

EMPRESAS TRANSNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS

TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND HUMAN RIGHTS

Jaime Suau Morey¹ – ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3697-9121>

Resumen

Se estudia el nuevo espacio operativo de las empresas transnacionales, en el apogeo de la actual globalización. En este marco se contempla la necesidad de un derecho penal “de barreras punitivas adelantadas” que trata, entre otros aspectos, de responsabilizar la creación sistemática de riesgos.

Al propio tiempo se incluye el estudio de los mecanismos jurídicos internacionales tendentes a evitar vulneraciones de derechos humanos y el conveniente control de la convencionalidad (Tratados) transitando por las vías que traza el derecho internacional y el derecho procesal internacional.

Palabras clave: Responsabilidad penal de las personas jurídicas; Empresa transnacional; Derechos Humanos;

Abstract

The new translational companies’ operative space is studied, at the height of the current globalization. Within this framework, it is considered the need for a criminal law of “advanced punitive barriers”, which deals with the responsibility for the systematic creation of risks, among other aspects.

At the same time, it is included the study of the international legal mechanisms aimed at preventing violations of human rights and the convenient control of the conventionality (treaties) through the channels established by international law and procedural international law.

Keywords: Penal responsibility of juridical persons; Transnational company; Human;

I INTRODUCCIÓN

La empresa como agente económico y social, ha de tener derechos, pero también deberes; de la vulneración de estos últimos dimana una responsabilidad. Es, pues, necesario depurar esta responsabilidad alentando la autorregulación para manejar los riesgos.

¹ Abogado. Palma de Mallorca (ESPAÑA).

Pero desde el punto de visto político-criminal, las organizaciones empresariales (y las sociedades), pueden incurrir en actividad delictiva, por lo que en este sentido, la incorporación de un modelo de exigencia de responsabilidad penal directa, permite mejorar el funcionamiento del sistema en su conjunto². Entre tanto, no debemos olvidar que la responsabilidad de la empresa no persigue sustituir la responsabilidad individual, sino delimitarla.

II RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. LA EMPRESA TRANSNACIONAL

El nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas consolidado en España a partir de 2.015, es presentado por algunos autores³ “como una manifestación de la expansión del derecho penal o de un derecho penal de **barreras punitivas adelantadas**, en tanto que parece castigar, entre otras, la creación sistemática de riesgos”.

Llama la atención (en la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas, sus representantes y otros implicados, todo ello según la L.O. 1/2015, de 30 de marzo), todo un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose respecto a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos), la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

La reforma introdujo la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, pasando desde la responsabilidad personal de administradores y representantes (artículo 129 del Código Penal) y la responsabilidad civil subsidiaria (artículo 120, apartados 2 al 5 del C.PP.) de las empresas y resto de personas jurídicas en cuyo nombre o provecho hayan actuado aquéllas, hasta un sistema de responsabilidad directa en la que las propias entidades pueden ser sancionadas penalmente por la comisión de determinados delitos.

A lo anterior debe añadirse que **la fusión encubierta tiene consecuencias en orden a la responsabilidad penal a la entidad en que se transforma.**

² Sobre los efectos no siempre positivos de la globalización en el ámbito de la empresa, el trabajo y el consumo, véase, por todos: VALLESPÍN PÉREZ, D. *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas*, Bosch, Barcelona, 2018; y VALLESPÍN PÉREZ, D. *El régimen profesional del trabajador autónomo y sus especialidades*, Bosch, Barcelona, 2018.

³ PEREZ MACHIO, I. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*; Comares, Granada, 2017, p. 215 y ss. En este sentido, la implicación de las personas jurídicas en la función de prevención, control y supervisión de los riesgos penales ocasionados con motivo de su actividad mercantil, cuando la misma genera riesgos superiores a los permitidos, supone no solo una nueva manifestación de la expansión de un nuevo sistema de derecho penal, paralelo al tradicional modelo, sino también un instrumento con el que frenar el capitalismo feroz de la globalización económica (ha ocurrido algo parecido con la necesidad de intervención del *ius puniendi* en el ámbito de la ciber-criminalidad). Sobre la necesidad de la aceleración de la justicia penal, ver GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ed. Castillo de Luna, Madrid, 2015; p. 35 y ss.

La reforma en esta materia, se complementa con una interesante previsión que trata de la respuesta al conocido fenómeno de la **huida empresarial** (desaparición encubierta) para evitar hacer frente a sus responsabilidades y así, el actual artículo 130 del C.P. pasa a ser el apartado primero de dicho artículo, al que se le añade un apartado segundo con el siguiente contenido: “*la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida, que resulte de la escisión*”.

En la actualidad pues, no extingue la responsabilidad penal, la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica, cuando ésta continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados o de la parte más relevante de todos ellos⁴.

En el apogeo de la globalización emerge como sujeto prominente, la empresa transnacional. No solo a través de su capacidad de actuación económica en un espacio sin fronteras, sino por su evidente importancia en los procesos de regulación del trabajo.

En este panorama el nuevo espacio operativo de las empresas transnacionales se articula sobre una configuración multiescalar compleja, ya que entre sus elementos fundamentales, se encuentran, tanto las redes filiales en lugares remotos del planeta, como la concentración de funciones estratégicas en una sola ubicación o en unos pocos lugares.

No se puede obviar una referencia histórica a estos movimientos, aunque queden ya lejanos los tiempos en los que el interés de las Naciones Unidas en los movimientos de capital cristalizó en una Resolución que en Diciembre de 1952 trató de la cuestión. Estamos hablando de los primeros debates sobre problemas económicos mundiales, cuyos debates se reflejaron en la Resolución 622 (VII), en la que la Asamblea General solicitó que se hiciera un análisis de la corriente internacional de capitales privados incluso de su volumen y dirección, así como de los tipos de inversiones y el reparto de tales inversiones por ramas de actividad y de las razones que pudieran existir para que continuase la insuficiencia de tales inversiones en los países menos desarrollados.

Como constataron Suau Morey y Cirera Noguera⁵, “en la misma Resolución de Naciones Unidas, ésta pidió un resumen de los trabajos realizados por las

⁴ DE URBANO CASTRILLO, E. *El Código Penal de la Democracia: logros e insuficiencias*, p. 376 y ss., dentro de la obra genérica publicada en Cuadernos de Aranzadi del Tribunal Constitucional, Aranzadi, Navarra, 2.010, bajo la dirección de LOPEZ DE GOICOECHEA ZABALA, JAVIER. Sobre este tema, con mayor desarrollo, pueden verse URBANO CASTRILLO, E. *El impacto de la reforma del Código Penal en relación a las personas jurídicas*; en la Ley Penal, núm.61, de Junio de 2.009; NIEVA FENOLL, J. *Investigaciones internas de la persona jurídica*, en Revista Jueces para la Democracia, núm.86, julio 2016, p. 80 y ss.

⁵ SUAU MOREY y CIRERA NOGUERA, “*Fomento de las inversiones privadas extranjeras en los países en desarrollo*”, dentro de la obra general *Las Naciones Unidas y el tercer mundo (la cooperación internacional para el desarrollo)*, dirigido por la Doctora Abellán, Victoria; Ediciones Japizua, Barcelona, 1971, obra prorrogada por Don Manuel Díez de Velasco Vallejo, p. 329-330. El Consejo Económico y Social aprobó en abril de 1954 la Resolución 512.B (XVII), en la que pidió al Secretario General que preparase un informe sobre la corriente internacional de capital privado y su contribución al desarrollo económico, siendo esta solicitud ratificada por la Asamblea General en su Resolución 824 (IX), aprobada en diciembre de 1954 teniendo como resultado una serie de informes

Organizaciones internacionales y por los gobiernos para estimular la corriente de capitales privados, y para prestar atención a las medidas internacionales que podrían adoptarse a fin de estimular la afluencia constante y en cantidades suficientes de capitales privados destinados al desarrollo internacional.

Las Resoluciones referidas de Naciones Unidas, están basadas en un mismo criterio: adoptar medidas que estimulen la corriente de capital privado para inversiones destinadas al desarrollo económico de los países en desarrollo en condiciones satisfactorias tanto para los países exportadores como para los importadores de capital (Resolución nº 1.710, XVI, AG, Decenio de las Naciones Unidas para el desarrollo).

Ante lo expuesto, es obvio que los citados incentivos a la inversión propiciados por Naciones Unidas, contrastan en la actualidad con la configuración multiescalar e internacional predominante a la que nos referíamos al principio de esta exposición.

Así pues, en la actualidad, como han destacado Guamán Hernández y Moreno González⁶ “la disponibilidad de las categorías espacio temporales determina lo que se ha denominado un estiramiento de las relaciones sociales en espacios cada vez más extendidos y distanciados”. Manifiestan los citados autores que “a partir de la experiencia de los códigos de conducta, el sindicalismo global quiso utilizar este tipo de instrumentos voluntarios y privados, insertándolo en un esquema bilateral mediante su conversión en un acuerdo negociado cuyo principal objetivo era el preservar normas fundamentadas de derechos humanos y estándares de conducta y laborales, allá donde la empresa transnacional se localizara y con independencia, por tanto, del sistema legal del territorio en el que se asentara”.

Se posicionan los citados autores a favor de “la idea de obtener un tratado internacional vinculante para los estados en el que se vigile y controle el cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos por parte de las empresas transnacionales”.

Nos queda pues, la difícil cuestión de la inclusión de los mecanismos de control necesarios para el que instrumento vinculante referido, tenga una aplicación efectiva⁷.

Las Organizaciones Sociales habían propuesto un Tratado Internacional sobre empresas transnacionales y sobre Derechos Humanos, remitiendo su regulación a un Anexo-Estatuto. Las competencias de la Corte que se creara, serían las siguientes: residir, investigar y juzgar las infracciones y las quejas que puedan existir contra las empresas transnacionales, por infracciones o violaciones de los Derechos Humanos que se mencionarían en el Tratado y proteger los intereses de las comunidades y de las personas afectadas, asegurando la reparación plena y las sanciones a las empresas

en los que se trataron los movimientos de capital privado, tanto cuantitativamente como en función de los factores jurídicos, fiscales e institucionales que influían sobre ellos.

⁶ GUAMAN HERNANDEZ, A – MORENO GONZÁLEZ, G, *Empresas transnacionales y derechos Humanos. La necesidad de un instrumento vinculante*, Bomarzo, Albacete, 2018. En este sentido, los autores citados prefieren seguir la guía de la justicialidad de estas obligaciones a través del Ordenamiento judicial del país al que pertenece la empresa matriz, p. 220 y 221 de la citada obra.

⁷ Se trata de un tema clásico de derecho internacional que pretende solucionar las dificultades para exigir el respeto de estos convenios internacionales dada la falta de mecanismos de control con capacidad de sanción efectiva en caso de incumplimiento.

transnacionales y a sus gerentes (todo ello según se indica en el texto de la propuesta), recabando información a la empresa, en orden a la identificación de las empresas contratistas y subcontratistas, lo que permitirá seguir el camino que ha recorrido el producto a lo largo de **las cadenas de suministro**, lo que se ha denominado “trazabilidad social”⁸.

III ESTUDIO DE MECANISMOS JURÍDICOS INTERNACIONALES TENDENTES A EVITAR VULNERACIONES DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Dicho lo anterior, es necesario contemplar todas las zonas en las que puedan observarse vulneraciones de Derechos Humanos, tanto en el ámbito nacional como internacional, teniendo en cuenta la expansión derivada de la globalización⁹.

Los artículos 290-297 del Código Penal, sólo incluyen las vulneraciones de derechos Humanos que a la vez constituyen delito; pueden existir, no obstante, vulneraciones de derechos humanos que queden excluidas de los códigos punitivos¹⁰.

Ello exige, por tanto, la referencia a los derechos humanos, su distinción con los derechos fundamentales y el estudio de la protección de ambos.

La cuestión se presenta no sólo conveniente, sino necesaria y hasta urgente, pero hay que afrontarla con cautela, profundidad y, a su vez, con el detenimiento necesario para lograr su efectividad.

A estas dificultades se les puede añadir las derivadas del asentamiento mundial de determinadas cadenas de suministros con diversas (o inexistentes) regulaciones legales, ausencia de interconexión, no pertenencia, en ocasiones, al ámbito de influencia de la Unión Europea, del Consejo de Europa, de Naciones Unidas, o por el contrario, pertenencia al ámbito de influencia referido. Ante estas variadas circunstancias, la protección legal puede ser efímera, inexistente, lejana, ambigua, dispar, o variada. Al propio tiempo, es necesario no colisionar ni interferir con lo ya regulado en Tratados y

⁸ CRESPO NAVARRO, E. *Nuevas formas de protección del individuo en derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; dentro de esta obra, puede consultarse la protección por motivos humanitarios y la invocación de la responsabilidad internacional del Estado por violación de obligaciones dimanantes de derechos humanos, p. 59 a 73; REY ANEIRO, A. *Una aproximación a la responsabilidad internacional de las Organizaciones Internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

⁹ Respecto al sistema de la Unión Europea pueden consultarse las siguientes obras: LINDE PANIAGUA, E – BACIGALUPO SAGESE, M – FUENTETAJA PASTOR, J.A. *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Colex, Madrid 2011, 4ª edición. También sobre el sistema de la Unión Europea, ALONSO GARCÍAS, R. *Sistema jurídico de la Unión Europea*, editorial, Thomson Civitas, Navarra, 2007, p. 141-189.

¹⁰ O cuya definición punitiva requiera un largo proceso previo y sujeto a recursos. La represión delictiva se desarrolla teniendo en cuenta la existencia de distintas regulaciones penales en códigos de distintos países en los que se desarrolla la actividad vulnerable.

Convenios Internacionales, pero más importante es cohesionar e implementar la distinta regulación que pueda presentarse en cada caso¹¹.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, conviene perfilar como cuestión previa, el contenido de los bienes objeto de protección, con referencia a los aludidos derechos fundamentales y derechos humanos, para posteriormente examinar la problemática de los contenidos de los Tratados, su ámbito.

Iniciemos, por tanto, situando a los derechos fundamentales, para hacer posteriormente lo propio con los derechos humanos; por lo que, en una primera aproximación y siguiendo a PÉREZ LUÑO¹², definiremos a los derechos fundamentales como “aquellos derechos humanos garantizados por el Ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional y que suelen gozar de un tutela básica”.

Cuando hablamos de derechos fundamentales nos referimos pues, a aquellos derechos positivizados a nivel interno estatal, a nivel constitucional generalmente; mientras que con la expresión derechos humanos, nos referimos, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la que recoge el contenido de estos derechos a aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de las personas, que tal vez no han alcanzado la positivación. Desde esta perspectiva, que no es la única, se trata de una pretensión moral fuerte que debe ser atendida para una vida digna¹³.

En una aproximación más práctica, el Tribunal Constitucional se ha referido a ellos, afirmando que si los derechos fundamentales se encuentran en normas fundamentales y fundamentadoras del ordenamiento por su carácter básico del sistema jurídico-político del Estado de Derecho, “en los derechos humanos se encuentra implícito su deber ser, la pretensión moral fuerte que ya hemos examinado y que se deduce de la humanidad de los derechos”¹⁴. Según la sentencia del TC núm. 53/ 1985 “los derechos fundamentales son componentes estructurales básicos, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, han de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10 de la CE, el fundamento del Ordenamiento jurídico y de la Paz social”¹⁵.

En definitiva, los derechos fundamentales, como ha dicho PRECIADO DOMENCH¹⁶ “son los derechos humanos reconocidos por el Ordenamiento estatal, generalmente a través de su rango constitucional...”, más dicho esto, interesa a efectos de nuestro estudio concretar el ámbito y contenido de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), son éstos una especie del género de derechos humanos. Se caracterizan por ser derechos relacionados con el modelo productivo y las tensiones que el mismo genera, pretendiendo asegurar unas condiciones de vida

¹¹ Con respecto a las víctimas de este sistema invertebrado, puede verse OJINAGA RUIZ, R. *Emergencias humanitarias y Derecho Internacional. La asistencia a las víctimas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

¹² PÉREZ LUÑO, A.E. *Derechos Fundamentales*, Tecnos, 2011, 4ª ed, p. 42 y ss. Sobre el mismo tema, CERRAJODI, LUIGI. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, 2009, p. 19 y ss.

¹³ Desde esta perspectiva, como iremos viendo, por derechos humanos designamos, también, los derechos humanos positivizados en las Declaraciones y Convenios Internacionales.

¹⁴ STC de 11 de Abril de 1.985, sentencia nº 53/1985.

¹⁵ En términos similares se pronunció la STC núm.18/1984, de 7 de febrero.

¹⁶ PRECIADO DOMENECH, C.H. *Interpretación de los derechos humanos y derechos fundamentales; Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, número 37, Navarra 2016 p. 43 y ss.

digna: trabajo, seguridad social, libertad sindical, huelga, etc. Su sustento axiológico, radica en la igualdad material y la solidaridad (la denominada fraternidad en terminología del ideario de la Revolución Francesa).

El principal instrumento internacional de ese reconocimiento es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 (en lo sucesivo, PIDESC).

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han sido habitualmente percibidos como derechos de segunda categoría respecto de los derechos civiles y políticos, lo que no deja de ser sorprendente si se tiene en cuenta la precariedad económica que sufre la mayor parte de la población del planeta¹⁷.

Como ha referido RUILOVA ALBARIÑO¹⁸, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contiene varias disposiciones comunes al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así pues, el Pacto enuncia el trabajo realizado en condiciones dignas (arts. 6 y 7); los derechos sindicales (art. 8); el derecho a la seguridad social (art. 9); el derecho a la protección a la familia (art. 10) y el derecho a un nivel de vida adecuado, a la educación y a la cultura (arts. 11 a 15).

IV CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. ASPECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL Y PROCESAL. EJECUCIÓN DE LO DISPUESTO POR LOS TRIBUNALES Y CORTES EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS Y CONVENIOS. PROPUESTAS ADICIONALES PARA EL LOGRO DE UNA MAYOR EFECTIVIDAD

Nos hemos referido anteriormente a la cláusula de conexión de los derechos fundamentales con los derechos humanos, aludiremos ahora, a los Tratados y Convenios

¹⁷ El postulado de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos fue formulado por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos. En el mismo sentido, el punto 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993. La generalización de tales derechos se produjo en el constitucionalismo de la Segunda Post-Guerra Mundial, con el triunfo del Estado Social, y se plasma en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (arts. 6, 7, 12, 15); en la Constitución Italiana de 1947 (arts. 29 a 47) o la Constitución Española (arts. 7, 9.2, 28, en general Capítulo III, Título I, de la aludida constitución).

¹⁸ Como dice RUILOVA ALBARIÑO, J. “*Los Pactos Internacionales de las N.U. de 16 de diciembre de 1.966*”, p. 18 y 19, dentro de la obra general *Derecho internacional de los derechos humanos*, coordinada por FERNANDEZ DE CASA LEVANTE ROMANI, C., Dilex, S.: L., Madrid, 2000, p. 172-176. En la misma obra colectiva, se puede leer el estudio de JIMENEZ GARCIA, F. sobre “*El sistema europeo de protección de derechos humanos: el consejo de Europa y la Carta Social*”. Órganos de control; el Comité Europeo de Derechos sociales y el Comité gubernamental; El mecanismos de reclamaciones colectivas del Protocolo adicional a la Carta Social de 1995.

Humanos en su proyección de disfrute de los mismos, como derecho interno, que tiene entrada en nuestro ordenamiento a través del artículo 96.1 de la Constitución Española que señala que tales Tratados y Convenciones forman parte de nuestro derecho.

A los referidos efectos de integración en nuestro ordenamiento jurídico habrá que tener en cuenta la necesidad de recepción especial, de las normas contenidas en los Tratados; a estos efectos, refiere GARRIDO FALLA¹⁹, que “con la implantación sucesiva del sistema constitucional y de la separación de poderes, la integración de las leyes convencionales hace necesaria la intervención del Parlamento”.

Es la **publicación**, recuerda el referido autor, la forma que adopta la recepción para transformar el derecho Internacional en derecho interno; más la previa **adhesión**, deberá hacerse mediante Decisión adoptada en el Parlamento (art. 96.1 CE); una vez publicada en el BOE forma parte de nuestro Ordenamiento jurídico.

Los Tratados aprobados e incorporados al ordenamiento jurídico, ¿tienen un valor superior a la Constitución? ¿Tienen un valor igual a la Constitución? ¿Un valor inferior a la Constitución? Con toda la riqueza de razonamientos y matices dimanantes de la doctrina y de la jurisprudencia del TC, puede deducirse que los Tratados a los que nos referimos, forman parte de lo que se ha llamado **bloque de la constitucionalidad** (también forma parte del mismo, por ejemplo, los Estatutos de las Comunidades Autónomas).

Para que un Tratado no contradiga la Constitución, antes de que el Gobierno decida adherirse al referido Tratado o bien antes de que el asunto sea presentado a las Cortes para su votación y aprobación (según sea uno u otro el procedimiento que se siga, al amparo del artículo 94 de la CE), se puede solicitar ante el Tribunal Constitucional una **DECLARACIÓN**, que tendrá carácter jurisdiccional; esta Declaración jurisdiccional se contempla en el artículo 95 de la Constitución.

Cabe recordar que, además, de la adhesión al Tratado puede existir una adhesión a los Protocolos del mismo o a los Protocolos que se vayan produciendo a lo largo de la vida del Tratado.

En trance ya de vigencia del Tratado, para salir del mismo, ampliarlo, etc. Habrá que atenerse a lo que se disponga en el mismo Tratado y si en el mismo no se diera solución a la cuestión, habría que acudir al **Convenio de Viena sobre Tratados**, de 1969, en el que se plantean distintas opciones.

Asimismo, habrá que tener en cuenta, tanto las ventajas como los inconvenientes de la apuntada solución de resolver las cuestiones abordadas en este trabajo (referidas a la globalización y a las empresas transnacionales), a través de la creación de un Tratado internacional. Las ventajas en orden al respecto de los Derechos Humanos, de orden laboral, social, económico, son obvias si se llegase a la publicación de un Tratado Internacional con estos objetivos. Por otro lado, los inconvenientes, derivan no sólo del marco aplicativo sino de los mecanismos de ejecución y de la coexistencia de y con otros tratados que coexistirán con el nuevo y de la posibilidad de que las partes implicadas se encuentren dentro o fuera del radio de acción del Consejo de Europa, de la Unión Europea, de Naciones Unidas, de la jurisdicción penal, en su caso nacional o internacional, etc.; además de todo esto, habrá que tener

¹⁹ GARRIDO FALLA. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Madrid 1970, p. 305.

en cuenta los mecanismos de ejecución de lo dispuesto en los Tratados, como no puede ser de otra manera, a eso vamos.

Tan importante como difícil es la cuestión de los mecanismos tendentes a la aplicación efectiva de lo dispuesto en los Tratados y Convenios Internacionales. Si bien es cierto que en Europa se han ido creando sistemas tendentes a la ejecución de lo dispuesto en los Tratados, no es menos cierto que el sistema práctico es insatisfactorio y lento. Así mismo, los Tratados que deben regir relaciones en el ámbito internacional y también intercontinental, tienen un sistema de cumplimiento muy dificultoso.

En los Protocolos que siguen a la publicación de los Tratados, se suelen prever los cauces a través de los cuales se puede llegar al efectivo cumplimiento de los mismos. En muchas ocasiones, los Tribunales, las Cortes, los Comités dictan resoluciones intentando, de distintas formas, que las citadas resoluciones sean efectivas y que sean cumplidas por los Estados destinatarios.

La efectividad de lo dispuesto por estas Cortes, interpretativas de los Tratados, es dispar pero está presente en otros lugares y continentes como en las sentencias que dicta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de larga tradición, pero tal vez con pocos recursos para lograr la plena efectividad. Algunos autores se han referido a las resoluciones dictadas por estas Cortes o Tribunales internacionales o supranacionales, como **etéreas criaturas** llegándose a decir que tanto en el sistema europeo como en el interamericano, las sentencias de estos Tribunales o Cortes son como **fieras sin dientes**, pues no existen mecanismos como los típicos de las jurisdicciones nacionales para exigir su cumplimiento. El cumplimiento de las decisiones de estos Organismos, Comités, Cortes o Tribunales, depende casi absolutamente de la voluntad de los condenados (o de los Estados condenados), aunque ciertamente influirán (y cada vez más) los procesos de control de dicho cumplimiento, que se hayan podido instaurar en cada sistema (como procesos de control, seguimiento, ejecución, en definitiva, cumplimiento).

Como han destacado numerosos autores, no resulta conveniente extender este tipo de funciones a un órgano político, haciéndose a continuación referencia a que en algunos sistemas internacionales de derechos humanos, es la misma Corte la que controla la ejecución de sus “decisiones”²⁰.

En los distintos sistemas, pocas dudas ofrece el carácter obligatorio de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; el hecho de que sea el Comité de Ministros el que haya estado encargado de supervisar el cumplimiento de las sentencias dictadas por el Tribunal, le confiere una especial virtualidad y prestigio²¹.

²⁰ De estas cuestiones se preocupan autores como REVENGA SANCHEZ, M – VIANA GARCES, A., *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 58-59. En algunos países como Costa Rica (artículo 27 del Acuerdo del Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana), se dispone que las resoluciones de dicho órgano o de su Presidente tendrán el mismo efecto que aquéllas dictadas por el Poder Judicial costarricense una vez que se hayan cumplido determinadas formalidades. En Colombia, por Ley 288/1996, se establecen mecanismos específicos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos.

²¹ ALMAGRO NOSETE, J. *Derecho Procesal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1986, Tomo I, Volumen 1, p. 129 y ss.

En España, entre nosotros, mediante la petición de Revisión de sentencias se puede conseguir que se anulen las dictadas en el Estado en determinados supuestos, lo que denota un evidente progreso hacia la efectividad de las Sentencias dictadas por el Tribunal de Estrasburgo²². Hay que valorar pues las reformas legislativas, como la española, que incluye (en algunos supuestos de sentencias condenatorias) como causa de revisión de sentencias firmes, las dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²³.

Más difícil es el cumplimiento de los **DICTÁMENES** emitidos por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966. En principio no existe norma jurídica que obligue al Estado español a cumplir los dictámenes del Comité; sin embargo, en muchas sentencias se reconoce que hay que dotar de efectividad a los Dictámenes del Comité; recientemente tiene interés la Sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo del 17 de julio de 2018, razonando en pro de la efectividad del Dictamen pronunciado por el Comité.

No cabe olvidar, sin embargo, que a pesar de existir reiteradas condenas contra España por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que obliga, en lo que a sentencias condenatorias penales se refiere, a la **revisión de la condena y de la pena impuesta**, no ha sido hasta el año 2015 (Ley 42/2015, reformando la Ley de Enjuiciamiento Criminal), cuando de manera efectiva se ha reconocido este derecho, a pesar de haber sido implantado inicialmente, hace algunos años, en la Ley Orgánica del Poder Judicial; pero la introducción en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, no ha tenido lugar hasta la fecha anteriormente indicada.

Lo anteriormente expuesto revela desidia legislativa, más criticable si se tiene en cuenta que el eludido Pacto de Nueva York de 1966, es heredero de los derechos proclamados en Asamblea General de Naciones Unidas, después de la Segunda Guerra Mundial; igualmente, recordemos que en Resolución de la referida Asamblea de NN.UU. se emitió la importante y trascendente Declaración Universal de Derechos Humanos²⁴.

Junto a los procedimientos referidos que van desde la penalización de personas jurídicas (en algunos países, como el nuestro), la consideración de la relevancia de la responsabilidad por riesgo u otras vías que se alistan en lo que al principio del trabajo incluíamos en un derecho penal de “barreras punitivas adelantadas”, la incidencia de futuros Tratados con sistemas de ejecución adecuados

²² SUAU MOREY, J. *Recurso de Apelación Penal*, Juruá, Lisboa, 2017.

²³ Se considera en definitiva, una causa de revisión, como se venía solicitando hacía tiempo: GIMENO SENDRA, V. *Los procesos de amparo*, Colex, Madrid, 2003, 1ª edición, p. 266 y ss; GARUANDIA GONZALEZ, P. *El proceso de revisión de las sentencias penales*, Aranzadi, Navarra, 2016, p. 213 y ss.

²⁴ Así mismo, sobre los derechos sociales, puede profundizarse en GABARA DE CARA, J. *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Bosch, Barcelona, 2.010, p. 129 y ss. Los derechos de prestación se caracterizan por la heterogeneidad de su sustancia que no permite identificar un contenido material concreto de los derechos sociales, por la necesidad de concreción normativa y por la articulación normativa de sus garantías que exige que la protección judicial requiera la intermediación legislativa. Según el referido autor, la construcción se analiza a partir de sus finalidades, es decir, satisfacer necesidades básicas de los ciudadanos y de los bienes jurídicos que se protegen de manera objetiva, básicamente educación, medioambiente, asistencia social o sanitaria, consumidores y vivienda. Los derechos sociales pues, precisan de configuración normativa.

(hemos visto su dificultad), etc., en evitación de abusos y vulneraciones que deben ser evitados, podríamos proponer (adicionalmente y no alternativamente), medidas relacionadas con el aseguramiento de determinadas responsabilidades, el potenciamiento o la creación de Agencias mundiales de información, los sistemas de control (incluyendo el preventivo) de las empresas matrices, con respecto a los contratos suscritos con sus empresas filiales o con trabajadores, etc.; todo ello, podría operar con mayor efectividad en los supuestos en los que la convencionalidad internacional (los Tratados) no pueden concertarse puesto que dependen de políticas internacionales cuyos intereses comerciales priman o eclipsan sobre los derechos humanos, que por ser tales, son prioritarios.

Junto a estas alternativas, debería también incidirse en una mayor intervención de las Embajadas y Consulados en las distintas fases del problema. Conviene recordar la referencia de CARRILLO SALCEDO²⁵, cuando afirma que “la protección diplomática puede ser definida como una reclamación en solicitud de una reparación de los daños sufridos por un nacional del Estado reclamante a consecuencia del acto ilícito internacional del Estado frente al que se plantea la reclamación”.

Distinta es la **asistencia consular**, actividad **permanente** de los Consulados dirigida a sus nacionales con el objeto de hacer frente a ciertos problemas que se les pueda presentar, como consecuencia del desarrollo de sus actividades habituales en el Estado receptor.

Por ello, no debe confundirse la protección diplomática con la consular, ésta última es ejercida por el Estado en favor de sus nacionales mediante los Consulados en el extranjero²⁶.

Las medidas que proponemos, no constituyen más que propuestas tendentes a dar soluciones prácticas en supuestos en los que la convencionalidad internacional no puede llegar satisfactoriamente (me refiero nuevamente a los Tratados internacionales y su cumplimiento efectivo).

PEDRO NIKKEN, que ostentó el cargo de Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos escribió que “actualmente, el reconocimiento del valor jurídico internacional de los derechos humanos, más que una revolución

²⁵ CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 25 (4ª edición). Dicho de otra forma, añadirá en p. 188 que se trata de una acción que un Estado lleva a cabo frente a otro para reclamar, respecto de sus nacionales (o respecto de sus propios derechos) la debida aplicación del derecho internacional.

²⁶ En este orden de ideas, diferencia y matiza ambos conceptos GOROTEA LICERAS, en *Obra conjunta Derecho internacional de los Derechos Humanos*, coordinada por FERNANDEZ CASALEVANTI, Diilx Madrid, 2000, p. 45 y ss.). La protección diplomática no agota las posibilidades de protección de los nacionales en el extranjero. Es necesario utilizar la asistencia diplomática y la protección y asistencia consular. REMIRO BROTONS, en *Derecho Internacional*, Mc. Graw Hill, Madrid, 1997, p. 499. Ver Convenio sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de Abril de 1961. El Convenio tiene dos Protocolos facultativos. La entrada en vigor, de forma general, no se produjo hasta el 24 de abril de 1964. Sobre el derecho español sobre la materia véanse los arts. 42-45 de la Ley 2/2014 de 25 de marzo, de la acción y servicio exterior del Estado, dentro del marco general de órganos del estado para relaciones internacionales. Convenio sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963; el Consejo de Europa adoptó una Convención Europea sobre funciones consulares de 11 de diciembre de 1967. Sobre el Derecho español en la materia, véanse los arts. 47-48 de la Ley 2/2014 de 25 de marzo, de la acción y servicio exterior del Estado (BOE nº 74, de 26 de marzo). Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y cooperación de conformidad con la carta de Naciones Unidas (Resolución 2625 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas); recordemos que la Carta de las NNUU es de 26 de junio de 1945.

jurídica, denota un nuevo estado de conciencia universal y un cambio significativo de patrones culturales. La protección internacional debida a la persona, frente a la ofensa a sus derechos fundamentales cometida por el poder público, implica un principio de reconocimiento tangible de la superioridad del género humano²⁷.

En este sentido, el reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos constituye una disciplina que si bien no es autónoma, tiene características propias y bien definidas.

Se ha comenzado ya a extraer consecuencias prácticas de las concepciones democráticas del Estado, como vehículo para la plena realización y liberalización de la persona, cuya actuación no puede rebasar los límites que impone la dignidad humana.

En relación con el colectivo “migrantes” en 1996 la CIDH comienza a realizar investigaciones críticas sobre la situación de los trabajadores migratorios y sus familias en el continente americano; después vendría la Relatoría sobre migrantes, creada a fin de brindar especial atención a un grupo caracterizado por su extrema vulnerabilidad y, en consecuencia, especialmente expuesto a violaciones de derechos humanos²⁸.

No queremos finalizar nuestra exposición sin alzaprimar que existen construcciones dogmáticas de gran calado en la actualidad, como la concepción de garantía de LUIGI FERRAGOLI, al entender que las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el Ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los Derechos Fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso (insiste Ferragoli) “reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales, para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las garantías liberales al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; **las garantías sociales, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten en cambio, en técnicas de coerción y/o sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen**”²⁹.

BIBLIOGRAFÍA

²⁷ NIKKEN, P. en *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Civitas, 1987 Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 314 y ss. Al respecto ver obra conjunta dirigida por DE NANDARES, J.M. *Estados y Organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Iustel, AEPDIRI (Universidad de La Rioja); en combinación, con Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 2010.

²⁸ LOPEZ LUPULEIO, M.F. en *Discriminación y acceso a la Justicia en el sistema interamericano de Derechos humanos*, en Revista Jueces para la Democracia n° 85, julio 2015, p. 143. Asimismo en el segundo informe de progreso de la relatoría se enfatizaba que los Estados deben proveer las garantías necesarias para asegurar que los procedimientos judiciales y administrativos seas justos y sometidos a las reglas del proceso justo, y garantizar que las personas detenidas reciban un trato humano y que las condiciones de su detención no pongan en riesgo su salud o vida.

²⁹ FERRAGOLI, L. *Derechos y garantías, la ley del más débil*, editorial Trotta, p. 25. Sin abandonar la importancia del garantismo: HERNÁNDEZ GARCÍA, J. *Sobre el espíritu del garantismo, Montesquieu y el poder de castigar*, Revista Jueces para la Democracia, n° 91, Abril 2018, p. 22.

ALONSO GARCÍAS, R. *Sistema jurídico de la Unión Europea*; Thomson Civitas, Navarra, 2007.

ALMAGRO NOSETE, J. *Derecho Procesal, Parte General*; Tirant lo Blanch, Valencia, 1986, Tomo I, Volumen I.

CARRILLO SALCEDO, J.A. *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1999, 4ª edición.

CRESPO NAVARRO, E. *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. *Derecho Internacional de los derechos humanos*, Dilex, Madrid, 2000.

GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. *El proceso de revisión de las sentencias penales*, Aranzadi, Navarra, 2016.

GARRIDO FALLA, F. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1970.

GAVARA DE CARA, JUAN CARLOS, en *La dimensión objetiva de los derechos sociales*; Bosch, Barcelona, 2010.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ed. Castillo de Luna, Madrid, 2015.

GUAMAN HERNÁNDEZ, A.; MORENO GONZÁLEZ, G., *Empresas transnacionales y Derechos humanos. La necesidad de un instrumento vinculante*, Bomarzo, Albacete, 2018.

LINDE PANIAGUA, E.; BACIGALUPO SAGGESE, M.; FUENTETAJA PASTOR, JA. *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Cóllex, Madrid, 2011, 4ª Edición.

NIEVA FENOLL, J. *Investigaciones internas de la persona jurídica*, en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 86, julio 2016.

OJINAGA RUIZ, R. *Emergencias humanitarias y Derecho Internacional*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

PASCUAL VIVES, F.J., *El Derecho de los Tratados en la jurisprudencia comunitaria*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

PEREZ LUÑO, A.E. *Los Derechos Fundamentales*; Tecnos, 2011, 4ª edición.

PEREZ MACHO, I. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Comares Editorial, Granada, 2017.

PRECIADO DOMENECH, C.H. *Interpretación de los Derechos Humanos y Derechos Fundamentales; Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 37, Navarra, 2016.

REVENGA SANCHEZ, M.; VIANA GARCES, A. *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el TEDH*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

REY ANEIROS; A. *Una aproximación a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

SUAU MOREY, J.; CIRERA NOGUERA, G., en *Fomento de las inversiones privadas extranjeras en los países en desarrollo*, obra dirigida por Victoria Abellán; autores varios, Ediciones Japizua, Barcelona, 1971, con prólogo de Manuel Díez de Velasco Vallejo.

SUAU MOREY, J. *El nuevo recurso de apelación penal*, Juruá, Lisboa, 2017.

URBANO CASTRILLO, E. El impacto de la reforma del Código penal en relación con las personas jurídicas, *Revista La Ley Penal*, número 61, junio 2009.

VALLESPÍN PÉREZ, D. *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas*, Bosch, Barcelona, 2018.

VALLESPÍN PÉREZ, D. *El régimen profesional de los trabajadores autónomos y sus especialidades*, Bosch, Barcelona, 2018.

VIRSEDA FERNANDEZ, M^a.C. *Estudios sobre protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales*; Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2017.