

HURI-AGE

Red Tiempo de los Derechos



Papeles el tiempo de los derechos

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DDHH: NUEVAS INTERACCIONES *PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND HUMAN RIGHTS: NEW INTERACTIONS*

Francisco Javier Zamora Cabot
Catedrático de D^o internacional privado
UJI de Castellón

Palabras Clave: Derecho internacional privado; Derechos Humanos; Gobernanza Mundial; Acceso a la Justicia; Competencia Jurisdiccional; Derecho Aplicable: Casos *Nevsun*, *Vedanta*, *Okpabi*, *Millieu Defensie* y *Nestlé*. Instrumento Jurídico Vinculante en Materia de Empresas y Derechos Humanos; Normas de Intervención; Cadenas de Valor.

Key Words: Private international Law; Human Rights; Global Governance; Access to Justice; Jurisdiction; Applicable Law; *Nevsun*, *Vedanta*, *Okpabi*, *Millieu Defensie* and *Nestlé Cases*; Binding Treaty on Business and Human Rights; Peremptory Norms; Value Chains

Número: 4 Año: 2021

ISSN: 1989-8797

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

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

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DDHH: NUEVAS INTERACCIONES

Francisco Javier Zamora Cabot*

Catedrático de Dº internacional privado

UJI de Castellón

SUMARIO: I.-Introducción. II.- Acceso a la justicia y al remedio. 1.-Competencia jurisdiccional. 2.-Derecho aplicable. III.- Un apunte de la incidencia de las normas de intervención. IV.-Reflexiones conclusivas.

Resumen: A pesar de su indudable carácter técnico, de derecho sobre derecho, el Dº internacional privado nunca ha dejado al margen consideraciones de enraizamiento social a través, por ejemplo, de la evaluación de intereses o la consecución de la justicia y el mantenimiento de la paz. El presente trabajo se adentra al respecto en la óptima sede de los derechos humanos, mostrando nuevos reflejos en materia de acceso a aquélla y al remedio, también en el ámbito competencial y el del derecho aplicable y, dentro de su esquema de normas de las que traen causa de la intervención del estado, respecto de cuestiones que ostentan para él un carácter prioritario. Todo ello se revisa a la luz del dato comparado más reciente, positivo, doctrinal y jurisprudencial. El estudio concluye con unas reflexiones de entronque con la Gobernanza Mundial y sobre otras vías a través de las cuales puede coadyuvar con ella el Dº internacional privado, siempre en clave del progreso y defensa de los derechos humanos.

Abstract: Despite its undoubted technical nature, as a law on law, Private International Law has never left aside considerations of social roots, for instance, through the assessment of interests or the achievement of justice and the maintenance of peace. This paper delves into the optimal field of human rights, showing new reflections in the matter of access to it and to remedy, also in the field of jurisdiction and that of applicable law and, within its scheme of norms, of those that derive from the intervention of the state regarding issues that are a priority for it. All of this is reviewed in light of the most recent, positive, doctrinal and jurisprudential comparative data. The study concludes with some reflections on the connection with global governance and on other ways through which Private International Law can contribute to it, always in terms of progress and human rights advocacy.

* Estas páginas recogen con las pertinentes adiciones y ajustes formales el texto de la conferencia que bajo el mismo título impartió su autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, tras la correspondiente y amable invitación, en Noviembre de 2021. Este empeño se ha desarrollado en el marco de la REDH-EXATA, <https://redhexata.com/>, perteneciente a la AUIP, *Asociación Universitaria Iberoamericana de Postgrado*, <https://auiip.org/es/>. Las dedico a la memoria del Profesor José Luis Iglesias Buhigues.

I.Introducción

Desde los comienzos de su desarrollo como disciplina jurídica, el D° internacional privado ha sido asumido como un discurso marcadamente técnico, formal, de derecho sobre derecho podríamos decir. Lo que junto a lo arduo de su propósito, proveer una regulación armónica de la vida internacional en el marco de la pluralidad de ordenamientos, puede llevarnos a considerar que prima en él la nota instrumental, aséptica, en detrimento de su enraizamiento social o su potencial como factor del progreso humano. O del supremo objetivo de la consecución y mantenimiento de la paz, en el que está llamado a coincidir con la otra rama del D° internacional, el Público o de Gentes.

Pero la realidad es otra. El D° internacional privado, sin desdeñar esa nota técnica, indudable, abraza también claves que lo acercan al pulso de la propia realidad que constituye su objeto como serían, por ejemplo, la evaluación de los intereses en presencia o, y es lo que más nos importa ahora, la consecución de la justicia material o sustantiva en la respuesta que se dé al caso concreto. De los primeros, los *intereses*, mi maestro, D. Mariano Aguilar Navarro, de venerada memoria, decía que eran el *genio pícaro* del D° internacional privado, un genio que había dejado muchos rastros tanto en el gran acervo doctrinal de éste como en sus proyecciones prácticas. Pero es que la aludida justicia material o sustantiva también había arraigado ya en el que mi maestro denominaba *D° del Tráfico Jurídico Externo* desde, por ejemplo, la llamada Glosa de Aldrico, en la que la solución a los problemas de la citada vida internacional debía conformarse teniendo presentes los contenidos del D° Común, el romano justiniano, epítome de lo justo en la época, erigiéndose en un principio de solución que, a través de múltiples modulaciones y adaptaciones, también de recursos técnicos, ha llegado hasta nuestros días. Un principio, por lo demás, coexistente a lo largo de los siglos con la visión formal, de delimitación del ámbito de la ley en el espacio, presente en la Glosa de Acursio y en la que, a través de un concreto texto de ese Derecho Común, la *Lex Cunctos*, se deducía el otro gran principio de solución con sus propias vicisitudes históricas y en tensión dialéctica con el sustancial o de justicia material; tensión sobre la que se ha erigido el D° internacional privado tal como lo conocemos.

Es ya contemporáneamente, y como fruto del intenso proceso de renovación al que aludimos como “*la crisis del D° internacional privado*” cuando, a causa en especial de la adecuación de éste con los diversos dictados constitucionales, el abordaje de nuestra disciplina a través del principio de justicia material se impulsa con firmeza hacia los derechos humanos. Lo que recibe su consagración al mayor nivel, por ejemplo, desde que tales derechos se acogen en la codificación estatal del D° internacional privado mediante el nuevo Artículo 6 de la ley de Introducción al Código Civil Alemán, en 1986 o, previamente, en el de la codificación internacional, en el Art. 20 del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 1980, el

conocido como Convenio de *Legal Kidnapping*. En ambos casos, el cauce de entrada de los derechos humanos va a ser el orden público internacional, un correctivo funcional de la norma de conflicto de muy amplia trayectoria en el recorrido histórico del Dº internacional privado, cuya utilización tenía ya precedentes próximos en la práctica comparada, por ejemplo, frente a leyes racistas. Pero que, recalco, accede a una nueva dimensión cuando se concibe y plasma en la codificación vinculado con aquellos derechos.

La justicia material y los derechos humanos, entonces, no son una novedad en el ser y la práctica de nuestro Derecho, pero actualmente adquieren sin duda un sentido muy relevante como, por ejemplo, se hace patente en la Resolución de 4 de septiembre de 2021 del IDI bajo el título de *Los derechos de la persona humana y el Derecho internacional privado*¹. Contando con ello, junto a muchos otros reclamo, a la par del tradicional desempeño del Dº del Tráfico Jurídico Externo como regulador de la vida privada internacional, un nuevo enfoque que lo una a la Gobernanza Mundial, concepto proteico que incorpora junto a visiones normativas y planteamientos de acción política, un ensanchamiento del elenco de protagonistas en el que, además de los Estados hay que anotar el impulso de los múltiples representantes de la sociedad civil y, quiero destacarlo, la influencia *decisiva* de los grandes operadores económicos². Una Gobernanza Mundial que permita afrontar con éxito los enormes retos a los que nos enfrentamos y donde los derechos humanos puedan orientar la participación del Dº internacional privado, del todo necesaria y plausible en su actual nivel de madurez conceptual y del gran acervo de medios técnicos de los que dispone.

Con pincelada impresionista, como diría mi maestro, y sin ánimo alguno de exhaustividad, me propongo ahora presentar esas nuevas interacciones a las que aludo en el título de mi conferencia y le dan razón de ser.

II.- Acceso a la justicia y al remedio

Orientado junto a sus propósitos tradicionales hacia la defensa y promoción de los derechos humanos, el Dº internacional privado ha de asumir como uno de sus retos fundamentales la facilitación del *acceso a la justicia y el remedio*³ de quienes se han visto lesionados en aquellos derechos. Ello nos sitúa, entonces, en un primer momento, ante la necesidad de integrar tal facilitación en dos de sus pilares fundamentales, la competencia jurisdiccional y el derecho

¹ Accesible en https://www.idi-iil.org/app/uploads/2021/09/2021_online_04_fr.pdf.

² Vid., v.gr., en general, mi “Gobernanza Mundial y el binomio empresas-derechos humanos”, en *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, vol. 5, Nº 1, 2020, pp. 87-113. Y, en el mismo sentido, el excelente *Prólogo*, de Álvarez Rubio, J.J., en el volumen *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, Zamora Cabot, F.J., Sales Pallarés, L. y Marullo, Ch., (Eds.), Thomson Reuters Aranzadi, (en prensa).

³ Por todos, vid., en general, la síntesis ofrecida por Makowiecky Salles, B. y Márcio Cruz, P., “Access to Justice: A concept in the light of the european and american international systems”, en *Academia Letters*, June 2021 y, respecto del ODS Nº 16 en un contexto específico, Marullo, Ch. M., Bright, C. y Zamora Cabot, F.J., “El progreso hacia un Tratado Vinculante sobre empresas y derechos humanos a la luz del Objetivo de Desarrollo Sostenible Nº 16”, (en prensa).

aplicable. En sendos epígrafes, y a través de algunos ejemplos, trato la cuestión en términos sucintos

1.-Competencia jurisdiccional

La práctica comparada nos indica claramente que la mayor parte de los litigios sobre violaciones de los derechos humanos, sean perpetradas por individuos, empresas o los Estados, se resuelven en la fase competencial la de aceptación, o no, de su potestad de dirimir el supuesto -la *jurisdiction to adjudicate*-, por las sedes judiciales. Y son muchas las circunstancias que pueden incidir en ello, aparte de las que cabe considerar específicas del Dº internacional privado. Me refiero, por ejemplo, a la propia capacidad/solvencia de los diversos sistemas judiciales, o al grado de involucración de la sociedad civil, o la existencia o falta del necesario concurso de equipos jurídicos experimentados que se hagan cargo de las demandas. Estos litigios pueden ser muy complejos, dilatados en el tiempo y afectar a un gran número de personas y de intereses⁴. O sea que, por ejemplo, podrían constituir un buen banco de pruebas respecto de los propósitos hacia los que se dirige el llamado programa *Justicia*, de la UE, tal como se recoge en el Reglamento (UE) 2021/693, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28-IV-2021 y, en especial, en su artículo 3 (c), sobre facilitación de acceso efectivo.

Ya en sede de nuestra disciplina jurídica, apuntaré ahora también el juego que pueden efectuar frente a las correspondientes demandas de las víctimas, doctrinas surgidas en el ámbito anglosajón, como la del Acto de Estado, *Act of State*, o la Cuestión Política, *Political Question*, aunque sea cada vez más visible en las correspondientes jurisprudencias una creciente hostilidad a cubrir con el manto de ambas a las conductas que lesionan muchas veces de forma gruesa y a múltiples afectados, los derechos humanos. A este respecto, resulta entre otras del mayor interés la postura de principio avanzada recientemente por el Tribunal Supremo Canadiense, de rechazo hacia el *Acto de Estado*, en su decisión en el caso *Nevsun*, que trata del trabajo esclavo en una mina de Eritrea, sobre la que, por otros extremos de interés, volveré más adelante⁵. Acto de Estado e Inmunidad de Jurisdicción son doctrinas afines, aunque esta última, que también puede condicionar, y en gran

⁴ Resulta significativo el varapalo que ha dado recientemente la *Court of Appeal of England and Wales* a la *High Court*, por los especiosos argumentos con los que ésta se desasía del enorme contencioso planteado ante ella por las 200.000 víctimas, incluyendo empresas y entes públicos, de la catástrofe del pantano Fundao, de Samarco, Grupo (BHP); vid. noticia de ello, v.gr., en <https://www.reuters.com/business/energy/london-judges-re-open-69-bln-brazil-dam-lawsuit-against-bhp-2021-07-27/> . En general, vid., asimismo, v.gr., Font-Mas, M., “Los obstáculos de una demanda civil de responsabilidad transnacional por violación de derechos humanos: Desde la perspectiva del titular del derecho”, en *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2020, N° 63, pp. 113-151.

⁵ Vid., v.gr., mi estudio en coautoría con Marullo, Ch., “Empresas Multinacionales y DDHH: ¿Hacia el fin de la impunidad? Apuntes a la decisión del Tribunal Supremo canadiense en *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*”, en estos Papeles, 2020 (20), 15 pp y, asimismo, mi “Acerca del Acto de Estado en los litigios transnacionales sobre derechos humanos”, ibidem, 2020 (21), 15 pp. También, Haynes, J., “The shifting pendulum: foreign investors’ liability under Canada’s common law for breaches of customary international law”, en *Canadian Journal of Law and Society*, 2021, pp. 1-19 y Langenfeld, A., “La responsabilité des sociétés mères: les pas en avant des cours suprêmes anglaise et canadienne”, en *Les Cahiers de Droit*, 2021, vol. 62, pp. 859-897.

medida, la viabilidad de estos litigios, proviene del Dº internacional general, no de un Estado o familia jurídica particular, ni cabe afrontarla y se ha hecho a menudo usando técnicas del Dº internacional privado, como sucede respecto del Acto de Estado. Por lo que dejaré al Dº de Gentes y sus especialistas que aborden la muy compleja tensión entre inmunidad y derechos humanos, y su impacto sobre el acceso a la justicia, dejando solamente constancia de lo que parece ser una tendencia restrictiva sobre tal inmunidad. Como, por ejemplo, y respecto de alguna de sus lecturas, ha defendido otro Tribunal Supremo de gran prestigio, el del Reino Unido, en su ya célebre sentencia en el caso *Belhaj*, sobre secuestros y torturas, relativo al infame Programa de Entregas Extraordinarias, *Extraordinary Renditions Programme*, auspiciado por la CIA, en un supuesto en el que se vieron involucrados diversos responsables públicos británicos del mayor nivel⁶.

Ya situados en la ponderación de la competencia jurisdiccional respecto de estos litigios, y una vez descartadas las doctrinas a las que acabo de aludir, lo más saliente en la actualidad se puede vincular, en primer término, con algunas decisiones de sedes judiciales europeas de prestigio reconocido. Como, por ejemplo, las emitidas en los casos *Vedanta* y *Okpabi*, por el citado Tribunal Supremo del Reino Unido en sendos casos de grave polución medioambiental e impactos sobre las comunidades vinculados con , respectivamente, actividades mineras en Zambia y de extracción petrolífera en el Delta del Níger. En ambos, el Alto Tribunal ha sentado una jurisprudencia de gran relieve sobre la fase que ahora nos ocupa, la competencial de los procesos, al dictaminar en *Vedanta*, entre otros aspectos del mayor interés, la posibilidad de demandar ante las instancias judiciales inglesas a las empresas matrices domésticas cuando su conducta, en el caso mediante manifestaciones públicas y reiteradas, haya podido generar una responsabilidad directa frente a terceros a causa de las actividades de sus filiales en el extranjero⁷. Y, en *Okpabi*, cuando al respecto del análisis del control de las citadas matrices sobre las filiales, a los efectos del eventual surgimiento de aquella responsabilidad, pone de relieve la necesidad de permitir a los demandantes, mediante los oportunos mandamientos, acceso, *disclosure*, a los documentos internos de la empresa. A la vez que se muestra contrario a que las sedes judiciales subordinadas a él se embarquen en lo que califica de *mini-juicios*, en estas fases iniciales de los procesos⁸. Destaco cómo en ambos supuestos el Tribunal Supremo abona el acceso de las víctimas a la justicia, en concordancia con una de las líneas más brillantes y definitivas de la jurisprudencia inglesa⁹.

⁶ Sobre él, vid., v.gr., mi “Imperio de la ley y acceso a la justicia en algunas recientes y claves decisiones de la jurisdicción británica”, en estos *Papeles*, 2017 (3), 20 pp. Asimismo, vid., v.gr., Smith, E., “Is Foreign Policy Special?”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 2020, vol.00, pp. 1-26.

⁷ Vid., v.gr., mi “Acceso a la justicia y empresas y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso *Vedanta v. Lungowe*”, en *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2020, Nº 63, pp. 33-56.

⁸ Vid., v.gr., Roorda, L., “Lowering the bar (in a good way): The U.K. Supreme Court Decision in, *Okpabi v. Shell.*”, accesible en, <https://rightsasusual.com/?p=1395>.

⁹ Vid., v.gr., la decisión del Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales en el reciente caso *Hamida Begum v. Maran UK Ltd.*, 2021 EWCA Civ, 326, comentado por Holland, O. y Bonner, R., en *Lexology*, 10-III-21. En general, vid.,

También, en otro orden, resultan de interés siempre en esta fase competencial las diversas iniciativas que se vienen generando en el ámbito de la codificación internacional, entre las que destacan las referidas al *Instrumento Jurídico Vinculante Sobre Empresas y Derechos Humanos*, asimismo conocido por Tratado de Empresas y DD.HH., actualmente en gestación bajo los auspicios de las Naciones Unidas. He tenido la ocasión de analizar su Segundo Borrador Revisado, *Revised Draft II*, en otros lugares, por ejemplo en un estudio en coautoría con la Profesoras Bright y Marullo recientemente publicado en la *Netherlands Internationaal Privaatrecht*¹⁰, al que me remito ahora. No sin antes poner de relieve, en primer lugar, el que estimamos acertado elenco de bases de competencia jurisdiccional a las que pueden acceder los demandantes ex Art. 9.1 del citado texto; es decir, las que se refieren al lugar donde ocurren los abusos de derechos humanos, o donde ocurre un acto u omisión que contribuye a esos abusos o, el de domicilio de las empresas que han contribuido a ellos por acción u omisión en el curso de sus actividades. Y, también importante, la exclusión ex Art. 9.3 del llamado *Forum Non Conveniens*, FNC, una doctrina proveniente del ámbito jurídico anglosajón, donde se encuentra ahora fuertemente contestada en supuestos de derechos humanos, que ha resultado en innumerables ocasiones en total desprotección de las víctimas¹¹. O, en fin, y lo consideramos muy significativo y entonado con los tiempos la, esta vez, admisión del llamado *Forum Necessitatis*, ex. Art. 9.5, siendo de alabar la forma de llevarla a cabo, al exigirse la existencia de un vínculo con el foro que va adquirir la competencia respecto de personas físicas y jurídicas no domiciliadas en su territorio, siempre que no exista otro que permita garantizar un juicio justo. Es una proyección del moderno Derecho internacional privado sobre estos problemas, que ya ha tenido en otros órdenes reflejo en la práctica y en puntos relevantes de su codificación en el plano comparado¹².

Concluyo ya este epígrafe con unas referencias al principio de jurisdicción universal y su eventual incidencia en el presente contexto. Y aunque el Dº internacional privado acomoda desde la estatutaria italiana el estudio de la proyección espacial/competencia jurisdiccional sobre las normas

asimismo, Chambers, R., “Parent Company direct liability for overseas human rights violations: lessons from the U.K. Supreme Court”, en *U.Pa. J.Int’l Law*, vol. 42, 2021, pp. 519-579.

¹⁰ Vid., “Private international law aspects of the Second Revised Draft of the legally binding instrument on business and human rights”, *NIPR* 2021(1), pp. 35-52.

¹¹ Así se descarta su aplicación por la British Columbia Supreme Court en *Nevsun*, ante el riesgo de no poder alcanzar las víctimas justicia en Eritrea. Y sucede lo propio y por motivos similares en *Vedanta*, respecto de los más que previsible problemas ante los foros zambianos, si bien el razonamiento del Tribunal Supremo es más matizado, pues se llega a tales foros por vías que no coinciden exactamente con la doctrina del FNC, en ese momento inaplicable en el Reino Unido a causa de la decisión del TJCE en *Owusu*. Vid., asimismo, en general, Aristova, E., “The future of tort litigation against transnational corporations in the english courts: is Forum Non Conveniens back?”, en *Bus. And Human Rights Journal*, 2021, pp. 1-24.

¹² En general, vid., v.gr., Marullo, Ch., “La lucha contra la impunidad: el Foro Necessitatis”, en *Indret*, 2015 (3), pp. 47 pp. Por su parte, el reciente *Tercer Borrador Revisado, Revised Draft III*, mantiene estos planteamientos; su texto es accesible en <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf>.

penales, trato aquí de la aplicación de tal principio en el orden civil¹³. Así, se ha podido defender durante largo tiempo que un texto pionero y de gran repercusión en el acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos cometidas en el extranjero por empresas o particulares, el *Alien Tort Statute*, ATS, de los Estados Unidos¹⁴, era una encarnación de ese principio, sobre la que se construían los correspondientes litigios. Pero nunca lo ha sido propiamente, porque la jurisdicción universal puede jugar con independencia de los vínculos de los demandados con el foro actuante, y estos siempre existen en los litigios basados en aquel texto ante las sedes judiciales del país transatlántico, porque así lo exigen sus dictados constitucionales y, en especial, el llamado proceso debido, *Due Process*¹⁵. Con todo, y al margen de los avatares en la nutrida jurisprudencia sobre el ATS, de cuyos más recientes desarrollos he recibido el encargo de la AEPDIRI de dar cuenta en nuestras próximas Jornadas bianuales, a celebrar esta vez en Tarragona, sí que considero, con la Profesora Marullo, que está gestándose una *casi-jurisdicción universal* en la práctica comparada sobre estos problemas. Y ello en la medida en que, ya hemos visto algunos reflejos, un número de sistemas judiciales de relieve está abriéndose a permitir el acceso de las víctimas a la justicia, en lo que parece una tendencia creciente y que creo cabe compartir¹⁶.

2. Derecho aplicable

Algo oscurecida por la competencial, esta dimensión del derecho aplicable también ostenta interés, si bien y en aras de no extenderme en exceso la trataré aquí de forma sucinta aportando algunos datos y valoraciones. Por ejemplo, que respecto del citado ATS una de sus mayores notas diferenciales sea la posibilidad de integrar como derecho aplicable los dictados del Dº internacional público, usualmente a través de la incorporación que hacen las sedes federales de él mediante su jurisprudencia, el *common law* federal. Ha sucedido también, y con gran repercusión, en la citada decisión del Tribunal Supremo canadiense en *Nevsun*, al permitirse de forma pionera ante las sedes judiciales de ese país, no solo ya la incorporación mediante su derecho común del núcleo de *Jus Cogens* del Dº de Gentes, sino de forma que tal derecho obliga a un actor privado, la empresa que da nombre al caso. El razonamiento de la Ponente, la *Justice Abella*, es particularmente vigoroso

¹³ Sobre el principio en el orden penal vid., v.gr., Esteve Moltó, J.E., *Requiem for Universal Jurisdiction in Spain*, en *Revue Québécoise de Droit International*, 2020, Vol. 33, pp. 55-84.

¹⁴ 28 U.S.C. 1350.

¹⁵ Sobre el juego de ese principio en la jurisprudencia de los Estados Unidos y Canadá, vid., v.gr., Diamond, J., "International accountability in U.S. Law: a call for legislation", en *Cardozo Pub. Law and Ethics Journal*, vol. 14, 2016, pp. 623-648. Comentando la más reciente decisión del Tribunal Supremo sobre el ATS, vid., v.gr., Hopkins, L.A., et al, "Supreme Court rejects human rights lawsuit against US corporations, but leaves room open for future claims", en *Lexology*, 1-VII-2021.

¹⁶ Vid., Marullo, Ch., "Almost Universal Jurisdiction", en *Yearbook of Private International Law*, Vol. XXI, 2020, pp. 549-568. Asimismo, vid., v.gr., Lopes Saldanha, J.M. y Orlando de Oliveira, L.P., "The legal liability of transnational corporations: Between extraterritorial obligations of states and universal justice", en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2021, Vol. 11, pp. 185-231 y Bonet, J., "Aproximación jurídica internacional al ejercicio de la jurisdicción civil universal frente a violaciones graves de derechos humanos", en *Deusto Journal of Human Rights*, Nº 5, 2020, pp. 13-40. En general, vid., asimismo, Chambers, R. y Berger-Wallisier, G., "The future of international corporate human rights litigation: A transatlantic comparison", en *American Business Law Journal*, vol. 58, 2021, pp. 579-642.

sobre este punto en el que, en definitiva, reclama como algo justo y lógico que el gran poder y protagonismo de las empresas en nuestro mundo tenga su contrapartida en el sometimiento al imperio de la ley, bajo la forma suprema del *Jus Cogens*¹⁷.

Cabe, por otra parte, que sea el discurso ordinario de elección de ley el que lleve a las sedes judiciales a dirimir un problema de este tipo aplicando sus normas de conflicto sobre ilícitos civiles. Es lo que, por ejemplo, ha hecho el Tribunal de Apelación de La Haya en su decisión sobre el fondo en el caso *Milieudefensie*, vinculado a impactos sobre el medio ambiente por la actuación de las filiales de Shell en el Delta del Níger. La sede de La Haya ha seguido la norma de conflicto comunitaria que lleva a la ley del lugar del daño, la de Nigeria, y dentro de ella a su derecho común que, en la especie, ha estimado que coincide con el *common law* inglés, concluyendo en línea con la jurisprudencia *Chandler* y *Vedanta* en favor de los demandantes y la responsabilidad directa de Shell ante esos impactos sobre el castigado Delta y sus habitantes¹⁸. Una aplicación esclarecida, me atrevo a decir, del derecho nigeriano, remontándose a los precedentes ingleses y abriendo en la práctica nuevas posibilidades al Art. 4.1 del Reglamento Roma II y su firme respaldo a la ley del lugar del daño. Y un respaldo, por otra parte, que está siendo en la actualidad revisado por las instancias europeas y podría resultar, en estos supuestos de lesiones a los derechos humanos, en que se diese una opción a las víctimas en el sentido de elegir otra ley que les pudiera convenir más que la del citado lugar, señaladamente, por ejemplo, la correspondiente al domicilio de la persona física o jurídica a quien se atribuye la responsabilidad¹⁹. Si tal sucede, y con esto concluyo el presente epígrafe y su Apartado, habría una sintonía sobre el particular entre el -eventual- texto comunitario y el citado *Revised Draft II*, del Tratado de Empresas y Derechos Humanos, ya que el domicilio aludido es una de las modulaciones que aquel permite respecto de lo que constituye su postulado básico, la aplicación de la ley del foro²⁰.

¹⁷ Vid., v.gr., Scott Fairley, H., “International Law matures within the Canadian legal system: *Araya et al v. Nevsun Resources Ltd.*”, en *The Canadian Bar Review*, Vol. 99, 2021, pp. 203-205.

¹⁸ Vid., v.gr., English R (2021), “Parent Company Owes Duty of Care in Transnational Cases-Hague Court of Appeal”, accesible en <https://ukhumanrightsblog.com/2021/03/01/parent-company-owes-duty-of-care-in-transnational-cases-hague-court-of-appeal/>.

¹⁹ Una amplia y bienintencionada posibilidad de elección de ley por las víctimas, aunque tal vez excesivamente compleja, se contiene ya en la propuesta de Art. 6a del Reglamento Roma II del Borrador de Informe presentado por el Parlamento Europeo con fecha de 9 de Noviembre de 2020. Vid., en general, el importante estudio de Lein, E., et al., auspiciado por el BIICL, bajo el título “Study on the Rome II Regulation, (EC) 864/2007, on the law applicable to non-contractual obligations”, accesible en <https://www.biicl.org/publications/study-on-the-rome-ii-regulation-ec-8642007-on-the-law-applicable-to-non-contractual-obligations>.

²⁰ Vid., v.gr., nuestro estudio “Private International Law...”, cit., pp. 46-50. El *Tercer Borrador Revisado*, citado anteriormente, no cambia estos planteamientos, recogidos en su art. 11.

III. Un apunte de la incidencia de las normas de intervención

Muy significativo respecto del objeto de esta aportación es, en materia de empresas y derechos humanos, el creciente número de normas de intervención de diverso vigor y entidad que está surgiendo en el panorama comparado. Así, cabe recordar en primer término aquellas que giran sobre el concepto de diligencia debida²¹ y/o la necesidad de mantenimiento de transparencia -*reporting*- en las actividades empresariales, en especial respecto de las cadenas de suministro, de modo creciente consideradas como *cadena de valor*²². Entre los ejemplos más relevantes tenemos, entre otras: la Ley Alemana adoptada el pasado 11 de Junio por el Parlamento Federal²³; la Ley Francesa de Vigilancia, de 2017²⁴; la de Debita Diligencia y Trabajo Infantil, de los Países Bajos, adoptada en 2019²⁵; la conocida Acta de Esclavitud Moderna del Reino Unido, de 2015²⁶; la reciente ley de Transparencia, de Noruega,²⁷ o la pionera Acta californiana sobre Transparencia en las Cadenas de Valor, de 2010²⁸. La Comisión Europea también ha anunciado una Directiva que enfocará con carácter obligatorio los derechos humanos y la diligencia debida en materia de medio ambiente y gobierno empresarial respecto de las cadenas de suministro, y que debe presentarse próximamente²⁹. Éstas y otras iniciativas similares considero que pueden ser graduadas en su eficacia y carácter normativo real en la medida en que acomoden, o no, los rasgos esenciales de las leyes y, en especial entre ellos, la precisión de su objeto, su ámbito espacial y temporal de aplicación, las obligaciones de hacer o no hacer que preceptúan y, en caso de incumplimiento, lo que atañe -como corresponde a la defensa de los derechos humanos- a la posibilidad de abrir vías de indemnización para las víctimas y de sanción frente a los responsables. Unos criterios que

²¹ Vid., v.gr., Lopes Saldanha, J. M., “La debida diligencia en derechos humanos como estándar internacional y como gramática del cosmopolitismo de la responsabilidad para las empresas transnacionales” (en prensa).

²² Vid., v.gr., Sales Pallarés, L. y Marullo, Ch., “Informes de sostenibilidad y planes de vigilancia: Explorando nuevos caminos para luchar contra la impunidad empresarial”, en *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2020, N° 63, pp. 207-235.

²³ Accesible en Inglés en: <https://www.bmas.de/EN/Services/Press/recent-publications/2021/act-on-corporate-due-diligence-in-supply-chains.html>.

²⁴ Vid., v.gr., Durán Ayago, A., “*Lex Damni v. Lex Societatis* en la aplicación de la ley francesa del deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales: crónica de un diálogo necesario”, en *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2020, N° 63, pp. 183-206.

²⁵ Vid., v.gr., Olstoorn, K., “The Netherlands adopts business and human rights legislation to combat child labor”, en *Lexology*, 4-II-2020.

²⁶ Vid., v.gr., Broad, R. y Turnbull, N., “From human trafficking to modern slavery: The development of anti-trafficking policy in the UK”, en *European Journal of Criminal Policy and Research*, 2019, Vol. 25, pp. 119-133.

²⁷ Accesible en <https://www.regjeringen.no/contentassets/c33c3faf340441faa7388331a735f9d9/transparency-act-english-translation.pdf>.

²⁸ Vid., v.gr., Sales, L. y Marullo, Ch., “El ángulo muerto del Derecho Internacional, las empresas transnacionales y sus cadenas de suministro”, en *Persona y Derecho*, vol. 78, 2018 (1), pp. 275-284 y Martín-Ortega, O., “Transparencia y diligencia debida en la cadena de suministro: La Modern Slavery Act (2015) del Reino Unido”, en Bonet Pérez, J. y Alija Fernández, R. A., (Eds.), *La extraterritorialidad y la protección internacional de los derechos humanos respecto a conductas de los actores privados*, Marcial Pons, 2021, pp. 327- 349. También, Bakirci, K., y Ritchie, G., “Corporate liability for modern slavery”, en *Journal of Financial Crime*, <https://www.scilit.net/article/dd60339bc340978820794e2140fff4f6>.

²⁹ La UE ya cuenta con algunas normas de relieve; vid., v.gr., Diago Diago, M.P., “Minerales y diamantes de conflicto: mecanismo de control y diligencia debida en tiempos de ODS”, en *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2020, N° 63, pp. 153-182.

proyectados sobre las que acabo de citar nos llevarían a pensar que en no menor medida, y aun exigiendo matizaciones, se trata de expresiones de *soft law*, aunque vengan revestidas de ropajes normativos. Si bien, como poco, sí que traducen un incremento de sensibilidad de la comunidad internacional respecto de la necesidad de acomodar las actividades empresariales al respeto de los derechos humanos. Que encontraría un excelente refrendo si, finalmente, se adopta por las Naciones Unidas el citado Tratado de Empresas y Derechos Humanos y este acoge los rasgos esenciales a los que me he referido. Mientras tanto, someter a seguimiento y escrutinio la generación y práctica de textos como los descritos, parece obligado³⁰.

Además de los anteriores, otros textos de carácter marcadamente imperativo abren vías para la protección e impulso de los derechos humanos. Sería el caso, por ejemplo, del Acta de Protección de Víctimas del Tráfico, de los Estados Unidos³¹, que viene provista de sanciones penales y posibilidad de sustentar acciones civiles. Es de aplicación extraterritorial y puede dirigirse contra particulares y empresas, habiendo fundamentado una reciente demanda contra Nestlé, en un supuesto de tráfico de niños para trabajo esclavo en Costa de Marfil. Fue interpuesta por los mismos demandantes cuyas reclamaciones en base al Alien Tort Statute no habían sido atendidas por el Tribunal Supremo en su decisión de Junio de 2021 en *Doe v. Nestlé*³², y es posible que se resuelva en mejores términos para aquellos que los obtenidos en esta última. En otro orden, y vinculándose con el trabajo forzado, a su vez, un número en aumento de textos de diversos países se dirigen mediante sanciones y regulaciones de comercio exterior, por ejemplo, y en relación con la grave situación de la minoría Uyghur en China, a impedir la importación de productos originados en Xinjian, ante las crecientes evidencias de que en su elaboración ha mediado ese tipo de trabajo. Es el caso del bloque normativo de los Estados Unidos cuyo texto más relevante y de próxima adopción será el *Uyghur Forced Labor Prevention Act*, (UFLPA), acompañado de otras normas conducentes al fin descrito³³. Y, como digo, en un entorno de toma de conciencia de la comunidad internacional sobre aquella situación, que incluso se califica de verdadero genocidio, que ha dado origen a la aplicación de sanciones, entre otros, por Canadá, el Reino Unido o la Unión Europea³⁴.

³⁰ Vid., v.gr., Quijano, G. y López, C., “Rise of mandatory human rights due diligence: A beacon of hope or a double-edge sword?”, en *Bus. and Human Rights Journal*, 2021, pp. 1-14 y Deva, S., “Business and Human Rights: Alternative approaches to transnational regulation”, en *Annual Review of Law and Social Science*, 2021, accesible en <https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev-lawsocsci-113020-074527>.

³¹ Pub. Law 106-386, 2000, prorrogada en su vigor en varias ocasiones, la última en 2019.

³² La decisión del Tribunal Supremo es accesible en https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-416_i4dj.pdf.

³³ Vid., v.gr., Santos, A. y Hintze, Ch., “United States signals aggressive approach on forced labour, creating new risks for companies”, en *International Law Office*, 13-VIII-2021.

³⁴ Vid., Bersin, A., *et al.*, “Business and human rights: Global developments”, en *Lexology*, 9-VI-2021 y, en general, Pietropaoli, I., *et al.*, “Policy Brief: Effectiveness of forced labour import bans”, accesible en <https://modernslaverypec.org/resources/forced-labour-import-bans>. En general, sobre sanciones y derechos humanos, vid., v.gr., Beaucillon, Ch., (ed.), *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Part IV, Edwar Elgar Publishing, 2021.

Con todo, lo más saliente en nuestros días en este orden del derecho de intervención y los derechos humanos vendría dado a mi parecer por la *Global Magnitski Act* de los Estados Unidos³⁵, dirigida contra la corrupción y las lesiones a esos derechos, que erige un muy potente abanico de sanciones que pueden afectar a individuos y entidades públicas y privadas. Y es de aplicación universal, en cuanto que no se requiere contacto alguno de los sancionados con el país transatlántico. Destaca de esta norma, a la que he dedicado un estudio con la Profesora Marullo³⁶, su pionero abordaje conjunto de la corrupción y esas lesiones, pues una y otras suelen venir de la mano y, por una vez, el amplio refrendo que ha suscitado una legislación estadounidense de tal vigor en la comunidad internacional. Como, por ejemplo, se puede constatar, de nuevo, en normativas afines de Canadá, el Reino Unido o la Unión Europea, destacando de esta última su *EU Global Human Rights Sanctions Regime* (EU GHRSR), que refuerza su posición de actor mundial de defensa de los derechos humanos y permite que las instancias comunitarias adopten medidas contra personas físicas y jurídicas involucradas en violaciones de esos derechos en cualquier lugar del mundo³⁷. Se trata, y con ello concluyo este Apartado, de un impulso del mayor relieve al que sin duda seguirán más adhesiones y que está generando ya una práctica nutrida, especialmente referida a minorías y lugares en conflicto, como la citada Xinjian o Myanmar y los rohingyas, o sometidos a regímenes autocráticos³⁸. Y de una muy buena oportunidad de utilizar los recursos técnicos del Dº internacional privado para estos afanes, pues estas de intervención, no se olvide, ocupan un lugar relevante entre su esquema de fuentes normativas.

IV. Reflexiones conclusivas

Muy brevemente ya. Hemos visto algunos de los diversos medios con los que el Dº internacional privado puede afrontar los retos de la Gobernanza Mundial, trascendiendo su desde luego importante función como regulador de la vida privada internacional, el empeño milenar en el que está comprometido. Me he centrado aquí en cómo nuestro Derecho está en condiciones de utilizar sus más importantes recursos como aportación hacia tal Gobernanza, a través de la protección e impulso de los derechos humanos. Pero quedan muchos otros aspectos entre los que indagar, cuyo estudio completaría estos trazos, como dije impresionistas, que acabo de ofrecer. Me refiero a

³⁵ Public Law 114-328, 130 Stat, 2533.

³⁶ Bajo el título de “La Global Magnitski Act de los Estados Unidos: Sanciones internacionales contra corrupción y violaciones graves de los derechos humanos”, en *Rivista OIDU*, Julio de 2019, pp. 536-549.

³⁷ Vid., v.gr., el texto adoptado por el Parlamento Europeo P9_TA (2021) 0349, accesible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0349_ES.html ; Eckes, C., “EU Global Human Rights Sanctions Regime: Is the genie out of the bottle?”, en *Journal of Contemporary European Studies*, 2021, accesible en <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/14782804.2021.1965556> y Santaolalla Montoya, C., “La Ley Magnitski europea: ¿Y la corrupción?”, accesible en <http://www.millenniumdipr.com/ba-96-la-ley-magnitsky-europea-y-la-corrupcion> .

³⁸ Vid., v.gr., noticia de sanciones a Cuba en <https://www.europeansanctions.com/2021/08/us-imposes-third-round-of-cuba-sanctions-over-human-rights-abuses/> .

cuestiones de gran trascendencia como, por ejemplo, la adquisición pública, el conocido como *public procurement*, en su relación con los derechos humanos, sobre el que Olga Martín –Ortega y Claire M. O’Brian han coeditado un magnífico volumen en 2019³⁹. O el entrecruzamiento del Dº del Tráfico Jurídico Externo con las llamadas *Obligaciones Extraterritoriales de los Estados*, (ETOS)⁴⁰, en fin, dentro del Dº económico internacional, el estudio de los tratados de inversión y sus vías de solución de controversias, y el impacto sobre ambos órdenes de los dictados de derechos humanos, acogidos en número creciente en cláusulas de aquellos⁴¹. Todo lo cual, junto a lo ya visto, comporta un formidable fresco de retos que hay que afrontar en el que el Dº internacional privado puede forjarse, y de hecho lo está haciendo ya, un lugar destacado⁴².

³⁹ Bajo el título, *Public Procurement and Human Rights*, Edward Elgar Publishers, 2019.

⁴⁰ Vid., v.gr., Sosa Navarro, M., “Modern challenges within the law of state responsibility for human rights violations committed by non-state actors: Special focus on business activity”, en *Diritti Fondamentali*, 2020 (3), pp. 449-467 y Grusic, U., “Tort law and state accountability for overseas violations of international human rights law and international humanitarian law: The UK perspective”, en *Utrecht Journal of International and European Law*, 2021, Vol. 36 (2), pp. 152-169. Asimismo, vid., Bonet Pérez, J., “La jurisdicción estatal y la participación de los actores privados no estatales en la comisión fuera de su territorio de prácticas especialmente aberrantes”, en Bonet Pérez, J., y Alija Fernández, R.A., (Eds.), *La extraterritorialidad... op.cit.*, pp. 125-161.

⁴¹ Vid., v.gr., Baltaj, C. y Dautaj, I., “Promoting, regulating and enforcing human rights through international investment Law and ISDS”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 45, 20021, pp. 1-50.

⁴² Sin olvidar el papel que juega, entre diversos problemas y que requeriría un tratamiento propio que no puedo hacer aquí, respecto del acomodo entre mayorías y minorías en los entornos de multiculturalidad, otra faceta de gran importancia en la Gobernanza Mundial, a través de los derechos humanos y, por ejemplo, del sutil manejo de los correctivos funcionales. Vid., v.gr., Camarero Suárez, V., “*Mariage pour tous* y orden público internacional en la Decisión del Tribunal de Casación francés de 28 de enero de 2015”, en *RGDCDEE*, Nº 40, 2016, 35 pp. O, asimismo, el que desde los tiempos de la Estatutaria puede desarrollar respecto de la proyección extraterritorial de las leyes penales, una cuestión con influencia creciente en el ámbito de los derechos humanos. Vid., v.gr., Riello, V. y Furtwengler, L., “Corporate criminal liability for human rights violations: France and Sweden are poised to take historic steps forward”, accesible en <https://www.justsecurity.org/78097/corporate-criminal-liability-for-human-rights-violations-france-and-sweden-are-poised-to-take-historic-steps-forward/> y noticia de la decisión de la C. de Cassation en el caso *Lafarge*, accesible en https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/communiqués_lies_activité_juridictionnelle_8004/activités_société_10214/lire_communique_47647.html . Para una visión desde el Dº internacional público, vid., v.gr., Alija Fernández, Rosa Ana, “La atribución de la jurisdicción penal extraterritorial frente a las violaciones de derechos humanos cometidas por actores no estatales en el Dº internacional público: entre el exceso y la escasez”, en Bonet Pérez, J. y Alija Fernández, R. A., (Eds.), *La extraterritorialidad... op. cit.*, pp. 33-59.