral, que consultará con las partes afectadas y adoptará una decisión respecto a la aceptación o no del escrito presentado por un sujeto que ostente la condición de “*amicus curiae*”. En cualquier caso, la decisión adoptada por el tribunal arbitral respecto al escrito presentado no podrá imponer una carga demasiado pesada a las partes en disputa¹²⁷⁸.

Dicho lo anterior señalamos que, aunque la confidencialidad pueda ser considerada en teoría como una ventaja para la resolución de disputas relacionadas con cuestiones comerciales, cambios como el producido en el contexto del TLCAN marcan un camino interesante sobre el que queremos apoyarnos para la configuración de la Propuesta que exponemos. Si ya la participación de “*amicus curiae*” en arbitrajes comerciales ha comenzado a ser considerada como un elemento a tener en cuenta por parte de los tribunales arbitrales, entendemos que en un procedimiento para enjuiciar violaciones de

¹²⁷⁷ *North American Free Trade Agreement. Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions. NAFTA Free Trade Commission. July 31, 2001.* Documento disponible para su consulta en el sitio oficial en Internet de la Organización de los Estados Americanos en el siguiente enlace: < http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp>. Referencia del 3 de febrero de 2018.

¹²⁷⁸ *Declaración de la Comisión de Libre Comercio del Tratado de Libre Comercio de América del Norte sobre la participación de partes que no se encuentran en disputa.* Documento disponible para su consulta en el siguiente enlace: < <http://www.naftaclaims.com/commissionfiles/Nondisputing-en.pdf>>. Referencia del 3 de febrero de 2018.

los derechos humanos levantar ese velo de secretismo puede ser beneficioso para la resolución de determinados casos gracias a la presión ejercida por la opinión pública.

Además, subrayamos también la importancia del mecanismo de “*amicus curiae*” a los efectos de que el CIADI pueda investigar de oficio y por propia iniciativa casos que sean denunciados ante este tribunal arbitral por parte de organizaciones no gubernamentales, asociaciones civiles u otros grupos mediante la presentación de un escrito ante este tribunal¹²⁷⁹.

Todos estos motivos, al igual que la incorporación de otra serie de medidas que pueden ser adoptadas por el CIADI en su laudo final y a las que se refiere el artículo 9 de la Propuesta, justifican la inclusión de la figura de “*amicus curiae*” en el borrador de tratado propuesto.

12. Incumplimiento y violación

El artículo 8 de la Propuesta sirve a los efectos de tipificar, siguiendo la teoría formulada por Steven RATNER¹²⁸⁰, aquellas acciones susceptibles de generar responsabilidades para los sujetos designados como imputables en el artículo 7, esto es, Estados, personas jurídicas (empresas transnacionales y otras empresas comerciales) y personas individuales. En este contexto, el artículo 8 se desglosa en dos categorías (incumplimiento y violación) que engloban las principales actuaciones que pueden derivar en responsabilidades por violaciones de los derechos humanos. Se trata de dos supuestos configurados de un modo amplio y genérico para de esta manera facilitar que las diferentes actuaciones que puedan ser enjuiciadas puedan subsumirse en alguna de las dos categorías mencionadas.

¹²⁷⁹ Esta función de la figura de “*amicus curiae*” es defendida por Steven RATNER en su obra “*Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*”. RATNER, Steven E. “*Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*”. *Op. Cit.* Página 539.

¹²⁸⁰ Cabe aquí de nuevo mencionar que esta teoría de tipificación nace de las fórmulas planteadas por Steven RATNER en su trabajo sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales. No obstante, al entrar a la explicación detallada de las definiciones de cierre de la Propuesta se hablará en específico de esta fórmula y de su adaptación para el caso que ocupa esta tesis. RATNER, Steven E. “*Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*”. *Ibidem*.

En esencia las categorías se refieren al incumplimiento del tratado en sí mismo (y de todas o algunas de sus disposiciones) y a las violaciones de los derechos humanos. En síntesis, mientras que el apartado 1 del artículo hace referencia a aquellas actuaciones que pueden ser susceptibles de ser consideradas como incumplimientos de naturaleza normativa, el apartado 2 se centra en aquellas actuaciones (entre ellas los incumplimientos de disposiciones normativas de la Propuesta) que, ya sea por acción u omisión, pueden ser consideradas como violaciones de los derechos humanos en términos generales. Exponemos a continuación los principales elementos jurídicos que configuran el artículo:

1. Incumplimientos normativos: en el primer apartado del artículo 8 se hace referencia al concepto de incumplimiento que, como mencionábamos anteriormente, se circunscribe a aquellos actos que impliquen un incumplimiento (i) de las disposiciones del propio borrador de tratado y/o (ii) de las disposiciones de alguna de las normas sobre derechos humanos reflejadas en el mismo, entre ellas, con carácter meramente enunciativo, las contenidas en la Carta Internacional de Derechos Humanos y/o (iii) con carácter general y a modo de cláusula de cierre “*cualquier incumplimiento de una disposición jurídica de protección de los derechos humanos que acarree una violación de los derechos humanos*”.
2. Violaciones de los derechos humanos: el concepto de violación de los derechos humanos es mucho más amplio que el referente a los incumplimientos estrictamente normativos. No se refiere tanto al incumplimiento de disposiciones legales, sino que regula acciones u omisiones que podrían ser considerados como contrarios a los derechos humanos diferenciando entre (i) aquéllos que pueden ser realizados por cualquiera de los sujetos contemplados en la Propuesta (Estados, personas individuales y empresas transnacionales y otras empresas comerciales) y (ii) aquéllos susceptibles de ser realizados exclusivamente por Estados.
 - a. Acciones u omisiones atribuibles a cualquier sujeto:
 - i. Acciones u omisiones que puedan acarrear una violación de las disposiciones de la Propuesta (esto es, un incumplimiento).

- ii. Acciones u omisiones que puedan resultar contrarias a la Declaración Universal de Derechos Humanos, o bien de cualquier otra norma perteneciente al Derecho internacional de los derechos humanos.
 - iii. Acciones u omisiones que puedan resultar contrarias a la propia normativa interna en materia de derechos humanos del Estado donde se cometió la acción.
 - iv. En general cualquier acción u omisión que resulte contraria a los derechos humanos: en este caso, se trata de una cláusula que se refiere a los derechos humanos en sentido amplio con el fin de dar cobertura no sólo a los derechos contemplados en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos sino también a cualquier derecho que pueda ostentar la condición jurídica de “*derecho humano*” en términos generales.
- b. Acciones atribuibles a los Estados:
- i. Se hace en primer lugar referencia a la realización por parte de un Estado de (i) una acción consistente en la emisión de una o varias normas o disposiciones legales internas que resulten contrarias a su propia normativa interna en materia de derechos humanos y/o (ii) una acción u omisión que resulte contraria a su propia normativa interna en materia de derechos humanos.

Quando nos referimos a la violación de la normativa interna hacemos mención a la observancia de dicha normativa por parte de toda clase de sujetos, lo cual incluye no solamente a los Estados, sino también a las personas individuales y a las empresas transnacionales y comerciales en tanto que operan en los ordenamientos jurídicos de los Estados Parte del tratado resultante de la Propuesta. Es por ello que en la Propuesta se prevé la comisión este tipo de violaciones por cualquiera de los sujetos contemplados en el artículo 8.

Ahora bien, conviene realizar una aclaración en referencia a los compromisos con la legislación interna, y es aquella relativa a los tratados internacionales en materia de derechos humanos: debemos recordar que los Estados suelen

ser parte de diferentes tratados internacionales en materia de derechos humanos y que lo habitual es que, una vez que un Estado manifiesta su consentimiento en obligarse por las disposiciones de un tratado internacional, éste pase a formar parte de su ordenamiento jurídico interno a través de diferentes mecanismos legales que varían según el Estado de que se trate.

Así, por ejemplo, en el caso del Reino de España, en el artículo 96 de la Constitución Española se indica lo siguiente en relación a la incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico interno¹²⁸¹:

“Artículo 96

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

*2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94”*¹²⁸².

Según lo previsto en el artículo 96 de la Constitución Española, el proceso de incorporación de los tratados internacionales en España pasa por (i) su válida celebración con la aprobación de las Cortes Generales en el modo estipulado constitucionalmente y (ii) su publicación oficial en el Reino de España en el Boletín Oficial del Estado ¹²⁸³, fecha a partir de la cual la norma pasaría a formar parte del ordenamiento jurídico español.

¹²⁸¹ Para un análisis pormenorizado sobre el mecanismo de incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico español véase lo indicado a este respecto en el Capítulo III de esta tesis doctoral.

¹²⁸² *Constitución Española. Op. Cit.* Artículo 96.

¹²⁸³ En relación con la necesidad de publicación de los tratados internacionales en el Boletín Oficial del Estado téngase en cuenta lo dispuesto a estos efectos en el artículo 1.5 del Código Civil del Reino de España: *“Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado»”. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 206, de 25 de julio de 1889. Artículo 1.5.

- ii. En cualquier caso, y para aclarar la referencia al Derecho internacional de los derechos humanos, en el apartado siguiente del artículo se hace mención a (i) cualquier acción consistente en la emisión de una o varias normas o disposiciones legales internas que resulten contrarias al Derecho internacional de los derechos humanos y/o (ii) cualquier acción u omisión que resulte contraria al Derecho internacional de los derechos humanos.
 - iii. Continuando con el nivel de referencias a violaciones del Derecho internacional de los derechos humanos, se hace también referencia a la firma por un Estado Parte del tratado resultante de la Propuesta de un tratado internacional cuyas disposiciones resulten contrarias al Derecho internacional de los derechos humanos.
 3. Incumplimiento de las disposiciones del borrador de tratado: en los apartados del artículo relativos tanto (i) a los incumplimientos como (ii) a las violaciones de los derechos humanos se incluye un precepto de cierre que constituye un elemento de especial relevancia para el mecanismo de atribución de responsabilidades y sus consecuencias jurídicas: parece lógico entender que un incumplimiento de una norma de Derecho internacional de los derechos humanos, o la realización de una acción u omisión que pueda implicar una violación de los derechos humanos, acarrea también un incumplimiento que implica una violación de las propias disposiciones del borrador de tratado, y así se deja establecido por escrito en el artículo.

13. Procedimiento

El artículo 9 de la Propuesta regula los procedimientos de conciliación y arbitraje a través de los cuales se enjuiciarían por parte del CIADI las violaciones de los derechos humanos reguladas en el borrador de tratado. En primer lugar, debemos tener en cuenta que el mecanismo se articula en dos niveles que son (i) el de la conciliación o búsqueda de una solución amistosa entre las partes y (ii) el del arbitraje enjuiciado por el CIADI.

A continuación, explicamos de forma detallada las principales claves de las medidas que se regulan en este artículo.

13.1. Cuestiones generales y comunes

1. Convención del CIADI: una de las primeras cuestiones que debemos tener en cuenta es que la Propuesta se apoya en varias de sus disposiciones en lo previsto en la Convención del CIADI, como ya hemos indicado con anterioridad en reiteradas ocasiones, especialmente en lo que se refiere a cuestiones de naturaleza procesal tanto para (i) la conciliación como para (ii) el arbitraje¹²⁸⁴.

Así, la Propuesta incorpora un articulado con una serie de disposiciones que regulan los aspectos más importantes del proceso a ambos niveles (conciliación y arbitraje), de tal modo que, como se establece en el artículo 9.1, las cuestiones no reguladas directamente en la misma seguirán el procedimiento previsto a estos efectos en la Convención del CIADI.

2. Órganos: apoyándonos para ello en las figuras ya existentes y reguladas por la Convención del CIADI, el sistema de enjuiciamiento previsto en la Propuesta se articula en torno a dos órganos independientes que son los siguientes:
 - a. La Comisión de Conciliación¹²⁸⁵, encargada de la búsqueda de soluciones amistosas y cuya constitución se realizará *ad hoc* para cada caso, según lo previsto a estos efectos en la Convención del CIADI¹²⁸⁶.
 - b. El CIADI, encargado del enjuiciamiento de las disputas mediante arbitraje y de conformidad con el procedimiento previsto a estos efectos en la Convención del CIADI¹²⁸⁷.

De este modo el sistema previsto en la Propuesta se configura en torno a un mecanismo similar al existente en diferentes sistemas de derechos humanos como por ejemplo el previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹²⁸⁸, atribuyendo las funciones de comisión y tribunal en este caso a los

¹²⁸⁴ La conciliación y el arbitraje se regulan en los Capítulos III y IV de la Convención del CIADI. *Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Op. Cit.* Capítulos III y IV.

¹²⁸⁵ La existencia y funcionamiento de la Comisión de Conciliación se regula en los artículos 28 y siguientes de la Convención del CIADI. *Ibid.* Artículos 28 y siguientes.

¹²⁸⁶ *Ibid.* Artículo 29.

¹²⁸⁷ *Ibid.* Artículos 37 y siguientes.

¹²⁸⁸ *Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32). Op. Cit.* Artículo 33.

órganos ya creados por la Convención del CIADI, a los que se atribuyen funciones diferentes dentro del procedimiento previsto en la Propuesta.

13.2. Conciliación

1. Solución amistosa: en el artículo 9.2 se establece el compromiso de (i) los Estados y (ii) las empresas transnacionales y otras empresas comerciales de intentar alcanzar una solución amistosa a sus disputas mediante el mecanismo de conciliación, a través de un proceso sustanciado ante la Comisión de Conciliación según el procedimiento previsto a estos efectos en los artículos 28 y siguientes de la Convención del CIADI¹²⁸⁹. El artículo 9.2 se cierra con la siguiente mención:

“9.2.7 La sustanciación de un procedimiento de conciliación no se considera requisito necesario para la iniciación de un procedimiento de arbitraje bajo las disposiciones del presente tratado.”

La importancia de lo previsto el apartado 9.2.7 de la Propuesta radica en el hecho de que permite que las víctimas de una violación de derechos humanos puedan acceder de forma directa al procedimiento de arbitraje ante el CIADI para resolver la disputa, sin necesidad de pasar previamente por un proceso de solución amistosa.

Explicamos a continuación el motivo de incorporar esta disposición: son varios los instrumentos jurídicos que, en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, prevén un sistema en el que se exige alcanzar una solución amistosa antes de proceder al enjuiciamiento de la actuación denunciada por parte de un tribunal. Tal es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹²⁹⁰ o el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹²⁹¹. En el caso concreto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el sistema es el siguiente: antes de que el caso pase a ser enjuiciado por la Corte Interamericana

¹²⁸⁹ Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Op. Cit. Artículos 28 y siguientes.

¹²⁹⁰ Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32). Op. Cit. Artículo 48.

¹²⁹¹ Convenio europeo sobre derechos humanos y libertades fundamentales. Op. Cit. Artículo 39.4.

de Derechos Humanos se requiere acreditar que ha habido un intento de alcanzar una solución amistosa entre las partes sustanciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que el mismo ha resultado frustrado. Agotado este mecanismo amistoso, y en el supuesto de que el mismo fracase, el caso podrá ser sometido al enjuiciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por iniciativa (i) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o (ii) de un Estado Parte de la Convención Americana¹²⁹².

Bajo nuestro punto de vista este mecanismo adolece de dos defectos fundamentales:

- a. El hecho de que se exija acreditar el intento de alcanzar una solución amistosa entre las partes antes de permitir a la víctima acceder a la vía judicial supone una importante traba que entorpece y alarga innecesariamente el proceso de enjuiciamiento de las violaciones de los derechos humanos.
- b. El hecho de que, como sucede en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, un caso sólo pueda ser enjuiciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a iniciativa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o de un Estado Parte¹²⁹³ de dicho tratado internacional hace que se limite enormemente la posibilidad de que las disputas puedan acceder al sistema judicial, dado que dependen para ello de la opinión favorable de al menos uno de dichos órganos. A nuestro entender este último elemento lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva que se encuentra consagrado en numerosos instrumentos jurídicos internacionales como por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹²⁹⁴ y también en diferentes instrumentos integrados en la legislación doméstica de diversos Estados, como por ejemplo el Reino de España, donde la Constitución Española indica lo siguiente en este sentido:

¹²⁹² *Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32)*. Op. Cit. Artículo 61.

¹²⁹³ *Ibidem*.

¹²⁹⁴ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Op. Cit. Artículo 14.

“Artículo 24

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

*La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”*¹²⁹⁵

Por las razones expuestas, la Propuesta que se formula en el artículo 9 busca, entre otras cuestiones, resolver estos defectos que afectan al sistema de enjuiciamiento de violaciones de los derechos humanos existente en la actualidad en el Derecho internacional de los derechos humanos a través de las siguientes medidas:

- i. Hacer que el sistema de conciliación o solución amistosa no resulte obligatorio para poder acceder a una solución judicial: así, y aunque la conciliación se mantiene como herramienta disponible para resolver los conflictos que puedan surgir bajo las disposiciones del borrador de tratado, no se obliga a las partes a tener que pasar por el procedimiento de conciliación para poder acceder a una solución del caso vía arbitraje ante el CIADI; y
- ii. Permitir que cualquier sujeto pueda interponer una demanda directamente ante el CIADI sin tener para ello que obtener la conformidad previa de otros sujetos u órganos como los Estados Parte del tratado o la Comisión de Conciliación: en este sentido recordamos además que en el artículo 6 se legitima activamente a los sujetos descritos en dicho artículo (Estados, personas físicas y personas jurídicas, en particular empresas transnacionales

¹²⁹⁵ Constitución Española. Op. Cit. Artículo 24.

y otras empresas comerciales) para la iniciación de acciones bajo las disposiciones del borrador de tratado.

2. Procedimiento de conciliación: en el artículo 9.2 de la Propuesta se indica que el proceso finalizará con un acta en la que la Comisión de Conciliación detallará por escrito (i) la solución acordada por las partes en disputa o (ii) en su caso, la falta de acuerdo en caso de fracaso de la negociación¹²⁹⁶.
3. “*Amicus curiae*”: en el apartado 9.2.6 se prevé la posibilidad de la participación de “*amicus curiae*” en los casos de conciliación, siguiendo para ello la regulación prevista en el artículo 7 de la Propuesta que ya fue descrita en detalle con anterioridad.

13.3. Arbitraje

1. Procedimiento de arbitraje: el procedimiento de arbitraje previsto en la Propuesta se sustancia, como hemos indicado con anterioridad, de conformidad con las disposiciones previstas a estos efectos en los artículos 37 y siguientes de la Convención del CIADI¹²⁹⁷.
2. Laudo arbitral: el procedimiento arbitral finaliza con la emisión de un laudo por parte del CIADI, de conformidad con el sistema establecido en la Convención del CIADI¹²⁹⁸. Queremos en primer lugar subrayar la importancia del laudo, dado que éste constituye el elemento clave que puede hacer que la atribución de responsabilidades a todo sujeto (y especialmente a las empresas transnacionales) se materialice en la práctica. El laudo se compone de dos partes principales separadas pero complementarias entre sí:

¹²⁹⁶ Este proceso se basa y es conforme con el previsto en el artículo 34 de la Convención del CIADI para los casos de conciliación. *Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados*. *Op. Cit.* Artículo 34.

¹²⁹⁷ *Ibid.* Artículos 37 y siguientes.

¹²⁹⁸ *Ibid.* Sección 4.

- a. Enjuiciamiento: la primera parte del laudo se refiere a labores de enjuiciamiento propiamente dichas, esto es, a los razonamientos jurídicos realizados por el CIADI y que versarán sobre los siguientes elementos:
- i. Determinación sobre la existencia o inexistencia de una violación de los derechos humanos. En caso de no estimarse la existencia de una violación, el laudo finalizaría con este acuerdo del CIADI (debidamente justificado). Sin embargo, en caso de que el CIADI estime que se ha producido una violación de los derechos humanos será necesario determinar el alcance del daño causado.
 - ii. Determinación del alcance del daño: en la definición de “*daño*” que se incorpora a la Propuesta se incluyen elementos relativos al daño (i) material e (ii) inmaterial, así como a (iii) la posibilidad de realizar un peritaje para determinar el alcance del perjuicio causado a través de un experto independiente. El daño se divide en dos categorías, la de daños materiales y la de daños inmateriales. Sobre la concepción del daño señalamos una serie de cuestiones:
 - (1) Los conceptos de daño material e inmaterial han sido construidos, como mostraremos más adelante en este Capítulo, sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este sentido¹²⁹⁹.
 - (2) La determinación del concepto de “*daño*” constituye uno de los elementos clave de toda teoría de atribución de responsabilidad por violaciones de los derechos humanos dado que se entiende que se dotará de una mejor cobertura a las lesiones de toda clase que se hayan producido cuanto más amplio sea el criterio que pueda adoptar el CIADI en el momento de tomar una decisión.

Ello no quiere decir que se plantee dar total libertad al CIADI en cuanto a la determinación y evaluación del daño: la evaluación de las lesiones

¹²⁹⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “*Recientes decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos: la reparación del “daño al proyecto de vida” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. Pontificia Universidad Católica del Perú. Páginas 12 a 26 (página 15). Año 2006.

se realizará por medio de un peritaje realizado por expertos independientes en la materia previstos en el artículo 7.5 de la Propuesta y que podrán participar en el proceso (i) a iniciativa de parte y/o (ii) a iniciativa del propio CIADI. Los informes presentados por los expertos independientes serán evaluados por el CIADI sobre una base de criterio “*caso por caso*”.

Una vez evaluado el daño se procederá a determinar la cantidad pecuniaria a entregar a la víctima, que se divide en una serie de categorías independientes y complementarias entre sí: (i) la relativa a la cantidad económica entregada a la víctima en concepto de reparación del daño causado (ii) la correspondiente para compensar el lucro cesante y/o el daño emergente (iii) la indemnización por daño inmaterial y por último (iv) el importe económico que corresponde por el pago de costas procesales.

En todo caso, en los apartados siguientes de este Capítulo realizaremos un análisis pormenorizado de las cuestiones que se acaban de señalar en relación con el concepto jurídico de “*daño*” y su cuantificación económica, entre otras cuestiones.

- b. Eficacia del laudo arbitral: los apartados 9.3.4. y siguientes del artículo 9 buscan asegurar la eficacia del laudo arbitral con los siguientes elementos:
 - i. Se comienza proclamando la obligatoriedad del cumplimiento de la decisión emitida por el CIADI a través del laudo, así como la imposibilidad de apelación (salvo en los casos expresamente permitidos en la Convención del CIADI), todo ello en línea con lo señalado a estos efectos en el artículo 53.1 de la Convención del CIADI¹³⁰⁰. La ignorancia de esta imposición implica un incumplimiento del laudo arbitral, el cual se traduce jurídicamente no sólo en la violación de la propia sentencia

¹³⁰⁰ Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Op. Cit. Artículo 53.1.

arbitral sino de las disposiciones del propio borrador de tratado regulado por la Propuesta.

- ii. También se determina la posibilidad de imposición de sanciones traducidas en una multa pecuniaria a imponer por el CIADI.

- c. Resto de decisiones: los elementos que aparecen en el artículo 9.3.3 a partir del apartado “v” se refieren a toda una serie de decisiones que pueden ser o no adoptadas por el CIADI de acuerdo a las circunstancias específicas de cada caso, y dependiendo de la naturaleza del castigo que el CIADI desee otorgar. Las exponemos y explicamos a continuación:

“9.3.3 El laudo arbitral se compondrá de los siguientes elementos:

[...]

- v. *Posibilidad (al arbitrio del CIADI) de publicación del laudo en los Diarios Oficiales y los tres medios de prensa escrita más leídos del Estado afectado por la violación.*

- vi. *Posibilidad (al arbitrio del CIADI) de establecimiento de un proceso de supervisión del cumplimiento de las disposiciones del laudo. Esta actuación podrá ser delegada por el CIADI, en su caso, en una institución supervisora del cumplimiento del laudo, que será acordada por el propio CIADI.*

- vii. *Posibilidad (al arbitrio del CIADI) de realizar una revisión y evaluación de la situación del caso transcurridos dos (2) años desde la emisión del laudo. En casos justificados el CIADI podrá decidir revisar y evaluar el estado del caso con*

posterioridad al periodo de dos (2) años mencionado anteriormente.

- viii. *Posibilidad (al arbitrio del CIADI) de que el CIADI realice sugerencias a las partes con respecto a su legislación interna, las cuales les serán remitidas para su estudio y evaluación.”*

En cuanto a los elementos mencionados debemos indicar que al habilitar al CIADI para la adopción de este tipo de medidas se le dota de una serie de herramientas dirigidas a lograr el cumplimiento del contenido del laudo emitido al finalizar el proceso arbitral, con el fin de reforzar la ejecutividad de las decisiones del tribunal arbitral. Hemos de indicar que para el establecimiento de este tipo de medidas nos hemos inspirado, entre otros instrumentos, en las disposiciones contenidas en el Plan Nacional de Reino Unido, mediante el cual se incorporaron los Principios Rectores de John RUGGIE al sistema jurídico del Reino Unido¹³⁰¹:

- i. **Publicidad:** se faculta al CIADI para adoptar medidas dirigidas a la entidad responsable de la violación de los derechos humanos enjuiciada, y consistentes en la publicación de la decisión adoptada por el tribunal arbitral en determinados medios de (i) el territorio del Estado donde se cometió la violación y/o (ii) el territorio del Estado donde la entidad responsable de la violación tenga fijado su domicilio social y/o cuya nacionalidad ostente, según sea el caso.
- ii. **Supervisión:** se otorga al CIADI la facultad de realizar una supervisión de la ejecución de la decisión adoptada mediante el laudo. Este proceso de supervisión podrá ser, en su caso, realizado a través de una institución u organismo designado al efecto por el propio CIADI.
- iii. **Revisión:** con el fin de reforzar la capacidad supervisora prevista en el apartado anterior del artículo se faculta al CIADI para adoptar también decisiones relativas a la revisión de la situación enjuiciada por el tribunal

¹³⁰¹ *Good Business. Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Op. Cit.*

arbitral transcurrido un determinado periodo de tiempo desde la finalización del proceso. En cuanto al ámbito temporal se establece como regla general un periodo máximo de dos años para proceder a reevaluar la situación, aunque se permite al tribunal realizar este tipo de revisiones en un periodo posterior cuando tal necesidad esté debidamente justificada.

- iv. Legislación interna: finalmente se atribuye al CIADI una última facultad que tiene que ver con la posibilidad que se da a este tribunal de formular recomendaciones dirigidas al Estado afectado por la violación de los derechos humanos enjuiciada para aconsejarle sobre cambios en su normativa interna que puedan resultar de interés para evitar la concurrencia de casos similares en el futuro. Aunque se pueda considerar este tipo de recomendaciones como una injerencia en la soberanía interna de los Estados debemos tener en cuenta (i) que en el propio texto de la Propuesta (artículo 6) se indica que los Estados aceptan expresamente la jurisdicción y competencia del CIADI para el enjuiciamiento de violaciones de los derechos humanos y (ii) que se trata de meras recomendaciones que no gozan de carácter imperativo.
3. Aclaración, revisión y anulación del laudo: en el artículo 9.3.7 de la Propuesta se regula la posibilidad de someter el laudo a aclaración, revisión o anulación, cuyo régimen jurídico se regirá en este caso por lo dispuesto en los artículos 50 y siguientes de la Convención del CIADI (Capítulo IV, Sección 5)¹³⁰².
 4. “*Amicus curiae*”: en el apartado 9.3.8 se prevé la posibilidad de la participación de “*amicus curiae*” también para el caso de procedimientos de arbitraje, siguiendo para ello la regulación prevista en el artículo 7 de la Propuesta que ya fue descrita en detalle con anterioridad.

¹³⁰² Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Op. Cit. Capítulo IV. Sección 5 (Aclaración, revisión y anulación del laudo).

14. Definiciones

La décima sección es la que sirve como broche de cierre para el borrador de tratado que se formula en la Propuesta. Antes de entrar al análisis de cada uno de sus artículos debemos indicar que este apartado cumple una función de puente que la enlaza con el resto de secciones de la Propuesta y le permite ejercer como conector entre todas ellas.

A lo largo de la Propuesta se van introduciendo menciones a conceptos específicos cuya determinación se aclara al final, en la sección de definiciones. Si no se incluyeran estos artículos finales se estaría dejando al arbitrio tanto de la Comisión de Conciliación como del propio CIADI (y de las diferentes partes involucradas en cada caso) la libertad de determinar cuestiones tan trascendentales como qué es “*daño*” o cómo debe identificarse a una empresa en la categoría de transnacional, o bien de compañía comercial, por ejemplo. Es por ello que resulta necesario que la Propuesta dote de seguridad jurídica a estos conceptos acotándolos en sus rasgos principales y evitando de este modo las lagunas jurídicas y dudas de interpretación que pudieran surgir en torno a ellos.

La inclusión de las definiciones está inspirada en las teorías del ya varias veces mencionado autor norteamericano Steven RATNER¹³⁰³, quien como ya se explicó anteriormente elaboró una teoría de atribución de responsabilidades a la empresa transnacional que se basa en elementos como (i) las conexiones de la empresa con el Gobierno del Estado receptor de la inversión así como con la población del lugar (en referencia por ejemplo a dependencias económicas derivadas de puestos de trabajo) (ii) cuáles son los derechos afectados y (iii) la determinación específica de las estructuras corporativas. La teoría, basándose en la tipificación de acciones empleada en el Derecho penal, construye los elementos necesarios para poder probar eficazmente la participación de una empresa (o de cualquier otro sujeto, si bien en este caso resulta de especial relevancia para establecer la atribución de responsabilidades a nivel corporativo) en la comisión de violaciones de los derechos humanos.

¹³⁰³ RATNER, Steven E. “*Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*”. *Op. Cit.*

Con base en la propuesta de RATNER¹³⁰⁴ y en las definiciones contenidas en las “*Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*”¹³⁰⁵ se construyen las categorías de definiciones que se incluyen en la Propuesta y le sirven de conclusión. Se trata de siete conceptos que engloban las principales nociones jurídicas que operan en esta Propuesta y que explicamos en detalle a continuación.

14.1. Concepto de “Daño”

El primer concepto jurídico que se incorpora a la sección de definiciones es el de “*daño*”, para cuya construcción vamos a apoyarnos en la variada jurisprudencia existente sobre esta materia en el Derecho internacional de los derechos humanos y en particular en el concepto de “*daño*” acuñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo primero que debemos tener en cuenta es que no existe una definición normativa de “*daño*” en el sistema interamericano de derechos humanos, sino que se trata de un concepto jurídico construido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de la jurisprudencia que ha ido generando a lo largo de los años. Como expone FERNÁNDEZ SESSAREGO, de conformidad con el criterio aportado a estos efectos por la Corte Interamericana se debe distinguir entre dos tipos de daño¹³⁰⁶:

- a. Daño material: el daño material se define como “*la lesión a los bienes reales, cosas u objetos que están bajo dominio o posesión de quien reclame y que forman parte de su patrimonio, o bien, a los aspectos físicos de la persona*”¹³⁰⁷. En consecuencia, de lo indicado en esta definición debemos entender que el daño material no sólo abarca el daño físico en sí mismo, sino también el daño de naturaleza material, esto es, el causado a los bienes que forman parte del patrimonio de las personas. En cualquier caso, como exponen, entre otros, autores como Marcela TALAMÁS SALAZAR y Graciela RODRÍGUEZ

¹³⁰⁴ *Ibidem*.

¹³⁰⁵ *Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos. Op. Cit.*

¹³⁰⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “*Recientes decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos: la reparación del “daño al proyecto de vida” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. *Op. Cit.* Página 105.

¹³⁰⁷ RODRÍGUEZ MANZO, Graciela, BÁEZ DÍAZ, Iván Alonso, TALAMÁS SALAZAR, Marcela y PULIDO JIMÉNEZ, Miguel. “*Responsabilidad y reparación. Un enfoque de derechos humanos*”. Obra coeditada por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, la Universidad Iberoamericana y Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C. Primera Edición. Página 22. Año 2007.

MANZO, el concepto de daño material se compone de los siguientes elementos¹³⁰⁸:

- Daño emergente.
- Lucro cesante.
- Daño físico.

Así (a) el daño emergente se refiere a la afectación del patrimonio de la víctima mientras que (b) el lucro cesante se vincula al beneficio que ha dejado de ganar la persona afectada como consecuencia del daño causado mientras que finalmente (c) el daño físico abarca la lesión causada en el cuerpo de la víctima¹³⁰⁹.

- b. Daño inmaterial: se entiende por daño inmaterial “*la lesión sufrida en los bienes no materiales que forman parte del patrimonio de las personas. Puede consistir en un daño jurídico, en un daño moral, en un daño al proyecto de vida o en un daño social*”¹³¹⁰. De este concepto de daño inmaterial debemos en primer lugar señalar una cuestión relevante subrayada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Cantoral Benavides vs. Perú*”¹³¹¹, y que se refiere a la naturaleza de los daños inmateriales que se caracterizan “*por no tener carácter económico o patrimonial y que no pueden ser tasados, por ende, en términos monetarios*”¹³¹². En segundo lugar debemos extraer del concepto de daño inmaterial una serie de subconceptos jurídicos que son (a) el daño jurídico entendido como una lesión de los derechos de las personas¹³¹³ (b) el daño moral

¹³⁰⁸ *Ibidem*.

¹³⁰⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos “*Recientes decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos: la reparación del “daño al proyecto de vida” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. *Op. Cit.* Página 105.

¹³¹⁰ RODRÍGUEZ MANZO, Graciela, BÁEZ DÍAZ, Iván Alonso, TALAMÁS SALAZAR, Marcela y PULIDO JIMÉNEZ, Miguel “*Responsabilidad y reparación. Un enfoque de derechos humanos*”. *Op. Cit.* Página 22.

¹³¹¹ *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 18 de agosto de 2000. Sentencia disponible para su consulta en la página oficial en Internet de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf>. Referencia del 4 de febrero de 2018.

¹³¹² El autor FERNÁNDEZ SESSAREGO hace referencia a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cantoral Benavides* y a su definición de daños inmateriales. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “*Recientes decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos: la reparación del “daño al proyecto de vida” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. *Op. Cit.* Página 105.

¹³¹³ RODRÍGUEZ MANZO, Graciela, BÁEZ DÍAZ, Iván Alonso, TALAMÁS SALAZAR, Marcela y PULIDO JIMÉNEZ, Miguel. “*Responsabilidad y reparación. Un enfoque de derechos humanos*”. *Op. Cit.* Página 22.

entendido como daño de naturaleza psíquica o emocional¹³¹⁴ y (c) el daño al proyecto de vida¹³¹⁵, concepto jurídico acuñado por los jueces CANÇADO TRINDADE y ABREU BURELLI, miembros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el voto razonado del caso “*Loayza Tamayo v. República Independiente del Perú*” en el que lo definen del siguiente modo¹³¹⁶:

“El proyecto de vida envuelve plenamente el ideal de la Declaración Americana de 1948 de exaltar el espíritu como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana. El daño al proyecto de vida amenaza, en última instancia, el propio sentido que cada persona humana atribuye a su existencia. Cuando esto ocurre, un perjuicio es causado a lo más íntimo del ser humano: tratase de un daño dotado de autonomía propia, que afecta al sentido espiritual de la vida”.

El concepto de daño al proyecto de vida se refiere a aquel perjuicio que se causa a la propia vida de la persona humana y a la existencia de ésta desde un punto de vista espiritual, más allá de lo físico. El último concepto que se deriva de la definición de daño inmaterial es el de (d) daño social¹³¹⁷, que resulta importante dado que hace referencia a aquella clase de daño que no sólo afecta a la persona individual sino también a la comunidad o sociedad en la que se mueve la víctima. Se trata de un elemento importante que está además relacionado con el concepto jurídico de “*afectado indirecto*” al que nos referiremos más adelante.

14.2. Concepto de “Parte Interesada” y “Afectado Indirecto”

Continuando con las definiciones el siguiente concepto se basa en la definición de “*parte interesada*” formulada en la Norma sobre Responsabilidad de las Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas¹³¹⁸, instrumento jurídico en el que se incluye una

¹³¹⁴ *Ibidem.*

¹³¹⁵ *Ibid.* Páginas 22 y 23.

¹³¹⁶ *Voto razonado conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli.* Relativo a la sentencia de 27 de noviembre de 1998 relativa al caso “*Loayza Tamayo v. República Independiente del Perú*”. Párrafo 16.

¹³¹⁷ RODRÍGUEZ MANZO, Graciela, BÁEZ DÍAZ, Iván Alonso, TALAMÁS SALAZAR, Marcela y PULIDO JIMÉNEZ, Miguel. “*Responsabilidad y reparación. Un enfoque de derechos humanos*”. *Op. Cit.* Página 22.

¹³¹⁸ *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos.* *Op. Cit.* Artículo 22.

enunciación de lo que se entiende por sujeto interesado. La definición de “*parte interesada*” podría analógicamente equipararse a la de víctima y se divide en dos sub-categorías de sujetos afectados por violaciones de los derechos humanos:

- Víctimas directas.
- Afectados indirectos.

Esta división resulta importante puesto que legitima no solamente a aquellas personas que se han visto directamente afectadas por la violación de los derechos humanos enjuiciada, sino también a quienes han sufrido consecuencias derivadas de este daño, pero no de una manera tan fácilmente probable, y tampoco en el mismo grado de intensidad. Debemos indicar que estas categorías de víctimas se incorporan a la Propuesta siguiendo la pauta marcada por las Normas de las Naciones Unidas¹³¹⁹ en las que al definir el concepto jurídico de “*parte interesada*” se indica que:

“El término “parte interesada” debe interpretarse funcionalmente a la luz de los objetivos de las presentes Normas y debe incluir a las partes interesadas indirectamente cuando sus intereses resulten sustancialmente afectados, en el presente o en el futuro, por las actividades de la empresa transnacional o comercial. Además de las partes directamente afectadas por las actividades de las empresas comerciales, podrán ser partes interesadas aquellas partes que resulten afectadas indirectamente por las actividades de las empresas transnacionales u otras empresas comerciales como son los grupos de consumidores, los clientes, los gobiernos, las comunidades vecinas, los pueblos y las comunidades indígenas, las organizaciones no gubernamentales, las instituciones crediticias públicas y privadas, los proveedores, las asociaciones comerciales y demás”.

Dentro de él debemos indicar que los “*afectados indirectos*” serían aquéllos que han sufrido de manera indirecta las consecuencias de la violación de los derechos humanos. En esta segunda categoría encajarían los afectados colectivos, grupos de personas que han sufrido alguna clase de perjuicio, aunque no sea tan directamente demostrable, ni de

¹³¹⁹ *Ibidem.*

tanta intensidad. En las Normas se ponen algunos ejemplos, como es el caso de los consumidores o de las comunidades vecinas¹³²⁰. Sin embargo, debe indicarse que no se trata en absoluto de una categoría cerrada, sino que en ella pueden entrar otros muchos niveles de sujetos: es a estos efectos que al final de este precepto se introduce la expresión “*otras organizaciones*”. Además, es también reseñable indicar que los conceptos de “*parte interesada*” y “*afectados indirectos*” están vinculados a la definición de “*daños sociales*” a los que nos referimos anteriormente y que han sido definidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³²¹.

La fórmula de “*parte interesada*” empleada en la Propuesta se modifica ligeramente en cuanto a la categorización de sujetos incorporados en la definición acuñada en las Normas en varios sentidos:

1. Se hace referencia a Estados, Gobiernos, empresas transnacionales y comerciales, así como a personas individuales (especificando los supuestos de los empleados, accionistas y otros sujetos vinculados con empresas, en caso de que éstas hayan provocado un daño) todo ello de acuerdo a las categorías de sujetos enumeradas en el artículo 7 de la Propuesta, en el que se establece que estará legitimado para la interposición de denuncia bajo las disposiciones del borrador de tratado cualquier individuo (entiéndase, persona física o jurídica, empresa transnacional o comercial, o Estado), que ostente la condición de “*parte interesada*” tal como la misma se define en el mismo.
2. Se incorpora a la definición de “*parte interesada*” un elemento adicional consistente en la exigencia de que exista un vínculo de unión entre el sujeto legitimado activamente y alguno de los Estados Parte tal como se encuentran definidos en la Propuesta. El nexo se puede establecer (a) mediante la nacionalidad y/o domicilio social de la “*parte interesada*”¹³²² y/o (b) a través del lugar físico donde se produjo ya sea la acción denunciada o el daño producido.

¹³²⁰ *Ibidem*.

¹³²¹ RODRÍGUEZ MANZO, Graciela, BÁEZ DÍAZ, Iván Alonso, TALAMÁS SALAZAR, Marcela y PULIDO JIMÉNEZ, Miguel. “*Responsabilidad y reparación. Un enfoque de derechos humanos*”. *Op. Cit.* Página 22.

¹³²² Referencia inspirada en la determinación del concepto de “*inversor*” en los APPRI. Véase a este respecto lo indicado por Javier Díez-Hochleitner. Díez-Hochleitner, Javier. “*Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRIS celebrados por España con países de Latinoamérica*”. *Op. Cit.* Página 6.

3. A continuación, la definición de “*parte interesada*” se vincula con el concepto de “*daño*” refiriéndose también al sujeto que haya causado dicha acción, que puede haber sido (en reflejo de la legitimación activa inmediatamente antes reflejada), un Estado, empresa transnacional, empresa comercial o persona individual, sin importar cuál haya sido el medio por el que se ha producido el daño.

14.3. Concepto de “Estado Parte”

Igualmente, en la Propuesta se realiza una matización con respecto a la definición de los Estados Parte del borrador de tratado formulado, a los cuales se define como aquellas naciones que hayan depositado el correspondiente instrumento de ratificación manifestando su consentimiento a obligarse por lo previsto en las disposiciones del tratado. En previsión de que pudiera haber futuras incorporaciones al tratado, se hace mención específica a esta cuestión en el propio texto del artículo.

14.4. Concepto de “Empresa Transnacional” y “Empresa Comercial”

A continuación, el artículo 2 de la Propuesta proporciona una definición específica de lo que se entiende por empresa transnacional y comercial: como ya se indicó previamente esta división busca hacer una distinción entre empresas nacionales de un sólo Estado y empresas que operan en varios órdenes jurídicos y naciones para de esta manera alcanzar un mayor espectro de corporaciones que de otro modo podrían quedar fuera del ámbito de atribución de responsabilidades construido en la Propuesta.

El mecanismo de asignación de responsabilidades se completa con la referencia expresa a supuestos de cooperación entre ambas categorías de empresas, que igualmente será castigada en caso de que se demuestre que se ha producido un daño a los derechos humanos.

La división de nuevo se basa en las Normas¹³²³, estableciendo que se entiende por empresa transnacional aquella que realiza operaciones en varios Estados. En el caso de la empresa comercial, se habla de corporaciones cuyo ámbito de operación puede ser tanto

¹³²³ Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos. Op. Cit. Artículos 20 y 21.

nacional como internacional, eso sí, dedicadas a operaciones comerciales, y además se establece expresamente que en caso de que haya alguna conexión entre la empresa comercial y una corporación transnacional, siendo alguna de las dos responsables del daño causado a los derechos humanos, igualmente se podrá proceder a la asignación de responsabilidad por los daños producidos.

Debemos indicar en última instancia que, tanto en el caso de las corporaciones transnacionales como en el de las comerciales, se hace una mención específica al vínculo de las mismas con alguno de los Estados Parte del borrador de tratado. Este vínculo puede establecerse (i) a través de la nacionalidad y/o el domicilio social de la compañía o bien (ii) por la localización geográfica de las actividades corporativas de la empresa transnacional o comercial en el territorio de alguno de los Estados Parte de la Propuesta¹³²⁴.

14.5. Concepto de “Sujeto Individual”

Por lo que respecta a la definición de “*sujeto individual*” indicar que ésta, elaborada expresamente para la Propuesta, sirve como cierre a la categoría de definiciones. Una vez dentro del proceso de definición de los sujetos intervinientes en materia de violaciones de los derechos humanos resultaba necesario dotar a cada uno de ellos de un significado expreso para de esta manera equilibrar la Propuesta y llenarla completamente de significado, y por tanto resultaba también necesario acuñar una definición de “*sujeto individual*”. Sobre ella destacamos dos cuestiones:

1. Será necesario que el sujeto individual ostente la nacionalidad de alguno de los Estados Parte de la Propuesta, tanto a efectos de legitimación activa como de legitimación pasiva.

¹³²⁴ Los criterios para determinar si una entidad ostenta la condición de “*empresa transnacional*” o “*empresa comercial*” se basan en el sistema existente a estos efectos en los APPRI, que basan la determinación de la condición de “*inversor*” en el criterio de nacionalidad. DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier. “*Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRIS celebrados por España con países de Latinoamérica*”. Op. Cit. Página 6.

2. En el caso de las personas con capacidad de obrar limitada, se prevé su participación en el proceso regulado en el tratado a través de un representante legal.

IV. LA CUESTIÓN DE LA MULTILATERALIDAD

1. Introducción: la elaboración de un modelo de tratado de inversión

Como explicamos anteriormente en este Capítulo al exponer la estructura de la Propuesta, debe tenerse en cuenta que el borrador de tratado que sugerimos está construido bajo el formato de “*modelo*”. La elección de este sistema obedece, entre otras razones, a la intención de que la Propuesta se “*mimeticé*” en la medida de lo posible con la práctica habitual del sector de la inversión extranjera: como expusimos al referirnos al Modelo de APPRI Noruego, por ejemplo, o al modelo de APPRI para la República de Sudáfrica, es habitual que los Estados dispongan de un modelo propio de APPRI, cuyo clausulado tratan de imponer en las negociaciones con otros Estados a la hora de suscribir acuerdos bilaterales de inversión. De hecho, varios de estos modelos de APPRI están disponibles para su consulta en la página oficial en Internet de la UNCTAD¹³²⁵.

Fundamentándonos en esta práctica habitual en el sector de la inversión extranjera, la intención pretendida con la Propuesta es la de elaborar un conjunto de cláusulas que puedan ser incorporadas al texto de un modelo de tratado de inversión genérico que pueda ser adoptado por alguna de las siguientes vías:

- (i) Como modelo de acuerdo de inversión multilateral, mediante su incorporación a nivel institucional por la UNCTAD u otra organización internacional relevante en el ámbito de la inversión extranjera; y/o

¹³²⁵ Véase a estos efectos, por ejemplo, los modelos de APPRI disponibles en la página oficial en Internet de la UNCTAD para países como Noruega, Alemania o Reino Unido. Disponibles en el siguiente enlace: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>. Referencia del 4 de febrero de 2018.

- (ii) Como modelo de tratado bilateral de inversión, a través (a) de la UNCTAD y/o (b) de su adopción progresiva por parte de los Estados como modelo base para la negociación de APPRI con otros países.

2. La cuestión de la multilateralidad

Una vez incorporado, en su caso, el modelo de tratado propuesto, pasaríamos al proceso siguiente, que consistiría en la adopción *per se* de un tratado internacional de inversión que contuviera las disposiciones propuestas en el borrador de tratado que compone la Propuesta: cabría entonces analizar cuál sería el mejor formato para la adopción de un tratado internacional de estas características, multilateral o bilateral. En este sentido, como expone Pierre SAUVÉ¹³²⁶:

“Las ventajas y desventajas de los acuerdos internacionales sobre inversión difieren según su naturaleza bilateral, regional o multilateral. Las ventajas y desventajas también se pueden juzgar desde distintos ángulos, como el de los países receptores frente a los países emisores, y especialmente el de los temas abarcados, la inclusión de disposiciones relativas al desarrollo, las repercusiones en la soberanía normativa de los países receptores, los efectos en las corrientes de inversión extranjera directa (ied) y el poder de negociación relativo de las partes. Una de las principales razones de la popularidad de los tbi es el hecho de que ofrecen flexibilidad al país receptor, dándole la posibilidad de seleccionar y canalizar la ied (ya que la admisión suele estar regida por el respeto a la legislación del país receptor), mientras que a la vez proporcionan la necesaria protección a los inversores extranjeros. No obstante, a menudo los tbi incluyen países que están en distintos niveles de desarrollo y que, por lo tanto, tienen poder y capacidad de negociación asimétricos. Por lo demás, los datos disponibles no sugieren que los tbi repercutan significativamente en las corrientes de inversión.”

¹³²⁶ SAUVÉ, Pierre. “Normas sobre el comercio y las inversiones: perspectivas de América Latina”. Revista de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) número 94, páginas 29 a 42 (página 35). Abril de 2008.

Con independencia de lo indicado, y si procedemos al análisis de esta cuestión desde un punto de vista estrictamente jurídico, será necesario que profundicemos sobre una serie de cuestiones que afectan a los tratados multilaterales y bilaterales como (i) la modalidad de adopción aplicable en cada caso (ii) las ventajas e inconvenientes jurídicos del tratado multilateral y el bilateral (iii) los aspectos jurídicos específicamente aplicables a los tratados multilaterales y (iv) los correspondientes a los tratados bilaterales.

3. Modalidad de adopción del tratado

1. En el caso de la adopción de un tratado multilateral, se trataría de un acuerdo que sería suscrito por el mayor número posible de Estados y que podría adoptarse en dos posibles escenarios, conforme a lo previsto a estos efectos en el Convenio de Viena¹³²⁷:
2. Negociación ordinaria del tratado multilateral y adopción del mismo por los Estados negociadores¹³²⁸.
3. Convocatoria de una conferencia internacional para la adopción del tratado multilateral, por ejemplo, en el seno de una organización internacional como las Naciones Unidas¹³²⁹.

En el caso del tratado bilateral de inversión, podría acudirse a dos fórmulas:

1. Adopción de acuerdos bilaterales entre Estados con un contenido similar al ofrecido en la Propuesta¹³³⁰.

¹³²⁷ *Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. Op. Cit.*

¹³²⁸ A estos efectos sería necesario seguir el procedimiento previsto en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados. *Ibid.* Parte II.

¹³²⁹ *Ibid.* Artículo 9.2.

¹³³⁰ Siguiendo el procedimiento previsto en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados. *Ibidem.*

2. Modificación del texto de APPRI con el fin de incorporar un articulado similar al de la Propuesta y que resulte aplicable a las inversiones reguladas en dicho tratado bilateral¹³³¹.

4. Ventajas e inconvenientes

Exponemos a continuación en un cuadro comparativo las principales ventajas e inconvenientes jurídicos de la adopción de un tratado multilateral o bilateral, para proceder en las siguientes secciones de este apartado a explicar de forma detallada cada uno de los elementos expuestos:

| TIPO DE TRATADO | VENTAJAS | INCONVENIENTES |
|-----------------------------|--|--|
| Tratado multilateral | Eficacia del tratado multilateral bajo el Derecho de los tratados. | Prolongación en el tiempo del proceso de negociación y posterior adopción del tratado internacional (referencias históricas sobre la materia). |
| | Obligatoriedad de las disposiciones del tratado para todos los Estados Parte del mismo. | Sistema de entrada en vigor del tratado: dificultades para la entrada en vigor derivadas de la existencia de múltiples partes contratantes. |
| | Condición del tratado multilateral como fuente del Derecho internacional de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. | En caso de celebración de una conferencia internacional se requiere del consentimiento de al menos 2/3 de los Estados presentes y votantes para la adopción del tratado. |
| Tratado bilateral | Facilidad para la negociación y adopción del tratado al existir dos únicos interlocutores. | |
| | Obligatoriedad de las disposiciones del tratado para los Estados Parte del mismo. | El tratado bilateral es de obligado cumplimiento únicamente para los Estados Parte del mismo, pero no para el resto de Estados de la comunidad internacional. |

¹³³¹ El procedimiento de enmienda y modificación de los tratados se regula en la Parte IV del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados. *Ibid.* Parte IV.

| | | |
|--|---|---|
| | Rapidez en el proceso de entrada en vigor del tratado bilateral. | |
| | Condición del tratado bilateral como principio informador del Derecho internacional de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. | Aunque el tratado sea considerado como principio informador del Derecho internacional bajo el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia su observancia es obligatoria únicamente para los Estados Parte del mismo. |
| | La adopción de tratados bilaterales puede servir como iniciativa para la adopción de otros tratados con un contenido de naturaleza jurídica similar. | |

5. Tratado multilateral

Quizás la posibilidad de implementar una propuesta de tratado internacional multilateral en materia de inversión que incorpore disposiciones sobre empresas transnacionales y derechos humanos sea la más ambiciosa y la que, al mismo tiempo, pueda entrañar mayores dificultades.

Aunque la opción multilateral sería la que mayores ventajas presentaría en el contexto estrictamente jurídico y del Derecho internacional de los derechos humanos, no podemos olvidar que como ya referimos a lo largo de esta tesis doctoral, durante las últimas décadas del siglo XX han sido numerosas las negociaciones que han tenido lugar entre diversos Estados en el marco de las Naciones Unidas para la adopción de un tratado internacional vinculante en esta materia. Todas ellas, por cierto, con un resultado infructuoso dentro del cual destacan como máximo exponente las “*Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos*”¹³³², instrumento internacional que no es jurídicamente vinculante, aunque se pueda considerar que ostenta la condición de “*soft law*” bajo el Derecho internacional.

¹³³² *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos. Op. Cit.*

Aún cuando lo que nos ocupa en este apartado es una Propuesta de carácter teórico y académico, no puede tampoco obviarse por ello la dificultad que entrañaría la adopción de un tratado internacional multilateral en el ámbito de la empresa y los derechos humanos. Aunque sobre el papel, y a la luz del Derecho internacional de los tratados, la adopción de un tratado multilateral en materia de empresas y derechos humanos constituya una propuesta interesante y factible, debemos tener presente que la materialización de la misma conllevaría un proceso que podría implicar años de negociaciones entre Estados antes de que se alcanzara un acuerdo al respecto.

En este sentido y en el ámbito de las empresas y los derechos humanos, recordamos en esta sede la historia del Código de Conducta relatada por Theodore H. MORAN y las negociaciones que tuvieron lugar entre los años 1974 y 1992, que finalmente resultaron fracasadas¹³³³.

También existen ejemplos de negociaciones fracasadas en el ámbito de la inversión¹³³⁴ extranjera como es el caso de (i) el MAI o “*Acuerdo Multilateral de Inversiones*”, proyecto de tratado internacional de inversiones al que ya nos referimos anteriormente en esta tesis doctoral, que fue promovido por la OCDE entre los años 1995 y 1998 y cuyas negociaciones, como indica Javier DÍEZ-HOCHLEITNER, “*fracasaron estrepitosamente*”¹³³⁵ o (ii) el “*Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (TRIMs)*”, adoptado en la Ronda Uruguay de la OMC¹³³⁶, y que evidenció la falta de consenso entre los Estados negociadores en la Conferencia de Cancún^{1337 1338}.

¹³³³ MORAN, Theodore H. Revista trimestral “*Corporaciones Transnacionales*”. *Op. Cit.* Página 97.

¹³³⁴ *Multilateral Agreement on Investment. Draft consolidated text. Op. Cit.*

¹³³⁵ DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. “*La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras*”. *Op. Cit.* Página 3.

¹³³⁶ La Ronda Uruguay de la Organización Mundial del Comercio comenzó en el año 1996 y se extendió durante 7 años. Para mayor información sobre ella véase el siguiente enlace en Internet de la Organización Mundial del Comercio: <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact5_s.htm>. Referencia del 4 de febrero de 2018.

¹³³⁷ DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. “*La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras*”. *Op. Cit.* Página 3.

¹³³⁸ Conferencia de Cancún. Celebrada en Cancún (México) el 11 de diciembre de 2010. Para mayor información sobre esta Conferencia y los acuerdos adoptados en la misma véase el siguiente enlace oficial en Internet de las Naciones Unidas: <http://unfccc.int/porta1_espagnol/informacion_basica/la_convencion/conferencias/cancun/items/6212.php>. Referencia del 4 de febrero de 2018.

Exponemos a continuación las principales dificultades prácticas que enfrentaría la adopción de un tratado internacional de naturaleza multilateral:

1. Entrada en vigor: en principio, si el tratado guarda silencio en relación con esta cuestión, entrará en vigor en la fecha en la que todos los Estados negociadores hayan consentido en obligarse por él¹³³⁹.

Por este motivo, se incorpora en el apartado del borrador de Propuesta la posibilidad de establecer una fecha para la entrada en vigor del tratado. Una segunda alternativa sería la de regular la entrada en vigor provisional del tratado multilateral, lo que permitiría que aquellos Estados que deseen dar cumplimiento a las disposiciones del tratado antes de su entrada en vigor puedan hacerlo¹³⁴⁰.

2. Enmiendas: el proceso de enmienda de un tratado multilateral, salvo que se indique otra cosa en el texto del tratado, requiere del consentimiento de todos los Estados Parte del mismo. Así sucede, por ejemplo, en el caso de la Convención del CIADI¹³⁴¹.
3. Reservas: el Convenio de Viena prevé en su artículo 19¹³⁴² que los Estados puedan formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, salvo que el texto del tratado lo impida expresamente. Las reservas consisten en la facultad dada a un Estado para excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación al declarante es realmente una reserva (véase el apartado d) del párrafo 1 del artículo 2 del Convenio de Viena¹³⁴³).

Aunque esta es una cuestión que afecta a todo tipo de tratados, tanto bilaterales como multilaterales, debemos tener en cuenta que en un tratado internacional

¹³³⁹ *Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. Op. Cit. Artículo 24.2.*

¹³⁴⁰ *Ibid.* Página 25.

¹³⁴¹ *Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Op. Cit. Artículo 66.*

¹³⁴² *Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. Op. Cit. Artículo 19.*

¹³⁴³ *Ibid.* Artículo 2.1.d).

existe un mayor riesgo de que se puedan dar reservas a sus disposiciones por parte de alguno de los Estados que vayan a proceder a su firma, ratificación, aceptación o aprobación, dado el número de Estados que participan en ellos.

Además, debe tenerse en cuenta que, incluso en el caso de que el tratado impidiera la formulación de reservas, siempre existe la posibilidad de que los Estados formulen declaraciones que, aunque no limitan la eficacia de una disposición del tratado para un Estado parte, sirven para aclarar el significado de determinadas disposiciones para ese Estado¹³⁴⁴.

4. Conferencia internacional: también debemos tener en cuenta que en el caso de que se considerara la opción de convocar una conferencia internacional para la adopción del tratado internacional multilateral propuesto, el Convenio de Viena establece una mayoría mínima de dos tercios de los Estados presentes y votantes para la adopción del tratado, salvo que se hubiera acordado una regla de mayorías distinta por parte de dichos Estados¹³⁴⁵.

6. Tratado bilateral

En el caso de la alternativa de adopción de un tratado bilateral en materia de empresas transnacionales y derechos humanos, cabría entender que el proceso para llegar a adoptar un tratado de esta naturaleza resultaría más sencillo que en el caso de un tratado multilateral, dado que la negociación y adopción del mismo quedaría restringida a un número limitado de dos Estados.

Entre las ventajas de la fórmula del tratado bilateral se cuentan las siguientes:

¹³⁴⁴ *Manual de Tratados. Preparado por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos.* Publicación de las Naciones Unidas. Número de venta S.02.V2. Página 17.

¹³⁴⁵ *Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. Op. Cit.* Artículo 9.2.

1. Entrada en vigor: el tratado entraría en vigor en la fecha en la que los dos Estados negociadores hayan consentido en obligarse por él¹³⁴⁶, salvo que sus disposiciones indiquen otra cosa¹³⁴⁷.
2. Simplicidad: al existir únicamente dos Estados negociadores el proceso de negociación y posterior adopción del tratado queda simplificado frente al existente para un tratado multilateral.
3. Enmiendas: el proceso de enmienda de un tratado bilateral resulta *a priori* más sencillo que el de un tratado multilateral, dado que requiere del consentimiento de los dos Estados Parte del mismo (salvo que su texto indique algo distinto en este sentido)¹³⁴⁸.

Aunque desde un punto de vista político y práctico pudiera resultar más sencillo optar por la alternativa bilateral, también debemos tener en cuenta una serie de cuestiones jurídicas que resultan de especial relevancia en relación con los tratados bilaterales y su eficacia jurídica:

1. Principio “*pacta sunt servanda*”: de conformidad con el principio “*pacta sunt servanda*” que informa al Convenio de Viena¹³⁴⁹, las disposiciones del tratado bilateral producen efectos para los Estados parte del mismo, pero no para el resto de Estados que no son parte del mismo, por lo que en principio su eficacia jurídica quedaría circunscrita a los dos Estados parte del tratado¹³⁵⁰.
2. Principio “*res inter alios acta*”: en esta misma línea, según MARCANO SALAZAR, los tratados bilaterales sólo producen efectos relativos frente a terceros, debido a que ni los perjudican ni los benefician, salvo que dichos terceros expresen su voluntad de consentimiento¹³⁵¹. En línea con lo señalado, debemos

¹³⁴⁶ *Ibid.* Artículo 24.2.

¹³⁴⁷ *Ibid.* Artículo 24.1.

¹³⁴⁸ *Ibid.* Artículo 39.

¹³⁴⁹ *Ibid.* Preámbulo.

¹³⁵⁰ En este sentido se pronuncia también Luis Manuel MARCANO SALAZAR. MARCANO SALAZAR, Luis Manuel. “*Fundamentos de Derecho Internacional Público. Introducción al estudio de la historia de las instituciones del Derecho Internacional Público y su impacto en las relaciones internacionales*”. Editorial CEC, S.A. Página 43. Año 2005.

¹³⁵¹ *Ibidem.*

recordar que, aunque el tratado bilateral tenga carácter obligatorio para los Estados parte del mismo, su eficacia frente al resto de Estados sería equivalente a la de un principio informador del Derecho internacional, entendido éste como “*evidencia de la práctica generalizada del Derecho*” de conformidad con lo previsto a estos efectos en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹³⁵². En esta misma línea se pronuncian autores como Michael SORNARAJAH, que indican que el régimen jurídico que se crea gracias al gran número de APPRI existentes a día de hoy en el ámbito del Derecho internacional de la inversión extranjera puede de algún modo ser considerado como “*un proceso de internacionalización que los hace constituir principios del Derecho internacional*”¹³⁵³.

3. Consistencia con las resoluciones de las Naciones Unidas: en el caso de que se pudiera considerar un APPRI como una herramienta con mayor eficacia jurídica que, por ejemplo, las resoluciones emanadas de la Asamblea General de las Naciones Unidas, debemos tener en cuenta que en un supuesto de contraposición del entramado de tratados internacionales en materia de inversión extranjera frente al conjunto de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, los APPRI deberían ser siempre ser consistentes con el Derecho internacional y las normas que lo componen¹³⁵⁴.

7. Propuesta de solución

A la vista de las cuestiones planteadas, y analizadas tanto las ventajas como los inconvenientes que atañen a ambas opciones de tratado multilateral y bilateral, entendemos que desde un punto de vista jurídico-práctico la mejor opción sería la de, partiendo de la base del clausulado de un modelo de APPRI consensuado e incorporado previamente (y que recogiera disposiciones relativas a derechos humanos y empresas transnacionales, en línea con lo planteado en el borrador de tratado objeto de la Propuesta), adoptar un tratado bilateral de inversión mediante la modificación del texto

¹³⁵² *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Op. Cit.* Artículo 38.

¹³⁵³ SORNARAJAH, Michael. “*The International Law on Foreign Investment*” (edición año 2010). *Op. Cit.* Página 83. (traducción libre del autor)

¹³⁵⁴ *Ibidem.*

de un APPRI ya existente y en vigor, con la conformidad de los Estados Parte del mismo y siguiendo las disposiciones del Convenio de Viena¹³⁵⁵. Así, y optando por la alternativa de modificación del articulado de un APPRI, procederíamos a realizar una enmienda a su articulado con el fin de:

1. Ampliar su ámbito objetivo para extenderlo no sólo (i) a las inversiones extranjeras sino también (ii) al ámbito de los derechos humanos.
2. Modificar las categorías de legitimación activa y pasiva previstas bajo las disposiciones del APPRI con el fin de posibilitar que cualquiera de los sujetos previstos en la misma pueda (a) reclamar responsabilidades por violaciones de los derechos humanos y (b) ser objeto de asignación de responsabilidades por las violaciones de estos derechos; y
3. Extender la competencia del arbitraje previsto en este tipo de acuerdos internacionales del ámbito comercial y de inversión al de los derechos humanos.

Por lo que respecta al proceso de enmienda, y salvo que las disposiciones del APPRI indicaran otra cosa, el tratado bilateral sería enmendado por mutuo acuerdo de los dos Estados Parte del mismo, según lo previsto a estos efectos en el artículo 39 del Convenio de Viena¹³⁵⁶.

Debemos recordar también en materia procesal que la mayor parte de los APPRI someten las disputas surgidas bajo sus disposiciones a la jurisdicción y competencia del CIADI¹³⁵⁷. Así sucede por ejemplo en la mayor parte de los APPRI suscritos por el Gobierno de España, en los que el CIADI figura como posible foro de solución de controversias¹³⁵⁸. Este elemento también dota de sentido jurídico-práctico a nuestra Propuesta, dado que podríamos apoyarnos en el mecanismo de solución de controversias ya existente en los

¹³⁵⁵ *Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. Op. Cit.* Parte IV.

¹³⁵⁶ *Ibid.* Artículo 39.

¹³⁵⁷ En este sentido véase lo señalado por Javier Díez-Hochleitner. Díez-Hochleitner, Javier. “*Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRIS celebrados por España con países de Latinoamérica*”. *Op. Cit.* Página 2.

¹³⁵⁸ En el cuadro que se adjunta a esta tesis doctoral como Anexo I se detallan los APPRI suscritos por el Reino de España que incorporan la posibilidad de someter las disputas a la jurisdicción del CIADI.

APPRI para habilitar el mecanismo de protección de los derechos humanos a través del CIADI que se propone en nuestro borrador de tratado.

Otra de las cuestiones que debemos tener en cuenta es que la adopción de un modelo de APPRI que diera paso, en su caso, a la adopción de un tratado bilateral de inversión sobre la base de un articulado similar al recogido en la Propuesta, podría servir como precedente para iniciar un proceso de adopción de tratados similares en la región a la que perteneciera dicho tratado, en un proceso que podría paulatinamente pasar del nivel regional al global, permitiendo la difusión de este tipo de acuerdos a escala internacional y generando así una potente corriente informadora del Derecho internacional a través de los APPRI.

A nuestro entender, el empleo de un mecanismo progresivo como el que proponemos, y en el que la regulación de las violaciones de los derechos humanos en el contexto de la inversión extranjera se vaya abriendo paso poco a poco a través del clausulado de un modelo inicial de APPRI seguido de la adopción, en su caso, de tratados bilaterales de inversión, constituye la mejor alternativa práctica para lograr el objetivo pretendido con nuestra Propuesta. Si en el ámbito del Derecho internacional de la inversión extranjera se produjera un proceso regional y progresivo como el descrito que permitiera vincular esta rama del Derecho internacional con el Derecho internacional de los derechos humanos, consideramos que este proceso podría ser clave para el éxito en la negociación de un futuro tratado internacional multilateral en materia de empresas y derechos humanos, ya que habría logrado sentar un precedente inédito y de suma relevancia en el contexto del Derecho internacional.

Por todos los motivos que se acaban de exponer reiteramos que, a la vista de las herramientas y recursos disponibles a día de hoy en el ámbito de las empresas y los derechos humanos y en el contexto del Derecho internacional, la mejor alternativa consistiría en que, partiendo del clausulado de un modelo de APPRI consensuado (y que incorporara una redacción similar a la reflejada en la Propuesta), se promoviera la modificación progresiva de los diferentes acuerdos bilaterales de protección y promoción recíproca de inversiones con la finalidad de incorporar a los mismos un articulado que permita implementar un sistema efectivo de protección de los derechos humanos en el ámbito de la inversión extranjera, todo ello sobre la base de los elementos incluidos en la Propuesta que hemos formulado en esta tesis doctoral.

CONCLUSIONES

I. LA EMPRESA TRANSNACIONAL COMO SUJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL.

A lo largo de esta tesis doctoral hemos venido indicando que el problema de fondo del que partimos se encuentra en el principio de responsabilidad de los Estados que tradicionalmente ha venido informando al Derecho internacional. Como mostramos en el Capítulo I al analizar su génesis histórica, el principio de responsabilidad de los Estados ha sido objeto de codificación en el ámbito del Derecho internacional gracias a la contribución de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que publicó en el año 2001 el “*Borrador de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos*”. En esencia, este principio establece que el Estado, en tanto que sujeto del Derecho Internacional, debe asumir su responsabilidad por los actos que realice y como consecuencia de los cuales se violen derechos de ciudadanos tanto extranjeros como de su propia su nacionalidad.

Pero este principio, además de servir para determinar la responsabilidad de los Estados en el ámbito de la inversión extranjera, ha sido utilizado también como “*patente de corso*” por parte de las empresas transnacionales para lograr un significativo grado de impunidad en el ejercicio de sus actividades en el ámbito de la inversión extranjera, siendo esta problemática la que ha dado lugar a esta tesis doctoral. Una muestra de esta instrumentalización del principio de responsabilidad de los Estados la encontramos en el principio de expectativa legítima que informa al Derecho internacional y que se refiere a aquellos casos en los que un Estado, a través de sus actos u omisiones, crea una cierta esperanza en un inversor extranjero que le lleva a confiar en la actuación estatal, lo que implica que, en caso de incumplimiento, el inversor tendría derecho a obtener una compensación a asumir por el Estado.

Si profundizamos en la génesis del principio de responsabilidad de los Estados, la conclusión primaria que extraemos del mismo es la relacionada con la determinación de los sujetos que ostentan esta condición en el Derecho Internacional, esto es, los Estados. Dicho esto, también debemos subrayar que, con el paso de los tiempos y el desarrollo de la comunidad internacional, otras entidades han ido adquiriendo su propio espacio en el

marco jurídico internacional. Entre ellas destacan sujetos de distinta naturaleza, aunque quien juega un papel protagonista es la empresa transnacional. Sin embargo, y como consecuencia de la aplicación del principio de responsabilidad de los Estados, a día de hoy no se puede *a priori* afirmar con rotundidad que a la luz del Derecho Internacional la empresa transnacional ostente la condición de sujeto del Derecho internacional y, por tanto, tampoco se puede argumentar que existan mecanismos jurídicos para hacer que las corporaciones transnacionales, en tanto que sujetos participantes en la vida jurídica internacional, asuman sus responsabilidades cuando lesionan los derechos de otros sujetos en el ejercicio de sus actividades.

Sin embargo, si analizamos las características que definen a la empresa transnacional desde un punto de vista económico, podemos observar que uno de los caracteres definitorios de toda empresa transnacional es su gran tamaño. Debemos tener en cuenta que el poder y capacidad de influencia de las corporaciones transnacionales no sólo compite con el de muchos Estados, sino que incluso puede llegar a superarlo. Para demostrarlo nos remitimos al análisis comparativo que realizamos en el Capítulo II entre el volumen de ventas anuales de ciertas empresas transnacionales y el PIB de algunos Estados.

La cuestión que debemos plantearnos es si, ante la situación que acabamos de exponer, sigue teniendo virtualidad la consideración del Estado como único sujeto del Derecho internacional, o si por el contrario se trata de un paradigma ya superado. Bajo nuestro punto de vista, los datos que acabamos de exponer suponen una evidencia que apunta hacia la superación del principio de responsabilidad de los Estados, en el sentido de que tanto éstos como las empresas transnacionales, a la vista de los datos, deben necesariamente ser considerados como sujetos del Derecho internacional. Parece razonable entender que si, a la vista de la información mostrada, los Estados y las empresas transnacionales gozan de capacidad suficiente para ejercer una significativa influencia en la comunidad internacional en términos de poder económico e incluso político, ambos deberían ostentar una consideración jurídica similar al amparo de Derecho internacional.

Pero, como ya hemos señalado, la consideración de las características económicas de la empresa transnacional no es la única evidencia que señala la superación del principio de

responsabilidad de los Estados: además de analizar las cuestiones de tipo conceptual y económico, resulta también esencial acudir a las fuentes normativas existentes en el Derecho internacional y fijadas por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, para lo que en este caso procedemos a profundizar las “*Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*”.

Las Normas, aún cuando únicamente puedan ser consideradas como un instrumento de “*soft law*” y en tanto en cuanto su finalidad es, como se expone en los “*Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*” (Resolución del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas número 17/4, de 16 de junio de 2011), la de “*imponer a las empresas directamente, conforme al derecho internacional, la misma gama de obligaciones de derechos humanos que han aceptado cumplir los Estados en virtud de los tratados que ratifican: ‘de promover los derechos humanos, asegurar que se cumplan, respetarlos y protegerlos’*” suponen el primer reconocimiento expreso de la responsabilidad de las empresas transnacionales en un instrumento jurídico perteneciente al Derecho internacional en general, y al Derecho internacional de los derechos humanos en particular.

Este reconocimiento y atribución de responsabilidades a las empresas transnacionales en el contexto del Derecho internacional se sustenta también en el planteamiento formulado por algunos autores de la doctrina, que hemos analizado en el Capítulo ¿? de este trabajo. En este momento queremos reiterar los postulados de CLAPHAM y HIGGINS. Así, CLAPHAM, en su obra “*Human Rights Obligations of Non-State Actors*”, defiende que el estatus jurídico de la empresa transnacional en el Derecho internacional es “*irrelevante*” en lo que se refiere a la atribución de responsabilidades a este tipo de sujetos. Por su parte, para Rosalyn HIGGINS, la dicotomía entre los conceptos de “*sujeto*” y “*objeto*” del Derecho internacional está obsoleta, debiendo hacerse referencia al concepto de “*participante*” en el Derecho internacional. El planteamiento de HIGGINS parte del entendimiento de que el Derecho internacional es el resultado de un proceso de toma de decisiones en el que participan múltiples sujetos entre los que se cuentan, entre otros, las corporaciones transnacionales.

El reconocimiento expreso de responsabilidades corporativas en el texto de las Normas supone, bajo nuestro punto de vista, y por analogía inversa al razonamiento realizado con anterioridad, lo siguiente: en tanto en cuanto las “*Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*” atribuyen a la empresa transnacional una serie de obligaciones en el contexto de los derechos humanos, tal atribución supone el reconocimiento implícito de la empresa transnacional como sujeto del Derecho internacional. Así, en suma, podemos concluir que la publicación por las Naciones Unidas de las “*Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*” supone la constatación jurídica de la superación del principio de responsabilidad de los Estados en el ámbito del Derecho internacional.

II. RECIPROCIDAD ENTRE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN EL ÁMBITO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA.

En la conclusión anterior indicamos que la consideración de la empresa transnacional como sujeto del Derecho internacional no sólo supone la superación de un principio teórico que ha informado durante siglos al Derecho internacional, sino que debería implicar también la atribución de responsabilidades jurídicas a este tipo de entidades, en analogía con la obligación de reparación que el principio de responsabilidad de los Estados atribuye a los actores estatales.

En este sentido, recordamos que los acuerdos de inversión (tanto bilaterales como multilaterales) que informan al Derecho internacional de la inversión extranjera otorgan a las empresas transnacionales toda una serie de derechos y prerrogativas que traen causa del principio de responsabilidad de los Estados, como mostramos en el Capítulo III de esta tesis doctoral. Encontramos un ejemplo en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), tratado internacional que incorpora una serie de cláusulas que fijan la responsabilidad de los Estados Contratantes, y que sin embargo no proporciona mecanismos recíprocos que permitan determinar la responsabilidad de las empresas transnacionales que realizan inversiones al amparo de las disposiciones de este tratado (artículo 1115).

Consideramos que todos los actores que ejercen influencia en el ámbito de la inversión extranjera, incluyendo a los Estados y también a las empresas transnacionales, en tanto en cuanto son titulares de derechos y prerrogativas que les son otorgados por los tratados internacionales reguladores de este sector de actividad, deben asumir la obligación de reparar y resarcir los daños que puedan causar en el ejercicio de su actividad inversora, siendo ésta una responsabilidad que surge de forma correlativa a los derechos atribuidos a estos sujetos por los diferentes tratados que informan al Derecho internacional de la inversión extranjera.

En este sentido, y siempre bajo nuestro punto de vista, la interdependencia constituye, un elemento característico de cualquier relación jurídica de naturaleza bilateral y debería por lo tanto atribuirse también a las relaciones legales nacidas al amparo del Derecho internacional de la inversión extranjera. En esta línea, recordemos como el Código Civil señala en su artículo 1.124 que *“la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. [...]”* y, como señala DELL’AQUILA este artículo *“es precisamente aquella norma del ordenamiento jurídico que, al dictar la facultad resolutoria con motivo del incumplimiento contractual, contiene también el principio general de interdependencia”*. Siguiendo esta línea argumentativa, entendemos que, del mismo modo que los Estados asumen una postura responsable en el ámbito de la inversión extranjera, las corporaciones transnacionales deben asumir también sus responsabilidades en este mismo contexto. Y es que, en tanto en cuanto estas entidades disfrutaban de privilegios, tal atribución de prerrogativas las obliga a asumir las correlativas obligaciones que se derivan de los derechos que disfrutaban.

Por tanto, consideramos que esta atribución de obligaciones a las empresas transnacionales en el ámbito de la inversión extranjera resulta especialmente relevante en relación con los derechos humanos dado que, como mostramos de forma detallada a lo largo de esta tesis doctoral, es precisamente este tipo de derechos, regulados por el Derecho internacional de los derechos humanos, el que ha sufrido un mayor grado de violaciones por parte de las empresas transnacionales, gran parte de ellas carentes además de una satisfacción jurídica y judicial adecuada, todo ello como consecuencia de la actual situación del Derecho internacional de los derechos humanos a la que nos referiremos en el apartado siguiente de este Capítulo.

III.LOS INSTRUMENTOS DISPONIBLES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS NO SON VIABLES COMO MECANISMO DE REPARACIÓN EN EL CASO DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES.

A lo largo del Capítulo III de esta tesis doctoral hemos analizado los diferentes instrumentos jurídicos existentes en el Derecho internacional vigente para hacer frente a la problemática planteada y poder, en su caso, atribuir a las empresas transnacionales la responsabilidad que les corresponde cuando concurren en violaciones de los derechos humanos en el ámbito de la inversión extranjera. Para ello, en el capítulo mencionado, hemos realizado un estudio pormenorizado de los instrumentos disponibles en el Derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido mostramos cómo la cuestión particular de los derechos humanos y las empresas transnacionales es objeto de tratamiento en diferentes instrumentos jurídicos del Derecho internacional que comparten la consideración de instrumentos de “*soft law*”.

Así, los principales instrumentos del Derecho internacional en materia de responsabilidad de la empresa transnacional por violaciones de los derechos humanos que se han adoptado en el seno de diferentes organizaciones internacionales reúnen esta condición de norma de “*soft law*”. Es el caso de los instrumentos adoptados en el seno de las Naciones Unidas: las “*Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*” y los los Principios Rectores -recogidos en el Anexo al Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John RUGGIE, de marzo de 2011-; en el caso de estos últimos, si bien no ostentan la condición de norma de Derecho internacional imperativo, parece claro que podrían ser consideradas como normas de “*soft law*” que informan al Derecho internacional al formar parte del texto de una resolución emitida por un órgano de las Naciones Unidas, tal y como ya hemos apuntado en el Capítulo correspondiente.

También pertenecerían a este grupo de normas de “*soft law*” las Líneas Directrices de la OCDE sobre Empresas Multinacionales, cuyo origen se encuentra en la Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales la “*Declaración*

Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo”, aprobada por la OIT en el año 1977 y cuya última versión está fechada en el año 2006. Finalmente, debe ser mencionado el Pacto Global de las Naciones Unidas que, adoptado en el ámbito de la responsabilidad social corporativa, constituye el instrumento de este tipo de mayor relevancia en el ámbito del Derecho internacional.

Como veíamos en el Capítulo III de este trabajo, a estas iniciativas internacionales se han ido sumando iniciativas en el ámbito del Derecho interno de los Estados. Y es que gracias, entre otras cuestiones, a la promoción del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, algunas iniciativas jurídicas como las integradas en los planes nacionales de empresa y derechos humanos (los “**Planes Nacionales**”), cuya finalidad es la de integrar en los ordenamientos jurídicos de los Estados los elementos introducidos por los Principios Rectores en materia de responsabilidad de la empresa en el ámbito de los derechos humanos se van incorporando poco a poco a las políticas de los Estados en esta materia. Así, hasta la fecha, como ya hemos señalado *ut supra*, son varios los países que han adoptado Planes Nacionales en este contexto, como es el caso del Reino Unido, Italia, Holanda, Finlandia, Suecia, Colombia, Estados Unidos de América o el propio Reino de España, entre otros.

En cualquier caso, reiteramos que el denominador común de los instrumentos jurídicos a los que nos acabamos de referir es su consideración como instrumentos de “*soft law*”, lo que implica su falta de carácter vinculante o, dicho de otro modo, su incapacidad para obligar a su destinatario a cumplir con sus disposiciones. Esta es una cuestión de especial relevancia, dado que constata la limitada eficacia de estos instrumentos jurídicos en el contexto del Derecho internacional, por mucho que el contenido de los mismos resulte relevante a la hora de determinar las responsabilidades atribuibles a la empresa transnacional en el contexto de los derechos humanos.

Por otra parte, y en lo que al plano judicial internacional se refiere, tras el análisis de las diferentes instancias realizado en el Capítulo III mostramos ya las limitaciones que afectan a las decisiones, resoluciones y sentencias emanadas de las diferentes instituciones judiciales o cuasijudiciales internacionales tanto en el ámbito universal como en los sistemas regionales.

Así, como ya hemos apuntado, en el sistema de Naciones Unidas se detectan estas limitaciones en todos los órganos. Por lo que al Consejo de Derechos Humanos sus deficiencias más reseñables podrían sintetizarse en (i) la falta de concreción en cuanto al sistema de medición del cumplimiento por parte de cada Estado o (ii) la inexistencia de un mecanismo claro para transmitir al Consejo de Derechos Humanos la información aplicable al grado de cumplimiento de cada Estado. En el caso del Comité de Derechos Humanos, si bien su función es la de comprobar la adecuación de los Estados con dicho tratado a través de la realización de investigaciones, la emisión de informes o la resolución de quejas interestatales o individuales, lo cierto es que carece de facultades sancionadoras, lo que constituye una limitación en si misma. Finalmente, tampoco podemos entender como un sistema de reparación adecuado a la Corte Internacional de Justicia ya que, aunque se trata de la principal institución judicial en el sistema de las Naciones Unidas, sus referencias a los derechos humanos han sido limitadas, si bien es cierto que ocasionalmente se ha pronunciado en relación con este tipo de derechos, aunque de una forma poco clara.

Otra de las instituciones judiciales de aspiración universal analizada en el Capítulo III ha sido la Corte Penal Internacional, respecto de la que también adelantamos sus limitaciones en el ámbito concreto de nuestro estudio fundamentalmente porque se trata también de una institución judicial internacional cuya competencia se encuentra limitada tanto *ratione materiae* como *ratione personae*. Así, por una parte, no tiene competencia para juzgar a personas jurídicas, si no que únicamente lo puede hacer respecto de personas físicas. Por otra, dado que no tiene competencia para conocer más que de los crímenes que de forma taxativa recoge el Estatuto de la CPI, entre los que no se incluyen de forma genérica, la violación de derechos humanos, ello sin perjuicio de que los tipos recogidos en dicho Estatuto encierren en muchos casos violaciones graves de los derechos humanos.

Tampoco encontramos una vía de solución en el ámbito regional adoleciendo los diferentes sistemas asimismo de limitaciones. Ha sido señalada esta circunstancia respecto del sistema interamericano fundamentalmente por los elementos que se exponen a continuación. El primer paso del sistema consiste en la única posibilidad para el individuo víctima de la violación de presentación de demandas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no existiendo un acceso directo ante la Corte

Interamericana. Además. Además, la denuncia únicamente puede plantearse contra un Estado parte en la Convención Americana de Derechos Humanos, y nunca contra una empresa transnacional. Por otra parte, al igual que en el caso de otros sistemas internacionales de los derechos humanos, en el sistema interamericano se exige como uno de los requisitos de la demanda, el agotamiento de los recursos internos y la interposición de la demanda en un plazo no mayor de seis meses desde la última resolución a nivel interno. Ciertamente, la exigencia del agotamiento de los recursos internos viene derivada de la propia naturaleza de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Es decir, dado que estos son configurados como subsidiarios de los sistemas nacionales, es lógica la exigencia de utilización previa de los propios mecanismos que el sistema nacional ofrece. Sin embargo, esto puede ser interpretado como un elemento negativo y que resta eficacia al sistema, como ya hemos apuntado en el capítulo correspondiente. A este respecto, reiteramos que la exigencia de agotamiento de los recursos internos resulta, como se muestra a lo largo de la Propuesta, uno de los principales obstáculos en el camino de las víctimas hacia un adecuado resarcimiento de las violaciones de los derechos humanos, ya no sólo en lo referente al acceso a la tutela judicial efectiva, sino en la posterior ejecución de la sentencia. Por ello, y tal y como mostramos en la Propuesta, consideramos fundamental para el borrador de tratado que la compone eliminar el obstáculo de la exigencia de agotamiento previo de los recursos internos como elemento clave a la hora de lograr que las víctimas de violaciones de los derechos humanos en el ámbito de la inversión extranjera puedan acceder a remedios efectivos.

Por lo demás, en el supuesto de que el conflicto no sea resuelto de forma amistosa, y llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a iniciativa de la Comisión o (ii) de un Estado Parte de la Convención Americana, nuevamente nos encontramos con un sistema judicial limitado dado que las demandas ante la Corte no pueden ser interpuestas por cualquier sujeto de forma libre, sino que su interposición queda supeditada a la intermediación de alguno de los dos sujetos descritos. Asimismo, debemos prestar atención a la eficacia jurídica de las decisiones judiciales emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que su reconocimiento y ejecución dependen de lo dispuesto en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Parte de la Convención Americana.

La situación no es muy distinta en el sistema creado en el seno del Consejo de Europa como ya vimos. Ciertamente, el sistema europeo tiene un elemento muy positivo que es el de cualquier sujeto, incluidas las personas físicas, puede interponer reclamaciones ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“**TEDH**”); sin embargo, esta universalización de la legitimación activa no tiene su reflejo en la legitimación pasiva, ya que las demandas ante el TEDH únicamente pueden referirse a violaciones de los derechos humanos cometidas por las Altas Partes Contratantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos (“**CEDH**”), por lo que volvemos a encontrarnos con una deficiencia similar a la ya detectada en el sistema americano de derechos humanos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos no proporciona un medio para hacer posible reclamar la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas nacionales de Estados Partes del Convenio Europeo, como actores no estatales, por violaciones de dicho tratado. Asimismo, por lo que se refiere a los requisitos de admisibilidad de la demanda, también el sistema europeo exige el agotamiento de los recursos internos y establece un plazo máximo de seis meses desde la última decisión interna, por lo que podrían aplicarse al sistema europeo las mismas críticas que hemos realizado en el sistema interamericano. Por último, en cuanto a la eficacia de las decisiones judiciales adoptadas por el TEDH, nuevamente nos encontramos ante la problemática del reconocimiento y ejecución de este tipo de resoluciones que queda también en manos de los Estados.

Por lo que se refiere a los sistemas de derechos humanos africano, árabe y asiático, tampoco es posible extraer de los mismos posibles vías de solución al problema de la reparación de las víctimas en el caso de concurrir violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas.

Por tanto, a la vista de lo que acabamos de indicar, podemos sintetizar los defectos y deficiencias que afectan a los sistemas de derechos humanos vigentes en el Derecho internacional de los derechos humanos en los siguientes puntos:

- a. Los sistemas de derechos humanos existentes enjuician violaciones de los derechos humanos cometidas por Estados, pero no realizadas por otros sujetos como podrían ser las personas individuales o las empresas transnacionales.
- b. Los tratados reguladores de los sistemas de derechos humanos vigentes exigen el agotamiento de los recursos judiciales internos disponibles en el Estado donde se

cometió la actuación enjuiciada como requisito previo para acceder a sus mecanismos de enjuiciamiento, lo que plantea, cuando poco, retrasos en la resolución de situaciones de violación de los derechos.

- c. Imposibilidad de acceso directo a los tribunales internacionales de derechos humanos por parte de las víctimas: a excepción del sistema europeo, conforme a lo previsto en los diferentes tratados reguladores de los sistemas de derechos humanos, el acceso a la tutela judicial de los tribunales internacionales en el ámbito de los derechos humanos depende de la voluntad bien (i) del órgano que ejerce la función de “*instructor*” en el correspondiente sistema de derechos humanos o bien (ii) de un Estado parte del correspondiente tratado internacional.
- d. Eficacia de las decisiones judiciales internacionales: el reconocimiento y ejecución de las sentencias emanadas de los diferentes tribunales internacionales de derechos humanos tiene efectos limitados puesto que el procedimiento para dotar a estas resoluciones de eficacia (i) se regula conforme al ordenamiento jurídico interno del Estado donde se cometió el acto enjuiciado y (ii) depende de la voluntad de los Estados parte del correspondiente tratado internacional.

Bajo nuestro punto de vista, los elementos expuestos constatan que los medios jurídicos y judiciales actualmente existentes en el Derecho internacional en materia de atribución de responsabilidad en materia de derechos humanos son escasos, poco efectivos y no adecuados para exigir dicha responsabilidad en el caso de las empresas transnacionales. Esto hace necesaria la búsqueda de mecanismos y fórmulas jurídicas que permitan atribuir a las compañías transnacionales aquellas responsabilidades que les correspondan en caso de que concurran violaciones de los derechos humanos, todo ello a través de los instrumentos disponibles en el Derecho internacional. Es decir, consideramos que es preciso ofrecer una receta jurídica que sirva a los efectos de hacer que los mecanismos jurídicos y judiciales existentes en la actualidad para la protección de los derechos humanos sean efectivos y permitan la tutela de derechos y depuración de responsabilidades de todos aquellos sujetos que, de uno u otro modo, ejercen su influencia en el ámbito de los derechos humanos. A ello responde el análisis de algunas soluciones jurídicas que existen en el Derecho internacional en otros ámbitos distintos al de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, y en particular en el ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos que hemos analizado en los capítulos precedentes de este trabajo.

IV. EL ARBITRAJE COMO POSIBLE SOLUCIÓN.

Dentro del ámbito de los medios alternativos de solución de controversias nuestra atención se centra en el arbitraje, mecanismo de resolución de conflictos que resulta de especial interés para este trabajo por las razones que avanzamos en el Capítulo IV y que, de forma sucinta, exponemos en este momento:

1. Reconocimiento internacional del arbitraje: a fecha de redacción de esta tesis el arbitraje se encuentra reconocido en las legislaciones internas de numerosos Estados.
2. Título ejecutivo del laudo arbitral: los laudos arbitrales tienen naturaleza jurídica de título ejecutivo, conforme a lo dispuesto a estos efectos por diferentes disposiciones normativas como es el caso de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje en España.
3. Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales: conforme a lo dispuesto a estos efectos en el artículo 3 de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales (1958) todos los Estados Parte de este tratado internacional asumen el compromiso irrevocable no sólo de reconocer, sino también de ejecutar los laudos arbitrales emitidos bajo las disposiciones de dicho tratado (artículo 3).

Por las razones que acabamos de exponer consideramos que, dada la eficacia jurídica de los laudos arbitrales como consecuencia de las disposiciones de la Convención de Nueva York, así como de algunos otros instrumentos jurídicos internacionales a los que hemos hecho referencia antes y volveremos a hacer referencia, este medio alternativo de solución de controversias constituye la herramienta jurídica más adecuada no sólo para sustanciar procedimientos por violaciones de los derechos humanos cometidas por toda clase de sujetos, entre ellos las empresas transnacionales, sino también para dar una solución efectiva a dichos procedimientos, al lograr que las resoluciones emitidas al final de los mismos gocen de la eficacia necesaria para una adecuada reparación de las víctimas.

Por los motivos que acabamos de exponer el arbitraje es uno de los elementos jurídicos clave sobre los que se construye la propuesta de solución formulada en esta tesis doctoral.

V. NUESTRA PROPUESTA DE SOLUCIÓN RESULTA UNA HERRAMIENTA ADECUADA PARA EL ENJUICIAMIENTO DE LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS COMETIDOS POR LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES.

Una vez expuestos los principales elementos sobre los que se fundamenta la problemática planteada en esta tesis, el siguiente paso no puede ser otro que formular una propuesta genérica de solución que, basándose en las actuales herramientas disponibles en el Derecho internacional, proporcione una solución adecuada para la problemática planteada en la misma como hemos hecho en el capítulo correspondiente de este trabajo.

La Propuesta para construir un sistema de reclamación y enjuiciamiento de violaciones de los derechos humanos tiene como objetivo principal el de la eficacia jurídica, esto es, el de lograr que las resoluciones emitidas tras la sustanciación de un procedimiento por violaciones de los derechos humanos gocen de una efectividad que permita dar una solución adecuada y satisfactoria a las víctimas de este tipo de violaciones. Para ello la Propuesta, cuya redacción se inspira en las “*Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*”, se fundamenta, desde la perspectiva sustantiva, en los siguientes elementos:

1. La referencia al Derecho internacional de los derechos humanos. Bajo nuestro punto de vista, la Propuesta debe hacer referencia expresa al marco jurídico en el que se encuentran recogidos los derechos humanos que pretendemos proteger a través de sus disposiciones, al igual que ocurre con otros instrumentos jurídicos internacionales o de Derecho interno. En este sentido, consideramos fundamental incluir en el articulado de la Propuesta una referencia expresa al cuerpo de tratados e instrumentos jurídicos internacionales que integran el Derecho internacional de los derechos humanos, y así lo hemos hecho se en el artículo 1 del borrador de Propuesta formulada en el Capítulo IV de esta tesis.

2. Reconocimiento de los sujetos del Derecho internacional. Puesto que, como hemos expuesto con anterioridad, consideramos que existen elementos suficientes para entender que se ha superado el principio de responsabilidad de los Estados y que, por lo tanto, determinados sujetos, entre ellos las empresas transnacionales, deberían ostentar la condición de sujetos del Derecho internacional, entendemos que este elemento debe tener su reflejo expreso en el texto de la Propuesta. En línea con lo anterior, la Propuesta hace referencia en su artículo 7 a los sujetos que ostentan (i) la legitimación activa para la interposición de reclamaciones por violaciones de los derechos humanos y (ii) la legitimación pasiva que les hace ser susceptibles de asignadas como responsables por este tipo de actuaciones. Los sujetos legitimados, que coinciden en ambos planos activo y pasivo, son (a) los Estados (b) las empresas transnacionales (c) las empresas comerciales y (d) los sujetos individuales.

3. Elemento de responsabilidad. Igualmente, consideramos esencial que la Propuesta, una vez determinados los sujetos legitimados al amparo de la misma y como proceso siguiente a esta legitimación, reconozca y atribuya de forma expresa obligaciones y responsabilidades a los Estados y a las empresas transnacionales en el marco de los derechos humanos, en línea con lo dispuesto a estos efectos en algunos de los instrumentos jurídicos internacionales a los que hemos hecho referencia con anterioridad como es el caso de los Principios Rectores. En suma, la atribución expresa de obligaciones a estos sujetos en la Propuesta es un paso lógico que incorporamos a la misma como consecuencia del reconocimiento expreso de su condición de sujetos del Derecho internacional.

Consideramos también relevante subrayar que las obligaciones atribuidas en la Propuesta a Estados y empresas transnacionales se fundamentan en el contenido de los diferentes instrumentos jurídicos internacionales a los que hicimos referencia a lo largo del Capítulo III de esta tesis doctoral, principalmente en las directrices dictadas por John RUGGIE en los Principios Rectores tanto para los Estados como para las empresas transnacionales.

4. Elemento conceptual. La Propuesta, basándose para ello en el análisis realizado a este respecto por RATNER, incorpora en su artículo 2 una serie de definiciones de conceptos jurídicos. Entre otros se incluyen los conceptos de “daño”, “parte interesada”, “afectado indirecto” y, por supuesto, “empresa transnacional” y “empresa comercial”. Bajo nuestra

óptica la incorporación de estos conceptos resulta esencial para el enjuiciamiento de las reclamaciones por violaciones de los derechos humanos que sean sustanciadas bajo las disposiciones de la Propuesta no sólo en términos de determinación de la responsabilidad, sino también en lo que se refiere a la valoración del daño producido desde un punto de vista material (consistente entre otros elementos en daños físicos y en lesiones al patrimonio de la víctima) e inmaterial (daño moral).

Por otro lado, y desde la perspectiva procesal, la propuesta realizada en el Capítulo III reúne una serie de requisitos que deben ser señalados en este momento.

1. El arbitraje internacional como mecanismo propuesto. y es que, como mencionamos en el apartado anterior de estas conclusiones, el mecanismo de solución de controversias sobre el cual se construye la Propuesta es el arbitraje internacional, debido principalmente a las razones que ya argumentamos en dicha sección.

2. El CIADI como foro de solución de controversias. Una vez determinado que el mecanismo de solución de disputas que regiría bajo las disposiciones de la Propuesta es el arbitraje internacional, resulta necesario elegir una institución concreta ante la que podamos sustanciar las disputas surgidas por violaciones de los derechos humanos protegidos por las disposiciones de la misma. Esta institución es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones del Banco Mundial (“**CIADI**”). La elección del CIADI como foro competente para la resolución de las disputas surgidas al amparo de la Propuesta descansa sobre las siguientes razones:

- El CIADI es una institución de arbitraje institucional que está integrada en el Grupo del Banco Mundial y que, por lo tanto, forma parte del sistema de las Naciones Unidas. Se trata de una cuestión relevante dado que, bajo nuestro punto de vista, la vinculación del foro de solución de disputas elegido con una institución como las Naciones Unidas dota a nuestra Propuesta de un importante *plus* de legitimidad y reconocimiento.
- Protagonismo del CIADI en el ámbito de la inversión extranjera ya que es una de las instituciones arbitrales que gozan de un mayor reconocimiento en el ámbito de la inversión extranjera. Se trata nuevamente de un elemento

relevante para la Propuesta dado que la selección de esta institución arbitral facilita la aceptación de su competencia por parte de las empresas transnacionales que operan en el ámbito de la inversión extranjera, al tratarse de un tribunal ya ampliamente reconocido en este sector.

- Reconocimiento jurídico del CIADI: adicionalmente a lo indicado en el punto anterior debemos subrayar que numerosos tratados internacionales en materia de inversión extranjera hacen referencia al CIADI como foro para la solución de controversias. Tal es el caso de los APPRI suscritos por el Reino de España con diferentes Estados, en los que el CIADI es uno de los principales foros elegidos para la solución de disputas¹³⁵⁹.
- Eficacia de las decisiones arbitrales del CIADI: todos aquellos Estados que ostenten la condición de Estado Contratante bajo la Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados, instrumento jurídico que regula el funcionamiento del CIADI, asumen expresamente el compromiso consistente en aceptar el reconocimiento y la ejecución de los laudos dictados por esta institución arbitral (art. 54.1), también en lo que respecta a su contenido pecuniario (art. 55.1).

Obviamente, una vez seleccionado el CIADI como foro arbitral para la solución de las disputas surgidas al amparo de la Propuesta, resulta necesario ir un paso más allá y elaborar una propuesta de modificación para la Convención del CIADI que permita a este organismo ser el foro competente para la resolución de las controversias derivadas de la Propuesta tal y como expusimos en el Capítulo IV de este trabajo.

VI. LA PROYECCIÓN DE LA PROPUESTA: MULTILATERALISMO VS. BILATERALISMO.

Finalmente, y una vez que hemos analizado los principales elementos conceptuales y procesales que sustentan la Propuesta formulada, resta una última cuestión que debe ser analizada y que no es otra que la relativa al formato bajo el cual ésta podría ser

¹³⁵⁹ En el Anexo I de esta tesis doctoral se hace referencia a los APPRI suscritos por el Reino de España que prevén expresamente al CIADI como foro de solución de controversias.

implementada en la práctica del Derecho internacional. Tal y como adelantamos en el Capítulo IV, la primera alternativa sería la de adoptar un tratado de naturaleza multilateral, mientras que la segunda sería la de optar por una construcción normativa progresiva a nivel regional a través de la modificación de acuerdos bilaterales de inversión o APPRI. Ya en el Capítulo IV analizamos ambas alternativas y concluimos que, si bien es cierto que la alternativa multilateral sería preferible por lo que respecta a sus ventajas en términos de eficacia y vinculación jurídica en el Derecho internacional, no lo es menos que se trata de una opción que podría enfrentarse a grandes dificultades para su adopción, como consecuencia, entre otras razones, de la negociación política que podría darse entre los diferentes actores que intervendrían en el proceso.

Por ello, parece razonable optar por la alternativa consistente en la formulación de propuestas jurídicas a nivel regional que, a través de la modificación del articulado de los APPRI negociada de forma bilateral entre los Estados parte de estos tratados, sirva para construir un entramado jurídico en el contexto del Derecho internacional que sienta las bases para el futuro establecimiento de un tratado multilateral en esta materia. Como indicamos con anterioridad esta alternativa se instrumentaría a través de una enmienda progresiva del articulado de los APPRI, que permita que este tipo de tratados se doten de los mecanismos jurídicos necesarios para proporcionar soluciones eficaces y satisfactorias para la problemática planteada en esta tesis doctoral.

VII. EN POS DE UN MODELO MÁS JUSTO.

A modo de cierre, nos gustaría subrayar que tanto el estudio jurídico como la Propuesta realizada en esta tesis doctoral tienen una finalidad común, que no es otra que la de proporcionar una solución jurídica efectiva a los problemas descritos a lo largo de la misma, y que se refieren a las dificultades que enfrentamos en la realidad jurídica internacional vigente para determinar de un modo efectivo la responsabilidad de las empresas transnacionales en el contexto del Derecho internacional.

Todos los elementos a los que hemos hecho referencia a lo largo de esta tesis doctoral representan el esfuerzo que hemos realizado por mostrar el marco jurídico vigente a día de hoy en el ámbito de las empresas transnacionales y los derechos humanos, exponiendo

para ello sus ventajas e inconvenientes con un objetivo final: extraer los elementos más adecuados para la construcción de nuestra Propuesta a través de un análisis profundo y razonado del Derecho internacional vigente tanto en el plano normativo, como en el judicial y el doctrinal.

Así, basándonos en los distintos elementos que hemos ido seleccionando a lo largo de esta tesis doctoral, hemos construido la Propuesta formulada en el Capítulo IV aunando en una fórmula jurídica única diferentes conceptos y herramientas jurídicas extraídas de las fuentes informadoras del Derecho internacional vigente, tanto a nivel normativo como judicial e incluso doctrinal. Entendemos que todas ellas, cada una en su medida, tienen una gran relevancia en el ámbito del Derecho internacional y que, unidas y combinadas de una forma adecuada, pueden servir para construir una propuesta jurídica capaz de proporcionar una protección eficaz y satisfactoria para los derechos humanos en el contexto de la inversión extranjera.

Como hemos venido indicando desde su inicio esta tesis está construida sobre la base de un entendimiento fundamental: tanto los Estados como el resto de actores que operan en la comunidad internacional, incluidas las empresas transnacionales, deben asumir una posición responsable en relación con los derechos humanos, lo que implica el necesario respeto por éstos ya no sólo en el plano del Derecho interno, sino también en el del Derecho internacional.

Éste es precisamente el objetivo que perseguimos con la Propuesta que presentamos en esta tesis doctoral: desde un punto de vista sustantivo, la finalidad última es la de lograr que las empresas transnacionales asuman su responsabilidad en el ámbito de los derechos humanos, mientras que desde un punto de vista procesal el objetivo que perseguimos es el de lograr que la Propuesta formulada proporcione las herramientas jurídicas necesarias para hacer realidad esa finalidad sustantiva a la que acabamos de referirnos y dotarla de la eficacia jurídica necesaria desde el punto de vista del Derecho internacional.

La Propuesta que hemos elaborado supone un intento por ayudar a la construcción de una sociedad global más justa y equitativa a través de su marco jurídico, ya que consideramos que las medidas planteadas beneficiarían a todos los actores que intervienen en ella. Hemos intentado, en esencia, contribuir a dar un primer paso en el plano jurídico que

permita el establecimiento de una adecuada protección de los derechos humanos en el marco del Derecho internacional de la inversión extranjera.

BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS DOCTRINALES Y BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. “Tribunal Europeo y Corte Interamericana de derechos humanos: ¿Escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?”. Artículo publicado en el marco del programa *Alfa Dikia* bajo la dirección de la Profesora Argelia QUERALT JIMÉNEZ. Universidad de Barcelona. Diciembre de 2007.
- ARBUCKLE, J. Gordon, STOLL, Richard G. y otros. *Environmental Law Handbok*. Government Institutes Inc. Año 1989.
- ARIAS LOZANO, David (coordinador). *Comentario a la Ley de Arbitraje de 2003*. Editorial Aranzadi. Año 2005.
- ARROYO DOMÍNGUEZ, Jesús. “Apuntes sobre la proposición no de ley: concepto y práctica parlamentaria”. *Anuario de Derecho Parlamentario*, número 16. Año 2005. Páginas 135 a 152.
- ASIEDU, Elisabeth. “Foreign direct investment in Africa: the role of natural resources”. *The World Economy*, Volume 29, Issue 1. Enero de 2006. Páginas 63 a 77.
- ASIEDU, Elisabeth. “Policy reform and foreign direct investment in Africa”. *Development Policy Review*. Número 22 (1). Año 2004. Páginas 41 a 48.
- AYALA CORAO, Carlos M. “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista de Estudios Constitucionales*. Universidad de Talca. Año 5, número 1. Año 2007. Páginas 127 a 201.
- BEAUDONNET, Xavier. *Derecho internacional del trabajo y Derecho interno. Manual de formación para jueces, juristas y docentes en Derecho*. Documento publicado por el Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo. Año 2009.
- BLANCO CARRASCO, Marta. *Mediación y sistemas alternativos de solución de conflictos: una visión jurídica*. Editorial Reus. Año 2009.
- BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*. Publicación de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) de las Naciones Unidas. Año 2010.

- BÓRQUEZ BECKER, Sebastián F. “Amicus curiae: un análisis comparativo del sistema de solución de diferencias de la OMC y el arbitraje internacional de inversión”. *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, número I, volumen 2. Año 2015. Páginas 272 a 303.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. “Los contratos internacionales y el mito de la nueva “lex mercatoria””. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, 12: 01-20, volumen 1. Año 2006. Páginas 55 a 80.
- CARBONNEAU, Thomas E. *Cases and materials on International Litigation and Arbitration*. Editorial Thomson West, American Casebook Series. Año 2005.
- CARMONA LARA, María del Carmen. “Derechos humanos y medio ambiente: los nuevos desafíos”. En Luis T. DÍAZ MÜLLER (coord.) *El mito del desarrollo y las transiciones a la democracia. Terceras jornadas sobre Globalización y Derechos Humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México. Año 2006.
- CASTILLO DAUDÍ, Mireya. “Los Derechos humanos en la Unión Europea”. *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario. Perspectivas desde la AEPDIRI*. Editorial Marcial Pons. Año 2008. Páginas 231 a 247.
- CAVAZOS VILLANUEVA, Gabriel. *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law: The Mexican Experience*. Tesis doctoral. 7 de noviembre de 2007. Escuela de Derecho de la Universidad de Tulane (Estados Unidos de América).
- CAVES, Richard. *Multinational Enterprise and Economic Analysis*. Cambridge University Press. Año 1982.
- CHOUKRONE, Leïla. *Judging the State in International Trade and Investment Law. Sovereignty Modern, the Law and the Economics*. Centre for Social Sciences and Humanities. Editorial Springer. Año 2016.
- CHUECA SANCHO, Ángel. *Contratos entre Estados y empresas extranjeras y Derecho internacional público*. Ponencia dictada en la Universidad de Vitoria-Gasteiz. Año 1989.
- CLAPHAM, Andrew. *Human Rights in the Private Sphere*. Editorial Oxford University Press. Reimpresión del año 2002.
- CLAPHAM, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Editorial Oxford University Press. Año 2006.

- COLLAZO, Fidel Guillermo. *Las corporaciones transnacionales. Una visión contemporánea*. Año 2004.
- COLMEGNA, Pablo Damián. “Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Año VI, número 8. Año 2012. Páginas 27 a 47.
- COMEAUX, Paul E., y KINSELLA, N. Stephan. “Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance”. *15 N.Y.L. Sch. J. Int’l & Comp. L.* Año 1994.
- CRAWFORD, James. *The International Law Commission’s articles on State responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge University Press, Primera Edición. Año 2002.
- DAY WALLACE, Cynthia. *The Multinational Enterprise and Legal Control. Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*. Martinus Nijhoff Publishers. Kluwer International Law. Año 2002.
- DE CASTRO SÁNCHEZ, Claribel y MARCOS MARTÍN, Teresa. “A vueltas con la inmunidad de los funcionarios extranjeros en los casos de violación de derechos humanos: ¿un nuevo horizonte tras la decisión en el Asunto Yousef v. Samantar?”. *Ordine internazionale e diritti umani*. Volumen 3/2017. Páginas 508 a 513.
- DE CASTRO SÁNCHEZ, Claribel. “Los principios Generales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: especial referencia a los derechos humanos”. *Principios Generales del Derecho. Antecedentes Históricos y Horizonte Actual*. (REINOSO BARBERO, Fernando. Coord.). Editorial Aranzadi. Año 2014. Páginas 1065 a 1078.
- DE CASTRO SÁNCHEZ, Claribel y QUESADA ALCALÁ, Carmen. “Responsabilidad de las empresas en la esfera de los derechos humanos”. *Derechos humanos y relaciones laborales*. (FERNÁNDEZ DE TEJADA MUÑOZ, Victoria. Coord.). Editorial Netbiblo. Año 2010. Páginas 1 a 48.
- DE LA CUESTA, José Luis. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”. *Revista Electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*. Año 2011.

- DELL' AQUILA, Enrico. *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*. Ediciones de la Universidad de Salamanca. Año 1981.
- DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. “El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho internacional”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen VI. Año 2006. Páginas 513 a 549.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dirección) y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Prologuista). *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011, de 28 de febrero*. Editorial Cizur Menor. Año 2011.
- DÍAZ MÜLLER, Luis T. (Coordinador). *El mito del desarrollo y las transiciones a la democracia. Terceras jornadas sobre Globalización y Derechos Humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México. Año 2006.
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Las Organizaciones Internacionales*. Editorial Tecnos. Año 2010. 16ª edición.
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel (Coord.), ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción y ABELLÁN VOTA, Josefina Tomasa. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Editorial Tecnos. 16ª edición. Año 2007.
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel (Coord.) y ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Editorial Tecnos. 18ª Edición. Año 2013.
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel (Coord.), ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción y ABELLÁN VOTA, Josefina Tomasa. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Editorial Tecnos. 19ª Edición. Año 2017.
- DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. “La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras”. *Revista del Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos*. Año 2003.
- DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier. “Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRIS celebrados por España con países de Latinoamérica”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Número 7. Diciembre de 2003.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”. *Estudios Penales y Criminológicos*, volumen XXXIII. Año 2013. Páginas 321 a 368.

- DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. Oxford University Press. Año 2008.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. “Protección de los derechos humanos frente a la autorización administrativa de una entidad minera riesgosa para la salud y el medio ambiente. Comentario a la STEDH de 10 de noviembre de 2004 (Taskin y otros c. Turquía)”. *Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental*. Número 74, año 2005. Páginas 73 a 80.
- DONALDSON, Thomas. *The Ethics of International Business*. Oxford University Press. Editorial UK Paperback. Oxford. Año 1992.
- DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Cornell University Press. Tercera Edición. Año 2013.
- DUSSEL PETERS, Enrique. *La inversión extranjera en México*. Publicación de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) de las Naciones Unidas. Año 2009.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. “Los Derechos humanos en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”. *El Derecho Internacional: normas, leyes y valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*. Año 2005. Páginas 115 y siguientes.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. “Logros: La acción de la OEA en el ámbito de los derechos humanos”. *Las Organizaciones Internacionales*. (DÍEZ DE VELASCO, Manuel). Editorial Tecnos. 16ª Edición. Año 2010. Páginas 751 a 764.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. “La Protección Internacional de los derechos humanos (I)”. *Instituciones de Derecho Internacional Público* (DÍEZ DE VELASCO, Manuel). Editorial Tecnos. 18ª Edición. Año 2013. Páginas 666 y siguientes.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. “La Protección Internacional de los Derechos Humanos (II)”. *Instituciones de Derecho Internacional Público* (DÍEZ DE VELASCO, Manuel). Editorial Tecnos. 18ª Edición. Año 2013. Páginas 683 y siguientes.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. “La ciudadanía y los derechos fundamentales en la Unión Europea”. *Instituciones de la Unión Europea*. Editorial Tirant Lo Blanch. Año 2015.

- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *“Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero”*. (Dir. DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO). Editorial Cizur Menor. Año 2011. Páginas 65 a 142.
- FERNANDES, Jean Marcel. *La Corte Penal Internacional. Soberanía versus justicia universal*. Editoriales TEMIS y UBIJUS. Año 2008.
- FERNÁNDEZ DE TEJADA MUÑOZ, VICTORIA (Coordinadora). *Derechos humanos y relaciones laborales*. Editorial Netbiblo. Año 2010.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Recientes decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos: la reparación del “daño al proyecto de vida” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 2006.
- FREIXES SANJUAN, Teresa. “Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y perspectiva, la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Número 4. Año 2004. Páginas 43 a 86.
- GALLEGO HERNÁNDEZ, Ana Cristina. “La Ley española de tratados de 2014”. *Anuario Español de Derecho Internacional*. Volumen 31. Año 2015. Páginas 193 a 240.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Laura. “Daños privados por contaminación en el tráfico externo: a propósito del caso Akpan vs. Shell”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 5, número 2. Octubre de 2013. Páginas 548 a 583.
- GARCÍA MOSQUERA, Marta. “La personalidad jurídica de empresas transnacionales como requisito de la responsabilidad del art. 31 BIS CP. Consideraciones en el contexto de la Unión Europea”. *InDret. Revista Para el Análisis del Derecho*, número 1/2012. Enero de 2012. Páginas 321 a 368.
- GÓMEZ JENE, Miguel. “Lex Mercatoria y Arbitraje Comercial Internacional: El ejemplo de la nueva ley de arbitraje española”. *Estudios sobre lex mercatoria*. (Coord. Jorge Alberto SILVA). Universidad Nacional Autónoma de México. Año 2006.
- GÓMEZ JENE, Miguel. “Artículo 34”. *Comentario a la Ley de Arbitraje de 2003*. (Coord. David ARIAS LOZANO). Editorial Aranzadi. Año 2005.

- HELFER, Laurence. "The effectiveness of international adjudications". *Oxford Handbook on International Adjudication*. (Ed. C. ROMANO, K.J. ALTER y Y. SHANY). Año 2014. Páginas 464 a 481.
- HIGGINS, Rosalyn. *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Editorial Clarendon Oxford Press. Año 1994.
- HIGGINS, Rosalyn. *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Editorial Clarendon Oxford Press. Reedición año 2004.
- HOFFMAN, Paul y STEPHENS, Beth. *International Human Rights Cases Under State Law and in State Courts*. U.C. Irvine Law Review, número 9. Año 2013.
- JORDANO FRAGA, Jesús. *La protección del Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*. J.M. Bosch Editor, S.A. Primera Edición. Año 1995.
- LEBERO, Richard. *The international law framework for foreign investment protection: an analysis of African treaty practice*. Universidad de Glasgow. Año 2012.
- LEDERER, Markus y MÜLLER, Philipp. S. (editores). *Criticizing Global Governance*. Editorial Palgrave Macmillan. Nueva York. Año 2005.
- LILLICH, Richard B. "The protection of foreign investment and the Hickenlooper Amendment". *University of Pennsylvania Law Review*, número 112, revisión 1116. Año 1964. Páginas 1116 a 1131.
- LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. Editorial Oxford University Press. Año 2002.
- LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. Editorial Oxford University Press. Año 2008.
- LUELMO MILLÁN, Miguel Ángel. *La responsabilidad social corporativa en el ámbito del Derecho laboral. Un instrumento económico-jurídico para un humanismo del siglo XXI*. Editorial NETBIBLO, S.L. Año 2012.
- MALLINDER, Louise. *Amnesty, Human Rights and Political Transitions*. Hart Publishing. Año 2008.
- MARCANO SALAZAR, Luis Manuel. *Fundamentos de Derecho Internacional Público. Introducción al estudio de la historia de las instituciones del Derecho Internacional Público y su impacto en las relaciones internacionales*. Editorial CEC, S.A. Año 2005.

- MARCEAU, Gabrielle. “WTO Dispute Settlement and Human Rights”. *Revista Europea de Derecho Internacional*. Volumen 13, número 4. Año 2002. Páginas 753 a 814.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. “La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE)”. En DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Las Organizaciones Internacionales*. Editorial Tecnos. Año 2010. 16ª edición.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. “La ley de tratados y otros acuerdos internacionales: una nueva regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar”. *Revista Española de Derecho Internacional*. Sección ESTUDIOS. Volumen 67/1. Enero-mayo 2015. Páginas 13 a 60.
- MÁRQUEZ CARRASCO, Carmen. “*The United Nations mandate on business and human rights: future lines of action*”. *Revista de Estudios Jurídicos* nº 12/2012 (Segunda Época). Universidad de Jaén. Año 2012.
- MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen (editora). *España y la implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: oportunidades y desafíos*. Editorial Huygens. Año 2014.
- MENÉNDEZ, Aurelio. *Lecciones de Derecho Mercantil*. Editorial Thomson Civitas. Año 2003.
- MONTOYA MARTÍN, Encarnación. “El Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos y el marco regulatorio de las empresas del sector público”. *Revista Catalana de Dret Públic*, número 49. Diciembre de 2014. Páginas 177 a 202.
- MORAN, Theodore H. “The UN and Transnational Corporations: from Code of Conduct to Global Compact”. *Transnational Corporations*. Volumen 18, número 2. Agosto de 2009. Páginas 91 a 112 (resumen de artículo de 312 páginas).
- MORAN, Theodore H. *The United Nations Library on Transnational Corporations*. Editorial Routledge. Volumen 7. Año 1993.
- MORAN, Theodore H. “Multinational corporations and dependency: a dialogue for dependentistas and non- dependentistas”. *International Organization*. Volumen 32, número 1. Año 2006. Páginas 79 a 100.
- MUCHLINSKI, Peter. “Corporations and the Uses of Law: International Investment Arbitration as a Multilateral Legal Order”. *Oñati Socio-Legal Series*, volumen 1, número 4, Instituto Internacional de Sociología de Oñati. Año 2011.

- MUCHLINSKI, Peter. "International Corporate Social Responsibility and International Law". *New directions in International Economic Law*. Año 2011. Páginas 223 a 244.
- MUCHLINSKI, Peter. "The Changing Face of Transnational Business Governance: Private Corporate Law Liability and Accountability of Transnational Groups in a Post-Financial Crisis World". *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Volumen 18. Artículo 4. Año 2011. Páginas 665 a 704.
- MUCHLINSKI, Peter. "Corporations in International Law". *Max Planck Encyclopedia of International Law*. Oxford Public International Law (OPIL). Heidelberg y Oxford University Press. Año 2012.
- NAVARRO GARCÍA, Fernando. *Responsabilidad Social Corporativa: Teoría y práctica*. ESIC Editorial. Segunda Edición. Año 2012.
- OBINNA OKERE, B. "The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and People's Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems". *Human Rights Quarterly*. Volumen 6, número 2. Mayo de 1984. Páginas 141 a 159.
- ORTEGA, Eloísa. *La inversión extranjera directa en España (1986-1990)*. Publicación número 51 del Banco de España - Servicio de Estudios Económicos. Año 1992.
- ORTEGA CARCELÉN, Martín. "Las leyes de acción exterior del Estado y de tratados: dos piezas internacionales que nuestro Derecho necesitaba". *Foro, Nueva Época*. Volumen 18 (número 1). Año 2015. Páginas 299 a 316.
- PATRICK, John J., PIOUS, Richard M. y RITCHIE, Donald A. *The Oxford Guide to the United States Government*. Editorial Oxford University Press. Oxford Reference Online. Año 2001.
- PEDONE, A. *Le droit international, unité et diversité: mélanges offerts à Paul Reuter*. Año 1981.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel. "La subjetividad internacional (I)". *Instituciones de Derecho Internacional Público* (DÍEZ DE VELASCO, Manuel). Editorial Tecnos. 16ª edición. Año 2007. Páginas 269 y siguientes.
- RATNER, Steven E. "Corporations and Human Rights: A theory of legal responsibility". *Yale Law Journal*, Tomo 111. Noviembre de 2001. Páginas 443 a 545.

- REHMAN, Javid. *International Human Rights Law. A practical approach*. Editorial Longman. Año 2003.
- REQUEJO ISIDRO, Marta. “Derechos humanos y acciones colectivas”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 16. Año 2012. Páginas 313 a 366.
- RISHIKOF, Harvey. “Framing International Rights with a Janusism Edge- Foreign Policy and Class Actions-Legal Institutions as Soft Power”. *University of Chicago Legal Forum*. Año 2003. Páginas 247 a 278.
- RODRÍGUEZ MANZO, Graciela, BÁEZ DÍAZ, Iván Alonso, TALAMÁS SALAZAR, Marcela y PULIDO JIMÉNEZ, Miguel. *Responsabilidad y reparación. Un enfoque de derechos humanos*. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal/Universidad Iberoamericana y Fundar/Centro de Análisis e Investigación, A.C. Primera Edición. Año 2007.
- ROMANO, Cesare, HELFER, Laurence y ALTER, Karen. *Oxford Handbook on International Adjudication*. Oxford University Press. Año 2009.
- ROOT, Elihu. “The basis of protection to citizens residing abroad”. *American Journal of International Law*. Volumen 4. Año 1910. Páginas 16 a 27.
- RUGGIE, John. “Multilateralism: The Anatomy of an Institution”. *International Organization*, número 46 (3). Año 1992. Páginas 561 a 598.
- RUGGIE, John. “*Multilateralism matters: The Theory and Praxis of an Institutional Form*”. Columbia University Press. Año 1993.
- SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz de Andrés, DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José (Directores). *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*. Editorial Civitas / Thomson Reuters. Año 2015.
- SAGAFI-NEJAD, Tagi y H. DUNNING, John. *The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact*. Indiana University Press. Año 2008.
- SCHILL, Stephan W. *The Multilateralization of International Investment Law*. Cambridge University Press. Año 2009.
- SEPÚLVEDA-AMOR, Bernardo. “La regulación internacional de las empresas transnacionales”. Conferencia dictada por Bernardo SEPÚLVEDA-AMOR en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México el 10 de

- febrero de 1981. *Revista del Colegio de México*. (Centro de Estudios Internacionales). Abril-junio 1981. Páginas 443 a 453.
- SHELTON, Dinah. *Remedies in International Human Rights Law*. Editorial Oxford, Segunda Edición. Año 2005.
 - SILVA, Jorge Alberto (coordinador). *Estudios sobre lex mercatoria*. Universidad Nacional Autónoma de México. Año 2006.
 - SORNARAJAH, Michael. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press. Cambridge. Año 2004.
 - SORNARAJAH, Michael. *The International Law on Foreign Investment*. Tercera Edición. Cambridge University Press. Año 2010.
 - TANCK DE ESTRADA, Dorothy. *Régimen jurídico internacional de las empresas transnacionales en la esfera de los derechos humanos*. Editorial Porrúa. Año 2005.
 - TOMUSCHAT, Christian. “Human Rights and International Humanitarian Law”. *Revista Europea de Derecho Internacional*. Volumen 21, número 1. Año 2010. Páginas 15 a 23.
 - TRATJENBERG, Raúl. *El concepto de empresa transnacional*. Año 1999.
 - VAN SCHAACK, Beth. *Unfulfilled Promise: The Human Rights Class Action*. University of Chicago Legal Forum. Año 2003. Número 279.
 - VAN WEEGHEL, Stef. “The improper use of tax treaties”. Colección *Series on international taxation*, número 19. Editorial Kluwer. Año 1998.
 - VÁZQUEZ, Carlos Manuel. “Alien Tort Claims and the Status of Customary International Law”. *Georgetown Public Law and Legal Theory Research*. Trabajo número 12-140. Año 2012. Páginas 531 a 546.
 - VERNON, Raymond. *Sovereignty at Bay, The Multinational Spread of U.S. Enterprises*. Editorial Longman. Año 1971.
 - VICENT CHULIÁ, Francisco. “La sociedad en constitución”. *Estudios de Derecho mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría* (AA.VV.). Editorial Civitas. Madrid. Año 1978. Páginas 855 a 911.
 - VILLÁN DURÁN, Carlos. “Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Número 12. Año 2006.

- VIS-DUNBAR, Damon. “Norway Shelves Its Proposed Model Bilateral Investment Treaty”. *Investment Treaty News*. 8 de junio de 2009.
- VON GRAFFENRIED, Alec. *Une strategie Ruggie pour la Suisse*. Documento número 12.3503. 14 de diciembre de 2012. Depositado en el Consejo Nacional del Parlamento Suizo con fecha 13 de junio de 2012.
- WEIL, Prosper. “Droit International et Contrats d’Etat”. A. PEDONE, *Le droit international, unité et diversité: mélanges offerts a Paul Reuter*. Año 1981. Páginas 549 a 582.
- WEILER, Todd. “Balancing Human Rights and Investor Protection: a New Approach for a Different Legal Order”. *Boston College International and Comparative Law Review*. Volumen 27. 5 de enero de 2004. Páginas 429 a 452.
- WEILER, Todd y BAETENS, Freya. *New Directions in International Economic Law*. Martinus Nijhoff Publishers. Año 2011.
- WESTBROOK, Jay Lawrence. “Theories of Parent Company Liability and the Prospects for an International Settlement”. *Tex. International Law Journal*. Número 20. Año 1985. Páginas 321 a 333.
- WESTBROOK, Jay Lawrence. “Global Solution to Multinational Default”. *Michigan Law Review*. Número 98. Páginas 2276 a 2328. Años 1999-2000.
- WILKINSON, Rorden. *Multilateralism and the World Trade Organisation. The architecture and extension of international trade regulation*. Editorial Routledge. Año 2001.

REFERENCIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Tratados internacionales

- *Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. Suscrita en San Francisco (1945).
- *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (1984).
- *Convención CIADI. Reglamento y reglas. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). CIADI/15*. (2006).
- *Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de Otros Estados* (2006).

- *Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial* (1969).
- *Convención sobre los Derechos del Niño*. (1989).
- *Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*. (1958).
- *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. (1969).
- *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. (1998).
- *Investment Agreement For the COMESA Common Investment Area*. (2007).
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. A/RES/XXI/2200, de 16 de diciembre de 1966.
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. A/RES/XXI/2200 A, de 16 de diciembre de 1966.
- *Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado el 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, U.N.T.S 171.
- *Pacto Global de las Naciones Unidas*.

Documentos adoptados por Organizaciones Internacionales

a. Naciones Unidas

i. *Asamblea General*

- *Declaración Universal de Derechos Humanos*. UN Resolución 217 A (iii) el 10 de diciembre de 1948.
- *Resolución A/RES/XVII/1803 de 14 de diciembre de 1962, relativa a la “Soberanía permanente sobre los recursos naturales”*.
- *Resolución A/RES/XXIX/3281 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974 relativa a la Carta de Derechos y Obligaciones Económicas de los Estados*.
- *Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. 70/1. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Código A/RES/70/1. Resolución de fecha 25 de septiembre de 2015.

- *Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms*. Resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Documento número A/RES/53/144. 8 de marzo de 1999.
- *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie. Addendum. Principles for responsible contracts: integrating the management of human rights risks into State-investor contract negotiations: guidance for negotiators*. Documento de la Asamblea General de las Naciones Unidas número A/HRC/17/31/Add.3. 25 de mayo de 2011.

ii. *Consejo Económico y Social*

- *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. 23 de agosto de 2003.
- *Comentario relativo a las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2 (2003)*. Documento elaborado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Subcomisión para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos. Sesión 55^a. 26 de agosto de 2003.
- *Resolución 1913 (LVII) de 5 de diciembre de 1974 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas*. Resolución por la que se constituye la Comisión de las Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales.
- *Commission on Transnational Corporations, Report on the Special Session (7-18 March and 9-21 May 1983). Official Records of the Economic and Social Council, 1983, Supplement No. 7 (E/1983/17/Rev. 1), Annex II*. Informe de la Comisión de Empresas Transnacionales relativo a la sesión especial mantenida entre los días 7 y 18 de marzo y 9 y 21 de mayo del año 1983. Grabaciones oficiales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (documento número E/1983/17/Rev. 1).

- *Declaración de los Estados Unidos de América sobre el Asunto 17 en la Sexagésimo Quinta Sesión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 20 de abril de 2005.*
- Documento oficial de las Naciones Unidas número E/1988/39/Add.1 por el que la Comisión de Empresas Transnacionales preparó, conjuntamente con el Secretario General de las Naciones Unidas, un borrador de Código de Conducta para las empresas transnacionales, para su remisión al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.
- *Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations.* Comisión de Empresas Transnacionales. Informe sobre la Sesión Especial (7-18 marzo 1983), grabaciones oficiales en el Consejo Económico y Social. Suplemento número 7 (documento de las Naciones Unidas número E/1983/17/Rev. 1), Anexo II. Publicación “*Estudios Actuales*” de las Naciones Unidas, Serie A. Número E.86.II.A.15 (ST/CTC/SER.A/4). Texto en su versión del año 1986.
- *The United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations.* Centro de Corporaciones Transnacionales de las Naciones Unidas (UNCTC). Current Studies Series A, número 4. Nueva York, Estados Unidos de América. Año 1986.
- *Informe provisional del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.* Consejo de Derechos Humanos, 62º periodo de sesiones, tema 17 del programa provisional. Consejo Económico y Social. Distribución general 22 de febrero de 2006, referencia E/CN.4/2006/97. Comisión de Derechos Humanos.

iii. *Consejo de Derechos Humanos*

- *Resolución A/HRC/RES/26/9 de 14 de julio de 2014*, relativa a la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos.
- *Resolución A/HRC/RES/5/1* de 18 de junio de 2007 relativa a la Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos.
- *Resolución A/RES/60/251.* de 3 de abril de 2006, relativa al *Consejo de Derechos Humanos.*

- *Resolución 7/8. Consejo de Derechos Humanos. Mandato del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos.* Consejo de Derechos Humanos. Número de referencia A/HRC/7/L.11.
- *Resolución 8/7. Mandato del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.* Resolución adoptada en el 28º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos con fecha 18 de junio de 2008.
- *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 26/22 – los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas.* Consejo de Derechos Humanos. 26º periodo de sesiones. 27 de junio de 2014. Número de referencia A/HRC/RES/26/22.
- *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 22 de junio de 2017 – 35/7 Las empresas y los derechos humanos: mandato del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas.* Consejo de Derechos Humanos 35º periodo de sesiones. 6 a 23 de junio de 2017. Número de referencia A/HRC/RES/35/7.
- *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie.* Informe relativo a la actividad de John RUGGIE como Representante Especial entre los años 2005 y 2011, con vistas a su consideración por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y en el cual se presentan los "Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". Consejo de Derechos Humanos, 17º período de sesiones, tema 3 de la agenda. Distribución general 21 de marzo de 2011, referencia A/HRC/17/31 (GE.11-12193 (S) 150411-210411).
- RUGGIE, John. "Business and human rights: mapping international standards of responsibility and accountability for corporate acts". Documento de las Naciones Unidas número A/HRC/4/35. 19 de febrero de 2007.
- *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights. UN Working Group on Business and Human Rights.* Documento publicado por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos en Ginebra (Suiza) en noviembre de 2016.

iv. *Banco Mundial*

- *List of Contracting States and Signatories of the Convention (as of January 11, 2018)*. Documento del Centro Internacional para el Arreglo de Disputas sobre Inversiones del Banco Mundial (CIADI) en el que se especifican los Estados Contratantes y Signatarios de la Convención para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de otros Estados a fecha 11 de enero de 2018.
- *MIGA (Multilateral Investment Guarantee Agency) – World Bank Group – Policy on Environmental and Social Sustainability. October 1, 2013*.

v. *Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas*

- *Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts*. Texto adoptado en la quincuagésimo tercera sesión de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. 9 de agosto de 2001.
- *Informe del Ponente Especial de la Comisión de Derecho Internacional*. UN Document A/8010/Rev. Año 1970.

vi. *Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)*

- *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*, Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional. Año 1985, con las enmiendas aprobadas en el año 2006.
- *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI*. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL). Revisado en el año 2010.

vii. *Sección de Tratados de las Naciones Unidas*

- *Manual de Tratados. Preparado por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos*. Publicación de las Naciones Unidas. Número de venta S.02.V2.

b. Unión Europea

- *Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea*. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea número C 83/13 de fecha 30 de marzo de 2010.
- *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el día 18 de diciembre del año 2000. Documento 2000/C 364/01.
- *Marco Estratégico de la UE sobre Derechos Humanos y Democracia*. Aprobado por el Consejo de la Unión Europea el día 25 de junio de 2012 bajo el número 11855/12.
- *Action Plan on Human Rights and Democracy (2015-2019)*. “*Keeping human rights at the heart of the EU agenda*”. Comunicación conjunta del Parlamento Europeo y el Consejo Europeo de 28 de abril de 2015.
- *Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea número 12 de fecha 16 de enero de 2001.
- *Reglamento (CE) número 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001*. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) número 294 de fecha 10 de noviembre de 2001.
- *Reglamento (CE) número 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)*. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea número 199 de fecha 31 de julio de 2007. En vigor desde el 11 de enero del año 2009.
- *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*. Comisión Europea. Bruselas, 25 de octubre de 2011. COM (2011) 681 final.

c. Consejo de Europa

- *Carta Social Europea (revisada)*. Revisión hecha en Estrasburgo el día 3 de mayo de 1996, modificando el texto de la Carta Social Europea aprobada en Turín el día 18 de octubre de 1961.

- *Carta Social Europea*. Hecha en Turín el día 18 de octubre de 1961.
- *Convenio europeo sobre derechos humanos y libertades fundamentales*. Suscrito el 4 de noviembre de 1950, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953.
- *Protocolo no 11 (STE no 155) al Convenio Europeo de Derechos Humanos*. En vigor desde el 1 de noviembre de 1998.

d. OSCE

- *Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa. Acta Final*. Adoptada en Helsinki en el año 1975.

e. OCDE

- *OCDE Definición Marco de Inversión Extranjera Directa*. Cuarta Edición. Año 2010.
- *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*. OECD Publishing. Documento de fecha 4 de julio de 2003.
- *Multilateral Agreement on Investment. Draft consolidated text*. Versión que consolida el texto del acuerdo considerado a lo largo de las negociaciones hasta el momento en que se discontinuaron en abril de 1998.

f. OIT

- *Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998.
- *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo*. Organización Internacional del Trabajo. Año 1977. Última versión publicada con fecha 1 de enero de 2006.

g. APEC

- *APEC non-binding investment principles*. Principios sobre inversión del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC). Noviembre de 1994.

h. ASEAN

- *La Comisión Intergubernamental de ASEAN sobre Derechos Humanos. Lo que debes saber sobre ella*, documento elaborado por la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN).
- *ASEAN Human Rights Declaration*. Adoptada por los Jefes de Estado de los Estados Miembros de ASEAN el día 18 de noviembre de 2012 en Phnom Penh (Camboya).

i. Liga de Estados Árabes

- *Carta Árabe de Derechos Humanos*. Aprobada por la Liga de Estados Árabes el 22 de mayo del año 2004. En vigor desde el 15 de marzo del año 2008.

Otras referencias

- *Agreement between the Kingdom of Norway and [] for the Promotion and Protection of Investments*. Año 2007.

REFERENCIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

Referencias normativas

- *Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969*. Adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. Adoptado por el Reino de España mediante instrumento de adhesión de fecha 2 de mayo de 1972. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 142 de fecha 13 de junio de 1980.

- *Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 85, de 8 de abril de 1972. Disposición derogada.
- *Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 289, de 16 de octubre de 1885. En vigor desde el día 1 de enero de 1886.
- *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 206, de 25 de julio de 1889. En vigor desde el día 16 de agosto de 1889.
- *Constitución Española.* Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 311 del 29 de diciembre del año 1978.
- *Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín el día 18 de octubre de 1961.* Instrumento de Ratificación por el que el Gobierno de España ratificó la Carta Social Europea, en los términos previstos en el Boletín Oficial del Estado número 153 de fecha 26 de junio de 1980.
- *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.* Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 281 de fecha 24 de noviembre de 1995.
- *Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.* Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 90, de 15 de abril de 1997.
- *Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 106, de 4 de mayo de 1999.
- *Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje.* Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 309 de fecha 26 de diciembre de 2003.
- *Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.* Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 255 de fecha 24 de octubre de 2007.
- *Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 52 de fecha 29 de febrero del año 2008.
- *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por*

- la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.* Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 266 de fecha 4 de noviembre de 2009.
- *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.* Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 152 de fecha 23 de junio de 2010.
 - *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 161 de fecha 3 de julio de 2010.
 - *Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la personalidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010.*
 - *Ley 2/2011, de 24 de marzo, de Economía Sostenible.* Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 55 de fecha 5 de marzo de 2011.
 - *Real Decreto 998/2012, de 28 de junio, que crea la figura del Alto Comisionado del Gobierno para la Marca España.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 155 de fecha 29 de junio de 2012.
 - *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.* Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 233 de fecha 28 de septiembre de 2013.
 - *Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.* Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 295 de fecha 10 de diciembre de 2013.
 - *Orden PRE/2167/2014, de 11 de noviembre, por la que se crea y regula la composición y funcionamiento del Punto Nacional de Contacto para la puesta en práctica de las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para empresas multinacionales.* Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 281 de fecha 20 de noviembre de 2014.
 - *Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.* Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 63 de fecha 14 de marzo de 2014.
 - *Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.* Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 288 de fecha 28 de noviembre de 2014.

- *Resolución de 1 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores, por la que se publica el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos.* Resolución publicada en el Boletín Oficial del Estado número 222 de fecha 14 de septiembre de 2017.

Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones

- *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Albania para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 5 de junio de 2003.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 38 de fecha 13 de febrero de 2004.
- *Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Arabia Saudí para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Riad el 9 de abril de 2006.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 287 de fecha 28 de noviembre de 2016.
- *Acuerdo entre el Reino de España y la República Argelina Democrática y Popular para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 23 de diciembre de 1994.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 59 de fecha 8 de marzo de 1996.
- *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Argentina, hecho en Buenos Aires (Argentina) el día 3 de octubre de 1991.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 18 de noviembre de 1992.
- *Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Bahrein para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 22 de mayo de 2008.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 80 de fecha 3 de abril de 2015.
- *Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Bolivia, hecho en Madrid el 29 de octubre de 2001.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 247 de fecha 15 de octubre de 2002.

- *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre España y Bosnia y Herzegovina, hecho en Madrid el 25 de abril de 2002. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 158 de fecha 3 de julio de 2003.*
- *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Bulgaria para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho «ad referéndum» en Sofía, el 5 de septiembre de 1995. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 143 de fecha 16 de junio de 1998.*
- *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Bogotá el 31 de marzo de 2005. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 219 de fecha 12 de septiembre de 2007.*
- *Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones entre el Reino de España y la República de Corea, hecho en Seúl el 17 de septiembre de 1994. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 297 de fecha 13 de diciembre de 1994.*
- *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Costa Rica, hecho en San José de Costa Rica el 8 de julio de 1997. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 170 de fecha 17 de julio de 1999.*
- *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Croacia para la promoción y protección recíproca de inversiones. Hecho en Madrid el 21 de julio de 1997. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 259 de fecha 29 de octubre de 1998.*
- *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cuba sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en La Habana el 27 de mayo de 1994. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 276 de fecha 18 de noviembre de 1995.*
- *Acuerdo para la protección y fomento recíproco de inversiones entre el Reino de España y la República Federativa Checa y Eslovaca, hecho en Madrid el 12 de diciembre de 1990. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 33 de fecha 7 de febrero de 1992.*
- *Acuerdo entre la República de Chile y el Reino de España para la protección y fomento recíprocos de inversiones, de fecha 2 de octubre de 1991. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 67 de fecha 19 de marzo de 1994.*

- *Acuerdo entre el Reino de España y la República Popular de China para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 14 de noviembre de 2005. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 164 de fecha 8 de julio de 2008.*
- *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador, hecho en Quito el 26 de junio de 1996. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 86 de fecha 10 de abril de 1998.*
- *Acuerdo para la promoción y fomento recíprocos de inversiones entre el Reino de España y la República Árabe de Egipto, de fecha 3 de noviembre de 1992. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 155 de fecha 30 de junio de 1994.*
- *Acuerdo de 23 de abril de 1996 para la protección y promoción recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de El Salvador, hecho en El Salvador el día 14 de febrero de 1995. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 114 de fecha 10 de mayo de 1996.*
- *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Eslovenia, hecho en Madrid el 15 de julio de 1998. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 113 de fecha 11 de mayo de 2000.*
- *Acuerdo entre el Reino de España la República de Estonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, hecho en Tallin el 11 de noviembre de 1997. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 168 de fecha 15 de julio de 1998.*
- *Acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Filipinas de fecha 19 de octubre de 1993. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 275 de fecha 17 de noviembre de 1994.*
- *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Gabonesa, hecho «ad referéndum» en Madrid el 2 de marzo de 1995. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 22 de fecha 25 de enero de 2002.*
- *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guatemala para la promoción y la protección recíproca de inversiones, hecho en Guatemala el 9 de diciembre de 2002. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 146 de fecha 17 de junio de 2004.*

- *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guinea Ecuatorial para la promoción y la protección recíproca de inversiones, hecho en Malabo el 22 de noviembre de 2003. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 10 de fecha 12 de enero de 2004.*
- *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Honduras, hecho «ad referéndum» en Tegucigalpa el 18 de marzo de 1994. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 175 de fecha 20 de julio de 1996.*
- *Convenio entre el Reino de España y la República de Hungría para la promoción y protección recíproca de inversiones, firmado en Budapest «ad referéndum» el 9 de noviembre de 1989. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 217 de fecha 9 de septiembre de 1992.*
- *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de la India, hecho «ad referéndum» en Nueva Delhi el 30 de septiembre de 1997. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 29 de fecha 3 de febrero de 1999.*
- *Acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Indonesia, firmado en Yakarta el día 30 de mayo de 1995. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 31 de fecha 5 de febrero de 1997.*
- *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Islámica de Irán, hecho en Madrid el 29 de octubre de 2002. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 192 de fecha 10 de agosto de 2004.*
- *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre España y Jamaica, hecho en Kingston el 13 de marzo de 2002. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 11 de fecha 13 de enero de 2003.*
- *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y el Reino Hachemita de Jordania, hecho en Madrid el 20 de octubre de 1999. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 9 de fecha 10 de enero de 2001.*
- *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Kazajstán, hecho en Madrid el 23 de marzo de 1994.*

- Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 104 de fecha 30 de abril de 1996.
- *Acuerdo entre el Reino de España y el Estado de Kuwait para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 8 de septiembre de 2005.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 79 de fecha 1 de abril de 2008.
 - *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Letonia para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 26 de octubre de 1995.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 134 de fecha 5 de julio de 1997.
 - *Acuerdo entre el Reino de España y la República Libanesa para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 22 de febrero de 1990.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 122 de fecha 22 de mayo de 1997.
 - *Acuerdo entre el Reino de España y la Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular Socialista para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 17 de diciembre de 2007.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 237 de fecha 1 de octubre de 2009.
 - *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Lituania para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Vilnius el 6 de junio de 1994.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 2 de fecha 25 de enero de 1996.
 - *Acuerdo entre el Gobierno español y el Gobierno macedonio para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 20 de junio de 2005.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 43 de fecha 19 de febrero de 2007.
 - *Acuerdo entre España y Malasia para la promoción y protección recíproca de inversiones hecho en Kuala Lumpur el 4 de abril de 1995.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 59 de fecha 8 de marzo de 1996.
 - *Acuerdo sobre promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho «ad referéndum» en Madrid el 11 de diciembre de 1997.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 86 de fecha 11 de abril de 2005.
 - *Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho “ad referéndum” en Madrid el 24 de julio de 2008.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 74 de fecha 26 de marzo de 2016.

- *Acuerdo sobre promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, hecho en México el 10 de octubre de 2006.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 81 de fecha 3 de abril de 2008.
- *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Moldavia, hecho en Chisinau el 11 de mayo de 2006.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 37 de fecha 12 de febrero de 2007.
- *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Namibia para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Windhoek el 21 de febrero de 2003.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 199 de fecha 18 de agosto de 2004.
- *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Nicaragua, hecho en Managua el 16 de marzo de 1994.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 96 de fecha 25 de abril de 1995.
- *Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones entre el Reino de España y la República Federal de Nigeria, hecho en Abuja el 9 de julio de 2002.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 36 de fecha 11 de febrero de 2006.
- *Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones entre el Reino de España y la República Islámica de Pakistán, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 1994.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 142 de fecha 12 de junio de 1996.
- *Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Panamá, hecho en Panamá el 10 de noviembre de 1997.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 254 de fecha 23 de octubre de 1998.
- *Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Paraguay, hecho ad referendum en Asunción el 11 de octubre de 1993.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 8 de fecha 9 de enero de 1997.
- *Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Perú, hecho en Madrid el 17 de noviembre de*

1994. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 59 de fecha 8 de marzo de 1996.
- *Acuerdo para la protección y fomento recíproco de las inversiones entre el Reino de España y la República de Polonia, de fecha 30 de julio de 1992.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 133 de fecha 4 de junio de 1993.
 - *Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Dominicana, hecho en Santo Domingo el 16 de marzo de 1995.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 282 de fecha 22 de noviembre de 1996.
 - *Acuerdo entre España y Rumanía para la promoción y protección recíproca de las inversiones, firmado en Bucarest el 25 de enero de 1995.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 280 de fecha 23 de noviembre de 1995.
 - *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Senegal para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho “ad referéndum” en Dakar el 22 de noviembre de 2007.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 67 de fecha 19 de marzo de 2015.
 - *Acuerdo entre el Reino de España y la República Árabe Siria para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Damasco el 20 de octubre de 2003.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 42 de fecha 18 de febrero de 2005.
 - *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Sudáfrica, hecho «ad referéndum» en Pretoria el 30 de septiembre de 1998.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 26 de fecha 31 de enero de 2000.
 - *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Trinidad y Tobago, hecho ad referéndum en Puerto España el 3 de julio de 1999.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 252 de fecha 19 de octubre de 2004.
 - *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Tunecina, de fecha 28 de mayo de 1991.* Publicado en los Boletines Oficiales del Estado número 172 de fecha 20 de julio de 1994, y 231 de 27 de septiembre de 1994 (corrección de errores).
 - *Instrumento de ratificación del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Turquía,*

- hecho en Ankara el 15 de febrero de 1995. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 71 de fecha 24 de marzo de 1998.*
- *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre España y Ucrania, hecho en Kiev el 26 de febrero de 1998. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 108 de fecha 5 de mayo de 2000.*
 - *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, hecho en Madrid el 7 de abril de 1992. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 126 de fecha 27 de mayo de 1994.*
 - *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Uzbekistán, hecho en Madrid el 28 de enero de 2003. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 78 de fecha 31 de marzo de 2004.*
 - *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Venezuela, firmado en Caracas el 2 de noviembre de 1995. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 245 de fecha 13 de octubre de 1997.*
 - *Acuerdo entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Hanoi el 20 de febrero de 2006. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 303 de fecha 17 de diciembre de 2011.*
 - *Convenio de fomento y protección recíproca de inversiones entre España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, firmado en Madrid el 26 de octubre de 1990. Publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 17 de diciembre de 1991.*
 - *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Yugoslavia, hecho ad referendum en Madrid el 25 de junio de 2002. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 135 del 4 de junio de 2004.*

Otras referencias

- *Plan de Empresa y Derechos Humanos. Gobierno de España. 26-06-2014. Borrador para tramitar en el Consejo de Ministros. Borrador de documento sobre*

empresas y derechos humanos elaborado por el Gobierno de España con fecha 26 de junio de 2014.

- *Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos. Gobierno de España. Documento aprobado por el Consejo de Ministros el día 28 de julio de 2017.*
- *Guía de Procedimiento para la Resolución de Casos Específicos. Punto Nacional de Contacto de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Descripción breve. Procedimiento para la tramitación ante el Punto Nacional de Contacto de casos específicos sobre la aplicación inapropiada de las Líneas Directrices por una empresa multinacional.* Documento elaborado por la Subdirección General de Comercio Internacional de Servicios e Inversiones. Secretaría de Estado de Comercio del Ministerio de Economía y Competitividad. 1 de septiembre de 2015.
- *Ministerio de Economía y Competitividad. Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Española 2014-2015.*
- *Transparencia, Comunicación y Standards de los Informes y Memorias de Sostenibilidad.* Documento elaborado por el Grupo de Trabajo sobre Transparencia, Comunicación y Standards de Sostenibilidad del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Aprobado por el Pleno del Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas (CERSE) el día 3 de mayo de 2011.
- *Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas. Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora.* Documento elaborado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y aprobado por el Consejo de Ministros del Gobierno de España en su reunión celebrada el día 24 de octubre de 2014.
- *Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Socialista, sobre Responsabilidad Social Corporativa y Derechos Humanos (número de expediente 162/000591).* Publicada en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados serie D, número 251, de fecha 5 de abril de 2013.
- *Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Socialista, sobre Responsabilidad Social Corporativa y Derechos Humanos (número de expediente 162/000591).* Texto modificado con enmiendas, publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados serie D, número 279, de fecha 29 de mayo de 2013.

REFERENCIAS NORMATIVAS EN EL DERECHO COMPARADO

Estados europeos

- *National Action Plan on Business and Human Rights 2017-2020*. Documento elaborado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Comercio del Gobierno de Irlanda. Noviembre de 2017.
- *Plan d'action national. Entreprises et Droits de l'Homme*. Documento elaborado por el Gobierno de Bélgica, de fecha 23 de junio de 2017.
- *Polish National Action Plan for the Implementation of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights 2017-2020*. Documento aprobado por el Consejo de Ministros de la República de Polonia con fecha 29 de mayo de 2017.
- *National Action Plan for the Implementation of the United Nations Guiding Principles On Business and Human Rights*. Documento aprobado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación Internacional de la República Francesa. Abril de 2017.
- *National Action Plan for Corporate Social Responsibility in the Czech Republic*. Documento elaborado por el Ministerio de Industria y Comercio de la República Checa para el periodo 2016-2018.
- *National Action Plan. Implementation of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights. 2016-2020*. Plan Nacional sobre empresas y derechos humanos para el periodo 2016-2020 adoptado por la República Federal de Alemania el 16 de diciembre de 2016.
- *Danish National Action Plan – implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. Documento elaborado por el Gobierno de Dinamarca en relación con la adopción de los Principios Rectores en su ordenamiento interno. Marzo de 2014.

- *National Action Plans on Business and Human Rights. A Toolkit for the Development, Implementation, and Review of State Commitments to Business and Human Rights Frameworks.* Documento elaborado por el Instituto Danés de Derechos Humanos y la Mesa Redonda Internacional sobre Rendición de Cuentas Corporativas (*International Corporate Accountability Roundtable*). Junio de 2014.
- *National Action Plan for the implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights.* Publicación del Ministerio de Empleo y Competitividad de la Economía del Gobierno de Finlandia número 46/2014. Octubre de 2014.
- *Nationaler Aktionsplan. Umsetzung der VN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte.* Plan Nacional sobre empresas y derechos humanos adoptado por la República Federal de Alemania el 21 de diciembre de 2016.
- *A world to gain. A New Agenda for Aid, Trade and Investment.* Publicación de la *Corporate social responsibility pays off. CSR policy of The Netherlands.* Publicación de la Cámara de Representantes del Reino de Holanda 24 685, número 164. Junio de 2013.
- *Respect and Justice for All.* Publicación de la Cámara de Representantes del Reino de Holanda 32 735, número 78. Junio de 2013.
- *National Action Plan on Business and Human Rights.* Publicación número 33 de la Cámara de Representantes del Reino de Holanda. Diciembre de 2013.
- *Rapport sur la stratégie de la Suisse visant à mettre en oeuvre les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat 12.3503, Alec von Graffenried, 14 décembre 2012 du 9 décembre 2016.* Documento elaborado por el Consejo Federal de la Confederación Suiza, de fecha 9 de diciembre de 2016.
- *The Foundations of the Italian Action Plan on the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights.* Documento elaborado por el Gobierno de Italia en relación con la incorporación de los Principios Rectores al ordenamiento interno italiano. Marzo de 2014.
- *Italian National Action Plan on Business and Human Rights. 2016-2021.* Documento elaborado en diciembre de 2016 por el Comité Interministerial para los Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación del Gobierno la República de Italia.

- *Lithuania's National Plan for the implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. Documento elaborado por la Misión Permanente de la República de Lituania ante la Oficina de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales en Ginebra (Suiza). 9 de febrero de 2015.
- *House of Commons. Trade and Industry Committee. Implementation of ECGD's Business Principles. Ninth Report of Session 2004-05. Report, together with formal minutes. Order by The House of Commons to be printed 8 March 2005*. Documento elaborado por el Comité de Industria y Comercio de la Cámara de los Comunes, de fecha 8 de marzo de 2005.
- *Good Business. Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. Documento presentado al Parlamento por el Secretario de Estado de Asuntos Exteriores y para la Commonwealth por mandato de Su Majestad. Documento número "Cm 8695". Septiembre de 2013.
- *Good Business. Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. Documento presentado al Parlamento por el Secretario de Estado de Asuntos Exteriores y para la Commonwealth por mandato de Su Majestad. Documento número "Cm 9255". Mayo de 2016.
- *Recommendation of the Council on common approaches for officially supported export credits and environmental and social due diligence (the "Common Approaches")*. Documento elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico con el código TAD/ECG(2012)5. 28 de junio de 2012.
- *UK NCP procedures for dealing with complaints brought under the OECD guidelines for multinational enterprises*. Documento elaborado por el Ministerio de Negocios, Innovación y Capacidades del Gobierno del Reino Unido. 28 de abril de 2008 (última actualización de fecha 27 de noviembre de 2013). Enero de 2014.
- *Business and Human Rights National Action Plan for the implementation of the UN Guiding Principles*. Documento relativo a la adopción de los Principios Rectores por el Reino de Noruega. Código de publicación E-951-E. Documento publicado por los Servicios de Administración del Gobierno con el número 11/2015. Octubre de 2015.
- *Action Plan for Business and Human Rights*. Documento producido por el Ministerio Sueco de Asuntos Exteriores con el número de artículo UD 15.021. Agosto de 2015. Estocolmo (Suecia).

África

- *Agreement between the Government of the Republic of Ghana and the Government of Malaysia for the Promotion and Protection of Investments.*
- *Carta africana de derechos humanos y de los pueblos, de 27 de julio de 1981, también conocida como “Carta de Banjul”.* Aprobada el 27 de julio de 1981 durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana reunida en Nairobi, Kenia.
- *Protocolo de la Carta Africana para el Establecimiento del Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos.* Promulgado el 10 de junio de 1998, en vigor desde el 25 de enero de 2004.
- *Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos. Orden de Medidas Provisionales.* Adoptada con fecha 30 de marzo de 2011.

América

- *Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos. Chile.* Documento elaborado por los Ministerios de Relaciones Exteriores, Secretaría General de la Presidencia, Secretaría General de Gobierno, Economía, Fomento y Turismo, Desarrollo Social, Justicia y Derechos Humanos, Trabajo y Previsión Social, Minería, Energía, Medio Ambiente y Mujer y Equidad de Género del Gobierno de la República de Chile. Julio de 2017.
- *The Investment Authority Act.* Antigua y Barbuda. Ley número 15. Año 2006.
- *Ley 21.382, de inversión extranjera.* República Argentina. Ley aprobada como Anexo I del Decreto N° 1853/1993 (Boletín Oficial de fecha 8 de septiembre de 1993).
- *Chapter 309 on International Business Companies.* República de Bahamas. Año 2000.
- *International Business Companies Act. Chapter 270.* República de Belice. Año 2000.
- *Ley de Inversiones.* Ley número 1182. Aprobada el 17 de septiembre de 1990. República de Bolivia.

- *Lei do Capital Estrangeiro*. Ley número 4131. Aprobada el 3 de septiembre de 1962. República de Brasil.
- *Investment Canada Act*. Aprobada el 20 de junio de 1985. República de Canadá.
- *Estatuto de Inversión Extranjera*. Decreto-Ley número 600. República de Chile.
- *Ley 963 de 2005, por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia*. Aprobada por el Congreso de Colombia el día 8 de julio de 2005.
- *Colombia Avanza. Derechos humanos y empresa. Plan de Acción de Derechos Humanos y Empresa*. Documento elaborado por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos de la República de Colombia. Documento relativo a la adopción de los Principios Rectores por la República de Colombia. 9 de diciembre de 2015.
- *Ley número 118 de Inversión Extranjera*. Aprobada por la Asamblea Nacional de la República de Cuba el 29 de marzo de 2014.
- *Ley de inversión extranjera de la República Dominicana. No 16-95 del 28 de noviembre de 1995 y su Reglamento de Aplicación No. 214-04 e fecha 11 de marzo del 2004*. República Dominicana.
- *Ley de Comercio Exterior e Inversiones*. Ley número 12 RO/ Sup. 82 de 9 de junio de 1997. República de Ecuador.
- *Ley de Inversiones*. Decreto Legislativo número 853, del 26 de febrero de 2000, publicado en el Diario Oficial número 65, Tomo 346, del 31 de marzo de 2000. República de El Salvador.
- *The Foreign Investments Act*. Estados Unidos de América.
- *Responsible business conduct. First National Action Plan for the United States of America. December 16, 2016*. Documento elaborado por la Secretaría de Estado del Gobierno de los Estados Unidos de América. 16 de diciembre de 2016.
- *Ley de Inversión Extranjera*. Decreto 9-98 del Congreso de la República de Guatemala. Disponible en el sitio web oficial de la Organización de Estados Americanos (OEA).
- *Code des Investissements de la République d’Haiti*. Diario Oficial de la República de Haití de fecha 26 de noviembre de 2002.
- *Act No. 1 of 2004. Investment act*. Ley número 1 del año 2004. 31 de marzo de 2004. República de Guyana.

- *Ley de Inversión Extranjera*. Publicada en el Diario Oficial de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos el 27 de diciembre de 1993. Última reforma publicada el 11 de agosto de 2014.
- *Ley de Inversiones Extranjeras*. Ley No. 127 de 19 de junio de 1991. República de Nicaragua. Publicada en La Gaceta No. 113 de 20 de junio de 1991.
- *Ley número 54. Estabilidad jurídica de las inversiones*. Aprobada el 22 de julio de 1998. República de Panamá.
- *Ley de inversiones*. Ley número 117/91 de 6 de diciembre de 1991. República de Paraguay.
- *Ley de promoción de las inversiones extranjeras*. Decreto legislativo número 662. República de Perú.
- *Foreign Investment Act. Chapter 70:07. Act 16 of 1990*. Trinidad y Tobago. Norma aprobada en el año 1990. Última reforma de 31 de diciembre de 2007.
- *Ley número 16.906. Interés nacional, promoción y protección. Díctanse normas referidas a la declaración de las inversiones realizadas por inversores nacionales y extranjeros en el territorio nacional*. Norma publicada en el Diario Oficial de 20 de enero de 1998. República de Uruguay.
- *Ley de Promoción y Protección de Inversiones*. Publicada en Gaceta Oficial N° 5.390 Extraordinario de fecha 22 de octubre de 1999. Decreto N° 356, 3 de octubre de 1999. República de Venezuela.
- *Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32)*. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.
- *Declaración de la Comisión de Libre Comercio del Tratado de Libre Comercio de América del Norte sobre la participación de partes que no se encuentran en disputa*.
- *North American Free Trade Agreement. Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions. NAFTA Free Trade Commission. July 31, 2001*.
- *Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias*, hecho en Brasilia (República Federativa de Brasil) el 17 de diciembre de 1991.
- *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. Firmado el 17 de diciembre de 1992. En vigor desde el uno de enero de 1994.

- *Tratado para la constitución de un mercado común entre la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y la República Oriental de Uruguay*. Firmado en Asunción (República de Paraguay) el 26 de marzo de 1991.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES INTERNACIONALES Y DE DERECHO COMPARADO

Instituciones judiciales internacionales

1.1 Corte Internacional de Justicia

- *Caso Barcelona Traction*. Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 5 de febrero de 1970. ICJ Reports.
- *Caso Conde Bernadotte*. Dictamen de la Corte Internacional de Justicia del año 1949. Repertorio de Opiniones de Asesoría de la Corte Internacional de Justicia.
- *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*. Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia. 8 de julio de 1996. Informe 1996.
- *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*. Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia. 9 de julio de 2004. Informe 2004.
- *Armed activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda). Judgment, I.C.J. Reports 2005*. Fallo de la Corte Internacional de Justicia. 19 de diciembre de 2005. Informes 2005.

1.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos

- *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 18 de agosto de 2000.
- *Caso Loayza Tamayo v. República Independiente del Perú*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 17 de septiembre de 1997.
- *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 29 de julio de 1988.

- *Voto razonado conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli. Relativo a la sentencia de 27 de noviembre de 1998 relativa al caso “Loayza Tamayo v. República Independiente del Perú”.*

1.3 Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- *Caso López Ostra v. España. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994.*
- *Caso Taskin y otros v. Turquía. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de noviembre de 2004.*
- *Caso Zander v. Suecia. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 1993.*

1.4 Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de abril de 2013, asuntos C-335/11 y C-337/11, HR Danmark, relativa al reconocimiento de los derechos individuales de las personas con discapacidad.*
- *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 11 de diciembre de 2014, asunto C-333/13, sobre el derecho a la igualdad de trato aplicable a los ciudadanos de la Unión Europea sin actividad económica que residen en el territorio de otro Estado Miembro de la Unión Europea.*

Instituciones arbitrales internacionales

1.1 Centro Internacional para el Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (ICSID)

- *Caso Azurix contra Argentina. Centro Internacional para el Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (ICSID). ICSID Case No. ARB/01/12. Laudo arbitral de 14 de julio de 2006.*
- *Caso CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina. ICSID Case No. ARB/01/8. Laudo arbitral de 17 de julio de 2003.*

- *Caso Metalclad Corporation v The United Mexican States*. ICSID Case No. ARB(AB)/97/1. Laudo arbitral de 30 de agosto de 2000.
- *Caso Técnicas Medioambientales Tecmed v. Estados Unidos Mexicanos*. CIADI. Caso número ARB(AF)/00/2. Laudo arbitral de 29 de mayo de 2003.
- *Caso Tokios Tokeles v. The Republic of Ukraine*. ICSID Case No. ARB/02/18. abril de 2004.

Otras instituciones internacionales

- *Caso Australia – Salmón. Diferencia DS18*. Controversia entre Canadá y Australia en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Resuelta por mutuo acuerdo entre Australia y Canadá el 18 de mayo del año 2000.
- *Caso CE – Amianto. Diferencia DS135*. Controversia entre Canadá y las Comunidades Europeas. Resuelta por el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) el 12 de marzo de 2001.
- *Caso Revere Copper contra OPIC. American Arbitration Association*. Sentencia del 24 de agosto de 1978.
- *Caso Trail Smelter*. Acuerdo especial bajo la Convención de Ottawa de fecha 15 de abril de 1935. Laudos de 16 de abril de 1938 y 11 de marzo de 1941.

Tribunales nacionales

- *Caso Air France v. Saks*. Suprema Corte de los Estados Unidos de América, 470 U.S. 392. Sentencia del 4 de marzo de 1985.
- *Caso Abdullahi v. Pfizer Inc.* 562 F.3d 163. Corte del Segundo Circuito de los Estados Unidos. Año 2009.
- *Caso Container Corp. of America v. Franchise Tax Board*. 463 U.S. 159. 103 S.Ct. 2933, 77 L.Ed.2d 545. Suprema Corte de los Estados Unidos de América. Año 1998.
- *Caso Filártiga v. Peña Irala*. 630 F.2d 876. Corte del Segundo Circuito de los Estados Unidos. Año 1980.
- *Caso In Re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India*. Sentencia 634 F. Supp. 842, 8444 (S.D.N.Y. 1986).
- *Caso In Re Estate of Ferdinand Marcos Litigation*. Corte de Distrito de los Estados Unidos (Hawai). Sentencia del 30 de noviembre de 1995.

- *Caso Does I. v. The Gap Inc.* Corte de Distrito de las Islas Marianas del Norte. Caso número CV-01-0031. 10 de mayo de 2002.
- *Caso Mechinovic et al v. Vuchovic.* 198 F. Supp. 2d 1322. N.D. Ga. Año 2002.
- *Caso Lujan vs. National Wildlife Federation.* 110 S. Ct. 3177. Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. Año 1990.
- *Caso Sierra Club vs. Morton (405 U.S. 727, 92 S. Ct. 1361).* Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. Año 1972.
- *Caso Sosa v. Álvarez-Machain.* 542 U.S. 692. Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. Año 2004.
- *Caso United States vs. Students Challenging Regulatory Agency Procedures.* 412 U.S. 669, 93 S. Ct. 2405. Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. Sentencia del 18 de junio de 1973.
- *Caso Volkswagenwerk Aktiengesellschaft v. Schlunk.* Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. Caso número 86-1052. Sentencia de 15 de junio de 1988.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES ESPAÑOLAS

- *Sentencia del Tribunal Supremo.* 8 de febrero de 1960.
- *Caso Augusto Pinochet. Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 5 de noviembre de 1998.* Apelación 173/1998, Investigación Criminal 1/1998.
- *Caso José Couso. Sentencia del Tribunal Supremo.* 11 de diciembre de 2006.
- *Caso José Couso. Auto de la Sala de lo Penal, Sección 30, de la Audiencia Nacional, de fecha 23 de octubre de 2009.*
- *Caso José Couso. Voto Particular de la magistrada Clara Eugenia Bayarri García sobre el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección 30, de fecha 23 de octubre de 2009.*
- *Caso José Couso. Auto de la Audiencia Nacional de fecha 17 de marzo de 2014.* Juzgado de Instrucción Número 1. Sumario 27/2007.

REFERENCIAS A OBRAS DE CONSULTA

- ALCARAZ VARÓ, Enrique, y HUGHES, Brian. *Diccionario de Términos Jurídicos inglés-español, spanish-english*. Editorial Ariel. Sexta Edición. Año 2001.
- ESCOBAR GALLO, Heriberto y CUARTAS MEJÍA, Vicente. *Diccionario Económico Financiero*. Universidad de Medellín. Tercera edición. Septiembre de 2006.
- *Glosario del Banco Mundial*. Disponible en la página oficial en Internet del Banco Mundial, disponible en Internet en <www.worldbank.org>. Referencia del 21 de febrero de 2018.
- MARTIN, Elizabeth A. *A Dictionary of Law*. Oxford University Press. Oxford Reference Online. Año 2002.
- SCOTT, John y MARSHALL, Gordon. *A Dictionary of Sociology*. Oxford University Press. Oxford Reference Online.
- *Cambridge Business English Dictionary*. Cambridge University Press. Año 2015.
- *Diccionario de la Lengua Española*. Publicación de la Real Academia Española. Edición 23ª. Octubre de 2014.
- *Max Planck Encyclopedia of International Law*. Oxford Public International Law (OPIL). Heidelberg y Oxford University Press. Año 2017.

REFERENCIAS EN REVISTAS, ANUARIOS Y REPERTORIOS

- *Anuario Español de Derecho Internacional*.
- *Anuario Canadiense de Derecho Internacional*.
- *Anuario del Instituto de Derecho Internacional*.
- *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*.
- *Anuario de Derecho Parlamentario*.
- *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*.
- *Reports of International Arbitration Awards*.
- Revista trimestral “*Transnational Corporations*” de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).
- Revista “*Punto y Coma*”. Boletín de los traductores españoles de las instituciones de la Unión Europea.
- Revista online “*Investment Treaty News*”.
- Revista “*Forbes*”.

- *International Law Journal.*
- *Michigan Law Review.*
- *Revista Española de Derecho Internacional.*
- *Revista Electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal.*
- *Revista Electrónica de Estudios Internacionales.*
- *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”,*
Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- *Revista de Estudios Constitucionales.* Universidad de Talca.
- *Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental.*
- *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional.*
- *Revista del Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos.*
- *Revista de Derecho Constitucional Europeo.*
- *InDret. Revista Para el Análisis del Derecho.*
- *Revista Europea de Derecho Internacional.*
- *Revista Catalana de Dret Públic.*
- *Revista del Colegio de México.*

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS INSTITUCIONALES

- Página oficial en Internet de la Agencia de los Estados Unidos para la Cooperación Internacional (USAID): <www.usaid.gov>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR): <<http://www.acnur.org>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN): <www.asean.org>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Banco Central de la República Dominicana: <<http://www.bancentral.gov.do>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Banco Mundial: <<http://www.worldbank.org>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL): <<http://www.uncitral.org>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.

- Página oficial en Internet de la Comisión Intergubernamental de ASEAN sobre Derechos Humanos (AICHR): <www.aichr.org>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Comité Interministerial para los Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación Internacional del Gobierno de la República de Italia: <www.cidu.esteri.it>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): <<http://unctad.org/>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa: <<http://www.osce.org/>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Congreso de los Diputados: <<http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Consejo de Europa: <<http://www.coe.int/en/web/portal/home>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Consejo de la Unión Europea: <<http://www.consilium.europa.eu/es/european-council/>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático: <<http://unfccc.int/2860.php>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet de la Corte Internacional de Justicia. Disponible en web: <<http://www.icj-cij.org>>. Referencia del 9 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet de la Corte Penal Internacional: <<http://www.icc-cpi.int>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Foro para la Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC): <<http://www.apec.org/>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Gabinete de Comunicación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: <

<http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/2336>>.

Referencia del 12 de febrero de 2018.

- Página oficial en Internet del Grupo de Acción Financiera (FATF-GAFI): <<http://www.fatf-gafi.org>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Gobierno de Noruega: <<https://www.regjeringen.no/en/id4/>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Gobierno de Holanda: <<https://www.government.nl/government>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Gobierno del Reino Unido. Disponible en el siguiente enlace: <<https://www.gov.uk>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial del Gobierno de Finlandia. Disponible en Internet en el siguiente enlace: <<http://valtioneuvosto.fi/en/frontpage>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Gobierno de la República Italiana: <www.governo.it>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Gobierno del Reino de Suecia: <www.government.se>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Gobierno de la Confederación Suiza: <www.admin.ch>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI): <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/default.aspx>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad: <<http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Ministerio de Asuntos Económicos y Empleo del Gobierno de Finlandia: <<http://tem.fi/en/frontpage>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet de la Misión Permanente del Reino de Holanda ante las Naciones Unidas en Estados Unidos de América: <<http://www.netherlandsmission.org/>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.

- Página oficial en Internet de las Naciones Unidas: <<http://www.un.org/es/index.html>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet de MIGA (Multilateral Investment Guarantee Agency): <<https://www.miga.org>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <<http://www.ohchr.org/>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE): <<http://www.oecd.org>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet de la Organización de los Estados Americanos (OEA): <<http://www.oas.org>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet de la Organización Internacional del Trabajo (OIT): <<http://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet de la Organización Mundial del Comercio (OMC): <<https://www.wto.org/indexsp.htm>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Pacto Global de las Naciones Unidas: <<https://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/index.html>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Parlamento Europeo: <<http://www.europarl.europa.eu/>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet de la Real Academia Española: <<http://www.rae.es>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Parlamento de la República Cooperativa de Guyana: <<http://parliament.gov.gy>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet de publicaciones del Parlamento Británico: <<https://www.publications.parliament.uk>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet de la Secretaría de Estado de Comercio del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (Gobierno de España): <<http://www.comercio.es>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.

- Página oficial en Internet del Secretariado del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN): <<https://www.nafta-sec-alena.org/Inicio/Introducci%C3%B3n>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación del Gobierno de España: << <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/Paginas/inicio.aspx>>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España: << <http://www.mineco.gob.es>>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: <<<https://www.boe.es/aeboe/>>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Ministerio de Industria y Comercio de la República Checa: << <https://www.mpo.cz> >>. Referencia de 31 de enero de 2018.
- Página oficial en Internet del Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Francesa: << <https://www.diplomatie.gouv.fr/es/> >>. Referencia del 1 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Centro Alemán de Información para Latinoamérica: << <https://alemaniparati.diplo.de>>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo: << <http://www.itcilo.org/es>>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: << https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.

OTRAS REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

- Página oficial en Internet del *British Institute of International and Comparative Law*: < <https://www.biicl.org>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página en Internet del Centro de Recursos sobre Empresas y Derechos Humanos (*Business and Human Rights Resource Centre*): < <https://business-humanrights.org/es>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.

- Página en Internet de la Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES): <<http://www.cep.es>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del diario “*El País*”: <<http://www.elpais.com>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet del diario “*Financial Times*”: <<http://www.ft.com>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página en Internet de la Institución de Mediación y Gestión de Reclamaciones para una Conducta Empresarial Responsable (*Mediation and Complaints-Handling Institution for Responsible Business Conduct*): <<http://businessconduct.dk/home/0/2>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página en Internet del Observatorio de la Responsabilidad Social de las Empresas del Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas, dependiente de la Secretaría de Acción Sindical de la Comisión Ejecutiva Confederal de la Unión General de Trabajadores: <<http://www.observatorio-rse.org.es/sitio/erse.aspx>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página en Internet de la organización no gubernamental Human Rights Watch: <<http://www.hrw.org>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet de la revista “*Forbes*”: <<http://www.forbes.com>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página oficial en Internet de la revista “*Investment Treaty News*”: <<https://www.iisd.org/itn/>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.
- Página en Internet del Sistema ACCESS: <<http://www.accessfacility.org>>. Referencia del 12 de febrero de 2018.

ANEXO I

Listado de APPRI suscritos por el Reino de España¹³⁶⁰

| Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) | Fecha de entrada en vigor | Cláusula de protección al inversor | Cláusula de jurisdicción del CIADI |
|--|---------------------------|------------------------------------|------------------------------------|
| Acuerdo entre el Reino de España y la República de Albania para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, hecho en Madrid el 5 de junio de 2003 ¹³⁶¹ | 14 de enero de 2004 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Arabia Saudí para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Riad el 9 de abril de 2006 ¹³⁶² | 14 de diciembre de 2016 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo entre el Reino de España y la República Argelina Democrática y Popular para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, hecho en Madrid el 23 de diciembre de 1994 ¹³⁶³ | 17 de enero de 1996 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Argentina, hecho en Buenos Aires (Argentina) el día 3 de octubre de 1991 ¹³⁶⁴ | 28 de septiembre de 1992 | Sí. | No. |

¹³⁶⁰ Listado de APPRI suscritos por el Reino de España y otros Estados, publicados para su acceso y lectura pública en la página web oficial en Internet del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (Secretaría de Estado de Comercio). La última revisión de la lista fue realizada con fecha 29 de mayo de 2017. *Op. Cit.*

¹³⁶¹ *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Albania para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 5 de junio de 2003.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 38 (13 de febrero de 2004). Artículos 11.1 (cláusula de protección al inversor) y 11.2 (sometimiento de disputas, a elección del inversor, entre las alternativas (i) de la jurisdicción ordinaria del Estado donde se localiza la inversión o (ii) el establecimiento de un tribunal arbitral *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL o (iii) a arbitraje bajo las reglas del CIADI).

¹³⁶² *Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Arabia Saudí para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Riad el 9 de abril de 2006.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 287 (28 de noviembre de 2016). Artículos 11.1 (cláusula de protección al inversor) y 11.2 (en caso de disputa, a elección del inversor – si bien la elección de una opción excluye la otra - entre las alternativas (i) de la jurisdicción ordinaria del Estado donde se localiza la inversión o (ii) el sometimiento a arbitraje conforme a las reglas del CIADI).

¹³⁶³ *Acuerdo entre el Reino de España y la República Argelina Democrática y Popular para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 23 de diciembre de 1994.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 59 (8 de marzo de 1996). Artículo 11.1 (cláusula de protección al inversor) y 11.2 (sometimiento de disputas, a elección del inversor entre las alternativas (i) arbitraje ante la Cámara de Comercio de Estocolmo o (ii) arbitraje ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (iii) el establecimiento de un tribunal arbitral *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL o (iv) arbitraje bajo las reglas del CIADI).

¹³⁶⁴ *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Argentina, hecho en Buenos Aires (Argentina) el día 3 de octubre de 1991.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 18 de noviembre de 1992. Artículo 10.1 (cláusula de protección al inversor) y cláusula 10.4 (según el acuerdo alcanzado por las partes (i) a arbitraje bajo las reglas del CIADI o (ii) establecimiento de un tribunal arbitral *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL. Si nada se indica, la controversia será sometida a arbitraje ante el CIADI si ambos Estados son parte de la Convención del CIADI).

| | | | |
|---|------------------------------------|-----|-----|
| Convenio de fomento y protección recíproca de inversiones entre España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, firmado en Madrid el 26 de octubre de 1990. Aplicable a los siguientes Estados: Repúblicas de Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Georgia, Kirguizistán, Rusia, Tayikistán y Turkmenistán ¹³⁶⁵ . | 28 de noviembre de 1991 | Sí. | No. |
| Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Bahrein para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 22 de mayo de 2008 ¹³⁶⁶ | 17 de diciembre de 2014 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Bolivia, hecho en Madrid el 29 de octubre de 2001 ¹³⁶⁷ | 9 de julio de 2002 ¹³⁶⁸ | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre España y Bosnia y Herzegovina, hecho en Madrid el 25 de abril de 2002 ¹³⁶⁹ | 21 de mayo de 2003 | Sí. | Sí. |

¹³⁶⁵ *Convenio de fomento y protección recíproca de inversiones entre España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, firmado en Madrid el 26 de octubre de 1990.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 17 de diciembre de 1991. Artículo 10.1 (cláusula de protección al inversor) y 10.2. (arbitraje, a elección del inversor (i) ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo o (ii) ante un tribunal arbitral constituido *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL). Según se informa por la Secretaría de Estado de Comercio, de conformidad con lo previsto a estos efectos en la Declaración de Alma-Ata de diciembre de 1991, los Estados sucesores de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), que tras la extinción de la URSS se integraron en la Comunidad de Estados Independientes (CEI), han asumido el cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de los tratados y acuerdos concluidos por la antigua Unión Soviética. En consecuencia, a excepción de Kazajstán, Ucrania, Uzbekistán y Moldavia, con los que después de 1991 España ha firmado nuevos APPRI, el APPRI continúa en vigor. El APPRI con la URSS, en vigor desde el 28 de noviembre de 1991, continúa siendo de aplicación en Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Georgia, Kirguizistán, Rusia, Tayikistán y Turkmenistán.

¹³⁶⁶ *Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Bahrein para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 22 de mayo de 2008.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 80 (3 de abril de 2015). Artículos 11.1 (cláusula de protección al inversor) y 11.2 (sometimiento de disputas, a elección del inversor entre las alternativas (i) de la jurisdicción ordinaria del Estado donde se localiza la inversión o (ii) el establecimiento de un tribunal arbitral *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL o (iii) el sometimiento a arbitraje bajo las reglas del CIADI).

¹³⁶⁷ *Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Bolivia, hecho en Madrid el 29 de octubre de 2001.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 247 de fecha 15 de octubre de 2002.

¹³⁶⁸ Según la información oficial proporcionada por la Secretaría de Estado de Comercio Bolivia denunció el APPRI suscrito con el Reino de España el 4 de enero de 2012, seis meses antes del cumplimiento de sus 10 años de vigencia. No obstante, según el artículo 13.2 del APPRI existe un período de remanencia de 10 años. Por lo tanto, las inversiones realizadas con anterioridad a la fecha de finalización de la vigencia del Acuerdo (9 de julio de 2012) quedan protegidas por un periodo adicional de 10 años a partir de esa fecha (esto es, hasta el 9 de julio de 2022), no así las que se realicen con posterioridad a esa fecha que dejarán de estar protegidas por este acuerdo. El artículo relativo a la protección del inversor es el 11.1 mientras que el 11.2 regula la solución de controversias otorgando al inversor tres alternativas: (i) sometimiento de jurisdicción a los tribunales competentes del Estado donde se realizó la inversión (ii) establecimiento de un tribunal arbitral *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL o (iii) sometimiento a arbitraje bajo las reglas del CIADI.

¹³⁶⁹ *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre España y Bosnia y Herzegovina, hecho en Madrid el 25 de abril de 2002.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 158 del 3 de julio de 2003. El artículo relativo a la protección del inversor es el 11.1 mientras que el 11.2 regula la solución de controversias otorgando al inversor tres alternativas: (i) sometimiento de jurisdicción a los tribunales competentes del Estado donde se realizó la inversión (ii) establecimiento de un tribunal arbitral *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL o (iii) sometimiento a arbitraje bajo las reglas del CIADI.

| | | | |
|---|--------------------------|----------------------|-----|
| Acuerdo entre el Reino de España y la República de Bulgaria para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho «ad referéndum» en Sofía, el 5 de septiembre de 1995 ¹³⁷⁰ | 22 de abril de 1998 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Bogotá el 31 de marzo de 2005 ¹³⁷¹ | 22 de septiembre de 2007 | Sí ¹³⁷² . | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones entre el Reino de España y la República de Corea, hecho en Seúl el 17 de septiembre de 1994 ¹³⁷³ | 19 de julio de 1994 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Costa Rica, hecho en San José de Costa Rica el 8 de julio de 1997 ¹³⁷⁴ | 9 de junio de 1999 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo Para la Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones entre el Reino de España y la República de Croacia, hecho en Madrid el 21 de julio de 1997 ¹³⁷⁵ | 17 de septiembre de 1998 | Sí. | Sí. |

¹³⁷⁰ *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Bulgaria para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho «ad referéndum» en Sofía, el 5 de septiembre de 1995.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 143 del 16 de junio de 1998. El artículo 11.3. regula la protección al inversor y la solución de controversias que prevé que las disputas se resuelvan ante la jurisdicción competente del Estado donde se realizó la inversión. Además, concede al inversor dos opciones a su elección (para disputas relacionadas con los artículos 5, 6 y 7 del acuerdo): (i) establecimiento de un tribunal arbitral *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL o (ii) sometimiento a arbitraje bajo las reglas del CIADI.

¹³⁷¹ *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Bogotá el 31 de marzo de 2005.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 219 del 12 de septiembre de 2007. Artículo 10.3 (sometimiento de la disputa, a elección del inversor, entre las alternativas (i) de la jurisdicción ordinaria del Estado donde se localiza la inversión o (ii) el establecimiento de un tribunal arbitral *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL o (iii) el sometimiento a arbitraje bajo las reglas del CIADI).

¹³⁷² La cláusula 11 del APPRI entre el Reino de España y la República de Colombia no prevé, como sucede con la mayoría del resto de APPRIS, la posibilidad expresa de demanda de un inversor contra el Estado, sino que formaliza la protección a través del ámbito de aplicación (artículo 11): “*El presente Acuerdo se aplicará a las inversiones efectuadas, antes o después de la entrada en vigor del mismo, por los inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante conforme a las disposiciones legales de esta última. No obstante, no se aplicará a controversias que hubieran surgido con anterioridad a su vigencia ni a controversias sobre hechos acaecidos antes de su entrada en vigor, incluso si sus efectos perduran después de ésta*”.

¹³⁷³ *Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones entre el Reino de España y la República de Corea, hecho en Seúl el 17 de septiembre de 1994.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 297 el día 13 de diciembre de 1994. Artículos 9.1. (protección del inversor extranjero) y 9.2 (sometimiento de disputas (i) a un tribunal arbitral establecido *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL o (iii) a arbitraje bajo las reglas del CIADI).

¹³⁷⁴ *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Costa Rica, hecho en San José de Costa Rica el 8 de julio de 1997.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 170 de fecha 17 de julio de 1999. Artículo 11.1 (cláusula de protección al inversor) y 11.2. (sometimiento de jurisdicción de disputas, a elección del inversor, entre las alternativas (i) de la jurisdicción ordinaria del Estado donde se localiza la inversión o (ii) el arbitraje bajo las reglas del CIADI o bajo las reglas de UNCITRAL).

¹³⁷⁵ *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Croacia para la promoción y protección recíproca de inversiones. Op. Cit.* Artículo 11.1. (cláusula de protección al inversor) y 11.2 (solución de disputas, a elección del inversor, entre las alternativas (i) de la jurisdicción ordinaria del Estado donde se localiza la inversión o (ii) el arbitraje *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL o (iii) el arbitraje bajo las reglas del CIADI).

| | | | |
|---|-------------------------|----------------------|-----|
| Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cuba sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en La Habana el 27 de mayo de 1994 ¹³⁷⁶ | 9 de junio de 1995 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la protección y fomento recíproco de inversiones entre el Reino de España y la República Federativa Checa y Eslovaca, hecho en Madrid el 12 de diciembre de 1990 ¹³⁷⁷ Aplicable a los siguientes Estados: República Checa y República Eslovaca ¹³⁷⁸ . | 28 de noviembre de 1991 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo entre la República de Chile y el Reino de España para la protección y fomento recíprocos de inversiones, de 2 de octubre de 1991 ¹³⁷⁹ | 28 de marzo de 1994 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo entre el Reino de España y la República Popular de China para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 14 de noviembre de 2005 ¹³⁸⁰ | 1 de julio de 2008 | Sí ¹³⁸¹ . | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador, hecho en Quito el 26 de junio de 1996 ¹³⁸² | 18 de junio de 1997 | Sí. | Sí. |

¹³⁷⁶ *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cuba sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en La Habana el 27 de mayo de 1994*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 276 de fecha 18 de noviembre de 1995. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de disputas, a elección del inversor, entre las alternativas (i) de la jurisdicción ordinaria del Estado donde se localiza la inversión o (ii) el arbitraje *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL o (iii) el arbitraje bajo las reglas del CIADI).

¹³⁷⁷ *Acuerdo para la protección y fomento recíproco de inversiones entre el Reino de España y la República Federativa Checa y Eslovaca, hecho en Madrid el 12 de diciembre de 1990*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 33 el 7 de febrero de 1992. Artículo 10.1. (protección del inversor extranjero) y 10.2 (solución de disputas, a elección del inversor, entre las alternativas de (i) arbitraje ante la Cámara de Comercio de Estocolmo (ii) arbitraje ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (iii) establecimiento de un tribunal arbitral *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL o (iv) sometimiento a arbitraje bajo las reglas del CIADI).

¹³⁷⁸ Según informa la Secretaría de Estado de Comercio este APPRI resulta de aplicación a la República Checa y a la República Eslovaca, ya que ambas se subrogaron en el contenido del mismo.

¹³⁷⁹ *Acuerdo entre la República de Chile y el Reino de España para la protección y fomento recíprocos de inversiones, de fecha 2 de octubre de 1991*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 67 de fecha 19 de marzo de 1994 mediante la publicación del *Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Chile para la Protección y Fomento Recíproco de Inversiones y Protocolo, hecho en Santiago el 2 de octubre de 1991*. Artículo 10.1. (protección del inversor extranjero) y 10.2 (sometimiento de la disputa, a elección del inversor (i) a la jurisdicción competente del Estado donde se realizó la inversión o (ii) a arbitraje bajo las reglas del artículo 10.3 siguiente: (a) arbitraje bajo las reglas del CIADI o (b) arbitraje *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL).

¹³⁸⁰ *Acuerdo entre el Reino de España y la República Popular de China para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 14 de noviembre de 2005*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 164 de fecha 8 de julio de 2008. Artículo 11 (protección del inversor extranjero) y 9 (sometimiento de las disputas, a elección del inversor: (i) a la jurisdicción ordinaria del Estado donde se localiza la inversión o (ii) al arbitraje bajo las reglas del CIADI o (iii) a arbitraje *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL).

¹³⁸¹ La cláusula 11 del APPRI entre la República Popular China y el Reino de España no prevé expresamente la facultad de un inversor de demandar al Reino de España, sino que lo que hace es fijar que el APPRI resulta de aplicación “a las inversiones realizadas tanto antes como después de su entrada en vigor por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias de la Parte Contratante interesada”.

¹³⁸² *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador, hecho en Quito el 26 de junio de 1996*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 86 del 10 de abril de 1998. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de disputas, a elección del inversor, mediante (i) el establecimiento de un tribunal arbitral *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL o (ii) sometimiento a arbitraje bajo las reglas del CIADI).

| | | | |
|--|--------------------------|-----|-----|
| Acuerdo para la promoción y fomento recíprocos de inversiones entre el Reino de España y la República Árabe de Egipto, de fecha 3 de noviembre de 1992 ¹³⁸³ | 26 de abril de 1994 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo de 23 de abril de 1996 para la protección y promoción recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de El Salvador, hecho en El Salvador el día 14 de febrero de 1995 ¹³⁸⁴ | 20 de febrero de 1996 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Eslovenia, hecho en Madrid el 15 de julio de 1998 ¹³⁸⁵ | 3 de abril de 2000 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo entre el Reino de España la República de Estonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, hecho en Tallinn el 11 de noviembre de 1997 ¹³⁸⁶ | 1 de julio de 1998 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Filipinas de fecha 19 de octubre de 1993 ¹³⁸⁷ | 21 de septiembre de 1994 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Gabonesa, hecho «ad referendum» en Madrid el 2 de marzo de 1995 ¹³⁸⁸ | 12 de diciembre de 2001 | Sí. | Sí. |

¹³⁸³ *Acuerdo para la promoción y fomento recíprocos de inversiones entre el Reino de España y la República Árabe de Egipto, de fecha 3 de noviembre de 1992.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 155 de fecha 30 de junio de 1994. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 10 (solución de controversias, a elección del inversor: (i) ante el Tribunal de Arbitraje y bajo las reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (ii) ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (iii) ante un tribunal arbitral creado *ad hoc* conforme a las reglas de UNCITRAL (iv) ante el CIADI o (v) ante el Centro Regional de Arbitraje Comercial Internacional de El Cairo).

¹³⁸⁴ *Acuerdo de 23 de abril de 1996 para la protección y promoción recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de El Salvador, hecho en El Salvador el día 14 de febrero de 1995.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 114 del 10 de mayo de 1996. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (sometimiento de solución de disputas, a elección del inversor, (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se localiza la inversión o (ii) a arbitraje *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL o (iii) a arbitraje bajo las reglas del CIADI).

¹³⁸⁵ *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Eslovenia, hecho en Madrid el 15 de julio de 1998.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 113 de fecha 11 de mayo de 2000. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de disputas, a elección del inversor, mediante: (i) sometimiento a la jurisdicción de los tribunales competentes del Estado donde se realizó la inversión (ii) el establecimiento de un tribunal arbitral *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL (iii) sometimiento a arbitraje bajo las reglas del CIADI).

¹³⁸⁶ *Acuerdo entre el Reino de España la República de Estonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, hecho en Tallin el 11 de noviembre de 1997.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 168 de fecha 15 de julio de 1998. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (sometimiento de las disputas, a elección del inversor: (i) a la jurisdicción ordinaria del Estado donde se localiza la inversión (ii) a arbitraje *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL (iii) a arbitraje bajo las reglas del CIADI o (iv) a arbitraje ante el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París).

¹³⁸⁷ *Acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Filipinas de fecha 19 de octubre de 1993.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 275, de 17 de noviembre de 1994. Artículo 9.1 (protección del inversor extranjero) y 9.2 (solución de controversias, a elección del inversor, ante (i) el tribunal competente de la jurisdicción donde se realizó la inversión o (ii) ante el CIADI, mediante arbitraje y bajo sus reglas).

¹³⁸⁸ *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Gabonesa, hecho «ad referendum» en Madrid el 2 de marzo de 1995.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 22 del 25 de enero de 2002. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (sometimiento de disputas, a elección del inversor: (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se localiza la inversión o (ii) a arbitraje *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL o (iii) a arbitraje bajo las reglas del CIADI).

| | | | |
|---|---|-----|-----|
| Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guatemala para la promoción y la protección recíproca de inversiones, hecho en Guatemala el 9 de diciembre de 2002 ¹³⁸⁹ | 21 de mayo de 2004 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guinea Ecuatorial para la promoción y la protección recíproca de inversiones, hecho en Malabo el 22 de noviembre de 2003 ¹³⁹⁰ | 11 de agosto de 2009 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Honduras, hecho «ad referéndum» en Madrid el 18 de marzo de 1994 ¹³⁹¹ | 23 de mayo de 1996 | Sí. | Sí. |
| Convenio entre el Reino de España y la República de Hungría para la promoción y protección recíproca de inversiones, firmado en Budapest «ad referéndum» el 9 de noviembre de 1989 ¹³⁹² | 1 de agosto de 1992 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de la India, hecho «ad referéndum» en Nueva Delhi el 30 de septiembre de 1997 ¹³⁹³ | 15 de diciembre de 1998 ¹³⁹⁴ | Sí. | Sí. |

¹³⁸⁹ *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guatemala para la promoción y la protección recíproca de inversiones, hecho en Guatemala el 9 de diciembre de 2002.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 146 de fecha 17 de junio de 2004. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (sometimiento disputas, a elección del inversor: (i) a la jurisdicción ordinaria del Estado donde se localiza la inversión o (ii) a arbitraje *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL o (iii) a arbitraje bajo las reglas del CIADI).

¹³⁹⁰ *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guinea Ecuatorial para la promoción y la protección recíproca de inversiones, hecho en Malabo el 22 de noviembre de 2003.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 10 de fecha 12 de enero de 2004. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (sometimiento disputas, a elección del inversor: (i) a la jurisdicción ordinaria del Estado donde se localiza la inversión (ii) a arbitraje *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL (iii) a arbitraje bajo las reglas del CIADI o (iv) a un tribunal de arbitraje establecido conforme a las reglas de arbitraje de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África).

¹³⁹¹ *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Honduras, hecho «ad referéndum» en Tegucigalpa el 18 de marzo de 1994.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 175 del 20 de julio de 1996. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL (iii) ante el CIADI o (iv) ante el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París).

¹³⁹² *Convenio entre el Reino de España y la República de Hungría para la promoción y protección recíproca de inversiones, firmado en Budapest «ad referéndum» el 9 de noviembre de 1989.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 217 el 9 de septiembre de 1992. Artículo 10.1. (protección del inversor extranjero) y 10.2 (sometimiento de jurisdicción de disputas al CIADI, a elección del inversor entre las alternativas (i) arbitraje ante la Cámara de Comercio de Estocolmo o (ii) arbitraje ante el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París).

¹³⁹³ *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de la India, hecho «ad referéndum» en Nueva Delhi el 30 de septiembre de 1997.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 29 del 3 de febrero de 1999. Artículo 12.1. (protección del inversor extranjero) y 12.2 (solución de disputas, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión o (ii) mediante arbitraje internacional mediante alguno de los mecanismos previstos en el artículo 12.3 siguiente: (a) ante el CIADI, y bajo sus reglas (ii) ante la Facilidad Adicional para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje e Investigación o (iii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de arbitraje de UNCITRAL).

¹³⁹⁴ El APPRI entre el Reino de España y la República de la India finalizó su periodo de vigencia el día 23 de septiembre de 2016, según la información proporcionada a estos efectos por la Secretaría de Estado de Comercio del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España. No obstante, está sometido a un periodo de remanencia de quince años desde la fecha indicada, es decir, hasta el día 23 de septiembre de 2031. En consecuencia, las inversiones realizadas durante el periodo de vigencia del APPRI (esto es, hasta el 23 de septiembre de 2016) se encuentran protegidas por las disposiciones de este acuerdo hasta la fecha señalada (23 de septiembre de 2031).

| | | | |
|---|-------------------------|-----|-----|
| Acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Indonesia, firmado en Yakarta el día 30 de mayo de 1995 ¹³⁹⁵ ¹³⁹⁶ | 18 de diciembre de 1996 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Islámica de Irán, hecho en Madrid el 29 de octubre de 2002 ¹³⁹⁷ | 13 de julio de 2004 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre España y Jamaica, hecho en Kingston el 13 de marzo de 2002 ¹³⁹⁸ | 25 de noviembre de 2002 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y el Reino Hachemita de Jordania, hecho en Madrid el 20 de octubre de 1999 ¹³⁹⁹ | 13 de diciembre de 2000 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Kazajstán, hecho en Madrid el 23 de marzo de 1994 ¹⁴⁰⁰ | 22 de junio de 1995 | Sí. | Sí. |

¹³⁹⁵ *Acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Indonesia, firmado en Yakarta el día 30 de mayo de 1995.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 31 del 5 de febrero de 1997. Artículo 10.1. (protección del inversor extranjero) y 10.2 (sometimiento de las disputas, a elección del inversor, (i) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de arbitraje de UNCITRAL (ii) ante el CIADI, y bajo sus reglas).

¹³⁹⁶ El APPRI entre el Reino de España y la República de Indonesia finalizó su periodo de vigencia el día 18 de diciembre de 2016, según la información proporcionada a estos efectos por la Secretaría de Estado de Comercio del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España. No obstante, está sometido a un periodo de remanencia de diez años desde la fecha indicada, es decir, hasta el día 18 de diciembre de 2026. En consecuencia, las inversiones realizadas durante el periodo de vigencia del APPRI (esto es, hasta el 18 de diciembre de 2016) se encuentran protegidas por las disposiciones de este acuerdo hasta la fecha señalada (18 de diciembre de 2026).

¹³⁹⁷ *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Islámica de Irán, hecho en Madrid el 29 de octubre de 2002.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 192 del 10 de agosto de 2004. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (sometimiento de las disputas, a elección del inversor, (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de arbitraje de UNCITRAL (iii) ante el CIADI, y bajo sus reglas o (iv) ante la Cámara de Comercio Internacional conforme a sus reglas).

¹³⁹⁸ *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre España y Jamaica, hecho en Kingston el 13 de marzo de 2002.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 11 del 13 de enero de 2003. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal arbitral constituido de conformidad con la legislación aplicable de la Parte Contratante (iii) ante un tribunal de arbitraje *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL o (iv) ante el CIADI y bajo sus reglas).

¹³⁹⁹ *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y el Reino Hachemita de Jordania, hecho en Madrid el 20 de octubre de 1999.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 9 del día 10 de enero de 2001. Artículo 12.1. (protección del inversor extranjero) y 12.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL o (iii) ante el CIADI).

¹⁴⁰⁰ *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Kazajstán, hecho en Madrid el 23 de marzo de 1994.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 104 de fecha 30 de abril de 1996. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL (iii) ante el CIADI o (iv) ante el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París).

| | | | |
|--|-------------------------|-----|-----|
| Acuerdo entre el Reino de España y el Estado de Kuwait para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 8 de septiembre de 2005 ¹⁴⁰¹ | 8 de marzo de 2008 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo entre el Reino de España y la República de Letonia para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 26 de octubre de 1995 ¹⁴⁰² | 14 de marzo de 1997 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo entre el Reino de España y la República Libanesa para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 22 de febrero de 1996 ¹⁴⁰³ | 29 de abril de 1997 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo entre el Reino de España y la Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular Socialista para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 17 de diciembre de 2007 ¹⁴⁰⁴ | 1 de agosto de 2009 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo entre el Reino de España y la República de Lituania para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Vilnius el 6 de junio de 1994 ¹⁴⁰⁵ | 22 de diciembre de 1995 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo entre el Gobierno español y el Gobierno macedonio para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 20 de junio de 2005 ¹⁴⁰⁶ | 30 de enero de 2007 | Sí. | Sí. |

¹⁴⁰¹ *Acuerdo entre el Reino de España y el Estado de Kuwait para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 8 de septiembre de 2005.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 79 del 1 de abril de 2008. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias mediante a elección del inversor (i) mediante cualquiera de los sistemas de resolución de controversias previamente acordados (ii) mediante sometimiento al tribunal competente del Estado donde se realizó la inversión o (iii) mediante arbitraje internacional bajo alguno de los sistemas del artículo 11.3 siguiente: (a) arbitraje *ad hoc* realizado bajo las reglas de UNCITRAL (b) arbitraje ante el CIADI o (iii) arbitraje ante un tribunal arbitral constituido de conformidad con las normas de arbitraje de una institución arbitral convenida de mutuo acuerdo entre las partes en la controversia).

¹⁴⁰² *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Letonia para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 26 de octubre de 1995.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 134 del 5 de julio de 1997. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL (iii) ante el CIADI o (iv) ante el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París).

¹⁴⁰³ *Acuerdo entre el Reino de España y la República Libanesa para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 22 de febrero de 1990.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 122 del 22 de mayo de 1997. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL o (iii) ante el CIADI).

¹⁴⁰⁴ *Acuerdo entre el Reino de España y la Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular Socialista para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 17 de diciembre de 2007.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 237 del 1 de octubre de 2009. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL o (iii) ante el CIADI).

¹⁴⁰⁵ *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Lituania para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Vilnius el 6 de junio de 1994.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 2 del 25 de enero de 1996. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL (iii) ante el CIADI o (iv) ante el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París).

¹⁴⁰⁶ *Acuerdo entre el Gobierno español y el Gobierno macedonio para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 20 de junio de 2005.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 43 de fecha 19 de febrero de 2007. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de

| | | | |
|---|-----------------------|----------------------|-----|
| Acuerdo entre España y Malasia para la promoción y protección recíproca de inversiones hecho en Kuala Lumpur el 4 de abril de 1995 ¹⁴⁰⁷ | 16 de febrero de 1996 | Sí ¹⁴⁰⁸ . | Sí. |
| Acuerdo sobre promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho «ad referéndum» en Madrid el 11 de diciembre de 1997 ¹⁴⁰⁹ | 13 de abril de 2005 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho “Ad Referendum” en Madrid el 24 de julio de 2008 ¹⁴¹⁰ | 7 de marzo de 2016 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, hecho en México el 10 de octubre de 2006 ¹⁴¹¹ | 3 de abril de 2008 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Moldavia, hecho en Chisinau el 11 de mayo de 2006 ¹⁴¹² | 17 de enero de 2007 | Sí. | Sí. |

controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL o (iii) ante el CIADI).

¹⁴⁰⁷ *Acuerdo entre España y Malasia para la promoción y protección recíproca de inversiones hecho en Kuala Lumpur el 4 de abril de 1995*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 59 del 8 de marzo de 1996. Artículo 8.1. (protección del inversor extranjero) y 8.2. (sometimiento de disputas a arbitraje, a elección del inversor (i) ante el CIADI o (ii) ante un tribunal arbitral constituido *ad hoc* conforme a las reglas de UNCITRAL).

¹⁴⁰⁸ La cláusula 11 (aplicación de las inversiones) del APPRI entre el Reino de España y Malasia no prevé expresamente la facultad de un inversor de demandar al Reino de España, sino que lo que hace es fijar que el APPRI resulta de aplicación del siguiente modo: “*el presente acuerdo será aplicable a las inversiones efectuadas en el territorio de cualquiera de las Partes Contratantes, de conformidad con sus leyes y reglamentos por inversores de la otra Parte Contratante, tanto antes como después de la entrada en vigor del mismo*”.

¹⁴⁰⁹ *Acuerdo sobre promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho «ad referéndum» en Madrid el 11 de diciembre de 1997*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 86 de fecha 11 de abril de 2005. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado en cuyo territorio o zona marítima se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL o (iii) ante el CIADI).

¹⁴¹⁰ *Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania sobre promoción y protección recíproca de inversiones, hecho «ad referéndum» en Madrid el 24 de julio de 2008*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 74 de fecha 26 de marzo de 2016. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado en cuyo territorio se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL o (iii) ante el CIADI).

¹⁴¹¹ *Acuerdo sobre promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, hecho en México el 10 de octubre de 2006*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 81 de fecha 3 de abril de 2008. Artículo 9.1. (protección del inversor extranjero) 11 (sometimiento a arbitraje bajo las reglas de (i) la Convención del CIADI (ii) las reglas complementarias de la Convención del CIADI (iii) las reglas de arbitraje de UNCITRAL o (iv) cualesquiera otras reglas de arbitraje previo acuerdo mutuo de las partes) y 12 (sometimiento a arbitraje internacional bajo las reglas (a) del Capítulo II de la Convención del CIADI – consentimiento al arbitraje por escrito - y (b) de Artículo II de la Convención de Nueva York – acuerdo alcanzado por escrito -).

¹⁴¹² *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Moldavia, hecho en Chisinau el 11 de mayo de 2006*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 37 del 12 de febrero de 2007. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL o (iii) ante el CIADI).

| | | | |
|---|---------------------|-----|-----|
| Acuerdo entre el Reino de España y la República Federal de Yugoslavia para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho ad referéndum en Madrid el 25 de junio de 2002 ¹⁴¹³ . Estados a los que resulta de aplicación: República de Montenegro y República de Serbia. | 31 de marzo de 2004 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo entre el Reino de España y la República de Namibia para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Windhoek el 21 de febrero de 2003 ¹⁴¹⁴ | 28 de junio de 2004 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Nicaragua, hecho en Managua el 16 de marzo de 1994 ¹⁴¹⁵ | 28 de marzo de 1995 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones entre el Reino de España y la República Federal de Nigeria, hecho en Abuja el 9 de julio de 2002 ¹⁴¹⁶ | 19 de enero de 2006 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones entre el Reino de España y la República Islámica de Pakistán, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 1994 ¹⁴¹⁷ | 26 de abril de 1996 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Panamá, hecho en Panamá el 10 de noviembre de 1997 ¹⁴¹⁸ | 31 de julio de 1998 | Sí. | Sí. |

¹⁴¹³ *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Yugoslavia, hecho ad referéndum en Madrid el 25 de junio de 2002*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 135 del 4 de junio de 2004. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL o (iii) ante el CIADI).

Según información de la Secretaría de Estado de Comercio, el 19 de mayo y 11 de junio de 2010, España y Montenegro se intercambiaron Notas sobre el mantenimiento de la aplicación por la República de Montenegro de los tratados bilaterales concluidos entre España y la Antigua Yugoslavia o Serbia y Montenegro, entre ellos el APPRI concluido con la República Federal de Yugoslavia.

¹⁴¹⁴ *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Namibia para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Windhoek el 21 de febrero de 2003*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 199 del 18 de agosto de 2004. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL o (iii) ante el CIADI).

¹⁴¹⁵ *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Nicaragua, hecho en Managua el 16 de marzo de 1994*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 96 del 25 de abril de 1995. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL (iii) ante el CIADI o (iv) ante el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París).

¹⁴¹⁶ *Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones entre el Reino de España y la República Federal de Nigeria, hecho en Abuja el 9 de julio de 2002*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 36 del 11 de febrero de 2006. Artículo 12.1. (protección del inversor extranjero) y 12.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL o (iii) ante el CIADI).

¹⁴¹⁷ *Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones entre el Reino de España y la República Islámica de Pakistán, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 1994*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 142 del 12 de junio de 1996. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL (iii) ante el CIADI o (iv) ante el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París).

¹⁴¹⁸ *Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Panamá, hecho en Panamá el 10 de noviembre de 1997*. Publicado en el Boletín Oficial del

| | | | |
|--|-------------------------|----------------------|-----|
| Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Paraguay, hecho ad referendum en Asunción el 11 de octubre de 1993 ¹⁴¹⁹ | 22 de noviembre de 1996 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Perú, hecho en Madrid el 17 de noviembre de 1994 ¹⁴²⁰ | 16 de febrero de 1996 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la protección y fomento recíproco de las inversiones entre el Reino de España y la República de Polonia, de fecha 30 de julio de 1992 ¹⁴²¹ | 1 de mayo de 1993 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Dominicana, hecho en Santo Domingo el 16 de marzo de 1995 ¹⁴²² | 7 de octubre de 1996 | Sí. | No. |
| Acuerdo entre España y Rumanía para la promoción y protección recíproca de las inversiones, firmado en Bucarest el 25 de enero de 1995 ¹⁴²³ | 7 de diciembre de 1995 | Sí ¹⁴²⁴ . | Sí. |

Estado número 254 de 23 de octubre de 1998. Artículo 12.1. (protección del inversor extranjero) y 12.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL o (iii) ante el CIADI).

¹⁴¹⁹ *Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Paraguay, hecho ad referendum en Asunción el 11 de octubre de 1993*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 8 del 9 de enero de 1997. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL (iii) ante el CIADI o (iv) ante el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París).

¹⁴²⁰ *Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Perú, hecho en Madrid el 17 de noviembre de 1994*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 59 del 8 de marzo de 1996. Artículo 9.1. (protección del inversor extranjero) y 9.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL o (iii) ante el CIADI).

¹⁴²¹ *Acuerdo para la promoción y fomento recíproco de las inversiones entre el Reino de España y la República de Polonia, de fecha 30 de julio de 1992*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 133 de fecha 4 de junio de 1993. Artículo 11.1 (cláusula de protección al inversor) y 11.2 (sometimiento de disputas a elección del inversor entre las alternativas (i) arbitraje ante la Cámara de Comercio de Estocolmo (ii) arbitraje ante el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (iii) el establecimiento de un tribunal arbitral *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL o (iv) el sometimiento a arbitraje bajo las reglas del CIADI).

¹⁴²² *Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Dominicana, hecho en Santo Domingo el 16 de marzo de 1995*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 282 de fecha 22 de noviembre de 1996. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (arbitraje mediante la constitución de un tribunal arbitral *ad hoc* bajo las reglas de arbitraje de UNCITRAL).

¹⁴²³ *Acuerdo entre España y Rumanía para la promoción y protección recíproca de las inversiones, firmado en Bucarest el 25 de enero de 1995*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 280 del 23 de noviembre de 1995.

¹⁴²⁴ En el APPRI suscrito entre el Reino de España y Rumanía la referencia a la protección otorgada al inversor se encuentra recogida en (a) en el artículo 10 del acuerdo en el cual se establece el ámbito de aplicación del mismo con la siguiente redacción: “*El presente Acuerdo se aplicará a las inversiones que se realicen a partir de su entrada en vigor por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra. [...]*” y (b) en el artículo 8.1. La solución de controversias está regulada en el artículo 8.2, donde se da al inversor la opción del arbitraje internacional, a su elección (i) ante un tribunal arbitral *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL o (ii) ante el CIADI.

| | | | |
|--|---|-----|-----|
| Acuerdo entre el Reino de España y la República de Senegal para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho “ad referéndum” en Dakar el 22 de noviembre de 2007 ¹⁴²⁵ | 4 de febrero de 2011 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo entre el Reino de España y la República Árabe Siria para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Damasco el 20 de octubre de 2003 ¹⁴²⁶ | 14 de diciembre de 2004 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Sudáfrica, hecho «ad referéndum» en Pretoria el 30 de septiembre de 1998 ¹⁴²⁷ | 23 de diciembre de 1999 ¹⁴²⁸ | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Trinidad y Tobago, hecho ad referéndum en Puerto España el 3 de julio de 1999 ¹⁴²⁹ | 17 de septiembre de 2004 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Tunecina, de fecha 28 de mayo de 1991 ¹⁴³⁰ | 20 de junio de 1994 | Sí. | Sí. |

¹⁴²⁵ *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Senegal para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho “ad referéndum” en Dakar el 22 de noviembre de 2007.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 67 de fecha 19 de marzo de 2015. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL o (iii) ante el CIADI).

¹⁴²⁶ *Acuerdo entre el Reino de España y la República Árabe Siria para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Damasco el 20 de octubre de 2003.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 42 del 18 de febrero de 2005. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL (iii) ante el CIADI o (iv) ante el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París).

¹⁴²⁷ *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Sudáfrica, hecho «ad referéndum» en Pretoria el 30 de septiembre de 1998.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 26 del 31 de enero de 2000. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL o (iii) ante el CIADI).

¹⁴²⁸ Por lo que respecta a la vigencia del APPRI entre el Reino de España y la República de Sudáfrica, según la información proporcionada por la Secretaría de Estado de Comercio, Sudáfrica denunció, el 23 de junio de 2013 el APPRI con España seis meses antes del cumplimiento de su período de vigencia (22.12.2013). No obstante, según el artículo XII.3, las inversiones realizadas con anterioridad a la fecha de expiración (22.12.2013) quedan protegidas por un período adicional de 10 años, no así las que se realicen con posterioridad a esa fecha que dejarán de estar protegidas por este acuerdo.

¹⁴²⁹ *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Trinidad y Tobago, hecho ad referéndum en Puerto España el 3 de julio de 1999.* Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 252 del 19 de octubre de 2004. Artículo 12.1. (protección del inversor extranjero) y 12.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL o (iii) ante el CIADI).

¹⁴³⁰ *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Tunecina, de fecha 28 de mayo de 1991.* Publicado en los Boletines Oficiales del Estado número 172, de 20 de julio de 1994, y 231 de 27 de septiembre de 1994 (corrección de errores). Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (sometimiento de disputas a arbitraje, a elección del inversor (i) ante el CIADI o (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido de conformidad con las reglas de UNCITRAL).

| | | | |
|--|--------------------------|-----|-----|
| Instrumento de ratificación del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Turquía, hecho en Ankara el 15 de febrero de 1995 ¹⁴³¹ | 3 de marzo de 1998 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre España y Ucrania, hecho en Kiev el 26 de febrero de 1998 ¹⁴³² | 13 de marzo de 2000 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, hecho en Madrid el 7 de abril de 1992 ¹⁴³³ | 6 de mayo de 1994 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Uzbekistán, hecho en Madrid el 28 de enero de 2003 ¹⁴³⁴ | 3 de diciembre de 2003 | Sí. | Sí. |
| Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Venezuela, firmado en Caracas el 2 de noviembre de 1995 ¹⁴³⁵ | 10 de septiembre de 1997 | Sí. | Sí. |

¹⁴³¹ *Instrumento de ratificación del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Turquía, hecho en Ankara el 15 de febrero de 1995*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 71 del 24 de marzo de 1998. Artículo 9.1. (protección del inversor extranjero) y 9.2 (sometimiento de disputas a arbitraje, a elección del inversor (i) ante el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (ii) ante un tribunal constituido *ad hoc* conforme a las reglas de arbitraje de UNCITRAL (iii) ante el CIADI).

¹⁴³² *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre España y Ucrania, hecho en Kiev el 26 de febrero de 1998*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 108 de fecha 5 de mayo de 2000. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL o (iii) ante el CIADI).

¹⁴³³ *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, hecho en Madrid el 7 de abril de 1992*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 126 del 27 de mayo de 1994. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión o (ii) ante un Tribunal Arbitral Internacional si (a) no se ha alcanzado un acuerdo, o no se está conforme con el mismo, transcurridos 18 meses desde el inicio del proceso de jurisdicción ordinaria o (b) así se ha decidido por mutuo acuerdo). El arbitraje internacional señalado en el apartado (ii) se regirá por las reglas acordadas por las partes, o alternativamente (a) por las reglas de la Convención del CIADI o (b) las reglas de arbitraje de UNCITRAL.

¹⁴³⁴ *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Uzbekistán, hecho en Madrid el 28 de enero de 2003*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 78 del 31 de marzo de 2004. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias, a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión (ii) ante un tribunal *ad hoc* constituido conforme a las reglas de UNCITRAL o (iii) ante el CIADI).

¹⁴³⁵ *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Venezuela, firmado en Caracas el 2 de noviembre de 1995*. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 245 del 13 de octubre de 1997. Artículo 11.1. (protección del inversor extranjero) y 11.2 (solución de controversias a elección del inversor (i) ante la jurisdicción ordinaria del Estado donde se realizó la inversión o (ii) ante el CIADI).

ANEXO II

Cuadro comparativo relativo a la definición de inversor extranjero en diferentes legislaciones¹⁴³⁶

| ESTADO | INSTRUMENTO JURÍDICO | INVERSOR EXTRANJERO |
|------------------------------------|---|--|
| Antigua y Barbuda | Ley sobre la Autoridad de Inversión ¹⁴³⁷ | Inversor es cualquier persona jurídica o física que realiza una inversión legalmente en el país. Dentro del concepto de inversor se incorpora la referencia a la inversión extranjera. |
| República Argentina | Ley de Inversiones Extranjeras ¹⁴³⁸ | (i) Toda persona física o jurídica domiciliada fuera del territorio nacional, titular de una inversión de capital extranjero y (ii) las empresas locales de capital extranjero cuando sean inversoras en otras empresas locales. |
| República de Bahamas | | No consta ¹⁴³⁹ . |
| República de Barbados | | No consta. |
| República de Belice | | No consta ¹⁴⁴⁰ . |
| República Plurinacional de Bolivia | Ley de Inversión Extranjera ¹⁴⁴¹ | No incorpora definición de inversor extranjero pero sí reconoce que la norma resulta de aplicación “ <i>al inversionista extranjero y a la empresa o sociedad en que éste participe</i> ”. |
| República de Brasil | Ley de Capital Extranjero ¹⁴⁴² | Se refiere a la inversión extranjera, a la que otorga reconocimiento y regulación jurídica. |

¹⁴³⁶ La información sobre las legislaciones nacionales de inversión extranjera a las que hacemos referencia en este Anexo ha sido obtenida de la página oficial en Internet de la Organización de Estados Americanos (OEA) en la que se incluyen los textos de las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la OEA, excepto en aquellos casos en los que hagamos referencia expresa a una fuente de información diferente. Sitio oficial en Internet de la Organización de Estados Americanos (OEA). *Op. Cit.*

¹⁴³⁷ *Ley sobre la Autoridad de Inversión de Antigua y Barbuda. “The Investment Authority Act”*. Antigua y Barbuda. *Op. Cit.* (traducción libre del autor)

¹⁴³⁸ *Ley 21.382 de Inversiones Extranjeras*. República Argentina. *Op. Cit.*

¹⁴³⁹ En la norma *Chapter 309 on International Business Companies* (en castellano “*Capítulo 309 sobre Compañías Internacionales de Negocios*”) se hace referencia a la fusión de empresas nacionales con empresas extranjeras. *Chapter 309 on International Business Companies*. República de Bahamas. Año 2000. Artículo 79. (traducción libre del autor)

¹⁴⁴⁰ En la norma *Act on International Business Companies. Chapter 270* (en castellano “*Capítulo 270 sobre Compañías Internacionales de Negocios*”) se hace referencia a la fusión de empresas nacionales con empresas extranjeras. *Act on International Business Companies. Chapter 270*. República de Belice. Año 2000. Artículo 87. (traducción libre del autor)

¹⁴⁴¹ *Ley de Inversiones*. Ley número 1182, aprobada en 1990. República de Bolivia.

¹⁴⁴² *Lei do Capital Estrangeiro*. Ley número 4131, aprobada en 1962. República de Brasil. Artículo 1. (traducción libre del autor)

| | | |
|----------------------------------|--|---|
| República de Canadá | Ley de Inversión de Canadá ¹⁴⁴³ | La norma no incluye una definición, sin embargo se especifica que resulta de aplicación “a los no canadienses que adquieren el control de un negocio canadiense existente o que desean establecer un nuevo negocio canadiense no relacionado”. |
| República de Chile | Estatuto de Inversión Extranjera ¹⁴⁴⁴ | No incorpora una definición expresa de inversión extranjero, pero otorga regulación jurídica a la inversión extranjera y los inversores extranjeros. |
| República de Colombia | Ley 963 de 2005, por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia ¹⁴⁴⁵ | No incorpora una definición expresa de inversión extranjero, pero otorga regulación jurídica a la inversión extranjera y los inversores extranjeros. |
| República de Costa Rica | | No consta ¹⁴⁴⁶ . |
| República de Cuba | Ley no. 118 de la Inversión Extranjera ¹⁴⁴⁷ | Diferencia entre (i) capital extranjero: incluye el capital procedente del exterior, así como los beneficios obtenidos por el inversor extranjero (ii) inversión extranjera: aportación realizada por los inversores extranjeros en cualquiera de las formas previstas en la norma y (iii) inversor extranjero, aquél que participa en el capital de una sociedad mixta o en una sociedad de capital totalmente extranjero. |
| República Dominicana | Ley sobre Inversión Extranjera ¹⁴⁴⁸ | El propietario de una inversión extranjera debidamente registrada. |
| República de Ecuador | Ley de Comercio Exterior e Inversiones ¹⁴⁴⁹ | No incorpora una definición expresa de inversión extranjero, pero otorga regulación jurídica a la inversión extranjera y los inversores extranjeros. |
| República de El Salvador | Ley de Inversiones ¹⁴⁵⁰ | Se define al inversor extranjero como la persona natural o jurídica extranjera que realice inversiones en el país, incluyendo también a los salvadoreños radicados en el exterior por más de un año ininterrumpido. |
| Estados Unidos de América | Ley de Inversión Extranjera ¹⁴⁵¹ | Es inversor extranjero cualquier persona física ciudadana de un país extranjero. |

¹⁴⁴³ *Investment Canada Act*. Aprobado en 1985. República de Canadá. Preámbulo. (traducción libre del autor)

¹⁴⁴⁴ *Estatuto de Inversión Extranjera*. Decreto-Ley número 600. República de Chile.

¹⁴⁴⁵ *Ley 963 de 2005, por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia*.

¹⁴⁴⁶ En la propia página oficial en Internet de la Organización de Estados Americanos (OEA) se especifica la ausencia de una norma reguladora de la inversión extranjera en la República de Costa Rica. Página oficial en Internet de la Organización de Estados Americanos (OEA). *Op. Cit.*

¹⁴⁴⁷ *Ley no. 118 de Inversión Extranjera*. República de Cuba. *Op. Cit.*

¹⁴⁴⁸ *Ley 16-95, sobre inversión extranjera*. República Dominicana. Artículo 1. Disponible en la página oficial en Internet del Banco Central de la República Dominicana en el siguiente enlace: < http://www.bancentral.gov.do/normativa/leyes/Ley_16-95.pdf>. Referencia del 17 de febrero de 2017.

¹⁴⁴⁹ *Ley de Comercio Exterior e Inversiones*. Ley número 12 RO/ Sup. 82 de 9 de junio de 1997.

¹⁴⁵⁰ *Ley de Inversiones*. D.L. número 853, del 26 de febrero de 2000, publicado en el D.O. No 65, Tomo 346, del 31 de marzo de 2000. República de El Salvador.

¹⁴⁵¹ *Foreign Investment Act*. Estados Unidos de América. Artículo 1. (traducción libre del autor)

| | | |
|--|---|---|
| República de Guatemala | Ley de Inversión Extranjera ¹⁴⁵² | Significa la persona individual o jurídica extranjera que realice una inversión extranjera en el territorio guatemalteco, ya sea directamente o mediante cualquier forma de asociación o contratación con personas individuales o jurídicas guatemaltecas. |
| República Cooperativa de Guyana | Ley de Inversión ¹⁴⁵³ | Inversor extranjero es todo aquél que no es un inversor doméstico o nacional. |
| República de Haití | Código de Inversiones ¹⁴⁵⁴ | Se establece que el Código de Inversiones resulta aplicable tanto a los inversores nacionales como a los inversores extranjeros. |
| Estados Unidos Mexicanos | Ley de Inversión Extranjera ¹⁴⁵⁵ | Se incorpora referencia al inversor extranjero, especificando que se considera inversión extranjera (i) la consistente en la participación en el capital social de sociedades mexicanas (ii) cualquier actividad sujeta al régimen de la Ley de Inversión Extranjera (actividades reservadas). |
| República de Nicaragua | Ley de Inversiones Extranjeras ¹⁴⁵⁶ | No incorpora una definición expresa de inversión extranjero, pero otorga regulación jurídica a la inversión extranjera y los inversores extranjeros. |
| República de Panamá | Ley de Estabilidad Jurídica de las Inversiones ¹⁴⁵⁷ | No incorpora una definición expresa de inversión extranjero, pero otorga regulación jurídica a la inversión extranjera y los inversores extranjeros. |
| República de Paraguay | Ley de Inversiones ¹⁴⁵⁸ | No incorpora una definición expresa de inversión extranjero, pero otorga regulación jurídica a la inversión extranjera y los inversores extranjeros. |
| República de Perú | Ley de Promoción de las Inversiones Extranjeras ¹⁴⁵⁹ | No incorpora una definición expresa de inversión extranjero, pero otorga regulación jurídica a la inversión extranjera y los inversores extranjeros. |
| Trinidad y Tobago | Ley de Inversión Extranjera ¹⁴⁶⁰ | Inversor extranjero significa (i) un individual no nacional del país (ii) cualquier firma o asociación o grupo de personas no registrado en el que al menos la mitad de personas no sean nacionales del país (iii) cualquier sociedad no incorporada bajo la legislación de Trinidad y Tobago o cuyo control dependa de personas o entidades no nacionales. |

¹⁴⁵² *Ley de Inversión Extranjera*. Decreto 9-98 del Congreso de la República de Guatemala.

¹⁴⁵³ *Investment act*. Ley número 1 del año 2004. República Cooperativa de Guyana. Artículo 1 Disponible en el sitio web oficial del Parlamento de Guyana en el siguiente enlace: <http://parliament.gov.gy/documents/acts/4630-act_no_1_of_2004.pdf>. Referencia del 17 de febrero de 2017. (traducción libre del autor)

¹⁴⁵⁴ *Code des Investissements de la République d'Haiti*. República de Haití. Artículos 6 y 11.. (traducción libre del autor)

¹⁴⁵⁵ *Ley de Inversión Extranjera*. Publicada en el Diario Oficial de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos el 27 de diciembre de 1993. Última reforma publicada el 11 de agosto de 2014. Artículo 2.II.

¹⁴⁵⁶ *Ley de Inversiones Extranjeras*. Ley No. 127 de 19 de junio de 1991. República de Nicaragua. Publicada en La Gaceta No. 113 de 20 de junio de 1991.

¹⁴⁵⁷ *Ley número 54, de estabilidad jurídica de las inversiones*. Aprobada el 22 de julio de 1998. República de Panamá.

¹⁴⁵⁸ *Ley de inversiones*. Ley número 117/91 de 6 de diciembre de 1991. República de Paraguay.

¹⁴⁵⁹ *Ley de promoción de las inversiones extranjeras*. Decreto legislativo número 662. República de Perú.

¹⁴⁶⁰ *Foreign Investment Act*. República de Trinidad y Tobago. *Op. Cit.* (traducción libre del autor)

| | | |
|-------------------------------|--|--|
| República de Uruguay | Ley sobre la Declaración de Inversiones Nacionales y Extranjeras en el Territorio Nacional ¹⁴⁶¹ | No incorpora una definición expresa de inversión extranjero, pero otorga regulación jurídica a la inversión extranjera y los inversores extranjeros. |
| República de Venezuela | Ley de Promoción y Protección de Inversiones ¹⁴⁶² | Se entiende por “inversionista internacional” al propietario de una inversión internacional, o quien efectivamente la controle. |

¹⁴⁶¹ *Ley número 16.906 de interés nacional, promoción y protección. Dúctanse normas referidas a la declaración de las inversiones realizadas por inversores nacionales y extranjeros en el territorio nacional.* Publicada en el Diario Oficial de 20 de enero de 1998. República de Uruguay.

¹⁴⁶² *Ley de Promoción y Protección de Inversiones.* Publicada en Gaceta Oficial N° 5.390 Extraordinario de fecha 22 de octubre de 1999 Decreto N° 356, 3 de octubre de 1999. República de Venezuela.