

La responsabilidad penal de empresas multinacionales y la seguridad alimentaria*

ADÁN NIETO MARTÍN

Resumen: La obligación que tienen los Estados de tutelar el derecho a la alimentación y de hacerlo de manera eficaz, frente a individuos o corporaciones, implica no sólo una obligación de regular, sino también de establecer la responsabilidad de los infractores. El presente capítulo describe cómo la actividad de las grandes empresas multinacionales afecta al derecho a la seguridad alimentaria, y plantea una propuesta de intervención penal en esta materia.

Palabras clave: Empresas multinacionales, Seguridad alimentaria, Derechos Humanos, Derecho Internacional, Derecho Penal.

1. SEGURIDAD ALIMENTARIA Y DERECHOS HUMANOS

El derecho a la alimentación se menciona en el art. 25.1 de la Declaración de Derecho Humanos y Políticos, relacionándolo con el derecho a un estándar adecuado de vida. Como es bien conocido, la Declaración no se plasmó en una convención internacional, debido a las tensiones de la guerra fría, hasta casi 20 años después. En 1966 la Asamblea de las Naciones Unidas aprobó las dos convenciones básicas en materia de derechos humanos: la Convención sobre derechos civiles y políticos y la Convención sobre derechos económicos y sociales. El art. 11 de esta última recoge el derecho a la alimentación¹.

* El presente artículo constituye una parte de mi relación general sobre el tema *Food Regulation and Criminal Law* al XXI Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal, la versión íntegra de la relación general, así como los diversos informes nacionales y transversales, puede verse en Adán Nieto Martín, Ligeia Quackelbeen y Michele Simonata, «Food Regulation and Criminal Justice. En International Colloquium», *Revue Internationale de Droit Pénal* 87, 2016.

¹ Vid. Narula Smita, «The Right to Food: Holding Global Actors Accountable Under International Law», (2006) *Columbia Journal Of Transnational Law* 44, 691; son especialmente interesantes las contribuciones Eide Asborn, Bernd Van Der Meulen, Wernaart Bart en Otto Hospes e Irene Hadiprayitino (eds), *Governing food security. Law, politics and*

Dado que Naciones Unidas carece de un órgano judicial que interprete las disposiciones de su convenio, resultan de gran importancia las interpretaciones oficiales que se realizan en diferentes declaraciones y comentarios realizados por órganos de Naciones Unidas. Entre estos documentos sobresale el Comentario n° 12 del Comité Económico, Social y Cultural de 1999, órgano creado en 1985 con el fin de monitorizar la implementación del Convenio. El Comentario n° 12 define el derecho a la alimentación del siguiente modo:

«el contenido básico del derecho de alimentación adecuada comprende... la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada [y] la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos»².

En el contenido del Comentario n° 12 tuvo una gran influencia el informe del primer Relator General sobre el derecho a la alimentación, Asbjørn Eide, nombrado por el Consejo de Derechos Humanos³. En este Informe no solo se concretaba el contenido del derecho a la alimentación en el sentido que acabamos de ver, sino que también se establecían cuáles eran las obligaciones que asumen los Estados firmante en relación al mismo. Concretamente se hablaba de tres obligaciones diferentes: la obligación de no infringir este derecho, la obligación de tutelarlos y la de promoverlos.

Esta parte del Comentario n° 12 tiene una enorme transcendencia. En la conformación del sistema de Derechos humanos de Naciones Unidas, los derechos sociales tuvieron durante tiempo un valor distinto a los derechos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Mientras que se consideraba que estos últimos, establecían derechos subjetivos que podían ser invocados frente al Estado, los derechos sociales y económicos se consideraban como simples directrices de actuación política, que no generaban derecho alguno salvo que fueran desarrollados le-

the right to food (Wageningen Academic Publishers 2010); Anne, Maria Daniela Núñez Burbano de Lara y Roseane do Socorro Gonçalves Viana, «The Evolving Nature of the Human Rights System and the Development of the Right to Adequate Food and Nutrition Concepts» en Anne C. Bellows et al (eds) *Gender, Nutrition, and the Human Right to Adequate Food. Toward An Inclusive Framework*, (Routledge Research in Gender and Society 2016) 1.

² Economic and Social Council, General comment No. 12: The right to adequate food, Art. 11 (1999) paras 6, 8 y 13.

³ Eide Asbjørn., *The Right to Adequate Food and to Be Free From Hunger: Updated Study on the Right to Food* (1989); ibidem, «State obligations for human rights: the case of the right to food», en Otto Hospes e Irene Hadiprayitino (eds), (n 1) 105.

galmente. La declaración de que los Estados tienen la obligación de no infringirlos, protegerlos y promoverlos constituye la superación de esta idea, y sitúa a la par ambas categorías de derechos. A partir de este momento se habla de una *right based approach* del derecho a la alimentación, dejando de lado su conformación como una directriz política que se iría realizando progresivamente de acuerdo con la voluntad de los Estados⁴.

Esta evolución tiene una gran importancia para el derecho penal. La obligación que tienen los Estados de tutelar el derecho a la alimentación y de hacerlo de manera eficaz, frente a individuos o corporaciones, implica no sólo una obligación de regular, sino también de establecer la responsabilidad de los infractores. Después volveremos sobre este argumento, pues lo que interesa subrayar ahora es que esta obligación genérica de tutelar, prohibir y hacer responder ha sido interpretada en los últimos años como una obligación de tutela específica penal por el TEDH y la Corte Interamericana⁵.

Como es conocido, ambas cortes en un buen número de decisiones han concretado que tutelar implica utilizar el derecho penal, creando tipos penales adecuados, provistos de sanciones proporcionadas y ejecutados eficazmente, con el fin de prevenir la impunidad, lo que excluye además medidas como las amnistías o las leyes de punto final. Esta doctrina ha supuesto una auténtica revolución entre las relaciones entre derecho penal y los derechos humanos, que han pasado de ser solamente un límite al ius puniendi, para convertirse en el fundamento de la intervención penal. De este modo, la opción de utilizar el derecho penal no es una opción más, que el legislador pueda barajar entre otras, en la protección de los derechos humanos.

No puede afirmarse categóricamente que el punto de vista de Naciones Unidas en relación al derecho a la alimentación haya sido acogido

⁴ Vid. U.N. FAO Legal Office, *The Right to Food in National Constitutions*, en *The Right to Food in Theory and Practice*, www.fao.org/3/a-ah189e.pdf. La 2030 Agenda for Sustainable Development, adoptada el 25 de septiembre de 2015 por el Consejo de Naciones Unidas en Nueva York conecta el Derecho a la alimentación con la «promoción de una agricultura sostenible». La comunicación de la cumbre del G20 en Antalya (15.11.2015) se hace eco igualmente de esta referencia. Vid. Ines Härtel, «The right to food - normative reference in the multi level system», en Ines Härtel y Roman Budzinski (eds.), *Food Security Food Safety, Food Quality* (Nomos Verlag 2016) 18.

⁵ Vid. Francesco Vigano, «Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH», (2010) *Diritto penal contemporaneo* (<http://www.penalcontemporaneo.it/>).

por todos los Estados, ni mucho menos puede decirse que el derecho a la alimentación forme parte del derecho internacional consuetudinario. Lógicamente tampoco todos los Estados tienen por qué acoger la doctrina de las obligaciones de tutela penal elaboradas por las cortes regionales de derechos humanos. Ahora bien, no debe olvidarse que el ICESCR ha sido ratificado por la mayoría de los países del mundo, que otras convenciones de Naciones Unidas, como la que prohíbe toda forma de discriminación o la de los derechos del niño, recogen el derecho a la alimentación. Lo que refuerza especialmente el derecho a la alimentación infantil y la lactancia materna. Igualmente el Derecho Internacional Humanitario reconoce el acceso a la alimentación en relación a determinados grupos de personas como los prisioneros de guerra. Hay también una veintena de países que establecen el derecho a la alimentación como un derecho fundamental dentro de sus constituciones. En la era del constitucionalismo multinivel ello debiera tener repercusión tanto en las Cortes regionales de DDHH como en los tribunales internos en la interpretación de sus propios textos constitucionales.

En lo que sigue me centraré en describir cómo la actividad de las grandes empresas multinacionales afecta al derecho a la seguridad alimentaria, seguidamente se expondrá las obligaciones que derivan para estos actores del derecho internacional de los derechos humanos, y se hará una propuesta de intervención penal en esta materia.

2. MULTINACIONALES Y DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

Es difícil describir completamente todos los aspectos de la tensa relación que genera la actividad de las empresas multinacionales y el derecho a la alimentación. Por esta razón, se han seleccionado cuatro grupos de casos que muestran como este derecho puede verse afectado por diversos tipos de multinacionales.

Los abusos de poder sobre los agricultores del tercer mundo, protagonizados por las grandes cadenas de supermercados o intermediarios constituyen el primer grupo de casos. El desequilibrio en la capacidad negociadora, somete a los agricultores a condiciones de trabajo tan deterioradas que conllevan un atentado a su derecho a la alimentación (1). En segundo lugar nos ocuparemos de la especulación con alimentos, en la que la actuación de grandes intermediarios financieros como Goldman Sachs o Leeman Brothers puede generar subidas artificiales en los precios de los

alimentos, que nuevamente dañan el derecho de acceso de las partes más débiles de la sociedad (2). En tercer lugar nos ocuparemos de las campañas publicitarias con las que empresas como Nestle o Danone han afectado al derecho a la alimentación materna (3) y finalizaremos en cuarto lugar, con los efectos que produce el dominio sobre las semillas a través de la propiedad intelectual, llevado por multinacionales como Monsanto (4).

Este recorrido muestra que son muchas las empresas, con independencia de su actividad, las que pueden generar riesgos para el derecho a la alimentación y a través de formas bien variadas: desde la publicidad, hasta la realización de operaciones bancarias o la imposición de condiciones laborales. La selección de problemas y su presentación se ha realizado sobre la base de los estudios realizados por diversas ONGs y, muy especialmente, a través de los informes realizados por el relator especial de Naciones Unidas Oliver De Schutter durante su periodo de mandato, quien fue especialmente sensible a esta cuestión.

2.1. Grandes supermercados y abuso de poder

La crisis alimentaria del 2008, ocultada por la crisis financiera del mismo año, puso de manifiesto el papel relevante que tuvieron en ella las grandes empresas de la alimentación, y muy especialmente los grandes supermercados e intermediarios comerciales⁶. En los últimos quince años se ha asistido a una transformación radical del mercado agroalimentario. Se ha pasado de un sector muy fragmentado y con fuerte presencia de entidades estatales a un mercado dominado por grandes cadenas multinacionales, que además no sólo ofrecen en sus estanterías productos elaborados o semielaborados, sino productos frescos. Con el fin de llevar estos alimentos de la «granja al tenedor» han puesto en marcha un nuevo modelo de relación directa con los productores, denominado agricultura por contrato⁷.

Los grandes supermercados llegan a acuerdos con los agricultores locales en países del tercer mundo para que les vendan determinados productos, que han de cumplir con las exigencias y gustos de los consumidores

⁶ Vid. Oliver De Schutter, «Background note: Analysis of the Food Crisis» (2008), United Nations High Commissioner For Human Rights, Special Procedures of The Human Rights Council.

⁷ Oliver De Schutter, «Agribusiness and the right to food» United Nations, General Assembly A/HRC/13/33; De Schutter Oliver, «Right to Food. Interim Report» (2011), United Nations, General Assembly.

del primer mundo. Este modelo de agricultura probablemente contribuya mucho a la sofisticada salud alimentaria del primer mundo, en cuanto proporciona a las grandes cadenas un control sobre la calidad de los alimentos que llevan a sus estantes, pero tiene consecuencias perjudiciales para el derecho a la alimentación⁸.

En primer lugar, lleva a los agricultores a especializarse en cultivos de productos que no resultan claves para la alimentación de sus poblaciones, y desatender otros, como el arroz, que resultan básicos⁹. En segundo lugar, conducen a situaciones de explotación laboral y trabajo infantil. Con el fin de poder respetar la política de precios que imponen las multinacionales, los productores firman contratos laborales que están muy lejos de satisfacer las exigencias de la OIT, siendo muy frecuente el empleo de mano de obra infantil o el trabajo en situaciones de servidumbre. En ambos casos es muy frecuente que las víctimas tengan vinculaciones familiares con los productores. Para calibrar la importancia del problema, baste pensar que en la agricultura se concentra el 70% del trabajo infantil del mundo¹⁰.

La explotación laboral a que se ven sometidos los trabajadores agrícolas tiene una incidencia decisiva en el acceso a la alimentación. Tal como señala la propia OIT la mayor parte de la población mundial que se encuentra en una situación de hambre procede de la agricultura. Podría decirse que la explotación laboral o el trabajo infantil no es responsabilidad de las multinacionales de la alimentación, sino de los pequeños o medianos empresarios agrícolas que son sus proveedores. Más este punto de vista, como después veremos, debe superarse, y fijarse la responsabilidad de las empresas multinacionales, que se aprovechan de estas condiciones en países donde no existen condiciones, por ejemplo una inspección laboral eficaz, para asegurar los derechos laborales básicos.

En tercer lugar, este tipo de contrato suele traer consigo la realización de prácticas comerciales desleales debido a la dependencia económica de los agricultores, que se acrecienta cuando han sido inducidos a un régimen de monocultivo por sus compradores. Las prácticas desleales dentro de la cadena alimentaria se producen también en el seno de países desarro-

⁸ Oliver De Schutter, «Addressing Concentration in Food Supply Chains. The Role of Competition Law in Tackling the Abuse of Buyer Power», (2010) Briefing Note 07.

⁹ Oliver De Schutter, «Right to Food. Interim Report» (n 12) 9.

¹⁰ Oliver De Schutter, «Right to Food. Interim Report» (n 12) 10; ILO, Child Labour in Agriculture, International Programme On The Elimination Of Child Labour, <http://www.ilo.org/ippec/areas/Agriculture/lang-en/index.htm>.

llados como los de la UE. La propia Comisión ha editado un Libro Verde sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario, en el que se constatan prácticas como la modificación unilateral y con carácter retroactivo de las cláusulas contractuales, el traslado abusivo o imprevisto de costes o riesgos por parte de un socio comercial a su contraparte o la interrupción o finalización desleal de una relación comercial. Ahora bien, estos abusos que en los países del primer mundo afectan fundamentalmente a la competencia leal, cuando se centran en pequeños agricultores del tercer mundo les arrojan a una situación de penuria económica que lesiona su derecho a acceder a una alimentación adecuada¹¹.

No hace falta ligarse contractualmente a alguna de las empresas líderes en la distribución o ventas de alimentos para que se produzcan abusos. En determinados productos, como por ejemplo el café, cuatro grandes firmas son responsables del 40% de todas las transacciones mundiales o sólo tres firmas controlan el 80% del mercado del té. En Brasil 200.000 cultivadores de soja están en manos de cinco grandes intermediarios. La posición dominante de estos intermediarios o, nuevamente, de algunas cadenas de supermercados ha dado lugar en algunos Estados a la intervención de las autoridades de la competencia e igualmente se ha constado cómo la concentración económica supone en relación a muchos productos como especialmente el café una bajada del precio del producto que, nuevamente, da lugar a situaciones de explotación y miseria como las descritas anteriormente¹².

Pese a esta preocupación, las posibilidades de aplicar el derecho de la competencia desleal o antitrust a estos casos es muy limitada, por no decir prácticamente nula. En algunos países de la UE a partir del Libro Verde que antes se mencionaba han aparecido disposiciones para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, y evitar abusos contractuales como los que acabamos de hacer referencia. Estas disposiciones tienen carácter civil o se basan en incentivar una mejora de la autorregulación empresarial¹³. No discutimos que estas alternativas pueden tener sentido dentro de la UE, donde las posiciones son más igualitarias, pero es más que dudoso

¹¹ European Commission, Report From The Commission To The European Parliament And The Council On Unfair Business to Business Trading Practices In The Food Supply Chain, 29.8.2016, COM (2016) 32 final.

¹² De Schutter Oliver, «Addressing Concentration in Food Supply Chains» (n 13) 2.

¹³ Vid. Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria.

que puedan acabar con el abuso de poder económico en situaciones con un gran desequilibrio como el que se ha planteado.

Cuando la imposición de prácticas contractuales abusivas sean consecuencia de acuerdos anticompetitivos por parte de las empresas del sector o fruto del ejercicio de una posición dominante, sería teóricamente de aplicación el derecho de la competencia. Sin embargo, el derecho de la competencia no es suficientemente efectivo en muchas partes del mundo. Igualmente, la aplicación extraterritorial del derecho de la competencia de los ordenamientos donde las empresas multinacionales tienen su sede social resulta bastante limitada. Su aplicación se centra principalmente en sancionar los abusos de poder o acuerdos que tienen lugar fuera del territorio, pero cuyos efectos se dejan sentir en el mercado. Se trata de una situación inversa a la que aquí nos preocupa, en la que la restricción de la competencia tiene sus efectos en un tercer país y además estos afectan a los derechos humanos¹⁴.

2.2. Especulación con alimentos y acaparamiento

Antes de la globalización económica, cuando aún existían mercados cerrados, las prácticas de acaparamiento de alimentos como forma de restringir la oferta y provocar una subida de precios constituían un grave riesgo para el derecho a la alimentación. En 1943 en Bengala murieron tres millones de personas, en gran medida debido a un aumento del precio de los cereales provocado por la acaparamiento de algunos comerciantes. Hoy este tipo de comportamientos resultan impensables, salvo en mercados muy cerrados dominados por un pequeño grupo de productores o, sobre todo, intermediarios con gran capacidad de compra sobre las cosechas.

Una modalidad actualizada pero igualmente peligrosa de provocar el aumento del precio de los alimentos es la que hoy genera la especulación con derivados financieros cuya referencia no son las acciones o cualquier otro parámetro bursátil, sino índices, de materias primas en las que se encuentran algunos alimentos básicos. La práctica de los brokers con el fin de incrementar artificialmente estos índices y, por tanto, la rentabilidad de sus productos financieros, pasa por adquirir en el mercado de futuros opciones de compra sobre estos alimentos, que al llegar su fecha de vencimiento son renovadas por muy elevado que fuese su precio. De este modo, se provoca

una subida artificial del precio de alimentos básicos, mediante un efecto similar a la acaparamiento clásica de alimentos, es decir una contracción de la oferta y un aumento de la demanda: De un lado, los vendedores de estos productos prefieren no ponerlos en el mercado, porque esperan que su precio vaya en aumento (restricción de la oferta), de otro, los compradores demandan el producto ante el temor a que este fuese cada vez más caro.

Evidentemente nadie niega que otro tipo de factores (aumento de la población, aparición del biodiesel...) hayan influido en el precio de algunos productos agrícolas, pero la concurrencia de factores explicativos se da siempre en relación a la fijación de precios. Por otro lado, por poco significativo que puedan ser estas prácticas en la fijación del precio de los alimentos ello quizás no tenga repercusión en el derecho al acceso a los alimentos en los países desarrollados, donde como ocurre en la Unión Europea, sólo se destina el 14% de los ingresos anuales a alimentación. Mas el escenario es otro cuando como ocurre en los países más pobres se destina el 60% de la renta a alimentación, en estas circunstancias cualquier alteración en el precio de productos básicos afecta al derecho fundamental a acceder a los alimentos.

El tipo de especulación a la que nos estamos refiriendo se produjo debido a que a partir del cambio de siglo se permitió que en los mercados de futuros agrícolas no sólo participaran agricultores, como había ocurrido tradicionalmente, sino cualquier inversor. Esta desregularización supuso abrir las puertas a especuladores. A ello debe unírsele que este tipo de mercados carecía de supervisión y resultaban muy poco transparentes, en el sentido de que no se registraba en ningún sitio el nombre de los vendedores y compradores.

Recientemente y a la vista de esta experiencia, se ha vuelto a una cierta regulación del mercado de futuros agrícola. Así, por ejemplo, la Dodd Act en Estados Unidos ha indicado a la autoridad del mercado en esta materia (Comisión de Contratación de Futuros, CFTC) que establezca límites acerca de los productos agrícolas que puede acaparar un determinado inversor mensualmente. Igualmente se ha creado el *Agricultural Markets Information System*¹⁵, en el que se recogen informaciones acerca de las cosechas o las

¹⁴ Oliver de Schutter, «Addressing Concentration in Food Supply Chains» (not 13) 4 ss.

¹⁵ Vid. AMIS, Enhancing Market Transparency <http://www.amis-outlook.org/>. Este Sistema fue establecido a partir de la solicitud de los ministros de agricultura de los países del G20 en 2011. E AMIS es una plataforma que conecta diversas agencias con el fin de incrementar la transparencia y promover la coordinación de la acción política en situaciones de incertidumbre. La AMIS centra su actividad en los granos de trigo,

existencias de alimentos, como granos, con el fin de prevenir la manipulación del mercado. En la Unión Europea, el Reglamento 648/2012 relativo a los derivados extrabursátiles¹⁶, establece también una regulación cuya finalidad es incrementar la transparencia, la supervisión y establecer límites a través de un complejo sistema de compensación en las posiciones que un operador puede tener sobre un determinado producto.

Con independencia de que quizás lo más conveniente sea volver a la situación anterior al dos mil y cerrar los mercados de futuros a terceros que no sean agricultores, la punibilidad de operaciones como las descritas pueden constituir un delito de manipulación de mercado en la mayoría de los países donde se tipifica este comportamiento. En la UE, el nuevo Reglamento sobre abuso de mercado, como consecuencia del escándalo del Libor, incluye expresamente la manipulación de índices. Otra cosa es la punibilidad de este tipo de comportamientos que se encuadran en la denominada manipulación operativa. A diferencia de lo que ocurre con la informativa, resulta más complicado señalar aquí las prácticas especulativas admisibles de las que no lo son¹⁷.

Una interpretación del tipo penal de manipulación de mercado conforme a los derechos humanos debería llevar a considerar típicas estas prácticas especulativas sobre alimentos, con independencia de si en relación a otros productos pueden considerarse lícitas. Las autoridades bursátiles como la ESMA en Europa o la SEC, debieran ofrecer criterios específicos en la materia.

2.3. Publicidad y lactancia infantil

El negocio de la leche infantil se empezó a desarrollar con fuera a partir de la década de los años treinta del pasado siglo. A medida que el siglo avanzaba, esta nueva costumbre desplazó en muchos lugares del planeta a la alimentación materna. Sólo en la década de los 70 se empezó a tomar

maíz, arroz y soja. La transparencia permite impedir las conductas de abuso de mercado. Cfr. AMIS, Enhancing Market Transparency (<http://www.amis-outlook.org/>).

¹⁶ Regulation (EU) 648/2012 on OTC derivatives, central counterparties and trade repositories [2012] OJ L 201/1.

¹⁷ Regulation (EU) 596/2014 on market abuse (market abuse regulation) [2014] JO L 173/1 y Directive 2014/57/EU on criminal sanctions for market abuse (market abuse directive) [2014] JO L 173/179, art. 1.4.id. Sobre los diferentes tipos de manipulación vid. Joachim Vogel, Vor § 20 a) marg. 32-41, en Assmann/Schneider (hrsg), Wertpapierhandelsgesetz Kommentar (Nomos 6 Edition, 2012).

conciencia de los peligros que ello suponía en países de tercer mundo. La escasez de recursos y la imposibilidad de adquirir leches artificiales resultaban mortales para los recién nacidos. En otras ocasiones era simplemente la falta de hábitos higiénicos la que llevaba a infecciones que podían tener un desenlace fatal. La desnutrición podía venir también por una mala preparación del producto, en cuanto que muchas madres eran incapaces de leer los prospectos. También en esos momentos se era ya consciente de cómo grandes multinacionales del sector como Nestlé o Danone habían sutilmente inducido mediante publicidad o prácticas comerciales a abandonar la lactancia materna¹⁸. Tampoco debe olvidarse que en el abandono de la alimentación materna, influye en gran medida la falta de derechos laborales de muchas mujeres, de ahí el empeño de la OIT en promover convenios que garanticen el derecho a la lactancia como un derecho básico de las trabajadoras¹⁹.

La publicidad o prácticas comerciales que llevaron a las mujeres a abandonar la lactancia materna no siempre se pueden tildar de ilícitas. Nada impide regalar en los hospitales leche para los lactantes, aun sabiendo que existe el peligro que si se utiliza la madre después sea incapaz de amamantar. Un simple dibujo de una osa amamantando, colocado en una leche azucarada, destinada al café, puede llevar en determinados países con grandes tasas de analfabetismo a pensar que se trata de una leche destinada a la lactancia.

Para evitar este tipo de conductas la Organización Mundial de la Salud en 1981 promovió el *International Code of Marketing of Breast Milk Substitutes*. La función de este código es favorecer la decisión informada de las mujeres en favor de la alimentación natural o artificial. Desde 1981 el Código ha sido completado por diversas resoluciones de la OMS que tienen igual estatus. Los países firmantes de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, prácticamente todos los del mundo con la gran excepción de Estados Unidos, tienen la obligación legal de incorporarlo a su legislación nacional y hacerlo cumplir²⁰. El Comité de la Convención de para los Derechos del niño, creado en 1989, monitoriza en sus informes su cumplimiento.

¹⁸ Lida Lhostska, Veronika Scherbaum y Anne C. Bellows, Maternal, *Infant and Young Child Feeding: Intertwined Subjectivities and Corporate Accountability*, en Anne C. Bellows et al (n 1) 162.

¹⁹ ILO Maternity Protection Convention 2000.

²⁰ Committee on the Rights of the Child, General Comment 15 on the Right of the Child to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Health (2013).

La orientación prevalente del derecho internacional a la hora de hacer valer el derecho de las madres lactantes ha sido, sin embargo, recurrir a la responsabilidad social y la autorregulación empresarial²¹, dejando de lado cualquier tipo de planteamiento tendente a penalizar este tipo de conductas. Los informes de ONGs especializadas en la protección de los derechos del niño revelan como las infracciones del Código de 1981 son constantes y que el enfoque basado en la autorregulación voluntaria resulta insuficiente²².

Al igual que ocurría anteriormente, todos los países conocen tipos penales de publicidad engañosa, que podrían ser aplicables a los supuestos más graves. Igualmente la publicidad engañosa de la que pueden derivarse efectos perjudiciales para la salud es tipificada expresamente en muchos países. Ahora bien, de un lado, la sanción de los comportamientos típicos en el lugar donde la multinacional tiene su sede contará normalmente con el inconveniente de que son comportamientos cuyos efectos tienen lugar fuera del país. Por otro lado, no siempre estos comportamientos pueden calificarse ilícitos o al menos ilícitos penales. Si no más bien, como ha ocurrido en los casos anteriores, de comportamientos empresariales que se mueven dentro de la legalidad, pero que traen consigo un alto grado de afectación a los derechos humanos.

2.4. Derechos de propiedad industrial sobre semillas y acceso a la alimentación

La obtención de nuevas variedades vegetales ha tenido siempre sus detractores, pese a que propició durante los años 60 del pasado siglo la llamada revolución verde, que permitió un aumento espectacular de las cosechas gracias a nuevas variedades de semillas con el consiguiente aumento de la producción. En este periodo histórico la producción de nuevas variedades estaba en su mayoría en manos de organismos públicos que propiciaban su desarrollo en atención a fines sociales. La situación ha cambiado notablemente en nuestros días. Son grandes empresas multinacionales, como la estadounidense Monsanto, quienes investigan y comercializan nuevas se-

²¹ Vid. WHO/UNICEF, *Global Strategy for Infant and Young Child Feeding* (2003) y de manera crítica, Lida Lhostska, Veronika Scherbaum and Anne C. Bellows (n 18) 173.

²² Vid. IBFAN, *International Baby Action Network* <http://www.ibfan.org/>.

millas de maíz, soja, cebada etc. que además se obtienen en muchos casos a partir de su modificación genética²³.

Los problemas para la alimentación mundial y el acceso a los alimentos surgen debido a las presiones de estos mismos grupos internacionales y de países como Estados Unidos para alterar el régimen legal de estos organismos. El Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales de 2 de diciembre de 1961 fija en la mayoría de los países el régimen legal de las nuevas semillas procedentes de la biotecnología. Este régimen legal, aunque concede derechos de explotación a las personas que elaboran las nuevas variedades, lo hace de manera más atenuada que el derecho de patentes. Significativamente concede la denominada «excepción en beneficio del agricultor»²⁴. Esta excepción permite que bajo determinadas condiciones, los agricultores puedan utilizar en sucesivas cosechas semillas de variedades protegidas, procedentes de cosechas anteriores que fueron lícitamente adquiridas. Con ello se respeta una tradición ancestral en la agricultura y que es vital para el acceso a la alimentación de muchas poblaciones agrícolas en países del tercer mundo.

Este régimen legal, que es el que rige por ejemplo en los países de la UE, cambió en los Estados Unidos tras una conocida sentencia de su TS. La sentencia *Chakrabarty* abandonó uno de los principios básicos del derecho de patentes: la imposibilidad de patentar organismos vivos²⁵. En esta sen-

²³ Vid. Peter Pringle, *Food, Inc. Mendel to Monsanto- The promises and Perils of the Biothe Harvest* (Simon & Shuster Paperbacks 2005); Maria Monique Robin, *El mundo según Monsanto* (Peninsula 2008), ETC Group, *Who Owns Nature, Corporate Power and the Final Frontier in the Commodification of Live* (2008) www.etcgroup.org. Son igualmente interesantes las diversas publicaciones de la organización internacional «No Patents on seeds!» <http://no-patents-on-seeds.org/>.

²⁴ Cfr. Amart Llobart (ed.), *La propiedad industrial sobre obtenciones vegetales y organismos* (Tirant lo Blanch 2007); Plaza Penedés y Grau Corts (coord.), *Cuestiones actuales sobre la protección de las obtenciones vegetales* (Aranzadi 2014).

²⁵ *Diamond v. Chakrabarty* 447 U.S. 303 (1980). En el marco de la Unión europea el caso más controvertido es el «Brocoli case» decidido por el Enlarged Board of Appeal el 9 December 2010 (Case Number G 0002/07, Application Number 99915886.8, Publication Number 1069819). Este órgano, que forma parte de la Oficina Europea de Patentes, tiene como finalidad asegurar la aplicación uniforme del Convenio europeo de patentes. En el Brocoli Case el Comité de Apelaciones confirmó la no patentabilidad de «essential biological processes for the production of plants or animals». Vid. Christina A. Falskühler, «Patents on food: important question in a world of radical changes», en Ines Härtel y Roman Budzinowski (eds.) (n 4) 79. El 20.2.2017 el Consejo de la Unión Europea ha adoptado una posición común con el fin de prevenir a la Oficina Europea de Patentes de conceder nuevas patentes relativas a animales y plantas <http://www.consilium.europa.eu/en/meetings/compet/2017/02/20-21/>.

tencia el TS admitió que una bacteria pudiera ser objeto de patente («todo lo que bajo el sol ha sido tocado por el ser humano puede ser patentado») y, tras ella, se han admitido como patentes las semillas modificadas genéticamente que producen grandes multinacionales de la alimentación. El cambio de régimen legal acaba con los matices que tienen los derechos de explotación sobre variedades vegetales, entre ellos y significativamente, la excepción en beneficio del agricultor.

Esta modificación legal se ha intentado extender por los Estados Unidos, y hasta cierto punto se ha conseguido. Para ello ha utilizado la OMC y concretamente su *Agreement on Traded Related Aspects of Intellectual Property Rights*. El art. 27.3 3) b) de este Acuerdo señala que los Estados miembros pueden excluir de la patentabilidad plantas y animales, pero les prestarán protección a través de un sistema de protección eficaz. A este acuerdo, y su posición hostil frente a la «excepción del agricultor» se ha intentado reaccionar mediante otros acuerdos como el «Tratado Internacional sobre los recursos fitogenéticos» promovido por la FAO y el «Convenio sobre la diversidad biológica» de Naciones Unidas. No obstante, la presión de la OMC, y las consecuencias que pueden derivarse de un incumplimiento de sus acuerdos resulta mayor. A ello debe añadirse que la Ley del comercio norteamericana (*Trade Act*) autoriza la imposición de sanciones comerciales a aquellos países que no brinden una adecuada protección a los derechos de propiedad industrial. El propio Convenio Internacional para la obtención de variedades de vegetales ha sido modificado dos veces (1978 y 1991) con el objeto de reducir la «excepción del agricultor».

Esta legislación, en buena medida promovida por el lobby de grandes multinacionales, proporciona un grave riesgo para el acceso a los alimentos, en cuanto que en realidad a lo que viene a autorizar es una apropiación de los recursos genéticos del planeta. Una apropiación que implica una concentración de poder verdaderamente preocupante. El 67% de las semillas que se comercializan en el mundo, pertenecen a cuatro grandes grupos industriales²⁶.

El desarrollo de los derechos de propiedad industrial afecta al derecho a la alimentación de los agricultores más vulnerables de manera directa o indirecta. De manera directa cuando se ven impedidos a utilizar los granos de cosechas anteriores adquiridas lícitamente. Utilizar estas semillas puede

²⁶ Oliver de Schutter, Seed policies and the right to food: enhancing agrobiodiversity and encouraging innovation. Report presented to the UN General Assembly (64th session) (UN doc. A/64/170).

constituir en algunos países una infracción penal, al menos bajo determinadas condiciones, o dar lugar a fuertes indemnizaciones. En cualquier caso, la propia industria de la alimentación ha encontrado un mecanismo más eficaz para impedir la reutilización de sus semillas, a través de la *Terminator Technology*, nombre que se le da a la alteración genética de semillas para hacer estéril la segunda generación²⁷.

La afectación indirecta resulta mucho más preocupante. Se produce cuando las semillas modificadas genéticamente, por ejemplo de maíz, infectan otras variedades de maíz no modificadas. Esto conlleva de un lado una pérdida de la biodiversidad, pero también la privación a comunidades de agricultores de las semillas de variedades que han venido utilizando ancestralmente. Algunas multinacionales incluso han perseguido penalmente a estos agricultores, por utilizar en sus cultivos semillas contaminadas²⁸.

En la mayoría de los ordenamientos constituye un delito la siembra de semillas procedentes de cosechas anteriores si con ello se violan las leyes de propiedad industrial. Es decir, no existe, por ejemplo, ningún tipo de consideración penal expresa de la excepción del agricultor. Sería conveniente a mi juicio, que con independencia de las disposiciones del derecho de patentes, se dejara bien claro en el ámbito jurídico penal que la reutilización de semillas procedentes de variedades vegetales adquiridas lícitamente no posee la gravedad suficiente para constituir un hecho delictivo.

3. RESPONSABILIDAD PENAL DE MULTINACIONALES Y DERECHO A LA ALIMENTACIÓN: TRAZANDO UNA ESTRATEGIA

La exposición que acaba de realizarse muestra los dos problemas fundamentales de la afectación por parte de las empresas multinacionales a los derechos humanos. El primero de ellos es la necesidad de reflexionar acerca de la aplicación extraterritorial del derecho penal de los países donde tienen su sede o la actividad de negocios principal las empresas multinacionales. El segundo como arbitrar una serie de medidas que, más allá de la idea de responsabilidad social corporativa, obliguen a las empresas

²⁷ Marie Monique Robin, El mundo según Monsanto (n 30) 295 ss.

²⁸ Marie Monique Robin, El mundo según Monsanto (n 30) 361 ss.

multinacionales a efectuar una política efectiva de protección de los derechos humanos.

3.1. El principio de aplicación extraterritorial del derecho penal en el caso de violaciones a los derechos humanos

Muchos de los comportamientos realizados por empresas multinacionales en países subdesarrollados resultan comportamientos delictivos en sus países de procedencia. Sin duda a comportamientos como los descritos resultarían de aplicación los delitos contra los trabajadores (imposición de condiciones laborales abusivas, trabajo infantil), delitos de manipulación de mercado, prácticas restrictivas de la competencia, delito publicitario etc. No obstante, en la práctica totalidad de estos delitos rige el principio de aplicación territorial de la ley penal. Los supuestos de aplicación extraterritorial que se encuentran en el derecho de la competencia o de los mercados financieros de los Estados Unidos²⁹ responden a criterios de protección del propio mercado o de sus consumidores. Mas, desde luego, no a la protección de los derechos humanos.

La propuesta que se realiza a continuación con el fin de solventar este agujero negro en la protección de los derechos humanos consiste en la aplicación extraterritorial del derecho penal nacional en aquellos casos en que el comportamiento delictivo, sea del tipo que sea, conlleve una afectación a los derechos humanos de un número relevante de personas. La aplicación extraterritorial del derecho penal se basaría en el principio de personalidad activa, conformado a partir de la nacionalidad del infractor o su lugar de residencia, en el caso de personas físicas, y en el caso de personas jurídicas en el lugar donde ésta tiene su sede social o constituye su principal centro de negocios.

Esta propuesta no es sólo coherente con el derecho internacional de los derechos humanos, sino que es incluso obligada³⁰. A partir del cambio de siglo ha existido una amplia discusión tanto institucional, como académica acerca de la obligación por parte de los Estados firmantes de los diversos convenios de derechos humanos de tutelarlos extrajudicialmente. El resultado de esta discusión se ha plasmado en los denominados *Maastricht*

²⁹ Vid. Carlos Gómez Jara, La protección penal transnacional de los mercados financieros, Marcial Pons, 2014, págs. 9 ss.

³⁰ Vid. Sckogly Sigrun, «Right to Adequate Food: Natural Implementation and Extraterritorial Obligation» (2007) Max Planck Institut Yearbook of United Nations, 1, 20.

Principles on Extraterritorial Obligation of States in the area of social, economic and cultural rights.

Tal como ponen de manifiesto los principios 8 y 9 de este texto en materia de derechos humanos el criterio determinante para fijar la jurisdicción de un país sobre una supuesto de violación de derechos humanos no es, o no es solo, el criterio de territorialidad, sino el de efectivo control sobre la persona física o jurídica que realiza la violación. El criterio de efectivo control, que ha sido utilizado en varias ocasiones por la jurisprudencia del TEDH³¹, exige la actuación del país que posee el control sobre el infractor con el fin de prevenir o sancionar una violación a los derechos humanos, con independencia del territorio donde ocurra³².

El derecho internacional de los derechos humanos tiene de este modo su propia lógica en relación a la aplicación extraterritorial del derecho que es diferente a la que ha regido en el derecho internacional público, donde la extraterritorialidad constituye una potestad y no una obligación como en este caso. Precisamente la invocación de esta doctrina común de la extraterritorialidad es lo que ha permitido durante años a los Estados de residencia de las empresas multinacionales «lavarse las manos» frente a los ataques protagonizados por sus empresas multinacionales en diversas partes del mundo. Frente a este criterio apegado al territorio, y por tanto a la configuración del mundo que procede de Westfalia, el criterio de efectivo control se adapta mejor a la nueva realidad de la globalización y al carácter universal de los derechos humanos³³.

El criterio de efectivo control surge lógicamente de la capacidad de legislar que un Estado tiene sobre las personas físicas o jurídicas que se asientan en su territorio, la posibilidad de investigarlas y en definitiva de lograr una efectiva *accountability* por sus violaciones a los derechos humanos.

³¹ Vid. SsTEDH, 23.3.1995 (Loizidou); 10.11.2004 (Issa) y esencialmente 12.12.2001 (Bankovik), sobre el contexto en que fueron aplicadas estas sentencias y el criterio de control efectivo vid. Adán Nieto Martín, *Human Rights under Military Criminal Law and during War Time*, en Manacorda/Nieto Martín, El Derecho penal entre la Guerra y la paz. Justicia y Cooperación penal en las intervenciones militares internacionales. Colección Marino Barbero. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2009, p 319 ss.

³² Olivier De Schutter, Asbjørn Eide, Ashfaq Khalfan, Marcos Orellana, Margot Salomon, Ian Seiderman, «Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights» (2012) Human Rights Quarterly Volume 34, Number 4, 1170, 1192.

³³ Augenstein Daniel y Kinley David, «When Human Rights "Responsibilities" become Duties: The Extra-Territorial Obligations of States» (2012) Legal Studies Research Paper, 7/21.

Podría indicarse que la efectiva protección de los derechos humanos y la *accountability* puede lograrse por el país que ejerce el efectivo control a través de medios distintos al derecho penal. Frente a este argumento cabría reseñar lo siguiente. En primer lugar, que como hemos visto las cortes regionales de derechos humanos han impuesto una obligación de tutela penal frente a las violaciones más graves a los derechos humanos. En segundo lugar, que en materia de derechos humanos, como recuerdan los propios principios de Maastricht rige el principio de no discriminación. Este principio impide a los Estados efectuar cualquier tipo de discriminación por razón de la nacionalidad, a la hora de tutelar los derechos humanos. Utilizar el derecho penal para proteger las violaciones a los derechos humanos que afectan a sus nacionales o tienen lugar dentro de su territorio, y no hacerlo en los casos en que afecta a personas de otros países supondría una protección, y por tanto, un trato discriminatorio. De este modo, el derecho internacional de los derechos humanos lo que viene a imponer de facto es un principio de asimilación semejante al que opera en la UE³⁴.

Conforme a la idea de asimilación el principio de aplicación extraterritorial podría ser formulado del modo siguiente: la protección de los derechos humanos frente a las agresiones procedentes de sujetos sobre los que se posó un efectivo control realizada fuera del territorio de un Estado ha de ser sancionada de igual modo que si hubiera tenido lugar en el propio territorio, y en cualquier caso de una manera disuasiva, eficaz y proporcionada.

La obligación de asimilación, que fundamenta la extraterritorialidad, tiene también como efecto, al igual que ha ocurrido en los países de la UE, que los bienes jurídicos que tienen una óptica exclusivamente nacional se universalicen cuando la afectación del bien jurídico (por ejemplo) implica a su vez una afectación a los derechos humanos. Como es conocido en algunos ordenamientos existen intereses como, la confianza en los mercados financieros, el derecho a una información veraz del consumidor o la competencia tienen una configuración exclusivamente nacional. La afectación a los derechos humanos dotaría de una nueva dimensión al bien jurídico exclusivamente nacional que, de este modo, adquiriría una configuración y, por tanto, dimensión supranacional³⁵.

³⁴ Augenstein Daniel y Kinley David, «When Human Rights "Responsibilities" become Duties» (n 39) 10s.

³⁵ Sobre esta cuestión, aunque relativa a la estabilidad financiera vid. por ejemplo Bernardo Feijoo Sánchez, ¿Transformación del derecho penal por la protección de la es-

Una propuesta como la que acaba de realizarse puede y debe encontrar sus propios límites en los derechos humanos, tal como nuevamente se señala en los principios de Maastricht. Desde este punto de vista, existen dos aspectos que merecen particular consideración. El primero es el respeto al principio de *ne bis in idem*. La aplicación extraterritorial del derecho penal basada en el criterio de efectivo control puede dar lugar a la apertura al menos de dos procedimientos penales diversos: el del Estado del territorio donde han tenido lugar las violaciones y el del Estado que ejerce el efectivo control sobre el infractor. En este caso debe tener prioridad el Estado del lugar del territorio, ahora bien tal como ocurre en el Tratado de Roma por el que se establece la Corte Penal Internacional ello encuentra su excepción en los denominados «procesos vergonzantes», o cuando por cualquier causa el Estado del territorio no haya sido capaz de realizar una persecución efectiva³⁶.

La segunda objeción que se podría realizar a la cláusula de aplicación extraterritorial es que resulta contraria al principio de determinación del derecho penal o, por decirlo de otro modo a la seguridad jurídica. En este punto debe tenerse en cuenta que la cláusula de extensión de la responsabilidad no actúa sobre el tipo penal, es decir, sobre la descripción de la conducta típica, ni sobre la sanción. Actúa delimitando la jurisdicción para juzgar la infracción, es decir, sobre un elemento que pertenece al derecho procesal. Aunque el principio de seguridad jurídica rige también en este punto, no lo hace con las especiales exigencias que tiene el principio de determinación penal en la descripción del tipo y de la sanción. Por otro lado, no debe olvidarse que, por ejemplo, el TEDH ha conformado de manera distinta el principio de determinación, identificándolo con la previsibilidad. Esta exigencia puede ser colmada no sólo por jurisprudencia que concrete la afectación a los derechos humanos, sino por directrices por ejemplo de la fiscalía concretando este concepto³⁷.

tabilidad financiera como bien jurídico global?, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 16 (2012), 109 ss., especialmente pág. 120.

³⁶ Vid. Helmuth Satzger Helmuth y Julia Kaiser, «Ne bis in idem en el Derecho penal internacional: muchas preguntas a segunda vista», en Adán Nieto Martín and Luis Arroyo Zapatero (dirs), El principio *ne bis in idem* en el Derecho penal europeo en internacional, (2007 Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha) 95 ss.

³⁷ Vid. Juan Antonio Lascurañin Sánchez, «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal», en Mercedes Pérez Manzano/Juan Antonio Lascurañin Sánchez (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, (Marcial Pons 2016) 119 ss.

3.2. La responsabilidad de las empresas multinacionales y los compliance programs en materia de derechos humanos

El segundo de los problemas que ha evidenciado la exposición de casos realizada en el apartado anterior es que mucho de los comportamientos de las empresas multinacionales que afectan el derecho a la alimentación no resultan delictivos, sino efectos no deseados, no intencionales, de su actividad. Ilícitos civiles como por ejemplo la imposición de acuerdos abusivos en el contrato de un gran supermercado con un proveedor tiene un enorme potencial de afectación a los derechos humanos, pero no tiene por qué ser constitutivo de delito. Incluso como hemos visto con las semillas y los derechos de propiedad industrial, el ejercicio de un derecho reconocido legalmente puede dar lugar a la afectación de derechos humanos. Sería también el caso de las prácticas comerciales con la leche infantil, que no siempre tiene por qué llegar al extremo de constituir un delito publicitario, de acuerdo con la legislación estatal.

Esta situación nos lleva a otros de los aspectos más discutido en la teoría y práctica del derecho internacional de los derechos humanos: sí y en qué medida las sociedades internacionales son sujetos obligados por los derechos humanos. Lo que implica no sólo la obligación —negativa— de no lesionar los derechos humanos de otros sujetos, sino al igual que en el caso de los Estados ello conlleva también obligaciones positivas: como tutelarlos y promover su cumplimiento. Si fuera un cumplimiento horizontal, con iguales responsabilidades que cualquier otro particular, bastaría con respetar la ley; una obligación semejante a la de los Estados les exige sin embargo promover y facilitar su desarrollo³⁸.

Esta discusión surge lógicamente de la capacidad de afectación de las empresas multinacionales a los derechos humanos y del papel tan relevante que ocupan en el mundo actual y ha venido enmarcada en la multitud de violaciones protagonizadas por estas organizaciones de las que han salido indemnes.

³⁸ Entre la inabarcable bibliografía sobre este punto, vid. con el fin de obtener una visión de conjunto John Ruggie, *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights* (Norton & Company 2013); Oliver De Schutter, *Transnational Corporations and Human Rights* (Hart 2006). En el ámbito de la Ciencia Política Juan Ramón Capella, Estado y derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales, en Juan Ramón Capella (dir) *Transformaciones del derecho en la mundialización* (Estudios de derecho judicial 1999) 83-122.

Resumidamente la discusión internacional, que ha tenido lugar a partir de la actuación de Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales como la OCDE, puede condensarse en estas tres posiciones. La posición más estricta es la representada por las *Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights* de la Naciones Unidas, presentadas en el 2003. Este proyecto pretendía considerar a las sociedades multinacionales como destinatarias de las obligaciones que se derivan de los derechos humanos, de manera semejante a los Estados. La oposición de las grandes corporaciones hizo naufragar este proyecto. En el otro extremo se encuentra la vía *soft* del voluntarismo o la autorregulación pura plasmada por ejemplo en el *Global Compact*: una adscripción voluntaria a un documento donde se manifiesta la voluntad de cumplir con los derechos humanos, acompañada de informes periódicos sobre los progresos realizados por cada empresa³⁹.

La solución actual propuesta por Naciones Unidas se mueve en una línea intermedia, derivada de los informes del Relator General de Naciones Unidas, John Ruggie⁴⁰. Esta propuesta se basa en tres pilares:

(a) De un lado, acepta el hecho de que sólo los Estados son los obligados directos por los derechos humanos. De esta obligación, como ya conocemos, se derivan obligaciones positivas como proteger, tutelar, los derechos humanos frente a ataques de terceros, en este caso las sociedades multinacionales.

(b) La obligación de los estados de tutelar los derechos humanos se concreta en la imposición a las empresas multinacionales de obligaciones de *due diligence*⁴¹. Estas obligaciones se concretan en la adopción de medidas de autorregulación internas, con el fin de evitar que el desarrollo de su actividad afecte a los derechos humanos.

³⁹ Vid. Martin Chenut, «Droits de L'homme et Responsabilité des Entreprises: Les Principes Directeurs des Nations Unies» Geneviève Giudicelli-Delage Geneviève y Stefano Manacorda Stefano, *La Responsabilité Pénale des personnes Morales: Perspectives Européennes et Internationales* (Société de Législation Comparée 2013) 229 ss; Gabriel Wilhelm Bartalyos Thurner, *Internationales Unternehmensstrafrecht. Konzernverantwortlichkeit für schwere Menschenrechtsverletzungen*, Verlag Österreich, 2012.

⁴⁰ John Ruggie, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Guiding Principles For The Implementation Of The United Nations «Protect, Respect and Remedy» Framework*, (United Nations 2010).

⁴¹ Vid Oliver De Schutter Oliver, Anita Ramasatry, Mark Taylor y Robert Thompson, *Human Rights Due Diligence, The Role of the States* (2012). <http://humanrightsinbusiness.eu/> ((accessed 21 February 2017)).

(c) El tercer pilar de la propuesta Ruggie es que las víctimas deben tener acceso a la reparación y a recursos tanto judiciales como extrajudiciales⁴².

Como puede apreciarse la sujeción de las empresas multinacionales a los derechos humanos tiene lugar a través de una vía indirecta o mediata: es el Estado, al que compete la obligación primera, más esta obligación se concreta en la imposición no sólo de obligaciones negativas (no afectar), sino positivas: adopción de medidas de debido control, para la no afectación de derechos fundamentales. De este modo, de facto se consiguen resultados similares a si las empresas fueran directamente obligadas. En el 2011 esta estrategia se ha concretado en los Principios Rectores de Naciones Unidas en Materia de Derechos Humanos⁴³. Los Principios, aparte de recoger la estrategia propuesta por Ruggie, establecen las líneas maestras de cómo ha de cumplirse al *due diligence* en materia de derecho humanos, lo que se concreta en la necesidad de elaborar un programa de cumplimiento en esta materia⁴⁴.

Al igual que ocurre con los programas de cumplimiento empresarial el principio básico sería la existencia el compromiso político del órgano de administración de la empresa, que podría concretarse por ejemplo en la aprobación de un código de conducta, en el que se establezca «lo que la empresa espera, en relación con los derechos humanos, de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios»⁴⁵.

⁴² Gwyne Skinne, Robert McCorquodale y Oliver De Schutter, *The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business* (2013). <http://icar.ngo> (accessed 21 February 2017).

⁴³ Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations «Protect, Respect and Remedy» Framework, U.N. Doc. A/HRC/17/31 (2011). <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR.SP.pdf> (accessed 21 February 2017).

⁴⁴ Vid. Guiding Principles (n 43) págs. 13 ss. Sobre los programas de cumplimiento en materia de derechos humanos, Robert Blitt, «Beyond Ruggie's Guiding Principles on Business and Human Rights: Charting an Embrasive Approach to Corporate Human Rights Compliance» (2012) *Texas International Law Journal*, Vol. 48, Issue 1, 33-52; Adán Nieto Martín, «Global law y empresas multinacionales: estrategias para la protección de bienes jurídicos globales», en *El comportamiento ético en la economía y en la sociedad*, (Asociación Alexander von Humboldt de España Instituto de Dirección y Organización de Empresa 2016), 79-110.

⁴⁵ Guiding Principles (n 43) puntos 15, 16; sobre este aspecto a la hora de confeccionar programas de cumplimiento, Adán Nieto Martín, *La institucionalización del Sistema*

Aunque no podemos entrar detenidamente en este punto, es importante destacar que el perímetro de los programas de cumplimiento no sólo es el de la empresa multinacional en sí: sino también el de los proveedores o posibles socios de negocios y por supuesto las filiales. Aunque hasta el momento no está claro en qué medida la persona jurídica y sus directivos puede ser hecha responsable por el comportamiento de sus proveedores o de sus socios de negocio, los principios rectores dejan claro que su obligación de tutelar los derechos humanos abarca a estas terceras personas. En el caso del Derecho a la alimentación hemos visto como, por ejemplo, la agricultura por contrato lleva a los agricultores a la utilización de trabajo infantil o mano de obra en situaciones de servidumbre. Puede ser discutido en qué medida la cadena de supermercados puede ser hecha responsable, pero lo que es indudable es que debe adoptar medidas de prevención en este punto.

Los principios son además especialmente meticulosos en indicar cómo las empresas multinacionales deben realizar el análisis de riesgo, evaluando el impacto de su actuación sobre los derechos humanos en todos sus procedimientos⁴⁶. Ello implicaría, por ejemplo, la necesidad de evaluar los riesgos que para el derecho al acceso a la alimentación tiene el lanzamiento de una campaña de publicidad de leche infantil.

Los principios dejan abierto el modo en que los Estados han de sancionar el incumplimiento de las obligaciones de *due diligence* por parte de las empresas. De la lectura del documento, se desprende no obstante la existencia de obligaciones de transparencia que obligan a las empresas a dar cuenta periódicamente de las medidas que adoptan para prevenir infracciones contra los derechos humanos⁴⁷. En este cometido resulta un documento esencial el *Guiding principles reporting framework*, que elaborado por un grupo de expertos, sirve para evidenciar las medidas de cumplimiento que ha desarrollado en materia de derechos humanos⁴⁸.

En los países de la Unión Europea la obligación de proteger de los Estados se ha concretado en la Directiva de la UE 2014/95 sobre información no financiera por parte de las empresas⁴⁹. Su art. 29 bis obliga a las em-

de cumplimiento, en Nieto Martín Adán (ed), *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (Tirant lo Blanch 2015) 187 ss.

⁴⁶ Guiding Principles, (n 43) point, 17, 18.

⁴⁷ Guiding Principles, (n 43) point, 21.

⁴⁸ UN Guiding Principles. Reporting Framework www.UNGPreporting.org.

⁴⁹ Directiva 2014/95/EU disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups [2014] DO L 330/1.

presas matrices de un grupo de más de 500 empleados a publicar cuentas anuales (estados) no financieras. A través de un «estado no financiero consolidado» deben proporcionar información en la medida que resulte necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo, y el impacto de su actividad relativa, como mínimo, a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto a los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno. El art. 29 establece que las empresas deben declarar los riesgos que en estas materias existen de sus relaciones comerciales, productos y servicios y como gestiona el grupo los riesgos.

Al menos en los países de la UE, las falsedades en este tipo de información debe ser sancionada de manera efectiva, disuasiva y proporcionada. El TJUE en el caso *Berlusconi* estableció esta obligación para el caso de las falsedades en los estados financieros y la Directiva del 2014, que reforma al Directiva sobre balances, sitúa en el mismo nivel de importancia unos y otros estados financieros⁵⁰. Desde el punto de vista de los valores constitucionales resulta además coherente mantener que el interés de la sociedad en conocer las políticas internas de la entidad con el fin de respetar los derechos humanos, resulta un bien jurídico, al menos de similar importancia, al conocimiento de su situación patrimonial. El bien jurídico protegido en preceptos como el art. 290 del CP debería despatrimonializarse y centrarse en la protección de las obligaciones de transparencia e información de las grandes empresas.

De este modo, la proclamación por parte de una empresa de que cumple determinados estándares internacionales o códigos de conducta de protección de derechos humanos que no va acompañada de la adopción e implantación de medidas de protección efectiva debería ser constitutiva de delito. Esta estrategia ha sido propuesta especialmente por el Ex Relator Especial de Naciones Unidas, Oliver de Schutter, en relación al derecho a la alimentación. Para ello invoca el caso *Nike* en Estados Unidos que fue condenada un delito de publicidad engañosa, por declarar en su código ético que garantizaba que en la confección de sus productos no se utilizaba trabajo infantil cuando no era cierto.

En Francia, en los últimos meses ha tenido especial resonancia la Ley de Vigilancia empresarial (ley 2017/399, de 27 de marzo) que obliga a las grandes empresas francesas a poner en marcha un plan de vigilancia

⁵⁰ Vid. el conocido asunto *Berlusconi* en relación a la federación en el balance, ECJ (Grand Chamber), 3.5.2015, asun. C-387/02, C-391/02, C-403/02, párg. 65.

empresarial. La finalidad de este plan es «establecer medidas de vigilancia razonables con el fin de identificar los riesgos y de prevenir los ataques graves a los derechos humanos y libertades fundamentales, a la salud y la seguridad de las personas así como del medioambiente que resulten de las actividades de las actividades de la sociedad y de aquellas sociedades controladas por ella directa o indirectamente, así como de las actividades de sus proveedores o subcontratistas con los que la empresa tiene una relación comercial estable». La no realización del Plan de Vigilancia puede suponer la imposición de multas de hasta 10 millones de euros que se gradúan en función de la gravedad del incumplimiento. Aunque el Consejo Constitucional francés⁵¹, ha considerado contraria al principio de determinación la multa, que en cualquier caso no tenía carácter penal, la ley de vigilancia empresarial muestra un camino mucho más directo con el fin de obligar a las empresas multinacionales a que cumplan con sus obligaciones de obediencia debida. Especialmente de interés resulta la necesidad de que el deber de vigilancia se extienda sobre proveedores y empresas filiales, lo que permite atajar uno de los caminos más usuales de las empresas multinacionales para asegurarse la impunidad de sus prácticas. De una visión formal basada en la personalidad jurídica, se ha pasado a una visión más material y conforme al derecho de los derechos humanos donde el criterio decisivo para la atribución de responsabilidad es el área de influencia.

España ha cumplido recientemente con la transposición de la Directiva mediante el Real Decreto 18/2017 de 24 de noviembre sobre información no financiera y diversidad, que establece la obligación de informar acerca de los planes de prevención en materia de derechos humanos que se deriven no sólo de la actividad de la empresa, sino también de proveedores y cadenas de contratación.

La ley española a diferencia de la francesa no establece sanciones, ni tampoco contiene una regulación similar a la que existe en la ley francesa relativa a los programas de cumplimiento en materia de derechos humanos. No obstante, los planes de cumplimiento que ha establecido el legislador francés en esta materia tienen los mismos elementos que los establecidos en el art. 31bis 5 del CP.

⁵¹ Decisión nº 2017-750, de 23 de marzo.

Bibliografía

- AUGENSTEIN D./KINLEY D., «When Human Rights «Responsabilities» become Duties: The Extra-Territorial Obligations of States». 2012. Legal Studies Research Paper, 7/21.
- BELLOWS ANE C. et al (eds), *Gender, Nutrition, and the Human Right to Adequate Food. Toward An Inclusive Framework*, Routledge Research in Gender and Society, 2016.
- ROBERT B., «Beyond Ruggie's Guiding Principles on Business and Human Rights: Charting an Embrasive Approach to Corporate Human Rights Compliance» (2012) *Texas International Law Journal*, Vol. 48, Issue 1, 33-52
- CAPELLA J.R., Estado y derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales, en Juan Ramón Capella (dir) *Transformaciones del derecho en la mundialización* (Estudios de derecho judicial 1999) 83-122.
- MARTÍN C., «Droits de L'homme et Responsabilité des Entreprises: Les Principes Directeurs des Nations Unies», en Geneviève Giudicelli-Delage Geneviève and Stefano Manacorda Stefano, *La Responsabilité Pénale des personnes Morales: Perspectives Européennes et Internationales* (Société de Législation Comparée 2013) 229 ss.
- DE SCHUTTER O., «Background note: Analysis of the Food Crisis» (2008), United Nations High Commissioner for Human Rights, Special Procedures of The Human Rights Council.
- «Agribusiness and the right to food» United Nations, General Assembly A/HRC/13/33; De Shutter Oliver, «Right to Food. Interim Report» (2011), United Nations, General Assembly.
- «Addressing Concentration in Food Supply Chains. The Role of Competition Law in Tackling the Abuse of Buyer Power», (2010) Briefing Note 07.
- «Right to Food. Interim Report» (2011), United Nations, General Assembly.
- «Food Commodities Speculation and Food Price Crises», (2010) Briefing note.
- Seed policies and the right to food: enhancing agrobiodiversity and encouraging innovation. Report presented to the UN General Assembly (64th session) (UN doc. A/64/170).
- DE SCHUTTER O./ ASBJØRN E./ ASHFAQ K./ORELLANA M./SALOMÓN M./SEIDERMAN I., «Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights» (2012) *Human Rights Quarterly* Volume 34, Number 4, 1170, 1192
- DE SCHUTTER O., *Transnational Corporations and Human Rights*. Hart. 2006
- DE SCHUTTER O./RAMASATRY A./ TAYLOR M./AND THOMPSON R, *Human Rights Due Diligence, The Role of the States* (2012). <http://humanrightsinbusiness.eu/> ((accessed 21 February 2017)
- ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, General comment No. 12: The right to adequate food, Art. 11 (1999).
- ETC GROUP, *Who Owns Nature, Corporate Power and the Final Frontier in the Commodification of Live* (2008)
- EUROPEAN COMMISSION, *Report From The Commission To The European Parliament And The Council On Unfair Business to Business Trading Practices In The Food Supply Chain*, 29.8.2016, COM (2016) 32 final

- FAO.Legal Office, *The Right to Food in National Constitutions*, in *The Right to Food in Theory and Practice*, www.fao.org/3/a-ah189e.pdf.
- Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations «Protect, Respect and Remedy» Framework, U.N. Doc. A/HRC/17/31 (2011)
- HÄRTEL I./BUDZINOWSKI R. (eds.), *Food Security Food Safety, Food Quality*. Nomos Verlag. 2016.
- HOSPES O/HADIPRAYITINO I. (eds), *Governing food security. Law, politics and the right to food*. Wageningen Academic Publishers. 2010
- ILO, *Child Labour in Agriculture*, International Programme On The Elimination Of Child Labour, <http://www.ilo.org/ipec/areas/Agriculture/lang-en/index.htm>.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ J.A., «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal», in Mercedes Pérez Manzano/Juan Antonio Lascuraín Sánchez (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*. Marcial Pons. 2016.
- LLOMBART A. (ed.), *La propiedad industrial sobre obtenciones vegetales y organismos*. Tirant lo Blanch. 2007.
- NIETO MARTÍN A., «Global law y empresas multinacionales: estrategias para la protección de bienes jurídicos globales», en *El comportamiento ético en la economía y en la sociedad*, Asociación Alexander von Humboldt de España Instituto de Dirección y Organización de Empresa 2016, 79-110.
- La institucionalización del Sistema de cumplimiento, en Nieto Martín Adán (ed), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Tirant lo Blanch 2015. 187 ss.
- «Bases para un futuro Derecho penal internacional del medio ambiente», en Carlos Espósito and Garcimartín Alférez, *La protección de bienes jurídicos globales* (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 16, 2012) 161 s.
- ROBIN M., *El mundo según Monsanto*. Península. 2008
- PLAZA PENEDES/GRAU CORTS (coord.), *Cuestiones actuales sobre la protección de las obtenciones vegetales*. Aranzadi. 2014.
- PRINGLE P, *Food, Inc. Mendel to Monsanto- The promises and Perils of the Biothec Harverst*. Simon & Shuster Paperbacks 2005.
- RUGGIE J., *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Guiding Principles For The Implementation Of The United Nations 'Protect, Respect And Remedy' Framework*, (United Nations 2010).
- *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights*. Norton & Company. 2013
- SÁNCHEZ GIL, *Protección de las obtenciones vegetales el privilegio del agricultor*. Ministerio de Agricultura Pesca y Alimentación. 2004.
- SATZGER H./KAISER J., «Ne bis in idem en el Derecho penal internacional: muchas preguntas a segunda vista», in Adán Nieto Martín and Luis Arroyo Zapatero (dirs.), *El principio ne bis in idem en el Derecho penal europeo en internacional*, (2007 Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha) 95 ss.
- SIGRUN S., «Right to Adequate Food: Natural Implementation and Extraterritorial Obligation» (2007) *Max Planck Institut Yearbook of United Nations*, 1,20.