

---

# Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos: la imperiosa complementariedad con normas vinculantes

Referencia al plan español\*

---

JOSÉ ELÍAS ESTEVE MOLTÓ

Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidad de Valencia  
j.elias.esteve@uv.es

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN: EL CUESTIONAMIENTO DEL DERECHO DE GENTES POR PARTE DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES. 2. LA NECESIDAD DE COMPLEMENTAR LOS MECANISMOS AUTORREGULATORIOS Y VOLUNTARIOS DE LOS PLANES DE ACCIÓN NACIONAL. 2.1. Hacia los Planes de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos. 2.2. El apoyo regional a los Planes de Acción Nacional y su coherencia política. 3. EL PLAN ESPAÑOL SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: LA AUSENCIA DE UNA LEY DE ACOMPAÑAMIENTO. 4. CONSIDERACIONES FINALES.

## 1. INTRODUCCIÓN: EL CUESTIONAMIENTO DEL DERECHO DE GENTES POR PARTE DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES

En este 2018, en el que se celebra el 70 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, algunos de los principales desafíos a este contrato social universal siguen sin poder atajarse. Ciertamente, que con avances y retrocesos se ha emprendido un proceso de humanización del Derecho internacional<sup>1</sup>. Pero no es menos ajustado a la realidad de los hechos, que el propósito humanista del Derecho de Gentes está siendo alarmantemente cuestionado por el imparable avance de una globalización económica y comercial ajena a estos valores. El ilimitado crecimiento de las grandes empresas transnacionales, auspiciado por un derecho internacional económico hecho a medida para estos actores no estatales, cuestionan la efec-

---

\* Estudio desarrollado en el marco del proyecto «Prioridades en la revisión de la estrategia global y europea de seguridad» del Ministerio de Industria, Economía y Competitividad, DER2017-86861-R.

<sup>1</sup> MERON, T., *The humanization of International Law*, The Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, Leiden, 2006.

tiva protección de los derechos humanos<sup>2</sup>. En efecto, tal y como ya advertía el artículo 28 de la Declaración, sin un «orden social e internacional» justo y equitativo la efectividad de estos derechos está condenada a quedar en papel mojado.

Décadas después que la Asamblea General de la ONU proclamara el «derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales»<sup>3</sup>, y habiendo quedado en estado de frustración la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados y el Nuevo Orden Económico Internacional<sup>4</sup> (cuyos aspectos jurídicos examinó con detalle el Prof. Bermejo García<sup>5</sup>), el imparable avance corporativo se desboca y se van sumando otros efectos que exigen una respuesta del Derecho internacional. El desenfrenado fenómeno del acaparamiento de tierras<sup>6</sup>, que recorre distintas regiones ricas en recursos y que se asientan en los enclaves donde la población queda más desprotegida, como en África<sup>7</sup>; la explotación minera indiscriminada a la que se ha unido el voraz apetito de las empresas de los grandes Estados emergentes orientales pertenecientes al grupo de los BRICS, China e India<sup>8</sup>; las nuevas formas de esclavitud ocultas tras unas intrincadas cadenas de suministros<sup>9</sup>; los ecocidios causados por estos agentes económicos como por ejemplo en Borneo con el aceite de palma o por un

<sup>2</sup> ZAMORA CABOT, F.J., «Las Empresas Multinacionales y su Responsabilidad en Materia de Derechos Humanos: Una Visión de Conjunto», *Papeles El Tiempo de los Derechos* n.º 6, 2013. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J y RAMIRO PÉREZ, P., «Lex mercatoria vs. derechos humanos. Las empresas transnacionales y la arquitectura jurídica de la impunidad», *Gaceta sindical: reflexión y debate*, n.º 16, 2016, pp. 223-240.

<sup>3</sup> Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada «Soberanía permanente sobre los recursos naturales»

<sup>4</sup> Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General el 12 de diciembre de 1974, Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estado; Resolución 3201 (S-VI) de la Asamblea General de 1 de mayo de 1974, Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden internacional; Resolución 3202 (S-VI) de la Asamblea General de 1 de mayo de 1974, Programa de acción sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional.

<sup>5</sup> BERMEJO GARCÍA, R., *Vers un nouvel ordre économique international. Etude centrée sur les aspects juridiques*, Eds. Universitaires, Friburgo, 1982.

<sup>6</sup> ZAMORA CABOT, F.J., «Acaparamiento de Tierras (Land Grabbing) y Empresas Multinacionales: El Caso Mubende-Neumann», *Papeles El Tiempo de los Derechos*, 2013.

<sup>7</sup> NSEEUW, W., «The Rush for Land in Africa: Resource Grabbing or Green Revolution?», *South African Journal of International Affairs*, vol. 20, 2013, pp. 159-177

<sup>8</sup> ZOLIN, M. B. y BRAGGION, M., «Land Grabbing, Food Security and Energy Security in Asia: The Cases of China and India», en <http://www.wbiworldconpro.com/uploads/malaysia-conference-2013/economics/220-Maris.pdf>

<sup>9</sup> MARTÍN-ORTEGA, O. *et al.*, «Promoting Responsible Electronic Supply Chains Through Public Procurement», University of Greenwich, *BHRE Research Series, Policy Paper No. 1*, 2015.

extractivismo rampante cuyos efectos ambientales y humanos resultan irreversibles, obligan a reaccionar al Derecho internacional. La tarea de regular las actuaciones de las empresas transnacionales se presenta impostergable, al mismo tiempo que titánica, ya que de forma inherente debe reformarse un sistema comercial global, injusto y desleal<sup>10</sup>. Se trata pues de exigir responsabilidades penales y civiles a nivel nacional e internacional a estos actores no estatales, cuyos privilegios y derechos no se corresponden con sus más que exiguas obligaciones.

Así pues, el Derecho internacional debe superar el reto de un inmovilismo que parece afianzado con los actuales y tibios mecanismos auto-regulatorios para estas grandes corporaciones. A todo ello debe añadirse que la crisis financiera global, como precisa el Prof. Bermejo, nos ha mostrado «que la sociedad internacional necesita un marco jurídico más claro que regule el papel, en algunos casos desorbitante, que desempeñan los operadores privados en los mercados de capitales»<sup>11</sup>. Sin embargo, con audacia debería procederse a la ruptura con una práctica mercantilista regresiva y protectora a ultranza de los intereses de estas empresas transnacionales. Iniciativas como el proyecto de tratado impulsado por la Resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos de 14 de julio de 2014<sup>12</sup>, va a medir si el Derecho internacional quiere jugar un papel relevante propio del Derecho de Gentes en línea con el proceso de humanización del Derecho internacional, o si por el contrario quiere permanecer anclado en una hiperinflación de tratados de libre comercio y de inversiones que cuestionan el paradigma humanista del Derecho. En consecuencia, el reto presente consiste en dar un salto cualitativo para poder conjugar y complementar mecanismos de *soft law*<sup>13</sup>, como los Principios Rectores y los Planes de Acción Nacionales que los desarrollan, con normas vinculantes a nivel nacional e internacional.

<sup>10</sup> MOON, G., «Trading in Good Faith? Importing States' Economic Human Rights Obligations into the WTO's Doha Round Negotiations», *Human Rights Law Review*, 2013, pp. 1-41.

<sup>11</sup> BERMEJO GARCÍA, R., «La evolución del sistema monetario y financiero internacional a la luz de la reciente crisis financiera», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 29, 2013, pp. 7-60, p. 60.

<sup>12</sup> Resolución A/HRC/RES/26/9, «Elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos», Consejo de Derechos Humanos 26º período de sesiones Tema 3 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, 14 julio 2014.

<sup>13</sup> SÁNCHEZ PATRÓN, J.M.: «Responsabilidad ambiental y derechos humanos: Los deberes de las empresas en el Derecho Internacional», *REEL*, n.º 32, diciembre 2016.

## 2. LA NECESIDAD DE COMPLEMENTAR LOS MECANISMOS AUTORREGULATORIOS Y VOLUNTARIOS DE LOS PLANES DE ACCIÓN NACIONAL

### 2.1. *Hacia los Planes de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos*

Ya en la década de los 70 del siglo pasado, ante el clamor de los Estados surgidos de la descolonización que además de la independencia jurídica formal, querían culminar el proceso de autodeterminación *de facto*, se comenzó a debatir en las Naciones Unidas los primeros proyectos para limitar el poder abusivo de las empresas transnacionales. Son bien conocidos tanto los frustrados proyectos de código de conducta de la Comisión de Sociedades Transnacionales<sup>14</sup> o las llamadas *Normas de la ONU sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas en relación a los derechos humanos*<sup>15</sup>, como las iniciativas de carácter voluntario de la ONU con su desacreditado Pacto Global<sup>16</sup>, de la OCDE con sus *Directrices para Empresas Multinacionales*<sup>17</sup> o de la OIT y su *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> La primera versión del código de conducta data de 1982, E/C.10/1982/6. FIKENTSCHER, W., «United Nations code of conduct: new paths in International Law», *American Journal of Comparative Law*, 30, 4, 1982, pp. 577-604.

<sup>15</sup> E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 de 26 de agosto de 2003. Un resumen del proyecto de las llamadas Normas de la ONU puede consultarse en JÄGERS, N. M.C.P., *Corporate Human Rights obligations: in search of accountability*, ed. Intersentia, School of Human Rights Research Series, vol. 17, Antwerpen, 2002, pp. 124-128. HILLEMANN, C., «UN Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights», *German Law Journal* 4, 2003, pp. 1065-1080. WALLACE, R.M.M. y MARTIN-ORTEGA, O., «The UN Norms: a first step to universal regulation of transnational corporations' responsibilities for human rights?», *Dublin University Law Journal* 26, pp. 304-319.

<sup>16</sup> *Global Compact* cuyos «Diez Principios están basados en Declaraciones y Convenciones Universales aplicadas en cuatro áreas: Derechos Humanos, Medio Ambiente, Estándares Laborales y Anticorrupción. en [http://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/Los\\_Diez\\_Principios.html](http://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/Los_Diez_Principios.html).

<sup>17</sup> Directrices enmarcadas en la *Declaración sobre inversión internacional y empresas multinacionales* de 1976, y revisadas en el 2000 y 2011, cfr. OCDE (2013), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>. Véase también, el Proyecto de la OCDE para el sector textil, *Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector*, 2017, en <https://mmeguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-Garment-Footwear.pdf>.

<sup>18</sup> Declaración adoptada en 1977, modificada en 2000 y 2006, y revisada recientemente en 2017, OIT: *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, 5ª ed., junio de 2017, en [http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS\\_124924/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124924/lang--es/index.htm).

Más allá de estas declaraciones acusadas de albergar una «eficacia prácticamente nula y una efectividad básicamente retórica»<sup>19</sup>, parecía que se había logrado un amplio consenso internacional cuando el 6 de julio de 2011 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>20</sup> aprobaba los «*Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’*»<sup>21</sup>. Se consideraba que esta estrategia ofrecía una nueva orientación destinada a culminar una «globalización socialmente sostenible» y para ello se diseñaron tres grandes pilares de actuación consistentes, en primer lugar, en un deber de los Estados de proteger los derechos humanos, seguido de una responsabilidad respecto de las empresas a los mismos, para finalizar en tercer lugar, con unas vías de reparación de los daños causados a las víctimas por la trasgresión de tales derechos.

Ahora bien, una vez enunciados los Principios, debían los mismos hacerse efectivos y para ello el Consejo de Derechos Humanos impulsó la creación de un Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU. Precisamente los expertos independientes de este mecanismo extraconvencional no han dejado de insistir desde sus inicios que los Estados deben aplicar a nivel interno los Principios a través de los llamados *Planes de Acción Nacional* (PAN). Para facilitar esta tarea, en noviembre del 2016 el Grupo de Trabajo publicaba una Guía Práctica<sup>22</sup> en el que de forma sucinta describía en cinco fases el proceso que debían seguir los Estados para implementar los Principios Rectores, al mismo tiempo que remarcaba los principios y medidas que debían ejecutarse para dar cumplimiento efectos a los mismos.

---

<sup>19</sup> DILLER, J., «Social conduct in transnational enterprise operations: the role of the International Labour Organization», en BLANPAIN (ed.), *Multinational Enterprises and the Social Challenges of the XXIst Century. Bulletin of Comparative Labour Relations*, 37, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2000; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, J. J., «Marcos de las relaciones laborales en las empresas multinacionales: las directrices de la OCDE», en *Empresas multinacionales: su incidencia en las relaciones sociales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006.

<sup>20</sup> Resolución del Consejo de Derechos Humanos de 6 de julio de 2011, A/HRC/RES/17/4, 17º período de sesiones.

<sup>21</sup> Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»*. A/HRC/17/31 de 21 de marzo de 2011.

<sup>22</sup> UN Working Group on Business and Human Rights, *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights*, Ginebra, noviembre 2016, disponible en [http://ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG\\_NAPGuidance.pdf](http://ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_NAPGuidance.pdf).

## 2.2. *El apoyo regional a los Planes de Acción Nacional y su coherencia política*

Con todo, esta política de promoción de PAN's curiosamente no surgió de este mecanismo de la ONU, sino de la Unión Europea<sup>23</sup>. Pocos meses después de la aprobación de los Principios de Ruggie, la Comisión en su *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas* instaba a los Estados a llevar a cabo sus propios planes nacionales<sup>24</sup>. Y del mismo modo el Consejo de la UE ha hecho lo propio en las distintas ediciones de su *Marco Estratégico y Plan de Acción sobre Derechos Humanos y Democracia*<sup>25</sup>, aunque únicamente concentrando todos los esfuerzos en la llamada responsabilidad social corporativa.

Por otra parte, las organizaciones regionales con competencias en derechos humanos también se han hecho eco de los llamamientos del Grupo de Trabajo de la ONU. Asimismo, en suelo europeo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, tras una primera Declaración de 2013 alentando a los Estados parte a adoptar los PAN, emitió en marzo de 2016 una *Recomendación sobre Derechos Humanos y Empresas*<sup>26</sup>. En la misma, instaba formalmente a los Estados a que implementaran los Principios Rectores a nivel nacional y para ello el mismo Comité de Ministros se atribuye en un plazo de cinco años la responsabilidad de hacer un seguimiento de las buenas prácticas de los PAN europeos. Especial mención de esta recomendación merece el énfasis depositado en la sección relativa al acceso de las víctimas a los remedios judiciales administrativos, civiles y penales en los que el Consejo de Europa hace valer su experiencia en la materia. Se recuerda en este contexto las obligaciones que

<sup>23</sup> MÁRQUEZ CARRASCO, M.C., «Elementos claves de la implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos en la Unión Europea», en MÁRQUEZ CARRASCO y VIVAS TESÓN (coord.), *La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por la Unión Europea y sus estados miembros*, Thomson Reuters-Aranzadi: Ministerio de Economía y Competitividad, 2017, pp. 21-47.

<sup>24</sup> COM/2011/681/FINAL, *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*, 25 de octubre de 2011.

<sup>25</sup> Consejo de la Unión Europea 11855/12, *Marco Estratégico y Plan de Acción 2012-2014 sobre Derechos Humanos y Democracia de la UE* de 25 de junio de 2012; *Plan de Acción para los derechos humanos y la democracia (2015-2019)* 10897/15, «Mantener los derechos humanos entre las prioridades de la agenda de la UE», en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10897-2015-INIT/es/pdf>. Véanse las tres medidas del punto 18, «avanzar en lo relativo al comercio y los derechos humanos» y el punto 25 «política de comercio e inversión».

<sup>26</sup> Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to member States on human rights and business (*Adopted by the Committee of Ministers on 2 March 2016 at the 1249th meeting of the Ministers' Deputies*).

tienen los Estados de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 6 y 13 de la Convención Europea de los Derechos Humanos<sup>27</sup>. Asimismo, de forma específica se da un tratamiento singularizado adicional a la protección de los trabajadores, niños, pueblos indígenas y defensores de los derechos humanos.

La Asamblea General de la OEA ha hecho lo propio y en dos resoluciones de 2014 y 2016, tras recordar los compromisos derivados de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible<sup>28</sup> y de los Principios Rectores, ha interpelado a los Estados miembros a ir desarrollando esos planes nacionales<sup>29</sup>. Es más, la última resolución efectúa un encargo a la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que apoye el desarrollo de los planes y efectúe «un estudio sobre los estándares interamericanos en materia de empresas y derechos humanos»<sup>30</sup>. Curiosamente a continuación se trae a colación la resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU relativa al «instrumento jurídicamente vinculante», aunque en su correspondiente parte dispositiva no resulta tan explícita como en los PAN, y evita pronunciarse solicitando a los Estados un apoyo a esta iniciativa internacional.

De forma similar, la Unión Africana está dedicando esfuerzos a impulsar los Principios Rectores, pero en este caso con el apoyo de la UE. Tras una primera lacónica Declaración conjunta de septiembre de 2014 en la que se alienta al intercambio de conocimientos<sup>31</sup>, en marzo de 2017 se ha acabado por con-

<sup>27</sup> «IV. Access to remedy. a. Access to judicial mechanisms. 31. Member States should ensure the effective implementation of their obligations under Articles 6 and 13 of the European Convention on Human Rights and other international and European human rights instruments, to grant to everyone access to a court in the determination of their civil rights, as well as to everyone whose rights have been violated under these instruments, an effective remedy before a national authority, including where such violation arises from business activity.»

<sup>28</sup> Sobre esta cuestión, véase el estudio de DÍAZ BARRADO, C.M., «Los objetivos de desarrollo sostenible: un principio de naturaleza incierta y varias dimensiones fragmentadas», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32, 2016, pp. 9-48.

<sup>29</sup> AG/RES. 2840 (XLIV-O/14) Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el ámbito empresarial (Aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 4 de junio de 2014); AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) Promoción y Protección de Derechos Humanos (Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016).

<sup>30</sup> «4. Solicitar a la CIDH que para el último semestre de 2016 realice un estudio sobre los estándares interamericanos en materia de empresas y derechos humanos a partir de un análisis de las convenciones, jurisprudencia e informes emanados del sistema interamericano, lo que podrá servir de insumo para los esfuerzos realizados por los Estados Miembros en varias iniciativas nacionales e internacionales en la esfera de empresas y derechos humanos.», en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES\\_2887\\_XLVI-O-16.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2887_XLVI-O-16.pdf).

<sup>31</sup> EU & AU, Joint Statement on Business and Human Rights, 16 septiembre 2014, en [http://www.africa-eu-partnership.org/sites/default/files/userfiles/joint\\_statementdpa\\_0.pdf](http://www.africa-eu-partnership.org/sites/default/files/userfiles/joint_statementdpa_0.pdf).

feccionar un borrador de Proyecto de la Unión Africana de una Política Marco sobre Empresas y Derechos Humanos. Como elemento principal de este plan se apunta a la vital importancia geoestratégica de los países africanos por su riqueza en recursos minerales y la urgente necesidad de frenar el alarmante fenómeno del acaparamiento de tierras<sup>32</sup>. Incluso en la región del Sudeste Asiático hasta la irrelevante y cuestionada Comisión de Derechos Humanos de la ASEAN ha dedicado alguna de sus sesiones a esta cuestión<sup>33</sup>.

Ahora bien, llegados a este punto de incondicional apoyo europeo a los países africanos en la materia, la política coherente exigiría la búsqueda de todo mecanismo que condujera a la efectiva protección de los derechos humanos por parte de las empresas transnacionales. Coherencia que debería vislumbrarse sin ninguna ambigüedad en el apoyo a herramientas complementarias más contundentes, como puede ser el proyecto de tratado vinculante. Si se pretende la búsqueda sincera y genuina de la defensa de los derechos de los pueblos africanos de los abusos de los agentes económicos transnacionales, ya sean empresas públicas chinas o privadas occidentales, todo esfuerzo en esa dirección debería ser más que bienvenido. Es más, los tan cacareados Principios de Ruggie declaran que la obligación de proteger debe ir acompañada de una «coherencia política» de los Estados y ajustarse a estos postulados, tanto en los posibles contratos de inversión que pudiera suscribir, como «cuando actúen en calidad de miembros de instituciones multilaterales»<sup>34</sup>. Siguiendo con esta línea argumental ¿dónde queda la coherencia política de los Estados Europeos y de la misma UE cuando de forma sistemática ha estado tratando de sabotear el proyecto de tratado? ¿no conduciría precisamente este instrumento jurídico internacional a hacer más efectivos y creíbles los Planes de Acción Nacional? Y en último término, si el objetivo perseguido es el de la una globalización justa en la que las empresas transnacionales tengan que rendir cuentas de forma

<sup>32</sup> ADEOLA, R., «Why the African Union must press ahead with a business and human rights policy», *The conversation*, 8 mayo 2017, en <http://theconversation.com/why-the-african-union-must-press-ahead-with-a-business-and-human-rights-policy-75712>.

<sup>33</sup> «ASEAN conduct training on the linkages between business activities and human rights», Bangkok, 21 noviembre 2017, en <http://aichr.org/press-release/asean-conduct-training-on-the-linkages-between-business-activities-and-human-rights/>.

<sup>34</sup> A/HRC/17/31, *op. cit.*, principio 10: Comentario: «También se requiere una mayor coherencia política en el plano internacional, en particular con respecto a los Estados que participan en instituciones multilaterales encargadas de cuestiones relacionadas con las empresas». Coherencia difícil de cumplir en este contexto que se refiere a «instituciones comerciales y financieras internacionales». Pero es que la misma coherencia se exige en el principio séptimo cuando se hace referencia a las zonas afectadas por conflictos, y también en los principios octavo y noveno.

eficaz por sus propias violaciones a derechos fundamentales ¿qué impide el apoyar de forma decidida unas normas vinculantes complementarias a estos instrumentos voluntarios en un Grupo de Trabajo en el seno del Consejo de Derechos Humanos? ¿Qué mejor foro para defender con coherencia esas intenciones humanitarias?

Resulta contradictorio, que por un lado desde Bruselas se fomenten los PAN, y que al mismo tiempo la Unión Europea sabotee el proyecto de tratado. En concreto, se ha denunciado la propuesta de resolución europea en la Asamblea General de la ONU en diciembre de 2017 con la que se pretende suprimir el presupuesto que posibilita el funcionamiento del Grupo de Trabajo Intergubernamental <sup>35</sup>.

Mientras tanto los grandes detractores del tratado han sido los grandes pioneros en llevar a término los PAN. Hasta la fecha (febrero 2018) de los 19 PAN publicados en el mundo, 16 son de países europeos. En 2013 lo promulgaban el Reino Unido (enmendado en 2016) y Holanda, en 2014 Dinamarca y Finlandia, en 2015 Lituania, Suecia y Noruega, en 2016 Suiza, Italia y Alemania, y en 2017 se han unido los planes de Francia, Polonia, España, Bélgica, República Checa e Irlanda. A los que hay que sumar en el continente americano, los PAN de Colombia (2015), los Estados Unidos (2016) y Chile (2017)<sup>36</sup>.

Con todo, la pregunta inevitable en cada uno de los casos sería, ¿con la publicación de estos PAN, los Estados han cumplido ya con su responsabilidad de proteger pregonada en los Principios Rectores? Obviamente, no. La garantía de protección a los ciudadanos no puede quedar agotada con la elaboración y difusión de unas declaraciones de intenciones en muchos casos imprecisas y cuyos principios transgredidos de forma generalizada no implican rendición de cuenta alguna. Ante esta laguna y con el ánimo de buscar una legitimidad, estos planes deben ser complementados con medidas legales, de lo contrario una vez más las expectativas generadas conducirán a un frustrante inmovilismo. Así pues, los efectos declarativos de los PAN de-

---

<sup>35</sup> ActionAid-Peuples Solidaires, Aitec, Amis de la Terre France, Attac, CCFD-Terre Solidaire, CGT, Collectif éthique sur l'étiquette, France Amérique Latine & Sherpa: «La coalition française de l'Alliance pour le Traité dénonce une tentative de l'UE de supprimer le processus de négociations», 20 diciembre 2017, disponible en <https://business-humanrights.org/fr/la-coalition-fran%C3%A7aise-de-l'alliance-pour-le-trait%C3%A9-d%C3%A9nonce-une-tentative-de-lue-de-supprimer-le-processus-de-n%C3%A9gociations>.

<sup>36</sup> Los datos actualizados sobre los países que han publicados sus PAN y el texto de los mismos, pueden consultarse en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.

ben ir acompañados de leyes nacionales<sup>37</sup> que vayan ejecutando las medidas allí consignadas. Esto es, de acuerdo al principio de buena fe, se debe buscar esa protección que se predica, lo cual ayudaría a rebasar la dicotomía entre normas autorregulatorias-vinculantes<sup>38</sup>, en aras de una genuina y productiva complementariedad.

En este sentido, aunque con sus limitaciones, deben ser bien acogidos ciertos avances legislativos, tales como las que se han llevado a cabo en los Estados Unidos con la *Dodd-Frank Financial Reform Act, Section 1502*, y especialmente la *California Transparency in Supply Chains Act* de 2010<sup>39</sup>. Asimismo, animados por el impulso del Parlamento Europeo a través de la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2016, sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países<sup>40</sup>, en Francia el 21 de febrero de 2017 la Asamblea Nacional aprobaba una ley de diligencia debida que pretende controlar a las empresas matrices, aunque el Consejo Constitucional está cuestionando alguna de sus disposiciones<sup>41</sup>. Los mismos debates parlamentarios se están produciendo en los Países Bajos a propósito del trabajo infantil, y en Suiza donde se pretende celebrar un referéndum sobre esta cuestión que afecta a las empresas transnacionales. Del mismo modo por su parte el Reino Unido promulgó en el 2015 la *Modern Slavery Act*<sup>42</sup>, cuyos primeros efectos ya han tenido eco ante

<sup>37</sup> METHVEN O'BRIEN, MEHRA, BLACKWELL y POULSEN-HANSEN, «National Action Plans: Current Status and Future Prospects for a New Business and Human Rights Governance Tool», *Business and Human Rights Journal*, vol. 1(1), 2016, pp. 117-126: «(...) real opportunities may be presented via NAPs to lobby for stronger local measures on business and human rights Which advocates should be alert to size.»

<sup>38</sup> WETTSTEIN, F., «Normativity, ethics, and the UN guiding principles on business and human rights: A critical assessment», *Journal of Human Rights*, vol. 14, n° 2, 2015, pp. 162-182: «Both the Draft Norms and the GPs do not neatly fit into the dichotomy of binding versus voluntary», p. 168.

<sup>39</sup> Véanse los cuatro tipos de normas extraterritoriales que de forma minuciosa expone en profesor ZAMORA CABOT, F. J., «Extraterritoriality: outstanding aspects», en ZAMORA CABOT, HECKENDORN URSCHELER y DE DYCKER (eds.), *Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights, Publications of the Swiss Institute of Comparative Law*, Schulthess Éditions Romanes, Geneva, Zurich 2017, pp. 77-92.

<sup>40</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2016, sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países (2015/2315(INI)), en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0405+0+DOC+XML+V0//ES>.

<sup>41</sup> DEBOUZY, A., «Censure partielle, mais sévère, par le Conseil Constitutionnel, de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre», *Lexology*, 24 marzo 2017

<sup>42</sup> Modern Slavery Act 2015 en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted>.

sus tribunales con una primera sentencia condenatoria de enero de 2018<sup>43</sup>. Ante esta tímida tendencia de avances, veamos a continuación lo realizado en nuestro país.

### 3. EL PLAN ESPAÑOL SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: LA AUSENCIA DE UNA LEY DE ACOMPAÑAMIENTO

Cuatro años después de la exposición del primer borrador<sup>44</sup>, el 28 de julio de 2017, el Consejo de Ministros aprobaba el Plan de Acción Nacional (PAN) de Empresas y Derechos Humanos, el cual quedaba publicado mediante un anexo a la resolución de 1 de septiembre de la Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores<sup>45</sup>. El PAN se divide en cuatro capítulos: los dos primeros dedicados a cuestiones introductorias donde se pone en contexto el plan dentro de los Principios Rectores de la ONU y otras iniciativas de *soft law* internacionales (tales como los Objetivos de Desarrollo Sostenible) y de la UE, para acabar refiriéndose a la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas.

A continuación, en un capítulo tercero, el Plan señala sus «ámbitos de actuación y medidas» que siguen el esquema de los Principios de Ruggie de los llamados tres pilares (el deber del Estado de proteger, el de las empresas de respetar y el acceso a los mecanismos de reparación de las víctimas). Así pues, el PAN va haciendo referencia a distintos principios fundacionales y operaciones de la iniciativa de la ONU para seguidamente ir enunciando una serie de medidas programáticas sobre cada uno de ellos<sup>46</sup>. Con todo, el PAN no defrauda en sus ya más que rebajadas expectativas. En este sentido, la disposición común

<sup>43</sup> Thomson Reuters Foundation, «UK: Traffickers of Vietnamese women for UK nail salon serve prison time; case is the first successful prosecution under the Modern Slavery Act», 3 enero 2018 en <https://business-humanrights.org/en/uk-traffickers-who-enslaved-vietnamese-girls-for-nail-salon-jailed-under-under-the-modern-slavery-act#c166563>

<sup>44</sup> LUCENA CID, I.V., «La implementación de los principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos. Implicaciones para los Estados», *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, n.º 25, 2017, pp. 68-89; sobre el proceso de borradores de gestación del plan, véanse pp. 81-84.

<sup>45</sup> Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos, *Resolución de 1 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores, por la que publica el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos*, BOE n.º 222, sección III, pp. 90384-90401, 14 septiembre de 2017.

<sup>46</sup> Véase el reciente comentario sobre el PAN de la Profa. MÁRQUEZ CARRASCO, M.C., «Los planes nacionales de acción sobre empresas y derechos humanos de los Estados miembros de la Unión Europea: especialmente al plan español», en MÁRQUEZ CARRASCO y VIVAS TESÓN (coord.), *op. cit.*, pp. 81-104.

del capítulo tercero siguiendo los postulados, no del Ministerio de Asuntos Exteriores, sino más bien del Ministro que ocupa la cartera de Hacienda, ya advierte que por encima de cualquier pretensión del PAN se encuentran «los objetivos de estabilidad presupuestaria»<sup>47</sup>. Si a esta limitación, se le añade la declaración de intenciones de los Principios Rectores que se recuerda en el epígrafe anterior relativo a los antecedentes, ya se puede de antemano adelantar sin temor a equivocarse lo que se puede esperar de este plan en el que «nada (...) puede interpretarse en el sentido de crear nuevas obligaciones de derecho internacional»<sup>48</sup>. Ratificados estos obstáculos, queda por dilucidar si a nivel interno el PAN impone alguna nueva regulación que obligue a las empresas y otorgue mayor amparo a las víctimas de abusos.

De esta forma, una sucinta y primera reflexión sobre el PAN necesariamente aboca a considerar que está plagado de grandes principios, recogidos en persuasivos y elocuentes términos, tras los cuales se persigue el no dar solución práctica a todo aquello que se predica. Siendo así, se cuida de forma rigurosa no otorgar eficacia real alguna al plan, al pretender implantar un sistema impreciso y dilatorio que, a pesar de la retórica de las buenas intenciones, no puede ocultar una voluntad nítida para que todo continúe como está sin alcanzar objetivo alguno.

Es más, el PAN transcribe por un lado los distintos tratados internacionales en materia de derechos humanos que ha ratificado España (principio rector 1), y por otro, apunta alguna de las nuevas obligaciones que a nivel nacional ya tienen las empresas en nuestro país (por ejemplo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas que desde 2010 contempla el artículo 31 *bis* del Código Penal, y que recoge el principio rector 26). ¿Qué sentido pues tiene el publicar un documento no vinculante, programático y sin medidas efectivas protectoras a las que puedan acudir las víctimas, que no hace sino, en el mejor de los casos, recordar las obligaciones ya adquiridas? En efecto a nivel interno ya hay desarrollada una normativa, pero que obviamente continúa manifestando una

---

<sup>47</sup> PAN, BOE n.º 222, p. 90387: «Todos los compromisos que se deriven de la aplicación de las medidas de este Plan quedan condicionados a las disponibilidades presupuestarias existentes en cada ejercicio y a los objetivos de estabilidad presupuestaria fijada por el Gobierno y no podrán suponer aumento neto de los gastos de personal al servicio de la Administración.»

<sup>48</sup> PAN, BOE n.º 222, p. 90386. Consideración que prácticamente transcribe la consideración de Ruggie sobre sus Principios al expresar que: «En ningún caso debe interpretarse que estos Principios Rectores establezcan nuevas obligaciones de derecho internacional ni que restrinjan o reduzcan las obligaciones legales que un Estado haya asumido, o a las que esté sujeto de conformidad con las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos», A/HRC/17/31, punto 14 de la Introducción de los Principios Rectores, p. 7.

serie de lagunas que podrían haber sido apuntadas e incluso enmendadas por el PAN. Pero obviamente esta no era la prioridad perseguida, sobre todo la de poner límites y sanciones a las actuaciones abusivas de las empresas cometidas más allá de nuestras fronteras. Así pues, nada añade el plan a unas normas sustantivas ya existentes que reglamentan, previenen, sancionan y reparan algunos daños que pueden causarse por la infracción de derechos humanos por ejemplo en el ámbito laboral, y que contemplan el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus minuciosos reglamentos e incluso el mismo Código Penal.

Sin embargo, sí se constata una ausencia, ¿o un olvido consciente?, de una vertiente de estos derechos que ha sido absolutamente ocultada, o voluntariamente no abordada. Nos referimos a la cuestión del comercio internacional y a la realización de actividades industriales por empresas transnacionales, desarrolladas por sí mismas o a través de filiales en terceros países, en los que se efectúan transacciones o producciones relativas a productos que se han obtenido con una clara transgresión de los derechos humanos. Violaciones, amparadas en una difusa e impune cadena de suministros que continúa sin ser objeto de obligación legal alguna.

El Gobierno español tenía muy fácil el diseñar un PAN efectivo complementado con normas nacionales como la francesa de diligencia debida para poder aproximarse a la tan anhelada globalización sostenible. Por ejemplo, podría pensarse en instrumentos legales preventivos que, de ser aplicados correctamente y trasladados a las transnacionales, habrían bastado para dar eficacia al plan. Entre otros, nos referimos a la estructura de las normas de prevención de riesgos laborales y al artículo 31 *bis* del Código Penal que, por primera vez rebasa lo consagrado en el aforismo romano *societas delinquere non potest*. Ahora bien, para aplicar tales normas habría que establecer de forma clara y concreta, sin poder dar lugar a otras interpretaciones, que la empresa principal es solidaria responsable de cuanto realiza la filial. Para ello debiera precisarse que el concepto de principal o matriz comprende el control, directo o indirecto, de las filiales. Y en el mismo sentido habría que tratar a las subcontrataciones, haciendo responsable a la contratista, e igualmente aplicar la extensión de la responsabilidad.

Resulta ser mera propaganda política, o incluso un engaño a los ciudadanos, el ratificar lo que ya está en las leyes, el recomendar que se cumplan unas normas o el establecer unos principios de buena voluntad sin efecto alguno. En tanto se lesionen derechos humanos sea donde sea, si de forma genuina se pretende atajar estas violaciones será necesario el tomar las medidas precisas. Más allá de este propósito, toda actuación no conduce sino a expandir un velo que oculta las malas prácticas para que éstas persistan.

Bastaba la traslación y extensión normativa de una disposición a las empresas transnacionales, para controlar a nivel nacional el problema de la posible transgresión de los derechos humanos. Hubiera sido suficiente con dictar únicamente una obligación que declarase que la normativa es aplicable a toda empresa en sus operaciones industriales o comerciales, tanto en el interior como en terceros países, extendiendo la jurisdicción a las mismas con independencia del lugar donde hubiese ocurrido el acto transgresor. Se trata pues de exigir una responsabilidad extraterritorial, que no universal, ya que el nexo de conexión nacional siempre estaría presente, dado que el centro decisorio, sede social, domiciliación de la empresa matriz se ubica en territorio español.

Junto a los principios fundacionales del primer pilar del deber del Estado de proteger los derechos humanos, que queda completamente cuestionado por la falta de voluntad política y legislativa aludida, el PAN a continuación reproduce lo relativo a la responsabilidad de respetar los derechos humanos por parte de las empresas. El compromiso político, la diligencia debida y los procesos de reparación constituyen la triple vía que concreta esta responsabilidad corporativa. De entre todas ellas ya se advertía desde los primeros borradores la necesidad de desarrollar en especial el principio 17 de la diligencia debida<sup>49</sup>. En este sentido, el sector empresarial debe proceder a llevar a cabo «un proceso de diligencia debida para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuenta de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos». Realmente creemos que este es el único punto de partida que pudiera tener alguna trascendencia jurídica a partir del cual se pueda exigir responsabilidad a las empresas, pues dicho extremo se conecta con el principio de «diligencia» causalizadora de un daño (art. 1902 Código Civil) cuya ausencia da lugar a la responsabilidad. El llevar a cabo un proceso de *due diligence* no entraña necesariamente que se exima a la empresa de su responsabilidad, pero sí puede constituir un muy importante elemento atenuante de la misma, puesto que puede implicar que se ha hecho lo posible para no vulnerar estos derechos o se ha actuado de forma diligente para que no se ocasionen los daños, los cuales de originarse tal vez podrían encuadrarse en un hecho fortuito.

Ahora bien, para actuar con la debida diligencia es necesario establecer un sistema de prevención de la posible infracción de los derechos humanos, que deberá comprender los siguientes extremos: a) evaluación e identificación de

---

<sup>49</sup> MÁRQUEZ CARRASCO, M.C., «La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por medio de los planes nacionales de acción», *Revista de responsabilidad social de la empresa*, n.º 20, 2015, pp. 55-87.

actuaciones que puedan poner en peligro los derechos humanos; b) de acuerdo con dicha evaluación, el tomar las medidas preventivas adecuadas; c) el establecer un canal de información de actuaciones que incumplan las medidas preventivas; y d) toma de decisiones relativas a las infracciones detectadas. El primer problema que se presenta es que estas actuaciones tienen lugar en el seno de la empresa, y por tanto, en sí mismas no suponen que puedan ser supervisadas en su cumplimiento por órganos externos y menos aún por los judiciales. Y ello es así, ante la inexistencia de un procedimiento como el previsto en el Código Penal para ciertos delitos que puedan cometer las empresas por violaciones a los derechos humanos, puesto que los previstos en el artículo 31 *bis* no se refieren a ellos. En este sentido por primera vez en el año 2010, a través de la Ley Orgánica 5/2010, se introdujo en el Código Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ello entrañó que las sociedades podían cometer delitos. Ahora bien, la regulación era vaga y dejaba que pudieran tener lugar inciertas interpretaciones. El BOE de 31 de marzo de 2015, publicó la Ley Orgánica 1/2015, por la que se ha modificado el artículo 31 del Código Penal, introduciendo el 31 *bis* que viene a representar un verdadero reglamento regulador de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y que establece el deber de los administradores sociales de adoptar y ejecutar modelos eficaces de vigilancia y control con el objeto de prevenir la comisión de diferentes delitos. Las personas jurídicas que pueden ser sancionadas penalmente son las empresas y las entidades o agrupaciones que ostenten personalidad jurídica (entre ellas sindicatos y partidos políticos). Sin embargo, no todos los delitos comprendidos en el Código Penal son susceptibles de ser sancionados si son cometidos por las empresas, sino tan solo una parte de ellos, entre los que no destacan los relativos a los derechos humanos<sup>50</sup>. Es por ello que una «evaluación de Riesgos

---

<sup>50</sup> Basta la lectura de siguiente lista de delitos, para percatarse que la cita que hace el plan del artículo 31 bis del CP resulta insuficiente, ya que no se contemplan de forma específica delitos relacionados con los derechos humanos: Tráfico ilegal de órganos o su trasplante (art. 156 bis. 3); Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (art.177 bis); Delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197.3); Estafas y fraudes (art. 251 bis); Insolvencias punibles (art. 261 bis); Daños informáticos (art. 264.4); Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores y de corrupción privada (art. 288); Receptación y blanqueo de capitales (art. 302.2); Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis); Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 4); Delitos de construcción, edificación o urbanización ilegal (art. 319.4); Delitos contra el medio ambiente (art. 327,328.6); Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343,3); Delitos de riesgo provocados por explosiones (art. 383.3); Delitos contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas (art. 369 bis); Falsedad en medios de pago (art. 399bis); Cohecho (art. 427.2); Tráfico de influencias (art. 430); Corrupción de funcionario extranjero (art. 445.2);

de Infracción de Derechos Humanos» debería recoger las actuaciones empresariales que puedan transgredir los mismos.

Retornando al plan nacional, debe advertirse que en este contexto no incluye algunas de las previsiones necesarias, como puedan ser una evaluación preliminar por parte de expertos independientes, otro sistema de evaluación periódico como el finlandés<sup>51</sup>, o una ley de acompañamiento complementaria como la francesa. En el PAN español tan sólo se hace referencia de forma indeterminada y genérica a unos «indicadores cualitativos y cuantitativos adecuados» en el principio rector 20. Es más, para que esta responsabilidad empresarial sea efectiva, las medidas previstas que pretende asumir el Gobierno van desde campañas y estrategias de sensibilización (medidas 2, 3 y 5 del segundo pilar) a «códigos de autorregulación» (medida 4) o incluso a un «sistema de incentivos» que pueden ser económicos o comerciales (medida 8) por llevar a término unos objetivos ambiguos. Y todo ello deberá ser propuesto por una Comisión de Seguimiento que, junto al Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas (CERSE), irán evaluando si quedan satisfechos por el desarrollo del PAN. Asimismo, esa misma Comisión en el plazo de un año debe elaborar un «informe sobre los mecanismos jurídicos» para poder exigir responsabilidades civiles a las empresas por daños causados (medida primera del pilar tercero relativo a mecanismos de reparación) y establecer tanto vías de reclamación extrajudicial, como guías de buenas prácticas. En este último sentido, el principio rector 27 afianza el papel del Punto Nacional de Contacto Español de las Líneas Directrices de la OCDE<sup>52</sup>, junto con la labor que pueda desempeñar la Inspección de Trabajo e incluso el Defensor del Pueblo.

Según el capítulo cuarto relativo al «seguimiento y actualización», esa Comisión de Seguimiento del PAN «estará compuesta por el Ministerio de la Presidencia, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, el Ministerio

---

Financiación del terrorismo (art. 576 *bis*); casos de contrabando (art. 3.3 LO 12/95 de represión de contrabando). Tabla de delitos publicada por Wolters Kluwer <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAKNDQ3NDY7WY1KLizPw8WYMDQzMDU0NDkEBmWqVLFnJIZUGqbVpiTnEqAM5KrbY1AAA-AWKE>.

<sup>51</sup> MÁRQUEZ CARRASCO, «La implementación...», *op. cit.*, pp. 80-81.

<sup>52</sup> MACCHI, C., «La aportación de los puntos nacionales de contacto con la OCDE para garantizar el acceso a la justicia por parte de las víctimas de abusos corporativos de los derechos humanos en los estados miembros de la Unión Europea», en MÁRQUEZ CARRASCO y VIVAS TESÓN (coord.), *op. cit.*, pp. 145-165.

de Hacienda y Función Pública, el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad»<sup>53</sup>. Siendo así, toda la supervisión del plan se entrega a un órgano del ejecutivo que asumirá todas las prerrogativas para implementar los derechos humanos en las empresas. De esta forma, cualquier informe de evaluación, la toma de decisiones en las reuniones e incluso la redacción revisoria del PAN previsto a los tres años, queda exclusivamente bajo la dirección de este nuevo organismo. Ni jueces, ni fiscales, ni el poder legislativo, ni funcionarios expertos en derechos humanos, ni grupos de la sociedad civil pueden tener un papel activo y determinante en los efectos de este cuestionado plan. Así pues, queda todo sometido a criterio del ejecutivo a pesar de la poco convincente tentativa alusión a la participación de la sociedad civil, cuando el PAN ni siquiera ha pasado por un constructivo debate en sede parlamentaria, sino que fue despachado sin más como un punto del orden del día más en una sesión del Consejo de Ministros. Ahora sí, el plan incluye que la Comisión de Seguimiento remitirá una memoria anual a las Cortes Generales a efectos meramente informativos.

Esta manifiesta falta de legitimidad no puede ser suplida únicamente con referencias directas pero ambiguas a la sociedad civil. En este sentido el capítulo primero relativo al compromiso de cumplir con los Principios Rectores finaliza remarcando el «papel esencial» de la sociedad civil a la hora de aplicarlos. Del mismo modo, se expresa que ésta, también tendrá un papel en la «difusión de los mecanismos de reparación existentes a disposición de las víctimas». Igualmente, cuando se articulan las tareas de la Comisión de Seguimiento se estipula que la misma «tendrá en consideración las opiniones de los distintos actores sociales»; es más, «se establecerán cauces para que los diversos actores interesados pueden participar y hacer contribuciones al proceso de evaluación». Incluso podrán ser invitados a sus reuniones junto a los representantes de la Oficina del Defensor del Pueblo, toda una serie de «expertos (...) del sector público, del ámbito académico, empresarial, de organizaciones empresariales, sindicales y sociales o ser profesionales en la protección y defensa de los derechos humanos». Eso sí, el plan se cuida de matizar respecto a los de la Oficina que tendrán voz, pero no voto, y que los expertos en todo caso «no tendrán capacidad decisoria»<sup>54</sup>.

Siendo así, en caso de manifiestas transgresiones por parte de las empresas al PAN, no se establece la posibilidad de remitir estas situaciones por ejemplo

---

<sup>53</sup> PAN, BOE n.º 222, p. 90400-1.

<sup>54</sup> PAN, BOE n.º 222, p. 90400-1, capítulo cuarto.

a la fiscalía. Esto es, el plan no establece sinergias necesarias y prácticas entre el poder ejecutivo y el judicial, ni anuncia la participación del legislativo en el desarrollo de un plan programático, que exige de medidas legislativas adicionales. A modo de ejemplo, la ya mencionada *Transparency in Supply Chains Act* de California obliga a remitir al Fiscal General del Estado las declaraciones publicadas por las empresas respecto a este tipo de situaciones, el cual puede tomar todo tipo de medidas incardinadas bajo el principio de rendición de cuentas. El carácter coactivo de los mecanismos que prevé la ley francesa de diligencia debida que ha validado el Consejo Constitucional<sup>55</sup> y las recientes iniciativas canadienses de 17 de enero de 2018, articulan medidas prácticas y eficaces que escapan del carácter programático y dilatorio del PAN español. Precisamente la novedosa creación en Canadá de la figura de un Defensor del Pueblo para la Responsabilidad de las Empresas (CORE, *Canadian Ombudsperson for Responsible Enterprise*) y de un órgano consultivo en el que la sociedad civil a través de esta nueva institución podrá advertir al ejecutivo y al nuevo Ombudsperson de las violaciones a los derechos humanos cometidas por empresas canadienses en terceros países, supone un paso más para poder facilitar la reclamación de daños por parte de las víctimas<sup>56</sup>. En definitiva, cualquier plan, como el español, que no concrete o proyecte mecanismos coercitivos que puedan atribuir responsabilidades en caso de violaciones, corren el riesgo de convertirse en «espejismos que parezcan indicar que los Estados han hecho su tarea en la materia»<sup>57</sup>.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

El desarrollo de los Planes de Acción Nacional puede suponer un paso más en la dirección de controlar los abusos de las corporaciones, siempre que venga acompañado de una eficaz implementación y de unas consecuencias le-

<sup>55</sup> COSSART, S., CHAPLIER, J., BEAU DE LOMENIE, T., «The French Law on Duty of Care: a historic step towards making globalization work for all», *Business and Human Rights Journal*, vol. 2, 2017, pp. 317-323.

<sup>56</sup> BUSINESS AND HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, «Canada creates independent Ombudsperson & multi-stakeholder advisory body to strengthen responsible business conduct abroad», 25 enero 2018 en <https://business-humanrights.org/en/canada-creates-independent-ombudsperson-multi-stakeholder-advisory-body-to-strengthen-responsible-business-conduct-abroad>.

<sup>57</sup> CANTÚ RIVERA, H., «Planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos: sobre la instrumentalización del derecho internacional en el ámbito interno», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVII, 2017, pp. 113-144, p. 140.

gales en caso de graves incumplimientos. Con todo, debe permanecerse alerta, ya que resulta inquietantemente contradictorio que desde los países europeos y los Estados Unidos se proceda al impulso normativo interno y de los PAN, y al mismo tiempo se combata de forma radical y vehemente el proyecto de tratado internacional. Si el propósito común es idéntico, y un mecanismo complementa y refuerza el otro en esta lucha contra la impunidad ante los graves abusos de las empresas transnacionales, ¿cómo explicar el airado rechazo a la mera negociación de unas hipotéticas y futuras obligaciones internacionales cuya finalidad coincide con los proyectos normativos nacionales? ¿por qué ese temor gubernamental al *Alien Tort Statute*, cuando de forma inminente de nuevo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos debe decidir de forma definitiva en el caso *Jerner vs. Arab Bank PLC.*, el devenir de la exigencia de responsabilidades civiles a las corporaciones<sup>58</sup>?, ¿a qué obedece la posición beligerante, no ya sólo de los Estados Unidos, sino de la Unión Europea, al proyecto de tratado tanto en el Grupo Intergubernamental de Trabajo, como en las deliberaciones y votaciones en el Consejo de Derechos Humanos<sup>59</sup>? Sin ningún género de dudas la respuesta apunta a la alargada sombra de los lobbies corporativos instalados en Washington y Bruselas<sup>60</sup>.

Grandes avances deben realizarse para que los tan cacareados Principios de Ruggie, junto con sus PAN de desarrollo, y los Objetivos para el supuesto Desarrollo Sostenible, no sean otro motivo de descrédito para las Naciones Unidas. O como se pregunta De Schutter, «Can we learn from the mistakes committed in the past, ¿in order to build on the momentum that has emerged

---

<sup>58</sup> BERNAZ, N., The Moment of Truth Has Come – US Supreme Court to Decide whether the Alien Tort Statute «Categorically Forecloses Corporate Liability», *Rights as Usual*, 3 abril 2017 en <http://rightsasusual.com/?p=1140>. A fecha de finalización del presente trabajo aún no se ha dictado sentencia, aunque ya han quedado expuestos los argumentos orales de las partes: GRIEFF, R. y RICH, H., «Jerner vs. Arab Bank. Can foreign plaintiffs sue corporations in the United States under the Alien Tort Statute?», *Supreme Court Bulletin, Cornell Law School*, 11 octubre 2017, en <https://www.law.cornell.edu/supct/cert/16-499>.

<sup>59</sup> GUAMAN, A. y MORENO, G., *El fin de la impunidad. La lucha por un instrumento vinculante sobre empresas transnacionales y derechos humanos*, Icaria Editorial, Barcelona, 2017, pp. 173-182. ARTENS, J. y SEITZ, K., *The Struggle for a UN Treaty. Towards global regulation on human rights and business*. Global Policy Forum/Rosa Luxemburg Stiftung, Berlin, Bonn, New York, 2016, disponible en [https://www.globalpolicy.org/images/pdfs/UN\\_Treaty\\_online.pdf](https://www.globalpolicy.org/images/pdfs/UN_Treaty_online.pdf).

<sup>60</sup> ESTEVE MOLTÓ, J.E., «La ‘gobernanza’ y control de las corporaciones transnacionales sobre los valores, objetivos y principios de la Unión Europea y sus ciudadanos», en GARCÍA SÁEZ, J.A. y VANÓ VICEDO, R., *Educación la mirada: documentales para una enseñanza crítica de los Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 89-100.

for a new binding instrument on business and human rights?»<sup>61</sup>. Necesariamente ¿nos encontramos ante una dicotomía excluyente Principios Rectores-instrumento vinculante?, ¿se justifica «el abandono de los UNGP y los PAN»<sup>62</sup> en favor de un tratado?

En todo caso y mientras se prolonga *sine die* la controversia jurídica, las graves transgresiones ambientales y a los derechos humanos por parte las empresas transnacionales continúan sin tener atribuida una responsabilidad. Aparecen avances a nivel nacional, pero con un carácter limitado. Y mientras, en el plano internacional contrasta la proliferación de directrices con los malogrados proyectos hasta la fecha de normas vinculantes. Siendo así, los hechos muestran que los códigos de conducta voluntarios y autorregulatorios no han sido, ni serán capaces de frenar el avance de la impunidad.

Es por ello que se requiere de medidas más audaces, y en este sentido la sociedad civil presiona a través del mencionado Grupo Intergubernamental de Trabajo en Naciones Unidas para que el control sobre estos actores no estatales sea una realidad a través de un tratado internacional. Incluso en esta línea se han venido proponiendo la creación de un tribunal penal internacional especial para las empresas transnacionales<sup>63</sup> y la expansión de la jurisdicción universal a los crímenes económicos y ambientales cometidos por las personas jurídicas<sup>64</sup>.

Pero claro está, en esta búsqueda de responsabilidades civiles y penales<sup>65</sup> para los casos de las más graves violaciones empresariales, no sólo está en el

<sup>61</sup> DE SCHUTTER, O., «Towards a New Treaty on Business and Human Rights», *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, 2015, pp. 41-67, p. 43.

<sup>62</sup> O'BRIEN, C.M., «Planes de acción nacionales», *Per la Pau, Empresas y Derechos Humanos* n.º 30, febrero 2017.

<sup>63</sup> RIGAUX, F., «Toward an international criminal tribunal to adjudicate upon corporate wrongs», *Transnational Associations* 53, 2, 2002, pp. 128-142. Del mismo autor, «¿Un tribunal (penal) internacional para las sociedades transnacionales?», *Informe del seminario, Les activités transnationales et la nécessité de leur encadrement juridique*, Centre Europe-Tiers Monde y Asociación Americana de Juristas, Cetim-AAJ, Geneve, 2001 en <http://www.cetim.ch/es/documents/esppart1.pdf>.

<sup>64</sup> FIBGAR, *Principios de Madrid-Buenos Aires de jurisdicción universal*, Madrid, 2015, disponibles en <http://fibgar.org/upload/proyectos/35/es/principios-de-jurisdiccion-universal.pdf>.

<sup>65</sup> KAEB, C., «The Shifting Sands of Corporate Liability under International Criminal Law», *The George Washington International Law Review*, vol. 49, 2016, pp. 351-403. KYRIAKAKIS, J., «Corporations before International Criminal Courts: Implications for the International Criminal Justice Project», *Leiden Journal of International Law*, 30 (1), 2017, pp. 221-240. MAGRAW, K., «Universally Liable? Corporate-Complicity Under the Principle of Universal Jurisdiction», *Minnesota Journal of International Law*, vol. 18, 2009, pp. 458-497; VILT, H. VAN DER, «Corporate Criminal Responsibility for International Crimes: Exploring the Possibilities», *Chinese Journal of International Law*, vol. 12, 2013, pp. 43-77.

debate una cuestión aislada relativa a esta laguna existente y persistente en el derecho internacional. El dar debida respuesta a este gran agujero en la justicia obliga a enfrentar retos que parecen insalvables, como el de si es posible humanizar la globalización económica<sup>66</sup>.

En definitiva, el curso del proceso de humanización del derecho internacional<sup>67</sup> puede verse truncado y los efectos perniciosos de esta globalización desregulada y de un cambio climático que lleva aparejado, cuestionan el mismo futuro de la especie humana y del planeta en su conjunto, tal y como lo conocemos. La ausencia de obligaciones internacionales para estos actores no estatales debiera ya emerger. Y no únicamente por cubrir un vacío legal en el marco regulatorio internacional apelando a una conciencia jurídica universal, sino que incluso desde una perspectiva meramente economicista resultan evidentes también sus ventajas con el objeto de evitar indeseadas competencias desleales. Y todo ello sin mencionar las más elementales razones éticas, e incluso de supervivencia del propio planeta en el que los efectos del cambio climático resultan impredecibles, mientras las irrefrenables ansias extractivistas de las corporaciones no pueden ser atajadas por los Estados. Ahora bien, a todas luces la experiencia nos muestra que únicamente el solidario compromiso de «*we, the people*», puede revertir este proceso suicida a través de una doble vía. La primera, consistente en tomar conciencia como ciudadanos de nuestra necesaria complicidad en este proceso destructivo como consumidores irresponsables y últimos actores de la cadena. No podemos «deslocalizar» nuestras propias responsabilidades y dejarlo todo en manos de los Estados, amparados por una engañosa actitud paternalista.

Y la segunda: si no avanza el derecho internacional porque los Estados no tienen la voluntad política al estar supeditados a los lobbies empresariales y grandes fondos de inversión, ese inmovilismo y ese secuestro corporativo del contrato social universal debe ser contrarrestado. Esto es, «si en la actualidad el derecho internacional contemporáneo está absorbido por el paradigma neo-

---

<sup>66</sup> DEVA, S., *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, Routledge, London/New York, 2012.

<sup>67</sup> En este contexto son fuente de inspiración los escritos y los fallos suscritos por el juez brasileño Cançado Trindade en los que de forma reiterada apela al espíritu del derecho de gentes. Por citar alguna de sus obras, cfr. CANÇADO TRINDADE, A.A., «The emancipation of the individual from his own State – The historical recovery of the human person as subject of the law of nations», en S. BREITENMOSER *et al.* (eds.), *Human rights, democracy and the Rule of Law-Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Dike/Nomos, Zürich/Baden-Baden, 2007, pp. 151-171, a respuesta a este gran agujero los caciista aras de esa humanizaci internacional. El dar debida respuesta a este gran agujero.

liberal y sus categorías, debemos utilizarlo de forma contrahegemónica para defender y proteger todo lo contrario por lo que fue constituido»<sup>68</sup>. Las propuestas y principios sobre los que se asienta el llamado *Tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales*<sup>69</sup> suponen un «cambio de paradigma»<sup>70</sup>, que exige con coherencia, que las víctimas puedan acceder a cauces procedimentales judiciales independientes, internos e internacionales, para poder exigir responsabilidades administrativas, civiles y penales a las empresas en caso de violaciones.

Además de esta iniciativa de la sociedad civil, no debe perderse la «oportunidad única»<sup>71</sup> que supone el proceso de negociación de un instrumento internacional jurídicamente vinculante impulsado en seno del Consejo de Derechos Humanos por algunos Estados del Sur. Ahí reside el cambio de paradigma, en evitar que sean las transnacionales los auténticos *lawmakers* a nivel internacional y nacional<sup>72</sup>. Y lo que resunta evidente es que para acabar con «*this regime of human rights MNC-developed nihilism*»<sup>73</sup>, la vía efectiva no es la emprendida por el gobierno español a través de este PAN impreciso, de efectos dilatorios y no vinculantes.

Ahora bien, sea como fuere, la publicación del plan sitúa a España en el listado de países europeos afanados en cumplir con los Principios Rectores; mérito que parece haber llegado a tiempo para poder ser invocado ante la Asamblea General de Naciones Unidas, y así obtener una nueva membresía en el Consejo de Derechos Humanos para el periodo 2018-2020. Queda certificado nuestro compromiso con los derechos humanos con esta elección, que durante estos últimos años ha venido acompañado de una serie de medidas absolutamente disonantes con la pertenencia a este organismo: el incum-

<sup>68</sup> GUAMAN, A. y MORENO, G., *El fin de la impunidad*, op. cit., p. 216.

<sup>69</sup> HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., *El Tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales. Un análisis de la sociología jurídica*, OMAL, julio 2017 en [http://omal.info/IMG/pdf/tratado\\_sociologia\\_juridica.pdf](http://omal.info/IMG/pdf/tratado_sociologia_juridica.pdf), pp. 62-69.

<sup>70</sup> Amnesty International and Business & Human Rights Resource Centre, *Creating a paradigm shift: Legal solutions to improve access to remedy for corporate human rights abuse*, 4 septiembre 2017, Index number: POL 30/7037/2017, en <https://www.amnesty.org/en/documents/pol30/7037/2017/en/>.

<sup>71</sup> DE SCHUTTER, op. cit., p. 67.

<sup>72</sup> Alarma el llegar a la conclusión que el derecho internacional está en manos de las empresas transnacionales como razona el profesor de la Universidad de Brooklyn, ARATO, J., «Corporations as Lawmakers», *Harvard International Law Journal*, vol. 56, n.º 2, 2015, pp. 229-295.

<sup>73</sup> BAXI, U., «Human Rights Responsibility of Multinational Corporations, Political Ecology of Injustice: Learning from Bhopal Thirty Plus?», *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, n.º 1, enero 2016, pp. 21-40, p. 40.

plimiento con las pírricas cuotas asignadas por la Comisión en la acogida de refugiados, desahucios y deportaciones ilegales en Ceuta y Melilla condenados por el TEDH, la reforma de la jurisdicción universal ordenada por regímenes autoritarios, los obstáculos para investigar las desapariciones forzadas y otros crímenes internacionales cuya imprescriptibilidad recuerda el principio rector 26 del PAN, la Ley de Seguridad Ciudadana, nuestras exportaciones de armas a países como Arabia Saudí, y ahora este modélico Plan de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos aportan motivos más que suficientes para celebrar con dignidad y coherencia este 70 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

