



Papeles el tiempo de los derechos

LAS EMPRESAS MULTINACIONALES Y SU RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: UNA VISIÓN DE CONJUNTO.

F.J. Zamora Cabot
Catedrático de Dº internacional privado
UJI de Castellón.

Palabras Clave: Responsabilidad de las Empresas Multinacionales; Caso Kiobel; Reglamentos CE 44/2001 y 864/2007; Obligaciones Extraterritoriales de los Estados (ETOS); Sector Extractivo y Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos.

Número: 6 Año: 2013

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 EMPRESAS MULTINACIONALES Y SU RESPONSABILIDAD EN
MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: UNA VISIÓN DE CONJUNTO.

F. J. ZAMORA CABOT*

Catedrático de Dº internacional privado
UJI de Castellón.

L'ouragan arrache tout autour de moi

Et l'ouragan arrache en moi feuilles et paroles futiles.

Léopold Sédar Senghor, *L'ouragan*, Recueil "Chants d'ombre".

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS ESTADOS UNIDOS: PAISAJE DESPUÉS DE LA BATALLA. A. *Un apunte sobre Kiobel*. B. *Un futuro por definir*. III. ¿SALE EUROPA DE SU LETARGO? A. *En general*. B. *La dimensión competencial*. C. *El derecho aplicable*. IV. UN TOQUE DE EXTRATERRITORIALIDAD. A. *Las llamadas ETOS*. B. *Juego de las leyes extraterritoriales*. V. VARIA. A. *El sector extractivo*. B. *España: El llamado Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos*. VI. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

Las empresas multinacionales ostentan un protagonismo tan marcado en nuestro mundo que incluirlas, respecto de su responsabilidad en materia de Derechos Humanos, como uno de los puntos a tratar en estas Jornadas sobre *La gobernanza del interés público global* parece muy razonable. No lo es tanto, por otra parte, el que los organizadores hayan pensado en mí para desarrollarlo, muchos hay entre nosotros que lo pudiesen hacer harto mejor que yo y, por ello, quede aquí constancia de mi especial gratitud y de mi voluntad de cumplir el encargo tan eficazmente como me resulte posible. A esos efectos, entonces, y dentro de lo que también parece lógico en esta sede, ofrecer una panorámica general del problema, he seleccionado algunos aspectos que estimo de relieve. Así, tras esta Introducción, (epíg. I), me referiré en primer término a los Estados

* He desarrollado el presente estudio en el ámbito del Proyecto Consolider-Ingenio 2010, HURI-AGE, *The Age of Rights*, CSD2008-0007. Recoge el texto de una Ponencia presentada a las *XXV Jornadas de la AEPDIRI*, UPF, Barcelona, 19 y 20 de Septiembre de 2013. Agradezco a sus organizadores el permiso para llevar a cabo esta publicación avanzada. Lo dedico a la memoria del Profesor Ángel Chueca Sancho.

Unidos, (epíg. II), que, si han sido durante largos años un marco de referencia privilegiado en cuanto a los llamados *litigios civiles transnacionales sobre Derechos Humanos (Transnational Human Rights Civil Litigations)*, a través fundamentalmente de la práctica sobre el *Alien Tort Claims Act of 1789 (ATCA)*¹ a cargo de sus tribunales federales, se encuentran actualmente en una nueva situación, en un marcado cambio de escenario, a causa de la reciente decisión de la USSC en el ya célebre caso *Kiobel*². Luego, (epíg. III), estudiaré la cuestión en el ámbito europeo, hasta ahora en un segundo plano pero acaso fraguando ya respuestas de cierto relieve, y también, (epíg. IV), dedicaré atención a un aspecto cuya presencia resulta, en este contexto, cada vez más notoria, la extraterritorialidad, en su doble faceta de obligaciones de los Estados y la clásica referida a la proyección exterior de las normas, en beneficio aquí, en ambos casos, de la defensa de los Derechos Humanos. Por su parte, en Varia, (epíg. V), me referiré en especial al sector extractivo, muy ubicuo respecto del objeto de estas páginas y al llamado Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos donde, a instancias de la Comisión Europea, nuestro País va a fijar la manera de poner en práctica los Principios Rectores (John Ruggie) de las Naciones Unidas. Luego, con una Reflexiones Finales (epíg. VI), daré término al presente empeño.

La selección que ofrezco, en todo caso, parte de la subjetividad e incurre, por lo mismo, en riesgos. Me excuso por ello, y por el tratamiento sucinto que he de dar a cuestiones que merecen análisis con mucha mayor encarnadura. Quiero pensar, sin embargo, que los que recojo aquí son aspectos muy significativos que sintonizan con el citado propósito de ofrecer una perspectiva de conjunto sobre la respuesta a un problema, la responsabilidad de las multinacionales, que desborda el ámbito científico para convertirse en uno de los mayores focos de atención de la comunidad internacional. Entre la que destaca en este punto, junto a los actores estatales, el tenaz impulso de una multitud de organizaciones no gubernamentales, reflejo del interés de una sociedad civil que, trascendiendo fronteras, asume certeramente que en la solución del referido

¹ 28 USC Sec.1350. También conocida como *Alien Tort Statute*, (ATS). Sobre estos litigios, vid, en general, entre otros, N. Zambrana-Tévar, “Right to Remedy Under International Law: A Business & Human Rights Perspective”, en prensa; ILA, “International Civil Litigation and the Interests of the Public”, *Final Report, Sofia Conference, 2012*, pp. 321-369 ; A. Nguyen, “Encouraging Corporate Social Responsibility with the Alien Tort Statute”, en <http://ssrn.com/abstract=2247700> y M. Requejo Isidro, “La Protección del Interés Público Global a Través de la Litigación Civil Internacional”, *Ponencia a las XXV Jornadas de Profesores de la AEPDIRI*, en prensa.

² October Term, 2012, No. 10-1491, Decided April 17, 2013.

problema radica buena parte del futuro, si ha de merecer tal nombre, del género humano³.

Culmino ya este primer epígrafe con algunas reflexiones que atañen a nuestro País. Durante mucho tiempo se dijo que para cambiar el estatus de España de país en vías de desarrollo a país desarrollado se echaban en falta empresas multinacionales patrias. Pues bien, ya las tenemos, en buen número y muchas asimismo de fuste y muy competitivas en sectores económicos de gran relieve. Todo ello es positivo y bien sabido. Pero también, infortunadamente, empieza a hacerse patente que algunas de ellas están causando, por acción u omisión, graves afectaciones a los Derechos Humanos, en sus actividades fuera de nuestro territorio. Así, el pavoroso y reciente suceso del Rana Plaza, en Bangladesh, que tanto ha parecido impactar la conciencia mundial, ha puesto de relieve los vínculos de bien conocidas empresas nacionales del sector textil con otras de ese País que sometían a sus trabajadores a condiciones infrahumanas, saldadas con una gran - y perfectamente evitable - tragedia⁴. De igual modo, empresas españolas vienen involucrándose en distintas facetas del llamado acaparamiento de tierras o *Land Grabbing*, fenómeno de una extrema importancia que suele hallarse en el centro de

³ En general, vid., v. gr., E. Benvenisti y D. Lustig, “The Multinational Corporation as ‘the Good Despot’: The Democratic Costs of Privatization in Global Settings”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2251439 ; E-U Petersmann, “Human Rights Require ‘Cosmopolitan Constitutionalism’ and Cosmopolitan Law for Democratic Governance of Public Goods”, *EUI Working Papers, Law 2013/04*; N. M. Acevedo, “Una Doctrina Cosmopolita para un Mundo Interdependiente”, *REEI*, 2013 (25), 24 pp. ; U. D. Acharya, “Globalization and Hegemony Shift: Are States Merely Agents of Corporate Capitalism?”, *Boston College International & Comparative Law Review*, Symposium Issue, 2013, pp. 937-969 ; A. P. Hoitink: “Global Justice as Fairness: Non-Domination, Human Rights and the Global Basic Structure”, 2013, 287, pp., en http://drum.lib.umd.edu/bitstream/1903/14348/1/Hoitink_umd_0117E_13956.pdf , y S. Leader, “Transnational Corporations and Human Rights”, en http://www.surjournal.org/eng/contenidos/getArtigo17.php?artigo=17,artigo_06.htm . Asimismo, vid., M. J. Perry, “The Morality of Human Rights”, *Emory University School of Law, Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 13-240, 49 pp. ; D. Augenstein, “Some Preliminaries to Global Law and Human Rights”, en <http://ssrn.com/abstract=2125757> ; T. Isiksel, “Global Legal Pluralism as Fact and Norm”, *Global Constitutionalism*, vol. 2, 2013, pp. 160-195 ; M. J. Kelly, “Prosecuting Corporations for Genocide Under International Law”, *Harvard Law and Policy Review*, vol. 6, 2012, pp. 339-367. Vid., también, el importante Informe del Observatorio de la Deuda y el TNI, “Impunidad, S.A.”, en http://www.odg.cat/documents/publicacions/IMPUNIDAD_SA.pdf ; R. Pereira Dias, “Suing Corporations in a Global World. A Role for Transnational Cooperation”, en *Yearbook of Private International Law*, vol. 14, 2012/2013, pp. 493-517 y J. G. Ruggie, *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights*, Norton, Londres y Nueva York, 2013.

⁴ Vid., v. gr., las certeras apreciaciones sobre ella de N. Zambrana-Tévar, “Made in Bangladesh: Corporations and the Common Good”, en <http://internationallawnotepad.wordpress.com/2013/06/10/made-in-bangladesh-corporations-and-the-common-good/> y AA.VV., “Corporate Social Responsibility Practices in the Garments Sector of Bangladesh, A Study of Multinational Garments, CSR View in Dhaka, EPZ”, en <http://www.iiste.org/Journals/index.php/DCS/article/view/5495> . También, en general, M. Kanade, “Human Rights and Multilateral Trade: A Pragmatic Approach to Understanding the Linkages”, *The Journal Jurisprudence*, 2012, pp. 389-418.

buena parte de las citadas afectaciones⁵. Son solo dos ejemplos de una realidad que estimo nos fuerza aún más, si cabe, a someter a escrutinio y riguroso seguimiento y análisis el problema, la responsabilidad de las multinacionales, objeto de estas páginas.

II. LOS ESTADOS UNIDOS: PAISAJE DESPUÉS DE LA BATALLA.

A. *Un apunte sobre Kiobel.*

Este caso, claro está, es la batalla a la que me refiero, que culmina con la citada decisión de la USSC del 17 de Abril de 2013, 32 páginas trascendentales, aunque su núcleo radique en la Ponencia -*Opinion*-, 14 páginas, de su Presidente, el *Chief Justice* Roberts. Los antecedentes son bien conocidos y sólo avanzaré aquí, no puedo hacer otra cosa, una crítica muy sintética de esa Ponencia, en la que el prestigioso magistrado orilla la primera cuestión suscitada, el sometimiento de las multinacionales a los mandatos del Dº internacional frente a las violaciones de los Derechos Humanos - dejando así intacta la **errónea** opinión al respecto del Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Federal, lo que no es baladí dado el prestigio y la influencia de ese Circuito- , para centrarse en lo que se ha denominado *aplicación extraterritorial* del ATCA. Vaya por delante el que entiendo que la solución a la que se llega dificulta muy gravemente, y es extendido parecer, el que las víctimas de graves violaciones de los Derechos Humanos puedan acogerse a los foros federales, con lo que hablamos, pues, de una batalla **perdida** en la defensa de tales Derechos⁶. Y que no comparto los términos en los que se sustenta.

⁵ Sobre él, vid., v. gr., mi reciente estudio “Acaparamiento de Tierras (*Land Grabbing*) y Empresas Multinacionales: El Caso *Mubende-Neumann*”, en *Papeles El Tiempo de los Derechos*, 2013, (5). Asimismo, en general, vid., v. gr., Intermón Oxfam, “La Empresa Española y los Derechos Humanos”, *Informe de Intermón Oxfam N°34*, 12-VI-2013, 52 pp. y A. Shittu Jubril, “Sovereignty, Human Rights and the Global Land Grab”, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290092 . También, relativo a la UE, vid., v. gr., H. Paul, “A Foreseeable Disaster: The European Union’s Agroenergy Policies and the Global Land and Water Grab”, en [http:// www.econexus.info/node/185](http://www.econexus.info/node/185) ; TNI, “Update: Land Concentration, Land Grabbing and People’s Struggles in Europe”, en <http://www.tni.org/briefing/update-land-concentration-land-grabbing-and-peoples-struggles-europe> y T. Ferrando, “Global Land Grabbing: A European Self-Critique”, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290352 .

⁶ En sus diversas fases, y en la dilatada ante el Tribunal Supremo, el caso ha generado un ingente volumen de comentarios y análisis científicos. Entre los más recientes, destacaré, v. gr., J. J. Paust, “*Kiobel*, Corporate Liability, and the Extraterritorial Reach of the ATS”, *Virginia Journal of International Law Digest*, vol. 53, 2012, pp. 18-35; J. G. Ruggie, “*Kiobel* and Corporate Social Responsibility”, *Issues Brief presented at the Harvard Kennedy School*, September 4, 2012; J. L. Karnes, “Pirates Incorporated?: *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* and the Uncertain State of Corporate Liability for Human Rights Violations Under the Alien Tort Statute”, *Buffalo Law Review*, vol. 60, 2012, pp. 823-895; A. Pigrau y A. Cardesa-Salzmann, “Acciones Entrelazadas Contra Daños Ambientales Graves: El Impacto de Shell en Nigeria”, *Derecho PUCP*, n° 70, 2013, pp. 217-240; R. Faulk y G. W. Sewell, “Stepping Away From the Abyss? Will the Supreme Court Preclude Extraterritorial Application of the Alien Tort Statute?”, en http://works.bepress.com/richard_faulk/58 ; E. Engle, “*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*: Corporate Liability Under the Alien Tort Statute”, en <http://ssrn.com/abstract=1727331> ; B. Jacek, “Alien Invasion: Corporate Liability and its Real Implications Under the Alien Tort Statute”, *Seton Hall Law Review*, vol. 43, 2013, pp. 273-317; A. Bellia y B. R. Clark, “*Kiobel*, Subject Matter Jurisdiction, and the Alien Tort Statute”, en

Así, por ejemplo, respecto del marco general que Roberts utiliza para apoyar la decisión, la presunción contra la extraterritorialidad de las leyes, y su reciente formulación en el caso *Morrison*⁷. Creo que esa presunción es lógico que actúe respecto

<http://ssrn.com/abstract=2008254> ; C. M. Vázquez, “Alien Tort Claims and the Status of Customary International Law”. *American Journal of International Law*, vol. 106, 2012, pp. 531-546; W. S. Dodge, “Corporate Liability Under Customary International Law”, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2150276 . L. F. H. Enneking, “Multinational Corporations, Human Rights Violations and a 1789 US Statute”, en <http://ssrn.com/abstract=2204762> ; C. A. Bradley, “Attorney General Bradford’s Opinion and the Alien Tort Statute”, *American Journal of International Law*, vol. 106, 2012, pp. 1-22; E. Kontorovich, “A Tort Statute, With Aliens and Pirates” <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1218&context=facultyworkingpapers> ; A. Tavakkoli, “Why Corporation Liability is a Norm of International Law...”, en http://works.bepress.com/amir_tavakkoli/2 ; T. Kupersmith, “Cutting to the Chase: Corporate Liability for the Environmental Harm Under the Alien Tort Statute, Kiobel and Congress”, *William and Mary Environmental Law and Policy Review*, vol. 27, 2013, pp. 885-923 ; H. Muir-Watt, “Les Enjeux de L’Affaire Kiobel: Le Chainon Manquant dans la Mise en Oeuvre de la Responsabilité des Entreprises Multinationales en Droit International Public et Privé”, *TCFDIP*, vol. 2010-2012, (2013), pp. 233-253 ; J. Scott Goldberg, “Exhaustion: A Solution to the Chief Concerns Posed by Alien Tort Statute Litigation”, en http://erepository.law.shu.edu/student_scholarship/226 ; J. Slawotsky, “Corporate Liability for Violating International Law Under the Alien Tort Statute: The Corporation Through the Lens of Globalization and Privatization”, *International Review of Law*, 2013 (6) ; P. Weiss, “Should Multinational Corporations Have More Leeway to Kill than People Do?”, en http://204.12.117.41/files/12.02.24_IHR_CorpAcc_Kiobel_PWeiss_NYT.pdf y Y. Yang, “Corporate Civil Liability Under the Alien Tort Statute: The Practical Implications From Kiobel”, *Western State University Law Review*, vol. 40, 2013, pp. 195-212. La sentencia de la USSC comienza también a originar un pródigo tratamiento doctrinal, que seguramente alcanzará grandes magnitudes; vid., v. gr., A. L. Parrish, “*Kiobel*, Unilateralism, and the Retreat from Extraterritoriality”, en <http://ssrn.com/abstract=2255628> ; T. Childress, “What will Kiobel’s Impact be on Alien Tort Statute Claims?”, en <http://conflictoflaws.net/2013/what-will-kiobels-impact-be-on-alien-tort-statute-claims/> ; I. Wuerth, “The Supreme Court and the Alien Tort Statute: *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*”, en <http://ssrn.com/abstract=2264323> ; D. L. Sloss, “Kiobel and Extraterritoriality: A Rule Without A Rationale”, en <http://ssrn.com/abstract=2264358> y A. Bonfanti, “No Extraterritorial Jurisdiction Under the Alien Tort Statute: Which Forum for Disputes on Corporate Human Rights Violations After Kiobel?”, *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2013, pp. 377-398. Asimismo, vid., W. Panlilio y L. Strauch Weiss, “Supreme Court Limits ATS Litigation-But the Door Remains Slightly Ajar”, en <http://www.orrnick.com/Events-and-Publications/Documents/Supreme-Court-Limits-ATS-Litigation-But-Door-Remains-Slightly-Ajar.pdf> y C. A. Williams y J. M. Conley, “Trends in the Social (Ir)Responsibility of American Multinational Corporations: Increased Power, Diminished Accountability?”, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2275557. Vid., en general, también, v.gr., los múltiples materiales recogidos en el SCOTUS Blog, “*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*”, <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/kiobel-v-royal-dutch-petroleum/> y R. Steinhardt, “Non-State Actors and the Alien Tort Claims Act”, en *Foreign Affairs Litigation in U.S. Courts*, J. N. Moore (ed.), Martinus Nijhoff, 2013.

⁷ 130 S. Ct. 2869 (2010). Vid., v. gr., Ch. Kotuby, *Morrison Scorecard: One Year in Review*, en http://conflictoflaws.net/2011/morrison-scorecard-one-year-in-review/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+conflictoflaws%2FRSS+%28Conflict+of+Laws+.net%29 ; P. B. Stephan, “*Morrison v. National Bank Ltd.*: The Supreme Court Rejects Extraterritoriality”, *Asil Insights*, vol.14, (22), 2-VIII-2010 e Idem, *The Political Economy of Extraterritoriality*, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1900156 . Asimismo, vid., v.gr., el interesante estudio de L. Silberman, *Morrison v. National Australia Bank: Implications for Global Securities Class Actions* , en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1864786 y los de J. L. Boehm, “Private Securities Fraud Litigation after *Morrison v. National Australia Bank*: Reconsidering a Reliance-Based Approach to Extraterritoriality”, *Harvard International Law Journal*, vol. 53, 2012, pp. 501-542; W. S. Dodge, “Morrison’s Effects Test”, *Southwestern Law Review*, vol. 40, 2011, pp. 687-696; L. Brilmayer “The New Extraterritoriality: *Morrison v. National Australia Bank*, Legislative Supremacy, and the Presumption Against Territorial Application of American Law”, *ibidem*, pp. 655-686 ; J. H. Knox, “The Unpredictable Presumption Against Extraterritoriality”, *ibidem*, pp. 635-653 ; K. S. Gallant, “What Exactly is ‘Extraterritorial Application’ of a Statute?”, en <http://jurist.org/forum/2013/05/kenneth-gallant->

de normativas materiales referidas a sectores como el derecho antimonopolios, las regulaciones del mercado de valores, la transferencia de tecnología estratégica, las sanciones económicas internacionales, etc. En todos ellos hay una muy íntima relación con intereses y valores esenciales del ordenamiento de los EE.UU., junto a muy relevantes políticas *-policies-* domésticas, todo lo cual, en un momento dado, puede entrar en contradicción con los valores, intereses y políticas de otros Estados como, de hecho, ha sucedido múltiples veces. Un principio de **autolimitación**, pues, en el ejercicio de las competencias del Estado, es coherente con el propósito de evitar controversias internacionales. Pero, tratándose del ATCA, nos referimos a un texto *jurisdiccional*, no sustantivo, como la propia USSC dejó fijado en el precedente *Sosa*⁸, un texto que implica una simple reserva de jurisdicción en favor de las sedes federales. Es, pues, muy forzado introducirlo en el ámbito de la extraterritorialidad, por más que se diga, con apoyo en lo que el Alto Tribunal dejó sentado en el mismo precedente *Sosa*, que el ATCA puede dar lugar a causas de acción incorporadas al *common law* federal, respecto de un pequeño grupo de conductas prohibidas por el Derecho de Gentes en el ámbito del *Jus Cogens*. Dicho de otro modo, esa **especie de materialización** del ATCA conduce a justificar que se le aplique el canon de extraterritorialidad. Pero, como he dicho, este canon se sustenta en la evitación de controversias, *que nunca deben surgir* cuando de lo que se trata es defender, y progresar, en el respeto y consolidación de los propios mandatos del Derecho de Gentes, que es lo que se obtiene mediante la aplicación del ATCA, con la que los Estados Unidos se convierten en definitiva en **gestores** de la comunidad internacional, en óptimo señalamiento, y así lo vio, el eminente Antonio Casese, de la teoría del *dédoublement fonctionnel* o *Role Splitting* avanzada por el maestro Georges Scelle⁹. No se sustenta, pues, a mi parecer, que el *Chief Justice* postule con alcance general que “...even when the claims touch and concern the territory of the United States, they must do so with sufficient force to displace the presumption against extraterritorial

[extraterritorial-application.php](#); S. R. Smerek y J. C. Hamilton, “Extraterritorial Application of United States Law After *Morrison v. National Australia Bank*”, *Dispute Selection International*, vol. 5, 2011, pp. 21-34 y A. L. Parrish, “Evading Legislative Jurisdiction”, *Notre Dame Law Review*, vol. 87, 2012, pp. 1673-1707. Vid., también, D. L. Noll, “The New Conflicts Law”, [http:// papers.ssrn.com/sol3/ papers.cfm? abstract_id=2276514](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2276514), pp. 40-43 ; R. J. Anello, “What Happens Outside the USA, Stays Outside the USA: Reining in the Extraterritorial Reach of Criminal Securities Laws”, *Lexology*, 3-IX-2013 y AA.VV. “United States v. Vilar: New Limits on Extraterritorial Securities Enforcement”, *ibidem*, 9-IX-2013.

⁸ 542 U.S. 692 (2004).

⁹ Vid., A. Cassese, “Remarks on Scelle’s Theory of ‘Role Splitting’ (*dédoublement fonctionnel*) in International Law”, *EJIL*, vol. 1, 1990, p. 230.

application”¹⁰. Si, en cada caso, los foros de ese País asumen su competencia jurisdiccional a través de criterios compatibles con el Dº internacional, no parece que deba renunciarse a resolver estos problemas a través del juego conjunto de este último y del conflicto de leyes, que es lo que han venido haciendo durante décadas para ejemplo, realmente, del mundo¹¹.

En otro orden, y concluyendo este punto, tampoco puedo compartir el análisis histórico que el *Chief Justice* lleva a cabo para reforzar el juego de la citada presunción en el caso. Tal análisis se enfrenta con la propia realidad de lo que ha sido durante muchos años la práctica del ATCA, a la que me acabo de referir, y lo que el mismo Alto Tribunal dejó sentado en *Sosa*, respecto de la necesidad de adecuar mediante el arbitrio judicial los textos legislativos a la realidad del momento histórico en el que los jueces deben aplicarlos. Cualquier sistema avanzado de Derecho se configura en ese sentido y, como digo, lo confirmó en su momento la propia USSC en *Sosa* al dejar abierta la puerta del ATCA frente a conductas en transgresión de normas *suficientemente definidas y aceptadas* por la comunidad internacional, las vigentes hoy, no en 1789, cuando se promulgó ese peculiar y admirable texto legal. Sea como fuere, en fin, me resulta evidente que aparte del caudal de interpretaciones que ya se han generado, y las que van sin duda a suscitarse, será el mismo Alto Tribunal el que cuando llegue la oportunidad, y ya ha surgido la primera en relación con el caso *Daimler*¹², termine de perfilar los cabos sueltos que muy estudiadamente ha dejado en su posición respecto del ATCA. Posición que, repito, y así se entiende ampliamente, *restringe de forma muy decisiva* su aplicación como reserva jurisdiccional en favor de los tribunales federales, respecto de esas conductas realizadas allende los Estados Unidos, lo que era su mayor singularidad, junto a la posibilidad de admitir causas de acción incorporadas al *common law* federal en los términos a los que me he referido reiteradamente¹³.

¹⁰ *Opinion of the Court*, p. 14. (Cursiva propia).

¹¹ En general, vid., v. gr., mi estudio “*Kiobel* and the Question of Extraterritoriality”, *Papeles el Tiempo de los Derechos*, 2013, (2), 12 pp. También, Z. D. Clopton, “Replacing the Presumption Against Extraterritoriality”, en <http://ssrn.com/abstract=2249914> y J. E. Crain, “Scope of Liability under the Alien Tort Statute: The Relevance of Choice of Law Doctrine in the Aftermath of *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*”, *Pace Law Review*, vol. 32, 2012, pp. 543-565.

¹² Vid., v. gr., R. Alford, “Supreme Court Agrees to Hear Another Human Rights Case”, en <http://opinio.juris.org/2013/04/22/supreme-court-agrees-to-hear-another-human-rights-case/>.

¹³ Una excelente reflexión de conjunto puede encontrarse en S. M. Schneebaum, “What is This Case Doing Here? Human Rights Litigation in the Courts of the United States”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 44, 2011, pp. 183-203. El retroceso se confirma, por ejemplo, en la reciente decisión del Juzgado de Distrito del Distrito Oriental de Virginia en el caso *Abdullah et alii. v. CACI*, 25-VI-2013, Case No. 1:08-cv-827 (GBL/JFA). Y en la del Noveno Circuito en el caso *Sarei v. Rio Tinto, PLC*, Nos. 02-56256, -56390, 09-56381 (9th Cir., decided June 28, 2013). Asimismo, vid., v. gr., T.

B. Un futuro por definir.

Muy brevemente aquí, solo quiero ahora dejar constancia de que, anticipando lo que podía suceder y finalmente ha sucedido, la doctrina estadounidense ha venido barajando en los últimos tiempos algunas alternativas a los litigios ante las sedes federales a través del ATCA. La más obvia, y más extensamente tratada, también, ha sido la posibilidad de que tales litigios pudieran derivar de esas sedes a las judiciales de los *Sister States*, y los problemas particulares que se suscitarían, llegado el caso, en la que un autor ha denominado *nueva oleada de litigación transnacional*¹⁴. Lo cierto, sin embargo, es que hay variadas opiniones sobre la posibilidad incluso de que surja esa *nueva oleada*, o sobre la identificación y eventuales respuestas a los citados problemas, todo lo cual configura a mi parecer un panorama abierto que habría de concretarse a través del tiempo y de la práctica¹⁵. Y, en todo caso, asumida la necesidad de no llegar a una *denegación de justicia* respecto de los extranjeros, permitiendo su acceso a los tribunales en estos litigios sobre Derechos Humanos¹⁶.

Childress, “Another Alien Tort Statute Case Dismissed and a Preliminary Scorecard”, en <http://conflictoflaws.net/2013/another-alien-tort-statute-case-dismissed-and-a-preliminary-scorecard/> y B. Barron, “Legal Blow for Families of Slain Nepali Laborers”, en <http://www.courthousenews.com/2013/08/27/60644.htm>.

¹⁴ Vid., T. Childress, “The Alien Tort Statute, Federalism, and the Next Wave of Transnational Litigation”, en <http://ssrn.com/abstract=1815413>.

¹⁵ Vid., v. gr., entre otros, AA. VV., “Foreword: After *Kiobel*, -International Human Rights Litigation in State Courts and Under State Law”, *UC Irvine Law Review*, vol. 3, 2013, pp. 1-8; A. L. Parrish, “State Court International Human Rights Litigation: A Concerning Trend?”, *ibidem*, pp. 25-43; P. Hoffman y B. Stephens, “International Human Rights Cases Under State Law and in State Courts”, *ibidem*, pp. 9-23; A. J. Colangelo y K. A. Kiik, “Spatial Legality, Due Process, and Choice of Law in Human Rights Litigation Under U.S. State Law”, *ibidem*, pp. 63-79 ; P. J. Borchers, “Conflict of Laws Considerations in State Court Human Rights Actions”, *ibidem*, pp. 45-61; C. I. Keitner, “State Courts and Transitory Torts in Transnational Human Rights Cases”, *ibidem*, pp. 81-94 y mi estudio, “*Kiobel v. Royal Dutch Corp.* y los Litigios Transnacionales Sobre Derechos Humanos”, *Papeles El Tiempo de los Derechos*, 2011, 4, p. 10 y s. Hay que apuntar, en todo caso, el posible juego de la *diversity jurisdiction* de los tribunales federales ex 28 U.S.C. Secc. 1332, en el supuesto en el que la demandada sea una empresa estadounidense y el monto de la controversia exceda -resulta fácil- de 75.000 dólares; vid., v. gr., A. J. Bellia y B. R. Clark, op. cit. en nota (6), *supra*, pp. 8-11.

¹⁶ Esta idea ha sido muy brillantemente expuesta, v. gr., por A. Mills, “Normative Individualism and Jurisdiction in Public and Private International Law: Toward a ‘Cosmopolitan Sovereignty’?”, en <http://ssrn.com/abstract=2055295>. Vid. también, en general, D. E. Childress, “The Role of Ethics in U.S. Private International Law”, en <http://ssrn.co./abstract=2208012>. En una demanda presentada en Julio de 2013, *Tiangang Sun v. China Petroleum & Chemical Corp.*, 13-05355, U.S. District Court, Central District of California (Los Angeles), en base al ATCA y a otros textos, ese es uno de los alegatos principales; vid., E. Pettersson, “Sinopec sued by Hong Kong Businessman for Imprisonment”, en <http://www.bloomberg.com/news/print/2013-07-25/sinopec-sued-by-hong-kong-businessman-for-imprisonment.html>. Hablando de un *remedio efectivo*, vid., v. gr., N. Pillay, “Brief of Amicus Curiae N. Pillay, The United Nations High Commissioner for Human Rights in Support of Petitioners”, pp. 4-16, en http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme_court_preview/briefs/10-1491_petitioner_amcu_navipillay_authcheckdam.pdf. Asimismo, vid., v. gr., R. Keener, “A Comparison and Analysis of the Alien Tort Statute and the Torture Victim Protection Act”, *Mustang Journal of Law and Legal Studies*, vol. 4, 2013, pp. 136-140 y J. Simcock, “Recalibrating After *Kiobel*: Evaluating the Utility

III. ¿DESPIERTA EUROPA DE SU LETARGO?

A. En general.

No son éstos buenos tiempos para los DD. HH. en Europa. Así lo denuncian voces autorizadas y cabe confirmarlo con un análisis somero de la realidad¹⁷. Pero preciso es estudiar, sobre todo después de *Kiobel*, si es posible que aumente el número de casos en los que víctimas de las multinacionales radicadas en el Viejo Continente, y/o sus filiales, entablen demandas frente a ellas en los foros de los distintos Países de nuestro entorno, por violaciones de aquellos Derechos perpetradas en el Tercer Mundo o lo que ahora se denomina el *Sur Global*¹⁸. Muy brevemente, no hay lugar para más, desgranaré algunas ideas¹⁹.

Destaca, en primer lugar, que parece estar conformándose cierto *ambiente* a partir, v. gr., de varias iniciativas a cargo de la UE, destacadas por nuestra doctrina²⁰, que han cuajado en documentos tales como la *Introductory Guide to Human Rights for SMEs*, de 2012, el Estudio de la Universidad de Edimburgo, 2010, *Sobre el Marco Legal de Derechos Humanos...*, la publicación de 2011 sobre *Cadenas Responsables de*

of the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act in Litigating International Corporate Abuse”, *Stanford Law School*, January, 2012, 35 pp.

¹⁷ Tomando el ejemplo de España, resultan significativas y muy preocupantes, v. gr., las Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto de nuestro País, hechas públicas por el Consejo Económico y Social de las NN.UU. en el documento E/c.12ESP/CO /5, de 6 de junio de 2012. En general, pueden resultar asimismo de interés, v. gr., C. Stubberfield, “Lifting the Organisational Veil: Positive Obligations of the European Union Following Accession to the European Convention on Human Rights”, *Australian International Law Journal*, vol. 19, 2012, pp. 117-142 ; Sir D. Edward, “The Moral Case for Europe”, *University of Edinburg, School of Law, Research Paper Series No 2013/24*, 22 pp. ; Intermón-Oxfam, “La Trampa de la Austeridad. El Verdadero Coste de la Austeridad en Europa”, en <http://www.intermonoxfam.org/es/documentos/11/09/13/trampa-de-austeridad> y AA.VV., “The ‘Lisbonisation’ of the European Parliament. Assessing Progress, Shortcomings and Challenges for Democratic Accountability in the Area of Freedom, Security and Justice”, *CEEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, Nº 58, September 2013.

¹⁸ Algunos estudios se anticipaban al presente escenario; entre ellos, vid., v. gr., B. Mostajelean, “Foreign Alternatives to the Alien Tort Claims Act: The Success (or Is it Failure?) of Bringing Civil Suits Against Multinational Corporations that Commit Human Rights Violations”, *George Washington International Law Review*, vol. 40, 2008, pp. 497-525. Entre los más recientes, vid., v. gr., M. D. Goldhaber, “Corporate Human Rights Litigation in Non-U.S. Courts: A Comparative Scorecard”, *UC Irvine Law Review*, vol. 3, 2013, pp. 127-149.

¹⁹ En general, vid., v. gr., M. Requejo Isidro, “Access to Remedy. Abusos Contra Derechos Humanos en Terceros Estados, ¿Justicia Civil en Europa?”, en F. J. Zamora Cabot, J. García Cívico y L. Sales Pallarés, (Eds.), *La Responsabilidad de las Empresas Multinacionales por Violaciones de los Derechos Humanos*, Universidad de Alcalá, Cátedra de DD.HH. y Oficina del Defensor del Pueblo, en prensa; W. Khan, “Corporate Power and the Protection of Human Rights in Equilibrium”, *Netherlands Helsinki Committee Essay Contest, Conference on the Future of Human Rights in Europe*, 25-I-2013; J. Polakiewicz, “Corporate Responsibility to Respect Human Rights”, Nagoya University, *Cale Discussion Paper No.9*, October 2012, 17 pp. y C. van Dam, “Tort Law and Human Rights: Brother in Arms On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights”, *JETL*, vol. 2, 2011, pp. 221-254. Asimismo, vid., D. Scheffer y C. Kaeb, “The Five Levels of CSR Compliance. The Resiliency of Corporate Liability under the Alien Tort Statute and the Case for a Counterattack Strategy in Compliance Theory”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 29, 2010, pp. 136-139.

²⁰ Vid., v. gr., M. Ridruejo Isidro, op. cit. en nota (19), *supra*, Ap. II.

Suministro..., la *Comunicación sobre la Estrategia de la UE 2011-2014 de Responsabilidad Social Corporativa*, COM (2011), 681 final, de 25-X-2011, en la estela de los llamados *Principios Rectores*, de las NN.UU. o, en el plano normativo, la reciente Propuesta, 16-IV-2013, COM (2013) 207 final, sobre *Revelación de Información... a Cargo de Ciertas Grandes Empresas y Grupos*²¹ o los también nuevos textos que obligan a las *Empresas del Sector Extractivo Respecto de la Declaración de Pagos a Gobiernos*²².

A ese ambiente, contribuye asimismo lo que está fraguando en los diferentes Países europeos en múltiples disposiciones sustantivas y procesales, o de carácter penal, o de referencia a los dictados del Dº internacional y sus mecanismos de defensa a través de las jurisdicciones estatales, etc. Y se ha concretado ya, también, por otra parte, en un número ya relevante de casos dirimidos o en trance de serlo ante las citadas jurisdicciones²³. Las holandesas, por ejemplo, está siendo particularmente activas, pudiéndose citar, v. gr., a su respecto, el caso *Van Anraat*, sobre exportación ilegal de armamentos, los que implican a *Royal Dutch Shell* por vertidos incontrolados en el territorio Ogoni, de Nigeria, con la reciente y primera condena a la multinacional, 30-I-2013, el caso *Trafigura*, vinculado con el incidente en Costa de Marfil a cargo del

²¹ Vid., v. gr., C. Chance, “CSR Reporting in the EU- The Trend Towards Transparency”, en http://www.cliffordchance.com/publicationviews/publications/2013/04/csr_reporting_intheeuthetrendtoward.html y la postura crítica de la ECCJ, “Making EU Corporate Reporting Work for People, Planet and Companies”, Julio de 2013, en http://www.corporatejustice.org/IMG/pdf/position_paper_nfr_final.pdf. La respuesta a las acciones en masa también tiene un alto interés. Vid., v. gr., la Comunicación “Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress”, COM (2013) 401/2.

²² Vid., F. De Girolamo, “Oil, Gas, Mineral and Logging Firms Obligated to Disclose Payments to Governments”, <http://politicalpress.eu/2013/06/press-release-oil-gas-mineral-and-logging-firms-oblig-ed-to-disclose-payments-to-governments/>. Comparar con S. N. Lynch, “Judge Tosses SEC’s Resource Payment Disclosure Rule”, en <http://www.reuters.com/article/2013/07/02/us-court-sec-rulechallenge-idUSBRE9610PL20130702>. En otro orden, sobre un aspecto de interés, vid., v. gr., J. Sargentini, “European Initiative On Conflict Free Minerals. An Update of Where We Are in the Political Process”, en <http://www.business-humanrights.org/Links/Repository/1020648>.

²³ Todo ello se trata extensamente, por ejemplo, en J. A. Kirshner, “Why is the U.S. Abdicating the Policing of Multinational Corporations to Europe?: Extraterritorialism, Sovereignty, and the Alien Tort Statute”, recogido en <http://ssrn.com/abstract=1956520> y en C., Buggenhoudt y S. Colmant, *Justice in a Globalised Economy: A Challenge for Lawyers. Corporate Responsibility and Accountability in European Courts*, Avocats Sans Frontières, March 2011, 61 pp. En nuestro País, como es sabido, v. gr., la ley penal se extiende ya a las empresas; vid., v. gr., sobre ello, G. Rodríguez Mourullo, “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas desde las Perspectivas Político-Criminal y Dogmática”, *Otrosí*, nº 6, Abril-Junio de 2011, pp. 7-14. Asimismo, vid., en otro aspecto relevante para España, E. Carnero Rojo, “National Legislation Providing for the Prosecution and Punishment of International Crimes in Spain”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, pp. 699-728 y J. E. Esteve Moltó, “Causes and Initial Effects of the Spanish Organic Law 1/2009 Reforming the Principle of Universal Jurisdiction in Spain”, en *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 16, 2012, pp. 19-53.

buque Probo Koala²⁴ o la decisión del Tribunal de Distrito de La Haya, 21-III-2012, otorgando una indemnización al Dr. Asraf El Hojoui, por torturas padecidas a cargo de agentes del -entonces- Gobierno Libio²⁵. Junto a Holanda, en fin, el Reino Unido también está significándose en el presente contexto, a través, por ejemplo, del caso *Bodo Community v. Shell Petroleum Development Co. of Nigeria*, saldado mediante acuerdo, igual que el notorio *Monterrico*, o la muy importante decisión de la *Court of Appeal* en el caso *Chandler v. Cape PLC*²⁶, en la que ese prestigioso Tribunal admite la *responsabilidad directa* de la matriz, cuando se implica en las operaciones de la subsidiaria o ejerce un control de facto sobre ella, con la previsible proyección en supuestos que afectan a los derechos humanos²⁷. Valgan estos ejemplos de ambos Países pero veamos ahora, siempre sucintamente y respecto de estas cuestiones, completando este Apartado, dos de los órdenes clásicos del Derecho del Tráfico Jurídico Externo, competencia internacional y derecho aplicable y el marco de la UE sobre ellos.

B. La dimensión competencial.

En este orden el texto de referencia será, por supuesto, el Reglamento 44/01. Aquí, y dejando a salvo su valoración positiva en cuanto a los fines que, en general, pretende, existe un amplio acuerdo en doctrina sobre sus limitaciones en los casos de

²⁴ Vid., v. gr., N. M. C. P. Jägggers y M-J van der Heijden, “Corporate Human Rights Violations: The Feasibility of Civil Recourse in the Netherlands”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 33, 2008, pp. 833-870.

²⁵ Incidiendo especialmente en el caso holandés, aunque trascendiéndolo en un plano general, hay que destacar muy especialmente el magnífico estudio de L. F. H., Enneking, *Foreign Direct Liability and Beyond*, Eleven, The Hague, 2012. También el *Amici Curiae Brief* presentado por varios prestigiosos especialistas holandeses ante la USSC con motivo del caso *Kiobel* y recogido en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2208177.

²⁶ No. (2012) EWCA Civ 525, England and Wales App.

²⁷ Vid., en general, sobre el Reino Unido, M.D. Goldhaber, op. cit., en nota (18), *supra*, pp. 132-134; R. Meeran, “Tort Litigation Against Multinational Corporations for Violations of Human Rights: An Overview of the Position Outside the United States”, *City University of Hong Kong Law Review*, vol. 3, 2011, pp. 1-41; S. J. Baughen, “Holding Corporations to Account. Crafting ATS Suits in the UK”, en http://works.bepress.com/simon_baughen/2 y Euroinvestor, “Shell Seeks Settlement For Nigeria Oil Spill”, en <http://www.euroinvestor.com/news/2013/09/06/shell-seeks-settlement-for-nigeria-oil-spill/12484869>. Es importante la reforma llevada a cabo por ley el 1-IV-2013; vid., v.gr., P. Wood, “Changes to the Law on Litigation Funding in England and Wales: The Jackson Reform II”, en <http://www.mondaq.com/x/241002/Civil+Law/Changes+To+The+Law+On+Litigation+Funding+In+England+Wales+The+Jackson+Reforms+II>. El coloso canadiense Barrick Gold ha sido demandado ante la High Court británica por los terribles sucesos de mayo de 2011 en la mina North Mara, Tanzania, el 30-VII-2013; vid., S. Young, “Tanzanian Villagers Sue African Barrick Gold Over 2011 Violence”, en <http://uk.reuters.com/article/2013/07/29/uk-africanbarrick-lawsuit-idUKBRE96S14I20130729>. Sobre esa operación minera, vid., asimismo, v. gr., S. Lauwo y O. J. Otusanya, “Corporate Accountability and Human Rights Disclosures: A Case Study of Barrick Gold Mine in Tanzania”, en <http://www.science-direct.com/science/article/pii/S0155998213000318>. Comentando, por su parte, un reciente caso en Francia, vid., v. gr., E. Maes, “A European Sister for Kiobel?”, en <http://conflicto.flaws.net/2013/european-sister-judgment-for-kiobel-2/>.

responsabilidad civil por violaciones de Derechos Humanos. Siguiendo, por ejemplo, el lúcido análisis de M. Requejo, existen dos motivos de insatisfacción en este orden: la *limitación espacial* del instrumento, nucleado en el domicilio del demandado y la *difícil atracción* de las subsidiarias radicadas en Estados terceros hacia la competencia, basada en el Reglamento, de un Estado miembro. Por ello, y tras destacar el posible juego de las competencias residuales de los sistemas nacionales, caso de inaplicación en la especie del cit. Reglamento, la autora defendía, durante la etapa de su revisión, “la flexibilización del requisito de conexión comunitaria y la formulación de criterios de competencia judicial previstos para las acciones de reparación de daños *desde una filosofía impregnada por la preocupación por los derechos humanos*”²⁸. Esto último, por ejemplo, crucial, en la medida en que la citada revisión no condujera a lo que denominaba *un efecto perverso*, “privar a la víctima demandante de otros foros, previstos en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, que actualmente siguen siendo aplicables en defecto de la conexión comunitaria”²⁹. También, y a juicio de la autora, que comparto, la revisión del texto de referencia a cargo del nuevo Reglamento 1215/2012 ha aportado poco a lo que aquí interesa: “Pudo haberse hecho mucho más”, sostiene³⁰, detallando luego algunas mejoras que no han sido incorporadas³¹.

C.El derecho aplicable.

Tratándose del presente entorno, por su parte, el referente sería el llamado Reglamento Roma II. Aquí también se encuentra extendida en la doctrina la idea de que este instrumento resulta insatisfactorio respecto de lo que vengo tratando. Para F. Gregor, por ejemplo, la normativa existente tiene, potencialmente, tres efectos adversos sobre la reparación de estos ilícitos: primero, la exclusión, vía ley del lugar del daño, de la normativa europea, incluyendo la que fija la responsabilidad de las empresas matrices; luego, la eventual inadecuación en Países terceros de los cánones de protección exigidos

²⁸ Vid. su artículo, “La Responsabilidad de las Empresas por Violación de los Derechos Humanos: Deficiencias del Marco Legal”, *Scientia Juris*, vol. 1, 2011, p. 39 y, en general, su estudio, “The Use of Force, Human Rights Violations and the Scope of the Brussels I Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 14, 2012/2013, pp. 113-135. También, vid., v. gr., J. Webber, “Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation”, *Rechts Z.*, vol. 75, 2011, pp. 619-644.

²⁹ Vid., “La Responsabilidad...” op. y loc. cit.

³⁰ Vid. su “Access to Remedy...”, cit. en nota (18), *supra*, Ap. III, 3, *in fine*. En el mismo sentido, vid., v. gr., A. Bonfanti, op. cit en nota (6) *supra*, pp. 389-391.

³¹ *Ibidem*, Ap. III, 4. Vid., asimismo, sobre estas cuestiones, en general, F. Pocar, “Access to Justice and European Rules on Jurisdiction”, en J. Forner Delaygua, *et alii*, (Coords.), *Entre Bruselas y La Haya, Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, 2013, pp. 743-748.

por el Dº internacional y, finalmente, que los montos de indemnización previstos en los derechos de tales Países pueden mostrarse insuficientes respecto de las víctimas y del que normalmente sería, a su través, un efecto disuasorio³². En todo caso, resulta destacable, por ejemplo, el mayor protagonismo que el Reglamento permite, en cuanto a la elección de ley por las víctimas, en materia de protección del medio ambiente. Es significativo de la concienciación que existe en Europa al respecto, que sería deseable que se extendiera a otros aspectos de los DD. HH. y su protección, dentro o fuera del ámbito europeo. El eventual juego del apartado 3 del Art. 4 del citado texto³³ y de posibles normas extraterritoriales también debe ser considerado³⁴. Y, finalmente, es preciso reflexionar, a nuestros propósitos, sobre un conjunto de cuestiones que gravitan sobre la posibilidad de demandar a las empresas, desde la implicación de la sociedad civil a través de variados protagonistas, aportando los medios necesarios, hasta la solución de puntos técnicos de relieve como la articulación de las acciones en masa, los costes procesales, los mecanismos de asunción por los Estados de sus Obligaciones Extraterritoriales, de las que trato en el próximo epígrafe, etc. Unas cuestiones que, entreveradas con la práctica, darán medida cabal de lo que realmente es factible esperar en nuestros Países, a estos efectos y, con ello, que se concrete la posibilidad de que Europa despierte completamente del peculiar *Sueño de Odín* en el que ha estado sumida en materia tan sensible e importante como la aquí tratada.

IV. UN TOQUE DE EXTRATERRITORIALIDAD.

A. Las llamadas ETOS.

Tratadas fundamental, pero no exclusivamente, en el ámbito de los Pactos Internacionales y, de forma más extensa, respecto del de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estas *Obligaciones Extraterritoriales de los Estados*, primer orden de reflexiones en este epígrafe, son uno de los mayores polos de atracción para la doctrina científica y los distintos interesados en el conjunto de problemas en sede de las relaciones Empresas-Derechos Humanos³⁵. Así tuve ocasión de comprobarlo, por

³² Vid. su "Principles and Pathways: Legal Opportunities to Improve Europe's Corporate Accountability Framework", ECCJ, November, 2010.

³³ Vid., V. van den Eeckhout, "New Possibilities for Argumentation in International Labour Law and Corporate Liability Coming Up?", en <http://leidenlawblog.nl/articles/new-possibilities-for-argumentation-in-international-labour-law-coming-up>, recogiendo la opinión de L. F. H. Enneking.

³⁴ Vid., también, v. gr., REDRESS/Fidh, "Extraterritorial Jurisdiction in the European Union", December 2010, 270 pp.

³⁵ En general, vid., v.gr., J. Ziegler, *The Right to Food, Report of the Special Rapporteur*, United Nations, ECOSOC, E/CN.4/2005/47 pp. 12 y ss.; A. R., Ganesh, "The Right to Food and Buyer Power", *German Law Journal*, vol. 11, 2010, pp. 1233-1236 ; F. Coomans, "The Extraterritorial Scope of the International

ejemplo, en el Primer Foro acerca de tales relaciones celebrado en Ginebra bajo los auspicios de Naciones Unidas, en Diciembre de 2012. Fueron allí numerosos los intervinientes que se refirieron expresamente a la cuestión, reflejando a mi parecer un amplio consenso, al menos respecto de una cualificada porción de los asistentes, sobre lo que se ha constituido como uno de los ejes centrales en ese binomio, Empresas-Derechos Humanos³⁶. Cabe recordar ahora, también, que existen variados precedentes en el propio seno de las Naciones Unidas, por ejemplo, y desde 1999, a través de una serie de *Comentarios Generales* avanzados por el Comité Sobre los Derechos Económicos Sociales y Culturales, donde se recogen y precisan las citadas *Obligaciones*, que alcanzaron un momento de especial relieve en las *Normas Sobre las Responsabilidades de las Corporaciones Transnacionales y Otras Empresas Comerciales con Respecto a los Derechos Humanos* (UNSCCHR, 2003). *Normas* decaídas, desafortunadamente, pues tenían carácter de imperativos legales, frente al enfoque más contemporizador asumido en los *Principios Rectores Sobre Empresas y Derechos Humanos*, de John Ruggie, en los que doctrina de relieve considera que *no* se ha hecho una aportación significativa hacia el desarrollo de las *Obligaciones* a las que me vengo refiriendo³⁷. Pero, junto a las Naciones Unidas, otros cualificados actores intervienen asimismo impulsando con energía la consolidación y el citado desarrollo de estas *Obligaciones*. Me refiero, por ejemplo, al importante ETO-Consortium, entidad fundada en 2007 donde se aúnan alrededor de 75 organizaciones no-gubernamentales, universidades e investigadores, un conjunto realmente prestigioso e influyente entre el que destacan, por ejemplo, la citada FIAN, la Comisión Internacional de Juristas o,

Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Work of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Review*, vol. 11, 2011, pp. 1-35; Idem y M. T. Kamminga, *Cases and Concepts on Extraterritorial Obligations in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, 2012 y AA.VV., *Global Justice and States Duties, The Extraterritorial Scope of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, Cambridge U. Press, 2013. También, J. Marchán, “La Responsabilidad de los Estados en la Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ante la Globalización”, en J. Soroeta Licerias, (Dir.), *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Tiempos de Crisis, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. 12, 2012, pp. 79-106 y C. Ba, “Protection of Human Rights and International Cooperation Development” *European Scientific Journal*, pp. 742-750.

³⁶ Ecos de ese consenso se contienen, v. gr., en el *Resumen de las Deliberaciones del Foro Sobre las Empresas y los Derechos Humanos, Preparado por el Presidente, John Ruggie*, Naciones Unidas, Asamblea General, Documento A/HRC/FBHR/2012/4.

³⁷ Vid., sobre estos extremos, R. Künemann, y S., Monsalve Suárez, “International Human Rights and Governing Land Grabbing: A View from Global Civil Society”, *Globalizations*, vol. 10, 2013, p. 133-135. Como ejemplo de reafirmación de los ETOS, sin embargo, vid., v. gr., los recientes *Guiding Principles on Extreme Poverty and Human Rights*, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2012) y, en especial, los parágs, 92 y 99.

junto a otras de renombre, la Universidad de Maastricht³⁸. Estas dos últimas, además, resultan del mayor relieve, al haber patrocinado recientemente los *Principios de Maastricht Sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (2012), reflejo de un empeño en cuya consecución ha mediado una verdadera élite de especialistas de primer orden y llamado a ser uno de los referentes ineludibles a escala mundial sobre estas cuestiones³⁹, por lo que, si se me permite, animo a su lectura y análisis directos. Solo recordaré, ahora, que se estructuran en unos Principios Generales, seguidos de la fijación del ámbito de las *Obligaciones*, la triple proyección de éstas respecto del marco *Respetar, Proteger y Dar Cumplimiento*, la que corresponde a la *Responsabilidad del Estado* y a las *Vías de Reparación* y unas *Previsiones Finales*. En su Preámbulo, y agoto aquí mi referencia a ellos, los *Principios* indican que son complemento y desarrollo de los de *Limburgo Sobre la Puesta en Práctica del Pacto Internacional Sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1986) y las *Guías de Maastricht Sobre las Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1997). Una interesante aplicación práctica de estas Obligaciones, en fin, se puede apreciar en las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 31-X-2012, con motivo del Sexto Informe Periódico Sobre Alemania (Sesión 105 del Comité), donde, en términos generales pero enormemente expresivos y sentando doctrina, avanza lo siguiente en su Observación Final n° 16:

“Dando la bienvenida a las medidas adoptadas por el Estado Parte (Alemania) para proveer remedios contra las compañías alemanas que actúan en el extranjero en lo que se alegan son contravenciones de relevantes estándares de Derechos Humanos, el Comité muestra su preocupación de que tales medidas *no sean suficientes en todos los casos* (art. 2. 2).

El Estado Parte es llamado a dejar fijada claramente la expectativa de que *todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o su jurisdicción* respeten los estándares de Derechos Humanos de acuerdo con el Pacto en todas sus operaciones. También se le anima a la adopción de medidas apropiadas *para fortalecer los remedios previstos para proteger a las personas que han sido víctimas de las actividades de tales empresas que*

³⁸ El Consorcio tiene su propia web, con muchos datos e informaciones relevantes; vid. <http://www.etoconsortium.org/>. Una de sus aportaciones más recientes, v. gr., se denomina “Twelve Reasons to Strengthen Extraterritorial Human Rights Obligations”, recogida en http://www.fian.org/fileadmin/media/publications/2013.07_Report_Twelve_reasons_to_strengthen_ETOs.pdf.

³⁹ Vid el texto de los *Principios* en <http://www.etoconsortium.org/en/library/maastricht-principles/>. Y su análisis, v. gr., en AA.VV., “Commentary to the Maastricht Principles on the Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 34, 2012, pp. 1084-1169.

operan en el extranjero”⁴⁰.

B. Juego de las leyes extraterritoriales.

Un segundo orden de reflexiones, dando ya término a este epígrafe, tiene que ver con la extraterritorialidad, pero no respecto de las *Obligaciones de los Estados*, a la que he venido refiriéndome, sino a *la de las leyes*, un pluriverso jurídico de muy largo recorrido ya y con presencia en múltiples sectores. Pues bien, existe una vía de conjunción entre ambas, pues los Estados, asumiendo sus *Obligaciones* pueden, por ejemplo, configurar sus normas de forma que sometan a las empresas multinacionales radicadas en ellos, y a sus subsidiarias en el extranjero, a actuar según los imperativos de los Derechos Humanos⁴¹. Hay muchas iniciativas ya en el panorama comparado, destacando, por ejemplo, los Estados Unidos, y en lo que es derecho constituido, entre otras, la *Trafficking Victims Protection Reauthorization Act of 2013*⁴², la Sección 1502 de la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (2010)*⁴³, la

⁴⁰ Cursiva propia. Vid., HRLN, “Human Rights Committee Recognizes Extra-Territorial Obligations Under the International Covenant on Civil and Political Rights”, en <http://globalinitiative-escr.org/human-rights-committee-recognizes-extra-territorial-obligations-under-the-international-covenant-on-civil-and-political-rights/>. Late en el ánimo del Comité la falta de adecuada resolución por Alemania del caso *Mubende-Neumann*, al que he dedicado un estudio que recojo en la nota (5), *supra*. En general, vid., asimismo, D. Kaye, “State Execution of the International Covenant on Civil and Political Rights”, *UC Irvine Law Review*, vol. 3, 2013, pp. 95-125; R. Künnemann, “The Extraterritorial Scope of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en http://www.lancs.ac.uk/universalhumanrights/documents/FIAN_ETOsandICESCR.pdf, 20 pp. y *The Viena+20 CSO Declaration*, Junio de 2013, p. 5. Vid., también, v. gr., T. Stein, “Constitutional Socio- Economic Rights and International Law: ‘You Are Not alone’”, *PER/PELJ*, vol. 16, 2013, 17 pp.

⁴¹ Vid., v. gr., el enfoque integrador que propone O. De Schutter, “Sovereignty-Plus in the Era of Interdependence: Toward an International Convention on Combatting Human Rights Violations by Transnational Corporations”, en <http://iap6.cpd.ucl.ac.be/docs/FDI-HD/WP-PAI.VI.06-FDI-HD-10.pdf>.

⁴² Vid., en general, v. gr., A. W. Shavers, “Human Trafficking, The Rule of Law and Corporate Social Responsibility”, *South Carolina Journal of International Law and Business*, vol. 9, 2012, pp. 39-88. También, AA. VV., “United States: New Human Trafficking Laws and US Government Initiatives Make Anti-Trafficking A Compliance Priority for Businesses in 2013”, en <http://www.steptoe.com/publications-8618.html>; R. Alford, “The Extraterritorial Application of the Child Sex Trafficking Laws”, en <http://opiniojuris.org/2010/03/23/the-extraterritorial-application-of-the-child-sex-trafficking-laws/> y D. Raizner, LL.P., “KBR Ordered to Stand Trial in Human Trafficking Case”, en <http://kbrlitigation.com/kbr-ordered-to-stand-trial-in-human-trafficking-case/>. Nueva legislación en Irlanda con posibles efectos extraterritoriales es comentada, v.gr., por M. O’Halloran, “Trafficking Bill to Tackle Forced Begging and Domestic Servitude”, en <http://www.irishtimes.com/news/politics/oireachtas/trafficking-bill-to-tackle-forced-begging-and-domestic-servitude-1.1446615>.

⁴³ Vid., sobre ella, v. gr., AA.VV., “La Diligencia Debida en Materia de Derechos Humanos: El Papel de los Estados”, en <http://accountabilityroundtable.org/wp-content/uploads/2013/02/La-Diligencia-Debida-en-Materia-de-Derechos-Humanos-El-Papel-de-los-Estados.pdf>, p. 54 y s., y E. Carisch y L. Rickard-Martin, “Sanctions and the Effort to Globalize Natural Resources Governance”, *Friedrich Ebert Stiftung, International Policy Analysis/Fes New York*, January 2013. También, vid., v. gr., AA.VV. “Status of Challenge to Conflict Minerals Rule”, *Lexology*, 21-VI-2013 y la Decisión del Juzgado Federal de Distrito del Distrito de Columbia con fecha de 23-VII-2013, comentada por S. Sing, Amnesty USA, “Federal Court Upholds Corporate Accountability Disclosure Rule”, en <http://www.amnestyusa.org/news/press-releases/federal-court-upholds-corporate-accountability-disclosure-rule>;

American with Disabilities Act (1990), la californiana *Transparency in Supply Chains Act* (2010)⁴⁴...Una conjunción que puede convertirse en mecanismo óptimo para que los Estados cumplan con sus compromisos y responsabilidades tratándose de los citados Derechos⁴⁵.

V.Varia.

A.*El sector extractivo.*

Junto con el de gas y petróleo - un clásico en cuanto a las afectaciones de los DD. HH.⁴⁶ - el que voy a tratar aquí, de forma muy concisa y según la pauta mantenida en estas páginas, ostenta actualmente una relevancia tal en cuanto a esas afectaciones como para merecer también un seguimiento estrecho y vigilante⁴⁷. Sus vertientes son múltiples, y

comp. con la del mismo Juzgado de 2-VII-2013, sobre la Sección 1504 del mismo texto, comentada por AA.VV., “United States: D.C. Court Strikes SEC Rule Requiring Extractive Industries’ Reporting of Payments to Foreign Governments”, *Lexology*, 15-VII-2013. Asimismo, vid., Enough, “Investors and Human Rights Advocates Set Expectations for SEC Dodd-Frank Conflict Minerals Reports”, en <http://www.enoughproject.org/news/investors-and-human-rights-advocates-set-expectations-sec-dodd-frank-conflict-minerals-reports>.

⁴⁴ Respecto de ella, vid., v. gr., A. Fernández Muñoz y L. Sales Pallarés, “Las Leyes de Transparencia Empresarial Como Instrumento de Lucha Contra las Violaciones de Derechos Humanos”, en *La Responsabilidad...*, cit., en nota (19), *supra*. Sobre la protección del medio ambiente vid., v. gr., J. R. Nash, “The Curious Legal Landscape of the Extraterritoriality of U. S. Environmental Laws”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, 2010, pp. 997-1020. En ocasiones se defiende la aplicación de la notoria Acta RICO en material de Derechos Humanos; en ese contexto, puede ser de interés la reciente decision del Noveno Circuito Federal en *U.S. v. Chao Fan Xu*, comentada, v. gr., por AA.VV., “Rico Applies to Extraterritorial Conduct that is Part of a Pattern of Racketeering Activity that Geographically Includes the US”, *Lexology*, 28-VI-2013. Vid., también, en general, J. H. Knox, *Report of the Independent Expert on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment*, United Nations, General Assembly, 24-XII-2012, A/HRC/22/43. De interés resulta también lo referido al *Anti-Terrorism Act* de los Estados Unidos; vid., v. gr., T. J. Hall, “Courts Hear Suits Against Banks by Terrorist Attack Victims”, *Lexology*, 24-VII-2013.

⁴⁵ Vid., en general, v. gr., N. Bernaz, “Enhancing Corporate Accountability for Human Rights Violations: Is Extraterritoriality the Magic Potion?”, *Journal of Business Ethics*, DOI 10.1007/s10551-012-1531-z. También, N. Zambrana, (Ponente), “Jurisdicción Extraterritorial y Violaciones de los Derechos Humanos por Empresas Transnacionales”, *Informe del Grupo de Estudio Sobre el Derecho internacional privado y los DD.HH. Presentado al Congreso de los Diputados*, Junio de 2013, en <http://aquiencia.net/2013/07/08/zambrana-tevar-sobre-la-jurisdiccion-extraterritorial-y-violaciones-de-los-derechos-humanos-por-empresas-transnacionales/>. También, vid., v. gr., Tribune de Genève, “Le National Interdit les Mercenaires Mais Allège la Loi”, en <http://www.tdg.ch/suisse/Le-National-interdit-les-mercenaires-mais-allege-la-loi/story/22417589>.

⁴⁶ Vid., v. gr., AA. VV., “Corporate Liability in a New Setting: Shell and the Changing Legal Landscape for the Multinational Oil Industry in the Niger Delta”, *Essex Business and Human Rights Project*, 116 pp. ; J. A. Van Datta, “Some Legal Considerations For E.U.- Based MNEs Contemplating High-Risk Foreign Direct Investments in the Energy Sector After *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum and Chevron Corporation v. Naranjo*”, *South Carolina Journal of International Law and Business*, vol. 2, 2013, pp. 161-282 y, en general, IHRB, *Oil and Gas Sector Guide on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, 91 pp.

⁴⁷ V., en general, v. gr., F. Thomas, “Exploitation Minière au Sud: Enjeux et Conflits”, CETRI, en <http://www.cetri.be/spip.php?article3087> y T. Ferrando, “Codes of Conduct as Private Legal Transplant: The Case of European Extractive MNEs”, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2145879.

espigaré ahora entre ellas. Por ejemplo, sus relaciones con el fenómeno, citado, del acaparamiento de tierras o *Land Grabbing*, un aspecto, según entiendo, muy a tener en cuenta⁴⁸. También, la peculiar estructura del sector a escala mundial, con un gran predominio de las empresas canadienses⁴⁹. O la realidad innegable, la he apuntado, de una gran conflictividad que se traduce en un vértigo de atroces violaciones de los Derechos Humanos, especial pero no únicamente, en América Latina y África, y acentuado en situaciones bélicas⁵⁰. Pero, acaso, contando con todo ello, y sin menoscabo de las situaciones en las que no se ven comprometidas, haya de ponerse especialmente el foco sobre las minorías indígenas, víctimas especialmente vulnerables y necesitadas de protección, en coherencia además con el tratamiento específico que les proporciona el ordenamiento internacional, tratamiento que, por las trazas, no las pone a salvo de tales violaciones⁵¹. Aquí, junto al acceso a las vías judiciales, preciso es

⁴⁸ Estudiando el caso colombiano, vid., v. gr., F. Vargas Valencia, “Minería, Conflicto Armado y Desalojo de Tierras: Impactos, Desafíos y Posibles Soluciones Jurídicas”, en *Minería en Colombia, Fundamentos para Superar el Modelo Extractivista*, L. J. Garay Salamanca, (Dir.), Contraloría General de la República, 2013, pp. 57-88. Vid, asimismo, v. gr., The Economist, “Property and the Lady”, sobre Birmania, en <http://www.economist.com/news/finance-and-economics/21574465-property-rights-and-economic-growth-may-not-always-go-together-property-and> .

⁴⁹ He tratado de ello, por ejemplo, a través de algunos casos, en mi estudio “La Responsabilidad de las Empresas Multinacionales por Violaciones de los Derechos Humanos: Práctica Reciente”, *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia- San Sebastián*, vol. 12, 2012, pp. 194-207. Vid., asimismo, v. gr. EFE, “Sector Minero Canadiense Se Enfrenta a un Aluvión de Acusaciones y Conflictos”, en http://economia.elpais.com/economia/2013/05/03/agencias/1367616291_622276.html ; T. Lupick, “How Canada Dominates African Mining”, en <http://thinkafricapress.com/economy/canada-dominates-african-mining>; S. L. Seck, “Canadian Mining Internationally and the UN Guiding Principles on Business and Human Rights”, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2126442; AA.VV. “Accountability Across Borders: Mining in Guatemala and the Canadian Justice System”, *Osgoode Hall Law School*, Research Paper No. 26/2012; R. F. Currie y H. M. Kindred, “Flux and Fragmentation in the International Law of State Jurisdiction: The Synecdochal Example of Canada’s Domestic Court Conflicts over Accountability for International Human Rights Violations”, en <http://ssrn.com/abstract=2116397> ; L. L. North y L. Young, “Generating Rights for Communities Harmed by Mining: Legal and Other Action”, *Canadian Journal of Development Studies*, vol. 34, 2013, pp. 96-110 e ICIP, “Companies In Conflict Situations: Advancing the Research Agenda”, *Seminar Proceedings*, Barcelona, October 2011, Documents 08/2012. También, O. Martín-Ortega, “La Diligencia Debida de las Empresas en Materia de Derechos Humanos: Un Nuevo Estándar para una Nueva Responsabilidad”, en *La Responsabilidad de las Empresas...*, cit. en nota (19), *supra*, Apartado 5, (en prensa). El Tribunal Superior de Ontario, Julio de 2013, ha marcado en su importante decisión en el caso *Choc v. Hudbay* lo que espero sea el inicio de una nueva era en los litigios transnacionales sobre los Derechos Humanos, surgida en este sector y para ese País; vid., v. gr., AA.VV., “A Warning for Canadian Corporations with Foreign Subsidiaries”, *Lexology*, 30-VII-2013 y G. Waggot y D. W. Podowski, “Canadian Legal Claims: A Future Export from Latin America?”, *ibidem*, 23-VIII-2013.

⁵⁰ Entre los casos más recientes, vid., v. gr., Amnistía Internacional, “Colombia: Continúan las Amenazas de Muerte Contra Sindicalistas”, en <http://www.amnesty.org/es/library/asset/AMR23/027/2013/es/988baa8b-850a-4ad1-a4fa-473040f4185f/amr230272013es.html>; K. Hall, “Two Dead After 4,000 Riot at Gold Mine in Tanzania”, en <http://www.mining.com/two-dead-after-4000-riot-at-tanzania-gold-mine-52496/>; CEDHU *et alii*, *Large-Scale Mining in Ecuador and Human Rights Abuses, The Case of Corriente Recursos Inc.* 37 pp. y FIDH, *Perú: Metallurgical Complex of La Oroya, When Investor’s Protection Threatens Human Rights*, 2012, 25 pp.

⁵¹ Vid., v. gr., J. Anaya, “Excerpts of the Reports of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, James Anaya, On Extractive Industries Affecting Indigenous Peoples and Other Issues Related

enfatar la importancia del *Consentimiento Previo, Libre e Informado*, respecto del sector minero y de cualquier otra actividad que ponga en riesgo sus hábitats⁵². Como nota de esperanza, sin embargo, y concluyo ya este punto, dejo aquí testimonio del creciente número de ocasiones en el que las instancias oficiales de los Países de acogida de las empresas extractivas, están resolviendo en favor de sus propias poblaciones y medio ambiente, lo que denota a mi parecer que asumen, frente a las presiones e intereses de aquéllas, una mentalización sobre este sector que muchas veces se ha logrado a través de las continuadas luchas de los afectados. El reciente caso, 18-IV-2013, de Vedanta y los Dongria Kondh, (Orissa), resuelto por el Tribunal Supremo de la India en favor de esta comunidad,⁵³ sería, junto a otros, prueba de éste, como digo, muy positivo desarrollo que confío siga en ascenso⁵⁴.

to Business and Human Rights”, *Human Rights Council, Forum on Business and Human Rights*, 30-XI-2012, A/HRC/FBHR/2012/CRP.1. También, en general, J. E. Esteve Moltó, “La Responsabilidad de Proteger a los Pueblos Indígenas Frente a los Abusos de las Empresas Transnacionales”, en *REDI*, vol. 64, 2012, pp. 275-281 ; la *Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, versión para comentarios, 10-XII-2012, United Nations Global Compact; P. Hasteh, “Análisis del Deber del Estado de Proteger a los Pueblos Indígenas Afectados por las Empresas Transnacionales y Otras Empresas”, Consejo Económico y Social, Naciones Unidas, 23-II-2012, E/c.19/2012/3 ; S. Torrecuadrada García-Lozano, “Los Derechos Indígenas Sobre sus Territorios y los Recursos que se Encuentran en Ellos”, en *Anuario*, cit., en nota (49), *supra*, pp. 309-342 ; ILA, “Rights of Indigenous Peoples”, *Sofia Conference*, 2012, pp. 503-553 y el *Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Enterprises...*, en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-68-279.pdf> . Vid., v. gr., un reciente ejemplo en Survival, “*Jaguar People Urgent Appeal to Oil Company’s Shareholders*”, en <http://www.survivalinternational.org/news/9329> y AA. VV., “Human Rights Impact Assessment of the Tampakan Copper-Gold Project, Mindanao, Philippines”, en http://www.misereor.de/fileadmin/redaktion/HRIA_Human_Rights_Impact_Assessment_Tampakan_Copper-Gold_Project_August2013.pdf .

⁵² Vid., v. gr., C. Doyle y J. Cariño, “Making Free, Prior and Informed Consent a Reality, Indigenous Peoples and the Extractive Sector”, May 2013, en <http://jetztzeit.files.wordpress.com/2013/05/fpic-report-long.pdf>. También, CIJ, “Written Statement of 7 May 2013”, United Nations, General Assembly, A/HRC/23/NGO/12, p. 2 y D. Newman, “Norms of Consultation with Indigenous Peoples: Decentralization of International Law or Reinforcement of State’s Role?”, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2289525 . También, Ofrane, “Honduras: Masacre de Indígenas Tolupanes y la Ausencia de Consentimiento Libre e Informado”, en <http://ofraneh.wordpress.com/2013/08/27/honduras-masacre-de-indigenas-tolupanes-y-la-ausencia-de-la-aplicacion-del-consentimiento-previo-libre-e-informado/> .

⁵³ Vid. Amnesty International, “India: Landmark Supreme Court Ruling a Great Victory for Indigenous Rights”, en <http://www.amnesty.org/en/news/india-landmark-supreme-court-ruling-great-victory-indigenous-rights-2013-04-18>.

⁵⁴ Vid., v. gr., entre otros, Nisgua, “Criminal Case Against Alberto Rotondo, Security Manager for Tahoe Resources, Moves Forward in Guatemalan Courts”, en <http://nisgua.blogspot.com.es/2013/06/criminal-case-against-alberto-rotondo.html> ; Servindi, “Guatemala, Ordenan Suspender Licencia de Explotación de Minera Canadiense”, en <http://servindi.org/actualidad/90886> ; Telesur, “Tribunal en Costa Rica Desecha Polémico Proyecto de Minera Canadiense”, en <http://www.telesurtv.net/articulos/2013/06/20/sala-constitucional-desecha-polemico-proyecto-de-minera-canadiense-se-en-costarica-6114.html> ; Zambia Environmental Management Agency, *Issuance of Environmental Protection Order to First Quantum Minerals*, en <http://www.lusakatimes.com/2013/06/20/issuance-of-environmental-protection-order-to-first-quantum-minerals/>; La Jornada, “Tribunal Ordena a Minera Canadiense Devolver 1.100 Hectáreas en Durango”, en <http://www.jornada.unam.mx/2013/04/19/estados/035n1est> ; Reuters, “Corte Chilena Paraliza Proyecto Pascua Lama de Barrick Gold”,

B.El llamado Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos.

Expongo ahora algunos datos y apreciaciones sobre él, de forma casi telegráfica y concluyendo el presente epígrafe. Este Plan trae origen de los Principios Rectores aprobados por el Consejo de DD.HH. de las Naciones Unidas en Junio de 2011⁵⁵ y en la invitación que se lanzó por la Comisión Europea a los Estados Miembros de la UE en la mentada *Nueva Estrategia para 2011-2014 Sobre la Responsabilidad Social de las Empresas*, en el sentido de desarrollar Planes Nacionales para la puesta en práctica de aquéllos. Aceptando esa invitación, el Gobierno de España, a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y su Oficina de Derechos Humanos (ODH) está promoviendo un Plan Nacional autónomo, abierto en su elaboración a las propuestas de las instancias oficiales, empresas y representantes de la sociedad civil - fundamentalmente a través de ONGS y medios universitarios -, habiéndose nombrado entre estos últimos una Comisión Académica que asesora a los fines que se pretenden.

Luego de diversas reuniones e intercambios por variados cauces entre los intervinientes, el día de 26 de Junio de 2013 se presentó en la Casa de América de Madrid un Borrador del Plan, en una Jornada con sesiones comunes y otras planteadas específicamente sobre los llamados tres pilares, *Proteger, Respetar y Remediar*, acogidos en los citados Principios. Este Borrador iría seguido de un segundo, que se haría público en Septiembre de 2013 y para cuya revisión también se convocará oportunamente a los diversos interesados *-stakeholders*.

Así las cosas, he venido participando en este proceso, del que he de alabar la apertura con la que se está llevando a cabo y el excelente trabajo que realizan los coordinadores nombrados por la ODH, profesionales con una muy larga trayectoria en el estudio y desempeño práctico de los problemas que se afrontan, responsables en buena medida de ese Borrador ya presentado y que me atrevo a calificar de ambicioso. No obstante, tengo que dejar constancia también de las reticencias muy marcadas que sobre todo este proceso se vienen observando respecto de relevantes medios empresariales -lo que no creo extrañe a persona alguna en nuestro sufrido País- y un sector cualificado de las ONGS, lo que también era previsible, porque el Plan se asienta sobre los referidos

en http://www.swissinfo.ch/spa/suiza_y_e_l_mundo/internacional/Corte_chilena_para_liza_proyecto_Pascua_Lama_de_Barrick_Gold.html?cid=35461648 y Survival, “Sin Precedentes: Suspensión de la Minería en Tierras Indígenas Colombianas”, en <http://www.survival.es/noticias/8996> .

⁵⁵ Amplia información y seguimiento sobre ellos se contiene, por ejemplo, en <http://www.business-humanrights.org/UNGuidingPrinciplesPortal/Home> .

Principios y éstos han sufrido fuertes críticas desde ese sector y, hay que añadir, desde cualificadas voces del académico⁵⁶. Sea como fuere, éste del Plan Nacional me parece un extremo de alto interés en un empeño como el que recogen las presentes páginas y así lo he traído a colación, a expensas de que se concrete en unos sustanciales términos definitivos y de los medios que en su caso se adopten para llevarlo a la práctica junto, evidentemente, a la voluntad política que ha de terciar en ello⁵⁷.

VI. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.

Dije en las observaciones liminares que los diversos aspectos que iban a ser tratados del problema de la responsabilidad de las empresas multinacionales me parecían significativos, y en esta sede me confirmo en ello. No obstante, si hubiera de retener dos puntos en especial me quedaría, en primer lugar, con el cambio de circunstancias que ha suscitado en los EE.UU. la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Kiobel*. Se abre un panorama que estimo inédito desde hace décadas, en el que no se vislumbran con claridad alternativas que pudieran compensar del quebranto que ha sufrido indudablemente la defensa de los Derechos Humanos, no solo en ese País, sino, por su gran influencia en todos los órdenes, también en el resto del mundo. Pero, y ello me satisface muy íntimamente, también quiero resaltar, como segundo punto, lo que advierto como una creciente conciencia, acompañada de espíritu de lucha, en buen número de los Países que acogen a las multinacionales, que está llevando a las diversas instancias de poder en ellos a ponerles freno, a salir al paso de propósitos y conductas que conducen a grandes estragos sobre los Derechos Humanos. En la medida en que es fruto del sacrificio y la convicción, está tendencia, creo, no puede sino arraigar y seguir

⁵⁶ Vid., v. gr., respectivamente, Alba-Sud, *et alii*, “Observaciones ante la Propuesta de un Plan sobre Empresa y Derechos Humanos del Gobierno Español”, en <http://omal.info/spip.php?article5753> y J. E. Esteve Moltó, “Los Principios Rectores Sobre las Empresas Transnacionales y los Derechos Humanos en el marco de las Naciones Unidas para ‘Proteger, Respetar y Remediar’: ¿Hacia la Responsabilidad de las Corporaciones o la Complacencia Institucional?”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 27, 2011, pp. 317-351. Vid., asimismo, otras apreciaciones, v. gr., en Oxfam, “Business and Human Rights, An Oxfam Perspective on the UN Guiding Principles”, *Oxfam Technical Briefing*, June 2013; N. Zambrana- Tévar, “Los Principios Rectores de las Naciones Unidas Sobre las Empresas y los Derechos Humanos”, en *La Responsabilidad de las Empresas...*, cit. en nota (19), *supra*, (en prensa); B. Fasterling y G. Demuijnck, “Human Rights in the Void? Due Diligence on Business and Human Rights”, *Journal of Business Ethics*, August 2013, 16 pp. y J. M. Amerson, “*The End of the Beginning?: A Comprehensive Look at the U.N.’s Business and Human Rights Agenda From a Bystander Perspective*”, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, vol. 17, 2012, pp. 1-83. Estudiando otra iniciativa, vid., v. gr., OECD Watch, “Calling for Corporate Accountability: A Guide to the 2011 OECD Guidelines for Multinational Enterprises”, Junio de 2013. En general, vid., asimismo, v. gr., J. Martin, “Business and Human Rights: What’s the Board Got To Do With It?”, *University of Illinois Law Review*, 2013, pp. 959-1000.

⁵⁷ El Reino Unido ya ha publicado su Plan Nacional; vid. en <http://www.business-humanrights.org/UNGuidingPrinciplesPortal/ToolsHub/Governments/UKNationalActionPlan>.

en aumento.

Si, por otra parte, también hubiera de poner de relieve algo no tratado aquí, sería sin duda, en primer lugar, el estudio de la influencia del régimen de inversiones sobre la reiteradamente citada responsabilidad. Resulta una cuestión del mayor interés, que ha tenido ya excelentes aportaciones en España, en la que están implicados equipos académicos de prestigio y en la que animo a seguir ahondando⁵⁸. Asimismo, y en segundo lugar, estimo que resulta cada vez más oportuno profundizar en las vías penales, siempre en el marco del objeto de estas páginas, en consonancia con el ya importante acervo de doctrina e iniciativas que se han generado al respecto, y con la propia naturaleza de gran parte de las conductas en la raíz de los problemas aquí suscitados⁵⁹.

En la anterior vez en la que tuve el honor de presentar una Ponencia a nuestra Asociación, en fin, os hablé del Caso Bhopal, en clave del llamado *Forum Non Conveniens*, tan ubicuo en los EE.UU. en los litigios civiles transnacionales sobre Derechos Humanos. La concluía con una llamada a que se convirtiese en un *Transformative Tort* que forzase a una redefinición del marco internacional y de las reglas del juego en las relaciones entre empresas multinacionales y Países de acogida⁶⁰. En cambio, han pasado muchos años y la realidad de un huracán como el que recogía en su poema Léopold Sédar Senghor - y, esta vez, arrastrando un ingente número de violaciones de los citados Derechos perpetradas por esas empresas - es abrumadora, insoslayable. Mi llamada ahora, pues, es a que como colectivo e individualmente

⁵⁸ Una buena muestra de esa implicación sería, por ejemplo, la excelente Ponencia presentada a estas Jornadas por F. J. Pascual Vives bajo el título, “Intereses Públicos Globales en el Derecho Internacional de las Inversiones: Una Relación Compleja en un Ordenamiento Sectorializado”.

⁵⁹ En general, vid., v. gr., la doctrina que recojo en la nota (80) de mi estudio “La Responsabilidad de las Empresas Multinacionales...”, cit. aquí en la nota (49), *supra*. También, vid., v. gr., A.A.V.V., “Overcriminalization of Corporate Conduct: What You Need to Know to Be Prepared”, *Lexology*, 22-VIII-2013 ; H. van der Vilt, “Corporate Criminal Responsibility for International Crimes: Exploring the Possibilities”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 12, 2013, pp. 43-77 y P. Laumann, “*Ashcroft v. Iqbal* and Binding International Law: Command Responsibility in the Context of War Crimes and Human Rights Abuses”, *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, vol. 16, 2013, pp. 181-201. La lucha mundial contra la corrupción es fácil que pueda influir también a este respecto; vid., v. gr., Arnold and Porter, LLP., “FCPA, Bribery Act & Other Global Anti-Corruption Insights”, *Lexology*, 21-VIII-2013 ; W. Magnusson, “International Corporate Bribery and Unilateral Enforcement”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 51, 2013, pp. 360-417 y D. Saglibene, “The UK Bribery Act: a Benchmark for Anticorruption Reform in the US”, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2266175 . También, AA.VV., “China Intensifies Scrutiny of Multinational Pharmaceutical Companies”, *Lexology*, 3-IX-2013 y AA.VV., “United States. FCPA in the News, Big Scoop, Real Fallout”, *Mondaq*, 12-IX-2013.

⁶⁰ Treinta años después persisten los reflejos judiciales de la catástrofe; vid., v. gr., M. Malhotra, “Ray of Hope for Survivors of Bhopal Disaster”, en <http://livewire.amnesty.org/2013/08/07/ray-of-hope-for-survivors-of-the-bhopal-disaster/> .

perseveremos a este respecto y por todos los medios en la protección de tales Derechos y en el progreso del ordenamiento internacional. Y a no olvidar el que, so capa de la crisis y de la defensa de turbios intereses amparados por una ideología radical tan ayuna de escrúpulos como pródiga en propaganda y muy entregados seguidores, gruesas violaciones de los Derechos Humanos, y como afirman voces muy autorizadas, se estén dando **también** en los Países del ámbito europeo y en el nuestro, España. El hecho, por ejemplo - enormemente significativo de un intolerable estado de cosas - de que muchos escolares hayan de ser auxiliados por carecer del sustento más básico⁶¹, debiera llevarnos a reflexionar muy intensamente y a actuar en consecuencia. Como internacionalistas y como seres humanos.

⁶¹ Vid., v. gr., P. Almenar, “Más de 2.500 Escolares Comen en Valencia Gracias a Ayudas Sociales”, Diario “*El País*”, 16-VIII-2013, p. 16 y P. Murillo y A. J. Mora, “Clases de Verano...en Alimentación”, *ibidem*, 18-VIII-2013, p. 32 y s. También, en general, S. George, “Debt, Austerity, Devastation”, en <http://www.tni.org/article/debt-austerity-devastation> y R. Poch, *et alii*, *La Quinta Alemania. Un Modelo Hacia el Fracaso Europeo*, Icaria, 2013.