

HURI-AGE

Red Tiempo de los Derechos



Papeles el tiempo de los derechos

LAS GRANDES EMPRESAS Y SU INCIDENCIA SOBRE EL SISTEMA DEMOCRÁTICO *BIG BUSINESS AND ITS IMPACT ON THE DEMOCRATIC SYSTEM*

Francisco Javier Zamora Cabot

Catedrático de Derecho internacional privado, UJI de Castellón

Maria Chiara Marullo

Profesora Ayudante Dr. de Derecho internacional privado, Acreditada a Contratada Dr.,
UJI de Castellón

Palabras clave: Empresas y DDHH; Sistema Democrático, Caso *Citizens United*; Litigios Estratégicos contra Defensores; *Lobbies*; “Puertas Giratorias”; Arbitrajes de Inversión.

Key Words: Enterprises and HR; Democratic System; *Citizens United Case*; Strategic Litigation Against Public Participation (SLAPP Litigation); *Lobbies*; “Revolving Doors”; Investment Arbitration.

Número: 18 Año: 2019

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

**LAS GRANDES EMPRESAS Y SU INCIDENCIA SOBRE EL
SISTEMA DEMOCRÁTICO⁺**
BIG BUSINESS AND ITS IMPACT ON THE DEMOCRATIC SYSTEM

Francisco Javier Zamora Cabot*
Maria Chiara Marullo**

Resumen

Interesados desde hace ya largo tiempo en el binomio empresas-derechos humanos, los autores ponen de relieve aquí diversos aspectos de la incidencia de la actuación de aquéllas sobre el sistema democrático. En primer lugar, analizan el impacto sobre el ámbito electoral, tomando como referencia especial el Caso *Citizens United*. Se presentan luego sendos ataques contra libertades fundamentales, constituidos por la *SLAPP Litigation* y el uso de técnicas de desinformación, tras de lo que se completa el estudio con unos apuntes sobre interferencias en los procesos de regulación, centrados en los *lobbies* y las llamadas *puertas giratorias*, y el punto central constituido por los arbitrajes de inversión. Unas breves reflexiones conclusivas, llamando al análisis y vigilancia estrecha de estos fenómenos, dan término a la aportación.

Abstract

Long interested in the business-human rights binomial, the authors highlight a number of aspects of the impact of business' actions on the democratic system. First of all, they analyze the impact on the electoral sphere, taking the *Citizens United* case as a special reference. Two attacks against fundamental freedoms, constituted by the *SLAPP Litigation* and the use of disinformation techniques, are then addressed, after which the study is completed with notes on interferences in the regulatory processes, focused on lobbies and so-called revolving doors and the central point constituted by investment arbitrations. Brief concluding reflections, calling for the analysis and close monitoring of these phenomena, put an end to the contribution.

Sumario

Introducción. 1.- En el ámbito electoral: EE.UU. Sentencia en el Caso *Citizens United* y otros desarrollos. 2.- Ataques Contra la Libertad de Expresión, Asociación y Asamblea: A) La *SLAPP Litigation* contra los Defensores de los Derechos Humanos. B) Las Técnicas de Desinformación. 3.- Algunos Apuntes Sobre Interferencias en los Procesos de Regulación: A) *Lobbies y Puertas Giratorias*. B) Los llamados Arbitrajes de Inversión. (La Constitución Económica Global). Reflexiones Conclusivas.

⁺ Las presentes páginas recogen en lo sustancial la Ponencia del mismo título presentada por ambos autores en el VI Congreso Internacional *El Tiempo de los Derechos*, Red El Tiempo de los Derechos, Sevilla 4 y 5 de Noviembre de 2019.

* Catedrático de Derecho internacional privado, UJI de Castellón.

** Profesora Ayudante Dr. de Derecho internacional privado, Acreditada a Contratada Dr., UJI de Castellón.

Introducción

Desde hace ya largos años hemos fijado nuestra atención en las grandes empresas, particularmente en las transnacionales, y en los lesivos efectos que sus actividades producen en numerosas ocasiones sobre los derechos humanos. A partir de aquí, y aún sin habernos dirigido especialmente al estudio de los problemas que vamos a apuntar ahora, hemos tomado conciencia, era inevitable, de ellos, lo que nos ha llevado a proponerlos como objeto de nuestra Ponencia, esperando que sea de utilidad a los fines de este Congreso.

Así, en primer lugar, haremos referencia al ámbito electoral tomando como ejemplo el Caso *Citizens United* que, junto a otros desarrollos, está teniendo lo que consideramos una influencia nada positiva en las correspondientes lizas en los Estados Unidos. Tras de ello, nos centraremos en los ataques contra las libertades fundamentales que conllevan las llamadas *Slapp Actions* y los procesos de desinformación, surgidos en ambos casos de los medios empresariales, bien como protagonistas o como instrumentos para silenciar/manipular abusos de poder. Antes de nuestras Reflexiones Conclusivas, en fin, revisaremos las interferencias respecto de los procesos de regulación que surgen de la actividad de los *lobbies* y el fenómeno de las *puertas giratorias*, y la lesión hacia tales procesos que cabe ejemplificar en los arbitrajes de inversión.

Llevamos ya a cabo nuestra exposición, acomodándola a las exigencias de la presente sede y rogando comprensión en la medida en que la forzosa selección que hemos debido de llevar a cabo deje al margen otros aspectos que pudieran ser de interés respecto de los citados fines.

1.- En el ámbito electoral: EE.UU. Sentencia en el caso *Citizens United* y otros desarrollos

El sistema electoral de los Estados Unidos conoció un punto de inflexión, tal vez una nueva era, a causa de la decisión de su Tribunal Supremo en el caso de referencia¹. Como es sabido, ésta, muy extensa y en la que prevaleció la opinión del ala conservadora del Tribunal, apoyada por el Ponente, *Justice Kennedy*, trataba de la Primera Enmienda de la Constitución de ese país y si se conformaba a ella la *Bipartisan*

¹ 558 U.S. 310 (2010). Vid. abundante documentación sobre él en <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/citizens-united-v-federal-election-commission/>.

Campaign Reform Act of 2002, una ley federal que prohibía a empresas y sindicatos utilizar sus fondos generales de tesorería para llevar a cabo gastos independientes para comunicación que fuese de naturaleza electoral -en los términos que la propia ley establecía-, o que expresamente propugnase la elección o la derrota de un candidato².

De carácter muy técnico y controvertida desde que se hizo pública, la decisión *Citizens* vino a abrir la posibilidad antes vetada por el Acta de 2002, en la medida en que se consideró que las empresas disfrutaban de los mismos derechos de libertad de expresión para implicarse en los dispendios políticos que los ciudadanos humanos, siendo como son, según el Alto Tribunal, “*asociaciones de ciudadanos*”, más que entidades legales independientes distintas de quienes detentan sus acciones.

No es caso aquí, ni en absoluto nuestra intención, llevar a cabo un análisis pormenorizado de la decisión de referencia, si bien se comprenden las críticas que suscitó al basarse en amplia medida en esa calificación de las empresas, un tanto sorprendente en los términos del propio ordenamiento y la práctica judicial del país transatlántico. Así como poco compatible con la consideración general que se suele compartir sobre aquéllas, es decir, su naturaleza como esas entidades legales aludidas³.

Lo que nos interesa destacar ahora es cómo una asociación de patrocinio empresarial, *Citizens United*, mediante una acción judicial vehiculada a través de una sede, el Tribunal Supremo - que si en ese momento mostraba ya una afinidad hacia los intereses empresariales, ahora resulta más que notoria -, introduce de hecho una distorsión de magnas proporciones en el juego democrático, al dejar expedita la vía a los grandes operadores económicos para liberar sus recursos e influir en él⁴. Y dando por sentado que todo el que adquiere acciones de una empresa le dé carta blanca para que destine sus fondos para apoyar la opción política que considere oportuno, una presunción que estimamos supone dar un gran salto en el vacío, en el orden lógico.

La doctrina avanzada, por otra parte, ha llegado a facilitar un aspecto que se pudiera considerar inquietante, la irrupción de intereses foráneos en los procesos electorales de

² 2 U. S. C. Secc. 441b. Empresas y sindicatos sí podían, y pueden, establecer un Comité de Acción Política (PAC) para los referidos propósitos, 2 U. S.C., Secc. 441b(b)(2).

³ En ese sentido, vid., v.gr., MACEY, J.R., y STRINE, L.E., “*Citizens United* as bad corporate law”, Harvard Discussion Paper No. 972, 09/2018, Harvard Law School. Cfr. con BAINBRIDGE, S., “Macey and Shrine on “*Citizens United* as bad corporate law”: Post 1- What about Close Corporations”, accesible en <https://www.professorbainbridge.com/professorbainbridgecom/2019/05/macey-and-strine-on-citizens-united-as-bad-corporate-law-post-1-what-about-close-corporations.html> .

⁴ Fenómenos similares no son infrecuentes en el mundo, incluso en países con sistemas democráticos consolidados; vid., v.gr., respecto de Australia, CROWE, D., “Democracy for sale: what did Clive Palmer get for his 50m-plus?”, accesible en <https://www.smh.com.au/politics/federal/democracy-for-sale-what-did-clive-palmer-get-for-his-50m-plus-20191024-p533vv.html> .

los Estados Unidos. Existen ya estudios en los que se relacionan importantes aportaciones monetarias a cargo de empresas extranjeras, hechas realidad a través de sus sucursales⁵ y, por ejemplo, sus contribuciones a los llamados Comités de Acción Política o Super-Pacs⁶. Cabe recordar, asimismo, cómo se ha aprovechado la oportunidad para impulsar los intereses empresariales a través de manejos harto turbios, como los llevados a cabo por Cambridge Analytica para aupar a la Presidencia de los EE.UU. a D. Trump, siguiendo un mandato del esquivo multimillonario Robert Mercer quien, *casualmente*, era el principal impulsor del grupo demandante en *Citizens United*⁷. Unos manejos, por otra parte, que se mostraron enormemente eficaces, pues mediante lo que se pudieran denominar acciones quirúrgicas -utilizando técnicas de desinformación- sobre sectores muy precisos del electorado en tres Estados-clave de los Estados Unidos, lograron llevar a la causa republicana a unos 70.000 electores, los precisos para desequilibrar en favor de ésta a tales Estados y, con ello, asegurarse la Presidencia⁸. Junto a la decisión en *Citizens United*, en fin, otros pronunciamientos más recientes del Alto Tribunal, derogando aspectos claves de la *Voting Rights Act* que limitaban las facultades de los Estados para imponer restricciones de voto⁹, o, el habido en el caso *Rucho*¹⁰, marginando a las sedes judiciales federales respecto del control del llamado *gerrymandering* - configuración partidista de los distritos electorales - , ilustran lo que consideramos una situación preocupante en los Estados Unidos en un ámbito tan

⁵ Vid., v.gr., EVERS, K., y ARKE, R., "Following *Citizens United*, foreign-owned corporations funnel millions into US Elections", accesible en <https://truthout.org/articles/foreign-owned-corporations-funnel-millions-into-us-elections/> .

⁶ Vid., v.gr., un detallado seguimiento de ellos en <https://www.opensecrets.org/outsidespending/summ.php?chrt=V&type=S> .

⁷ Aunque en la actualidad, parece que la relación entre ambos personajes se ha deteriorado; vid., v.gr., SHERMAN, G., "'Crickets, they're gone', why the Mercers, Trump's biggest 2016 backers, have bailed on him", accesible en <https://www.vanityfair.com/news/2019/06/why-the-mercers-trumps-biggest-2016-backers-have-bailed-on-him> .

⁸ Puede recordarse que, en el conjunto del país, el electorado demócrata superó en más de tres millones de votos a sus antagonistas, una mayoría estéril, dado el peculiar sistema de acceso a la Presidencia, mediante compromisarios y el principio *winner takes all* en cada Estado. La involucración de Facebook en este vidrioso asunto se refleja, v.gr., en BBC News Mundo: "Mark Zuckerberg: cómo Alexandra Ocasio-Cortez puso contra las cuerdas al fundador de Facebook", accesible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-50074948> . Asimismo, vid., v.gr., HERN, A., "Facebook agrees to pay fine over Cambridge Analytica scandal", accesible en <https://www.theguardian.com/technology/2019/oct/30/facebook-agrees-to-pay-fine-over-cambridge-analytica-scandal> y NYABOLA, N., "Platform governance of political speech", accesible en <https://www.cigionline.org/articles/platform-governance-political-speech> .

⁹ En 2013. Vid. comentario en <https://www.nytimes.com/2013/06/26/us/supreme-court-ruling.html> .

¹⁰ *Rucho et al v. Common Cause et al.*, No. 18-422, October Term, 2018. Sobre él, vid., v.gr., SHULMAN, T., "Timid Restraint", accesible en <https://verfassungsblog.de/timid-restraint/> y LEVINSON, S., "Gibberish in Supreme Court Opinions: Given that John Roberts is scarcely stupid, what explains the stupidity of part of his opinion in *Rucho*?", accesible en <https://electionlawblog.org/?p=106168> .

esencial dentro del sistema democrático como es el sistema electoral. Un problema en el que pensamos no cabe minusvalorar la acción de las empresas y, en general, el reflejo que tal estado de cosas pueda tener en otros países¹¹.

2.- Ataques Contra la Libertad de Expresión, Asociación y Asamblea

A) La *SLAPP Litigation* contra los Defensores de los Derechos Humanos.

Este fenómeno de la *Strategic Lawsuit Against Public Participation -SLAPP Litigation-* lleva años haciéndose sentir, incluso con una tendencia al alza, como una táctica muy nociva para coartar la acción de protesta de la sociedad civil frente a los resultados reales, o potencialmente lesivos, respecto de los derechos humanos y la defensa del medio ambiente debidos a las actividades empresariales¹². Se manifiesta en duros ataques contra las libertades recogidas en el título de este Apartado, utilizando las empresas medios en sí legítimos prevenidos en las diversas legislaciones y a través, fundamentalmente, de demandas por difamación ante las instancias judiciales. Su práctica es transversal, no restringida a países determinados y, como decimos, utilizado en forma creciente justifica también la preocupación que viene suscitando, junto a la necesidad de ponerle coto.

En este sentido, resaltamos, por ejemplo, la importante toma de posición de la entonces Relatora Especial de las Naciones Unidas, Sobre los Derechos de Asamblea Pacífica y de Asociación, la Profesora Annalisa Ciampi, en la que tras definir esta *SLAPP Litigation* y sus propósitos, alerta apoyándose en diversos casos y países sobre la extensión del problema. Pone de relieve luego los estándares internacionales a los que debe supeditarse, recordando también los deberes de los Estados y las empresas, y avanza unas recomendaciones para unos y otras entre las que, especialmente, destacaremos la propuesta hecha a los Estados en el sentido de proteger los derechos de expresión asamblea y asociación. Y ello, en particular y entre otras medidas, introduciendo legislación Anti-SLAPP que, en palabras de la Relatora: "...permita

¹¹ Anotando, sin embargo, desarrollos positivos al respecto, vid., v.gr., McWIRE, B. R., *et al.* "Report finds clear trend toward increased transparency in corporate political spending", accesible en <https://www.wilmerhale.com/en/insights/client-alerts/20191105-report-finds-clear-trend-toward-increased-transparency-in-corporate-political-spending> .

¹² Con mucha e interesante información sobre el citado fenómeno, vid., entre otros, la nueva Guía recogida en <https://www.business-humanrights.org/en/silencing-the-critics-how-big-polluters-try-to-paralyse-environmental-and-human-rights-advocacy-through-the-courts> .

rápidas desestimaciones (con condena de costas) de estos litigios y la utilización de medidas para castigar abusos”¹³.

Del mayor interés, y sintonizando con lo anterior, consideramos asimismo el extenso y pormenorizado informe presentado este año a cargo de Human Rights Watch y otras oenegés de relieve en el que, bajo el propósito general de proteger a las comunidades afectadas por la minería en Sudáfrica¹⁴, y la denuncia de un rosario de violaciones de los derechos humanos, como asesinatos de activistas, amenazas e intimidaciones, restricciones extralegales de derechos, criminalización y represión de protestas, brutalidad policial y arrestos arbitrarios, se expone asimismo la utilización de los tribunales frente a los defensores. Recogiendo casos concretos como la querrela por difamación interpuesta por la empresa MSR frente a denuncias públicas por la actividad de su mina Tormin, o de la minera MCL, matriz de aquella, por las del proyecto Xolobeni, de extracción de titanio, el informe resalta los muy nocivos efectos de todo orden que tales iniciativas producen sobre los defensores. No siendo menores los del ámbito financiero al deber asumir éstos, muchas veces por encima de sus posibilidades, unos gastos vinculados a los litigios que, en cambio, resultan casi intrascendentes para la cuenta de resultados de las empresas¹⁵. Una realidad que tiene un alcance general en esta *SLAPP Litigation*, a lo largo y ancho del mundo.

En otro orden, el informe recoge también la utilización de interdictos judiciales para limitar/impedir el ejercicio de las libertades objeto de este apartado. Sucedió por ejemplo cuando la empresa propietaria de la mina Tharisa obtuvo uno frente a varios activistas de una comunidad crítica con la mina, con el consiguiente efecto intimidatorio sobre ellos e, incluso, algunas consecuencias penales, luego dejadas sin efecto, ante la defectuosa notificación del interdicto¹⁶.

Cabe indicar, asimismo, que estas actuaciones judiciales se encuentran extendidas por el mundo dándose, por ejemplo, versiones peculiares, como cuando se establecen en el Reino Unido interdictos frente a “personas sin determinar” - “*persons unknown*”- a instancias de las empresas. Sería el caso, entre otros, *In re Boyd & Anor v Ineos Upstream Ltd & Ors*¹⁷, en el que el Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales ha

¹³ Se recoge en el documento *SLAPPs and FoAA Rights*, United Nations, Office of the High Commissioner.

¹⁴ Vid. HRW *et al*, “We know that our lives are in danger”, accesible en https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/southafrica0419_web.pdf

¹⁵ *Ibid.*, pp. 54 y s.

¹⁶ *Ibid.*, p. 57 y s.

¹⁷ (2019) EWCA Civ 515.

sentado recientemente doctrina a partir del recurso ante una decisión del juzgado de instancia donde se habían impuesto fuertes restricciones de modo previo y con carácter genérico al ejercicio de los derechos fundamentales que venimos tratando, en un supuesto en el que una empresa de *fracking* pretendía blindarse ante previsibles acciones de protesta a cargo de una comunidad afectada¹⁸. En su sentencia, el Alto Tribunal, sin proscribir la posibilidad de erigir restricciones por esta vía, indica que:” los jueces deben ser *inherentemente cautos* a la hora de acceder a imponerlas”, y avanza luego, *de modo tentativo*, una serie de requisitos que según las diferentes situaciones, podrían orientar la actuación de aquéllos¹⁹. El análisis del Tribunal de Apelación, metódico, responde a su prestigio como garante de las libertades, y al pragmatismo común a los jueces británicos, pero deja a salvo la existencia de tales interdictos y, como es lógico, el efecto disuasorio que desde luego tienen respecto de individuos o comunidades que pretendan manifestar su repulsa frente a las actividades empresariales. Algo previsible en muchas situaciones y, máxime en este caso, por los más que notorios riesgos de las explotaciones de gas de esquisto²⁰.

Bajo el manto de la *SLAPP Litigation*, dando un paso más, subrayamos ahora cómo, en una nueva vuelta de tuerca, muchas empresas resuelven utilizar las vías penales para reprimir/silenciar a quienes denuncian sus actividades²¹. Como es lógico, el nivel de perturbación de los derechos humanos y libertades fundamentales de estos últimos es muy alto, abrumador, y va a tener origen en supuestos ilícitos como difamaciones, invasión y destrucción de propiedades, etc., denunciados en su contra por las empresas. Tenemos recientes ejemplos, entre otros en Guatemala, caso de *Inversiones Cobra & CXI*, de la industria del aceite de palma, tratándose de protestas frente a acaparamiento de tierras y evicciones forzosas de población, en el que se procesa y somete a prisión a un conocido defensor del territorio y los derechos del pueblo quechua, liberándosele dos años más tarde sin cargos tras la decisión de un tribunal superior que anula el

¹⁸ Vid., GILMARTIN, CH., “ ‘Persons Unknown’ injunctions against future protest action”, accesible en <https://ukhumanrightsblog.com/2019/04/10/persons-unknown-injunctions-against-future-protest-action/>.

¹⁹ Ibid., pp. 3 y ss. Asimismo, vid., HANKS, H., “English High Court discusses protests injunctions against ‘persons unknown’”, *Lexology*, 24-X-2019.

²⁰ Que, de hecho, se han paralizado recientemente en Inglaterra; vid., v.gr., AMBROSE, J., “Fracking halted in England in major Government u-turn”, accesible en <https://www.theguardian.com/environment/2019/nov/02/fracking-banned-in-uk-as-government-makes-major-u-turn>.

²¹ Vid., v.gr., AAVV, *Report on the misuse of the criminal justice systems to retaliate against environmental defenders*, accesible en <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Report-on-the-Misuse-of-Criminal-Justice-Systems-to-Retaliates-Against-Environmental-Defenders-9.21.2019.pdf>.

procesamiento²². O, en el caso de pretendidas difamaciones, el de la proyectada mina Xolobeni en Sudáfrica, ya citado²³, junto al que ha involucrado en Tailandia, con amplia repercusión internacional, a un conocido defensor de los derechos humanos, Andy Hall. Éste, tras varias querellas criminales sobreesidas, ha sido condenado a indemnizar con una importante cantidad a la empresa Natural Fruit, tras el fallo de un tribunal tailandés de apelación en un caso de demanda civil entablada por aquélla en su contra. Mr. Hall había denunciado lo que se alegaba eran violaciones de derechos humanos perpetradas en la factoría de la empresa²⁴.

Concluyendo ya este punto sobre la *Litigación Estratégica*, exponemos, en primer lugar, nuestra preocupación por sus efectos sobre las libertades citadas, y lo que consideramos necesidad de ponerle coto. También nos resulta paradójico que se actúe, por ejemplo, frente a la libertad de expresión cuando, en *Citizens United*, era ésta el pilar sobre el que, como vimos, la mayoría conservadora del Alto Tribunal basó su controvertida e inquietante decisión. De igual modo, nos sorprende cómo se pueden mantener estas conductas de las empresas que son claramente atentatorias de los derechos fundamentales en un momento en el que, por ejemplo, desde altas instancias del poder económico en los poderosos e influyentes Estados Unidos, como varios de los mayores fondos de inversión, caso de BlackRock, Vanguard o State Street o desde muy relevantes círculos empresariales del país transatlántico, se viene defendiendo en los últimos años, con muy recientes y comentadas tomas de postura, lo que podríamos considerar un cambio de paradigma. Según éste las empresas no debieran centrarse únicamente en sus beneficios, siguiendo los ampliamente compartidos postulados de M. Friedman, sino abrirse a una gestión más acorde con los principios de la llamada Responsabilidad Social Corporativa, lo que sería incompatible con estas prácticas de

²² Vid., FARMLANDGRAB ORG., “*Inversiones Cobra & CXI lawsuit* (re ilegal invasión of land and burning of palm oil)”, accesible en <https://www.farmlandgrab.org/post/view/29164-inversiones-cobra-cxi-lawsuit-re-illegal-invasion-of-land-burning-of-palm-oil-guatemala> . Este sector de la palma es muy proclive al surgimiento de conflictos; vid., v.gr., JONG, H. N., “Palm oil giant Korindo silences critical report with cease-and-desist letter”, accesible en <https://news.mongabay.com/2019/09/palm-oil-korindo-fsc-papua-indonesia-investigation-violations/> .

²³ Vid. su comentario por RYAN C., “Protests grow over defamation suits against environmentalists”, accesible en <https://www.business-humanrights.org/es/node/187481> .

²⁴ VARTIALA, S., “Appeals Court orders Andy Hall to pay 10 million baht in damages to Natural Fruit”, accesible en <https://finnwatch.org/en/news/625-appeals-court-orders-andy-hall-to-pay-10-million-baht-in-damages-to-natural-fruit> . Asimismo, vid., v.gr., HAMLETT, C., “Swiss Banks are lashing out at climate activists rather than taking action. This has to stop”, accesible en <https://www.banktrack.org/blog/swiss-banks-are-lashing-out-at-climate-activists-rather-than-taking-action-this-has-to-stop> . Como un dato positivo, vid., v.gr., MADJ, “Sobreseimiento para seis campesinos en el norte de Honduras”, accesible en <https://movimientom4.org/2019/11/sobreseimiento-para-seis-campesinos-en-el-norte-de-honduras/> .

acoso e intimidación de los defensores de los derechos humanos a través de vías judiciales a las que nos estamos refiriendo²⁵. En otro orden, y sin salir de los Estados Unidos, dejamos constancia como algo muy positivo del movimiento en pro de una legislación para impedir o limitar este tipo de litigios, que ha cuajado ya, por ejemplo, en normativas de casi 30 de los *Sister States*, destacando una vigorosa Ley de California, y se extiende en textos parejos en Canadá, Australia y Filipinas²⁶. Y la misma aprobación, en fin, nos merece el que vengán produciéndose decisiones judiciales que salen al paso de estas reprobables iniciativas empresariales. Un ejemplo reciente lo tenemos en la del Tribunal de Apelación de Colorado, decantada en favor del activista Pete Kolbenschlag, a quien demandó en 2017 una empresa de exploración de gas y petróleo, SG Interests, en base a supuestos infundios difundidos en una web de un periódico de Glenwood Springs, en el Estado que ostenta por lema *Nil Sine Numine*²⁷.

B) Las Técnicas de Desinformación.

Sin poderlas desarrollar aquí anotaremos simplemente, en primer lugar, cómo algunas empresas pueden servirse de elaborados medios para influir en la opinión pública difundiendo, por ejemplo, informes científicos manipulados. El tristemente célebre caso del insecticida Roundup, de Monsanto, ahora absorbida por el gigante alemán Bayer, sería una clara muestra, aunque la principal intención de esa táctica haya sido

²⁵ Vid., v.gr., PEREGRINE, M.H., “Business Roundtable’s Statement on Corporate Purposes has noble aims but creates uncertainty”, accesible en <http://clsbluesky.law.columbia.edu/2019/08/30/business-roundtables-statement-on-corporate-purposes-has-noble-aims-but-creates-uncertainty/> ; KALMANATH, A., “Corporate purpose and the dangers of Government-mandated CSR”, accesible en <http://clsbluesky.law.columbia.edu/2019/09/20/corporate-purpose-and-the-dangers-of-government-mandated-csr/> y BAKER, T.H., “Shareholder Primacy isn’t the best of all posible worlds”, accesible en <http://clsbluesky.law.columbia.edu/2019/10/23/shareholder-primacy-isnt-the-best-of-all-possible-worlds/> . También, POSNER, E., “Milton Friedman was wrong”, accesible en <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2019/08/milton-friedman-shareholder-wrong/596545/> y KAYIKLIK, A., “ How Elizabeth Warren is reviving the concession theory of the corporation”, accesible en <http://clsbluesky.law.columbia.edu/2019/11/01/how-elizabeth-warren-is-reviving-the-concession-theory-of-the-corporation/> . Las declaraciones y la praxis no siempre coinciden tratándose de los que propugnan el cambio indicado; vid., v.gr., respecto del citado BlackRock, GLOBAL WITNESS: “Revealed: major banks and investors including Barclays, JP Morgan Chase, Goldman Sachs, Morgan Stanley, BlackRock are pouring money into global forest destruction”, accesible en <https://www.globalwitness.org/ru/press-releases/revealed-major-banks-and-investors-including-barclays-jpmorgan-chase-goldman-sachs-morgan-stanley-blackrock-are-pouring-money-global-forest-destruction/> .

²⁶ Vid., v.gr., HRW *et al.*, op. cit., p. 55 y s. También los datos recogidos en <https://www.medialaw.org/topics-page/anti-slapp?tmpl=component&print=1> .

²⁷ Vid., ASSOCIATED PRESS, “Appeals court dismisses Colorado lawsuit affecting free speech rights filed by energy firm against activist”, accesible en <https://coloradosun.com/2019/07/01/pete-kolbenschlag-lawsuitsg-interests/> .

distorsionar los procesos de regulación, en línea con lo que trataremos en el próximo Apartado²⁸.

Muy inquietante, también, dando ya término al presente epígrafe, es el caso de las entidades especializadas que llevan a cabo campañas de propaganda y ocultación de crímenes en favor de regímenes acusados de graves violaciones de los derechos humanos. Baste reseñar ahora aquí el cúmulo de actuaciones de tales entidades, en especial empresas de relaciones públicas, junto a medios de difusión, lobistas y periodistas, que se ha generado en relación con el infame asesinato de A. Khashoggi, en un intento de mejorar la muy deteriorada imagen del régimen saudí y la involucración de sus más altas instancias en hecho tan reprobable. Así se ha puesto, por ejemplo de manifiesto, en el *Informe Khashoggi* de la Relatora Especial de las Naciones Unidas para las Ejecuciones Extrajudiciales, Agnes Callamard, aunque no se trate de algo novedoso o desconocido, puesto que tales campañas se han verificado con frecuencia en favor del citado régimen y de otros con similares desempeños contra los derechos humanos²⁹.

Por su carácter tan evidentemente nocivo respecto del mantenimiento de la opinión informada y crítica en la que debe apoyarse el sistema democrático, concluimos este punto enfatizando la necesidad de mantener una atención vigilante y decidida sobre técnicas tan inasumibles como las descritas.

3.- Algunos Apuntes Sobre Interferencias en los Procesos de Regulación

Una de las mayores distorsiones que pueden afectar al sistema democrático radica en que, a través de diversos medios, las empresas troquen o quieran trocar su condición de sujetos regulados por la de reguladores, produciendo una verdadera captura de poder. Recogemos ahora aquí dos de esos medios, bien conocidos ya y sobre los que, consecuentemente, cabe obviar desarrollos extensos, sustituidos en esta sede por los simples elementos de juicio que ofrecemos a renglón seguido.

²⁸ Vid., COOK-SCHULTZ, C., “Monsanto manufactured scientific studies and then used those studies to influence EPA, other regulators”, *The Huffington Post*, 15-III-2017. También, el comentario recogido en <https://www.nytimes.com/2019/03/19/business/monsanto-roundup-cancer.html> y SHORT, T., y BUCKLEY, J., “The roundup on toxic pesticides-regulatory divergence, growing litigation”, accesible en <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=03f2eb5b-0780-44d9-9383-3b7cea48c587>. Asimismo, vid., GÜELL, O., “Las Agencias de la UE han mantenido cierta opacidad sobre Monsanto”, accesible en https://elpais.com/sociedad/2019/05/15/actualidad/1557952668_093584.html y CEO, “FleishmanHillard’s secret lobby campaign for Monsanto”, accesible en <https://corporateeurope.org/en/2019/09/fleishmanhillards-secret-lobby-campaign-monsanto>.

²⁹ Vid., v.gr., DAVOISE, M., “When ‘PR’ does not rhyme with ‘BHR’: public relations, business and human rights and the Khashoggi Report”, accesible en <http://opiniojuris.org/2019/06/27/when-pr-does-not-rhyme-with-bhr-public-relations-business-and-human-rights-and-the-khashoggi-report/>.

A).Lobbies y Puertas Giratorias.

Funcionan ambos tanto en lo que atañe a Gobiernos como, y es de la mayor importancia, respecto de las organizaciones internacionales y la propia UE. Así, en Bruselas, por ejemplo, existen censados, voluntariamente, varios miles de lobistas, enfocados hacia las altas instancias de la Unión Europea. Es público y notorio que estas personas, que representan los intereses de las empresas, se activan de modo continuo y, en especial, respecto de iniciativas que puedan tener un gran impacto sobre el sector correspondiente, y está por verse que los esfuerzos de control que vienen apuntándose últimamente cambien la situación de forma relevante³⁰. También, en otro orden, citado, el de las organizaciones internacionales, la infiltración de las empresas es destacable como, por ejemplo, en la de mayor rango, las Naciones Unidas, cuando promovieron recientemente al estatus de observador a la CCI, el lobby mundial del sector privado, o la presencia cada vez más visible de los intereses corporativos en Agencias como la FAO o la OMS y en Programas dependientes de esa organización de ámbito mundial. Muchas son las claves, en las que no podemos entrar ahora, que justifican el que se haya llegado a tal estado de cosas³¹.

Por su parte, las *puertas giratorias* entre el poder ejecutivo, la industria y el sector financiero son muy frecuentes en todas las latitudes. La sociedad civil contempla así muchas veces con asombro e incredulidad cómo personas que han ocupado altos puestos de responsabilidad en gobiernos y organizaciones, al acabar su mandato se ponen a disposición de los sectores empresariales relacionados con sus antiguas funciones. A qué intereses servían realmente cuando las desempeñaban es algo que

³⁰ Vid., v.gr., el Informe de CEO *et al*, *L'Europe enlisée dans le gaz*, accesible en https://corporateeurope.org/sites/default/files/leurope_enlisee_dans_le_gaz.pdf ; CEO, “Gobiernos cautivos: Los Estados de la UE como canal para los intereses empresariales”, accesible en <https://corporateeurope.org/sites/default/files/captured-states-exec-summary-es.pdf> e ID, *et al.*, “Lobby Planet Bruselas, tu guía al turbio mundo del lobby en Bruselas”, accesible en <https://corporateeurope.org/es/2017/06/lobby-planet-brussels> . Un relevante ejemplo del funcionamiento de los *lobbies* en Europa puede verse en el informe de ENCO, “Who owns all the pipelines?”, accesible en https://multinationales.org/IMG/pdf/1_english_tso_web.pdf . Respecto de la traída y llevada iniciativa suiza sobre control de las multinacionales y la injerencia de los *lobbies*, vid., v.gr., SCHICK, M., “Les sénateurs cèdent devant le lobby des multinationales”, accesible en <https://www.24heures.ch/signatures/reflexions/senateurs-cedent-lobby-multinationales/story/10162526> .

³¹ Vid., v.gr., PETITJEAN, o., “Les Nations Unies face à l’emprise des multinationales”. Accesible en <http://multinationales.org/Les-Nations-Unies-face-a-l-emprise-des-multinationales> y TNI, “End the UN/World Economic Forum Partnership Agreement”, accesible en <https://www.tni.org/en/article/end-the-united-nationsworld-economic-forum-partnership-agreement> .

queda, pues, abierto a la duda³². Con el consiguiente y, muy posiblemente profundo daño al sistema democrático y a la gobernanza mundial.

B) Los llamados Arbitrajes de Inversión. (La Constitución Económica Global).

Los Tratados Comerciales y los de Inversiones constituyen piezas claves y un fenómeno en rápido ascenso dentro de lo que cabe denominar Constitución Económica Global. Un autor la presenta de este modo, en *Mercado o Democracia*:

“Ésta, sin refrendo popular alguno y sin concretarse en documentos ni articulado específico, se impondría política y jurídicamente al conjunto de normativa vigente, tanto la internacional como la de carácter local. Se trataría así de una legislación de rango superior, de alta exigibilidad, eficacia y justiciabilidad, que define prioridades y acota el marco de lo posible, posicionando una serie de valores incuestionables derivados de la lógica económica capitalista.

Los tratados comerciales tributarían a esta constitución económica por una doble vía. Por un lado, se convierten en el centro de su articulado, enmarañado y disperso, pero situado en la cima de la pirámide legislativa global. Por el otro, con ellos se pretende implantar una nueva forma de gobernanza corporativa mundial en desmedro de las instituciones públicas, que garantice el avance y asegure el cumplimiento de dicha carta magna corporativa”³³.

De consolidarse esta tendencia, además, este autor indica que:

“se amputarían notablemente las capacidades legislativas, ejecutivas y judiciales de las instituciones públicas, dando un salto exponencial en una tendencia que ya se inició en los años ochenta. Eso entronizaría definitivamente a las empresas transnacionales como protagonistas políticas globales. Estas no solo habrían logrado situar sus propuestas como una armadura jurídica inexpugnable y metapolitizada, relegando a simple retórica las legislaciones nacionales y el marco internacional de derechos humanos, escasamente eficaces y justiciables. También participarían activamente en la toma de decisiones incidiendo sobre las estructuras de convergencia reguladora, gozando además a nivel global —ya lo hacen en el marco de tratados bilaterales de inversión— de una justicia a su servicio, de uso exclusivo y de gran capacidad punitiva, que rompe con todo principio de igualdad ante la ley.

Estados, organismos multilaterales, estructuras regionales, grandes corporaciones y otros agentes seguirían formalmente actuando en el modelo de gobernanza disperso,

³² Vid., v.gr., GEBHARDT, M., y SAZ-CARRANZA, A., “European revolving doors: corporate boards in Germany and Spain”, *ESADEgeo Working Paper 30*, February 2018 y “TobaccoTactics resources on revolving doors”, accesible en https://www.tobaccotactics.org/index.php/Revolving_Door. Asimismo, vid., v.gr., CEO: “New Commission: shadows of corruption and conflict of interests”, accesible en <https://corporateeurope.org/en/2019/09/new-commission-shadows-corruption-and-conflicts-interest#>.

³³ Vid., FERNÁNDEZ ORTIZ DE ZÁRATE, G., “Mercado o Democracia”, accesible en <http://omal.info/spip.php?article8848>.

híbrido y sin centro operativo que se ha ido pergeñando durante el proceso de globalización neoliberal. No obstante, serían las multinacionales quienes realmente pescarían en este río revuelto, al ser capaces de imponer la ley, tomar parte en su ejecución y gozar además de una justicia de parte que la haga cumplir. Se convertirían así en gobierno de facto, bajo un imaginario de soberanías compartidas³⁴.

Creemos que este análisis de situación, aún en extremo preocupante, justifica por su lucidez su extensa cita aquí. Pero ahora nos detendremos, siquiera muy brevemente, en algo que se recoge en él, es decir, la referencia a los tratados de inversión y, aunque no se exprese por ser consustancial con ellos, los sistemas de solución de controversias y, muy particularmente, los llamados arbitrajes de inversión.

Es éste casi un mundo aparte, de una importancia decisiva en el contexto de las relaciones económicas internacionales y, como es de esperar, generador también de un gran caudal de literatura científica y de todo orden. Baste decir aquí que esos arbitrajes, con base en acuerdos multilaterales y, en mayor número, en bilaterales, vienen representando unos foros altamente privilegiados para las empresas, en la medida en la que un cambio de circunstancias motivado por el Estado de acogida de las inversiones, por ejemplo, para mejorar su normativa laboral o de protección del medio ambiente, ha podido ser denunciado ante los organismos especializados, caso del ICSID, patrocinado por el Banco Mundial³⁵, resultando en múltiples supuestos en la condena del Estado e importantes indemnizaciones³⁶.

Traemos la referencia del problema aquí dado que se hace presente, una vez más, cómo las empresas pueden condicionar el sistema democrático, en tanto que la capacidad legislativa del Estado quede condicionada por los intereses de aquéllas, incluso cuando se trata del progreso de los derechos humanos. Los ejemplos son, como decimos, muy numerosos y la controversia que se ha originado, de grandes proporciones³⁷. Con todo,

³⁴ Ibidem.

³⁵ Vid. v.gr., su pág. web en <https://icsid.worldbank.org/en/>.

³⁶ Vid., v.gr., TNI, “ISDS in numbers, impacts of investment arbitration against African states”, accesible en <https://www.tni.org/en/isdsafrica>. Y M4, “Caso de la mina Crucitas ante el CIADI (Infinito Gold v. Costa Rica): breves noticias”, accesible en <https://movimientom4.org/2019/11/caso-de-la-mina-crucitas-ante-el-ciadi-infinito-gold-vs-costa-rica-breves-noticias/>.

³⁷ Por todos, vid., v.gr., DE BRABANDERE, E., “Human Rights and International Investment Law”, Grotius Centre Working Paper 2018/75- HRL, accesible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3149387; HENDRIK FANNER, J. y HAPPOLD, M., “The human rights defence in investment arbitration: exploring the limits of systemic integration”, *ICLQ*, Vol. 68, 2019, pp. 741-759 y BAS VILIZZIO, M., “Protección de los derechos humanos en la solución de controversias inversor-Estado: ¿confluencia o bifurcación de caminos?”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, vol. 7, n° 14, 2019, accesible en

parece estar formándose una opinión en el sentido de forjar un sistema de solución de controversias más equilibrado, en el que la protección de los inversores no coarte el citado progreso. Positivo consideramos en este orden el Nuevo Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones auspiciado por Holanda en el que, junto a otros aspectos de interés, se pone salvaguardia expresamente a los derechos humanos³⁸ o, asimismo, el que el régimen de inversiones se haga más transparente y solidario, como es el caso de importantes fondos de inversión privados o estatales, y entre estos últimos, por ejemplo, algunos vinculados con la soberanía noruega, que establecen en su praxis un seguimiento de las actividades de las empresas en las que participan, llegando incluso a desinvertir si las actividades de éstas entran en conflicto con los citados derechos³⁹. Se trata en ambos casos de avances reales que arrojan luces sobre un panorama harto sombrío hasta el momento. Por ello, y con esto concluimos el punto y el presente Apartado, han de ser recibidos, creemos, con ánimo favorable.

Reflexiones Conclusivas

Muy brevemente. Las distorsiones que hemos visto respecto del sistema democrático y, por extensión, las que causa una gobernanza mundial centrada prioritariamente en los intereses de los grandes operadores económicos se traducen, sin duda, y por eso las hemos traído a este foro, además de en un aumento exponencial de la desigualdad, en otras graves afectaciones de los Derechos Humanos. Así, por ejemplo, se abren las vías para elegir gobernantes dispuestos, entre otras cosas, a desmontar muy estudiadamente las normativas de protección del medio ambiente, dando acceso a vastos territorios y procesos de especulación y expolio intensivo, con absoluto desprecio al impacto sobre las poblaciones locales y al equilibrio del planeta. Por su parte, las interferencias en los

http://scielo.iics.una.py/scielo.php?pid=S2304-78872019001400129&script=sci_arttext . En general, vid., asimismo, v.gr., SANTACROCE, F.G., “The applicability of human rights law in international investment disputes”, *ICSID Review*, vol.0, no.1, 2019, pp. 1-20.

³⁸ Vid., sobre él, v.gr., la presentación recogida en <https://hsfnotes.com/arbitration/2019/05/01/final-dutch-model-bit-published-potential-for-claims-against-investors-and-link-between-gender-equality-and-investment/> y DUGGAL K.A.N. y VAN DEN VEEN, L.H., “The 2019 Netherlands Model BIT: riding the new investment treaty waves”, *Arbitration International*, 2019, 0, pp. 1-28. Asimismo, vid., v.gr., SOMOS:” The Netherlands must ensure that human rights prevail over business”, accesible en <https://www.somo.nl/the-netherlands-must-ensure-that-human-rights-prevail-over-business/> .

³⁹ Un ejemplo reciente de estos nuevos planteamientos se recoge en la práctica seguida por el fondo sueco AP2; vid., su comentario en <https://www.business-humanrights.org/en/swedish-pension-fund-ap2-publishes-first-human-rights-report-in-line-with-un-guiding-principles-reporting-framework> . Vid., también, respecto del mayor fondo de pensiones noruego, BAKX, K.,” Coal and bitumen: Why the norwegian pensions fund is ditching the oilsands”, accesible en https://www.cbc.ca/news/canada/calgary/oilsands-norway-pension-fund-reduce-investments-alberta-1.5312066?_vfz=medium%3Dsharebar .

procesos regulatorios, sean a nivel estatal o supraestatal/multilateral se traducen, asimismo, en situaciones tales como que productos fitosanitarios nocivos sean utilizados ampliamente, con las inevitables consecuencias respecto de la salud humana, a lo largo y ancho de nuestro mundo. Y, del mismo modo, el que esas interferencias se proyecten sobre el necesario control de las actividades de las empresas, sobre todo respecto de las que tienen un carácter extraterritorial y se vehiculan a través de complejas estructuras societarias, da lugar a amargos frutos de gruesas violaciones de derechos humanos, incluso crímenes contra la humanidad, en una atmósfera general de impunidad que se cebaba especialmente en los defensores de los citados derechos.

Como dijimos al inicio de nuestra exposición llevamos de tiempo estudiando estas cuestiones, y podemos poner nombres y citar casos de ese rosario de ejemplos que acabamos de adelantar, y de muchas otras situaciones similares. Pero nos preguntamos ahora, ante la evidente magnitud del problema, qué cabe hacer desde los medios universitarios, pues desconocerlo u orillararlo no son soluciones admisibles, en nuestra opinión. Lanzamos, pues, una llamada a implicarnos en su solución, pues solución hay, hemos apuntado casos de ello, utilizando nuestros recursos y capacidades para, junto con el resto de la sociedad civil, poner coto a quienes, desde situaciones de poder, coartan o incluso hacen imposible el progreso o el propio futuro de nuestra especie⁴⁰.

Muchos han sido desde estas aulas sevillanas los que nos han precedido en la lucha por los derechos humanos. Valgan estas reflexiones como homenaje a todos, y en recuerdo emocionado a Don Mariano Aguilar Navarro, quien siempre añoró su estancia en Sevilla y su paso por esta ilustre Facultad, y los tiempos difíciles, pero a la vez espléndidos en lo académico, en los que en ella profesó junto a otros venerados y eminentes maestros universitarios.

⁴⁰ Con unas lúcidas reflexiones sobre la necesidad de perseverar en este empeño, vid., v.gr., FALK, R., "Declining protection of human rights, why?", accesible en <https://richardfalk.wordpress.com/2019/10/31/2945/>